

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: 115,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 36,00 € (más gastos de envío).

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

VENTA Y DISTRIBUCIÓN

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: 91 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXIV, FASCÍCULO II
Abril-junio, 2011

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2011

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

NIPO (BOE): 007-11-077-8
NIPO (M. de Justicia): 051-11-020-5
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

Juan Vallet de Goytisolo

En las últimas semanas del mes de junio del corriente año ha fallecido en Madrid, donde vivía, Juan Vallet de Goytisolo, que era, como es bien sabido, codirector de este Anuario, al mismo tiempo que era también una de las grandes personalidades españolas del Derecho privado y de la Filosofía del Derecho, materias en las que ha cubierto en nuestro país más de medio siglo con su extensa y compleja obra, razones todas ellas más que suficientes para rendirle en estos momentos un homenaje indudablemente muy merecido.

Juan Vallet había nacido en Barcelona en el año 1917 y había estudiado en aquella ciudad la carrera de Derecho en la primera etapa de la universidad, durante la Segunda República. Siempre recordaba con mucho cariño afecto y admiración a José Alger que fue su maestro en Derecho civil.

A los pocos años de haber concluido la Guerra Civil, Juan Vallet obtuvo plaza en unas oposiciones libres a notarias y desempeñó su función en diferentes notarias antes de llegar a Madrid como notario, para continuar ejerciendo en la capital su profesión. Ello no obstante, Vallet tenía una profunda veta de pensador y de pensador jurídico y social, que cultivó de manera casi inmediata.

Cuando llegó a Madrid, al final de los años cuarenta, se colocó enseguida bajo el magisterio intelectual de Federico de Castro, que fue el primer director de nuestra revista, y, como es sabido, uno de los grandes civilistas de todos los tiempos.

Vallet recibió de Federico de Castro dos grandes líneas de pensamiento: un iusnaturalismo y un historicismo. Por los años de los que estamos hablando, se cultivaba en nuestro país un iusnaturalismo de corte tradicional y escolástico, en el que uno no sabía distinguir el derecho natural del derecho divino o positivo, aunque Federico de Castro siempre señaló que en Santo Tomás de Aquino existían amplias zonas que el Derecho natural no había cubierto, y en las cuales la ordenación legal, por supuesto enderezada hacia el bien común, se dejaba al arbitrio del legislador y, por tanto, del derecho positivo. Vallet mantuvo ese iusnaturalismo que llamó de

corte tradicional a lo largo de prácticamente toda su vida, porque era además, según su criterio el exigido por las creencias cristianas que profesó siempre acendradamente.

El historicismo había sido también puesto de relieve por F. de Castro, en gran parte porque su primera carrera había sido la carrera de Historia y, en segundo lugar, porque había manifestado la convicción de que había que volver a la raíces hispánicas y, por consiguiente, a los cultivadores españoles del Derecho civil antes de que se iniciara la época de la precodificación. Naturalmente, en J. Vallet, de origen catalán, el historicismo caló pronto y a él dedicó una gran parte de su vida que estaba llena de estudios donde aparecían autores del periodo clásico, unos más conocidos, otros menos, y otros prácticamente desconocidos. Hasta el punto que se puede decir que esta línea intelectual le llevó a multiplicar el estudio y las lecturas de infinitos autores de los siglos XVI y XVII para tratar de aprehender de ellos las inaprensibles esencias que en ellos podían existir.

Tengo para mí que el primero (o uno de los primeros) de los trabajos conocidos de J. Vallet es el titulado «La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble», que apareció publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* en el año 1947, al que habrá que añadir casi inmediatamente después otra serie de trabajos sobre posesión, entre los que brillan sin duda, los que se refieren al artículo 464 CC y a la posible adquisición *a non domino*, que según un autor aparecía en ese artículo.

El segundo filón en el que Vallet trabajó fue el relativo a la ampliación de las garantías mobiliarias a partir del artículo publicado en nuestra revista sobre «*Pignus tabernae*» y, en general la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de posesión, materia sobre la que escribió una de sus primeras monografías.

El tercero de los filones del que pasó a ocuparse muy extensamente y durante un largo tiempo fue el Derecho de Sucesiones, del que hoy podemos decir –creo que con entera justicia– que fue objeto de una completa y cabal refacción, desde los «Apuntes de Derecho sucesorio» publicados también en nuestro Anuario, hasta los trabajos extensos y documentados sobre el artículo 811. En los comentarios del artículo 811 aparece por primera vez con claridad la preocupación por la llamada interpretación teleológica (heredada también de F. de Castro) que condujo a Vallet a una serie de estudios que modestamente colocó bajo el rótulo de «Metodología del Derecho», como si en ellos todo fuera cuestión de métodos y de selección de algunos de ellos, y no una serie de reflexiones sobre el Derecho y sus posibles vertientes. Los tomos que Vallet dedicó a

esta materia son hoy un rico almacén de materiales, de opiniones y de puntos de vista que deberán ser utilizados por los continuadores de esta tarea.

No se puede cerrar esta pequeña reseña recordatorio y homenaje sin reconocer la influencia que Vallet ejerció en algunos reductos de la vida jurídica a los que acudía con frecuencia: los órganos de gobierno de su profesión notarial, el Seminario que Federico de Castro mantuvo durante tantos años en el Instituto de Estudios Jurídicos, y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. De esta última fue durante mucho tiempo Secretario General y ejerció en ella una indudable influencia. Fue posteriormente presidente efectivo de la corporación y presidente de honor de la misma.

Luis Díez-PICAZO

Fernando Sánchez Calero

Es difícil expresar el sentimiento que produce el hecho de no poder seguir contando con el consejo, el ejemplo, el trabajo, y, sobre todo, la amistad de Fernando Sánchez Calero.

Por mucho que se destaquen sus extraordinarias cualidades no es posible hacer ver lo que ha significado para todos los mercantilistas y muy especialmente para quienes hemos tenido el privilegio de tratarle personalmente y, sobre todo, de contar con su amistad.

La imposibilidad de hacer justicia a la figura insigne de Fernando Sánchez Calero resulta posiblemente de que presenta unas facetas que en buena parte son contradictorias. Es contradictorio, en efecto, que una personalidad extraordinaria se manifestara en una persona modesta en su comportamiento y entregada sin ruido ni alharacas a un trabajo continuo y silencioso, que ha dado lugar a una cantidad de publicaciones, que por su calidad constituyen una de las mayores aportaciones doctrinales individuales al Derecho mercantil de los últimos tiempos.

Como autor Fernando Sánchez Calero ha escrito sobre las materias más diversas del Derecho mercantil y lo que hay que destacar en toda su obra es su conocimiento profundo de los temas sobre los que escribía, la rigurosa puesta al día y el conocimiento de la práctica que le daba su faceta profesional de abogado. Especialmente significativo es, sobre todo, la claridad con la que escribe, cualidad esta que se vincula sin duda ninguna a la estrecha relación que existió siempre entre Fernando Sánchez Calero y el Profesor y Maestro don Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate, relación que se vió reforzada cuando al llegar a Madrid a ocupar la cátedra de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense compartió con don Joaquín el ejercicio de la abogacía en el mismo despacho profesional.

De la actividad del Profesor Sánchez Calero, creo que vale la pena destacar un aspecto de suma importancia, pero que tal vez no

sea suficientemente conocido. La dedicación que tuvo a los trabajos de la Comisión General de Codificación y su afán de modernizar la legislación mercantil española son poco conocidos a pesar de su gran trascendencia.

El Profesor Sánchez Calero fue nombrado Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación en el año 1970, lo cual significa que ha participado durante más de cuarenta años en las tareas codificadoras; pero es que además su participación ha sido extraordinariamente activa e impulsora de los trabajos encargados a la Comisión. Basta para comprender la importancia de la labor codificadora del Profesor Sánchez Calero con poner de manifiesto que a lo largo de esos cuarenta años no sólo asistió regularmente y participó de una manera activa en los plenos de la Sección, sino que siempre trabajaba en ponencias o grupos de trabajo que exigían una mayor dedicación y que en definitiva tenían la consecuencia de que prácticamente los trabajos los dirigía él y se iban elaborando en reuniones que generalmente eran semanales.

Para comprender la trascendencia del trabajo codificador del Profesor Sánchez Calero basta pensar en la tarea que significa haber celebrado como mínimo reuniones semanales durante cuarenta años.

Por supuesto, la participación siempre activa de Sánchez Calero en las reuniones, plenarias o en Comisión de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación no sólo enriquecía las deliberaciones con sus aportaciones siempre respetadas, sino que su actividad se manifestaba en un impulso continuo para la realización de nuevos trabajos, de tal manera que es indudable que una parte fundamental de la modernización de la legislación mercantil, tan intensa desde los años ochenta, ha sido consecuencia de la dedicación y la labor del Profesor Sánchez Calero.

La vinculación del Profesor Sánchez Calero a la labor codificadora en materia de sociedades ha sido casi un «leit motiv» desde el mismo año de su incorporación a la Comisión en el año 1970. Ya entonces se trabajó en un borrador de Anteproyecto de Ley de Bases sobre sociedades mercantiles. Aunque se interrumpieron los trabajos para dedicarse a otras cuestiones, el primer fruto tangible de esa dedicación fue el Anteproyecto de ley de Sociedades Mercantiles que se terminó en el año 1979 y que fue objeto de difusión, comentarios y críticas en la doctrina. Fue Fernando Sánchez Calero quien, como Presidente de la Ponencia, impulsó los trabajos en esa materia.

La continuación de los trabajos para la modernización de la legislación de Sociedades Mercantiles dio como resultado el Anteproyecto de Ley del año 1989 que supuso una modificación profunda de la Ley de Sociedades Anónimas para la incorporación de las Directivas de la Comunidad Europea. Posteriormente y también bajo la presidencia del Profesor Sánchez Calero, la Ponencia sobre sociedades redactó el borrador de Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles publicado por el Ministerio de Justicia en el año 2002.

La preparación de nuevos textos legales en materia de sociedades ha sido una tarea continua debido a la necesaria transposición de las muchas Directivas dictadas por la Unión Europea y esa tarea se ha realizado en una labor continuada de la Ponencia de Sociedades bajo la presidencia y el impulso continuo del Profesor Sánchez Calero. De ese trabajo surgieron los textos prelegislativos que dieron lugar a la Ley sobre Agrupaciones de Interés Económico (Ley 12/1991, de 29 de abril) y a la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Ley 3/2009 de 3 de abril).

También bajo la presidencia de Sánchez Calero la ponencia nombrada al efecto redactó el anteproyecto que dio lugar a la Ley de Sociedades de Capital, y en el momento de su fallecimiento presidía la Ponencia encargada de proponer la actualización del Código de sociedades mercantiles, para su incorporación como Libro II del futuro anteproyecto de Código Mercantil que está redactando en estos momentos la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación.

Es difícil imaginar una mayor y más fructífera dedicación a la preparación de textos legislativos que la que ha tenido el Profesor Sánchez Calero a lo largo de casi medio siglo.

Ya en los años 70 el Profesor Sánchez Calero tuvo una participación extraordinariamente activa en dos anteproyectos de Ley que marcaron el comienzo del cambio del Derecho mercantil, haciendo que esta materia empezara a adaptarse a las nuevas exigencias de la sociedad. Estos nuevos textos legales eran, por una parte la modificación de los artículos del Código de comercio referentes a los libros y a la contabilidad, que fueron modificados efectivamente por Ley de 21 de julio de 1973. Y por otra parte, dos años más tarde, esto es, por Ley de 2 de mayo de 1975, se modificaron los preceptos del Código referentes al ejercicio del comercio por persona casada.

Fernando Sánchez Calero participó también en la génesis de la vigente Ley de contrato de seguro (Ley 50/1980 de 8 de octubre),

cuyo anteproyecto había sido elaborado en la Comisión de Codificación entonces presidida por el Profesor don Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate con una Ponencia integrada, aparte del Profesor Sánchez Calero, por los profesores Aurelio Menéndez, Manuel Olivencia, Manuel Broseta y Justino Duque. La dedicación del Profesor Sánchez Calero al Derecho de Seguros se ha mantenido a lo largo del tiempo, de manera que su obra de «Comentario a la Ley de Contrato de Seguro», que alcanza ya la cuarta edición, es la obra de referencia en esa materia, y a esa labor doctrinal hay que añadir la dedicación que el Profesor Sánchez Calero ha tenido como presidente de la Sección Española de la Asociación de Derecho de Seguros. En el momento de su fallecimiento el Profesor Sánchez Calero presidía el Grupo de Trabajo encargado de proponer los cambios a introducir en la Ley de Contrato de Seguro para su integración en el futuro Código mercantil. Así ocurre que en los textos del Anteproyecto de Ley que se pretende enviar rápidamente al Congreso de los Diputados, ha servido como texto de referencia el elaborado por el Grupo de Trabajo de la Comisión General de Codificación dirigida e impulsada por Fernando Sánchez Calero.

Un empeño impulsado especialmente por el Profesor Sánchez Calero fue la necesidad de modificar la regulación anticuada de la letra de cambio y cheque que aparecía en el Código de comercio, puesto que consideraba absurdo e inadmisibles que se mantuviera esa legislación, cuando lo que había que hacer era incorporar a la legislación española los convenios de Ginebra de los años 1930 y 1931. Fruto de la insistencia, sobradamente justificada del Profesor Sánchez Calero, fue la redacción de un Anteproyecto en una ponencia dirigida por él, que dió lugar a la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985.

Y otra materia en la que se trabajó en la Comisión General de Codificación, también por propuesta suya y bajo su presidencia de la ponencia correspondiente, fue el Anteproyecto de Ley sobre obligaciones y contratos mercantiles en general, que fue publicado por el Ministerio de Justicia en el *Boletín del Ministerio* núm. 2006, páginas 203 y siguientes.

La implicación del Profesor Sánchez Calero en la labor codificadora no sólo se ha traducido en tareas prelegislativas que han dado lugar a algunas de las leyes más importantes en materia mercantil, sino que Fernando Sánchez Calero ha sido el paladín de mantener la idea codificadora. Así, fue él quien lanzó la idea de dar al Anteproyecto de Ley para la regulación de las sociedades mercantiles el calificativo de Código, y así se publicó por el Ministerio

de Justicia el borrador de Anteproyecto de Código de Sociedades Mercantiles.

Y fue el propio Sánchez Calero también quien propuso, y la Sección de Derecho Mercantil lo aprobó, la idea de redactar un nuevo Código Mercantil, tarea en la que él participó con gran entusiasmo hasta su fallecimiento.

Toda esa intensísima labor prelegislativa exigió siempre una dedicación muy especial del Profesor Sánchez Calero, pues era él el que impulsaba continuamente los trabajos, hacia él mismo aportaciones fundamentales, estaba siempre disponible para reunirse o para tratar los temas difíciles a través de conversaciones telefónicas y, sobre todo, dirigía las reuniones de las ponencias presididas por él dentro de un tono absolutamente amistoso, pero haciéndonos trabajar a todos continuamente. Dentro de toda esta tarea la aportación de Fernando Sánchez Calero ha sido decisiva y en ella se manifestaban sus grandes conocimientos de la doctrina y del Derecho comparado, su experiencia como abogado y su equilibrio al establecer normas que afectaban a los intereses en juego. Ahora bien, también hay que destacar que cuando Sánchez Calero mantenía alguna postura, que no era compartida por los otros miembros de la Ponencia o de la Sección, Sánchez Calero era un «luchador nato», puesto que insistía una y otra vez para hacer prevalecer sus planteamientos, aunque hay que reconocer que cuando esos planteamientos eran rechazados en la Comisión eso no influía en el entusiasmo con que continuaba en los trabajos codificadores.

Ante toda esta generosidad en la dedicación a tareas prelegislativas y codificadoras no cabe sino admirarse por el ejemplo y tratar de seguirle, porque esa era la manera de ser de Fernando Sánchez Calero en su dedicación durante tantos años, con una labor muy fructífera, de la que nos hemos beneficiado todos, tarea prelegislativa y codificadora que debemos continuar para hacer honor a quien como Fernando Sánchez Calero nos indicó con su ejemplo la necesidad de mejorar continuamente la legislación mercantil. Por ello, lo que nos queda es el ejemplo a seguir y la gratitud por habernos dado su esfuerzo y sobre todo su amistad.

Alberto BERCOVITZ

Catedrático Emérito
Presidente de la Sección de Derecho Mercantil
de la Comisión General de Codificación

Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás¹

MIQUEL MARTÍN-CASALS Y JORDI RIBOT

Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado
Universidad de Girona

RESUMEN

En los últimos años se han dedicado varios libros y un número muy elevado de artículos y capítulos de libro a las posibles acciones entre cónyuges o ex cónyuges por daños producidos durante la convivencia o como consecuencia de la ruptura conyugal, así como a las posibles demandas de hijos contra sus progenitores. La sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo el 30 de junio de 2009, que estimó la reclamación dirigida por un padre contra su ex pareja por haberle impedido toda relación con el hijo común, se ha querido ver por parte de la doctrina como el reconocimiento de que la responsabilidad civil tiene un papel importante en los conflictos familiares, que también se evidenciaría en la doctrina de las Audiencias provinciales en reclamaciones contra esposas infieles una vez descartada la paternidad sobre hijos presuntamente matrimoniales. En este trabajo se defiende que las opiniones doctrinales que alientan a abrir las puertas de la concesión de indemnizaciones por daños en conflictos de índole familiar se apoyan en criterios muy endebles, tanto desde el punto de vista del Derecho de familia como del Derecho de la responsabilidad civil. En la mayoría de los casos, obviando elementos esenciales de la responsabilidad civil alcanzan resultados que contradicen principios básicos que han guiado la evolución reciente de nuestro Derecho de familia.

¹ Este artículo forma parte del proyecto «Los *Principles of European Tort Law*: más allá del llamado Marco Común de Referencia (CFR). Hacia una nueva etapa en el proceso de aproximación del Derecho de la responsabilidad civil en Europa», financiado por el MICINN dentro del Plan Nacional de I+D+i (Ref. FFI2008-0064/FISO), y parte de un trabajo previo, *Damages in Family Matters in Spain: Exploring Uncharted New Land or Backsliding?*, publicado en Bill Atkin (Ed.), *The International Survey of Family Law*, Bristol, Jordan, 2010, pp. 337-365, que aquí se desarrolla y amplía.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil. Derecho de familia. Daños y perjuicios. Daño moral. Daños en relaciones conyugales o paterno-filiales. Inmunidad conyugal o parental.

ABSTRACT

In recent years several monographs and a significant number of articles and book chapters have been devoted to the possible actions between spouses for damage caused during marriage or as a result of marital breakdown, as well as to hypothetical claims of children against their parents for the damage resulting from infringement of parental duties. A ruling issued on 30 June 2009 by the Spanish Supreme Court holding a woman liable vis-à-vis her former cohabitant for having infringed his custodial rights has prompted some authors to assert the appeal of the topic, which is also being dealt with by lower courts in the context of damages claims brought by husbands against former wives after successful proceedings contesting their paternity. This contribution seeks to warn that doctrinal positions that encourage opening the doors to damages awards in family disputes are based on very weak legal foundations both as regards family law and damages issues, insofar as by disregarding essential elements of civil liability in most of the cases they arrive at results that are inconsistent with the principles that have guided the recent evolution of Spanish family law.

KEYWORDS

Tort law. Family law. Damages. Non-pecuniary loss. Intrafamily torts. Spousal or parental immunity.

SUMARIO: I. *¿Un tema de moda?*—II. *Sistematización de los grupos de casos:* 1. Casos de daños resarcibles en relaciones entre cónyuges. 2. Casos de daños resarcibles en relaciones paterno-filiales.—III. *Examen de la jurisprudencia española:* 1. Daños por la infidelidad de la esposa y la ocultación de la falsa paternidad sobre los hijos. 2. Imputación de daños por obstaculizar la relación personal entre un progenitor y sus hijos. 3. Recapitulación.—IV. *Repensar el tema: un comentario crítico.* 1. La cuestión de la inmunidad conyugal o parental. 2. Las supuestas «lagunas» del Derecho de familia. 3. Daños en relaciones entre cónyuges. a) Supuestos tipificados como delito o falta por el Código Penal. b) Conductas que atentan contra derechos de la persona-

lidad del cónyuge. c) Otros supuestos. Planteamiento. Relevancia de los deberes legales conyugales. ¿Liquidación de daños por ruptura matrimonial? Recapitulación. 4. Daños en relaciones paterno-filiales. a) Supuestos tipificados como delito o falta en el Código Penal b) Lesión de derechos de la personalidad del hijo. c) Supuestos relacionados con la procreación del hijo. d) Daños vinculados a las vicisitudes de la relación paterno-filial. e) Daños en relación con el ejercicio de la patria potestad.—V. *Conclusiones*.

I. ¿UN TEMA DE MODA?

En los últimos años el interés de la doctrina española por la viabilidad y el alcance de las acciones de responsabilidad civil en el marco de relaciones familiares ha crecido enormemente. Un sector de la doctrina, tal vez por influencia doctrinal y jurisprudencial de otros países, como Francia, Italia y Argentina, se ha interesado con fruición por las posibles acciones entre cónyuges o excónyuges por daños producidos durante la convivencia o como consecuencia de la ruptura conyugal, así como por las posibles demandas de hijos contra sus progenitores.

Muestra de ese interés son las diversas monografías publicadas en los últimos años —dos de ellas fruto de sendas tesis doctorales²— y un número considerable de artículos y capítulos del libro³, que se

² M.^a Aránzazu NOVALES ALQUÉZAR, *Las obligaciones personales del matrimonio en Derecho comparado*, [Madrid], Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009; Alma M.^a RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor, Navarra, Cívitas Thomson Reuters, 2009; Aurelia M.^a ROMERO COLOMA, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 2009; David VARGAS ARAVENA, *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid, La Ley, 2009.

³ Carmen PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *El incumplimiento de los deberes conyugales: consecuencias jurídicas*, Anales Academia Sevillana del Notariado, t. XVIII (curso 2006-2007) pp. 1-15; Aurelia M.^a ROMERO COLOMA, *Indemnizaciones entre cónyuges y su problemática jurídica*, RCDI2009, pp. 2441-2461 y *Daños civiles entre cónyuges y excónyuges*, Actualidad Jurídica Aranzadi 800/2010 (BIB 2010\1287); Víctor MORENO VELASCO, *La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas*, La Ley, núm. 7.163, 28 Abr. 2009, D-149; Ignacio MARÍN GARCÍA / Daniel LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo*, InDret 2/2010 (www.indret.com); Laura LÓPEZ DE LA CRUZ, *El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales*, InDret 4/2010 (www.indret.com) y María Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *¿Es indemnizable la infidelidad?*, Revista de derecho de familia 2010 (47) pp. 29-48. Véase asimismo M.^a Paz-GARCÍA RUBIO, *La prestación compensatoria tras la separación y el divorcio. Algunas cuestiones controvertidas*, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Rto*, Cizur Menor, Navarra, Cívitas Thomson Reuters, 2009, pp. 341-377.

han añadido a un cuerpo bibliográfico ya bastante amplio⁴ en una doctrina que, como es el caso de la española, hasta hace bien poco apenas había tratado estas cuestiones⁵.

Coincidiendo con este panorama doctrinal, la sentencia dictada por la Sala primera del Tribunal Supremo el 30 de junio de 2009⁶ –que estimó la reclamación de daños de un padre a quien se había concedido la custodia de su hijo de siete años pero al que nunca pudo volver a ver porque su ex pareja se llevó al menor a Estados Unidos e impidió cualquier tipo de relación entre ambos– se ha querido ver por parte de la doctrina como el reconocimiento de que la responsabilidad civil tiene un papel importante en los conflictos familiares. Cuanto menos confirmaría que «el tema de la responsabilidad civil en el área de las relaciones familiares está de moda»⁷.

Paradójicamente, las reformas en materia de divorcio que tuvieron lugar en 2005 y que, como es bien sabido, llevaron al establecimiento de la posibilidad de un divorcio unilateral sin causa⁸, parecen haber espoleado a la doctrina a explorar la posibilidad de liquidar daños vinculados a la ruptura conyugal. Puesto que la reforma suprimió los efectos que se predicaban de la infrac-

⁴ J.R. DE VERDA Y BEAMONTE (ed.), *Daños en el Derecho de Familia*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006); M.^a Aránzazu NOVALES ALQUÉZAR, *Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges*, RJN 60 (2006) pp. 197-218. Véase asimismo Aurelia M.^a ROMERO COLOMA, *La indemnización entre cónyuges, excónyuges y parejas de hecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008 y *¿Genera responsabilidad civil la violación de los artículos 67 y 68 del Código Civil?*, RRCS (2000) pp. 544-549, así como Adrián PÉREZ MAYOR, *Revolución en el derecho de familia: Indemnización por daño moral*, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 7.666 (2008) y *Crisis matrimoniales e indemnización por daño moral*, RJC (2004) pp. 163-171.

⁵ No obstante, véase Encarna ROCA TRÍAS, *La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*, en J.A. Moreno Martínez (Ed.), *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 533-563 y Josep FERRER RIBA, *Relaciones familiares y límites del Derecho de daños*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. II Madrid, Cívitas, 2003, pp. 1837-1868.

⁶ STS 30.6.2009 (RJ 2009\5490). Comentada por Gerardo BOSQUES HERNÁNDEZ, CCJC 83 (2010) pp. 885-904 e Ignacio MARÍN GARCÍA, CCJC 84 (2010) pp. 1.369 -1.390.

⁷ José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, *Intromisión ilegítima en las relaciones entre padres e hijos por las administraciones y particulares*, SEPÍN Familia, 2009, núm. 4387. Del mismo autor véase *Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: Resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*, La Ley, núm. 6.676, 21.3.2007. En palabras de la abogada ROMERO COLOMA, «la problemática que plantea el tema de las indemnizaciones entre familiares es, quizá, uno de los aspectos más interesantes y, desde luego, de actualidad, que plantea el Derecho de Familia» (nota 3) 2441.

⁸ Sobre el alcance de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, pueden verse, entre otros muchos, Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Madrid, Marcial Pons, 2007; José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (ed.), *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005*, Cizur Menor, Thomson, Aranzadi, 2006; Eduardo SERRANO ALONSO, *El Nuevo matrimonio civil: estudio de las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, de Reforma del Código Civil*, Madrid, Edisofer, 2005.

ción de deberes conyugales en tanto que causas de separación legal o divorcio, para este sector doctrinal hoy resultaría ineludible admitir que la infracción de esos deberes, más o menos cualificada, es un título adecuado y suficiente para reclamar los daños vinculados a tal infracción. En caso contrario, tales deberes legales quedarían privados de toda eficacia jurídica⁹. Algún autor incluso emplaza a quienes limitaban el recurso a los remedios del Derecho de la responsabilidad civil a rectificar sus conclusiones a la vista del cambio producido por la Ley 15/2005¹⁰. Por otra parte, y al margen de cualquier violación de los deberes conyugales, también se ha afirmado que «dado que el matrimonio es un contrato bilateral cuyo cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes [...] deberá llevar aparejada una indemnización por daños y perjuicios [...] por responsabilidad por la ruptura no consensuada» (énfasis añadido)¹¹. En este caso, se afirma, el daño resarcible podría consistir tanto en los perjuicios vinculados a la confianza suscitada por la celebración del matrimonio¹², como el haberse visto uno de los cónyuges forzado a «aceptar una ruptura que no se desea, frustrando sus expectativas futuras de familia»¹³.

No cabe duda de que, en muchos casos, la conducta incorrecta del cónyuge o del progenitor será tan grave que estará sancionada penalmente. Esto ocurre en los supuestos tipificados en el Código Penal, respecto a los cuales resulta inobjetable afirmar que los daños ocasionados son resarcibles con cargo al sujeto penalmente responsable¹⁴. Lo característico de la doctrina más reciente, sin embargo, es el empeño en aflorar supuestos que, sin estar sancionados por el Derecho Penal, también merecen el reproche social y de los que se derivaría una responsabilidad civil por el daño causado al cónyuge o al hijo.

⁹ Entre otros, véase VERDA Y BEAMONTE (nota 7) 4 y M.^a Luisa ATIENZA NAVARRO, *La incidencia de las reformas de 2005 en materia de efectos personales del matrimonio*, en VERDA Y BEAMONTE (nota 8) 160. Véase asimismo Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho Civil*, Revista Jurídica de Castilla y León 13 (2007) 53-112, en pp. 65-66, y M.^a Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales*, Revista de Derecho Patrimonial 16 (2006) pp. 145-162.

¹⁰ VARGAS ARAVENA (nota 2) 38 y 225.

¹¹ THEMIS. ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS, *Conclusiones del taller de trabajo de 17 de noviembre de 2004 sobre el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio* (disponible en: <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos/Familia/index.htm> [última descarga: 24.1.2011]).

¹² DOMÍNGUEZ LUELMO (nota 9) 66.

¹³ Véase MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (nota 9) 152 (en la medida en que la demanda se base en un daño injusto y no sólo en la infracción de los deberes conyugales). Con matices, también DOMÍNGUEZ LUELMO (nota 9) 66. Este interés fue reconocido por la STS 16.11.1985 (RJ 1985\5901); críticamente al respecto véase, sin embargo, VARGAS ARAVENA (nota 2) 304.

¹⁴ Cf. arts. 109.1 y 116 CP.

Se trata de conductas vinculadas al ejercicio del rol conyugal o parental, aunque su delimitación se encara desde dos perspectivas distintas. Por un lado, se estima que no genera responsabilidad cualquier incumplimiento de los deberes legales sino sólo aquel comportamiento que «por su intensa gravedad o por su reiteración, sea capaz [...] de romper el equilibrio de la relación familiar [y] [...] *dañar derechos fundamentales del familiar perjudicado*»¹⁵. El límite de lo resarcible se encontraría en una indeterminada «lesión de derechos fundamentales» en el ámbito conyugal¹⁶ o paterno-filial. Esta tesis se juzga insuficiente, sin embargo, por quienes sostienen la opinión según la cual la fuente de la obligación de resarcir los daños causados es el incumplimiento de los deberes conyugales o parentales que, si bien debe ser grave o reiterado, no requiere calificar la conducta del demandado como lesión de derechos fundamentales del demandante¹⁷.

Con diferentes enfoques, por tanto, los autores se afanan en explorar un territorio aparentemente virgen, pero en el que se incluyen casos que son muy distintos entre sí. Se hace referencia entonces a la superación de una supuesta «inmunidad» o privilegio, que beneficiaría al dañante por su condición de cónyuge o padre o madre de la víctima, y que limitaría la posibilidad de ésta de conseguir la reparación de los daños sufridos¹⁸. En otras palabras, bajo la fórmula general de la indemnizabilidad de los daños causados en el seno de relaciones familiares (conyugales o parentales) se suele destacar la necesidad de conferir a las reglas de responsabilidad civil un papel mucho más importante del que tradicionalmente se les había reconocido en este ámbito.

Lo difícil, no obstante, es saber dónde se propone trazar la línea entre lo indemnizable y lo no indemnizable, y qué fundamento justifica el resarcimiento. En efecto: al tratar de justificar el recurso a las reglas del Derecho de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, los defensores de la tendencia expansiva suelen omitir la difícil tarea de sistematizar las diferentes constelaciones de casos, distinguiendo aquellas situaciones en las que esas reglas pueden jugar un papel de aquellos grupos de casos en los que aplicarlas está fuera de lugar. A nuestro juicio, revisar y sistematizar los dis-

¹⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 89. Énfasis añadido.

¹⁶ LÓPEZ DE LA CRUZ (nota 3) 34.

¹⁷ VERDA Y BEAMONTE (nota 7) *passim*. Véase asimismo VARGAS ARAVENA (nota 2) 223 ss y allí más referencias.

¹⁸ Por todos, VARGAS ARAVENA (nota 2) 19-20. En realidad, esta *inmunidad* o privilegio derivado del mero hecho de ser cónyuge o progenitor sólo se ha configurado como tal, históricamente, en los ordenamientos del *Commonlaw* (al respecto véase, muy claramente, FERRER RIBA [nota 5] 1842-6), pero ha llegado a adquirir la condición de lugar común para analizar cuál es la posición de los ordenamientos continentales.

tintos grupos de casos es un paso previo indispensable para acercarse al problema y valorar hasta qué punto la doctrina que aquí se comenta es o no apropiada.

II. SISTEMATIZACIÓN DE LOS GRUPOS DE CASOS

1. CASOS DE DAÑOS RESARCIBLES EN RELACIONES ENTRE CÓNYUGES

En este entorno la doctrina más reciente hace referencia a diferentes tipos de casos, que tal vez puedan agruparse del modo siguiente:

a) *Supuestos que están tipificados como delito o falta por el Código Penal* como, por ejemplo, el homicidio o las lesiones causadas intencionalmente al otro cónyuge (art. 147.1 en relación con el 148.4 y 5 CP), agresiones sexuales contra el otro cónyuge (art. 178 y 179 CP) y malos tratos (art. 153.1 CP)¹⁹. A esos supuestos podrían añadirse otros que también comportan riesgos para la integridad física, como por ejemplo, no advertir sobre el hecho de padecer una enfermedad de transmisión sexual y del riesgo de contraerla, que en ocasiones se ha equiparado a un delito de lesiones²⁰. En todos estos supuestos, la responsabilidad penal sin duda comporta la responsabilidad civil derivada del delito o falta correspondiente por los daños sufridos por la víctima (art. 116 CP).

b) *Supuestos que comportan conductas que atentan contra los derechos de la personalidad del otro cónyuge y que en algún caso también pueden ser punibles* como, por ejemplo, consultar sin permiso su correo electrónico o abrir su correspondencia²¹, que pueden dar lugar a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos tipificados en los artículos 197.1 y 2 CP²² o la conducta ultrajante de un esposo respecto al otro, en público o en privado, que puede suponer una intromisión ilegítima en su honor y, en casos extremos, constituir un delito de injuria (art. 208 CP). También podría incluirse en este apartado la conducta de un cónyuge que limita o controla la vida de relación del otro, restringiendo su libertad de movimientos, el contacto con su entorno familiar o de amistades, o controlando sus actividades sociales, lo que incide sobre la libertad del cón-

¹⁹ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 90.

²⁰ SAP Madrid 2.1.2004 (JUR 2004\20872).

²¹ Rodríguez Guitián (nota 2) 91.

²² STS 2.ª 20.6.2003 (RJ 2003\4359).

yuge y puede dar lugar a un delito de coacciones (art. 171.1 CP), que resultaría agravado en el caso de que la víctima fuese la esposa (*cf.* art. 172.2 CP). En este grupo de casos, aun no existiendo responsabilidad penal, podría dar lugar a responsabilidad civil vinculada a la lesión de los derechos de la personalidad de la víctima.

c) Otro grupo de casos en los que, según la opinión más extendida, podría darse el deber de indemnizar sería el formado por *supuestos relacionados con la vida sexual de la pareja matrimonial*, como la reclamación del daño resultante de la infidelidad conyugal²³ o de la inapetencia sexual del otro cónyuge, o bien de su impotencia, homosexualidad²⁴ o transexualidad²⁵ e incluso los daños relacionados con prácticas sexuales *consentidas por ambos cónyuges* pero que a uno de ellos le resultan repulsivas o las considera inapropiadas²⁶.

d) Otros supuestos que también podrían dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios son los consistentes en *falta de apoyo al otro cónyuge*, como el abandono moral del cónyuge que se enfrenta a problemas de salud, dificultades económicas, conflictos en relaciones de trabajo o en las relaciones con su propia familia. Adicionalmente, se plantea la indemnizabilidad del daño resultante *del incumplimiento del deber de compartir las tareas domésticas* (*ex art. 68 in fine CC*)²⁷ o de la *falta de comunicación, la frialdad emocional o la indiferencia* sufrida por el otro cónyuge²⁸.

e) Finalmente, se sugiere que la *ruptura unilateral del matrimonio* sin causa imputable al otro cónyuge podría también dar lugar a la indemnización del daño «consistente en verse obligado a

²³ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 90 (quien califica la infidelidad que tiene como fruto el nacimiento de hijos extramatrimoniales y el engaño sobre el carácter matrimonial de los mismos como «daño a la integridad psíquica y al honor»). Véase asimismo VARGAS ARAVENA (nota 2) 39 y 101 ss y NOVALES ALQUÉZAR (nota 4) 211.

²⁴ Véase SAP Illes Balears 5.6.2006 (JUR 2006\253511) (referida a un caso de nulidad matrimonial basada en la homosexualidad del esposo, cuya revelación tuvo lugar muchos años después de la boda).

²⁵ VARGAS ARAVENA (nota 2) 232-3 (con cita del caso francés, resuelto por un tribunal de Caen, y en que se condenó *ex art.* 1382 del *Code civil* a un hombre que cambió de sexo y abandonó a su esposa después de 40 años de vida en común).

²⁶ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 91 califica como «daño a la libertad sexual» «la imposición durante la convivencia de determinados hábitos sexuales».

²⁷ Véase Purificación CREMADES GARCÍA, «El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar», *La Ley*, núm. 7.079, 18.12.2008. GARCÍA RUBIO (nota 3) 365 también parece admitir el otorgamiento de una indemnización en este caso, bajo la condición de que el incumplimiento haya conllevado un sacrificio que suponga «un obstáculo definitivo e insuperable a la autonomía jurídica del demandante». Se apoya en Laura LÓPEZ DE LA CRUZ, *La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (La nueva redacción del art. 68 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005)*, RDP 2-3 (2007) pp. 4-45.

²⁸ VARGAS ARAVENA (nota 2) 249 (reseñando una sentencia italiana sobre una demanda basada en la «indiferencia e incapacidad sexual del cónyuge fruto de su carencia de masculinidad»).

aceptar una ruptura que no se desea, frustrando sus expectativas futuras de familia»²⁹.

Entre otras situaciones que pueden tener como referencia el matrimonio se suelen señalar asimismo la *ruptura pública y sin justa causa de la promesa de matrimonio*³⁰ o la ruptura unilateral de la *promesa de matrimonio hecha maliciosamente y con el único objetivo de conseguir mantener relaciones sexuales con esa persona*³¹, e incluso *el engaño acerca de la condición de soltero que lleva a la persona a acceder a mantener relaciones sexuales o a iniciar una convivencia marital*³². Finalmente, se discute también si puede dar lugar a responsabilidad civil la *ruptura unilateral y sin justificación de una relación estable de pareja*³³.

2. CASOS DE DAÑOS RESARCIBLES EN RELACIONES PATERNO-FILIALES

En el ámbito de relaciones paterno-filiales los grupos de casos se refieren a cuestiones muy diferentes entre sí, por lo que su agrupación resulta aquí más difícil y arriesgada. Sin embargo, una posible clasificación de los supuestos señalados por esa doctrina expansiva podría ser la siguiente:

a) *Supuestos tipificados como delito o falta en el Código Penal*, como por ejemplo el homicidio o las lesiones infligidas al propio hijo (o que un progenitor no impide cuando son perpetrados por el otro o por su propia pareja) (art. 147.1 CP); la muerte o lesiones producidas intencionalmente al hijo antes de nacer o el abandono de un menor de edad, incluso aunque no ponga en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual (cf. art. 229.1 CP en relación con el 229.3 CP).

b) *Supuestos relacionados con la violación de derechos de la personalidad de los hijos menores*, como la libertad, la integridad moral, el honor, la intimidad o la propia imagen, que en ocasiones están tipificados como delito o falta por el Código Penal, pero en otros casos no. Se plantea aquí hasta qué punto el cumplimiento de

²⁹ Véase *supra* nota 13.

³⁰ VARGAS ARAVENA (nota 2) 82 (describiendo el caso del novio plantado públicamente a la puerta de la iglesia por la novia, que ocasionaría al prometido un daño moral «al verse expuesto a la inconmensurable humillación pública, agravada por el verdadero fundamento de la ruptura, el vínculo que la prometida mantenía con un tercero»).

³¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 159.

³² RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 165.

³³ Véase STS 16.12.1996 (RJ 1996\9020) y SAP Madrid 15.1.2002 (JUR 2002\121529) (negando, en ambos casos, la indemnización del daño moral vinculado a la ruptura de la relación estable de pareja).

sus deberes como titulares de la patria potestad puede llegar a legitimar la intromisión en el ejercicio de los derechos de los hijos, excluyendo la responsabilidad de los padres.

c) *Supuestos relacionados con la procreación del menor*, como el contagio o transmisión hereditaria de enfermedades al hijo y que los padres conocían y no evitaron transmitir³⁴, o los daños causados por el descuido de las atenciones médicas o sanitarias que requiere el embarazo o por llevar a cabo actividades de riesgo o desaconsejadas para la salud del feto (v. gr. fumar en exceso, ingerir alcohol o tomar drogas, mantener relaciones sexuales de riesgo, etc.)³⁵.

c) Otro grupo de supuestos sería el que incluye los *daños vinculados a las vicisitudes de la relación paterno-filial*. Primero en su aspecto jurídico, como los posibles daños derivados de la *falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial*³⁶ o de *hacer creer al hijo que su padre es el marido de la madre, a sabiendas de que no lo es*³⁷. Pero también en su aspecto material, señalando al daño vinculado a la *carencia afectiva sufrida por el hijo extramatrimonial* por comparación con las atenciones y cuidados recibidos por sus hermanos nacidos en el matrimonio de su progenitor³⁸.

d) Finalmente, la doctrina apunta también a *supuestos relacionados con el ejercicio de la patria potestad*, como el cumplimiento defectuoso del deber de velar por los hijos que da lugar a accidentes en casa o durante su actividad cotidiana³⁹ o también la desidia o incompetencia de los padres en el ejercicio de su deber de educar, que podría estar detrás de graves carencias formativas que perjudicasen las posibilidades del hijo de insertarse en la sociedad y de relacionarse con los demás⁴⁰. Otros supuestos que se señalan en este ámbito son también el ejercicio excesivo o abusivo de la facultad paterna de corrección⁴¹, recientemente suprimida del CC⁴², o el trato vejatorio o poco respetuoso con la dignidad del hijo como persona, pero también la relación fría y carente de

³⁴ M.^a Luisa ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural* en VERDA Y BEAMONTE (nota 4), pp. 41-74. Véase también RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 308.

³⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 296-8.

³⁶ Carlos PIZARRO WILSON, *Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial* en VERDA Y BEAMONTE (nota 4), pp. 101-116. Siguiéndole, RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 180-4 hace referencia al daño «por haber soportado el estigma social de carecer de padre o madre».

³⁷ VARGAS ARAVENA (nota 2) 39 y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (nota 4) 157-8.

³⁸ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 156.

³⁹ FERRER RIBA (nota 5) 1860-1861 y RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 236 ss.

⁴⁰ En este sentido, RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 254-5.

⁴¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 265.

⁴² Disposición Final 1.^a 2 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

diálogo y empatía para con los propios hijos⁴³ o la ausencia de relación con el hijo tras la separación de los progenitores, bien por dejación de sus deberes por el propio progenitor⁴⁴, bien por impedirlo el progenitor custodio⁴⁵. Finalmente, ya en el ámbito patrimonial, se menciona la gestión defectuosa de los padres en su calidad de administradores legales de los bienes de sus hijos menores (*cf.* art. 168 II CC)⁴⁶.

III. EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

La doctrina favorable a aplicar remedios indemnizatorios en ámbitos familiares ha tenido un reflejo más bien escaso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Dejando aparte los casos de responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos o faltas y de los supuestos vinculados a la infracción de un derecho de la personalidad, con respecto a los demás grupos de casos a que se ha hecho referencia con anterioridad la jurisprudencia se limita hasta el momento a dos supuestos.

Por una parte, las reclamaciones de ex maridos por incumplimientos del deber de fidelidad conyugal por sus esposas, que habían dado lugar a la concepción de hijos que durante un tiempo aquéllos habían tenido como propios y que posteriormente resultaron no serlo [*infra* § 1].

El segundo grupo de casos está relacionado con el derecho de los hijos menores a gozar de relaciones personales con ambos progenitores y el correlativo interés de cada uno de éstos en mantener de un modo real y efectivo esa relación a través de las facultades conferidas por la ley en el ejercicio de la patria potestad, la custodia de los hijos y el derecho de visita [*infra* § 2].

1. DAÑOS POR LA INFIDELIDAD DE LA ESPOSA Y LA OCULTACIÓN DE LA FALSA PATERNIDAD SOBRE LOS HIJOS

Para este grupo de casos, la jurisprudencia civil no proporciona apoyo a la doctrina que pretende extender las normas de la respon-

⁴³ Véase RODRÍGUEZ GUTIÁN (nota 2) 265.

⁴⁴ RODRÍGUEZ GUTIÁN (nota 2) 271.

⁴⁵ M.^a Teresa MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas*, en VERDA Y BEAMONTE (nota 4), pp. 179-201 y MORENO VELASCO (nota 3) *passim*.

⁴⁶ RODRÍGUEZ GUTIÁN (nota 2) 126-7.

sabilidad extracontractual a las relaciones familiares sino más bien todo lo contrario.

Hasta ahora, el Tribunal Supremo ha dictado tres sentencias sobre este tipo de demandas. La más reciente, fechada el 14 de julio de 2010⁴⁷, no entra sin embargo a resolver pues considera que la pretensión deducida por el ex marido había prescrito. Éste reclamaba 300.000 euros en concepto de «daño moral por la pérdida de una hija», 100.000 euros por el «deterioro de su fama, honor, etc.» y 100.000 euros por «los daños físicos y secuelas psicológicas», aparte de 14.638,13 euros en concepto de «daño patrimonial y enriquecimiento injusto». La demanda, sin embargo, se presentó más de un año después de serle notificada la sentencia que declaraba que la menor no era hija biológica suya y todas las instancias consideraron prescrita la acción de responsabilidad extracontractual. En el recurso de casación, el demandante argumentó que la separación matrimonial, y la ulterior revelación de que la hija que había tenido por tal no lo era, fueron el desencadenante de un empeoramiento grave de su salud, que en el momento de presentar la demanda todavía no había cesado. La sentencia del Tribunal Supremo descalifica este supuesto carácter «continuado» de los daños alegados por el demandante y desestima el recurso subrayando que no cabe hablar de daño continuado con base en «el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto». Para el Supremo, «de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado».

La primera sentencia sobre este grupo de casos tiene fecha de 22 de julio de 1999⁴⁸ y en ese caso el marido solicitó sendas indemnizaciones por los alimentos abonados al hijo que creía suyo durante 15 años y por el daño moral sufrido por haberle ocultado la verdad sobre su paternidad. Desestimada la demanda en apelación, el marido recurrió ante el Supremo alegando la infracción, por inaplicación, del artículo 1902 CC y alegó que se había visto sometido a un procedimiento de impugnación de paternidad en el que se reconocían las relaciones extramatrimoniales de su esposa y su

⁴⁷ RJ 2010\5152. Comentada por Pilar ÁLVAREZ OLALLA, *Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial*, Aranzadi Civil 9/2010 (BIB 2010\2878).

⁴⁸ RJ 1999\5721.

resultado: el nacimiento de un hijo que consideraba propio y que no lo era. Pretendía que se le habían ocasionado «unos daños morales innegables al haber sido humillado y lesionado en su honor y dignidad». El Tribunal Supremo se atuvo a los hechos probados por la instancia y estimó que, si bien la mujer podía tener sospechas, nunca tuvo «un conocimiento pleno y de total certidumbre» y concluyó que, al no haber dolo por parte de la esposa, no podía accederse a ninguna de las pretensiones del marido.

Pocos días más tarde, el 30 de julio de 1999⁴⁹, el Tribunal Supremo emitió otra sentencia con el mismo ponente y sobre un supuesto muy parecido, en el que el marido demandó a su esposa y solicitó sendas indemnizaciones por los alimentos prestados a quienes resultaron no ser sus hijos y por daños morales. La demanda fue íntegramente desestimada en ambas instancias y el marido presentó recurso de casación, en este caso por infracción de los artículos de 67 y 68 CC en relación con el artículo 1101 CC. El recurso se fundamentaba en que el deber de fidelidad «es una obligación contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que [la esposa] viene obligada a cumplir». Respecto a los daños morales, el marido alegó que reclamaba «no sólo [que] ha vivido en engaño permanente, sino que el resultado final del propio engaño ha sido la pérdida de los hijos, ya que los que consideraba como tales no lo eran, así como un sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro». Frente a este planteamiento, el Tribunal Supremo hace suya la argumentación del tribunal de instancia y proclama que «indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social» pero al mismo tiempo subraya que «es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 [...] sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos». A lo que acaba añadiendo que tampoco cabe «comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar». Esta sentencia concluye con la categórica afirmación según la cual «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna».

⁴⁹ RJ 1999\5726. Comentada por Luis F. RAGEL SÁNCHEZ en CCJC52 (2000) pp. 153-163.

La posición del Tribunal Supremo, por tanto, es en esta segunda sentencia clara y taxativa en el sentido de negar la indemnización solicitada en un supuesto que en sus presupuestos fácticos es idéntico al de la primera sentencia. En la primera sentencia la razón para decidir parece ser que la esposa demandada no había ocultado intencionalmente la verdad a su marido, mientras que en la segunda sentencia todo apunta a que sí lo sabía, pese a lo cual el Tribunal Supremo considera este dato como irrelevante pues el daño reclamado está íntimamente vinculado a la infracción del deber de fidelidad y la propia sentencia declara expresamente que no produce la obligación de indemnizar el daño moral que genera en el otro cónyuge.

Desde que se dictaron estas dos sentencias, hace ya más de diez años, se han dictado numerosas sentencias en apelación en casos de este mismo tipo. En general, se aprecia que las Audiencias Provinciales han acatado la doctrina del Tribunal Supremo en lo relativo a la falta de resarcibilidad del daño moral debido a la infidelidad conyugal. Hay que hacer notar, con todo, que la alusión de la sentencia de 22 de julio de 1999 a la conducta dolosa de la esposa al ocultar la verdadera paternidad ha sido interpretada por muchas sentencias como una posibilidad de imputar responsabilidad al cónyuge infiel si se demuestra aquella conducta dolosa.

Este punto de vista fue el adoptado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004⁵⁰, relativa a una demanda dirigida por el marido contra su ex esposa y contra el verdadero padre de tres de los cuatro hijos nacidos durante el matrimonio. La sentencia distingue, por un lado, la cuestión de la infidelidad conyugal, respecto a la cual niega indemnización y dice compartir plenamente la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 1999. En cambio, respecto a la ocultación de la verdadera paternidad de los hijos presuntamente matrimoniales, concluye que los demandados incurrieron en «negligencia en sus relaciones íntimas», ya que «conocían que los métodos anticonceptivos que utilizaban no eran seguros». Además, les imputa una conducta dolosa consistente en ocultar la verdad sobre la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio, permitiendo que se inscribiesen en el registro civil como hijos del demandante y que pasaran a formar parte de su familia, situación que mantuvieron durante más de seis años. La sentencia concluye condenando al pago de 100.000 € en concepto de daños morales al considerar que, en este tipo de casos, el «sufrimiento puede ser superior al de la muerte de

⁵⁰ AC 2004\1994. Comentada por Esther FARNÓS AMORÓS, *El precio de ocultar la paternidad*, InDret2/2005 (www.indret.com).

los menores, al no poder elaborar el duelo como respuesta la pérdida sufrida» y razona que, a pesar de la predisposición de los demandados a permitir que el demandante siguiese relacionándose con los niños, esta posibilidad difícilmente podía llevarse a la práctica. Sentencias posteriores de la propia Audiencia Provincial de Valencia⁵¹ y de otros tribunales siguen la misma línea argumentativa, condenando en ocasiones, junto a la ex esposa, al verdadero padre de los hijos atribuidos al demandante⁵².

Así pues, a pesar de la claridad de los términos del Tribunal Supremo, especialmente en su sentencia de 30 de julio de 1999, parece que algunos órganos jurisdiccionales sienten la necesidad de ofrecer una respuesta positiva a las demandas formuladas por los maridos en este tipo de casos. En alguna sentencia incluso se apunta directamente a la necesidad de dar por superada la jurisprudencia dictada en 1999⁵³ y buena parte de la doctrina más reciente da por hecho que este tipo de pretensiones es admisible y puede prosperar⁵⁴, sugiriéndose incluso que el Tribunal Supremo clarifique cómo cuantificar homogéneamente el daño moral resarcible al demandante⁵⁵.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 3 de abril de 2008, lleva más lejos su argumentación y apunta al deber judicial de «dar contenido jurídico al matrimonio y sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno». Concluye como consecuencia de ello que deben admitirse «las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges *por la infidelidad del otro* si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que

⁵¹ Véase SAP Valencia 5.9.2007 (JUR 2007\340366).

⁵² SAP Santa Cruz de Tenerife 16.10.2009 (JUR 2010\79320), León 2.1.2007 (JUR 2007\59972) y 30.1.2009 (JUR 2009\192431) y Barcelona 16.1.2007 (Comentada por Esther FARNÓS AMORÓS, *La indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad*, InDret 4/2007 [www.indret.com]). Más recientemente, cf. SAP Murcia 18.11.2009 (AC 2010\60). Otras sentencias acaban absolviendo a la esposa pero por falta de prueba de su conducta dolosa. Véase SAP Barcelona 22.7.2005 (JUR 2006\163268), que tiene especial cuidado de añadir que «no puede, ni debe, confundirse la realidad de la situación de infidelidad conyugal, con la del conocimiento de que la hija nacida constante matrimonio no hubiera sido concebida por el hoy actor». En esta misma línea, SAP Barcelona 31.10.2008 (AC 2009\93) y 23.7.2009 (JUR 2009\464365) y Segovia 11.12.2007 (JUR 2008\148138).

⁵³ SAP Cádiz 3.4.2008 (JUR 2008\234675). En esta misma línea, PÉREZ MAYOR (nota 4) 2.

⁵⁴ Véase por ejemplo Antonia PANIZA FULLANA, *Filiación impugnada: prescripción y daños continuados*, Aranzadi Civil 9/2010 (BIB 2010\2871).

⁵⁵ FARNÓS AMORÓS (nota 52) 21 (abogando porque el Tribunal Supremo se pronuncie sobre «una indemnización orientativa que permitiese valorar el daño moral en este grupo específico de casos»). Hasta el momento los recursos de casación contra las sentencias de apelación en esta materia han sido generalmente inadmitidos, básicamente por no llegar a la cuantía mínima para recurrir en casación o por razones vinculadas a la no revisabilidad de las circunstancias fácticas declaradas probadas en la instancia o de las cuantías fijadas como indemnización. Véase ATS 10.5.2008 y 8.9.2008 (JUR 2008\320283).

sigue a cualquier ruptura de pareja». Para llegar a esta conclusión la sentencia destaca que los deberes conyugales no son meros imperativos éticos sino que la protección constitucional del matrimonio como institución obliga al legislador a mantener una sanción jurídica efectiva frente a la infracción de los deberes conyugales. Por lo demás, la sentencia razona que ahí radicaría la diferencia de trato jurídico entre la unión libre y el matrimonio: «Disponemos en la actualidad de diversas estructuras jurídicas que dan cobertura y regulación a diferentes de modelos de convivencia en pareja y es evidente que nuestra sociedad acepta y ampara todos y cada uno de ellos, siendo así que *cada pareja puede adaptar su modelo de convivencia a la institución más acorde a sus necesidades, deseos e inquietudes*. En este sentido, *quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento* y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño».

No faltan, con todo, sentencias de Audiencias Provinciales en las que se llama la atención de que lo que se pide en casos de este género es «que en base al artículo 1902 se abra una puerta todavía cerrada en una materia particularmente sensible: la de los conflictos familiares, en la que no existe norma expresa ni jurisprudencia que ampare la indemnizabilidad del daño moral puro»⁵⁶. La SAP Segovia de 30 de septiembre de 2003⁵⁷ representa muy bien este punto de vista cuando subraya que no entran dentro de la indemnización por daño moral «los daños causados por infidelidades, abandonos o ausencia de lealtad en las relaciones personales, amistosas o amorosas, pues tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico, no debiendo proliferar categorías de daños morales indemnizables que encarnen intereses que no sean jurídicamente protegibles, y en los que el derecho no debe jugar papel alguno ni debe entrar a tomar partido».

2. IMPUTACIÓN DE DAÑOS POR OBSTACULIZAR LA RELACIÓN PERSONAL ENTRE UN PROGENITOR Y SUS HIJOS

La sentencia de 30 de junio de 2009, a la que aludíamos también al principio de este trabajo, es la primera del Tribunal Supremo que puede enmarcarse en el grupo de casos relativo al derecho

⁵⁶ SAP Barcelona 28.11.2008 (*La Llei*, núm. 750, 4.6.2009). Véase también, más recientemente, SAP Barcelona 16.9.2010 (*La Llei*, núm. 98, 20.1.2011).

⁵⁷ JUR 2003/244422.

de los hijos menores a gozar de relaciones personales con ambos progenitores y el correlativo interés de cada uno de éstos en mantener esa relación. Concretamente, la sentencia resuelve afirmativamente la demanda presentada contra la ex pareja que había impedido que el demandante llegara a tener cualquier tipo de relación con su hijo reteniéndole en Estados Unidos en contra de lo dispuesto por las resoluciones judiciales que resolvieron sobre su guarda y custodia. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación contra la sentencia de apelación, que había considerado prescrita esa acción, y declara que la madre había violado los derechos del padre a relacionarse con su hijo menor, además de haber desobedecido las resoluciones judiciales que aquélla conocía perfectamente al haber comparecido en tiempo y forma en todos los procedimientos judiciales que habían tenido lugar en España. Concluye condenando a la madre a abonar una indemnización de 60.000 € por los daños morales sufridos por el demandante a consecuencia de la privación de todo contacto con su hijo y por la pérdida irreversible de su relación con él.

Esta sentencia ha sido celebrada por algunos autores como un verdadero punto de inflexión respecto a la aplicabilidad en España del Derecho de la responsabilidad civil con ocasión de conflictos familiares. Para Verda, por ejemplo, esta sentencia es «emblemática» de la posibilidad abierta de admitir demandas de responsabilidad civil «hasta hace pocos años inimaginables»⁵⁸. Este autor afirma, además, que se trata de «una resolución puntera en el campo de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, máxime cuando en la jurisprudencia de instancia [...] se había negado la indemnización de este tipo de daño moral»⁵⁹. Y concluye subrayando que «constituye un importante avance en orden a romper el “prejuicio” [...] consistente en considerar que las normas de Derecho de Familia constituyen un sistema cerrado, que no permite la aplicación de normas o principios generales tendentes al resar-

⁵⁸ VERDA Y BEAMONTE (nota 7) 1.

⁵⁹ VERDA Y BEAMONTE (nota 7) 4. El autor se refiere críticamente a la SAP Valencia 20.2.2006 (JUR 2006\207982), que había desestimado la demanda de un padre argumentando, entre otros extremos, que «el incumplimiento de una obligación legal reconocida en sentencia, cual es el régimen de visitas en sede de un proceso de separación, primero, de divorcio, después, y de modificación de medidas, posteriormente, no lleva aparejada como sanción civil indemnización alguna». En esta línea, Ignacio MARÍN GARCÍA y Daniel LÓPEZ RODRÍGUEZ, *Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo*, InDret 2/2010, p. 20 ponen de relieve que «el Tribunal Supremo abre con este pronunciamiento una nueva línea jurisprudencial que reconoce el daño moral en aquellos casos en que uno de los padres impide que el otro progenitor se relacione con su hijo menor. (...) Esta postura puede conllevar el incremento de las reclamaciones entre progenitores, motivadas por una probabilidad de éxito mucho mayor y porque la extensión del régimen general de la responsabilidad civil al ámbito familiar aumenta el número potencial de demandantes».

cimiento [...] [lo cual] carece de fundamento legal y [...] aparece contradicho en esta resolución judicial»⁶⁰. En palabras de Rodríguez Guitián, «la trascendencia de esta sentencia también radica en que probablemente se trata de un paso significativo en la ruptura de la tesis tradicional que existe en nuestro ordenamiento consistente en un principio de inmunidad por daños en el ámbito de las relaciones familiares»⁶¹. En esta misma línea, González Beilfuss y Navarro Michel⁶² parafrasean una opinión doctrinal de la magistrada ponente de esta sentencia⁶³ para concluir que, mediante esta sentencia, la propia autora habría contribuido a dismantelar el edificio del Derecho de familia frente a la influencia de la responsabilidad civil.

En verdad que estos comentarios suscitan un punto de perplejidad. Sin duda, estamos ante la primera ocasión en que la Sala Primera tiene que pronunciarse sobre una pretensión de este tipo. Mas lo que hace que algunos de esos comentarios nos parezcan algo exagerados es, por un lado, que la imposición de una indemnización en este supuesto no parece tan sorprendente como pudiera parecer y, por otro lado, que ni del texto ni del fondo de la sentencia se deducen las conclusiones de orden más general y que la doctrina sí extrae respecto al tema de la aplicación del Derecho de la responsabilidad civil en el ámbito regulado por el Derecho de familia.

Respecto al primer punto, qué duda cabe que el interés tutelado mediante esta vía indemnizatoria se corresponde con el interés para el que el Derecho de familia arbitra medidas de protección, muchas de ellas bastante contundentes y que en tiempos recientes han sido incluso reforzadas mediante la tutela penal. Algo no acaba de encajar cuando se señala que esta sentencia acaba con una cierta «inmunidad» y abre las puertas a reclamaciones de responsabilidad civil, cuando hace ya tiempo que la ley habilita a constreñir por la fuerza al progenitor que retiene indebidamente consigo al menor a entregarlo y a permitir el ejercicio efectivo de los derechos del otro progenitor, especialmente en supuestos de sustracción internacional del menores. Por otro lado, cómo obviar que esa misma conducta

⁶⁰ VERDA Y BEAMONTE (nota 7) 7.

⁶¹ Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo: a propósito de la STS de 30 de junio de 2009*, ADC 2009, p. 1829.

⁶² Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS/Mónica NAVARRO MICHEL, *Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil*, RJC 109 (2010) pp. 805-832, 831.

⁶³ Con referencia a la exclusión del Derecho de familia de la influencia de la aplicación de la responsabilidad civil, la profesora ROCA TRÍAS (nota 5) 533 había señalado que tras las sentencias del TS de 1999, «el edificio resiste, pero no sabemos por cuánto tiempo».

puede conllevar una responsabilidad penal, de la que se derivará, en su caso, la responsabilidad civil por el delito o falta correspondiente⁶⁴.

Respecto al segundo punto, hay que subrayar que la sentencia no menciona expresamente, ni tan siquiera para hacer un comentario *obiter*, el contexto general en que la doctrina quiere colocarla. Desde luego, no se menciona el término «inmunidad», ni se profundiza tampoco en la relación entre el Derecho de familia y la aplicación de las acciones de responsabilidad civil en relaciones familiares. La sentencia únicamente se hace eco de que «el problema de las relaciones entre los progenitores separados en orden a la facilitación de los tratos de quien no convive con los hijos cuya guarda y custodia ha sido atribuida al otro progenitor *presenta problemas complejos*» [énfasis añadido]. No se explicita más. En cambio, se añade que «en debates internacionales» se ha defendido la conveniencia del «principio de sanción al progenitor incumplidor *para proteger no sólo el interés del menor, sino el de quien no convive con el hijo*»⁶⁵ [énfasis añadido], pasando a continuación a hacer referencia a sentencias italianas sobre casos similares, así como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos de suspensión irrazonable por las autoridades del contacto de un progenitor con sus hijos. Por lo tanto, lo único que hace esta sentencia es reforzar la justificación de la condena con referencias comparadas al reconocimiento internacional como daño resarcible del interés del progenitor privado de la relación con su hijo de forma irreversible. En este punto, la sentencia es coherente con desarrollos anteriores en materia de indemnización del daño moral, en los que la Sala Primera ha vinculado de modo expreso el derecho a la indemnización con la protección de dere-

⁶⁴ Cf. Art. 225 bis CP, que prevé para el sustractor prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. Este precepto fue introducido precisamente para «prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, para aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de los progenitores» (Exp. Mot. LO 9/2002 de 10 de diciembre). Con carácter más general, ante el incumplimiento del *régimen de visitas* por parte de uno de los progenitores el ordenamiento jurídico español prevé otras medidas: a) la imposición de multas coercitivas (arts. 699, 709 y 776.2.^ª LEC); b) el apercibimiento de modificación del régimen de guarda, en caso de incumplimientos reiterados de la obligación (art. 776.3.^ª LEC); y c) la posibilidad de sancionar penalmente al incumplidor, con base en un delito de desobediencia o contra las obligaciones familiares, o imputarle una falta conforme a los arts. 618.2 o 622 CP. Véase al respecto MORENO VELASCO (nota 3) *passim*.

⁶⁵ En otro pasaje de la sentencia se adopta el mismo enfoque, en este caso desde el punto de vista del daño resarcible: «El daño existe en este caso y [...] consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor».

chos fundamentales de la persona, conectando también con la doctrina del TEDH⁶⁶.

En este punto, es preciso subrayar, además, que el Supremo actúa de hecho como primera instancia ya que las instancias anteriores, aunque no habían rechazado de plano la demanda, sí que habían apreciado la prescripción de la acción. Y no es aventurado conjeturar que la respuesta positiva que recibe del Tribunal Supremo, especialmente en lo relativo a la no prescripción de la reclamación⁶⁷, se explicaría ante todo por la dramática vivencia padecida por el demandante, excluido para siempre de la vida de su hijo sin que con anterioridad ningún remedio jurídico sirviera para evitar semejante resultado. Lo cual no quiere decir que se excluya *a priori* la posibilidad de solicitar indemnización por daños en este tipo de casos, ni que sea preciso llegar a situaciones extremas para admitirlas⁶⁸. Sólo queremos subrayar que es muy probable que la situación del demandante habría sido muy distinta, y con toda probabilidad se habría evitado el grave perjuicio por el que acaba siendo indemnizado, si los remedios ordinarios previstos en este tipo de casos hubiesen operado adecuadamente. En este punto, es muy revelador el detallado análisis que han efectuado González Beilfuss y Navarro Michel sobre las circunstancias de hecho del caso, tal y como aparecen referidas en los antecedentes de la sentencia. Estas autoras destacan lo anómalo de la vía empleada para hacer valer los derechos del progenitor afectado y tratan de dar razón sobre por qué en ningún momento llegaron a emplearse los instrumentos previstos en el Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores, que estaban en vigor tanto en España como en los Estados Unidos al producirse la retención del menor⁶⁹. A la vista de las circunstancias del caso, concluyen que junto a la responsabilidad de la madre tal vez convendría plantearse la posible responsabilidad de otras personas y más concretamente si los

⁶⁶ Especialmente en relación con la recepción de la jurisprudencia del TEDH en la imposición de indemnizaciones por inmisiones causadas por ruido ambiental (por todas, véase STS 29.4.2003 [*Actualidad Civil* 2003, 524]).

⁶⁷ Un apunte crítico sobre el modo de configurar el daño padecido en este caso como *continuado* a los efectos de fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción del art. 1968.2 CC en Eugenio LLAMAS POMBO, *Privación de relaciones paternofiliales y prescripción*, Revista Práctica. Derecho de Daños 77/2009, pp. 3-5, 4.

⁶⁸ De hecho, varias resoluciones de Audiencias Provinciales, en vía penal o en vía civil, han concedido indemnizaciones por el concepto ahora reconocido por el Tribunal Supremo. En especial, véase SAP Cádiz 8.4.2002 (AC 2002\1064) y Vizcaya 13.3.2007 (JÜR\2007\137231). Más referencias en MARÍN GARCÍA/LÓPEZ RODRÍGUEZ (nota 59) 11-13 y MORENO VELASCO (nota 3) 4-5. En este sentido, un juzgado de Sevilla ha condenado a una madre como autora de un delito de sustracción de menores a dos años de prisión y a indemnizar al padre con 30.000 € por la sustracción durante más de 1 año de la hija común (JP Sevilla núm.1, 28.12.2007 [ARP 2009\922]).

⁶⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS/NAVARRO MICHEL (nota 62) 821 ss.

profesionales que asesoraron al demandante lo hicieron correctamente y si la Administración española ofreció al padre suficiente apoyo e información para canalizar eficazmente sus pretensiones con respecto a su hijo⁷⁰.

3. RECAPITULACIÓN

El repaso que acabamos de hacer de las decisiones judiciales relevantes nos permite vislumbrar dos procesos paralelos cuya corrección también queremos poner en cuestión.

Por un lado, la perspectiva adoptada por un número creciente de sentencias de apelación, en las que se acepta la indemnización de los daños morales vinculados al descubrimiento de que el hijo que se tenía por propio no lo era y que fue engendrado en relaciones extraconyugales de la esposa. Aunque la mayor parte de sentencias arguye que no está indemnizando el perjuicio vinculado a la infracción de los deberes conyugales, y en especial del deber de fidelidad, alguna sentencia reciente admite explícitamente que la indemnización concedida no depende del grado de culpa o dolo en la ocultación del probable carácter no matrimonial del hijo habido durante el matrimonio, sino que está vinculado directamente a la lesión de las expectativas fundadas en el estado matrimonial.

Por otro lado, existe el riesgo de que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 30 de junio de 2009 sea interpretada, a nuestro juicio erróneamente, como una rectificación de la jurisprudencia restrictiva evidenciada en las sentencias dictadas en 1999, y que se emplee para avalar la doctrina que postula la aplicación indiscriminada de la responsabilidad extracontractual en conflictos familiares. Naturalmente, a este resultado coadyuva la indiferenciación en la presentación de los grupos de casos y la pretensión doctrinal de ofrecer criterios de carácter general, que sustituyan a la tan repetida e invocada «inmunidad» frente a las reclamaciones de responsabilidad civil del propio cónyuge o de los hijos. Es posible, en efecto, que tanto los tribunales inferiores como la doctrina interpreten en estos términos el resultado de aquella sentencia, obviando que el interés a relacionarse personalmente con los propios hijos y a tenerlos en compañía es oponible tanto al otro progenitor como a terceros ajenos a la familia, y que no hay nada excepcional en que la obstrucción imputable de este derecho genere responsabilidad, e incluso que sea punible penalmente. Serán las circunstancias del caso las que determinen la existencia, o no, de un abuso en las

⁷⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS/NAVARRO MICHEL (nota 62) 829-830.

facultades de actuación del guardador⁷¹ (o, en su caso, de un funcionamiento anormal de la Administración). El hecho de que en estos supuestos tal vez se deba responder no implica, sin embargo, que también deba ser así en cualquier otro de los supuestos que previamente hemos tratado de sistematizar, por el solo hecho de que en ambos casos están involucrados cónyuges, ex cónyuges o miembros de una misma familia.

IV. REPENSAR EL TEMA: UN COMENTARIO CRÍTICO

En nuestra opinión, las opiniones doctrinales que alientan a abrir las puertas de la concesión de indemnizaciones por daños en conflictos de índole familiar, en la mayoría de los supuestos, carecen de una mínima base jurisprudencial y se apoyan en criterios muy endebles, tanto desde el punto de vista del Derecho de familia como del Derecho de la responsabilidad civil. En otras palabras: obviando elementos esenciales de la responsabilidad civil alcanzan resultados que contradicen principios básicos que han guiado la evolución reciente de nuestro Derecho de familia.

Nos preocupa, además, que escaseen las voces que se pronuncien frente a esta tendencia⁷². Parece como si su carácter supuestamente «progresista» hubiese suscitado la unanimidad de quienes se han aproximado al tema en tiempos recientes, pues es un hecho que, paradójicamente, ciertos sectores feministas han terminado haciendo causa común con las tesis que defienden con mayor ahínco los sectores académicos más conservadores. Por eso, sin pretender llevar a cabo una aportación definitiva en este tema, sí que nos gustaría contribuir a cuestionar algunas de las premisas de las propuestas hoy en boga y dejar sentadas algunas ideas que consideramos fundamentales y que van justamente en la dirección contraria a la preconizada por la literatura jurídica española más reciente.

⁷¹ En este sentido, la SAP Madrid 21.6.2001 (JUR 2001\252828) excluyó cualquier responsabilidad en la madre que se llevó consigo a sus hijos al contraer nuevo matrimonio, en ejercicio de su derecho a la libre elección de domicilio (art. 19 CE), sin perjuicio de la posibilidad del otro progenitor de solicitar una modificación de las medidas de regulación del divorcio.

⁷² No obstante, véase Pablo SALVADOR CODERCH / Juan A. RUIZ GARCÍA, *Comentari a l'article 1*, en Joan EGEA FERNÁNDEZ / Josep FERRER RIBA, *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacionsconvivencials d'ajudamútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 63 y FERRER RIBA (nota 5) 1854-1856. Véase asimismo Eugenio LLAMAS POMBO, *Divorcio y responsabilidad civil*, Práctica Derecho de Daños 25 (2005), pp. 3-6 y Jordi RIBOT IGUALADA, *Nota crítica a J.R. de Verda y Beamonte (ed.), Daños en el Derecho de Familia*, ADC (2006), pp. 1883-1894, 1891.

1. LA CUESTIÓN DE LA INMUNIDAD CONYUGAL O PARENTAL

Es un lugar común, por influencia de la doctrina angloamericana, situar los términos del debate en la denominada «inmunidad conyugal o parental». De hecho, la profesora Encarna Roca ya planteó el tema desde este punto de vista en su influyente trabajo, publicado en el año 2000, y en el que se preguntaba si, como había sucedido históricamente en el *Common law*, también en el Derecho español «existe inmunidad en las relaciones familiares», o si, por el contrario, «los diferentes aspectos en que la ley establece reglas especiales de responsabilidad son sólo manifestaciones de un principio soterrado que consiste en la imposición de la responsabilidad frente a la inmunidad»⁷³. Como acabamos de ver, las aportaciones más recientes también hacen hincapié en que la sentencia de 30 de junio de 2009 estaría poniendo en entredicho un supuesto «principio de inmunidad por daños en el ámbito de las relaciones familiares», de modo que «ya no se puede decir que las relaciones familiares sean inmunes a la aplicación de las normas de la responsabilidad civil»⁷⁴.

La doctrina observa que esta inmunidad se correspondería con el modelo histórico de familia patriarcal recogido en los Códigos Civiles decimonónicos y que se considera superado. Frente a este modelo, hoy se opone que la familia contemporánea debe estar al servicio de la persona y constituir el ámbito en el que la persona ejerce sus derechos fundamentales y en el que se asegura el desarrollo armónico de la personalidad de sus miembros. Una cierta inmunidad, sin embargo, todavía podría venir favorecida, en la práctica, por la existencia de barreras institucionales como la prescripción de las acciones entre familiares⁷⁵.

Ahora bien, lo que hay que clarificar en primer lugar es qué se entiende aquí por «inmunidad» y, muy especialmente, qué consecuencias se derivan en este contexto de negar que exista en nuestro Derecho. Si la inmunidad se define, como propone por ejemplo Vargas Aravena, como «libertad [...] para dañar, amparados [...] en la relación familiar»⁷⁶, no cabe duda que en el Derecho privado de las relaciones familiares hoy no existe semejante inmunidad. En ningún caso el mero hecho de que la persona causante del daño y la víctima sean familiares puede exonerar al primero de la obligación de compensar el daño causado. En este sentido, la situación difiere

⁷³ ROCA TRÍAS (nota 5) 539.

⁷⁴ Véase *supra* notas 61 y 62 y texto al que corresponden.

⁷⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 65.

⁷⁶ Véase VARGAS ARAVENA (nota 2) 19.

claramente del Derecho Penal, donde por diversas razones el parentesco sigue siendo fundamento tanto para la atenuación o exclusión de la responsabilidad penal, como para su agravación⁷⁷. Y no cabe desde luego afirmar, como fue posible históricamente en los ordenamientos del *Common law*, que son inadmisibles de plano las posibles reclamaciones de daños entre esposos o entre padres e hijos, en aras al mantenimiento de la paz familiar y para garantizar la estabilidad de las relaciones sociales⁷⁸.

Es evidente que la protección que proporcionan las reglas de responsabilidad civil no puede negarse porque la víctima y la persona responsable estén vinculados por lazos familiares. Aquí encaja perfectamente la anterior reflexión acerca de la superación actual de un concepto de familia-comunidad y la transición hacia otro en el que la familia asegura el desarrollo armónico de la personalidad de sus miembros y en la que éstos ejercitan sus derechos fundamentales y defienden sus intereses frente a un supuesto interés superior del grupo familiar. Es más, y de ello es una buena prueba la respuesta penal frente al fenómeno de la violencia doméstica y de género, como que la familia es el ámbito de mayor vulnerabilidad de la persona al exponerse en su seno los intereses más básicos y personales de la víctima, el Derecho español se ha decantado paulatinamente por un agravamiento de la sanción penal cuando las conductas criminales se cometen contra personas de ese entorno y muy especialmente cuando consisten en actos de violencia física o psíquica contra las mujeres y contra las personas más vulnerables del hogar⁷⁹.

Por lo tanto, si estamos de acuerdo sobre lo que significa esa «inmunidad» a la que se hace tantas veces referencia, y concluimos que en nuestro Derecho no puede sostenerse que la existencia de lazos familiares con la víctima comporte la exoneración de responsabilidad por daños que, de haber sido ocasionados por personas ajenas al ámbito familiar, obligarían a éstas a indemnizarlos, ¿dónde radica la discrepancia?

El desacuerdo se basa en que la doctrina que estamos cuestionando pretende hacer de los lazos familiares el fundamento de la responsabilidad en casos en que esa responsabilidad no existiría entre personas sin vínculos familiares, de manera que se emplea la

⁷⁷ Arts. 23, 180.4 y 268.1 CP. Excepcionalmente el CP excluye la responsabilidad penal por delitos económicos cometidos contra el cónyuge pero reserva expresamente la posibilidad de solicitar la responsabilidad civil (cf. art. 268.1 CP).

⁷⁸ Véase especialmente FERRER RIBA (nota 5) 1.840 ss y FARNÓS AMORÓS (nota 52) 16 ss para un resumen detallado del itinerario histórico de la legislación y de la jurisprudencia en el Derecho estatal de los EE.UU. y en el *Common law* inglés.

⁷⁹ Véase arts. 147.8, 4 y 5, 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 CP. SSTC 59/2008, de 14 de mayo y 45/2009, de 19 de febrero.

responsabilidad civil como complemento de las reglas de Derecho de familia allí donde el autor o autora correspondiente considera que existe un déficit de protección del miembro de la familia afectado. Novales Alquézar, por ejemplo, se refiere a la «bula del Derecho de familia», que según ella –al no adscribir consecuencias económicas a la infracción de los deberes personales de los cónyuges durante la convivencia– permitiría «dañar impunemente»⁸⁰. En la misma línea, algunos autores que apoyan la extensión de las reglas de responsabilidad civil a los conflictos en el seno de la familia invocan como verdadero fundamento de esa responsabilidad el «contractual», incluyendo bajo ese término a las obligaciones pre-dispuestas por la ley a los cónyuges o a los progenitores en el marco de la relación conyugal o parental⁸¹.

Sin embargo, los intereses involucrados en las relaciones familiares se organizan y protegen mediante el Derecho de familia vigente en cada momento histórico, y sus reglas proporcionan criterios acerca de cómo deben ejercerse los roles de cónyuge y los de progenitor. Por eso pensamos que es coherente con este modo de organización enjuiciar las consecuencias de la infracción de los estándares establecidos por el Derecho de familia de acuerdo con las reglas del propio Derecho de familia y no partir de la base que éstas son incompletas. De modo que cuando el Derecho de familia no proporciona una regulación específica no existe una laguna que deba integrarse indiscriminadamente mediante las reglas de responsabilidad civil. La doctrina que aquí se critica, en cambio, lleva a compensar como daños morales (e incluso patrimoniales) las decepciones o el malestar sufrido por maridos, esposas o hijos a manos de esposas, maridos o padres, a quienes se imputaría un ilícito civil en casos en que, en realidad, aquéllos no habrían hecho otra cosa que ejercer el derecho a la autonomía que el Derecho de familia vigente les reconoce y garantiza.

Por ello, creemos que es más razonable pensar que el silencio de la ley respecto a la responsabilidad civil en este tipo de conflictos obedece a una decisión de política jurídica coherente con los principios que informan el Derecho de familia actual y que recurrir a las reglas generales de daños resulta contradictorio con esta decisión. En este sentido, tal opción es coherente con la idea fijada en el artículo VI.-1:103 (c) del Marco Común de Referencia, que especifica que las reglas de responsabilidad extracontractual «do not apply in so far as their application would contradict the purpose of other private law rules [énfasis añadido]». Esta regla está

⁸⁰ NOVALES ALQUÉZAR (nota 4) 206. Véase también ROMERO COLOMA (nota 7) 2460.

⁸¹ Véase VARGAS ARAVENA (nota 2) 235 y allí más referencias.

pensada específicamente para las relaciones entre el Derecho de contratos y el de la responsabilidad civil, pero según el comentario oficial «juega un papel similar en relación con las normas sobre gestión de negocios ajenos, las reglas sobre propiedad y derechos reales *e incluso con respecto al Derecho de familia*»⁸². La idea de fondo es que el remedio que proporciona el Derecho de daños es subsidiario de las normas especiales fijadas en cada rama del Derecho privado, en el doble sentido de que *a)* se aplica sólo en defecto de reglas específicas dentro de cada sector, y *b)* sólo puede aplicarse en la medida en que los remedios indemnizatorios no contradigan los principios de esa rama del Derecho, ni los objetivos que ésta persigue. Significativamente para el propósito de este trabajo, el ejemplo con el que el proyecto de Marco Común de Referencia ilustra esta relación de subsidiariedad del Derecho de la responsabilidad civil es el de una hipotética reclamación de daños morales derivados de la infidelidad conyugal⁸³.

Esta misma idea se desprende del tratamiento penal de determinadas obligaciones civiles familiares⁸⁴. Nótese que respecto a determinados «delitos contra las relaciones familiares», la condición de cónyuge (o de progenitor o de tutor o guardador legal de la víctima) es determinante de la responsabilidad penal por la sencilla razón de que la conducta objeto de punición sólo puede llevarla a cabo quien ostenta la condición personal prevista por la norma penal. Sin embargo, lo que ahora queremos subrayar es que en todos estos casos la norma penal, y la responsabilidad civil derivada de esos delitos o faltas, se dirigen a proteger intereses idénticos a los que tutela la norma civil, sin entrar en contradicción con ésta.

2. LAS SUPUESTAS «LAGUNAS» DEL DERECHO DE FAMILIA

Siguiendo a la doctrina que aquí se critica, en cambio, se corre el riesgo de *subvertir* el Derecho de familia, al poner las normas que establecen indemnizaciones de daños al servicio de finalidades contrapuestas a las que actualmente sirven a aquél de fundamento.

⁸² Énfasis añadido. Véase Christian VON BAR/Eric CLIVE, *Principles, Definitions and Modern Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. 4 (2009) p. 3117.

⁸³ Ejemplo 5, en VON BAR/CLIVE (nota 82) 3118.

⁸⁴ Véase art. 218.1 (delito de bigamia), 225 bis (sustracción de hijos menores), 226.1 (abandono de familia y de menores), 227.1 y 618.2 CP (impago de pensiones).

El Derecho de familia se distingue de las otras ramas del Derecho Civil porque acota un sector de la realidad, que es el que tiene por objeto las relaciones que recaen sobre los intereses más personales y privados del individuo, y atribuye derechos y obligaciones que, en general, son inconcebibles en relación con la regulación jurídico-privada de la esfera externa, no familiar, de la persona. La regulación sectorial de las relaciones familiares establece unos instrumentos con los que conseguir los resultados que se propone en términos de política jurídica.

Históricamente, el interés del Estado por el matrimonio, por ejemplo, ha justificado la regulación de las condiciones de su celebración y efectos, así como si era posible y con qué consecuencias la disolución del matrimonio por divorcio. Paulatinamente este interés ha ido evolucionando desde una posición de extremo intervencionismo en la vida familiar y matrimonial, tanto en relación con la convivencia conyugal como respecto a las condiciones de la ruptura conyugal, hacia una posición mucho más neutral, en la que el Estado tiende a no inmiscuirse en la vida conyugal o familiar y en la que no se ponen trabas injustificadas a la ruptura conyugal⁸⁵. En este sentido, la regulación de la familia en la historia refleja cuál ha sido la moralidad predominante⁸⁶ y cómo se entendían en cada época las relaciones entre cónyuges y entre padres e hijos.

En los últimos decenios, sin embargo, ha ido ganando terreno la idea de que el Estado debe respetar la opinión de cada uno de los cónyuges respecto a la tolerabilidad de la situación en que se

⁸⁵ Un buen ejemplo de la evolución en esta materia lo proporciona el debate acerca de la posibilidad de limitar mediante la llamada «cláusula de dureza» el acceso al divorcio, si éste pudiera ocasionar a los hijos o al otro cónyuge perjuicios de especial gravedad (véase art. 87 Proyecto del ley del Gobierno, de 13.5.1980). Como es conocido, este límite —presente en otros ordenamientos y que algún autor llegó a calificar como la «salvaguarda última de los principios éticos» (Gabriel GARCÍA CANTERO en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, Madrid, Edersa, 1982, p. 297)— ya no aparecía en el texto aprobado por el Parlamento en 1981. En ese momento, pareció tan inviable dejar de regular el divorcio como denegarlo o suspenderlo ante las posibles consecuencias negativas que pudiese tener para el otro cónyuge o para los hijos.

⁸⁶ Es bien sabido, por ejemplo, que la legislación española ha pasado por varias etapas en lo que se refiere a los delitos relacionados con el sexo. El Código Penal de 1870 se atuvo a un estricto planteamiento patriarcal con el fin de proteger una «honra de la mujer» que en definitiva era la honra de su padre o marido. Junto a la punición del adulterio, sólo aplicable a la mujer y a su amante (pues el marido respondía por «amancebamiento» sólo bajo ciertas condiciones), el Código reintrodujo la llamada «venganza de sangre», que comportaba una pena levisima si el marido mataba a la esposa o al amante tras hallarlos en adulterio, así como la exención de responsabilidad criminal si les causaba por lesiones menos graves (art. 438 CP). Tras el breve lapso de la legislación despenalizadora de la II República, el franquismo reintrodujo ambos elementos a principios de los 40. La venganza de sangre sólo fue derogada definitivamente en 1963, mientras que la punición del adulterio se mantuvo hasta 1978. Puede verse este itinerario, con más detalle, en Juana GIL RUIZ, *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 187-190.

encuentra dentro de su matrimonio. En España, se ha llegado incluso a admitir la petición de divorcio sin necesidad de demostración de causa alguna que lo justifique a los ojos de la ley y de la sociedad. Con ello se lleva al extremo la conclusión de que las razones de la ruptura sólo interesan a los propios cónyuges y que no puede imponerse una convivencia no deseada aunque a ello se opongan los intereses o los deseos de uno de los cónyuges.

Con relación a los hijos menores, la situación de los padres no es exactamente la misma, aunque es evidente que los intereses de los hijos como personas dentro de la familia han ido adquiriendo mayor autonomía. La consecuencia jurídica de esta situación ha sido la legitimación de un mayor control público respecto al ejercicio de los deberes parentales. Al propio tiempo, sin embargo, la democratización de la vida social y el pluralismo existente en nuestra sociedad ha llevado a otorgar mayor protagonismo al libre desarrollo de formas educativas y de crianza de los hijos menores al margen de los valores predominantes en una sociedad determinada⁸⁷.

La ampliación del papel de la responsabilidad civil en el ámbito familiar pone en cuestión la autonomía del Derecho de familia: precisamente cuando éste retrocede y disminuye la densidad e intensidad de sus reglas para respetar la intimidad y la libertad de las personas en el seno del matrimonio y de las relaciones paterno-filiales, reduciéndose la intromisión de los poderes públicos en ese ámbito, la doctrina que aquí se critica pone énfasis en las supuestas lagunas de la regulación legal de la vida familiar. Los autores encuadrados en esta tendencia emplean la responsabilidad civil, especialmente en lo relativo a las consecuencias de la conducta inapropiada de los miembros de la familia, dando la impresión de que algo falla en el Derecho de familia, pero sin pararse a pensar si la supuesta laguna o insuficiencia responde, aunque no les guste, al diseño institucional por el que ha optado el legislador.

Resulta, en definitiva, un verdadero contrasentido hacer entrar las reglas de la responsabilidad civil en un ámbito del que en los últimos decenios el Derecho de familia conscientemente ha ido retirando sus propios remedios. De ahí la importancia de distinguir los diferentes grupos de casos, como hemos tratado de hacer mediante la propuesta de sistematización de los supuestos, que ahora trataremos de desarrollar brevemente⁸⁸.

⁸⁷ En nuestro Derecho, con todo, el Tribunal Constitucional ha declarado que los padres no pueden dejar de escolarizar a sus hijos en las etapas en que ello es obligatorio alegando motivos religiosos o de conciencia. Muy recientemente, véase STC 133/2010, de 2 de diciembre.

⁸⁸ Véase *supra* § II.

3. DAÑOS EN RELACIONES ENTRE CÓNYUGES

En este grupo de casos, ya hemos señalado que nuestro punto de partida es que, en aquellos supuestos en que la conducta dañosa de un tercero ajeno a la familia habría atribuido a la víctima el derecho a presentar una reclamación de daños, lo mismo debe suceder con respecto al cónyuge causante de esos daños. En consecuencia, tanto si incurrió en dolo como en culpa, un cónyuge puede ser responsable frente al otro si un tercero lo sería en las mismas circunstancias. El ejemplo más obvio, y probablemente más frecuente, es el de las lesiones corporales sufridas por una persona como consecuencia de la acción u omisión culposa de su cónyuge⁸⁹.

En ocasiones, la gravedad de la conducta del agente comporta que un determinado hecho esté, además, tipificado como delito o falta. En especial, porque afecta a la integridad física o psíquica, la libertad sexual o la integridad moral de la víctima [*infra* § A]. En otros ámbitos, como la tutela de otros derechos de la personalidad [*infra* § B] y en las demás situaciones dañosas a cónyuges descritas por la doctrina que aquí comentamos [*infra* § C], carecemos de criterios fijos, explicitados en tipos penales o en normas específicas de leyes civiles. De ahí que se planteen las dudas acerca de admitir o no una protección reforzada de los remedios jurídico-familiares mediante el recurso a la cláusula general de responsabilidad extracontractual.

A) Supuestos tipificados como delito o falta por el Código Penal

En los supuestos en que una persona lesiona la integridad física o psíquica o la libertad sexual de su cónyuge serán de aplicación los tipos penales correspondientes⁹⁰. Como ya hemos señalado, en todos estos supuestos, la responsabilidad penal sin duda comporta la responsabilidad civil derivada del delito o falta correspondiente por los daños sufridos por la víctima (art. 116 CP). La relación familiar puede jugar un papel; con frecuencia, agravará la pena impuesta al responsable⁹¹. La atribución de responsabilidad civil,

⁸⁹ En el ámbito automovilístico, por ejemplo, las normas comunitarias subrayan que «los miembros de la familia del titular de la póliza, del conductor o de cualquier otra persona cuya responsabilidad civil esté comprometida en el siniestro y cubierta por el seguro mencionado en el artículo 3, no podrán ser excluidos en razón de dicho vínculo de parentesco» (art.12.2 Directiva 2009/103/CE de 16 de septiembre de 2009) (DOCE L 263, 7.10.2009).

⁹⁰ Véase *supra* nota 19 y texto al que corresponde.

⁹¹ Véase *supra* nota 77.

no obstante, es independiente de la existencia de cualquier tipo de relación familiar entre las partes implicadas.

Dentro de la tutela de la integridad física, se incluye el supuesto más específico de responsabilidad por no advertir al cónyuge del hecho de padecer una enfermedad de transmisión sexual, tal vez contraída como resultado de relaciones extraconyugales del marido o de la mujer, aunque esto es irrelevante en este contexto. Siendo cierto que entre esposos el riesgo de transmisión de una enfermedad de ese tipo se incrementa por ser los contactos sexuales más frecuentes⁹², la posible responsabilidad derivada de no advertir acerca de la necesidad de tomar medidas de protección se da tanto en relación con el cónyuge como, por ejemplo, con relación a la pareja estable no matrimonial, o incluso en otros supuestos. En términos generales, no puede partirse de que la víctima asume el riesgo de contraer una enfermedad de transmisión sexual y que por tanto su *partenaire* sexual está exento de responsabilidad si no le informa de una enfermedad que sabe que padece y frente a la cual debería haberle dado la oportunidad de adoptar medidas de protección⁹³.

Este carácter general de la tutela civil y penal también puede predicarse de los casos en que el interés protegido es la libertad sexual, concebida como garantía de que la sexualidad se ejercerá siempre lugar en condiciones de libertad (art. 17.1 CE). Como tuvo ocasión de decir el Tribunal Supremo, «proclamar que en el ámbito matrimonial es posible atribuir relevancia jurídica a un supuesto desconocimiento de la antijuridicidad predicable de todo acto sexual de carácter violento, implica admitir [erróneamente] que el matrimonio es fuente extintiva o limitativa del derecho a la libertad sexual de cualquiera de los cónyuges»⁹⁴. Lo cual se tradujo en la casación de la sentencia de la Audiencia de Málaga que había rebajado la pena al marido por agresión sexual a la esposa admitiendo

⁹² Tal parece ser el fondo de la SAP Illes Balears 14.9.2001 (AC 2001\2221; Comentada por Inma BARRAL VIÑALS, *Pertenencia a un grupo de riesgo y responsabilidad por contagio de SIDA al cónyuge*, Práctica de Derecho de Daños 15 (2004) 6 ss. No obstante, véase SAP Madrid 10.7.2007 (La Ley 176259/2007), en un supuesto en el que se condena al demandado seropositivo a abonar 30.000 € a su ex esposa, con quien mantuvo relaciones sexuales sin protección antes y después de contraer matrimonio. Según la Audiencia cabe indemnizar por la angustia de haber podido contraer SIDA aunque finalmente no resultase infectada y para imputar esa responsabilidad deben tomarse en consideración «la falta de lealtad a su pareja [y] el hecho de truncar las expectativas de vida en común».

⁹³ Sin embargo, véase SAP Madrid 17.6.2010, que considera no punible, por falta de culpa, el contagio del cónyuge al que no se advirtió acerca del padecimiento de la enfermedad, porque en todas las relaciones sexuales se empleó preservativo, si bien en cierta ocasión éste se rompió y la esposa quedó encinta e infectada del VIH. Mediante sentencia 25.5.2011, la Sala 2.ª del Tribunal Supremo ha casado esta sentencia hallando culpable al imputado por su comportamiento descuidado al no evitar la rotura del preservativo.

⁹⁴ STS 2.ª 13.9.2007 (RJ 2007\6492).

la creencia errónea de aquél según la cual tenía derecho a mantener relaciones sexuales sin consentimiento de la mujer⁹⁵.

Hay que hacer notar que la doctrina que aquí se critica también incluye dentro de este grupo de casos la ruptura unilateral de la promesa de matrimonio hecha maliciosamente y con el único objetivo de conseguir mantener relaciones sexuales con una persona, así como el engaño acerca de la condición de soltero que lleva a alguien a acceder a mantener relaciones sexuales o incluso a iniciar una convivencia marital⁹⁶. Sin embargo, precisamente estos supuestos fueron objeto de una importante reforma despenalizadora en los albores de la transición democrática española. Esta reforma se produjo porque el interés jurídico protegido pasó a centrarse en la libertad sexual de las personas, renunciando a una intervención punitiva del Estado cuyo objetivo no era otro que imponer determinadas premisas morales⁹⁷. Obviamente, tal pretensión resultaba y resulta inasumible en un Estado de Derecho de una sociedad pluralista y democrática. Por eso creemos que cuando la doctrina que aquí se critica propone aplicar la responsabilidad civil a este grupo de casos parece olvidar que tales conductas entre personas adultas fueron despenalizadas hace ya muchos años y que la despenalización obedeció a un cambio de perspectiva respecto a qué interés es el que merece la protección penal⁹⁸.

Hoy el único interés protegido en este grupo de casos, también a los efectos de la posible responsabilidad civil, es la libertad sexual, configurada en el sentido negativo de vedar el ejercicio de la sexualidad carente de libertad (*libertad sexual negativa*). La despenalización a que hemos hecho referencia refleja un cambio en la posición del ordenamiento de manera que el interés protegido ha dejado de ser la honestidad de la persona que accede a la relación sexual, medida en función de que haya ejercido su sexualidad en

⁹⁵ La Audiencia sostuvo que para el imputado resultaba difícil «comprender que no se adquiere derecho alguno sobre una mujer por el hecho de haber mantenido con ella relaciones sexuales consentidas con anterioridad».

⁹⁶ Véase *supra* § II.1 g).

⁹⁷ Véase art. 436 I CP 1973, sobre estupro fraudulento en mayores de edad, respecto al que la jurisprudencia penal resolvió los mismos supuestos ahora comentados. El Tribunal Supremo llegó a admitir en sentencia 25.4.1975, que el estupro de seducción ya resultaba por aquel entonces «anacrónico y un tanto superado o desfasado». Véase al respecto Javier BOIX REIG, *De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual*, en Virgilio LATORRE (coord.), *Mujer y Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 11-20.

⁹⁸ No está de más recordar, con la mejor doctrina penal, que la punición del llamado estupro fraudulento sólo se explicaba en un marco de represión de la sexualidad y en el que la tutela penal perseguía dotar a la mujer (entonces menor de 25 años) de un instrumento con el que presionar al hombre que la había seducido, para que atendiera su petición de matrimonio o para que al menos que no la desamparara económicamente (en este sentido, véase José Luis Díez RIPOLLÉS, *Comentario de los artículos 178-183*, en *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997).

un marco adecuado o aceptado socialmente, para pasar a ser que aquella persona sea libre para decidir tener relaciones sexuales⁹⁹. No queda espacio, por tanto, para invocar un interés protegido en vía extracontractual cuyo fundamento radica en una concepción obsoleta de la sexualidad¹⁰⁰ y en un entendimiento de la conducta habitual de personas adultas que tiene que ver más con los prejuicios de ciertos sectores sociales que con los valores ampliamente compartidos en nuestra sociedad¹⁰¹. Por idénticas razones, tampoco es de recibo invocar el ejemplo del § 825 BGB, cuya reciente reforma demuestra que el interés protegido en vía extracontractual no es pseudomrimonial o vinculado al hipotético estado conyugal de la víctima, sino la libertad sexual negativa frente a cualquiera que la hubiese lesionado, mediante medios directos o indirectos especialmente cualificados (v. gr. coacciones, abusos de poder o engaños). Por ello, la mejor doctrina subraya que el § 825 BGB no es aplicable cuando, por ejemplo, el agente simula estar enamorado de la víctima o promete divorciarse y casarse con ella¹⁰².

Con respecto a la lesión del derecho a la integridad moral del cónyuge, junto a los tipos de lesiones físicas y psíquicas el Derecho Penal español incluye un tipo específico por «maltrato habitual en el ámbito familiar» (art. 173.2 CP). Como ha subrayado la jurisprudencia, el bien jurídico protegido en este caso va más allá de la protección de la integridad física o psíquica y consiste en la integridad moral frente a tratos degradantes y vejatorios desarrollados habitualmente con ocasión de la convivencia y mediante la crea-

⁹⁹ En la actualidad, de conformidad con el art. 183.1 CP, sólo es penalmente relevante el engaño que propicia relaciones sexuales consentidas con persona menor de edad mayor de 13 años y menor de 16. Las relaciones con menores de 13 años, aun consentidas, constituyen delito contra la libertad sexual. Véase también la STS 9.4.1979 (RJ 1979\1277), que deniega la indemnización solicitada por una mujer por los supuestos daños derivados de haber mantenido relaciones sexuales con un hombre casado, con base en el criterio que estas relaciones se habían producido libremente entre personas adultas y habían tenido lugar tanto antes como después de conocer aquélla que su amante estaba casado.

¹⁰⁰ Una «concepción matrimonialista del sexo» que durante mucho tiempo estuvo reforzada con normas penales (cf. Javier BOIX REIG, *Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro*, CPC núm. 1, 1977, pp. 5-22, 15).

¹⁰¹ Incluso VARGAS ARAVENA (nota 2) 86 reserva este supuesto de hecho para «sectores que promueven y sustentan ciertas opiniones moralistas [...] que mediante la seducción podrían ser quebrantadas (grupos de carácter extremo católicos o musulmanes, gitanos)».

¹⁰² Por todos, véase Gerhard WAGNER, § 825, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* vol. 5, 5.ª ed., München, Beck, 2009, 2156. Como apuntan los penalistas, «considerar el engaño como elemento apto para comprometer la [libertad sexual] sólo podría hacerse desde una concepción mercantilizada e instrumental del ejercicio de la sexualidad, que pugna con la más moderna concepción de la sexualidad como un fin en sí mismo [...] A quien se le reconoce capacidad para decidir sobre su sexualidad [...] Ha de suponerse también capacidad para conocer cuán evanescentes son las promesas hechas al calor del deseo» (Fermín MORALES PRATS/Ramón GARCÍA ALBERO, Comentario del art. 184, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Comentario a la parte especial del Derecho Penal*, 6.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2007, 318).

ción de un clima sistemático de maltrato y terror¹⁰³. La conducta típica incluye por eso no sólo actos de violencia material, sino también las amenazas, expresiones degradantes y frases ofensivas o denigrantes que forman parte de ese clima de terror. Esta extensión de la tutela penal para, como indica también la jurisprudencia, preservar «[el] ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad»¹⁰⁴, no alcanza, sin embargo, a aquellos casos que reflejan sólo el deterioro de la relación en el núcleo familiar, con frecuencia previo al cese de la convivencia conyugal (v. gr. conductas de desatención o indiferencia, discusiones, insultos). En este sentido, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tratado de clarificar esta idea y ha señalado que «el tipo delictivo del art. 173.2 CP exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo»¹⁰⁵. La doctrina especializada interpreta esta toma de posición en el sentido de que no son punibles las conductas consistentes en mostrar una actitud pasiva en el hogar o en no hacer caso a la pareja de forma permanente¹⁰⁶. A nuestro modo de ver, ésta es también una línea de demarcación de las conductas vinculadas al desarrollo de la convivencia conyugal y que tampoco deberían dar lugar a responsabilidad civil, a no ser que el resultado buscado por esas conductas sea provocar un sentimiento de humillación o envilecimiento del otro cónyuge.

B) Conductas que atentan contra derechos de la personalidad del cónyuge

Si la conducta del cónyuge afecta a derechos de la personalidad de la víctima como la libertad o la intimidad, es posible que aquél tenga que responder tanto en vía civil como en vía penal, si bien esta última vía está reservada para los casos más graves. Así, si un cónyuge limita o controla la vida de relación del otro empleando medios violentos, responderá por un delito de coacciones (art. 171.1 CP), o cuando su actuación comporte vulnerar la libertad ambulatoria del cónyuge reteniéndole contra su voluntad, podrá imputársele un delito de detención ilegal (art. 163 CP).

En relación con el derecho a la intimidad, como apuntamos anteriormente, conductas como consultar su correo electrónico o abrir su correspondencia son conductas que, realizadas sin consen-

¹⁰³ STS 2.ª 30.4.2009 (RJ 2009\4192).

¹⁰⁴ STS 2.ª 22.1.2001 (RJ 2002\2631).

¹⁰⁵ Véase Acuerdo de 21.7.2009 (JUR 2009\374119).

¹⁰⁶ Vicente MAGRO SERVET, *La violencia física o psíquica incluida en el art. 173.2 CP*, SEPIN Violencia doméstica, Artículo Monográfico. Septiembre 2009.

timiento del otro cónyuge, pueden comportar un delito de descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197.1 y 2 CP). A este respecto, la jurisprudencia penal también ha mostrado ejemplos reveladores en torno al hipotético conflicto entre el interés de un cónyuge en comprobar las sospechas de infidelidad conyugal y el respeto debido a los derechos del otro cónyuge. En un caso en el que el marido «consultó con un abogado quien le indicó que las grabaciones en el propio teléfono no constituían un ilícito, [porque] era importante tener pruebas para la separación», aquél fue finalmente condenado por revelación de secretos. Cuando recurrió ante el Supremo argumentó que «los secretos en esa esfera de la infidelidad matrimonial no son secretos personales, ni afectan a la intimidad de quien los posee, sino que forman parte de [la] “dimensión familiar” de la intimidad». La Sala Segunda rechazó el recurso y concluyó, en cambio, que «resulta sencillamente inadmisibles la alegación del recurrente de que, por tratarse de su esposa, el acusado está exento de la obligación constitucional y penal de respetar el bien jurídico protegido de su cónyuge bajo la excusa de cerciorarse y allegar pruebas de la infidelidad de la esposa»¹⁰⁷.

El objetivo de obtener datos reservados del otro cónyuge con el fin de revelarlos en el propio interés, por ejemplo ante un posible proceso de divorcio o de liquidación del régimen económico matrimonial, carece de protección legal y comporta responsabilidad tanto penal como civil¹⁰⁸. Lo procedente, en su caso, es solicitar el auxilio judicial para obtener las pruebas y otros datos que puedan ser de importancia para el éxito de la propia pretensión, pero no ejercer una suerte de autotutela mediante la que se pisoteen derechos fundamentales del cónyuge.

En términos parecidos podemos referirnos a la protección del honor y de la intimidad frente a la divulgación de hechos relativos a la vida privada del cónyuge o que afecten a su reputación o buen nombre. Por lo tanto, incurrirá en una intromisión ilegítima, y deberá responder por ello, el cónyuge (tal vez con más frecuencia

¹⁰⁷ STS 2.ª 14.5.2001 (RJ 2001\2719). Posteriormente, en el mismo sentido, STS 2.ª 20.6.2003 (RJ 2003\4359), que rechaza la alegación del recurrente según la cual como que existe el deber que el art. 68 Código Civil impone a los cónyuges de guardarse fidelidad» [...] «la infidelidad no forma parte de la intimidad de un cónyuge frente a otro, [y que] [...] por libre voluntad de las partes, el contrato matrimonial deja fuera del derecho fundamental a la intimidad personal, el ámbito que afecta al derecho/obligación de fidelidad», concluyendo que «en el ámbito de la obligación de fidelidad matrimonial, [...] no habría en el caso enjuiciado bien jurídico protegido».

¹⁰⁸ Auto AP Barcelona 190/2008, de 14 de abril (JUR 2008\171160), SAP Madrid 25.5.2005 (ARP 2005\321) y 4.10.2006 (ARP 2006\656). No siempre los jueces lo entienden así, sin embargo. Véase Auto AP Sevilla 16/2005, de 14 de enero (ARP 2005\367), referente a la apropiación de documentos del marido para ejercer judicialmente sus derechos en la liquidación de la sociedad de gananciales.

el ex cónyuge) que efectúa revelaciones sobre la esfera personal del otro y que conoce por la intimidad compartida y la confianza que es característica de las relaciones conyugales¹⁰⁹. Por otro lado, en el caso del derecho al honor, incurrirá en una intromisión ilegítima prohibida por la ley quien difame a su cónyuge divulgando hechos falsos que afecten a su reputación y también quien, mediante su conducta o sus palabras, provoque en el otro un sentimiento de humillación tal que lesione su dignidad como persona.

En todo caso, el cónyuge o ex cónyuge deben poder hacer valer las causas de exoneración propias de este ámbito (art. 8 LO 1/1982) y también las que se derivan de los límites propios de todo derecho fundamental, cuando concurre con otros derechos merecedores de equivalente o superior protección. A este respecto, en lo que afecta a la materia objeto de este trabajo, plantean problemas de delimitación los supuestos en que, por ejemplo, el cónyuge considera afrentosa y lesiva de su honor la infidelidad de su esposa¹¹⁰ o el prometido se encuentra expuesto al ridículo por el desistimiento de última hora de la mujer con quien estaba comprometido. Aunque efectivamente las personas afectadas se consideran ellas mismas y su entorno social «víctimas» de una conducta altamente reprochable, la conducta de la otra parte no persigue humillarlas y desmerecerlas en su dignidad como personas, que es el bien jurídico protegido por la ley. Además, en todos esos casos el interés del demandante debe ponderarse con el ejercicio legítimo de derechos como la libertad sexual o, más genéricamente, el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sólo desde una concepción moralizante de la tutela de los derechos fundamentales puede defenderse seriamente que la falta de cumplimiento de la promesa de matrimonio o la conflictividad matrimonial vinculada al descubrimiento de la impotencia, la homosexualidad o la transexualidad de un cónyuge, pueden dar lugar a una lesión del honor del otro cónyuge o del prometido agraviado, que les faculden para reclamar daños y perjuicios. Por otro lado, la divulgación de la infidelidad conyugal con ocasión de la ruptura de la pareja y la posterior interposición de una acción de impugnación de la paternidad matrimonial sobre los hijos comunes tampoco puede verse exclusivamente desde el prisma del derecho al honor o, mejor, a la intimidad personal. También debe valorarse que el otro cónyuge tiene derecho a hacer valer las acciones que le correspondan en relación con la filiación de los hijos fruto de sus relaciones extraconyugales.

¹⁰⁹ Sobre este punto, véase LÓPEZ DE LA CRUZ (nota 3) 34, y allí otras referencias.

¹¹⁰ Véase respecto a los fundamentos de la demanda y del recurso de casación del demandante en el caso resuelto por la STS 22.7.1999 (*supra* § III.1).

Por otra parte, sin embargo, si del contexto se desprende que el modo en que el otro cónyuge ejerce sus derechos es particularmente ofensivo para con el otro cónyuge y se demuestra que aquél perseguía infligir al esposo una afrenta, por ejemplo, porque se actuó de un modo cuyo propósito evidente era ridiculizarle y humillarle, contribuyendo al desmerecimiento público de aquella persona y a su aislamiento social, tal conducta sí podría constituir la base de una acción de responsabilidad fundamentada en la vulneración del honor y de la intimidad. En este mismo orden de ideas, incluso si se revela una infidelidad en el marco objetivo y legítimo de un proceso de filiación, no son admisibles conductas vejatorias que atenten contra la dignidad del otro cónyuge, como ocurriría, por ejemplo, si para justificar la propia infidelidad se empleasen expresiones ofensivas acerca del otro cónyuge o de sus hábitos sexuales. Valen al respecto, a falta de criterios más concretos para estos casos, las premisas genéricas que sirven para limitar el ejercicio legítimo del derecho a la crítica y a la libertad de opinión, que no ampara el derecho a insultar ni a proferir expresiones que atenten contra la dignidad de la persona afectada.

C) Otros supuestos

La doctrina que aquí se critica pretende que sea resarcible a título de daño moral el impacto psicológico o emocional del incumplimiento de los deberes legales conyugales, en particular en los casos relacionados con la vida sexual de los esposos o el impacto que sobre uno de ellos tiene la falta de apoyo o de comunicación del otro durante la convivencia¹¹¹, así como las consecuencias de la ruptura no deseada de la pareja¹¹².

a) *Planteamiento*

Una de las principales dificultades del estudio de esta cuestión en el Derecho español de la responsabilidad civil radica en la necesidad de delimitar el daño moral resarcible. Como es bien sabido, nuestro Derecho se basa en una cláusula general de responsabilidad (art. 1902 CC) que no establece las características típicas que ha de reunir el daño resarcible¹¹³ y la ley tampoco define explícita-

¹¹¹ Véase *supra* § II.1 c) y d).

¹¹² Véase *supra* § II.1 e).

¹¹³ L. Fernando REGLERO CAMPOS, *Conceptos generales y elementos de delimitación*, en L. F. Reglero Campos (ed.), *Tratado de responsabilidad civil*, vol. I, 5.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi Thomson, 2008, p. 59.

mente qué tipo de intereses merece la protección del Derecho de la responsabilidad civil. Corresponde a la jurisprudencia la delimitación de tales intereses, individualizándolos mediante el examen de la legislación vigente, el uso de los principios constitucionales¹¹⁴ y, en último término, recurriendo a la conciencia social¹¹⁵. En la práctica, sin embargo, está muy extendida la idea de que el daño moral resarcible se identifica con los efectos de orden psicológico descritos con los términos ansiedad, zozobra, dolor, etc¹¹⁶. En otras palabras: el impacto de la conducta del responsable sobre la esfera anímica del sujeto constituye el elemento determinante de la tutela extracontractual, tanto por lo que se refiere a la justificación de la responsabilidad como al alcance de la obligación de indemnizar. Las fronteras del daño moral indemnizable son, por esta razón, hoy por hoy, excesivamente difusas en Derecho español¹¹⁷.

La vida social produce numerosos contratiempos, incomodidades, frustraciones y enfados. Aunque se concede que no siempre podrá demandarse a quien los causó¹¹⁸, la configuración predominante del daño moral hace, sin embargo, imposible saber *a priori* si la víctima tiene o no el derecho a reclamar una indemnización pecuniaria para compensarle por el impacto psicológico o emocional de la conducta del demandado. Por ello, contra lo que sugiere algún autor que defiende la extensión de la responsabilidad civil al ámbito familiar como regla general, con tal concepto de daño moral es prácticamente imposible fijar el límite de las «nimiedades, meras

¹¹⁴ Véase Miquel MARTÍN-CASALS/Josep SOLÉ FELIU, *Comentario del art. 1902*, en Andrés Domínguez Luelmo (ed.), *Comentario del Código Civil*, vol. II, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 2057 (con cita de la jurisprudencia sobre protección frente a ruidos excesivos, en las demandas de *wrongfulconception* y *wrongfulbirth*, etc.).

¹¹⁵ Maíta M.^a NAVEIRA ZARRA, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Edersa, 2006, p. 50.

¹¹⁶ STS 16.5.1998 (RJ 1998\4878). La jurisprudencia admite que el daño moral indemnizable puede consistir en un «impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio o incertidumbre» o «el trastorno de ansiedad, impacto emocional [e] incertidumbre consecuente» (por todas, STS 14.7.2006 [RJ 2006\4965]).

¹¹⁷ Entre otros muchos, puede verse Elena VICENTE DOMINGO, *El daño*, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (ed.), *Tratado de responsabilidad civil*, vol. I, 5.^a ed. Cizur menor, Aranzadi Thomson, 2008, p. 346. Véase el apunte muy crítico de Luis Díez-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Madrid, Thomson Civitas, 2008. Para una perspectiva comparada del problema véase Miquel MARTÍN CASALS/Josep SOLÉ FELIU, *El daño moral*, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coord.), *Derecho Privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 857-881.

¹¹⁸ Véase STS 31.5.2000 (RJ 2000\5089) (que no obstante hacer notar que «no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo» no llega a especificar qué nivel de gravedad deben alcanzar esas situaciones para constituir daños morales jurídicamente resarcibles).

o simples molestias» inherentes a la vida familiar y que el potencial demandante debería soportar¹¹⁹.

El otro problema de esta perspectiva es que para llegar a la conclusión de que alguien merece protección en vía extracontractual, se centra tan sólo en el perjuicio alegado por el demandante. Este enfoque es incompleto porque antes de decidir en favor de la responsabilidad del demandado, se deben considerar los intereses opuestos implicados en una determinada situación. Como subraya Koziol, concluir que la infracción de cierto interés generará el deber de resarcir los daños causados implica reconocer una esfera protegida que simultáneamente impone una restricción a la libertad de la parte que podría ser potencialmente responsable¹²⁰. El establecimiento del alcance de protección en vía extracontractual de cierto interés requiere, por ello, sopesar los intereses con los que este interés entra en conflicto ponderando, por un lado, el derecho del demandante a gozar de la máxima protección posible y, por otro, el derecho del agente a gozar de la mayor libertad posible. Por eso el art. 2:102 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL) señala que deben tenerse en cuenta «los intereses del agente, en especial, en su libertad de acción y en el ejercicio de sus derechos, así como los intereses públicos». Por lo tanto, antes de concluir que la lesión de los derechos reconocidos a una de las partes en virtud de la relación familiar que la une a la otra conduce inexorablemente a la tutela aquiliana de esos intereses, deben sopesarse los intereses opuestos.

En este grupo de casos, los daños consisten principalmente en perjuicios derivados del impacto emocional o psicológico de la conducta del agente, frente a los que hay que ponderar el derecho de éste a tomar decisiones respecto a su propia vida con autonomía y libertad. No es aventurado sugerir que la ponderación del peso relativo de cada uno de estos intereses ya la ha efectuado, razonablemente, el Derecho de familia, a la luz de los principios constitucionales. De ahí que las soluciones centradas en paliar las consecuencias económicas de la ruptura y en garantizar el mantenimiento, siquiera sea temporal, del equilibrio económico entre los esposos,

¹¹⁹ Según ROMERO COLOMA (nota 7) 2451 no procedería compensar cualesquiera «daños morales derivados de lesión a los sentimientos o los afectos», por lo que la autora requiere que «se experimente un dolor intenso, real y profundo» y concluye que los casos «superficiales» deben ser rechazados. Véase también VARGAS ARAVENA (nota 2) 255. NOVALES ALQUÉZAR (nota 4) 215 concluye en cambio que en supuestos de infracción de deberes conyugales ni siquiera es preciso probar el daño «pues su fundamento se encuentra en la afectividad».

¹²⁰ Helmut KOZIOL, *Comentario del artículo 2:102*, en EUROPEAN GROUP ON TORT-LAW, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, p. 68.

sean las más adecuadas porque ponderan de una manera equilibrada los intereses de ambas partes en la relación. Por el contrario, no estaría justificado restringir la autonomía del individuo en el seno de la unidad familiar mediante el recurso a la responsabilidad civil, ya que no puede imputarse responsabilidad a quien ejerce los derechos que la ley y la Constitución le reconocen, como es el caso del derecho al libre desarrollo de su personalidad, en particular en asuntos tan íntimos como la sexualidad, los modos de vida o las propias opciones vitales.

Lógicamente, esto no significa que alguien deba soportar la convivencia cuando no le gustan las decisiones tomadas por su cónyuge. Si lo desea, esa persona podrá pedir el divorcio y rehacer su vida, pero no podrá recurrir a la responsabilidad civil y solicitar una indemnización calificando, por ejemplo, la disforia de sexo padecida por el marido como determinante de un «estado de egocentrismo tal, que [aquél] se olvidó de su vida de familia»¹²¹ o su impotencia *coeundi* como causante de «una violación de la persona humana entendida en su totalidad, en su libertad-dignidad, en su autodeterminación en el matrimonio, en sus expectativas de armónica vida sexual, en sus proyectos de maternidad, en su confianza en una vida conyugal fundada sobre la comunidad, sobre la solidaridad y sobre el pleno desarrollo de las propias potencialidades en el ámbito de esa peculiar formación social que es la familia»¹²².

b) *Relevancia de los deberes legales conyugales*

Los deberes legales conyugales constituyen obligaciones personalísimas incoercibles. Obviamente, esto limita drásticamente el alcance de cualquier norma jurídica en la que pretendan incorporarse. Los remedios previstos por el Derecho de familia, basados en la posibilidad de separarse y aun de divorciarse cuando el otro cónyuge no observa una conducta acorde con lo que se espera de él, no son, por ello, arbitrarios o irracionales. Todo lo contrario, responden de un modo realista a la pregunta de qué instrumentos pueden aplicarse en el entorno familiar y cuáles no. A pesar de ello, parte de la doctrina pretende *complementar* o *corregir* el régimen previsto por las normas de Derecho de familia. La idea básica es que esas normas proporcionan una protección muy limitada porque

¹²¹ VARGAS ARAVENA (nota 2) 232.

¹²² Sentencia de la Corte di Cassazione 10.5.2005, n. 9801 (*Responsabilità civile e previdenza* 2005, 676).

sólo se refieren a algunos tipos de situaciones perjudiciales, que se dan en circunstancias y con requisitos muy concretos¹²³.

Ejemplos paradigmáticos de ello son la pensión compensatoria del artículo 97 CC, que puede reclamar el cónyuge separado judicialmente o divorciado, así como la indemnización prevista para el supuesto de nulidad en favor del cónyuge de buena fe por el artículo 98 CC. En ambos casos, no se incluye la indemnización de perjuicios de naturaleza psicológica, espiritual o moral que le produce la ruptura matrimonial, por lo que la doctrina que aquí se comenta considera que deberían poderse reclamar con base en la regla general de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC¹²⁴. Al fin y al cabo, se dice, «los remedios de Derecho de familia y la acción de responsabilidad civil responden a finalidades distintas, y siguen procedimientos distintos con cargas probatorias diferentes: en un caso se trata de terminar la vida conyugal en el otro que le sea reparado un daño que surge a raíz del incumplimiento del deber conyugal»¹²⁵.

Sin embargo, la previsión de que el incumplimiento intencional o gravemente negligente de los deberes conyugales obliga a responder de los daños causados al otro supondría, en la práctica, que lo que no puede conseguirse directamente (v. gr. que el cónyuge sea fiel o leal) puede asegurarse mediante la amenaza de la responsabilidad civil. Y no se diga que esto es perfectamente posible porque, «de hecho, en nuestra legislación procesal se regula con cierta exhaustividad la posibilidad de sancionar el incumplimiento de obligaciones personalísimas no coercibles directamente (art. 709 LEC), sanción que se resuelve finalmente con la indemnización de los daños y perjuicios»¹²⁶. Esta solución es inviable porque nuestro ordenamiento ha optado por limitar la intromisión estatal en los asuntos familiares a la mínima expresión y como consecuencia debe ordenar la tutela aquiliana coherentemente con el principio de proporcionalidad con los intereses que la ley tutela¹²⁷.

¹²³ RODRÍGUEZ GUTIÁN (nota 2) 114.

¹²⁴ VERDA Y BEAMONTE (nota 7) 5. «¿Por qué ha de cerrarse la vía de la respuesta civil al cónyuge que por el motivo que sea, razones religiosas, por no airear los asuntos familiares, por el bien de los hijos, no emplean ni la protección penal ni el divorcio?» (RODRÍGUEZ GUTIÁN [nota 2] 121).

¹²⁵ RODRÍGUEZ GUTIÁN (nota 2) 122. Véase también VERDA Y BEAMONTE (nota 7) 5 y VARGAS ARAVENA (nota 2) 169. Este último autor, en relación con el artículo 42 CC, en materia de promesa de matrimonio, concede que no es posible indemnizar el daño moral derivado del incumplimiento sin causa de la promesa porque lo excluye claramente la ley. Sin embargo, cuestiona que «se rechace la reparación [por daño moral] amparados sólo en la fría letra de la ley [y] olvidar los principios de justicia [...] que deben inspirar a los órganos jurisdiccionales» (81).

¹²⁶ En este sentido, por ejemplo, SAP Cádiz 3.4.2008 (JUR\2008\234675).

¹²⁷ Aparte de que el importe del «equivalente pecuniario de la prestación de hacer», al que se refiere el art. 709.1 LEC, se determina mediante el recurso al «coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas» (art. 711 LEC), algo por completo inadecuado

A estos efectos, la función simbólica de los deberes conyugales, y muy en especial de los deberes de fidelidad y respeto y ayuda mutuos, no ampararía una pretensión de cesación de conductas llevadas a cabo en el marco del ejercicio de la propia libertad personal o sexual. Desde este punto de vista, tampoco cabe la tutela indirecta, mediante la condena a abonar una indemnización, por ejemplo, por el impacto psicológico o emocional del abandono moral o desinterés de un cónyuge por el otro, las decisiones que cualquiera de ellos adopta sobre su vida u orientación sexual, o cualesquiera otras en las que uno de los cónyuges desatiende el proyecto de vida conyugal para llevar a cabo las aspiraciones que hoy se enmarcan en el legítimo ejercicio de la propia libertad en la esfera personal y de los derechos de la personalidad.

Como observa la doctrina alemana, a pesar de que la ley civil mantenga un modelo de convivencia legal –que en Derecho español se expresa mediante concretos deberes legales, mientras que en el alemán se emplea una genérica referencia a la comunidad de vida conyugal (cf. § 1353 BGB)– ese contenido positivo de la relación es tan inexigible jurídicamente *in natura* como lo es por equivalente, toda vez que el Derecho actual de familia actual parte de la base que cualquiera de los cónyuges puede solicitar la disolución del matrimonio sin consideración a la imputabilidad de la ruptura a uno u otro de los cónyuges. En otras palabras, el llamado interés en la continuidad del matrimonio y en el cumplimiento de sus reglas (*Bestandsinteresse*) se ve materialmente constreñido por el cambio de modelo legal de un divorcio-sanción a un divorcio-remedio, que ya no permite dar cobertura a otras consecuencias que no sean las que resulten del juicio de política jurídica reflejado en las normas de Derecho de familia¹²⁸. La protección extracontractual de ese interés supondría, por el contrario, mediante el recurso a remedios complementarios o alternativos a las reglas establecidas por el Derecho de familia, contrariar los postulados en que éste se basa actualmente. Las normas de Derecho de familia son las que dan la medida legalmente aceptada de la protección frente a la pérdida de las ventajas y expectativas basadas en que el matrimonio se mantuviera intacto. Por lo que se refiere a las consecuencias de orden personal o espiritual del incumplimiento de los deberes conyugales o de la ruptura no deseada, la ausencia de protección específica en Derecho de familia obedece así al criterio que ha impuesto la evolución social según la cual la ruptura matrimonial es un asunto

en el tipo de conductas a que nos estamos refiriendo en este apartado y que obliga a concluir que el argumento hace supuesto de la cuestión.

¹²⁸ Joachim GERNHUBER/Dagmar COESTER-WALTJEN, *Familienrecht*, 10.ª ed. München, Beck, 2010, p. 134.

interno de los cónyuges, cuyos aspectos personales únicamente a ellos conciernen¹²⁹.

c) *¿Liquidación de daños por ruptura matrimonial?*

El nuevo marco legal del matrimonio en España, tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha supuesto la culminación de un proceso de decenios en la evolución social de este modelo matrimonial. Como explica la Exposición de Motivos de esa Ley, su razón de ser fue «el evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad», que privaba de sentido a las normas establecidas en el Código Civil respecto a las condiciones para acceder al divorcio y que los tribunales de justicia, «sensibles a esta evolución», habrían venido aplicando evitando «la inconveniencia de perpetuar el conflicto entre los cónyuges» y «la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas». En este nuevo modelo la clave es el «derecho a no seguir casado», que el propio legislador vincula al respeto al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el artículo 10.1 CE: «Se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos»¹³⁰.

Estas claras afirmaciones del legislador, tanto respecto al reforzamiento del principio de libertad *en el matrimonio*, como al reconocimiento de mayor trascendencia a la voluntad de la persona *cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge*, excluyen la viabilidad de un hipotético ajuste de cuentas en el momento de la ruptura, aunque se acredite la infracción durante la convivencia de los deberes conyugales. Es obvio que esta posibilidad es del todo incongruente con la desaparición, desde 1981, del modelo de divorcio-sanción, cuyo último residuo desapareció en 2005 con la supresión de las causas de separación y divorcio¹³¹. Es incoherente

¹²⁹ Véase Thomas RAUSCHER, *Familienrecht*, 2.ª ed., Heidelberg, Müller, 2008, 172 (con indicación de la jurisprudencia predominante del Tribunal Supremo federal alemán [BGH] en esta materia).

¹³⁰ Para una crítica muy dura de los términos usados por el legislador, desde la perspectiva doctrinal que aquí se critica, véase MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (nota 9) 147. Otras aproximaciones doctrinales que inciden en ideas semejantes son la de Luis MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *El Concepto de matrimonio en el derecho civil*, Cizur Menor, Navarra, Thomson Civitas, 2008 y la obra colectiva *El Matrimonio: ¿contrato basura o bien social?* Cizur Menor, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008.

¹³¹ Véase VARGAS ARAVENA (nota 2) 168-169, quien correctamente señala los hitos parlamentarios y legales más significativos en los que se demuestra inequívocamente la voluntad del legislador de terminar con el sistema de divorcio-sanción vigente con anterioridad a 1981.

defender que no se toma en cuenta la imputabilidad de las conductas determinantes de la ruptura conyugal para la determinación de las medidas compensatorias arbitradas por el Derecho de familia y posteriormente abrir la puerta a la imputación de daños vinculados a esas conductas¹³². Esta liquidación de daños comporta, además, reintroducir en los procesos matrimoniales la prueba y el análisis de detalles íntimos de la vida conyugal que en los últimos lustros habían ido quedando al margen de la práctica judicial¹³³. Y llega a extremos francamente risibles cuando se propone *objetivar* la responsabilidad de los cónyuges por esos incumplimientos y apuntar a la posibilidad de establecer un «baremo» de daños producidos durante la convivencia conyugal¹³⁴.

d) *Recapitulación*

Para algunos, la función de los deberes conyugales consiste en permitir sancionar con remedios jurídicos una conducta del cónyuge éticamente reprochable¹³⁵. Sostienen que salvo que se prevea la posibilidad de indemnizar por los daños vinculados a su infracción, tal conducta quedaría hoy impune. Sin embargo, el planteamiento de la cuestión exclusivamente desde la perspectiva del agraviado, ignorando el peso que puedan tener los intereses de la otra parte, encubre lo que no es sino la sanción de un comportamiento moralmente reprochable pero frente al que el Derecho no se pronuncia ni tiene por qué hacerlo. El problema de este enfoque aparece con mucha claridad en ámbitos como la vida sexual o la lealtad en las relaciones íntimas, donde es extremadamente complejo llevar a cabo un juicio de índole moral¹³⁶. No es infrecuente, además, que

¹³² La postura de la doctrina predominante en Alemania es la de admitir la indemnización de daños que se consideran desvinculados del interés en la continuidad del matrimonio y en el cumplimiento de sus reglas, de modo que se podría obtener indemnización de aquel los costes vinculados a la liquidación de la situación matrimonial a la que abocó la ruptura provocada por uno de los cónyuges (*Abwicklungsinteresse*). Por todos, véase GERNHUBER /COESTER-WALTJEN (nota 128) 123. Entre los posibles daños a liquidar se apuntan, con variantes según el autor, los costes del proceso de divorcio, los costes del proceso de impugnación de la paternidad y de reclamación de los alimentos pagados al supuesto hijo matrimonial, los gastos de detectives para obtener la información que dio lugar al proceso de divorcio, o incluso los daños a la salud vinculados a la ruptura y a los hechos que la determinaron. Ninguno de estos conceptos ha sido reconocido en sede de responsabilidad extracontractual por el BGH, que los rechaza acudiendo al mismo razonamiento empleado para rechazar la indemnización de daños por infracción del *Bestandsinteresse*.

¹³³ Véase por ejemplo SAP Jaén 13.7.2004 (VLex 533392159).

¹³⁴ En este sentido, NOVALES ALQUÉZAR (nota 2) 2.014-2.015.

¹³⁵ «Faltar a los deberes personales del matrimonio implica afectar a la dignidad del cónyuge, al respeto incondicional debido a su ser» (NOVALES ALQUÉZAR [nota 4] 211).

¹³⁶ Véase como ejemplo el caso de la SAP Barcelona 28.11.2008 (*La Llei* 4.6.2009, núm. 750, 7-8) en el que el demandante admite que su relación de pareja era «poco conven-

los agravios padecidos por una parte tengan su correlato en otros sufridos por la otra. Y es que llevar a cabo semejante juicio de moralidad es mucho más difícil en una sociedad abierta y plural, que no impone modelos de corrección en las conductas basados en la represión de ámbitos del libre desarrollo de la personalidad o que comporten discriminaciones prohibidas por la ley.

Además, las propuestas doctrinales que criticamos conducen, bajo el manto de indemnizaciones por el daño supuestamente sufrido, a la imposición de sanciones civiles por conductas calificadas como inmorales con base en un juicio de moralidad en ocasiones cuestionables y que a veces resucitan puntos de vista y actitudes propios del nacional-catolicismo dominante en épocas ya lejanas de la España predemocrática. Prueba de este retroceso es el recurso a tipologías y supuestos de hecho concebidos para ser aplicados por el Derecho Penal en esas épocas pretéritas, en las que el interés jurídico protegido no era como es hoy un derecho fundamental de la persona, sino la «moralidad pública» y las «buenas costumbres» ofendidas por conductas descalificadas como inmorales, antinaturales o anómalas. Resulta desconcertante comprobar que, mientras que se reclama, correctamente, la tutela civil frente a la interceptación por parte del cónyuge de comunicaciones reservadas¹³⁷, ni siquiera se discute la validez de la prueba de la infidelidad conyugal obtenida mediante el recurso a detectives, admitiéndose que su coste sea una partida más, a título de daño patrimonial, en el hipotético ajuste de cuentas posterior al divorcio¹³⁸. El punto álgido de este *crescendo* argumentativo es el tratamiento dispensado a la responsabilidad del tercero que «coopera decisivamente» en la consumación de la infidelidad conyugal. Aquí los autores, sin discrepar sobre la cuestión de principio (que el amante del cónyuge adúltero puede ser civilmente responsable frente al cónyuge engañado), divergen en cuanto a si se requiere una «contribución determinante» o una mera «actitud pasiva». Mientras que unos autores consideran que no debe responder el tercero que se excusa afirmando «que fue la cónyuge demandada la que le sedujo a este breve romance»¹³⁹, otros, más intransigentes, condenan al tercero que cooperó al incumplimiento de la fidelidad «aunque sea levísima-

cional» y que se trataba de una «relación abierta», lo que parece indicar que ambos admitían las relaciones sexuales con terceros. Sin embargo, reclamaba una indemnización porque a su modo de ver ese tipo de relación «no implicaba consentimiento para engendrar descendencia de terceros, acompañada de ocultación».

¹³⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 90.

¹³⁸ Rodríguez Guitián (nota 2) 91. Pero véase STS 2.ª 20.6.2003 (RJ 2003\4359), que precisamente condenó al marido por un delito de revelación de secretos, tras haber empleado a un detective para seguir y obtener pruebas de la infidelidad de la mujer.

¹³⁹ VARGAS ARAVENA (nota 2) 283.

mente, al no realizar ninguna diligencia para averiguar si era efectivo que el matrimonio de la mujer se hallaba en crisis o no»¹⁴⁰.

En nuestra opinión, el Derecho de la responsabilidad civil no debería usarse por los tribunales para llevar a cabo juicios acerca de la moralidad de la conducta de las partes implicadas, tratando de compensar así a la «víctima moral» mediante indemnizaciones de daños. En la sociedad actual es cuestionable promover la interferencia del Estado para que tome postura en cuestiones de moralidad sexual, por más que la tradición heredada del Derecho codificado siga conteniendo reglas, como los deberes recíprocos de los cónyuges, sobre cuya eficacia básicamente simbólica no debería albergarse hoy duda alguna¹⁴¹. No obstante, esto es precisamente lo que se consigue cuando, por ejemplo, se da a los deberes legales conyugales una relevancia más allá de la que les atribuyen las normas de Derecho familiar que los proclaman. Y también cuando se prevé la posibilidad de un ajuste de cuentas tras la ruptura, por la infracción de los deberes de los cónyuges durante la convivencia conyugal o incluso por el hecho mismo de la ruptura incontestada y las consecuencias negativas que ésta tiene para uno de los cónyuges¹⁴².

4. DAÑOS EN RELACIONES PATERNO-FILIALES

El enfoque que hemos aplicado a los daños entre cónyuges es en gran parte extensible a los supuestos de daños en relaciones paterno-filiales.

Por supuesto, no rige ningún tipo de inmunidad o privilegio que comporte excluir de entrada la posibilidad de reclamar contra los propios progenitores si los daños sufridos por el hijo les son imputables, tanto con ocasión del ejercicio de sus responsabilidades parentales como si esos daños son resultado del contacto social que

¹⁴⁰ Véase VARGAS ARAVENA (nota 2) 284 y allí más referencias.

¹⁴¹ El propio legislador reconoció, en la Exposición de Motivos de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, *sobre reforma determinados artículos del Código Civil y del Código de comercio sobre la situación jurídica a la mujer casada*, que las normas sobre derechos y deberes de los cónyuges en el matrimonio, «precisamente por sus acusados presupuestos éticos y sociales», eran «de difícil sanción jurídica».

¹⁴² Véase supra § II.1 e). Resulta ilustrativo recordar que la STS 26.11.1985 (RJ 1985\5901) condenó a un marido que obtuvo de los tribunales eclesiásticos la nulidad canónica de su matrimonio alegando reserva mental a abonar dos millones de pesetas a su ex esposa con base en dos elementos: «la idea lucrativa o de asistencia material» del matrimonio y «el daño no patrimonial que se originó con la frustración de la esperanza de lograr una familia *legítimamente constituida*» (énfasis añadido). Repárese en que a esta sentencia remite la posterior STS 10.3.1992 en la que el Supremo remitió cualquier indemnización de daños morales derivados de la nulidad al recurso *ex art.* 1902 CC y cerraba el paso a hacerlo con base en el art. 98 CC.

es propio de las relaciones entre padres e hijos. Por consiguiente, nada impide en teoría dirigir una acción de responsabilidad en nombre de los hijos menores por los daños causados intencionalmente o por culpa por alguno de sus progenitores.

Cuestión distinta es que este tipo de acciones en la práctica raramente lleguen a plantearse. El ejemplo más habitual es el de las lesiones sufridas por el hijo como consecuencia de la acción u omisión culposa de sus padres. Como también sucede entre cónyuges, durante la convivencia estas acciones no se entablan en el seno de una unidad familiar ya que el perjudicado y el causante de los daños van a compartir, por razón de la convivencia y por el deber legal y moral de los progenitores de velar por sus hijos y atenderles, las consecuencias negativas del evento dañoso. Entablar una acción de responsabilidad sólo implicaría, si se nos permite la expresión, tirar piedras al propio tejado, sin que se alcance a ver qué ventaja adicional podría reportar a la persona interesada¹⁴³.

Las excepciones a esta práctica usual se producen, sin embargo, en dos contextos. El primero se da si existe un seguro de responsabilidad civil que cubra la responsabilidad civil del familiar causante de los daños¹⁴⁴. El segundo contexto hace referencia a daños a los hijos producidos cuando ha cesado la convivencia entre sus progenitores, o si ésta nunca ha llegado a tener lugar, y uno de los progenitores decide ejercer la acción contra el otro en nombre del hijo.

Por otro lado, la especial vulnerabilidad de los menores hace que exista una panoplia muy amplia de medidas pensadas específicamente para su protección¹⁴⁵. Es importante destacar ahora que las funciones asignadas a los progenitores constituyen el título que permite atribuir una posición de garante al progenitor e imputarle así responsabilidad por no haber evitado las lesiones o los abusos perpetrados sobre los hijos menores por el otro progenitor o por un tercero [*infra* § A].

En relación con la protección de los derechos de la personalidad del menor, como también sucedía en el caso de los cónyuges,

¹⁴³ Tan es así que, en la subrogación en la acción de responsabilidad civil derivada del seguro de daños, la propia ley excluye esta posibilidad si el causante del daño es pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad o padre adoptante o hijo adoptivo que convive con el asegurado (cf. art. 43 III LCS). En la línea del texto, véase Fernando SÁNCHEZ CALERO, Comentario del art. 43, en *Comentario a la Ley del Contrato de Seguro* 3ª ed, Pamplona, Aranzadi Thomson, 2005, p. 808 y Anxo TATO PLAZA, *La subrogación del asegurador en la Ley del contrato de seguro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 188.

¹⁴⁴ Sobre este tema véase Miquel MARTÍN CASALS/Jordi RIBOT/Josep SOLÉ, *Children as Victims under Spanish Law*, en M. Martín-Casals/J. Solé (eds.), *Children in Tort Law*, vol. II, Viena, New York, Springer, 2007, pp. 225-250, y allí más referencias.

¹⁴⁵ Véase nota 84 y texto al que corresponde.

serán aplicables los remedios generales previstos por la ley, incluidas las acciones de responsabilidad civil. La particularidad en el caso de los hijos menores de edad radica en que, en el ejercicio adecuado de las funciones que obligatoriamente han de ejercer los progenitores, estos pueden incidir en la esfera protegida de sus hijos menores [*infra* § B]. Por lo demás, en relación con el ejercicio de sus facultades en el plano educativo y en el de administración y gestión de los intereses económicos de los propios hijos, el margen de confianza que el sistema legal dispensa a los padres es muy amplio, sin perjuicio de la posibilidad de arbitrar medidas de protección si por incumplimiento grave o reiterado de los deberes parentales la persona o el patrimonio del menor estuvieran en riesgo [*infra* § E].

Finalmente, en los supuestos estudiados por la doctrina más reciente, relacionados con la procreación del menor [*infra* § C] o referentes a las vicisitudes de la relación paterno filial [*infra* § D], la admisión o el rechazo de acciones de responsabilidad civil depende de la ponderación de los diferentes derechos e intereses en conflicto, tanto del hijo como de sus progenitores, dentro del marco de los principios de política jurídica que han cristalizado en la regulación vigente de la filiación y de conformidad con los principios constitucionales en esta materia.

A) Supuestos tipificados como delito o falta en el Código Penal

En relación con el objeto de este trabajo, los casos más frecuentes de responsabilidad civil de uno o ambos progenitores frente al hijo se enmarcan en la llamada responsabilidad civil derivada de delito o falta, que abarca desde supuestos de lesiones infligidas intencionalmente al propio hijo (art. 147.1 CP) a las secuelas del abandono de un menor de edad, incluso aunque no ponga en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual (cf. art. 229.1 CP en relación con el 229.3 CP).

Sin ningún género de duda, en este tipo de situaciones, la responsabilidad penal y la imputación de los daños de todo orden que sufra el hijo no contrarían los objetivos del Derecho de familia ni sus principios informadores. Más bien al contrario, la imputación de responsabilidad deriva en muchos casos de las funciones adscritas a los progenitores por el Derecho de familia, que los distintos tipos penales refuerzan en este contexto. Esto se hace patente en aquellos casos en que la omisión de uno de los progenitores ha propiciado la situación de grave riesgo, conocido por aquél, de que un tercero o el otro progenitor causara lesiones o abusara del hijo

menor. La jurisprudencia penal ha procedido inequívocamente a imputar al primero la comisión por omisión del crimen cometido sobre la víctima (art. 11 CP). En casos de este tipo, qué duda cabe que los progenitores tienen frente al hijo una posición especial que no sólo moral sino también legalmente requiere que adopten medidas positivas para proteger a sus hijos del daño que pudieran causarles otras personas¹⁴⁶.

Por otro lado, actualmente debe incluirse en este ámbito el ejercicio de la llamada «facultad de corrección», cuando ésta hace referencia eufemísticamente a la justificación y consiguiente exención de responsabilidad del progenitor que ha aplicado a su hijo castigos consistentes en violencia física o psíquica o sanciones humillantes. La mencionada facultad ha dejado de ser causa de justificación de este tipo de conductas, tanto desde el punto de vista penal como del civil¹⁴⁷.

Como es bien sabido, el legislador ha considerado oportuno eliminar del CC la mención a la posibilidad de los padres de corregir «razonable y moderadamente a los hijos». A nuestro juicio, esto no significa que los padres no sigan estando obligados a velar por sus hijos y a educarlos, empleando si es preciso con este fin sanciones y medidas represivas¹⁴⁸. Lo que sucede es que la reforma legal es expresiva de la voluntad del legislador de que educar y velar por los hijos se haga siempre y en toda circunstancia con pleno respeto a su «integridad física y psicológica» (*cf.* art. 154 II in fine CC). Aunque no lo haya dicho explícitamente la nueva redacción del CC, el Derecho español no permite en consecuencia la aplicación de castigos corporales a los hijos en ningún caso, por más que erróneamente alguien pueda pensar que constituyen un instrumento educativo válido y eficaz¹⁴⁹.

Ahora bien, tratándose de lo que alguna autora identifica como «supuestos de correctivos físicos leves, aislados y de escasa

¹⁴⁶ MARTÍN-CASALS/RIBOT/SOLÉ (nota 144) 231 ss.

¹⁴⁷ En este sentido, con anterioridad a la reciente reforma del art. 20.7 CP véase ya FRANCISCO MUÑOZ CONDE/MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte general*, 5.ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 346 y GONZALO QUINTERO OLIVARES/FERMÍN MORALES PRATS/J. MIGUEL PRATS CANUT, *Manual de Derecho penal, Parte general*, 2.ª ed., Elcano, Aranzadi, 2000, p. 346. En otro sentido se habían pronunciado JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, vol. II, 6.ª ed. Madrid, Tecnos, 2001, p. 310 y también JOSÉ M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, *Comentario del art. 154*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo III-2, Madrid, Edersa, 1982, p. 128. En la práctica judicial, véase SAP Córdoba 9.3.2004 (La Ley 2004\1365).

¹⁴⁸ En este sentido, ESTHER ALGARRA PRATS, *La corrección de los hijos en el Derecho español*, Aranzadi Civil 5/2010 (BIB 2010\1260).

¹⁴⁹ Véase por ejemplo la SAP Barcelona 16.2.2009, que ha señalado que el derecho de corrección no ampara las lesiones inferidas al hijo de 13 años por un padre que le golpeó con un cinturón por todo el cuerpo, causándole diversas equimosis que tardaron en curar 10 días.

entidad»¹⁵⁰, aplicar sanciones penales, o sus consecuencias accesorias civiles, puede dar lugar a paradojas muy difíciles de resolver. En efecto: el Derecho de familia opera con parámetros como el interés superior del menor a los que somete las relaciones del hijo menor con sus progenitores y con su entorno familiar. Esta perspectiva funcional puede resultar incoherente con las sanciones impuestas por la norma penal, o también con medidas como la responsabilidad civil derivada de delito o falta, cuando se pretenden aplicar en el seno de familias estructuradas y normalizadas. Así ha sucedido, por ejemplo, en casos como el enjuiciado en Andalucía y en el que se condenó a una madre por haber causado lesiones a su hijo al reprenderle por su mal comportamiento¹⁵¹. Las medidas tomadas contra la madre resultaban claramente contraproducentes para el hijo menor¹⁵². En este tipo de situaciones, aunque nada justifica desde luego el maltrato infligido al hijo, es exigible prudencia antes de imponer medidas como órdenes de alejamiento o indemnizaciones de daños en situaciones de familias normalizadas y donde suspender la patria potestad o inhabilitar al progenitor para su ejercicio tampoco resulta adecuado. Aplicar medidas de tipo educativo y social, que propicien una mejor información y más recursos para llevar a buen puerto la crianza de los propios hijos, seguramente es una solución más razonable.

B) Lesión de derechos de la personalidad del hijo

En los supuestos de vulneración de derechos de la personalidad de los hijos menores, como la libertad, la integridad moral, el honor, la intimidad o la propia imagen, los progenitores también podrían ser obligados a indemnizar a sus propios hijos. A menudo, el enjuiciamiento de esta responsabilidad tendrá lugar en el ámbito penal, como consecuencia de la imputación de delitos o faltas de coacciones, amenazas o incluso detención ilegal. Recientemente, un Juzgado de Lleida ha condenado a un año de prisión y cinco de alejamiento a un hombre por instalar una cámara en el baño para grabar a su hija adolescente ante la sospecha de que tenía anorexia. Con la conformidad del propio padre, el juez le condenó a indemnizar con 3.000 euros a la hija y con otros 3.000 a la madre, de

¹⁵⁰ ALGARRA PRATS (nota 148) y allí más referencias.

¹⁵¹ SAP Jaén 22.1.2009 (La Ley, 2009, 18.2.2009).

¹⁵² Lo comenta expresamente RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 268 nota 517, refiriéndose a que finalmente el juzgador propuso el indulto de la pena impuesta a la madre de prohibir aproximarse al hijo, ya que podía producir consecuencias perjudiciales para él y los demás hijos de la acusada que se encontraban a su cargo porque el padre pasaba la mayor parte del tiempo trabajando fuera de la localidad donde vivían. Véanse más referencias en el documentado trabajo de ALGARRA PRATS (nota 148).

quien estaba separado, sin que nos conste el concepto en que se justificó esta segunda indemnización¹⁵³. En este supuesto, tal vez actuando con buena intención pero sin duda extralimitándose en sus facultades, el padre infringió gravemente los derechos de la personalidad de su hija.

En general, en el cumplimiento de su *officium* como titulares ejercientes de la patria potestad los padres pueden desarrollar conductas que, si las llevaran a cabo terceros, constituirían intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad de sus hijos. Desde tomar fotografías a sus hijos recién nacidos, hasta revelar datos médicos y sanitarios de los hijos a profesores y maestros, por poner dos ejemplos entre las docenas de actos de la vida cotidiana vinculados a la crianza y educación de los hijos. Indudablemente, el alcance de las facultades de los padres dependerá de la edad y el grado de madurez de los hijos. Además, la actuación de los padres debe estar justificada y ser proporcionada con relación a los intereses de sus hijos por los que deben velar. Ambos factores son cruciales a la hora de enjuiciar cualquier conflicto en relación con derechos como la libertad del menor, incluida la ambulatoria, las prácticas religiosas, el secreto en las comunicaciones o los derechos a la intimidad o a la propia imagen.

Las indicaciones legales al respecto, no obstante, son pocas y en ocasiones no del todo congruentes entre sí, en la medida en que edades y requisitos para el ejercicio por el menor de sus derechos de la personalidad varían según los contextos, a menudo sin una explicación clara¹⁵⁴. Por lo demás, en la propia legislación se ponen en evidencia límites a las facultades de los progenitores en el ejercicio de sus funciones en esta materia: el art. 4.3 LO 1/1996, de 15 de enero, del menor, considera intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen de un menor en los medios de comunicación «que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales» [énfasis añadido]¹⁵⁵. Estas funciones se perciben, por tanto, como un factor de riesgo para el menor cuando en el caso están involucrados medios de comunicación social. Tal vez la explicación de esta solución radique en que, a diferencia de la gestión ordinaria de los bienes o intereses eco-

¹⁵³ *Diario de Noticias La Ley*, 21.5.2009, ref. 5221/2009.

¹⁵⁴ Específicamente sobre el tema véase Alejandra DE LAMA AYMÁ, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. En perspectiva más general, véase Isabel E. LÁZARO GONZÁLEZ (coord.), *Los menores en el Derecho español*, Madrid, Tecnos, 2002.

¹⁵⁵ Véase José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, «Resarcimiento del daño moral por intromisiones consentidas en el derecho a la propia imagen de menores (en relación al caso Marta del Castillo)», *La Ley*, 11.5.2009, núm. 7.171.

nómicos de los hijos, cuya finalidad es conservarlos y si es posible obtener de ellos un rendimiento razonable, en el caso de los bienes de la personalidad de los menores, los progenitores no están obligados a obtener un lucro para el hijo (ni para la familia) poniendo en el mercado, por ejemplo, su imagen o divulgando datos concernientes a su intimidad. Es incluso cuestionable que lo hagan, por el riesgo de que al hacerlo no perciban dónde está el límite en detrimento de los intereses del menor a más largo plazo. Este dato es el que justificaría el modelo de tutela pública de los intereses de los menores en este ámbito, que deja al margen el juicio que los padres puedan hacer de los intereses de sus hijos¹⁵⁶.

C) Supuestos relacionados con la procreación del hijo

Como ya dejamos apuntado, estos supuestos diversos aluden a daños como el contagio o transmisión hereditaria de enfermedades al hijo y que los padres conocían y no evitaron transmitir¹⁵⁷, o los causados por el descuido de las atenciones médicas o sanitarias que requiere el embarazo o por llevar a cabo actividades de riesgo o desaconsejadas para la salud del feto (v. gr. fumar en exceso, ingerir alcohol o tomar drogas, mantener relaciones sexuales de riesgo, etc.)¹⁵⁸. En ambos casos se trata de hipótesis muy difíciles de resolver, en las que se contraponen derechos de rango fundamental tanto de los progenitores como del hijo. En el primer supuesto porque está en juego saber qué límites puede poner el ordenamiento a la libertad reproductiva de las personas, mientras que en el segundo porque la introducción del deber de indemnizar incidiría indudablemente sobre la libertad de las madres de elegir su propio modo de vida, legitimando incluso intromisiones que desde el punto de vista del derecho a la intimidad pueden resultar excesivas con base en la prevención de un posible daño a la salud del concebido. Más

¹⁵⁶ Como hemos visto que sucede en otros entornos, no obstante, este modelo plantea problemas de delimitación en relación con las facultades legales de los padres. Hasta el punto de que la Fiscalía General del Estado ha tenido que clarificar que «no pudiendo minusvalorarse *generatim* el papel de los padres [...] deberán distinguirse los supuestos en los que éstos tienen privada o suspendida la patria potestad, están imposibilitados para accionar, tienen un conflicto de intereses con los hijos o adoptan una irrazonable actitud de inhibición o pasividad, de aquellos otros supuestos en los que se trata de progenitores en pleno y adecuado ejercicio de las funciones derivadas de la patria potestad». Instrucción FGE 2/2006, de 15 marzo (JUR 2006\94040). Sobre esta Instrucción, véase Mónica NAVARRO MICHEL, *Los derechos de la intimidad y propia imagen del menor de edad. Algunos supuestos conflictivos*, RDP 2/2009, 47-74.

¹⁵⁷ M.^a Luisa ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural* en VERDA Y BEAMONTE (nota 4) pp. 41-74. Véase también RODRÍGUEZ GUTIÁN (nota 2) 308.

¹⁵⁸ RODRÍGUEZ GUTIÁN (nota 2) 296-8.

aún que en otros supuestos, el recurso a la responsabilidad civil en este grupo de casos no es una consecuencia automática derivada de la delimitación como derecho fundamental de cierto interés (en este caso del hijo), ni depende del levantamiento de una supuesta inmunidad familiar, sino de la previa ponderación entre derechos fundamentales concurrentes, que en último término comporta la limitación de uno en detrimento del otro.

En este sentido, respecto al primer grupo de casos, la doctrina contrapone correctamente el interés del hijo a una vida sana con la libertad de los progenitores de procrear, protegida por el art. 18 en relación al art. 10 CE. La conclusión a la que se llega, sin embargo, es que si bien «cada persona es libre para decidir si concibe o no, [...] si lo hace y después se verifica el daño, debe asumir su costo, y no sólo prestando la asistencia que como progenitor corresponde sino también indemnizándolo»¹⁵⁹. No obstante, este mismo sector de la doctrina concluye que, como que la única alternativa al nacimiento con la enfermedad heredada de los padres es no nacer, la acción de responsabilidad civil frente a los progenitores sería inviable por falta de daño y de relación de causalidad¹⁶⁰.

Esta argumentación parece extraída, al menos parcialmente, de las polémicas en torno a la llamada «wrongful life» –últimamente traducida con el inapropiado anglicismo crudo de «vida injusta»– aunque nada tiene que ver con ese supuesto que, como es sabido, parte de la negligencia médica que consiste en no detectar la existencia de una malformación del feto o no informar sobre ella cuando era de tal gravedad que hubiera permitido a la madre decidir sobre la posibilidad de someterse a un aborto¹⁶¹. La doctrina que propugna la indemnizabilidad del contagio o transmisión hereditaria de enfermedades al hijo mediante la procreación de los padres cuando éstos las conocían no parece partir de la idea de que los padres incurrieran en culpa o que aquí la actividad reproductiva fuera ilícita, criterios con los que debe estarse de acuerdo. No obstante, al señalar que cada persona es libre para decidir si concibe o no y que, si lo hace y después se verifica el daño, debe indemnizar-

¹⁵⁹ ATIENZA NAVARRO (nota 157) 61.

¹⁶⁰ Partiendo de la falta de responsabilidad, RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 308-9 concluye que los progenitores estarían *moralmente obligados* a ordenar medidas de apoyo a favor de sus hijos, como la dotación de un patrimonio protegido o una figura similar [énfasis añadido].

¹⁶¹ Sobre la materia, véase en nuestro Derecho, Andrea MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales: (las llamadas acciones de Wrongful Birth y Wrongful Life)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, p. 530 y ss, Miquel MARTÍN-CASALS/Josep SOLÉ FELIU, *Comentario a la STS, de 18 de mayo de 2006*, CCJC 73 (2007), p. 517-542. Desde una perspectiva comparada, véase recientemente Albert RUDA GONZÁLEZ, «I Didn't Ask to Be Born»: *Wrongful Life from a Comparative Perspective*, (2010) 1 Journal of European Tort Law, pp. 204-241.

lo, vendría a considerar la actividad reproductiva, cuando existen tales enfermedades, como una actividad peligrosa pero permitida que, como en el caso de las lesiones corporales resultantes de la conducción de vehículos de motor, conllevaría la responsabilidad objetiva de quien lleva a cabo la actividad en caso de materializarse el riesgo contemplado. Esta posición no resulta viable por muchas razones, pero no sólo por una discutible falta de daño o de relación de causalidad, sino porque en nuestro ordenamiento jurídico los supuestos de responsabilidad objetiva están tasados y por ello quien los establece es el legislador. En ningún caso los puede establecer el juez, por mucho que llegue a encontrarse ante un tipo de riesgo ya sujeto a responsabilidad objetiva que sea más susceptible de analogía que el que señalábamos.

El encuadramiento del segundo supuesto en nuestro Derecho pasa por comentar los arts. 157 y 158 CP, que tipifican el delito de lesiones causadas al feto y que cuando se refieren a la mujer embarazada limitan la responsabilidad penal al tipo doloso. En consecuencia, mientras que en el supuesto de dolo, aun eventual, la mujer embarazada responde penalmente, y por consiguiente también civilmente, en los supuestos de lesiones imprudentes, aun mediando culpa grave, estaría exenta de responsabilidad penal. ¿Cabe colegir que también de responsabilidad civil? La doctrina que aquí se comenta concluye que serán las circunstancias del caso las que determinarán si la madre debe responder frente al hijo por una conducta realizada durante el embarazo y que perjudicó seriamente la salud de este último. Se señala, de todos modos, que sería preciso que se tratase de un daño de cierta entidad o gravedad, que estuviese causalmente vinculado a las acciones u omisiones de la madre y que, aun no siendo éstas anti-jurídicas, a aquélla le fuese exigible comportarse de otro modo no sólo moralmente sino también jurídicamente¹⁶². En nuestra opinión, en cambio, la despenalización del supuesto negligente constituiría el resultado de un complejo dilema legal en el que se han ponderado los derechos de la madre frente a la protección jurídica del *nasciturus*. La falta de punición respondería a la idea de que deben prevalecer los derechos de la madre a la intimidad y al ejercicio de su autonomía y libertad durante el embarazo. Esta conclusión no sólo sería aplicable a la responsabilidad penal sino que debería extenderse a la civil, en relación con posibles acciones entabladas por el representante legal del hijo o por éste al llegar a la mayoría de edad.

¹⁶² ATIENZA NAVARRO (nota 157) 52 ss.

D) Daños vinculados a las vicisitudes de la relación paterno-filial

El primer supuesto incluido en este grupo se refiere a los posibles daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial. La doctrina concreta esos daños haciendo referencia, en primer lugar, al daño moral vinculado al supuesto «derecho a tener una identidad coherente con su origen biológico». Por otra parte, la conducta del demandado también podría haber ocasionado al hijo un daño patrimonial consistente en la pérdida de la oportunidad de haber tenido un nivel de vida superior, pues de haberle reconocido hubiese tenido que proporcionarle los recursos económicos para gozar de una posición social y económica mejor de la que tuvo conviviendo con su madre¹⁶³.

En el segundo supuesto, se plantea la situación en que, a pesar de haber reconocido al hijo extramatrimonial, o haberse impuesto forzosamente al progenitor la filiación a través de las acciones judiciales correspondientes, el hijo sufre por la carencia afectiva vinculada a la ausencia de trato familiar del progenitor o de su entorno familiar, en comparación con las atenciones y cuidados recibidos por sus hermanos nacidos en el matrimonio de su progenitor.

No resulta fácil admitir que siendo el reconocimiento un acto voluntario pueda imputarse responsabilidad civil a quien, por la razón que sea, no reconoce la paternidad no matrimonial y ejercita sus derechos de defensa en el marco del procedimiento contradictorio arbitrado por la ley para la determinación de esa paternidad. Debe subrayarse asimismo que el Derecho de familia establece consecuencias para la oposición a la determinación de la filiación, en particular la exclusión de la patria potestad y demás funciones tuitivas y la privación de cualquier derecho legal respecto del hijo o de sus descendientes, sin perjuicio del deber del padre de velar por los hijos y prestarles alimentos (cf. art. 111 I 2.º CC). Tomando este punto de vista, la delimitación de los casos en que se da «la contumacia del padre en el reconocimiento de su hijo» de la que habla la doctrina¹⁶⁴ presupone explorar los supuestos en que puede hablarse de un ejercicio abusivo de los derechos de defensa frente a una reclamación de paternidad extramatrimonial fundada en un principio de prueba suficiente y que el simple recurso a las pruebas biológicas desvanecería.

Respecto al segundo supuesto, estamos de acuerdo en que carece de protección extracontractual el interés del hijo a ser querido por el progenitor que tuvo que reconocerle o a quien

¹⁶³ PIZARRO WILSON (nota 36) 103.

¹⁶⁴ PIZARRO WILSON (nota 36) 104.

reclamó la paternidad, sin que este elemento del supuesto de hecho de la responsabilidad civil resulte alterado porque, en el caso concreto, ello incidiera de modo grave en la integridad psíquica del hijo¹⁶⁵.

En ambos casos, por lo demás, creemos que se corre el riesgo de perpetuación, a través del reconocimiento de acciones indemnizatorias, de estereotipos sociales propios de contextos históricos hoy superados. Al compensar la «ilegitimidad» como daño extracontractual, eso supone asumir que esa situación es un «mal» que debe ser corregido y, como que esto no es posible sin la colaboración del padre y de su entorno familiar, se ordena repararlo en la medida en que puede hacerlo el dinero. Se perpetúa así la estigmatización del nacido fuera de matrimonio, lo que supone introducir un obstáculo en el proceso de normalización de situaciones que hoy sólo pueden calificarse de anómalas en contextos sociales muy minoritarios.

Finalmente, en cuanto al daño vinculado al hecho de hacer creer *al hijo* que su padre es el marido de su madre, a sabiendas de que no lo es¹⁶⁶, tal posibilidad comporta inevitablemente plantear otra vez el conflicto entre la autonomía de la madre, en este caso en relación con el hecho de ocultar la verdadera paternidad del hijo, y los intereses del hijo. De hecho, en este caso la respuesta es aún más compleja, ya que al hijo puede interesarle la impugnación de la paternidad matrimonial y la reclamación de la paternidad no matrimonial, o puede que no sea de su interés que tales acciones se entablen. Queda abierto, por tanto, el interrogante acerca de cuándo actúa la madre en interés del hijo: cuando no revela la falsa paternidad o cuando lo hace y precipita la impugnación. Si se parte de la base que el ejercicio de tal acción genera un daño resarcible en el hijo, lo coherente no es postular que pueda reclamarse una indemnización por este concepto sino proponer *de lege ferenda* que la impugnación no prospere a iniciativa de la madre, porque ello resulta contrario al interés del hijo¹⁶⁷. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico español se encamina desde hace ya tiempo hacia la prevalencia casi absoluta del principio de veracidad biológica y, con el

¹⁶⁵ Véase en este sentido RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 156, quien correctamente subraya que «parece claro que en principio un hijo carece de derecho para reclamar una indemnización al progenitor por el desamor, la carencia afectiva o la falta de apoyo espiritual del padre», pero en un ejemplo de confusión entre el daño-evento y el daño-consecuencia concluye que sí respondería si el demandante llegara a probar que tal carencia «ha llegado a afectar, de modo grave, a la integridad psíquica del hijo».

¹⁶⁶ Entre muchos otros, VARGAS ARAVENA (nota 2) 39 y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (nota 4) 157.

¹⁶⁷ Para esta opción véase § 1600a (4) BGB.

fuerte apoyo de la propia Constitución (art. 39.1 y 2 CE), primero el legislador y después el Tribunal Constitucional¹⁶⁸, han arrumbado con las limitaciones legales tradicionales, impuestas en aras de una «paz familiar» basada en gran parte en convenciones sociales hoy superadas¹⁶⁹. Por eso, creemos que sería un contrasentido que se admitieran demandas del propio hijo contra la madre y su verdadero progenitor por la «pérdida» de su supuesto padre siendo así que la ley concede legitimación a ambos para impugnar la filiación, a la madre actuando como representante legal del hijo (art. 765.1 LEC), así como al verdadero progenitor que reclama su paternidad actuando en su propio nombre (art. 134 CC).

A propósito de este grupo de casos, pero en relación con la pretensión del supuesto padre, el criterio que empieza a consolidarse en la jurisprudencia menor¹⁷⁰ nos parece artificioso. En efecto: la distinción entre el daño vinculado a la infidelidad, que sería irresarcible, y el derivado de la ocultación dolosa del carácter no matrimonial del hijo, que sí sería resarcible, se basa en una incoherencia interna evidente. Ser infiel no genera daño resarcible, pero ocultar la infidelidad sí, siempre y cuando de la misma puede haber nacido un hijo. Por ello, en realidad, el único fundamento al que puede vincularse una pretensión de este tipo es la infracción del deber conyugal de fidelidad, lo cual resulta incongruente, como estimó razonablemente el Tribunal Supremo, con el efecto que tienen los deberes conyugales en Derecho español¹⁷¹. Por lo demás, creemos que el mismo razonamiento vale para un concepto amplio de deslealtad o abuso de confianza que podría incluso ser aplicado en parejas no casadas y en relación con el compañero sentimental o conviviente que reconoció al hijo tenido por común¹⁷².

¹⁶⁸ SSTC 237/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero.

¹⁶⁹ Véase por todos la completa información que proporciona José Ramón GARCÍA VICENTE, *La previsible reforma del Derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas*, Derecho privado y Constitución 20 (2006), pp. 203-254.

¹⁷⁰ Véase *supra* § III.1).

¹⁷¹ En un recurso de amparo contra la STS 30.7.1999, el demandante alegó incongruencia contraria al art. 24.1 CE y sostuvo que el daño moral reclamado y que se le denegó era «algo ajeno al matrimonio» y consecuencia «de la ocultación al actor del hecho que los hijos no son suyos». Mediante Auto 140/2001, de 4 de junio, el Tribunal Constitucional estimó, por el contrario, que el recurrente había obtenido de los órganos jurisdiccionales una respuesta congruente (aunque fuera desestimatoria) motivada y fundada en Derecho. El TC aprovechó también la ocasión para recordar que no era posible imponer una interpretación distinta a la defendida por el TS, «con base en una pretendida irradiación máxima de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de interpretación de la legalidad ordinaria».

¹⁷² Véase sin embargo ÁLVAREZ OLALLA (nota 47) 5 (quien invoca la idea de abuso de confianza, doloso o culposo) y también, más ambiguamente, LÓPEZ DE LA CRUZ (nota 3) 30.

E) Daños en relación con el ejercicio de la patria potestad

Los tipos de situaciones relacionadas con el ejercicio de la patria potestad y de las que hipotéticamente podría surgir una pretensión de resarcimiento de daños dirigida por el hijo contra sus progenitores son muy variadas.

En cuanto a los daños sufridos como consecuencia del negligente cumplimiento del deber de velar por los hijos que da lugar a accidentes en casa o durante su actividad cotidiana, en teoría las acciones de responsabilidad civil son factibles pero hay que constatar de nuevo que difícilmente se planteará una pretensión de este tipo si no existe el estímulo de un seguro de responsabilidad civil que permita allegar recursos para sufragar los daños producidos en el accidente.

En relación con la posible responsabilidad de los padres por incumplimiento de sus obligaciones legales de administración del patrimonio de sus hijos menores, el único matiz, sobre el que ya ha llamado suficientemente la atención la doctrina¹⁷³, es que el estándar de diligencia expresamente aplicado por la ley es distinto al general del artículo 1104 CC. Conforme al artículo 154 I CC, «los padres administrarán los bienes de los hijos *con la misma diligencia que los suyos propios*», lo cual se interpreta como una rebaja en el nivel de exigencia vinculada al dato familiar. Esta solución viene acompañada de una limitación de los supuestos en que aplicando tal criterio de diligencia, los progenitores responden frente al hijo. Según el artículo 168 II CC, «en caso de pérdida o deterioro de los bienes *por dolo o culpa grave*, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos».

Más allá de esta responsabilidad expresamente delimitada en el ámbito patrimonial, nuestros textos legales se basan en el criterio general de que el ejercicio de la patria potestad debe acometerse siempre en interés del menor atribuyendo a los progenitores, como no podía ser de otra manera (*cf.* art. 29 CE), una amplia autonomía en cuanto a las decisiones relativas a la crianza y educación de sus hijos. Como consecuencia, si no procede la adopción de medidas de protección, el espacio para acciones de responsabilidad civil es muy limitado por no decir inexistente. Además, aunque en teoría no cabe descartar una posible acción de responsabilidad, también será muy difícil concluir que existe la relación de causalidad entre el daño alegado y la conducta de los progenitores, dados los múltiples factores que inciden en la formación de la personalidad durante la minoría de edad. De hecho, las dudas que suscita la responsabilidad civil en estos casos explican por qué la doctrina que aquí se critica prefiere pronunciarse en estos casos a favor de soluciones

¹⁷³ Véase FERRER RIBA (nota 5) 1859-1861.

que eviten el hipotético ajuste de cuentas entre padres e hijos por «mala gestión educativa»¹⁷⁴.

Por otra parte, los escenarios familiares caracterizados por la relación fría y carente de diálogo y empatía para con los propios hijos¹⁷⁵, o incluso los supuestos de ausencia de relación con el hijo tras la separación de los progenitores, plantean como principal problema el hecho de que la ley no obliga al progenitor a proporcionar al hijo apoyo emocional, ni el hijo tiene, como ya se ha señalado en otro contexto, el derecho a ser querido por sus progenitores. Tratándose de prestaciones personalísimas frente a las que el Derecho poco o nada puede hacer, únicamente cabe apuntar que, en casos muy extremos, en los que además se desatiendan gravemente los deberes que la ley sí impone a favor de los hijos (v. gr. proporcionarle los recursos para satisfacer sus necesidades y llevar una vida digna, tenerlo consigo y facilitarle los medios para acceder a la educación, etc.), el remedio adecuado será la privación de la patria potestad y favorecer, si es posible, la adopción del menor. Evidentemente, éste también puede ser el desenlace en supuestos graves de dejación de sus deberes por un progenitor tras la separación o el divorcio. En cambio, el enfoque es totalmente distinto si el progenitor manifiesta interés en mantener las relaciones personales con su hijo y en ejercer la patria potestad y las funciones de guarda que le corresponden y el otro progenitor, o un tercero, llevan a cabo actos o conductas dirigidos a obstruir injustificadamente esa posibilidad. En tal caso, como apuntó también la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009, sería posible reclamar por los daños sufridos por el hijo al haber perdido la oportunidad de desarrollar una relación familiar con cualquiera de sus progenitores.

V. CONCLUSIONES

Un paso adelante, dos atrás. El título de este trabajo trata de reflejar la perplejidad que suscita la doctrina predominante en España entorno a la interacción entre el Derecho de la responsabilidad civil y la regulación jurídica de las relaciones familiares. Es cierto que, en ocasiones, la doctrina que promueve la expansión de

¹⁷⁴ Véase RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 254-5 (quien llega a señalar, algo ingenuamente, que «el juez puede cumplir una misión de colaboración y asistencia a la educación de los hijos y adoptar las medidas oportunas para corregir los defectos en el ejercicio paterno del deber de educar»).

¹⁷⁵ Véase RODRÍGUEZ GUITIÁN (nota 2) 265.

la responsabilidad civil tiene la virtud de volver a fijar la atención sobre situaciones intolerables en el ámbito conyugal o en las relaciones paterno-filiales. Situaciones que nuestro Derecho sanciona en varios planos –penal, civil, familiar– y que trata de corregir y evitar. Sin embargo, creemos haber demostrado con suficiente claridad que también supone un retroceso en muchos otros puntos.

Existe, en primer lugar, el peligro de dar dos –o más– pasos atrás y de reencontrarnos con un marco jurídico-familiar que considerábamos definitivamente enterrado. Este retroceso es patente en la interferencia del Derecho de daños en el ámbito regulador de la crisis conyugal. Al menos en parte, también lo es en algunas de las hipótesis propuestas por la doctrina que inciden sobre el estatuto de la filiación y sobre las consecuencias de la determinación de la verdad biológica. Finalmente, gran parte de los otros supuestos de hipotéticas reclamaciones de hijos frente a sus padres plantean, asimismo, tales problemas de delimitación de los intereses en conflicto que hacen inimaginable que lleguen a plantearse.

En segundo lugar, el problema radica en que no es posible tratar todos los casos bajo el prisma reduccionista de que todo perjuicio ligado a la existencia de un vínculo conyugal o familiar comporta un daño indemnizable. Por un lado, porque la aplicación indiscriminada del Derecho de la responsabilidad civil subvierte algunos de los principios fundamentales articulados en el Derecho de familia contemporáneo y en su desarrollo jurisprudencial. Los delicados equilibrios que en esta materia han tardado lustros en configurarse corren peligro de destruirse con la entrada, como elefante en cacharrería, de remedios indemnizatorios muy escasamente perfilados. Por otro lado, en muchos casos se hace evidente que se ha alcanzado el límite de las posibilidades del Derecho. Tal es el caso de la protección de las expectativas de orden personal de los cónyuges dentro del matrimonio (v. gr. fidelidad, apoyo mutuo, respeto) o de aquello que los hijos pueden esperar de sus progenitores respecto al trato que les deben dispensar (v. gr. ser criados y educados con cariño y respeto a su personalidad).

En resumen, aun en los ordenamientos jurídicos que parten de una cláusula general de responsabilidad deben analizarse y sopesarse los intereses en juego para no convertir las reclamaciones indemnizatorias en una intolerable cortapisa a las libertades individuales o en una tenebrosa máquina del tiempo que nos devuelva a un marco de relaciones familiares opresivas de las que el moderno Derecho de familia ya nos había liberado.

La nueva regulación de los fideicomisos del Libro IV del Código Civil de Cataluña

JUDITH SOLÉ RESINA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

El Libro IV del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio, introduce cambios significativos con relación a la regulación anterior contenida en el Código de Sucesiones por causa de muerte en Cataluña, en materia de fideicomisos. El Libro IV tiene la expresa intención, de una parte, de simplificar la normativa existente muy abundante y compleja; y de otra, de facilitar los actos dispositivos del fiduciario sobre parte de los bienes que integran el fideicomiso en concepto de bienes libres, manteniendo la cuarta trebeliánica, con la que se pretende minimizar los efectos que comporta la vinculación de los bienes en el fideicomiso, y que identifica con la «cuota libre», libre, claro está, de fideicomiso.

PALABRAS CLAVE

Cuarta trebeliánica, cuota libre, fideicomiso de distribución, fideicomiso de elección, fideicomiso de herencia, fideicomiso de legado, fideicomiso de residuo, fideicomisos, sustitución fideicomisaria, sustitución preventiva de residuo.

SUMARIO: 1. *Los fideicomisos en general:* 1.1 Derecho aplicable en Cataluña. 1.2 Concepto, ordenación y objeto. 1.3 Modalidades y delación. 1.4 Capacidad para ser fideicomisario. 1.5 Pluralidad de llamadas y límites de los fideicomisos. 1.6 Fideicomisos de elección y de distribución. 1.7 La extinción de los fideicomisos.–2. *La interpre-*

tación de los fideicomisos.—3. *Los efectos del fideicomiso mientras está pendiente:* 3.1 Obligaciones y deberes del fiduciario: 3.1.1 La toma de inventario. 3.1.2 La prestación de garantía. 3.1.3 Obligaciones respecto los bienes fideicomitidos. 3.2 Facultades del fiduciario. 3.3 Facultades del fideicomisario. 3.4 Partición de la herencia y división de cosa común.—4. *La cuarta trebeliánica o cuota libre:* 4.1 Concepto. 4.2 Naturaleza jurídica. 4.3 Beneficiarios. 4.4 Requisitos. 4.5 Cálculo. 4.6 Detracción. 4.7 Extinción.—5. *Disposición de los bienes fideicomitidos.*—6. *Los efectos del fideicomiso en el momento de la delación:* 6.1 La adquisición por el fideicomisario del legado o la herencia fideicomitidos. 6.2 La impugnación de los actos en fraude del fideicomiso.—7. *El fideicomiso de residuo.*—8. *La sustitución preventiva de residuo.*

1. LOS FIDEICOMISOS EN GENERAL

1.1 DERECHO APLICABLE EN CATALUÑA

En materia de fideicomisos, el CCCat pretende abordar una revisión a fondo de la normativa contenida en el derogado Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña, con la finalidad de simplificarla y adaptarla a la nueva realidad social. Con mayor motivo, entonces, hay que tener en cuenta lo que establece la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 10/2008, de 10 de julio, por la que se aprueba el Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, en el sentido de que los fideicomisos se rigen por el derecho vigente en el momento de la muerte del fideicomitente, y de que las normas del libro cuarto del CCCat relativas a los efectos del fideicomiso mientras está pendiente (sección tercera, arts. 426-20 a 426-35 CCCat) se aplican a los fideicomisos ordenados en sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de esta ley, excepción hecha de los fideicomisos de residuo y de las sustituciones preventivas de residuo, que se rigen por las normas vigentes en el momento de la apertura de la sucesión.

Entendemos con Giner Gargallo¹ que habría sido más coherente disponer aplicable también a los fideicomisos ordenados en sucesiones ya abiertas, las normas de la sección cuarta dedicadas a

¹ GINER GARGALLO, Antoni, «Comentari als arts. 426-1 a 426-12 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*», Atelier, Barcelona, 2009, p. 1.706.

la disposición de los bienes fideicomitidos (arts. 426-36 a 426-43 CCCat) que puede efectuarse pendiente el fideicomiso, pues una de las finalidades de la reforma en esta materia, según consta en el preámbulo de la ley, es precisamente la de facilitar los actos dispositivos del fiduciario sobre parte de los bienes que integran el fideicomiso en concepto de bienes libres.

Con todo, no se puede perder de vista que en los últimos años, prácticamente no se constituyen fideicomisos y que los que existen en la actualidad fueron constituidos casi en su totalidad con anterioridad a la vigencia del Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña e incluso de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña². De este modo, y si no reaparecen los fideicomisos en el tráfico jurídico, cosa más bien poco probable, las normas que ahora dispone el Código Civil de Cataluña en esta materia solamente se aplicarán en la medida en que resulten aplicables a los fideicomisos ya existentes antes de su entrada en vigor, esto es, en la medida en que se les atribuyan efectos retroactivos.

1.2 CONCEPTO, ORDENACIÓN Y OBJETO

Establece el artículo 425.1.1 CCCat que «en los fideicomisos el fideicomitente dispone que el fiduciario adquiera la herencia o el legado con el gravamen que, una vez vencido el término o cumplida la condición, hagan tránsito al fideicomisario». El fideicomiso, puede definirse, entonces, como la disposición sucesoria, a título universal o a título particular, a favor de una pluralidad de personas sucesivamente. Siendo así que la esencia del fideicomiso es el llamamiento plural y cronológicamente sucesivo del fiduciario y el fideicomisario. En este sentido, establece el párrafo segundo del artículo 426-1 CCCat que «los fideicomisarios suceden siempre al fideicomitente, aunque uno sea fideicomisario después del otro.» De este modo, con relación a los sujetos que intervienen en la misma, presenta la siguiente estructura: como mínimo intervienen siempre tres personas, el fideicomitente o causante, que es la persona que ordena el fideicomiso; el fiduciario, que es el primer instituido; y el fideicomisario, que es la persona a quien finalmente hará tránsito la herencia o el legado. Aunque en el fideicomiso pueden intervenir más de tres personas.

Es de señalar que el CCCat, a diferencia del CS, utiliza en contadas ocasiones la expresión sustitución fideicomisario y generaliza, en cambio, la de fideicomiso.

² Así lo constata GINER GARGALLO, *Ob. Cit.*, p. 1.706.

Los fideicomisos se pueden ordenar, de acuerdo con el artículo 426-2 CCCat, en pacto sucesorio, en testamento, en codicilo y en donación por causa de muerte. Con buena técnica jurídica, se excluye de esta enumeración la donación entre vivos como posible título de ordenación de los fideicomisos, que sí se recogía en el derogado artículo 180 CS y en el anterior artículo 162 CDCC, porque la donación entre vivos es, en verdad, un título de disposición de bienes, que no de ordenación de la sucesión. En principio, hay que pensar que esta enumeración es cerrada, de modo que únicamente caben las posibles vías de constitución de fideicomisos que en ella se recogen, aunque deben hacerse algunas precisiones. Así, habrá que añadir a dicha enumeración la forma de la constitución por escritura pública para el caso de la institución de heredero por fiduciario regulada en el artículo 424-1 CCCat, por el cual el cónyuge o conviviente sobreviviente puede elegir heredero entre los hijos comunes y sus descendientes, e imponer la sustitución fideicomisaria y preventiva de residuo que estime oportunas, en testamento, heredamiento o escritura pública (art. 424-2 CCCat). También es conveniente precisar que en codicilo únicamente se podrán ordenar fideicomisos singulares y no universales pues, como es sabido, en codicilo solamente pueden efectuarse disposiciones a título particular pero no se puede instituir heredero (art. 421-20.2 CCCat). Y cabe, por último, entender que bien puede establecerse un fideicomiso en memorias testamentarias, que valen como codicilos, aunque con la limitación del 10% del caudal relicto (art. 421-21 CCCat).

En función de su objeto se distinguen dos tipos de fideicomisos. Se denominan fideicomisos de herencia o universales aquellos que tienen por objeto la propia herencia o cuota de ésta deferida al heredero fiduciario, o bien una masa de bienes genéricamente diferenciada que el fideicomitente haya adquirido como heredero de otra persona (art. 426-3.1 CCCat). Por el contrario, son fideicomisos particulares o singulares los que tienen por objeto el mismo legado deferido al legatario o una parte alícuota de éste (art. 426-3.2 CCCat). En el fideicomiso universal, fiduciario y fideicomisario son herederos del fideicomitente, mientras que en el fideicomiso particular, ambos tienen la condición de legatarios del fideicomitente.

De acuerdo con el artículo 426-3.3 CCCat, el fideicomiso impuesto al heredero que tiene por objeto bienes singulares, una universalidad de cosas, una empresa, un derecho de usufructo, aunque sea universal, o una parte alícuota de la herencia tiene la consi-

deración de legado, y el impuesto al legatario que tiene por objeto bienes singulares o partes de estos comprendidos en el legado, la de sublegado.

Por su parte, el artículo 426-13.1 CCCat dispone que «El fideicomiso se puede establecer expresamente o tácitamente». El fideicomiso expreso es el impuesto de forma explícita por el testador. En el tácito, por el contrario, la voluntad de ordenarlo debe inferirse claramente del contenido de la disposición (art. 426-13.2 CCCat). Está claro que en este último caso la voluntad del causante no deriva de actos concluyentes del mismo sino que, como en todos los actos de última voluntad, la voluntad tácita se deduce implícitamente de la disposición que lo establece. En ningún caso es preciso que en la ordenación de un fideicomiso se utilice este término ni que se diga que se desea una substitución fideicomisaria, sino que es suficiente con que con la voluntad expresada se describa el contenido de esta institución.

Pero el CCCat presume la existencia de fideicomisos incluso en algunas ocasiones en que no puede desprenderse claramente de la disposición la voluntad del causante de constituirlos. Las siguientes normas sucesorias obligan a atribuir este sentido a algunas disposiciones del causante, por imperativo legal:

– El artículo 431-27.4 CCCat: cuando en el heretamiento se pacta una reversión a favor de personas distintas al heretante, la reversión queda sometida a las reglas sobre herencia fideicomitada.

– El artículo 431-20.2 CCCat: cuando en un heretamiento mutuo se dispone que al morir el superviviente los bienes hagan tránsito a otras personas, la elección del heredero o herederos sucesivos puede encargarse al superviviente de acuerdo con lo que establecen los artículos 424-1 a 424-4.

– El artículo 423-4.1 CCCat, si se instituye otro heredero para después de muerto el heredero instituido de forma vitalicia, éste tiene carácter de heredero fiduciario, y el heredero posterior, el de substituto fideicomisario condicional.

– El artículo 423-5.2 CCCat, cuando el heredero instituido en usufructo no concurre con ningún heredero universal, pero se ha designado otro heredero para después de su muerte, tiene carácter de heredero fiduciario, y el heredero posterior, el de substituto fideicomisario condicional.

1.3 MODALIDADES Y DELACIÓN

Otra clasificación distingue los fideicomisos *a término* y las *condicionales*. En este sentido el artículo 426-4 CCCat establece que «los fideicomisos se pueden ordenar bajo término o bajo con-

dición, según que la herencia o legado fideicomitidos, o una cuota de ellos, se defieran al fideicomisario al acabar el término fijado o al cumplirse la condición ordenada por el fideicomitente. Los fideicomisos dispuestos para después de la muerte del fiduciario tienen el carácter de condicionales, salvando la voluntad contraria del causante».

De este modo se afirma que los fideicomisos a término tienen lugar cuando por voluntad del testador el gravamen fideicomisario debe operar en un momento cierto y determinado, en el que los bienes objeto del fideicomiso harán tránsito del fiduciario al fideicomisario. La delación a favor del fideicomisario es *certus an et certus quando*.

En los fideicomisos condicionales, el llamamiento del fiduciario está sometido a una condición resolutoria y como consecuencia de este hecho el llamamiento del heredero sucesivo o fideicomisario está bajo una condición suspensiva que, si se cumple, no tiene efectos retroactivos. La condición es un hecho *incertus an et incertus quando*. Por este motivo, si la condición no se cumple no llega a tener efecto la sustitución.

Asimismo, conviene explicar la razón por la que se entienden como condicionales, salvo voluntad contraria del testador, los fideicomisos dispuestos para después de la muerte del fiduciario. La muerte del fiduciario no es propiamente una condición sino un hecho *certus an et incertus quando*. Sin embargo, para la tradición jurídica catalana la disposición hecha a favor de una persona para después de la muerte del primer favorecido exige que el segundo sobreviva al primero, motivo por el cual se presume que se ordena bajo la condición de que el fideicomisario sobreviva al fiduciario.

Nótese que tanto el fideicomiso a término como el condicional contrarían el principio general del derecho sucesorio catalán *semel heres, semper heres*, de origen romano que todavía recoge el art. 423-12 CCCat que establece que quien es heredero lo es siempre y, en consecuencia, se tienen por no formulados en la institución de heredero la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio. La excepción se justificaba en su origen porque conseguía eludir la sucesión intestada y el deshonor que significaba morir intestado en Roma³. Hoy responde todavía a la regla de la incompatibilidad de la sucesión testada e intestada.

En Cataluña, tradicionalmente, la condición impuesta al fiduciario para que la herencia hiciera tránsito al fideicomisario era que aquél muriera sin dejar hijos o descendientes (*si sine liberis deces-*

³ Vid., GINER GARGALLO, *Ob. Cit.*, p. 534.

serit) o sin que estos llegaran a tener edad de testar (los llamados *hijos puestos en condición*); y en este caso se le gravaba con una restitución fideicomisaria a favor de sus hermanos o los hijos de aquéllos. Con ello se pretende conseguir el mantenimiento del patrimonio dentro de la familia.

Esta tradición se tiene en cuenta en las normas relativas a la interpretación de los fideicomisos; en concreto, el artículo 426-14.3 CCCat dispone que en caso de duda, se entiende que el fideicomiso es ordenado para después de la muerte del fiduciario y con carácter de condicional para el caso de que muera sin dejar hijos. Y de ahí, también, que la sustitución *si sine liberis decesserit* opere presuntivamente por mandato legal en el supuesto establecido en el artículo 426-15 CCCat que dispone que «si es impuesta expresamente o tácitamente al hijo o descendiente del fideicomitente la sustitución fideicomisaria a favor de una persona que no cumple dicha condición, se presume que el fideicomiso fue impuesto bajo la condición de que muriera el fiduciario sin dejar hijos o descendientes. Esta norma sólo es aplicada si el fiduciario carecía de descendencia al tiempo de disponerse el fideicomiso o si, en caso de tenerla, el fideicomitente ignoraba su existencia».

Otra sustitución condicional prevista expresamente por la ley es la impuesta al primer instituido en caso de morir abintestato. En este sentido el artículo 428-18 CCCat dispone que «la sustitución fideicomisaria que depende de la condición de que el fiduciario no otorgue testamento queda sin efecto cuando el heredero o el legatario otorguen testamento notarial, salvo que la voluntad del fideicomitente sea otra».

El fideicomiso se difiere en el momento en que vence el término o se cumple la condición a favor del fideicomisario inmediatamente llamado que no haya renunciado antes a su derecho. En el fideicomiso a término, la muerte del fiduciario antes del vencimiento del término anticipa la delación al momento de la muerte, salvo que la voluntad del fideicomitente sea otra (art. 426-6.2 CCCat). Y también el fiduciario puede anticipar la delación del fideicomiso renunciando a su derecho a favor del fideicomisario inmediatamente llamado y ceder a un tercero el simple aprovechamiento de los bienes fideicomitados hasta que venza el término. Aunque en caso de cesión, no queda exonerado de sus obligaciones y responde de los perjuicios que el cesionario cause al fideicomiso. Y es que la propia certeza del fideicomiso a término permite partir

de la base que el causante ha querido que en todo caso el fideicomisario acabe siendo favorecido.

Por el contrario, en el fideicomiso condicional, si el fiduciario muere antes del cumplimiento de la condición no anticipa la delación (art. 426-4 CCCat), ni tampoco el fiduciario no puede anticipar la delación del fideicomiso. Si renuncia a favor del fideicomisario, se entiende que solamente ha cedido el aprovechamiento. No obstante, lo puede ceder a favor del fideicomisario o de terceros, sujetándose a lo que se establece en el artículo 426-36.3 CCCat si el fideicomiso llega a ser efectivo a favor de una persona distinta del cesionario (art. 426-6 CCCat).

El testador puede disponer una sustitución vulgar en fideicomiso para el caso que el fideicomisario llamado no llegue a serlo efectivamente porque no pueda o no quiera (art. 426-7 CCCat). En el fideicomiso a término, la premoriencia del fideicomisario respecto del causante o fiduciario comporta la sustitución vulgar, pero si muere después del causante pero antes del cumplimiento del término opera el derecho de transmisión. En el fideicomiso condicional, en cambio, tanto si el fideicomisario muere antes del fideicomitente como si muere después pero sin que se haya cumplido la condición, operará la sustitución vulgar. La renuncia del fideicomisario comporta en todo caso la sustitución vulgar.

Siempre que el fiduciario llamado no llega a ser heredero o legatario por cualquier causa, opera en primer lugar la sustitución vulgar. A falta de sustitución vulgar, el fideicomisario pasa a ser fiduciario si hay fideicomisario posterior. Si no lo hay, pasa a ser heredero o legatario libre. En ninguno de estos casos hay derecho de transmisión (art. 426-8 CCCat).

1.4 CAPACIDAD PARA SER FIDEICOMISARIO

Fiduciario y fideicomisario deben cumplir los requisitos de capacidad necesarios para suceder al fideicomitente y los herederos sucesivos.

El fiduciario debe cumplir los requisitos generales de capacidad establecidos en el artículo 412-1 CCCat, de modo que, si se trata de un fideicomiso universal, debe haber nacido o estar concebido en el momento de la obertura de la sucesión y sobrevivir al causante, o haber sido concebido a partir de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores; pero si se trata de un fideicomiso singular, que tiene la consideración de legado (art. 426-3.3 CCCat), el fiduciario tam-

bién puede ser un no concebido (art. 427-2 CCCat). Las personas jurídicas deberán hallarse constituidas legalmente en el momento de la apertura de la sucesión (art. 412-2 CCCat).

Con relación a los requisitos de capacidad necesarios para ser fideicomisario, el artículo 426-5 CCCat establece con carácter general que «para que los fideicomisos sean efectivos es preciso que el fideicomisario haya nacido o esté concebido al ser deferido el fideicomiso a su favor». Y especifica después que «en el fideicomiso a término, el fideicomisario que vive o ha sido concebido cuando la herencia o el legado son deferidos al fiduciario adquiere su derecho al fideicomiso y este forma parte de la herencia por él relicta, aunque muera antes de deferirse la herencia o el legado fideicomitados a su favor. El testador puede excluir esta transmisibilidad. En los fideicomisos condicionales, si el fideicomisario muere antes de cumplirse la condición, aunque sobreviva al fideicomitente, no adquiere ningún derecho al fideicomiso. El fideicomitente puede disponer lo contrario, en cuyo caso se entiende que ha ordenado una sustitución vulgar a favor de los herederos del fideicomisario».

De este modo, y en tanto que la delación respecto el fideicomisario se produce, no a la muerte del fideicomitente, sino al cumplirse el término o la condición, el requisito de haber nacido o hallarse concebido se exige al tiempo de deferirse el fideicomiso a su favor. Y en consecuencia, por regla general, cuando el fideicomiso es condicional, si el fideicomisario muere antes de que se cumpla la condición, aunque sobreviva al fideicomitente, no adquiere ningún derecho al fideicomiso, y no transmite ningún derecho a sus herederos sobre el mismo. Por el contrario, si el fideicomiso es a término, el fideicomisario que ha nacido o está concebido cuando la herencia se defiere al fiduciario adquiere su derecho al fideicomiso y, si muere antes de la delación del fideicomiso pero sobrevive al fideicomitente, transmite a sus herederos el derecho al fideicomiso.

De acuerdo con el artículo 412-2 CCCat, también las personas jurídicas constituidas al tiempo de deferirse el fideicomiso o las ordenadas constituir por el causante tienen capacidad para ser fideicomisarias.

1.5 PLURALIDAD DE LLAMADAS Y LÍMITES DE LOS FIDEICOMISOS

En el fideicomiso intervienen como mínimo tres personas: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario. Pero pueden intervenir más de tres; de una parte, porque cabe una pluralidad de per-

sonas en cada una de estas posiciones porque se instituyan varios fiduciarios o varios fideicomisarios simultáneos; de otra, porque cabe el llamamiento de una pluralidad de fideicomisarios de forma sucesiva.

En el llamamiento sucesivo, la misma persona es fideicomisario respecto el llamado anterior y fiduciario respecto el fideicomisario siguiente, de modo que solamente el primero es exclusivamente fideicomisario y únicamente el último es exclusivamente fiduciario. Además, todos lo fideicomisarios son sucesores del causante fideicomitente, sin que entre ellos exista relación sucesoria.

Así, el artículo 426-9 CCCat dispone: «en los fideicomisos con pluralidad de llamadas de fideicomisarios sucesivos, la herencia o el legado fideicomitidos o la cuota de los mismos, se defiere nevemente, en el tiempo o el caso previsto por el testador, a favor del segundo fideicomisario que corresponda según el orden de llamamientos fijado por aquél, y así sucesivamente a favor del uno para después del otro, hasta el último fideicomisario, que queda libre. Si el fideicomisario no llega a hacer suyos, por cualquier causa, la herencia o el legado fideicomitidos, la delación fideicomisaria se reitera a favor del fideicomisario que sigue en orden, sin perjuicio de las sustituciones vulgares en fideicomiso que haya dispuesto el testador».

Con todo, la ley establece ciertos límites a la pluralidad de llamamientos sucesivos, dirigidos a evitar que los bienes sean amortizados para más de una generación, de acuerdo con las exigencias de una economía de mercado moderna y la función social de los recursos económicos.

En este punto, el artículo 426-10 CCCat dispone una regla general sobre los límites de los fideicomisos y otra de específica aplicable a la sustitución fideicomisaria de ámbito familiar.

El párrafo primero del artículo 426-10 establece que «El fideicomitente puede llamar sucesivamente al fideicomiso el número de fideicomisarios que quiera, siempre que se trate de personas vivas en el momento de su muerte. La eficacia de estos llamamientos excluye la de los llamamientos ulteriores a fideicomisarios no nacidos ni concebidos en el momento de la muerte del fideicomitente». De modo que no hay limitación alguna en los llamamientos si los fideicomisarios llamados han nacido o están concebidos en el momento de la apertura de la sucesión. Aquí, el límite se concreta en el propio carácter temporal de la vida humana.

En cambio, para el supuesto de que el fideicomitente llame fideicomisarios que todavía no hayan nacido en el momento de su muerte, solamente podrá ser efectivo un único llamamiento (art. 426-10.2 CCCat). En este caso cabe sólo el llamamiento suce-

sivo de dos personas: un fiduciario y un fideicomisario que efectivamente llegue a adquirir el fideicomiso. Aunque el fideicomitente puede nombrar más de un fideicomisario sucesivo en previsión de que cualquiera de los llamados no llegue a serlo. De este modo, en el fideicomiso no familiar, los límites se establecen en un solo llamamiento de persona no nacida, incompatible con la llamada de personas vivas. Es ésta una novedad que introduce el Libro Cuarto del CCCat con relación al CS, que admitía dos llamadas de fideicomisarios sucesivos, compatible con llamadas ilimitadas a favor de personas vivas al morir el causante.

En los fideicomisos familiares, o sea, aquellos en los que los fideicomisarios son descendientes, hermanos o sobrinos del fideicomitente, éste, además de hacer uso de la facultad a la que se refiere el apartado primero del artículo 426-10 CCCat (llamar a cuantos fideicomisarios vivos al tiempo de su muerte desee), puede llamar sucesivamente al fideicomiso personas que no pasen de la segunda generación, sin limitación en el número de llamamientos. A estos efectos se entiende por primera generación la de los hijos o sobrinos del fideicomitente (art. 426-10.3 CCCat).

Cuando el fiduciario es una persona jurídica, el fideicomiso tiene una duración máxima de treinta años (art. 426-10.4 CCCat). Esta es otra novedad que introduce el Libro Cuarto CCCat con el fin de limitar los efectos del fideicomiso en un supuesto en que no quedan limitados por la vida del fiduciario ya que las personas jurídicas no mueren.

Los llamamientos que sobrepasen los límites establecidos se consideran no hechos (art. 426-10.5 CCCat).

1.6 FIDEICOMISOS DE ELECCIÓN Y DE DISTRIBUCIÓN

El artículo 426-11 CCCat se ocupa de estos fideicomisos y proporciona unas reglas para resolver la elección del fideicomisario en el primer caso o la distribución de la herencia entre varios fideicomisarios, en el segundo, que debe efectuar el fiduciario. Es este sentido establece que «si el causante atribuye al fiduciario la facultad de elegir el fideicomisario entre personas que designa por sus nombres o circunstancias, o que forman un grupo determinado, o la de distribuir la herencia entre los fideicomisarios, se deben observar sus disposiciones y, supletoriamente, las reglas siguientes:

a) La elección puede recaer en una, diversas o todas las personas designadas, pero, si se trata de hijos, el fiduciario solamente puede escoger nietos que sean hijos de un hijo premuerto.

b) Si elige diversos fideicomisarios, les puede fijar cuotas iguales o desiguales; si no lo hace, lo son por partes iguales.

c) No se pueden imponer al elegido condiciones, prohibiciones de disponer u otros modos, fideicomisos ni ninguna otra carga o limitación, pero le pueden ser ordenadas sustituciones vulgares a favor de otros designados.

d) La elección se debe hacer personalmente en testamento, codicilo o pacto sucesorio, en que se debe expresar que se hace uso de la facultad de elegir, sin que sea admisible delegarla ni encomendarla a un apoderado. La elección se puede hacer también por acto entre vivos, en una escritura pública, que es irrevocable, sin perjuicio de la facultad de nombrar a otro fideicomisario si el nombrado muere o renuncia antes de deferirse el fideicomiso.

e) Si en la herencia propia el fiduciario ha nombrado heredero alguno o algunos de los fideicomisarios, a falta de elección o distribución expresa, se entiende que la elección o la distribución se hace a favor de estos.

f) Si no se ha efectuado ni la elección ni la distribución, los elegibles son fideicomisarios por partes iguales».

1.7 LA EXTINCIÓN DE LOS FIDEICOMISOS

De acuerdo con el artículo 246-12 CCCat los fideicomisos se extinguen en los siguientes casos:

a) Cuando no queda ningún fideicomisario con derecho al fideicomiso, ni por vía de sustitución vulgar. En este caso, el fideicomisario se convierte en heredero o legatario libre. Aquí se incluyen los siguientes supuestos: que el fideicomiso se defiera al último fideicomisario designado, éste es el supuesto de extinción normal que se ajusta a la voluntad del causante; que todos los fideicomisarios premueran al fideicomitente; que todos los fideicomisarios mueran antes de que se cumpla la condición; o que ninguno de ellos reúna los requisitos que el causante le exija para adquirir el derecho.

b) Al llegar a las llamadas de fideicomisarios que ultrapasen los límites legales permitidos. Las siguientes llamadas se tienen por no hechas y por tanto el fideicomiso se extingue porque ya no hay más fideicomisarios llamados.

c) Si todos los posibles fideicomisarios renuncian a su derecho, también se extingue el fideicomiso.

d) En los fideicomisos condicionales, si se incumple la condición, se consolida el derecho del fideicomisario que pasa a ser heredero o legatario libre.

Cuando el fideicomiso se extingue de acuerdo con las previsiones del causante del ulterior fideicomisario llamado, es éste quien se convierte en heredero o legatario libre. Por el contrario, cuando la causa de extinción es otra de las señaladas, es el fiduciario quien se convierte en heredero o legatario libre.

2. LA INTERPRETACIÓN DE LOS FIDEICOMISOS

Los artículos 426-13 a 426-19 CCCat contienen una serie de disposiciones dedicadas a la interpretación de los fideicomisos. Son las siguientes:

1) Cuando se duda sobre si el testador ha ordenado un fideicomiso o ha formulado una recomendación o un simple ruego, se entiende esto último (art. 426-14.1 CCCat). Aunque ya advertía O'Callaghan⁴ con relación a la norma de idéntico contenido del derogado artículo 169.1 CDCC, que tiene un escaso margen de aplicación, pues para que sea efectiva es necesario que el fideicomiso no sea expreso, que tampoco pueda interpretarse como instituido tácitamente, que no lo imponga la ley en virtud de normas interpretativas y que aún así existan dudas sobre si se ha querido ordenar un fideicomiso o no.

2) De otro lado, si se duda sobre si la sustitución es vulgar o fideicomisaria, se presume que la sustitución es vulgar (art. 426-14.2 CCCat). Así se interpreta la voluntad del causante en un sentido más favorable a la libertad de disponer de los bienes y más favorable al heredero.

3) Y aún si se duda si el causante ha ordenado el fideicomiso bajo condición o término o qué tipo de condición ha impuesto se entiende que el fideicomiso se ordena para la muerte del fiduciario y con carácter de condicional para el caso de que muera sin dejar hijos (art. 426-14.3 CCCat). Ésta es la interpretación que menos perjuicios le ocasiona al primer llamado que goza de los bienes durante toda su vida y solamente los transmite al fiduciario si muere sin tener hijos. También reproduce el contenido de la mayoría de fideicomisos constituidos en Cataluña.

⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «Comentario a los artículos 162 a 216 de la CDCC» en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIX-1, 2.ª ed. Edersa, Madrid, 1978, p. 93.

De este modo el artículo 426-14 CCCat establece la regla «*in dubium contra fideicomissum*» con tres restricciones: la que niega la existencia del fideicomiso a favor de la recomendación o ruego; la que presume la substitución vulgar antes que el fideicomiso; y la que reconoce, si acaso, un fideicomiso condicional.

4) Si se impone expresa o tácitamente a un hijo o descendiente del fideicomitente un fideicomiso a favor de una persona que no es hijo o descendiente, se presume que se ha ordenado bajo la condición que el fiduciario muera sin dejar hijos o descendientes, siempre que el fiduciario no tuviera descendientes en el momento de la ordenación del fideicomiso o si, teniéndolos, el fideicomitente ignorara su existencia (art. 426-15 CCCat). En primer lugar, esta norma también trata de favorecer al hijo o descendiente que podrá gozar de todos los bienes durante toda su vida, y aun de favorecer a los hijos o descendientes sobrevivientes de este primer llamado, recogiendo la institución tradicional de los hijos puestos como condición, que se fundamenta en la idea de que el causante no desea que los bienes salgan de la familia de donde provienen.

5) La condición puesta al fiduciario de no tener hijos se considera cumplida si tiene pero no le sobreviven, salvo que la voluntad expresa del fideicomitente sea otra (art. 426-16 CCCat). Por tanto, y salvo que el causante disponga otra cosa, hay que entender que no es preciso que el hijo del fiduciario le sobreviva para que se considere incumplida la condición, de forma que pasa a ser heredero libre a partir del momento en que tiene un hijo y que el fideicomisario sólo recibe la delación en el caso a la muerte del fiduciario si muere sin haber tenido hijos. Esta norma es contraria a la que establecía el derogado artículo 174.3 CDCC que ordenaba que se manifestara expresamente la voluntad de que no existiera fideicomiso si los hijos no sobrevivían al fideicomisario, pero consecuente con el principio general contrario al fideicomiso. Aunque, de acuerdo con el principio de no discriminación por razón de filiación, por hijos debe entenderse, tanto los matrimoniales como los no matrimoniales como los adoptivos, el TSJC ha interpretado en más de una ocasión que debían excluirse los hijos adoptivos en la cláusula «hijos legítimos» con base en la interpretación de la voluntad del causante teniendo en cuenta la realidad social al tiempo de ordenarse la substitución. Así, en Sentencias de 19/7/1993⁵ y 22/1/2004⁶.

6) En los fideicomisos ordenados para el caso de que el fiduciario muera sin dejar hijos, estos no se consideran fideicomisarios si no son llamados expresamente como tales o como sustitutos vul-

⁵ STSJC de 19 de julio de 1993, RJ 1994/2851.

⁶ STSJC de 22 de enero de 2004, RJ 2004/1037.

gares en fideicomiso, salvo que la voluntad del fideicomitente sea otra (art. 426-17 CCCat). Esta norma aplica la máxima romana *positus in condicione non positus in substitutione*⁷, de modo que los hijos puestos en condición no se consideran fideicomisarios, si no manifiesta otra cosa el causante. De nuevo se trata de una aplicación del principio *in dubium contra fideicomissum*.

7) La substitución fideicomisaria que depende de la condición que el fiduciario no otorgue testamento queda sin efecto cuando el heredero o legatario otorguen testamento notarial, salvo que la voluntad del fideicomitente sea otra (art. 426-18 CCCat). La condición se incumple, y por tanto no ha lugar a la substitución fideicomisaria, desde el momento en que el fiduciario otorga testamento y ello aunque después otorgue otro testamento puramente revocatorio del primero⁸. Para el caso de que al ordenar el causante este fideicomiso condicional, el fiduciario hubiera otorgado ya testamento y el causante tuviera conocimiento de ello, la condición se tendría por no puesta. El testamento al que se refiere esta norma es el notarial, abierto o cerrado. No tiene, en cambio, los mismos efectos el testamento hológrafo porque su régimen de eficacia y validez comportaría una inseguridad jurídica no deseable.

8) El fideicomiso impuesto a un coheredero o a un colegatario no se extiende a la cuota de herencia o legado que le correspondan por substitución vulgar, pero sí a las que reciba por el derecho a acrecer (art. 426-19.1 CCCat). Y es que el heredero fiduciario adquiere la herencia o legado por substitución con las cargas impuestas al substituido, porque lo substituye con las mismas condiciones, y estas cargas no afectan a la parte que le corresponde como heredero o legatario. El fideicomiso sí se extiende a la porción hereditaria que corresponda al fiduciario por derecho de acrecer, y ello porque lo más coherente es que todo lo que recibe como heredero del causante lo reciba con los mismos gravámenes, pero sobre todo, porque se parte de una llamada conjunta y lo más probable es que el gravamen ya existiera, de modo que no se trata tanto de que el gravamen se extienda a la cuota que se recibe por el derecho a acrecer sino que ya existía también sobre la misma.

9) El fideicomiso impuesto al heredero no se extiende al prelegado ordenado a favor suyo, ni éste a aquél (art. 426-19.2 CCCat). Y ello porque las llamadas a la herencia y al legado son completamente independientes entre sí.

⁷ Vid. BORRELL SOLER, *Derecho Civil Vigente en Cataluña*, Tomo V, Bosch, Barcelona, 1944, pp. 124 y ss.

⁸ En el mismo sentido O'CALLAGHAN, *Ob. Cit.*, p. 54.

3. LOS EFECTOS DEL FIDEICOMISO MIENTRAS ESTÁ PENDIENTE

Hay que tener presente que la sucesión fideicomisaria implica siempre la sucesión vulgar (art. 425-3.2 CCat), de modo que si tras la apertura de la sucesión el fiduciario no llega a ser heredero porque no puede (premorienza o incapacidad), o porque no quiere (renuncia), el sustituto fideicomisario puede adquirir la herencia como sustituto vulgar del heredero fiduciario, siempre que el fideicomitente no haya dispuesto otra cosa.

Cuando el fiduciario adquiere la herencia mediante la aceptación, durante el transcurso del plazo o pendencia de la condición, ocupa la posición de heredero o legatario respecto los bienes fideicomitados. Sin embargo, no se trata de un heredero libre, porque la ley le impone determinadas obligaciones para salvaguardar los derechos de los fideicomisarios.

3.1 OBLIGACIONES Y DEBERES DEL FIDUCIARIO

La ley impone al fiduciario las obligaciones de hacer inventario de los bienes y prestar garantía, así como otra serie de concretas obligaciones respecto a los bienes fideicomitados; todas ellas al servicio de las funciones obligadas que le corresponden de conservación y administración de estos bienes.

3.1.1. *La toma de inventario*

De acuerdo con el artículo 426-20.1 CCCat, «El fiduciario deberá tomar inventario de los bienes de la herencia o del legado fideicomitados»

El inventario determina y especifica de forma fehaciente el contenido del caudal fideicomitado, mediante la enumeración de los bienes y derechos que quedan sujetos al gravamen restitutorio, con la finalidad de garantizar la conservación de la forma y substancia de los bienes fideicomitados a favor del fideicomisario. La realización del inventario es además un requisito necesario para la detracción de la cuarta trebeliánica (art. 426-31.3 CCCat). Y también redundo en beneficio del fiduciario, pues el fiduciario universal que ha tomado inventario en tiempo y forma responde de las deudas del causante de acuerdo con el régimen de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario (art. 426-25 CCCat).

El inventario se debe cerrar en el plazo de seis meses a contar desde el momento en el que el fiduciario conoce o puede conocer razonablemente que le ha sido deferido el fideicomiso. Se debe formalizar notarialmente o judicialmente, y en él se deben reseñar los bienes relictos y su valor al abrirse la sucesión y las deudas y las cargas hereditarias, con la indicación de su importe. Debe abarcar todos los bienes y deudas integrantes del patrimonio fideicomitado e individualizar cada elemento con una descripción detallada de su situación fáctica y jurídica. Los bienes se valorarán al tiempo de abrirse la sucesión (art. 426-20.1.2 CCCat).

El inventario no se considera tomado en forma si se ha elaborado en fraude de los fideicomisarios, y el fiduciario pierde el derecho a la cuarta trebeliánica (art. 426-20.3 CCCat).

Para formar el inventario no es preciso citar a ninguna persona, pero pueden intervenir los fideicomisarios que lo soliciten (art. 426-20.4 CCCat).

Los gastos de formalización del inventario son a cargo de la herencia o legado fideicomitados (art. 426-20.1 CCCat), pero la obligación de tomar inventario no es dispensable por el fideicomitente⁹.

3.1.2 *La prestación de garantía*

El artículo 426-21.1 CCCat establece que el fiduciario debe prestar garantía suficiente y a su cargo para asegurar los bienes muebles fideicomitados, con excepción de aquellos bienes que no son susceptibles de desaparición o enajenación, o se encuentren en depósito o inversión. La obligación de prestar caución desaparece cuando los fideicomisarios son hermanos o hijos del fiduciario, salvo que el testador la haya impuesto.

Esta obligación solamente garantiza la restitución de los bienes fideicomitados, por este motivo únicamente se exige respecto de los bienes susceptibles de desaparición o enajenación, que son los bienes muebles que no sean objeto de depósito o inversión. Por contra, la garantía de la indemnización de los daños que puedan haber sufrido estos bienes se regula en el artículo 426-23 CCCat.

Se dispensa al fiduciario de la prestación de esta garantía si los fideicomisarios inmediatos son hijos o hermanos suyos, siempre que no exista indicación contraria del causante. También el fideico-

⁹ En el mismo sentido RUBÍ I PUIG, Antoni y PIÑEIRO SALGUERO, José, «*Comentari als arts. 426-20 a 426-21 CCCat*» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 582.

mitente puede dispensar al fiduciario de la obligación de prestar garantía (art. 426-21.4 CCCat).

La garantía debe ser preferentemente de carácter real, hipotecaria o pignoratícia y sólo subsidiariamente podrá ser personal. Respecto de la garantía hipotecaria existe una remisión al artículo 569-41 CCCat que establece que hay que fijar una cantidad máxima de responsabilidad de los fiduciarios en garantía de los bienes muebles fideicomitidos, de la indemnización por los daños y perjuicios causados por los fiduciarios a dichos bienes y de las costas. Y que, a falta de acuerdo entre fiduciario y fideicomisario sobre la prestación y el importe de la hipoteca, los fideicomisarios pueden acudir al procedimiento que establece la legislación hipotecaria para exigir la constitución de las hipotecas legales.

En defecto de garantía real y personal, se procederá al depósito de los bienes muebles fideicomitidos que se habían de garantizar, con la excepción de los que sean necesarios al fiduciario para el uso propio o de su familia, para la explotación de los bienes del fideicomiso o para el ejercicio de la profesión u oficio que ejerza el fiduciario (art. 426-21.2 CCCat).

La no prestación de caución no comportará en ningún caso que el fideicomiso se someta a administración, salvo cuando el fiduciario disipe o dañe gravemente los bienes fideicomitidos, según establece el artículo 426-23.2 CCCat. Ésta es otra novedad respecto a lo que disponía el derogado artículo 207 CS, que si contemplaba que la no prestación de caución comportara la puesta en administración de los bienes fideicomitidos.

3.1.3 *Obligaciones respecto a los bienes fideicomitidos*

Además de los deberes de realizar inventario de los bienes de la herencia o legado fideicomitidos y de prestar garantía suficiente de los bienes muebles susceptibles de desaparición o enajenación, al fiduciario le corresponden también, respecto a los bienes fideicomitidos, las obligaciones que recoge el artículo 426-22.1 CCCat.

El fiduciario está obligado respecto a los bienes fideicomitidos a:

a) Inscribir el título sucesorio correspondiente en el Registro de la Propiedad, insertando literalmente la cláusula fideicomisaria. Lógicamente esta obligación sólo será exigible en el supuesto de que en el fideicomiso existan bienes inmuebles o derechos inscribibles en el Registro de la Propiedad. Con ello se trata de evitar el perjuicio que los herederos fideicomisarios sufrirían en caso de transmisión a terceros de buena fe de los bienes fideicomitidos (arts. 32 y 34 LH).

b) Invertir el dinero relicto sobrante, o el que se obtenga después, en depósitos bancarios o en bienes prudencialmente seguros. Es una garantía lógica impuesta por las características del dinero, susceptible de fácil desaparición.

c) Depositar sin demora, en un establecimiento legalmente autorizado los valores mobiliarios y los otros activos financieros, haciendo constar en el resguardo su condición de fideicomitidos, y, en el caso de valores anotados en cuenta, acreditar ante la entidad gestora que son objeto de un fideicomiso, para que se practique la inscripción correspondiente en el registro contable.

A salvo de disposición contraria del testador, el fiduciario puede sustituir el cumplimiento de las obligaciones de invertir el dinero relicto y de depositar los valores mobiliarios y otros activos financieros, por una fianza suficiente, que no queda dispensada aunque los fideicomisarios inmediatos sean hijos o hermanos suyos. Si el fiduciario opta por la fianza, puede dar al dinero o a los valores sujetos a fideicomiso la destinación que estime conveniente (art. 426-22.2 CCCat).

La fianza que contempla este precepto garantiza precisamente los bienes que por su naturaleza (son objeto de depósito o inversión), en principio, no exigían la prestación de la garantía a la que se refiere el artículo anterior (art. 426-21.1 CCCat), pero sí la que contempla éste cuando cambia su destinación. En este caso, se establece expresamente que la garantía no es dispensable, y a diferencia de la anterior, no se dispone que deba ser preferentemente real, y ello a pesar de que pueden tratarse de cantidades importantes¹⁰.

Los gastos ocasionados por el cumplimiento de las obligaciones de invertir el dinero relicto sobrante y de depositar los valores mobiliarios y otros activos financieros son a cargo de la herencia o del legado fideicomitidos, y los de prestación de la fianza opcional, a cargo del fiduciario (art. 426-22.3 CCCat).

d) Y, claro está, corresponden también al heredero fiduciario la conservación y administración de los bienes fideicomitidos, pues hasta que venza el término o se cumpla la condición es un verdadero heredero. En este sentido, el artículo 426-28 CCCat establece que son funciones obligadas del fiduciario de las responde personalmente con la diligencia que ha de emplearse en los propios asuntos, que es la diligencia de un buen padre de familia. Este modelo de diligencia no profesional –*quam suis*– no permite exigir

¹⁰ En la misma línea, YSAS SOLANES, María «Comentari als arts. 426-23 a 426-25 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 592.

responsabilidad al fiduciario cuando su gestión sea diligente aunque desafortunada y produzca pérdidas.

Corresponde al heredero fiduciario el cobro y el pago de los créditos y las deudas a favor o a cargo de la herencia fideicomitada, la cancelación de las garantías y el pago a su costa de los gastos ordinarios de conservación y administración de los bienes. Aunque los patrimonios que deben satisfacer estos gastos varían en función de si se trata de gastos ordinarios o extraordinarios: en el primer caso corren a cargo del fiduciario; y en el segundo, a cargo de los bienes fideicomitados.

Los gastos ordinarios son los indispensables para mantener los bienes fideicomitados en estado de poder cumplir con su función o continuar con su destinación, incluidos aquellos necesarios para el buen rendimiento y productividad óptima del bien. Lógicamente el fiduciario debe cargar con estos gastos porque también hace suyos los frutos y las rentas de los bienes fideicomitados. (art. 426-26.1 CCCat).

Los gastos extraordinarios de conservación o refacción y otras cargas análogas, los satisfará el fiduciario a cargo del fideicomiso. Son gastos extraordinarios los que sobrepasan los usuales para mantener el bien en un estado adecuado, aun cuando pudieren resultar necesarios para evitar su deterioramiento, o los que impliquen un cambio en la destinación económica del bien ¹¹.

e) Por último, con relación a la gestión procesal del patrimonio fideicomitado, establece el artículo 426-30 CCCat que el fiduciario debe ejercitar las acciones que deriven de su deber de conservar y administrar diligentemente la herencia al legado fideicomitados. Siendo así, la inactividad del fiduciario comporta responsabilidad por los perjuicios a que pueda ocasionar.

El resultado perjudicial sobre los bienes fideicomitados de las sentencias y otras resoluciones dictadas en procedimientos o expedientes en los que haya tenido intervención el fiduciario, los laudos recaídos en arbitrajes a los que se haya sometido y las transacciones que haya convenido no afectan, en principio, al fideicomisario, porque el ejercicio de estas pretensiones por parte del fiduciario se asimila a los actos de disposición. Sin embargo, decae la indemnidad del fideicomisario: cuando ha sido citado o ha intervenido en el proceso; cuando lo ha asentido o autorizado, asumiendo de este modo su resultado; cuando la decisión es favorable al fideicomiso; cuando hace referencia a actos que puede realizar por sí solo el

¹¹ En el mismo sentido, FLORENSA I TOMAS, Carles Enric «Comentari als arts. 426-27 a 426-30 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 630.

fiduciario; y cuando se cumplen las normas relativas a la disposición de los bienes fideicomitidos, entre las que se cuentan la autorización del fideicomitente o de terceras personas prevista en el artículo 426-37 CCCat, la que faculta al fiduciario a realizar actos dispositivos notificándolos a los fideicomisarios (art. 426-38 CCCat), los supuestos de autorización judicial (art. 426-40 CCCat); y los actos dispositivos que cuentan con la autorización del fideicomisario (art. 426-41 CCCat).

3.2 FACULTADES DEL FIDUCIARIO

En el CCCat el fiduciario tiene la condición de propietario, por ello, en primer lugar, el fiduciario tendrá el uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y de sus subrogados y accesiones. También hará suyas las rentas y los frutos y gozará de todos los demás derechos que la ley atribuye al propietario, aunque todo lo que adquiera que no sean frutos o rentas, quedará incorporado al fideicomiso (art. 426-26.1 CCCat). Así:

a) En tanto que propietario de los bienes fideicomitidos, corresponden al fiduciario los derechos de uso y disfrute de los bienes fideicomitidos y las facultades residuales que no se han atribuido a terceras personas por ley o por título (art. 541-1 CCCat), si bien estas facultades deben ejercitarse dentro de los límites que se establecen para el fideicomiso (art. 541-2 CCCat).

b) El fiduciario es propietario libre y definitivo de los frutos que generan los bienes fideicomitidos y, en cambio, los bienes que se adquieran y no tengan este carácter, como las accesiones, se incorporan al fideicomiso.

Con relación a los bosques, no se consideran frutos las talas que excedan los límites de una explotación racional (art. 426-26.2 CCCat). La cuestión puede suscitarse con relación a dónde situar los límites de una explotación racional. Puede ayudar a resolver esta cuestión la aplicación analógica de las normas sobre usufructo de bosques, contenidas en los artículos 561-25 CCCat y siguientes¹².

Con relación a las acciones y participaciones sociales, el artículo 426-26.3 CCCat, adopta una solución que no contenía el CS; se trata del criterio sentado por la STSJC de 19/7/1993¹³ en el sentido

¹² En el mismo sentido, LLOBET AGUADO, Josep «Comentari als arts. 426-26 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 611.

¹³ STSJC, de 19 de julio de 1993, RJ 1994/2851.

de que: *a)* el fiduciario hace suyos los dividendos acordados por la sociedad mientras dura el fideicomiso y ejerce todos los derechos que la ley y los estatutos sociales reconocen a los socios; *b)* en caso de aumento de capital, se incorporan al fideicomiso las nuevas acciones y participaciones liberadas o suscritas en ejercicio de derechos de suscripción preferente y los importes obtenidos por la enajenación de estos derechos; y *c)* el fiduciario debe suministrar a los fideicomisarios que lo soliciten toda la información que tenga como socio relativa a los acuerdos sociales.

c) Otra facultad del fiduciario consiste en poder mejorar los bienes fideicomitidos (art. 426-29.1 CCCat). Al deferirse el fideicomiso, el fiduciario o sus herederos podrán optar por retirar las mejoras cuando con ello no se perjudiquen los bienes fideicomitidos o por exigir su importe, salvo, en ambos casos, que el fiduciario las haya financiado en la forma en que permite el artículo 426-38 CCCat, esto es, con cargo en la herencia o legado fideicomitado. El patrimonio que la ha financiado, recupera de este modo, la inversión efectuada en los bienes fideicomitidos y ello –como ya sucedía en el CS, pero no en la CDCC que descartaba el resarcimiento de dichas mejoras, *Vid.* STSJC 21/6/1999¹⁴– con independencia de si la mejora es o no suntuaria. En caso de que el fideicomisario no satisfaga el total del importe de las mejoras, el fiduciario o sus herederos pueden ejercitar el derecho de retención de los bienes fideicomitidos (art. 426-48 CCCat).

d) Asimismo, el fiduciario puede alterar la sustancia de las cosas, siempre que no disminuya su valor. Así lo establece el artículo 426-29.2 CCCat. Esta facultad responde a la voluntad de favorecer la administración dinámica de los bienes fideicomitidos, aunque se encuentra sujeta a las limitaciones propias de la institución del fideicomiso. La alteración de la substancia de la cosa supone, ya una modificación de la estructura material y las cualidades formales originales del bien, ya un cambio de destinación económica del mismo¹⁵.

e) El fiduciario también puede pedir la partición de la herencia y la división de la cosa común, de acuerdo con el artículo 426-27 CCCat.

f) Puede disponer de los bienes fideicomisos con las limitaciones establecidas en los artículos 426-36 y ss.

¹⁴ STSJC, de 21 de junio de 1999, RJ 2000/8028.

¹⁵ En este sentido, PIUG FERRIOL, Lluís y ROCA TRIAS, Encarna, *Institucions del dret civil de catalunya, Vol III. Dret de successions*, 7.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 323.

g) Cuando se cumplen los requisitos exigidos por la ley, el fiduciario puede detraer la cuarta trebeliánica (arts. 426.31 y ss CCCat).

3.3 FACULTADES DEL FIDEICOMISARIO

Durante la fase de pendencia del fideicomiso, el fideicomisario tiene un derecho a adquirir la herencia o el legado fideicomitado, del que puede disponer. Por ello, mientras el fideicomiso no sea deferido al fideicomisario, éste puede enajenar, gravar o renunciar y señalar a embargo su derecho de adquirir la herencia o el legado fideicomitados (art. 426-35.1 CCCat).

El del fideicomisario no es un derecho actual sobre los bienes fideicomitados sino un derecho eventual que a la delación del fideicomiso se concretará en unos bienes determinados. En este sentido, dispone el artículo 426-35.2 CCCat que la enajenación, el gravamen o el embargo se deben limitar a los bienes que correspondan al fideicomisario al deferirse el fideicomiso. Y también por este motivo el fideicomisario no goza de ninguna acción o derecho sobre los bienes fideicomitados, sino solamente de acciones dirigidas a proteger su derecho (art. 426.23 CCCat).

La naturaleza jurídica del derecho del fideicomisario varía en función de si la delación fideicomisaria se sujeta al cumplimiento de un término o de una condición. En el primer caso, es seguro que llegado el término se producirá la delación a favor del fideicomisario (que no ha renunciado), de forma que su situación es más cierta, porque goza de un derecho subjetivo, que en la delación sujeta a condición. En este segundo caso, puede suceder que la condición no se cumpla y que nunca llegue a producirse la delación a favor del fideicomisario, de modo que éste goza solamente de una expectativa de derecho durante la etapa de pendencia del fideicomiso.

La principal consecuencia de esta distinta posición jurídica se concreta en los diversos efectos que tiene la disposición de los derechos sobre los bienes fideicomitados por parte del fideicomisario, y se establece en el artículo 426-35.3 CCCat, que dispone que «si en la substitución condicional no se llega a deferir el fideicomiso, los actos a que hacen referencia los apartados 1 y 2 quedan sin efecto». Y es que, cuando el fideicomiso se halla sujeto a término, la substitución se produce necesariamente y de esta forma los actos que tienen como objeto el derecho subjetivo a término sobrevienen plenamente eficaces. Por el contrario, cuando la substitución es condicional, puede pasar que la condición se cumpla con los mismos efectos que el cumplimiento del término, o que no se cumpla,

y en este caso el incumplimiento de la condición, que implica que el fideicomisario finalmente no adquiere ningún derecho sobre la herencia o legado fideicomitidos produce, naturalmente, la ineficacia de todos los actos de disposición sobre este derecho.

También antes de la delación fideicomisaria el heredero fideicomisario se halla facultado para ejercitar las acciones y medidas adecuadas para proteger su expectativa hereditaria. El artículo 426-23 CCCat enumera las facultades que asisten a los fideicomisarios para proteger su derecho. Así:

1) Cualquier fideicomisario puede exigir en todo momento el cumplimiento de las obligaciones que se imponen al fiduciario. Así, las de tomar inventario, prestar garantía, y las derivadas de la administración y conservación de los bienes fideicomitidos.

2) Si el fiduciario pone en peligro, disipa o daña gravemente los bienes fideicomitidos, el fideicomisario le puede exigir garantía suficiente en seguridad del pago de la indemnización de los daños y perjuicios causados. Si se trata de un fideicomiso a término, el fideicomisario puede optar entre exigir la prestación de garantía o el tránsito inmediato de los bienes fideicomitidos, y para el caso de que este tránsito no sea posible o se trate de un fideicomiso sometido a condición, si el fiduciario no presta garantía, el fideicomisario puede pedir a la autoridad judicial que nombre un administrador.

3) Durante el periodo de pendencia del fideicomiso, los fideicomisarios pueden pretender la declaración judicial de su derecho o del carácter fideicomitado de los bienes.

4) Los fideicomisarios pueden, asimismo, impugnar judicialmente los actos de disposición otorgados por el fiduciario, aunque mientras no se defiera el fideicomiso, las sentencias que estimen la pretensión de impugnación únicamente se pueden ejecutar en la medida necesaria para salvaguardar inmediatamente los intereses de los fideicomisarios.

5) Por último, los fideicomisarios pueden exigir al fiduciario información sobre el estado de los bienes sujetos al fideicomiso si existen motivos para suponer que se están poniendo en peligro.

Con relación a los fideicomisarios no nacidos ni concebidos, el artículo 426-24 CCCat dispone que las medidas de protección de sus intereses reguladas en el artículo 426-23.1 CCCat corresponden a las personas que serían sus ascendientes más próximos que vivan y, en su falta, y también si hay conflicto de intereses con todos ellos o si la personalidad de los posibles fideicomisarios solamente es determinable para algún evento futuro, a un curador. En este caso, el curador puede ser nombrado por el fideicomitente

o por la autoridad judicial. Así, el fideicomitente, al ordenar el fideicomiso o en testamento o codicilo posterior, puede nombrar uno o diversos curadores y sus suplentes. A falta de esta previsión, corresponde nombrarlo a la autoridad judicial, de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 426-23.2 CCCat). El cargo de curador se rige por las normas de los albaceas particulares y subsiste en cada sucesión mientras persista la situación que lo ha originado (art. 426-23.3 CCCat). En todo caso, el curador, para ejercer sus facultades, debe actuar con autorización judicial previa. Los gastos que ocasione su actuación y, en su caso, su nombramiento judicial son a cargo del fideicomiso (art. 426-23.4 CCCat).

3.4 PARTICIÓN DE LA HERENCIA Y DIVISIÓN DE COSA COMÚN

En algunos casos, el gravamen fideicomisario no afecta la totalidad de la herencia. A ellos se refiere el artículo 426-27.1 CCCat que establece que «los herederos fiduciarios de cuota de herencia pueden pedir la partición y practicarla eficazmente con los otros coherederos sin necesidad de que intervengan los fideicomisarios, siempre que se trate de un puro acto particional. De otro modo, habrán de atenerse a lo que establece el artículo 426-40. Los fideicomisarios pueden concurrir a la partición y la pueden impugnar si se hace en fraude de sus derechos».

La naturaleza no dispositiva del acto de partición «puro» legitima al fiduciario a pedirla y practicarla junto con el resto de coherederos y hace innecesaria la presencia de los fideicomisarios para su eficacia, igual que sucede con los acreedores de los comuneros en la división de la cosa común (art. 552-12.3 CCCat). Pero si el acto de partición se aproxima a un acto de disposición, se exigen los mismos requisitos que para la validez de los actos de disposición de bienes libres de fideicomiso. Ello sucede cuando la partición va más allá de la adjudicación de bienes de la herencia a los coherederos, porque la formación de lotes entre ellos comporta transmisiones, disposiciones o ingresos de bienes ajenos a la herencia; y cuando todos los bienes se concentran en una o varias cuotas a cambio de compensaciones en metálico o se substituye por dinero la cuota fideicomitada¹⁶. En estos casos, para la validez de la partición se exige que el fideicomitente lo haya previsto; a falta de tal previsión, que el juez competente lo autorice previamente o que, alternativamente a la autorización, y si ya no pueden haber más fideicomisa-

¹⁶ Vid. O'CALLAGHAN, ob. cit, pág. 279.

rios llamados que los que viven y sus descendientes, los que fueran inmediatamente llamados presten su consentimiento.

En todo caso, los fideicomisarios pueden concurrir a la partición y pueden impugnarla si se hace en fraude de sus derechos, de igual modo que los acreedores de los cotitulares pueden concurrir e impugnar la división de la comunidad ordinaria indivisa (art. 552-12.3 CCCat). La acción de impugnación de la partición es de naturaleza rescisoria y tiene, así, un plazo de caducidad de cuatro años (art. 464-13 CCCat). Aunque resultaría absurdo sujetarla al requisito de la lesión en más de la mitad de la cuota fideicomitada, porque ello llevaría a que cuando no llegara a esta proporción habría que esperar a la delación del fideicomiso para poder impugnar el fraude sin esta limitación cuantitativa¹⁷.

Lo dispuesto anteriormente será también aplicable a la división de cosa común, si alguna participación indivisa estaba gravada de fideicomiso (art. 426-27.2 CCCat). Es el caso en el que alguno o algunos de los partícipes tenga la condición de fiduciario porque ha adquirido *mortis causa* la parte indivisa de la que ya era titular su causante en la misma comunidad.

Con todo, si la cosa común fuera indivisible o desmereciera con su división, se procederá de acuerdo con lo que establece el artículo 552-11.5 CCCat, con relación a la división económica de la comunidad ordinaria indivisa. En este caso, si se adjudica el bien al fiduciario, se mantiene el gravamen sobre la cuota fideicomitada, y si se adjudica a otro cotitular o se vende, la parte de la contraprestación correspondiente al fiduciario se incorpora al fideicomiso. El fiduciario solamente puede consentir que el bien se adjudique a otro cotitular con autorización judicial previa.

La partición hereditaria hecha por el mismo causante o por contador-partidor designado por éste y la intervenida judicialmente, tendrán efecto incluso para los fideicomisarios, sin perjuicio de las acciones de impugnación que procedan (art. 426-27.3 CCCat). En estos casos no se reconoce la facultad de intervenir a los fideicomisarios, porque en la participación hereditaria no interviene el fiduciario sino el contador-partidor, el juez o el árbitro que en principio son sujetos imparciales, por lo que no se precisa la función de control que se justificaba sobre el fiduciario. Con todo, sí se legitima al fideicomisario a ejercitar las acciones de impugnación procedentes, que pueden fundamentarse, por ejemplo, en el perjuicio de las legítimas, la infracción de ley, defectos de procedimiento, vicios

¹⁷ En este sentido, BRANCOS NUÑEZ, Enric, «Comentarios a los arts. 206-234 CS» en JOU MIRABENT, Lluís (Coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*. T. 2, Bosch, Barcelona, 1994, p. 784.

del consentimiento en las operaciones de partición, incumplimiento de la voluntad del causante, etc.

Si el objeto del gravamen no se extiende a toda la herencia sino únicamente a una cuota hereditaria o legado, debe concretarse qué parte es objeto del fideicomiso y qué parte es libre del mismo. En esta línea el artículo 426-27.4 CCCat prevé que el heredero o legatario gravado de fideicomiso solamente en una parte indivisa de la herencia o del legado deferidos a su favor, o en una cuota de éstos, pueden proceder por sí solos a su división en dos lotes o porciones, uno libre y otro fideicomitado, según las reglas de la partición y previas las correspondientes notificaciones a los fideicomisarios. En este caso, la notificación a los fideicomisarios es necesaria porque no existen coherederos que puedan ejercitar la función de control de la operación divisoria. De este modo, a falta de la notificación previa, la división será nula y no tendrá acceso al Registro.

4. LA CUARTA TREBELIÁNICA O CUOTA LIBRE

4.1 CONCEPTO

La cuarta trebeliánica o cuota libre es la cuarta parte de los bienes fideicomitados que el heredero fiduciario (no el legatario) tiene derecho a adquirir en plena y libre propiedad siempre que cumpla con los requisitos legales (art. 426-32 CCCat). Esta institución tiene su origen en el derecho romano, donde nació con la finalidad de estimular al fiduciario a aceptar la herencia fideicomisaria. En el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña se justificaba, sin embargo, con otra función, la de favorecer claramente la libertad del fiduciario gravado y, en consecuencia, del tráfico jurídico (preámbulo). Así, aunque el fideicomiso se sigue configurando como un instrumento que permite mantener el patrimonio dentro de la familia, con el reconocimiento del derecho a la cuarta trebeliánica se pretende minimizar los efectos que comporta la vinculación de los bienes aumentando las facultades dispositivas del fiduciario sobre una parte de la herencia fideicomitada. Y en esta línea, la de favorecer la libertad del fiduciario, se mantiene el Código Civil de Cataluña que precisamente subraya esta finalidad con la nueva denominación que le confiere a la cuarta trebeliánica que identifica con la «cuota libre», libre, claro está, de fideicomiso.

4.2 NATURALEZA JURÍDICA

La cuarta trebeliánica se había configurado en la Compilación del Derecho Civil de Cataluña y después en el Código de Sucesiones como una *pars bonorum*, que consistía en la cuarta parte del patrimonio fideicomiso. En este sentido, se había manifestado la doctrina y el mismo Tribunal de Casación de Cataluña en Sentencia de 10/11/1934. Con todo, los autores y la doctrina jurisprudencial habían puesto de relieve que esta configuración no se llevaba a sus últimas consecuencias, pues aunque se puede configurar como una *pars bonorum* mientras el fiduciario es heredero, se acerca en mayor medida a una *pars valoris bonorum* cuando tiene lugar la delación fideicomisaria¹⁸.

Algunos autores ya habían lamentado que la cuarta trebeliánica no siguiera el camino de la legítima convirtiéndose, como aquella, en una *pars valoris bonorum*, pues nada justificaba que el legitimario fuera de peor condición que el fiduciario¹⁹, y también habían defendido que la naturaleza de *pars valoris bonorum* responde en mayor medida a la finalidad de la cuarta trebeliánica, ya que permite mantener unido el patrimonio fideicomiso y evitar su fraccionamiento²⁰. La doctrina más reciente de los tribunales se sitúa en la misma línea. En este sentido, pueden consultarse la SAP Tarragona, de 20/9/1994²¹; la STSJC de 23/12/2002²² y la STSJC 24/1/2005²³. La última de ellas concluye en el Fundamento Jurídico Sexto que: «[...] con ser, pues, todo ello cierto, no lo es menos que la cuarta nunca puede identificarse como una deuda exclusivamente dineraria. Otra cosa es que, como permite el artículo 234 y así lo expresa la sentencia de primera instancia, una vez formado el lote de dicha cuarta parte, opte el fideicomisario por abonarlo en dinero, calculando sobre el valor actual de los bienes atendido el estado material que tenían al morir el fideicomitente».

El Libro IV del CCCat sigue en este punto la misma línea del Código de Sucesiones: de una parte, el artículo 423-32 establece que «la cuarta trebeliánica o cuota libre consiste en la cuarta parte de la herencia fideicomisa, una vez deducidos [...]» y, de otra, el artículo 426-33.2, admite la posibilidad de que la detracción de realice «en bienes de la herencia que no sean ni de la mejor ni de la

¹⁸ Así lo entiende PUIG FERRIOL, ob. cit., p. 204.

¹⁹ Vid. PUIG FERRIOL, Lluís, *El heredero fiduciario*, Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil Durán y Bas, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1965, p. 121.

²⁰ En este sentido BRANCÓS, ob. cit., p. 842.

²¹ SAP Tarragona, de 20 de septiembre de 1994, AC 1994/1919.

²² STSJC, de 23 de diciembre de 2002, RJ 2003/2265.

²³ STSJC, de 24 de enero de 2005, RJ 2007/1668.

peor condición, o en dinero, aunque no haya en la herencia», de forma que, tampoco la nueva regulación la convierte en una deuda dineraria, pues sigue permitiendo que el pago se efectúe en bienes de la herencia o en dinero a elección, bien del propio fiduciario que detrae la cuarta antes de la delación fideicomisaria, bien del fideicomisario que paga la cuarta a instancia del fiduciario después de la delación. Se puede seguir afirmando, entonces, que la cuarta trebeliánica o cuota libre se asimila a una *pars bonorum* mientras el fiduciario es heredero, y a una *pars valoris bonorum* cuando pasa a ser heredero el fideicomisario.

En cualquier caso, cabe advertir que el hecho de que la cuarta trebeliánica o cuota libre no responda a la naturaleza de una verdadera *pars bonorum* tiene el inconveniente de que no incentiva al fiduciario para una gestión acertada, ya que la sustitución de los bienes por otros más productivos o la diligente conservación del patrimonio fideicomiso no le comportan ningún beneficio añadido²⁴.

4.3 BENEFICIARIOS

Sólo el heredero fiduciario que adquiere en primer lugar la herencia fideicomitida tiene derecho a la cuarta trebeliánica o cuota libre. En este sentido, el artículo 426-31.2 CCCat dispone que «si el causante ha realizado llamamientos sucesivos al fideicomiso, sólo tiene derecho a la cuarta trebeliánica o cuota libre el heredero fiduciario que adquiera en primer lugar la herencia fideicomitida, salvo que no la detraiga y manifieste la voluntad de ceder el derecho al fideicomisario siguiente». De este modo, el derecho a la cuarta trebeliánica o cuota libre se reconoce al heredero fiduciario que ha aceptado la herencia en primer lugar, que puede ser el primer llamado a la herencia o un sustituto vulgar de aquél. En todo caso, esta norma, que permite la disposición en contra del causante, responde a la necesidad de respetar la finalidad del fideicomiso de preservar el patrimonio fideicomitido, que de otro modo se podría frustrar a base de detracciones sucesivas.

Si hay diversos herederos fiduciarios simultáneos, cada uno puede detraer una parte de la cuarta trebeliánica o cuota libre proporcional a su parte de cuota hereditaria fideicomitida (art. 426-31.4 CCCat). El derecho a la cuarta trebeliánica o cuota libre se configura como un derecho individual de cada coheredero, de forma que cada uno puede ejercitar o renunciar a su dere-

²⁴ En este sentido, BRANCÓS, ob. cit., p. 843.

cho de forma independiente. La renuncia de uno de los coherederos no acrece al resto, a pesar de la vocación conjunta, por varias razones. De una parte, porque no se puede equiparar la renuncia a la cuarta trebeliánica o cuota libre a la repudiación de la herencia. Además, la parte que debería acrecer a los coherederos no se podría justificar como correspondería pues no estimularía a aceptar la herencia fideicomitida que éstos ya habrían aceptado. En último término, la inclusión de la parte de la cuarta renunciada al patrimonio fideicomitido responde en mayor medida a la voluntad de mantenerlo unido.

Aunque no lo establece expresamente la ley, la cuarta trebeliánica o cuota libre puede transmitirse a los herederos del fiduciario si éste muere sin haberla detraído ni haberla renunciado expresa o tácitamente. En este caso, los herederos pueden formular la correspondiente reserva cuando transmitan la posesión de la herencia al fideicomisario o renunciarla expresa o tácitamente (art. 426-34 CCCat).

4.4 REQUISITOS

Los requisitos que deben concurrir para la detracción de la cuarta trebeliánica o cuota libre se desprenden del artículo 426-31 CCCat. Son:

a) que se trate de una substitución fideicomisaria a título universal, que se recibe a título de heredero. Siendo así, el legatario gravado de fideicomiso, aunque se trate de legado de parte alícuota, no tiene derecho a la cuarta trebeliánica o cuota libre. Este requisito resulta de las diversas referencias al heredero fiduciario y a la herencia fideicomitida que se efectúan en los preceptos dedicados a la cuarta trebeliánica y se fundamenta en la idea de instrumentalizar la cuarta como un estímulo a la aceptación por parte del heredero gravado;

b) que el fiduciario llamado acepte la herencia voluntariamente (art. 426-31.1 CCCat). Pierde el derecho a la cuarta quien ha sido obligado a aceptarla. La doctrina se plantea si se mantiene el derecho a la cuarta trebeliánica o cuota libre respecto al fiduciario que después de la aceptación renuncia o provoca inmediatamente la delación anticipada del fideicomiso. En este sentido, Brancós²⁵ explica que la solución es, en ambos supuesto afirmativa, ya que en los casos en los que se admite la delación anticipada del fideicomiso, la aceptación también anticipada por parte del fideicomisario

²⁵ BRANCÓS, ob. cit., p. 826.

confirma el derecho del fiduciario y, en los casos en que no es posible la delación adelantada y se considera que se produce una mera cesión del aprovechamiento, en tanto que el fiduciario mantiene su posición y sus obligaciones, también debe mantener su derecho a la cuarta;

c) que el fideicomitente no hubiere prohibido la detracción. El fideicomitente tiene plena disponibilidad por lo que respecta al nacimiento y configuración de la cuarta trebeliánica (art. 426-31.5 CCCat), y absoluta libertad para modificar la cuarta y para prohibirla;

d) que el fiduciario practique el debido inventario, en el tiempo y forma que se indica en el artículo 426-20 CCCat (art. 426-31.3 CCCat), haya prestado, en su caso, las garantías a que se refiere el artículo 426-21, haya pagado o afianzado las deudas y cargas de la herencia y las legítimas (*vid.* STSJC 22/1/1996²⁶); y

e) que el fiduciario no haya renunciado expresa o tácitamente a ella (art. 426-34 CCCat).

El fideicomitente puede reducir o ampliar la cuarta trebeliánica o cuota libre y establecer las reglas a que se debe sujetar la detracción. (art. 426-31.5 CCCat).

4.5 CÁLCULO

El cálculo de la cuarta trebeliánica o cuota libre se hará teniendo en cuenta la regla establecida en el artículo 426-32 CCCat: «la cuarta trebeliánica o cuota libre consiste en la cuarta parte de la herencia fideicomitada, una vez deducidas las deudas y cargas de la herencia, los gastos de última enfermedad y de entierro o incineración del causante, los legados y las legítimas causadas, incluso la del fiduciario que sea legitimario».

Este precepto no especifica cómo se calcula la herencia fideicomitada (a diferencia del artículo 427-41 CCCat que se refiere al cálculo de la cuarta falcidia). Solamente relaciona los conceptos que se deben deducir antes de calcular la cuarta parte, por lo que para calcular la cuarta trebeliánica o cuota libre se debe partir, no del importe neto de la herencia («bienes relictos»), sino de la parte de la herencia que se puede calificar de herencia fideicomitada porque está sujeta al fideicomiso, y deducir el pasivo que, a estos efectos, está configurado por los conceptos que el propio precepto relaciona y que son: las deudas y cargas de la herencia, las deudas

²⁶ STSJC, de 22 de enero de 1996, RJ 1996/6247.

de última enfermedad y entierro o incineración del causante y los legados y legítimas. El resultado de esta operación es el que dividido por cuatro proporciona el valor de la cuarta trebeliánica o cuota libre.

La valoración de los bienes y las deudas debe referirse al momento de la muerte del fideicomitente. Así lo disponían la CDCC (arts. 202-203) y el CS (art. 234), y así se establece expresamente en el cálculo de la cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima (art. 427-41 CCCat). Ello sin perjuicio de que el fiduciario pueda detraer la cuarta en cualquier momento a partir de la aceptación.

El artículo 426-32 CCCat reconoce la compatibilidad entre la cuarta trebeliánica o cuota libre que le corresponde al heredero fiduciario y la legítima que le corresponde también en el caso de que sea legitimario del causante. De esta forma, la cuarta a la que tiene derecho el heredero fiduciario no se imputa a la legítima que le corresponde como legitimario, sino que se suma o añade a la misma. Además, el derecho a la legítima del heredero fiduciario, como el derecho a la legítima de cualquier otro legitimario, no queda afectado por el hecho de que deba hacerse efectiva la cuarta trebeliánica cuota libre, en los casos de las substituciones fideicomisarias

De otro lado, el artículo 427-43.3 CCCat dispone que si el heredero es fiduciario, tiene derecho a la cuarta trebeliánica o cuota libre respecto a la parte de la herencia y a la cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima respecto a la parte libre de fideicomiso pero gravada con legados, sin que lo que reciba por la primera se impute a la segunda. De esta forma establece expresamente la compatibilidad entre la cuarta trebeliánica o cuota libre y la cuarta falcidia o cuota hereditaria mínima, lo que implica que ambas pueden originarse cumulativamente. Incluso cumulativamente con la legítima si el heredero fiduciario es también legitimario.

En todo caso, el fideicomitente puede ampliar o reducir la cuarta trebeliánica o cuota libre, señalando un porcentaje diferente al de la cuarta parte de la herencia fideicomitida. De esta forma, el fideicomitente puede prever variaciones en dicho cálculo, siendo ésta una manifestación más de la plena disponibilidad con relación al nacimiento y configuración de este derecho por parte del fideicomitente (art. 426-31 CCCat).

4.6 DETRACCIÓN

Antes de detraer la cuarta trebeliánica o cuota libre, el fiduciario debe haber procedido a: *a)* tomar inventario de acuerdo con lo

que establece el artículo 426-20 CCCat; *b*) prestar, cuando proceda, las garantías a que se refiere el artículo 426-21 CCCat; y *c*) pagar o afianzar las deudas y cargas de la herencia y las legítimas. Entonces puede proceder a la detracción de una sola vez o en diversas veces (art. 426-33.1 CCCat).

El derecho a detraer la cuarta trebeliánica o cuota libre, en su caso, se transmite a los herederos del fiduciario, sino es que el fiduciario ha manifestado que lo renuncia o que con él quiere favorecer al fideicomisario inmediatamente gravado.

Para detraer la cuarta trebeliánica o cuota libre el fiduciario debe otorgar escritura pública y notificar a los fideicomisarios o curadores de acuerdo con lo que dispone el artículo 426-42 CCCat (art. 426-33.2 CCCat). Siendo así, antes de otorgar la escritura pública con la que se procede a la detracción, el fiduciario debe notificar por medio de la autoridad judicial competente, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, o por acta notarial, el acto proyectado a todos los fideicomisarios existentes y que estén determinados y, en su caso, a los ascendientes más próximos o al curador de los fideicomisarios no nacidos ni concebidos. La notificación a los fideicomisarios de parador ignorado se hace por medio de edictos. Las personas notificadas pueden formular oposición por vía judicial en el plazo de un mes. La oposición que se debe sustanciar por el procedimiento del juicio verbal, solamente se puede fundamentar en la ilegalidad o fraude del fiduciario, o en el hecho de que éste no se haya ajustado a los términos de la notificación. Transcurrido el plazo desde la última notificación sin oposición o desestimada la oposición formulada, el fiduciario puede otorgar la escritura pública y proceder a la detracción de la cuarta trebeliánica o cuota libre.

El fiduciario puede efectuar la detracción en bienes de la herencia o en dinero, aunque no lo haya en la herencia (art. 426-33.2 CCCat). Cuando la detracción se realiza en bienes del fideicomiso, debe hacerse en bienes de la herencia que no sean ni de la mejor ni de la peor condición. Si se opta por liberar bienes del fideicomiso, se debe hacer por su valor en el momento de la detracción, pero atendiendo a su estado material en el momento de la delación del fideicomiso, de modo tal que la variación en la valoración de los bienes correrá a favor o en contra del fideicomiso (*vid.* STSJC, 23/12/2002²⁷). Si se opta por efectuar la detracción en dinero y no hay suficiente en la herencia, se pueden vender bienes de la herencia de acuerdo con el artículo 426-38 CCCat, esto es, sin que sea necesario que intervengan en este acto los fideicomisarios,

²⁷ STSJC, de 23 de diciembre de 2002, RJ 2003/2265.

aunque con la preceptiva notificación previa prevista en el artículo 426-42 CCCat (art. 426-33.2 CCCat).

4.7 EXTINCIÓN

Según el artículo 426-34 CCCat, el derecho a la cuarta trebeliánica o cuota libre se extingue por renuncia expresa o tácita del fiduciario. Añade el precepto que se entiende que se renuncia tácitamente si, conociendo este derecho, el fiduciario o sus herederos ceden la posesión de la herencia fideicomitada a los fideicomisarios sin formular reserva alguna.

Con relación a la renuncia tácita hay que poner en relación esta norma con la del artículo 426-49 CCCat que prevé que si el fiduciario no ha detraído la cuarta trebeliánica o cuota libre antes de deferirse el pago al fideicomisario, él o sus causahabientes pueden exigir su pago al fideicomisario con los intereses vencidos desde la reclamación judicial. Y entender así que, para que proceda la reclamación de la cuarta trebeliánica o cuota libre al fideicomisario, es preciso que se haya formulado la reserva oportuna al cederle la posesión de la herencia fideicomitada.

Lógicamente, la renuncia expresa no está sometida a ningún requisito de forma, pues se acepta la renuncia tácita.

Si la renuncia expresa es a favor del siguiente fideicomisario le corresponderá a éste el derecho a la cuarta trebeliánica o cuota libre; mientras que si la renuncia es tácita, la cuarta quedará refundida con el patrimonio fideicomitado de la misma manera que si el fideicomitente la hubiera prohibido.

5. DISPOSICIÓN DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS

La limitación de las facultades dispositivas del fiduciario, y la obligación de conservación y administración de los bienes fideicomitados responden a la finalidad de garantizar la esencia del fideicomiso que es la transmisión indirecta a través del fiduciario de la herencia fideicomitada. Sin embargo, la ley establece una serie de medidas que permiten la disposición de los bienes fideicomitados si se garantiza la eficacia del fideicomiso.

De un lado, la ley permite que en los fideicomisos condicionales, y siempre que no lo haya prohibido el fideicomitente, pendiente la condición, el heredero fiduciario disponga válidamente del fideicomiso con subsistencia del gravamen fideicomisario. Si,

finalmente, la condición no se llega a cumplir, el acto tendrá efectos definitivos; en otro caso, perderá eficacia, aunque en el acto de disposición se silenciase el gravamen. En las sustituciones fideicomisarias a término, el fiduciario no tiene esta facultad (art. 426-36 CCCat).

El heredero fiduciario también puede gravar y enajenar los bienes fideicomitidos en concepto de libres en los casos en los que la ley lo autoriza o lo autoriza el fideicomitente o los fideicomisarios (art. 426-36.1 CCCat). Incluso en ocasiones la disposición de los bienes puede responder a la obligación del fiduciario de conservación de la herencia o legado, como por ejemplo cuando si no se dispone de ellos pueden deteriorarse o desaparecer. La contraprestación eventualmente adquirida con motivo de estos actos de disposición se sujeta al fideicomiso en virtud del principio de subrogación real, salvo que la ley establezca otra cosa o que el fideicomitente o los fideicomisarios autoricen que los bienes o dinero obtenidos se excluyan del fideicomiso (art. 426-36.2 CCCat).

Cabe distinguir entre los siguientes actos de disposición:

1. Los autorizados por el fideicomitente, que faculta al fiduciario para gravar y enajenar, por actos *inter vivos* y en concepto de libres, todos o algunos de los bienes fideicomitidos (art. 426-37.1 CCCat). Las dos modalidades más frecuentes son la autorización para disponer en caso de necesidad, apreciada por el propio fiduciario o por terceros señalados por el testador, y la autorización para disponer *inter vivos* por título oneroso.

Cuando la amplitud de esta autorización atribuya al fiduciario la facultad de disponer propia del fideicomiso de residuo, se atenderá a las normas que lo regulan (arts. 426-51 y ss CCCat).

El fideicomitente puede facultar al fiduciario para enajenar y gravar todos o algunos de los bienes fideicomitidos con la autorización de una o más personas designadas con esta finalidad, a las que serán aplicables los preceptos relativos a los albaceas particulares en la medida que lo permitan la naturaleza y la duración indefinida del encargo. Si estas personas mueren, renuncian o son incapacitadas, el fiduciario puede disponer sin autorización, salvo que la voluntad del fideicomitente sea otra (art. 426-37 CCCat). Esta designación puede recaer, asimismo, en personas jurídicas y, en este caso, la referencia a la muerte y a la incapacitación como causas de extinción de la designación habrán de referirse a la extinción de la persona jurídica.

2. Los consentidos por los fideicomisarios. En este sentido, el artículo 426-41 CCCat establece que el fiduciario puede enajenar y

gravar bienes de la herencia o el legado fideicomitidos, libres de fideicomiso, mediante el consentimiento de futuro, de presente o de pretérito de todos los fideicomisarios que efectivamente lleguen a serlo al deferirse el fideicomiso.

La autorización de futuro habilita al fiduciario para efectuar actos dispositivos sobre bienes fideicomitidos. Este consentimiento debe prestarse de forma fehaciente, generalmente en escritura pública, a fin de posibilitar el otorgamiento y posterior inscripción en los Registro Públicos de los actos dispositivos. La autorización de futuro solamente libera los bienes que el fiduciario enajena o grava efectivamente, pero no implica renuncia total al fideicomiso (art. 426-41.2 CCCat).

La autorización de presente ratifica la disposición del bien. Comporta la intervención en el acto de disposición de los fideicomisarios, y ello aun cuando el fiduciario no pueda acreditarla en el mismo y el negocio deba ser completado con posterioridad.

Por último, la autorización pretérita, convalida o confirma los actos de disposición. La confirmación, puede ser expresa o tácita, entendiéndose esta última cuando una vez cesada la causa de nulidad quien tuviera derecho a invocarla efectuara un acto que implicara necesariamente la voluntad de renunciarla²⁸.

El consentimiento prestado por el fideicomisario le vincula, pero en la sucesión fideicomisaria condicional esta vinculación únicamente surte efecto si el fideicomisario llega efectivamente a serlo y no si lo es otro fideicomisario llamado que no ha prestado el consentimiento, aunque sea como sustituto vulgar en fideicomiso.

En todo caso, tal como advierten Del Pozo, Vaquer y Bosch²⁹ el consentimiento de los fideicomisarios plantea algunos problemas. De una parte, la cuestión de si será necesario el consentimiento de todos los fideicomisarios en el caso de que se nombren varios de forma sucesiva, que resuelven en el sentido de que parece que solamente se requiere el del primero de ellos, con base en lo dispuesto en el artículo 426-41 CCCat «de todos los fideicomisarios que efectivamente lleguen a serlo al deferirse el fideicomiso» y en que su interés coincidirá con el del resto de fideicomisarios. De otra parte, se plantea la cuestión de qué ocurre si el fideicomisario que lo ha prestado no llega efectivamente a serlo. Si el fideicomiso es condicional, el fideicomisario efectivo no queda vinculado, aunque

²⁸ En este sentido, COMELLA GAMINDE, Antoni, «Comentari als arts. 426-1 a 426-12 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 679

²⁹ DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni y BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Catalunya. Derecho de sucesiones*. Marcial Pons, Barcelona, 2009, p. 172.

resulte llamado como sustituto vulgar en fideicomiso (art. 426-41.3 CCCat); mientras que si el fideicomiso es a término, el consentimiento prestado por el fideicomisario vincula tanto a sus sucesores como a los sustitutos vulgares en fideicomiso designados por el fideicomitente.

3. Los expresamente autorizados por la ley. De acuerdo con el artículo 426-38 CCCat, el fiduciario está facultado por disposición de la ley para enajenar o gravar bienes de la herencia o legado fideicomitidos, libres del fideicomiso, en los siguientes casos:

- a) Para pagar las deudas y las cargas hereditarias, las legítimas y los legados. Incluyendo la percepción de su propia legítima, salvando lo dispuesto en el artículo 451-9 CCCat.
- b) Para detraer la cuarta trebeliánica o cuota libre.
- c) Para financiar los gastos extraordinarios de conservación y refacción de los bienes del fideicomiso y de mejoras útiles y necesarias y útiles, aunque estas últimas se incorporan al fideicomiso de acuerdo con el artículo 426-29 CCCat.

Para realizar todos estos actos no es necesaria la intervención de los fideicomisarios, pero si se requiere la previa notificación (art. 428-38.2 CCCat).

4. Actos que el fiduciario puede hacer por sí solo bajo su responsabilidad. El artículo 426-39 CCCat establece que el fiduciario está facultado, respecto a los bienes fideicomitidos, para realizar por sí solo, bajo su responsabilidad, los siguientes actos:

- a) Vender los bienes muebles que no puedan conservarse y sustituir los que se deterioren por el uso.
- b) Cumplir obligaciones del fideicomitente que tengan por objeto la enajenación de bienes del fideicomiso o que comporten la extinción de derechos personales o reales sobre bienes ajenos o su cancelación registral.
- c) Intervenir en operaciones de parcelación o reparcelación urbanística o de concentración parcelaria que afecten a los bienes fideicomitidos, en cualquiera de las modalidades que establece la legislación sectorial; y
- d) Concertar convenios en materia de expropiación forzosa y aceptar indemnizaciones por daños a los bienes fideicomitidos.

En todos estos casos la notificación a los fiduciarios es potestativa. En este sentido establece el artículo 426-39.3 CCCat que «el fiduciario puede notificar a los fideicomisarios estos actos de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 426-42 CCCat», Con todo, es responsable de su actuación, por lo que la notificación es conveniente a efectos de evitar posibles impugnaciones.

Los bienes fideicomitidos objeto de estos actos quedarán libres del fideicomiso y, en su lugar, se subrogan los bienes obtenidos por el fiduciario. Si como consecuencia del acto llevado a cabo, el fiduciario debe asumir obligaciones, cesiones urbanísticas u otras cargas, su cumplimiento es a cargo del fideicomiso (art. 426-39.2 CCCat).

5. Los actos de disposición de bienes libres de fideicomiso con autorización judicial. El fiduciario, siempre que no lo haya prohibido el fideicomitente, puede enajenar como libres bienes sujetos al fideicomiso para reemplazarlos por otros, para obtener mayor rendimiento o utilidad, con autorización previa del juez competente (art. 426-40 CCCat). Se trata de actos dirigidos a la subrogación real de los bienes fideicomitidos.

La autorización judicial tiene lugar por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, con notificación previa a los fideicomisarios y al curador, si lo hay, sin que sea necesaria la subasta. La autoridad judicial debe practicar las pruebas que estime pertinentes, especialmente con relación a la justa valoración de los bienes. Si autoriza la subrogación, debe adoptar las medidas procedentes para que sea efectiva, para que los bienes reemplazados se liberen del gravamen fideicomisario y para que se sujeten los bienes adquiridos. Los gastos de este procedimiento son a cargo del fideicomiso (art. 426-40.3 CCCat).

No se precisa la autorización judicial cuando no puede haber más fideicomisarios llamados que los que viven y sus descendientes, y los fideicomisarios que serían inmediatamente llamados en aquel momento prestan consentimiento al acto de disposición. Este consentimiento no implica renuncia al fideicomiso. Además, se debe notificar la voluntad de enajenar, con el precio y las condiciones, a los fideicomisarios posteriores, pero no a los sustitutos vulgares en fideicomiso (art. 426-40.4 CCCat). En este supuesto, y en aras de evitar confabulaciones entre el fiduciario y los fideicomisarios inmediatamente llamados, se requiere, sin embargo, que una persona o entidad dedicadas exclusivamente a la actividad profesional de tasación valoren los bienes y que la tasación se incorpore a la documentación del acto de enajenación. El precio de enajenación o el valor de la contraprestación, en su caso, no puede ser inferior al valor de la tasación. Además, se pueden adoptar las medidas de garantía que se estimen convenientes (art. 426-40.5 CCCat).

6. Los actos de enajenación en los supuestos de ejecución forzosa, resultado del ejercicio de la facultad que el artículo 426-39.1d) CCCat otorga al fiduciario. Respecto a los mismos hay que tener presente que el artículo 426-43.1 CCCat establece que los bienes

fideicomitidos que se enajenen en ejecución forzosa, por deudas del fideicomitente o de aquellos de los que responda el fideicomiso, son adquiridos por el rematante o adjudicatario libres del gravamen fideicomisario, siempre que los fideicomisarios o, en su caso, sus ascendientes más próximos o el curador hayan sido citados.

La ejecución forzosa por deudas propias del fiduciario solamente procederá contra su derecho de legítima y de cuarta trebeliánica o cuota libre y contra los frutos y las rentas del fideicomiso que le correspondan, salvo si se trata de un fideicomiso condicional, que el acreedor prefiera que se enajenen los bienes con sujeción a lo dispuesto en el artículo 426-36.2 CCCat.

El artículo 426-42 CCCat regula el procedimiento de notificación a los fideicomisarios y de oposición judicial de los mismos a los actos que el fideicomisario realice sobre los bienes fideicomitidos en el siguiente sentido: «siempre que sea preceptivo notificar a los fideicomisarios los actos que el fiduciario pretende realizar sobre los bienes del fideicomiso o si cree conveniente notificárseles, el fiduciario debe hacerlo por medio de la autoridad judicial competente, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, o por acta notarial. Las notificaciones deben expresar las circunstancias del acto proyectado y se deben hacer a todos los fideicomisarios existentes y que estén determinados y, en su caso, a los ascendientes más próximos o al curador en los supuestos a que hace referencia el artículo 426-24. La notificación a los fideicomisarios de paradero ignorado se hace por medio de edictos. Si el testador no ha designado nominativamente los fideicomisarios, se pueden determinar por medio de acta de notoriedad. Las personas notificadas pueden formular oposición por vía judicial en el plazo de un mes. La oposición, una vez formalizada, se debe hacer constar, en su caso, en acta notarial. La oposición se debe sustanciar por el procedimiento del juicio verbal, y solamente se puede fundamentar en la ilegalidad o fraude del fiduciario, o en el hecho de que éste no se haya ajustado a los términos de la notificación. Tan pronto haya transcurrido el plazo de la última notificación sin oposición, o una vez desestimada la oposición formulada, el fiduciario puede realizar el acto proyectado.»

6. LOS EFECTOS DEL FIDEICOMISO EN EL MOMENTO DE LA DELACIÓN

La delación fideicomisaria se produce vencido el término o cumplida la condición que limita la titularidad del heredero fidu-

ciario, siempre que con anterioridad el fideicomisario no haya renunciado a su derecho (art. 426-6 CCCat). Atribuye al fideicomisario la condición de heredero o legatario y con este carácter hace suya la herencia o el legado o una cuota de ello (art. 426-44.1 CCCat). De este modo, con la delación fideicomisaria adquiere el fideicomisario automáticamente la titularidad del caudal hereditario aunque no ostente todavía la posesión.

6.1 LA ADQUISICIÓN POR EL FIDEICOMISARIO DEL LEGADO O LA HERENCIA FIDEICOMITIDOS

De acuerdo con el principio de subrogación real, deben librarse al fideicomisario los bienes que el fiduciario haya adquirido a título oneroso a cargo de la herencia o el legado fideicomitidos, salvo en los supuestos exceptuados legalmente o en aquellos en que el fideicomitente o los fideicomisarios han autorizado que la contraprestación adquirida se excluya del fideicomiso. Y claro está, si el fiduciario dispuso discrecionalmente de dinero sujeto al fideicomiso, debe restituir al fideicomisario la cantidad dispuesta, actualizando el valor al momento de la delación del fideicomiso (art. 426-44.2 y 3 CCCat).

Una vez deferido el fideicomiso, el fiduciario o sus herederos deben entregar la posesión de la herencia o el legado fideicomitidos al fideicomisario en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente de aquel en el que sean requeridos por vía judicial o notarial. En otro caso, los fiduciarios tendrán la consideración de meros detentadores y no podrán hacer suyos los frutos. El fideicomisario puede reclamar judicialmente la posesión de los bienes por los medios que establece la legislación procesal (art. 426-45 CCCat).

El artículo 426-46 CCCat establece que el fideicomisario responde, desde que adquiere el fideicomiso y únicamente con los bienes que reciba, de las deudas y las cargas hereditarias que no hayan sido pagadas con los bienes de la herencia, de las deudas legalmente contraídas por el fiduciario a cargo del fideicomiso y de los que determina el artículo 426-47 CCCat.

Con la delación fideicomisaria, el fiduciario o sus herederos tienen derecho a exigir al fideicomisario: la entrega o abono de las mejoras o las incorporaciones efectuadas a cargo del fiduciario o el abono de su importe; el reembolso de los gastos pagados por el fiduciario que sean a cargo del fideicomiso y de las cantidades que el fiduciario haya satisfecho a su cargo por razón de deudas y cargas de la herencia, ampliaciones de capital social y otros conceptos

análogos; y el cobro de los créditos exigibles que el fiduciario tenga contra el fideicomitente (art. 426-47.1 CCCat).

El importe de las mejoras y las incorporaciones se estima en el aumento de valor que los bienes han experimentado, sin que puedan exceder del precio de coste actualizado. Los reembolsos también se efectúan por el valor actualizado de las cantidades invertidas. Con todo, estas deudas no meritan interés mientras el fiduciario no reclame judicialmente el pago (art. 426-47.2 CCCat).

El fiduciario o sus herederos pueden retener la posesión de la herencia o el legado fideicomitados si en el plazo de un mes comunican notarialmente esta decisión al fideicomisario, para alguno de los créditos a los que se refiere el artículo 426-47 CCCat y señalan el importe. Este derecho de retención subsistirá mientras la total cantidad fijada no sea consignada, afianzada o satisfecha, sin perjuicio de su posterior comprobación definitiva (art. 426-48 CCCat).

Con relación al pago y la garantía de la trebeliánica, el artículo 426-49 CCCat establece que si antes de deferirse el fideicomiso el fiduciario no ha detraído la cuarta trebeliánica o cuota libre, él o sus causahabientes pueden exigir el pago al fideicomisario con los intereses vencidos desde la reclamación judicial. Los fideicomisarios pueden optar por hacer el pago en bienes o en dinero. Si optan por el pago en bienes, deben formar un lote que contenga, en cuanto sea posible, bienes hereditarios de la misma especie y calidad, estimados todos por su valor en el momento de hacer el pago.

6.2 LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS EN FRAUDE DEL FIDEICOMISO

Supuesto el caso de que el fiduciario se haya extralimitado en los actos de disposición de los bienes fideicomitados más allá de los límites legales, dispone el artículo 426-50.1 CCCat que una vez adquirido el fideicomiso, el fideicomisario puede impugnar por ineficaces todos los actos de alineación y de gravamen que el fiduciario haya efectuado en fraude o perjuicio de la herencia o el legado fideicomitados, y reivindicar los bienes enajenados o gravados indebidamente o afectos al fideicomiso condicional. Refiere así dos vías de impugnación: la acción personal de impugnación del negocio de enajenación o gravamen, que se dirigirá contra el fiduciario y el adquirente; y la acción real contra el titular del bien, que puede ser alguno de los anteriores u otra persona. Aunque siempre sin perjuicio de lo que establece el artículo 426-42 CCCat y de la protección de terceros adquirentes de acuerdo con la legislación hipotecaria, pero no puede reclamar los frutos anteriores.

En todo caso, no son impugnables las enajenaciones realizadas con autorización judicial (art. 426-40 CCCat), con autorización de todos los fideicomisarios que efectivamente lleguen a serlo (art. 426-41 CCCat), o habiendo sido notificadas a los fideicomisarios no habiendo oposición al acto por parte de los mismos (art. 426-42 CCCat).

Los actos de disposición indebidos realizados por el fiduciario son eficaces en tanto sean imputables a los conceptos a que el fiduciario o sus herederos tengan derecho o que acrediten contra el fideicomiso al deferirse éste, según el artículo 426-47 CCCat y en la medida que lo permita la cantidad total a que el fiduciario tenga derecho por estos conceptos, después de deducir el importe de las indemnizaciones que deriven de sus responsabilidades en el fideicomiso. Este mismo precepto añade que en el caso en que la cantidad indicada no cubra el valor de los bienes enajenados y los gravámenes impuestos, referidos siempre a la estimación que tenían al ser otorgados, únicamente se sostienen como eficaces los actos positivos que quepan en aquella cantidad, por orden de antigüedad. Gozan de la misma preferencia los actos otorgados con la simple indicación de hacer valer esta imputación, aunque no se hayan cumplido los requisitos que establece el artículo 426-38 CCCat.

Los terceros adquirentes pueden oponer esta imputación a las acciones que pueda ejercitar el fideicomisario. En el caso de que éste niegue simplemente la existencia de los expresados créditos o derechos del fiduciario, incumbe la prueba a los terceros que hacen valer la imputación (art. 426-50.4 CCCat).

7. EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

El fideicomiso de residuo es un fideicomiso en el que el fideicomitente dispensa al heredero del deber de conservar la herencia, de tal modo que el fiduciario ve ampliadas sus facultades dispositivas *inter vivos*.

En esta línea establece el artículo 426-51 CCCat que en el fideicomiso de residuo, el fideicomitente faculta al fiduciario para disponer, en todo o en parte, de los bienes fideicomitados. Si bien, como se ha visto, la facultad dispositiva del fiduciario no es exclusiva del fideicomiso de residuo, en principio hay que entender que en éste es más amplia. Así, si el fideicomitente autoriza al fiduciario a disponer de algunos de los bienes gravados, estamos ante un fideicomiso con facultad de disposición; mientras que si lo autoriza a disponer de todos los bienes menos alguno o algunos, estamos

ante un fideicomiso de residuo. En todo caso, como apunta Marsal³⁰, la diferencia entre el fideicomiso en general y el fideicomiso de residuo se encuentra no tanto en la facultad de disposición, sino en las facultades que la ley atribuye al fiduciario solamente al segundo de ellos, que son las de transformar, emplear o consumir los bienes fideicomitados para satisfacer sus necesidades y las de su familia [art. 426-52.b) CCCat].

También existe fideicomiso de residuo, según el artículo 426-51 CCCat, cuando el fideicomitente establece que los bienes de los que no haya dispuesto el fiduciario deben hacer tránsito al fideicomisario, o cuando se subordina el fideicomiso al hecho de que, al morir el fiduciario, queden en la herencia o el legado fideicomitados bienes de los que éste no haya dispuesto. Muy probablemente, el legislador trata con esta norma de dar a entender que siempre que no se haya dispuesto expresamente lo contrario, el fideicomiso debe entenderse como *de eo quod supererit*, que no de *si quid supererit*, como resultado del juego del principio de subrogación real³¹.

En el fideicomiso de residuo, el fiduciario, además de las facultades reconocidas a todo fiduciario, puede llevar a cabo los actos siguientes (art. 426-52 CCCat):

a) Enajenar, gravar o disponer de otra forma de los bienes fideicomitados y de sus subrogados, libres del fideicomiso, por actos entre vivos a título oneroso. Salvo que el testador haya excluido la subrogación real de los bienes fideicomitados, la facultad de realizar actos onerosos sobre los bienes fideicomitados no vacía de contenido el fideicomiso, sino que se varía su composición, porque la contraprestación queda afectada por el gravamen fideicomisario.

b) Transformar, emplear, o consumir los bienes fideicomitados y sus subrogados a fin de satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin tener que reponerlos.

En orden a la interpretación del fideicomiso de residuo, el artículo 426-53 CCCat dispone que cuando el fideicomiso solamente faculta para vender, se entiende que faculta también para efectuar otros actos de disposición a título oneroso; mientras que la facultad de disponer a título gratuito, que debe establecerse de forma expresa, se entiende que se atribuye para disponer de esta

³⁰ MARSAL GUILLAMET, Joan, «Comentari als arts. 426-44 a 426-59 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER i RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 718.

³¹ En este sentido MARSAL, ob. cit., pp. 719-720.

forma solamente por actos entre vivos y comprende también la de disponer a título oneroso.

Cabe la posibilidad de que el fideicomitente ordene que el fiduciario solamente pueda ejercer la facultad de disponer si concurren determinadas circunstancias, entre las que puede haber la situación de necesidad o la autorización de terceros, en este último supuesto habrá que estar a lo que dispone el artículo 426-37.2 CCCat que a su vez se remite a la regulación de los albaceas particulares (art. 426-54 CCCat).

En cualquier caso, el fiduciario debe actuar en el ejercicio de sus facultades dispositivas de buena fe, sin ánimo de defraudar el fideicomiso. Traspasa el límite de la buena fe la disposición de los bienes fideicomisitos para atender necesidades que sobrepasan el nivel de la familia; la malversación del patrimonio propio para situarse en un estado de necesidad que permita consumir el fideicomitado; o el deterioramiento o destrucción de los bienes fideicomitados. Los fideicomisarios tienen acción personal contra el fiduciario o sus herederos por razón de los actos efectuados en fraude o contraviniendo el fideicomiso (art. 426-55 CCCat).

Como resultado de la aplicación del principio de subrogación real, el fideicomiso subsiste sobre los bienes o el dinero que reemplazan los bienes fideicomitados a consecuencia del ejercicio de las facultades dispositivas del fiduciario o por cualquier otra causa, salvo que la ley establezca otra cosa o el fideicomitente o los fideicomisarios consientan lo contrario. El fideicomiso también subsiste sobre el remanente no consumido en caso de enajenación o gravamen de los bienes para satisfacer las necesidades personales o familiares del fiduciario. En cambio, en el fideicomiso de residuo que facilite al fiduciario disponer a título gratuito, se liberan del fideicomiso los bienes muebles que, en el momento en que se difiere el fideicomiso, el fiduciario haya incorporado o destinado materialmente a su propio patrimonio o que sean poseídos como propios por otras personas de manera pública y pacífica con conocimiento del fiduciario (art. 426-56 CCCat).

El valor de los bienes fideicomitados de los que ha dispuesto el fiduciario se imputa a lo que por legítima, por cuarta trebeliánica o cuata libre, o por otros créditos o derechos puede pretender contra el fideicomiso (art. 426-57 CCCat). El valor a imputar es el que los bienes tenían en el momento de la disposición onerosa o gratuita. Los créditos que pueda tener el fiduciario contra el fideicomiso, al tiempo de la liquidación del mismo, pueden deberse a gastos de mejoras o incorporaciones a los bienes fideicomitados, abono de

gastos que corresponden al fideicomiso o créditos del fiduciario pendientes contra el causante.

De acuerdo con el artículo 426-58 CCCat, al fideicomiso de residuo le son aplicables las disposiciones del capítulo VI, salvo las de la sección cuarta, relativa a la disposición de los bienes fideicomitidos, que solamente se aplican en la medida en que lo permita la naturaleza y clase del fideicomiso establecido. Las disposiciones relativas a la prestación de garantía y de otras obligaciones respecto a los bienes fideicomitidos solamente son exigibles en el supuesto en que, por voluntad del fideicomitente, una parte de los bienes se haya reservado para hacer tránsito al fideicomisario.

La excepción de la aplicación de la sección cuarta, relativa a la disposición de los bienes fideicomitidos, a los fideicomisos de residuo en los que el testador ha reservado una parte de los bienes fideicomitidos para los fideicomisarios, pues a estos bienes sí les resultará de aplicación.

8. LA SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO

De acuerdo con el artículo 426-59 CCCat se entiende establecida una sustitución preventiva de residuo cuando «el testador, en previsión de que algún heredero o legatario muera sin dejar heredero voluntario, llama a una o más personas para que a la muerte de aquellos hagan suyos los bienes que el heredero o legatario hayan adquirido en la sucesión del testador y de los que no hayan dispuesto por actos entre vivos, por cualquier título, o por causa de muerte» y añade que también hay sustitución preventiva de residuo «cuando un fideicomitente autoriza expresamente al fiduciario para disponer libremente de los bienes de la herencia o legado fideicomitidos para actos entre vivos y por causa de muerte, y designa uno o más sustitutos para después de morir el fiduciario».

El fundamento de esta institución se encuentra en que el causante trata de evitar la sucesión intestada con respecto a los bienes procedentes de su patrimonio, de los que su heredero o legatario no haya dispuesto. Siendo así que no afecta en absoluto al poder de disposición entre vivos o por causa de muerte del sustituido.

La doctrina discute si la sustitución preventiva de residuo es, en verdad, una modalidad de fideicomiso de residuo, o si por el contrario, tiene una distinta naturaleza jurídica. En el Código Civil cambia la ubicación de su regulación y la sitúa dentro de la sección dedicada al fideicomiso, a diferencia de lo que sucedía en el Código de Sucesiones, donde se regulaba en una sección distinta. Esto

podría entenderse como un argumento a favor de la primera opción indicada, sin embargo, la mejor doctrina aboga por la naturaleza jurídica específica de la sustitución preventiva de residuo, caracterizada por el carácter preventivo de la sustitución³².

En todo caso, a falta de una regulación específica para la sustitución preventiva de residuo será de aplicación analógica la establecida para los fideicomisos.

Mientras es titular de la herencia el primer instituido, el sustituto preventivo goza de una expectativa de suceder que solamente se hace efectiva si se cumple el hecho futuro e incierto de que el primer instituido muera sin haber designado heredero voluntario. En este sentido establece el artículo 426-9.3 CCCat que «la delación a favor de los sustitutos preventivos de residuo solamente tiene lugar si el heredero o legatario mueren sin haber otorgado testamento o heredamiento válido y eficaz, o si los herederos que los sustituidos han instituido no llegan a sucederlos por cualquier causa».

Los bienes de los que el heredero o legatario sustituidos no hayan dispuesto son adquiridos por los sustitutos preventivos como sucesores del testador que ordenó la sustitución (art. 426-59.4 CCCat). La sustitución preventiva de residuo queda sin efecto por renuncia o indignidad sucesoria de todos los sustitutos, o por el hecho de premorir todos éstos al heredero o al legatario substituidos (art. 426-59.5 CCCat).

BIBLIOGRAFÍA

- AMAT LLARI, Eulàlia, «Comentari als arts. 426-13 a 426-19 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 550 a 575.
- «La facultad de disponer del heredero fiduciario. Comentario a la STSJC 1.4.2004», *Indret*, 2004-3.
- BORREL I SOLER, *Derecho Civil vigente en Cataluña*, Tomo V, Bosch Barcelona, 1944.
- BRANCÓS NÚÑEZ, Enric, «Comentarios a los arts. 206-234 CS» en JOU MIRABENT, Lluís (Coord), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, T. 2, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 769-847.
- CUMELLA GAMINDE, Antoni, «Comentari als arts. 426-36 a 426-43 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 658 a 687.
- DOMINGO AZNAR, Antonio, *El fideicomiso y la sustitución fideicomisaria*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

³² Vid. por todos, MARSAL, ob. cit, p. 741.

- FLORENSA I TOMAS, Carles Enric, «Comentari als arts. 426-27 a 426-30 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 617 a 643.
- FOLLIA CAMPS, Roberto, «Comentario a los arts. 243-249 CS» en JOU MIRABENT, Lluís (Coord), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, T. 2, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 884-891.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen; LLOBET AGUADO, Josep; SOLÉ RESINA, Judith; e YSÀS SOLANES, Maria, *Derecho de Sucesiones Vigente en Cataluña*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- GINER GARGALLO, Antoni, «Comentari als arts. 426-1 a 426-12 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 520 a 549.
- LLOBET AGUADO, Josep, «Comentari als arts. 426-26 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 607-616.
- MARSAL GUILLAMET, Joan, «Comentari als arts. 426-44 a 426-59 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 688 a 745.
- MONTSERRAT VALERO, Antonio, «Las garantías del fideicomiso en el nuevo Codi de Successions catalán» a Area De Dret Civil-Universitat De Girona (Coord.) *Setenes Jornades de Dret català a Tossa. El nou Dret successori de catalunya*, PPU, Barcelona, 1994, pp. 385-400.
- MULLERAT I BALMAÑA, Ramón María, *La quarta trebeliànica*, Mullerat, Barcelona, 1971.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «Comentario a los artículos 162 a 216 de la CDCC» en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XXIX-1, 2.^a Ed, Edersa, Madrid, 1978.
- «El inventario en la detracción de la cuarta trebeliánica. Sentencia del tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1973», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1974, pp. 115-154.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del; VAQUER ALOY, Antoni; y BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona, 2009.
- PUIG FERRIOL, Lluís, *El heredero fiduciario*, Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil Durán y Bas, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1965.
- PUIG FERRIOL, Lluís y ROCA TRIAS, Encarna, *Instituciones del dret civil de Catalunya. Vol III Dret de Successions*, 7.^a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ROCA SASTRE, Ramón María, *El fideicomiso «si sine liberis decesserit» y el Código Civil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1956.
- *Estudios de derecho Privado*, 2 vol., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948.
- RUBÍ I PUIG, Antoni y PIÑEIRO SALGUERO, José, «Comentari als arts. 426-20 a 426-21 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 578 a 586.
- SABATER y OLIVET, Antonio, «La cuarta trebeliánica», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, p. 23 y ss.

- SAGUER I OLIVET, Emilio, *Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña*, Carreras, Gerona, 1913.
- SOLE RESINA, Judith, «Comentari als arts. 426-32 a 426-35 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 644 a 658.
- «La nueva configuración de la cuarta trebeliánica o cuota libre», *Actualidad Civil*, núm. 15, septiembre 2009, pp. 1.733 a 1.745.
- VALLS XUFRE, Josep M.^a, «Comentario a los arts. 180 a 205 y 235 a 242 CS» en JOU MIRABENT, Lluís (Coord), *Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, T. 2, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 701 a 768 y 847-685.
- YSAS SOLANES, Maria, «Comentari als arts. 426-23 a 426-25 CCCat» en EGEA FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (Dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 594 a 606.

Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales

ROSA M. ANGUITA RÍOS
Prof. Contratada Doctora
Universidad de Jaén

RESUMEN

En todo procedimiento de separación matrimonial hay tres puntos de fricción: la custodia de los hijos, la pensión alimenticia y/o compensatoria y la vivienda familiar centro de convivencia donde han ido dirigidos la mayor parte de los ingresos. Sobre esta última tratan las siguientes líneas, en concreto en dar respuesta a la pregunta ¿a quién corresponde el uso de la vivienda en los supuestos de crisis matrimonial? Para ello combinamos las fuentes de las distintas soluciones (la voluntad de los interesados, el criterio legal y la interpretación jurisprudencial) con la diferentes situaciones jurídicas en las que se puede encontrar el inmueble (en dominio, compartido, individual o de un tercero, o en disfrute). Toda reforma legal conlleva un proceso que obliga, mientras tanto, a una reinterpretación del precepto en discordia, en este caso del artículo 96 CC, para adaptarlo a la realidad económico-social de las familias españolas. En este estudio se aconseja la temporalidad y la enajenación del inmueble para el desbloqueo de las situaciones de custodia compartida o donde el interés más necesitado de protección no es excluyente del interés del otro cónyuge.

PALABRAS CLAVE

Vivienda, familia, ruptura matrimonial, sociedad de gananciales, interés más necesitado de protección, arrendamiento.

SUMMARY

In every legal separation process there are three controverted points: child custody, alimony or compensatory support, and marital residence, where the couple has cohabited and most part of incomes have been laid out. This research paper is concerned with the marital residence. In particular, it aims to find an answer for the question of who belongs to use and occupancy of marital residence in matrimonial split-ups. In finding an answer to this question, we combine the different sources (spouses' agreement, legal criteria and case law) with the different legal situations maybe the real estate is (fee simple, tenancy in common, sole owner, third-party owner, quite enjoyment). Every legal reform involves a process, which makes necessary a re-interpretation in the meantime of the discussed provision –in this case, article 96 of Spanish Civil Code– in order to adapt it to the current economic and social situation of Spanish families. In this paper we advise temporality and sale of real estate for the breaking of the deadlock in joint custody situations, or in those cases where protection of one spouse's best interest does not exclude protection of the other spouse's interest.

KEY WORDS

Real estate, family, matrimonial breakdown, community property, protection of one spouse's best interest, renting.

SUMARIO: I. *Estado de la cuestión ¿es necesaria una reforma legal?*
 II. *Atribución del uso de la vivienda.* 1. *Atribución convencional del uso de la vivienda.* 2. *Atribución judicial del uso de la vivienda.*
 a) *Análisis del artículo 96 del Código Civil.* b) *Inscripción en el registro de la propiedad del derecho de uso.* c) *Contribución a los gastos de la vivienda tras la nulidad, separación o divorcio.* d) *Disposición de la vivienda común tras la separación, divorcio o nulidad.*—III. *Vivienda familiar arrendada por uno de los cónyuges.*—IV. *Vivienda familiar propiedad de terceros.*

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN ¿ES NECESARIA UNA REFORMA LEGAL?

Uno de los aspectos más controvertidos de las crisis matrimoniales que acceden a los Tribunales es la cuestión relativa al uso de lo que fue hasta ese momento la vivienda familiar, porque constituye uno de los mayores gastos que ha de afrontar la familia y porque es la forma de mantener el *status quo* tras la ruptura. La regulación

legal así lo refleja, siendo una de las cuestiones que ha de valorar el Juez ya sea antes de la demanda de separación o divorcio, ya durante el proceso, ya al finalizar el mismo.

A quién corresponderá el uso de la vivienda será una cuestión que se determinará en la sentencia que decreta la separación o el divorcio, sea contenciosa o amistosa, pero no es una cuestión exclusiva de la misma, sino que ya se ha podido plantear cuando tan sólo existía la mera intención de solicitar la separación o divorcio (art. 104 CC), o al aceptar la demanda como medida protectora de los cónyuges mientras se resuelve el pleito (art. 103 CC). Recordemos que el artículo 103.2 CC dispone que tras la interposición de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, y a falta de acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente, el Juez decidirá, como medida provisional mientras dure el proceso, cuál de los cónyuges debe continuar usando la vivienda familiar. Y en esta misma línea el artículo 104 CC preceptúa que esta medida podrá adoptarse incluso antes de interponerse la demanda, como medida provisionalísima, si bien, para seguir siendo efectiva será necesario presentar la demanda en un plazo de treinta días. Por lo tanto, podemos observar como incluso antes de dictarse la sentencia definitiva, el Juez ya tiene que tomar decisiones sobre la vivienda, atribuyendo su uso a uno de los cónyuges, sin hacer distinción, según entendemos¹, entre la vivienda en propiedad de uno de ellos o la vivienda arrendada por uno solo de los cónyuges.

Y no solamente eso, sino que el Juez de Instrucción, dentro de las medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica y amparado por la Ley 27/2003, también va a poder entrar a valorar esta situación familiar respecto a la vivienda cuando el cónyuge sea víctima de violencia doméstica y no exista pronunciamiento civil al respecto. Medidas que podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, y el régimen de prestación de alimentos (art. 544 ter apart. 7 LECrim²), teniendo una vigencia de treinta días, salvo iniciación del correspondiente proceso matrimonial en cuyo caso se prorrogarán treinta días más a contar desde la presentación de la demanda. Todo ello sin perjuicio de la competencia que corresponda a los Juzgados de

¹ En contra DÍAZ MÉNDEZ, LEGIDO LÓPEZ y LOMBARDÍA DEL POZO (*Visión judicial sobre los aciertos y desaciertos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos: aspectos sustantivos y procesales. –Comentario urgente a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre–*, Granada, Comares, 1995, pág. 59) que sostienen la no aplicación del artículo 15 LAU en sede de medidas provisionales o provisionalísimas por no tener carácter definitivo.

² Artículo añadido por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.

Violencia sobre la Mujer³, quienes también podrán adoptar estas medidas dentro de sus competencias civiles, además de penales⁴. La violencia ejercida en el entorno familiar obliga a buscar una acción integral en los juzgados que aúne medidas cautelares penales sobre el agresor y medidas protectoras de índole civil que evite el desamparo de la víctima y su familia. No se trata ya de atender al interés privado de la víctima, sino al interés público consistente en garantizar, rápidamente, una cierta estabilidad psicológica y económica de aquellas personas que, además de ser víctimas directas o indirectas de la violencia, se ven inmersas en unas circunstancias que rompen las relaciones afectivas o de seguridad que hasta aquel momento formaban parte de su vida⁵.

La vivienda junto con la determinación de la custodia y de la pensión son el eje de estos procedimientos.

Por lo tanto, ya conocemos que la vivienda es una de las cuestiones más peliagudas que ha de afrontar la pareja y que la conflictividad a la que puede llegar la falta de acuerdo sobre la cuestión exige a los Tribunales civiles, y a veces penales como hemos señalado, una intervención activa para dirimir el conflicto. Pero, ¿qué se entiende por vivienda?, ¿cuáles son los criterios de atribución?

Se entiende por vivienda aquella donde de modo permanente y estable, y como centro de la convivencia íntima, han venido habitando los esposos e hijos hasta el momento de producirse la crisis matrimonial⁶. La vivienda no es un mero concepto patrimonial, sino un bien adscrito al servicio del conjunto familiar, independientemente de la titularidad de aquélla.

Los anexos, entiéndase el trastero, el garaje o terrenos anejos, se han de atribuir junto a la vivienda familiar cuando se obtenga una

³ En caso de que por no existir Juzgado de Violencia sobre la Mujer en el término judicial, por no contar con un horario de guardia o por los casos cuyo ámbito subjetivo queda fuera de la competencia de este juzgado especial, los Juzgados de Instrucción serán competentes. Sobre la competencia de estos Juzgados, ver a MOLINA GIMENO, F.J.: «Sugerencias de reforma en materia penal derivadas de la aplicación práctica de la LO 1/2004 (RCL 2004, 2661) de medidas de protección integral contra la violencia de género», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 741/2007.

⁴ UTRERA GUTIÉRREZ, J.L.: «Aspectos Civiles de la violencia doméstica. Coordinación entre la jurisdicción civil y la penal», en *Encuentros «Violencia Doméstica»*, CGPJ, Madrid 2004 (Ponencias presentadas en los Encuentros sobre Violencia Doméstica celebrados en Madrid, septiembre-octubre 2004, págs. 286 y ss.) y GARCÍA ABURUZA, M.P.: «La violencia doméstica desde el ámbito civil», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11/2009.

⁵ Sobre estas cuestiones de competencia y sobre el ámbito de aplicación del artículo 544 ter LECrim, ver a SERRANO MASIP, M.: «Efectos negativos de la proliferación de normas reguladoras de medidas cautelares y de protección aplicables a la violencia de género», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 1/2007.

⁶ Es un concepto que no está relacionado con el de titularidad, pues existen sentencias que contemplan como vivienda familiar la privativa de la esposa donde venía residiendo el matrimonio, a pesar de existir otra vivienda propiedad de la sociedad de gananciales (SAP de Pontevedra, de 23 de enero de 2007).

utilidad directa por los ocupantes de la misma (la cochera para guardar el vehículo familiar, el parterre que utilizan los hijos como lugar de juegos, etc.), sin que sea el criterio determinante que la finca conste como unidad registral independiente. Entiéndase la atribución de los anexos al cónyuge que disfruta de la vivienda por el aprovechamiento relacionado que obtiene. Si la utilidad que se le da a estas zonas es independiente consiguiendo a cambio un beneficio económico (arrendando, por ejemplo, la cochera), su atribución no encajaría en los criterios del artículo 96 CC, sino que se trataría de una medida de administración, propia del artículo 103 apart. 4 CC⁷.

Más problemática resulta la consideración de vivienda familiar a la que aún no ha sido ocupada por encontrarse en construcción o por no haberse mudado aún la familia. Moreno Velasco⁸ lo excluye de esta categoría jurídica por no aparecer el inmueble como el núcleo de la vida en común, sin embargo, hay sentencias en sentido opuesto⁹.

La vivienda puede corresponder a quien quede en la guarda de los hijos, a uno de los esposos por tiempo determinado, ya sea titularidad de uno o de los dos, a ambos cónyuges compartiendo su uso o de forma alternativa hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. En cualquier caso, son tantas las soluciones como casos y necesidades distintas que atender en cada situación.

En toda esta discusión de trasfondo legal tenemos al artículo 96 CC que establece las pautas que ha de seguir el Juez ante la ausencia de acuerdo entre los cónyuges sobre la vivienda. Partiendo de que toda decisión tomada por tercero ajeno a la relación será traumática para alguna de la partes, el Juez resolverá atendiendo al interés de los hijos y, a falta de estos, del cónyuge cuyo interés sea más necesitado de protección.

Recogiendo todo lo dicho hasta ahora, resulta que el destino de la vivienda es uno de los «puntos más calientes» en todo proceso de separación y, pese a ello y precisamente por ello, es difícil llegar a un acuerdo sobre quién disfrutará la vivienda, teniendo que decidir entonces una persona que sólo conoce datos objetivos sobre la pareja (la edad, la capacidad laboral o el nivel de ingresos). La decisión será difícil y, en la mayoría de los casos, no gustará a todos.

⁷ Ver SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de mayo de 2006 (JUR 212678).

⁸ «Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho», en *Diario La Ley*, núm. 7.105, febrero de 2009.

⁹ Es el caso, por ejemplo, de la SAP de Jaén, de 28 de abril de 2005 (JUR 148995), que considerándolo como el único bien ganancial al que han ido dirigidos la mayor parte de los ingresos de los esposos, la intención manifiesta de convertirse en domicilio familiar, la habitabilidad y su ubicación son razonamientos suficientes para atribuir el uso de esta vivienda en construcción a la esposa e hijos.

Actualmente podemos destacar el malestar social que existe por los fallos que ponen fin a estos procesos, por el automatismo con que se resuelven los casos, por el trato recibido por quien es cónyuge-mujer-madre. De la separación resulta en muchas ocasiones un desequilibrio económico en perjuicio del marido al atribuirse la custodia a la madre y, por ende, el uso de la vivienda por residir con los hijos. Entonces, el esposo tiene que contribuir al pago del préstamo hipotecario de una vivienda que no sabe cuándo recuperará, atender el gasto que le genera abandonar el domicilio familiar y demás cargas originadas por la ruptura matrimonial.

El problema generado no es directamente achacable al artículo 96 CC. No creemos que sea necesaria una reforma inmediata del precepto para evitar estos perjuicios. La solución viene de la mano de la interpretación del mismo. Según el artículo 3 CC las normas se interpretan atendiendo al tenor literal de las palabras, al contexto, a los antecedentes históricos y a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. En estos momentos, sobre la interpretación sociológica es donde debemos volcar mayor atención. Ahora que se comparten responsabilidades, tareas y custodias, tras la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio; ahora que la mujer goza de una mayor independencia y tiene la libertad y la preparación para acceder al mundo laboral, es el momento de buscar un sentido acorde a la aplicación del artículo 96 CC. Así lo están haciendo las últimas sentencias al limitar en el tiempo el disfrute de la vivienda a favor de uno de los cónyuges, para que pasado este plazo los dos esposos, si son titulares, puedan acceder a la parte del precio que corresponda tras la liquidación del inmueble. Como temporales son también las pensiones compensatorias atendiendo a la duración efectiva de la convivencia, la edad del cónyuge y las posibilidades de rehacer su vida. En muchas ocasiones, el interés más necesitado de protección no es el de uno de los cónyuges, a veces, el interés de uno de ellos no excluye el del otro, sino que la protección ha de ir dirigida a ambos, por lo que ambos tendrán que acceder a los beneficios del uso o del precio obtenido tras la venta. Cuando el Juez no determina el uso o fija su carácter alternativo, lo que se pretende es inducir a las partes a la liquidación del bien. De esta situación se hace eco Manzana Laguarda¹⁰ que sumando determinadas circunstancias como la edad de los cónyuges, la escasa duración del matrimonio, la inexistencia de hijos y la titularidad compartida de una vivienda cuyo préstamo difícilmente terminarán de abonar, descripción de una realidad hoy muy fre-

¹⁰ «La atribución del uso de la vivienda familiar (criterios judiciales)», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2007.1

cuente, permite inclinarse por la no atribución del uso de la vivienda a ninguno de los esposos con la finalidad de favorecer la efectiva división de la vivienda, bien a través de su venta, bien a través de la adjudicación a uno de ellos.

Es cierto que la ley atribuye el uso al cónyuge custodio, pero nada dice sobre la temporalidad, no puede ser ésta una medida definitiva. La atribución del uso de la vivienda no puede ser indefinida, sino que está sometida al principio de temporalidad. La duración se entiende mientras subsista la necesidad de ocupación y no cambien las circunstancias que motivaron tal decisión.

La custodia de los hijos ha sido la llave que otorgaba la vivienda familiar en los procesos de separación y divorcio. Con la custodia compartida el panorama legal se ha de adaptar, pues el artículo 96 CC estaba pensado para la guarda y custodia unilateral. Ante estos casos caben tres pronunciamientos judiciales, criterio judicial al que remite el número dos del artículo 96 cuando alguno de los hijos queden en compañía de uno y los restantes en la del otro. Serían los siguientes. Uno, que los hijos permanezcan en la vivienda familiar y sean los padres los que se desplacen en los periodos establecidos, entonces la vivienda se atribuirá a los hijos y al progenitor que en cada momento los tenga en su custodia, quien será además el que asuma los gastos de la casa familiar, salvo pacto en contrario. Dos, que sean los hijos los que cambien de domicilio, en cuyo caso se atenderá al interés más necesitado de protección para atribuir el uso de la vivienda, pudiendo limitar en el tiempo esta atribución. Y tres, que el Juez no asigne la vivienda a ninguno de los esposos, propiciando, en estos casos de titularidad compartida, la división de la comunidad.

Ciertamente no consideramos la inminencia de una reforma, pero sí aconsejamos una actualización del precepto. La jurisprudencia ha demostrado que tras las reformas en materia de Derecho de familia se puede seguir atendiendo a estas situaciones de crisis matrimonial con el material legal del que disponemos. Muchas cuestiones doctrinales, por ejemplo la naturaleza del derecho de uso y su inscripción, están empezando a ser pacíficas, por lo que un pronunciamiento legal que careciese de la suficiente concreción supondría un retroceso. No obstante, muchos autores instan a la reforma de un artículo tan problemático. En este sentido tendríamos que partir de un presupuesto clave: es imposible que la letra de la ley contemple el ingente número de circunstancias y situaciones que pueden aconsejar la determinación del uso. Por tal motivo, se acompañará el precepto, inevitablemente, de una cláusula de estilo que venga a decir, como lo hace actualmente, que «se resolverá lo

procedente». Y tal vez, precisamente por la variedad de supuestos, no sea aconsejable recoger de forma taxativa a quién debe ir atribuida la vivienda, sino que se recoja textualmente, a modo de la legislación belga, el criterio general de atender al interés de la familia unido, en su caso, al interés profesional y, en cualquier caso, quede garantizado siempre el derecho de habitación del menor¹¹.

En cualquier caso, esa reforma tendría que ser suficiente para dar solución a las situaciones de custodia compartida, los casos de atribución de la vivienda a uno de los cónyuges perteneciendo a ambos la titularidad del inmueble y ser más explícito en la determinación del plazo de uso. Teniendo bien claro que, en cualquier caso, ya sea en la regulación actual como en la futura, la atribución del domicilio familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden no es una medida imperativa y de aplicación automática. Incluso se podría abrir el abanico a otras opciones, como se hace en Inglaterra y Francia, al conceder la vivienda en arrendamiento al cónyuge no propietario cuyas circunstancias lo aconsejen.

En las siguientes líneas atendemos a las distintas situaciones en las que se puede encontrar el inmueble tras la ruptura matrimonial. No queremos exponer una relación de sentencias¹², sino recoger, atendiendo a la jurisprudencia, los puntos que puedan resultar más conflictivos. Nuestra intención es la expositiva, la aplicación práctica de la Ley por los Tribunales, sin profundizar en el debate científico doctrinal que algunas cuestiones han generado.

II. ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA

1. ATRIBUCIÓN CONVENCIONAL DEL USO DE LA VIVIENDA

Tras la reforma operada por la Ley 15/2005, la suspensión de la vida en común de los cónyuges como la disolución del matrimonio se hacen depender exclusivamente de la voluntad de quienes ya no desean seguir unidos por ese vínculo, sin que se exija otra condición que el mero requisito temporal consistente en que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. El Juez ya no tiene que revisar la concurrencia de las causas legales estableci-

¹¹ Sobre las claves de una futura reforma, ver los distintos Encuentros entre jueces y magistrados de familia, fiscales y secretarios judiciales con abogados de la Asociación española de Abogados de Familia recogidas en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 100, 2010 (abril).

¹² En tal sentido y sobre el comentario a las mismas, ver MURILLAS ESCUDERO, J.M.: «Crisis conyugales: limitaciones de uso de la vivienda familiar», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 705, 2008 (enero-febrero).

das en los antiguos artículos 82 y 86 CC para continuar con el procedimiento. La autonomía de la voluntad encuentra una mayor cabida en esta rama del Derecho considerándola como una herramienta eficaz para que la pareja resuelva asuntos de índole personal y patrimonial que puedan afectar a sus relaciones familiares.

En los procesos de separación y divorcio de mutuo acuerdo la intervención del Juez se limita a funciones de control. Control que se extiende tanto a la protección de los menores, principio rector de la regulación, como a los intereses de los propios cónyuges, en evitación de pactos leoninos o gravemente perjudiciales. Por consiguiente, la intervención judicial irá dirigida a garantizar la aplicación legal de los márgenes que señalan los artículos 90 y ss. Esta intervención debe respetar la autonomía concedida a los cónyuges para establecer las medidas oportunas en orden a la liquidación del patrimonio ganancial y establecimiento de la pensión compensatoria. Respetando estas cautelas, la intervención del Juez se limita a la homologación del convenio consiguiendo el mismo valor que los concluidos en los procesos contenciosos.

Si no existen hijos menores, el procedimiento en estos casos de acuerdo es extraordinariamente sencillo, pues se limita a la comprobación del requisito legal relativo al transcurso del período de tres meses exigido por el Código Civil y a la homologación de las medidas patrimoniales convenidas entre los cónyuges, cuyo convenio, por recaer sobre materia dispositiva que sólo a ellos afecta, no puede dejar de homologarse (salvo que fuera contrario a la ley o al orden público, artículo 1255 CC).

Si hay hijos menores o incapacitados, la tramitación ha de ser más compleja pues, atendiendo a su interés y al tener que afectarles forzosamente la resolución que se dicte, resultará necesaria la audiencia de los menores, si tuvieren suficiente juicio, así como, en su caso, la de los abuelos respecto del régimen de visitas y comunicación que les afecte, y en todo caso la del Ministerio Fiscal que asume por ministerio de la ley la representación y la defensa de aquéllos, lo cual exige arbitrar un trámite procedimental al que se alude en el artículo 777 apart. 5 LEC. Por otra parte, la propuesta de convenio, en lo que se refiera y afecte a los hijos menores o incapacitados, es materia sustraída a la disposición de los cónyuges que habrá de ser objeto de examen por el Tribunal para su aprobación, lo que puede requerir la práctica de pruebas para apreciar si procede o no aprobar en cada caso la propuesta que se formule. Cuando existan hijos menores o incapacitados la autonomía de la voluntad de los cónyuges no es completa, sino que queda, en todo

caso, sujeta al control del Juez, el cual se convierte en tutelador de los intereses de los hijos.

Las actuaciones relativas a la audiencia de los menores y a la práctica de las pruebas deberían desarrollarse sobre la base de las sencillas reglas procedimentales del juicio verbal, y en todo lo no previsto en el artículo 777 se observarán las normas generales sobre el régimen de los actos procesales contenidas en la LEC¹³.

Así pues, el convenio regulador y, por ende, el acuerdo sobre el uso de la vivienda puede correr una suerte diversa. Puede ser aprobado judicialmente, en cuyo caso el acuerdo de las partes cobra toda su validez jurídica derivada de la decisión judicial. Por el contrario, si no es aprobado, la decisión judicial sustituye al acuerdo de las partes. Lo que también sucederá cuando no se presente el convenio por tratarse de un proceso contradictorio, en cuyo caso lo que tendría que haber sido el convenio regulador se convierte en una resolución judicial que es preceptiva en todos los casos de separación y divorcio (art. 103 CC). Por último, puede ser aprobado en parte, en cuyo caso los cónyuges deben corregir el aspecto reprobado por el Juez a fin de darle un contenido que pueda ser aprobado judicialmente. Este rechazo judicial versará, tal y como hemos manifestado, en las cuestiones relativas a los hijos ya que en todo lo que sea estrictamente patrimonial, los cónyuges tienen toda la disponibilidad que la ley les otorga. También puede ocurrir que el convenio sea aprobado tal y como esté presentado por las partes y el Juez decida completarlo en los aspectos en los que los cónyuges han guardado silencio, sin necesidad de restarle toda validez a lo que sea jurídicamente correcto.

Una vez que el convenio es aprobado y homologado judicialmente, se le reconoce fuerza ejecutiva al quedar integrado dentro de una sentencia y considerado como título suficiente para acceder al Registro de la Propiedad. La falta de refrendo judicial no desmerece su consideración de negocio jurídico con eficacia *inter partes*¹⁴.

No obstante, hay ocasiones en que se desdice esta eficacia del convenio regulador negándole virtualidad al pacto contenido en él, caso de la promesa de donación de la parte indivisa de la vivienda a favor de los hijos del matrimonio que deja de ser eficaz, y así le da apoyo jurídico una sentencia¹⁵, por el cambio de voluntad del promitente, sin reconocer, como así hacen otras resoluciones, que ese pacto engloba una pluralidad de contraprestaciones, de tal manera que todas ellas se complementan entre sí, hasta el punto de

¹³ Sobre la materia v. MONTERO AROCA, FLORS MATÍES y ARENAS GARCÍA: *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*, Tirant lo Blanch, 2006.

¹⁴ SAP de Castellón de 19 de abril de 2005 (JUR 132330).

¹⁵ STS 24 de enero de 2008 (RJ 218).

que, muy probablemente, las unas no se habrían pactado sin las otras¹⁶.

Más interesante resulta para el análisis jurídico los procesos contenciosos matrimoniales al tener que buscar un fundamento que justifique la decisión que no viene refrendada y acreditada por el acuerdo de los afectados.

2. ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA

a) *Análisis del artículo 96 del Código Civil*

El artículo 96 CC se refiere íntegramente a la vivienda tras la ruptura matrimonial y, en particular, a los criterios que ha de valorar el Juez en dichos casos.

El objetivo que nos marcamos al abordar este epígrafe no es el de realizar un exhaustivo análisis del precepto, para lo cual ya existen numerosos manuales y comentarios al uso a los que nos remitimos, sino un examen de aquellas cuestiones que por su actualidad y aplicación merecen una reflexión.

Apart. 1 y 2: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.»

Como bien queda dicho, los esposos en el convenio regulador han podido atribuir el uso de la vivienda y del ajuar familiar a uno de ellos (art. 90 CC). Pero si esto no ha sucedido o no ha habido acuerdo, la convivencia con los hijos determinará la continuidad en la vivienda. Y ello, en interés de los hijos, no del cónyuge asignado. La existencia de hijos menores provoca que la medida de atribución de la vivienda familiar sea de carácter asistencial y no económico, y que los tribunales no tengan en cuenta el carácter privativo o ganancial de la vivienda conyugal.

La fijación de la custodia conlleva básicamente la determinación de aquel de los progenitores que va a convivir y a compartir con el menor las situaciones cotidianas relativas a su educación y control. Su ejercicio, a diferencia del de la patria potestad que se

¹⁶ Recoge esta doctrina LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J.F.: «Nulidad de pacto de adjudicación de inmuebles a hijos comunes en convenio regulador (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 2/2008 de 24 de enero)», en *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 5/2008, Aranzadi.

refiere a cuestiones de mayor trascendencia, se desenvuelve en un quehacer cotidiano y doméstico que va a permitir al progenitor que la obtenga desarrollar un mayor grado de afectividad y relación personal con el hijo. En la práctica, cuando se debate acerca de la custodia de los hijos, lo que se está planteando además es el tema de la residencia. De tal manera que se invierte el razonamiento: con quien se quede a vivir el hijo será el progenitor que ejerza la tarea cotidiana de educación y control del menor.

Por lo tanto, tal y como está planteado el sistema en nuestra actual legislación, del otorgamiento de la custodia se hacen depender otras medidas de gran trascendencia generadoras de un alto grado de conflictividad entre los progenitores, tales como la atribución de la vivienda familiar y la designación del deudor de la pensión de alimentos. Así, el progenitor que se queda al cuidado de los hijos se ve favorecido con la atribución de la vivienda familiar mientras que el otro, además de quedarse sin la compañía de los hijos y sin vivienda, ha de contribuir al sostenimiento de los hijos comunes con el pago de la pensión de alimentos. Tal planteamiento, que si bien en determinados casos debe promoverse dadas las circunstancias que envuelven el caso, en otros no se presenta como la opción más acorde para satisfacer los intereses de las partes en conflicto. Existen otros modelos que, en atención a los diferentes supuestos y circunstancias, pueden igualmente tomarse en consideración para conseguir que con posterioridad a la separación o divorcio, ni los hijos vean fracturada su relación con uno de sus progenitores, ni los progenitores se vean excluidos del ejercicio de sus deberes y derechos paternales.

Las modalidades para atender a la custodia de los hijos son: la clásica, de reconocimiento de la custodia a uno de los progenitores y atribución de unos periodos de visitas; la atribución exclusiva de la custodia a uno de los cónyuges pero con el otorgamiento de un amplio derecho de visitas distinto del ordinario de fines de semana y periodos vacacionales; y la custodia compartida.

Que se le asigne a uno de los esposos la custodia del hijo o hijos determinará a quién corresponde el uso de la vivienda, pero qué sucede en los supuestos excepcionales de custodia compartida, y hablamos de excepcionales pues se han de dar una serie de condicionantes materiales y físicos para que hagan aconsejable este sistema de custodia¹⁷.

¹⁷ Por ejemplo, se desaconseja cuando la residencia de los padres no se encuentra en la misma localidad (SAP de Valencia, de 31 de mayo de 2006, JUR 259326); no se dan las condiciones emocionales o aptitudes necesarias entre los progenitores para poner en práctica una medida tan ventajosa como compleja; existe la oposición de cualquiera de las

La custodia compartida, aun cuando conlleve inconvenientes en el modo de vida y estabilidad física de los menores, puede resultar aconsejable en situaciones en las que ambos progenitores desarrollen tanto una aptitud suficiente para el cuidado y desarrollo del menor, como una actitud proclive y favorable a que el hijo común siga manteniendo una relación afectiva con ambos.

La custodia compartida presenta muchos interrogantes¹⁸, entre ellos quién se quedará con la vivienda familiar.

Asignándose la vivienda a los hijos, y cuando así lo haga aconsejable la estabilidad del menor, corresponderá el uso de la vivienda al que en ese periodo se encuentre en su compañía. De tal forma que, si la distribución de los periodos de guarda son por semestres¹⁹, durante esos meses usará la vivienda el progenitor que corresponda²⁰. Sin embargo, hay que reconocer que esta situación no deja de ser una incomodidad para todos, amén de una fuente segura de conflictos que casa mal con la institución de la guarda y custodia compartida. Entonces, si la decisión pesa sobre el Juez tendrá que tener en cuenta, por supuesto, el interés del menor y, en su caso, el interés más necesitado de protección para dirimir a cuál de los cónyuges favorecer con la medida: quién se queda en el hogar y quién tiene que buscarse otra vivienda aunque compartan custodia.

El motivo de entender que el órgano judicial ha de utilizar este criterio, «el más necesitado de protección», también en estos supuestos de guarda compartida es porque, según el apartado segundo del artículo 96, el Juez será quien resuelva lo procedente en los casos en que ambos progenitores mantienen la convivencia diaria con los hijos. Entonces, el criterio que debería poner en práctica es el segundo, recordemos que el primer criterio viene determinado por el que quede en compañía de los hijos, que marca el precepto recogido en el apart. 3 de este mismo artículo, esto es, atender a la situación del cónyuge más desfavorecido.

Hay situaciones que no plantean dudas. La STSJ de Cataluña, de 5 de septiembre de 2008 (RJ 2009/1449)²¹ fundamentó su fallo en la convivencia previa de la hija con la madre y en el nivel de ingresos de los progenitores para declarar el uso de la vivienda a favor de

partes implicadas; o es discutible su conveniencia cuando se trata de niños de corta edad (STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2008, RJ 2009/643).

¹⁸ Sobre estas cuestiones ver, CAMPUZANO TOMÉ, H.: «La custodia compartida: doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales», en *Aranzadi Civil*, núm. 22/2004.

¹⁹ Los periodos pueden cambiar de unos casos a otros dependiendo de la situación. Hay sentencias que establecen la alternancia por periodos de un año y otras cada 15 días.

²⁰ SAP de Castellón de 23 de octubre de 2006 (JUR 2007/228244) y SJPI n.º 8 de Gijón de 3 de octubre de 2008 (AC1963).

²¹ Esta sentencia también se refiere a otras cuestiones casacionales atendiendo al Derecho foral recogido en el Código de Familia de Cataluña de 15 de julio de 1998.

la madre²². Es decir, estas circunstancias previas permiten adoptar una medida congruente respecto a la vivienda, acorde con la situación de hecho y con la Ley. Pero qué ocurre cuando no podemos decantarnos por una situación más protegible que otra, porque ambas partes trabajen, cuenten con un nivel aceptable de ingresos, tengan que hacer frente a partes iguales a los gastos de sus hijos, siendo irrelevante a estos fines el que una parte tenga unos ingresos ligeramente superiores a la otra, entonces, ante la falta de un interés susceptible de prioritaria protección no resta otra solución a la problemática suscitada que volver a la atribución del derecho de uso de la vivienda por períodos alternativos²³, o a uno de ellos por un tiempo prefijado en la sentencia, siempre y cuando no haya otro acuerdo entre los esposos. Es decir, cuando se demuestre que ambos intereses están necesitados de protección, sus recursos económicos son similares, ninguno tenga otra vivienda y la existente sea ganancial, en estos casos, lo mejor es que el Tribunal acuerde una atribución alternativa del uso, por años sucesivos, con posibilidad de modificación por un acuerdo de las partes ratificado judicialmente.

Cualquiera de estas opciones será mejor que la de compartir los progenitores la vivienda junto con los hijos. Se entiende sobre aquellos inmuebles en los que cabe una división material de la vivienda²⁴. La idea de separación o de divorcio es poco acorde con el mantenimiento del uso compartido de la vivienda familiar puesto que, existiendo crisis entre los cónyuges que les impiden seguir conviviendo juntos, el mantenerlos en el mismo espacio es un foco de tensiones. La experiencia ha demostrado que el hecho de la cercanía física no contribuye a solucionar los problemas o aliviar las tensiones derivadas de las rupturas. Ello implica que la atribución conjunta del uso de la vivienda a ambos cónyuges debe quedar reservada a supuestos excepcionales y siempre que existan poderosas razones y especiales circunstancias que lo hagan aconsejable y viable. Incluso la carencia de recursos o la falta de capacidad para acceder a un empleo no son razones suficientes que aconsejen la atribución conjunta.

Ya sea por evitar estas situaciones artificialmente creadas, ya sea porque no hay un exclusivo interés digno de protección, o ya sea por el cambio de mentalidad que la realidad económica y social impone a la hora de afrontar las rupturas matrimoniales, lo cierto es que la liquidación del bien ganancial y el reparto del beneficio entre ambos progenitores es otra de las opciones que empieza a

²² Determina también la atribución del uso en atención al criterio económico la SAP de Barcelona de 27 de julio de 2006 (JUR 2007/124388).

²³ SJPI de Madrid de 19 de julio de 2007 (JUR 276116).

²⁴ SAP de Santa Cruz de 23 de octubre de 1999 que admite la atribución conjunta de la vivienda por estar distribuida en dos plantas.

aplicarse cada vez con más frecuencia y más equitativa puede resultar cuando no existe una disparidad funcional entre las partes, aunque, en estos casos, pueda verse aumentada la contraprestación económica del cónyuge no custodio. Si la titularidad de la vivienda es de uno de los ex cónyuges, también podrá preservar sus facultades dominicales íntegras sin que se vean afectados por la cesión del uso a sus descendientes y cónyuge, utilizando para ello estas medidas que también prevé la regulación en materia de crisis matrimonial, así, por ejemplo, ampliando la dotación mensual en concepto de alimentos para facilitar el arrendamiento de otra vivienda. La prestación económica, en los casos en los que sea posible, puede contrarrestar la no atribución automática de la vivienda a los hijos y al cónyuge permitiendo otra suerte de soluciones.

Apart. 3: «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.»

De este precepto se infiere que, en ausencia de hijos, el criterio a seguir es el de que sea el cónyuge titular de los derechos sobre la vivienda el que, en principio, mantenga su uso, con la salvedad de que podrá atribuirse por el Juez el uso de la vivienda al cónyuge no titular de los derechos sobre ella, cuando las consecuencias del caso lo hagan aconsejable, siendo entonces su interés el más necesitado de protección.

La existencia de unas necesidades acuciantes determina la atribución del uso de la vivienda a su favor aun siendo propiedad del otro cónyuge, por supuesto, también sucederá cuando la titularidad sea compartida. Esto es, la decisión se adopta con abstracción de la cuestión de la titularidad.

Las circunstancias que pongan de relieve esta preferencia en el uso del inmueble pueden ser tanto económicas como profesionales o de tipo social. El Juez habrá de ponderar, por tanto, la necesidad del cónyuge no titular, sus medios económicos, su estado de salud e, incluso, su conducta dentro del matrimonio, así como las necesidades y medios del titular de los derechos sobre la vivienda. Desde la última reforma operada en julio de 2005 en el Derecho de familia, otra de las circunstancias que funcionará en sentido contrario, para excluir la atribución del uso al no titular del inmueble, será la escasa duración del matrimonio, reducido a tres meses como mínimo, siempre que no haya supuestos de violencia.

Pero, repetimos, en igualdad de condiciones, lo más razonable es que el cónyuge titular conserve el uso de la vivienda. Siendo

propiedad privativa de uno de los esposos, la necesidad que acredite el otro cónyuge ha de ser de tal naturaleza que haga imperiosamente necesaria su atribución temporal de uso, con privación de su propietario de un derecho inherente a su título de propiedad. «Faltando este último presupuesto, esto es, que su interés sea más digno de protección en el cónyuge no titular del derecho sobre la vivienda, ninguna medida sobre el particular podrá acordarse en su favor, continuando el otro tras la ruptura en el uso y disfrute de lo que le pertenece, sin necesidad de medida concreta alguna de atribución» [AP Córdoba de 19 diciembre 2000 (AC 2001/6)].

Lo determinante en estas circunstancias para acoger la opción del precepto, asignación de la vivienda al cónyuge no titular, es la situación económica y/o el estado de salud del cónyuge beneficiario.

Respecto al primero, se ha de tratar de una necesidad apremiante, si no fuese así, entendemos que no procede su asignación pues la casa no es suya. Necesidad que deriva de la falta de ingresos o de la escasez de los mismos. En cuanto al estado físico y psíquico del cónyuge se entenderá protegible no sólo por la dificultad de traslado, sino también por los gastos que la enfermedad le hace afrontar.

La atribución del uso de la vivienda familiar por sentencia judicial no puede perpetuarse indefinidamente, ya que el proceso matrimonial en modo alguno puede constituir una carga perpetua en el tiempo, aunque sea económica, para uno de los cónyuges. Por ello, ha de limitarse temporalmente el uso. Si el plazo fuese indefinido, las facultades dominicales de uno de los cónyuges, precisamente el no beneficiario por el derecho de uso, quedarían frustradas indefinidamente, trasgrediéndose los derechos de cualquier propietario recogidos en el artículo 348 CC, o los de cualquier comunero reconocidos en los artículos 392 CC y ss.

Si se fija con un plazo concreto, luego se extingue automáticamente²⁵. De no efectuarse esta acotación temporal, persistirá la tenencia mientras que se mantengan las necesidades dignas de protección²⁶. Así lo entiende la sentencia del TSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2003 (RJ 7128) que considera que no es obligado fijar un término en casos en que la necesidad del cónyuge sea razonablemente duradera, manteniéndose mientras duren las circunstancias que la justifican.

²⁵ Pueden cuantificarse los años de uso o fijar un hecho determinante: la mayoría de edad de los hijos o la finalización de sus estudios.

²⁶ A este mismo criterio hay que atender cuando las partes pactan la atribución del uso de la vivienda (art. 90 CC) sin fijar un límite temporal. Habrá que mantener el uso hasta que se produzca una alteración sustancial de las circunstancias de las partes del acuerdo.

En los casos de dominio compartido y, desde luego, cuando la titularidad es exclusiva de uno de los cónyuges, esta cuestión es una de las cosas en las que se tiene que avanzar, que la falta de establecimiento de un límite temporal sea una auténtica excepción. No obstante, las sentencias concentran en dos argumentos la ausencia de un pronunciamiento acerca del plazo cierto para el cese del uso. Por un lado, en que no puede ser prevista racionalmente una fecha en que la situación de precariedad económica deja de existir, ya que depende de circunstancias futuras e inciertas. Por otro lado, en que existen suficientes mecanismos legales para modificar una situación dictada en el proceso de separación o divorcio. Pero este último razonamiento se puede aplicar en ambos sentidos: tanto en un sentido negativo, para modificar una sentencia de divorcio que no fija un plazo de posesión para el cónyuge beneficiario por la incertidumbre económica que le rodea, como en un sentido positivo, para modificar una sentencia dictada en el proceso matrimonial en la que sí establece un plazo cuando éste se debe alargar al continuar la situación de precariedad que lo ampara.

Apart. 4: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.»

La finalidad del apartado sigue siendo la misma que la del precepto donde se incardina: la protección de la vivienda familiar. Sería fácilmente eludible la medida judicial que decide sobre el uso de la vivienda, si el propietario lo transmitiese a un tercero de buena fe, ajeno al conflicto familiar. Por tal motivo, el Registro de la Propiedad también ha de contribuir al conocimiento puntual del estado posesorio del inmueble inscrito, como más adelante se tratará.

Varios autores reclaman una mayor atención a este aspecto del precepto sobre la limitación del poder de disposición del dueño o titular, puesto que la mayor parte de la doctrina se ha volcado, ante situaciones de conflicto familiar, en el estudio del uso. De hecho, existe un mayor número de pronunciamientos judiciales sobre la situación en la que queda el tercero adquirente del inmueble ante la limitación de la facultad posesoria del titular, que ante la limitación de la facultad dispositiva.

El consentimiento del titular, o en su caso del Juez, debe ir dirigido a aquellos casos de disposición que pongan en peligro la situación del cónyuge y los hijos tras la ruptura. Para ello hay que tener en cuenta las circunstancias concurrentes al caso, para así determinar si existe un perjuicio para el titular del uso de la vivienda familiar, cuya protección constituye la finalidad del precepto. Así, por

ejemplo, no será necesario requerir el consentimiento del no titular cuando se transmite la nuda propiedad por el titular, sin que quede afectado el uso. Si el tercero conoce y acepta la situación, la prohibición de disponer decae porque su finalidad, el mantenimiento del *status quo* de la familia, se consigue. La atribución de la vivienda a unos miembros de la familia, limita la facultades de disfrute del propietario, pero no de disposición si lo hace compatible con el uso.

Restringir, no privar, las distintas opciones de disposición que tiene el dueño deben ser en estos casos, más que en ningún otro, limitados en el tiempo, como así también se ha defendido para los supuestos de asignación del uso al no titular de la vivienda. Este derecho de uso es temporal, mientras persistan las circunstancias que lo provocaron y, mientras tanto, el propietario carecerá de algunas de sus facultades, como las de uso y disposición.

Ante situaciones de normalidad matrimonial, el artículo 1320 CC recoge básicamente la misma restricción dispositiva que la que analizamos para los casos de crisis matrimonial, pero además añade un inciso referido a los terceros de buena fe («la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe») que no recoge el artículo 96 CC, pero que es de aplicación por analogía y en atención a los principios del derecho. Aunque no recoja previsión sobre el tipo de ineficacia que su contravención provoca, el tercero de buena fe ha de quedar protegido. La buena fe consiste en el desconocimiento de la existencia del derecho del cónyuge no titular. Y no sólo eso. Para la SAP de Córdoba, de 23 de mayo de 2002, también significa que no tuvo posibilidad de conocer la situación en la que se encontraba el inmueble tras la separación, considerando que la buena fe no puede presumirse en esta materia en la que ha de prevalecer el interés de la familia sobre la seguridad del tráfico.

La buena fe se destruye por la publicidad registral de los hechos o por la prueba del conocimiento de los mismos. Por ello, es fundamental que se inste por el cónyuge poseedor la inscripción de su derecho reconocido en sentencia judicial, en caso contrario la disposición del bien por el que es titular registral sin limitación en sus facultades dominicales según consta en el Registro no invalidará el acto dispositivo si no se conoce de ninguna otra forma la necesaria concurrencia del asentimiento del cónyuge no titular.

La afirmación de la sentencia TS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 10136) tiene sentido en base a las circunstancias que rodean al caso. Dice el Alto Tribunal que «la interpretación doctrinal que sostiene la naturaleza «*sui generis*» de la situación jurídica especial del ocupante en virtud del título que en este caso se contempla, cuyo

contenido debía ser integrado de acuerdo con los principios generales del derecho en armonía con el interés que la ley intenta proteger, de manera que, aunque el cónyuge propietario podía ejercitar sus facultades dispositivas, si enajenaba la vivienda, el tercer adquirente recibía la cosa con la carga de la ocupación y el ocupante (cónyuge no titular), sería considerado como un poseedor legítimo, interpretación plenamente aceptable pues, en otro caso, se primarían los actos fraudulentos del cónyuge propietario, a merced de cuya voluntad quedaría burlar o hacer caso omiso del mandato judicial atributivo del uso con la complicidad de terceros poco escrupulosos en perjuicio del interés familiar más necesitado de tutela», afirmación correcta si se tiene en cuenta la mala fe del comprador tal y como quedaba probada en las otras instancias. El conflicto entre la protección que el artículo 1320 CC dispensa al núcleo familiar, y los derechos de quien adquiere protegido por la fe pública registral, artículo 34 LH, ceden a favor de este último aun en el supuesto de que el transmitente faltara a la verdad al manifestar que la vivienda no constituía vivienda familiar, de manera que la nulidad de la venta tan sólo es posible si el adquirente obró de mala fe, es decir, si conocía o estaba en situación de conocer, que la finca constituía vivienda familiar (SAP de Barcelona de 14 de marzo de 2007, JUR 132194).

La DGRN ha manifestado que el consentimiento exigido del consorte tiene el carácter de un asentimiento, que se presenta como una declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno, es decir, concluido por otro, por la que un cónyuge concede su aprobación a un acto en el que no es parte. «Por ello, habida cuenta que al prestar su consentimiento el cónyuge del disponente ni transmite ni realiza ningún otro acto de trascendencia tributaria, carece de justificación la exigencia de constancia de su número de identificación fiscal» (RDGRN de 7 de diciembre de 2007, RJ 2007\8526).

No ampara este precepto las disposiciones de la vivienda en régimen de proindiviso o de sociedad de gananciales, donde se ha de contemplar la división o liquidación de este régimen comunitario compatibilizándolo con la decisión judicial de atribución de la vivienda.

Se trata, por el contrario, de equilibrar las posturas de ambas partes cuando el inmueble es titularidad de uno de los ex cónyuges: por una parte, la posición del dueño que tiene un bien en propiedad del que no puede disfrutar y que, en la mayoría de las ocasiones, necesita de unos ingresos para atender a los nuevos gastos que ha generado su separación matrimonial; y por otra parte, la posición del cónyuge que ha quedado con el uso de la vivienda cuyas nece-

sidades ha reconocido la sentencia de separación al procurar el bienestar de los hijos o las necesidades propias. ¿Hasta qué punto se tienen que limitar las facultades de disposición del titular en pro del equilibrio material y emocional del cónyuge y de los hijos?

b) *Inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de uso*

Si bien no existe unidad doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de este derecho reconocido a los hijos y al cónyuge tras el proceso de separación, divorcio o nulidad, sí queda fuera de toda duda la constancia registral del mismo, pues así lo ha confirmado la jurisprudencia en múltiples ocasiones y se ha llevado a cabo en la práctica.

El fundamento de su inscripción en el Registro de la Propiedad está en dotar a este derecho de uso de oponibilidad frente a terceros, es decir, que todos puedan conocerlo y respetarlo; en evitar la aparición de terceros protegidos por el artículo 34 LH que harían perder el uso al cónyuge beneficiario; en proteger el interés familiar manifiesto tras la separación conyugal y en ajustar la publicidad de la situación jurídica del inmueble a la situación de hecho. Si el no titular inscribe la atribución del uso se concilia el derecho del propietario a vender o disponer de la finca y obtener un recurso económico y el del no titular a mantener el *status quo*.

El derecho de uso de la vivienda familiar constituye una limitación o restricción a la facultad de disposición del dueño, que en ningún caso puede disponer del inmueble sin consentimiento del cónyuge beneficiario del uso o autorización judicial, en su caso. Esta limitación tiene una eficacia *erga omnes* que sustenta su inscripción para los casos en los que la vivienda es titularidad del otro cónyuge. Si pertenece a ambos, el acto dispositivo tiene que recoger el consentimiento de los dos titulares. Si pertenece a terceros el uso no sería inscribible, pues las resultas del proceso de separación o divorcio sólo pueden alcanzar a los cónyuges y no a terceros.

En base al principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, no es posible extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él ni han intervenido de manera alguna para la defensa de sus intereses. En el ámbito registral, esta situación determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometan la titularidad inscrita, si no consta que el respectivo titular haya otorgado el título en cuya virtud se solicita tal asiento o haya sido parte en el procedimiento del que dimana, consecuencia del principio de tracto sucesivo que consagra el artículo 20 LH. Ya sea porque el bien fue cedido por terceros al

matrimonio durante la convivencia, ya sea porque la mitad indivisa de la finca aparece inscrita a favor de la persona adjudicataria de un procedimiento de ejecución, o ya sea porque el usufructo del inmueble corresponde a persona ajena a la relación, en cualquiera de estos supuestos no será posible inscribir la atribución del uso de la vivienda familiar por afectar a tercero ajeno a la relación familiar²⁷.

Este derecho que no es personal ni real, pues tampoco es patrimonial sino de carácter familiar, tiene una naturaleza especial que lo acerca más a un derecho real. Su peculiaridad reside en que el interés que protege, el de los hijos o cónyuge más desfavorecido, delimita su contenido y características, configurándolo como un derecho de ocupación que es oponible frente a terceros.

Para su inscripción registral será necesario la sentencia de nulidad, separación o divorcio por la que se aprueba el convenio regulador o, en su defecto, en la que se establezca directamente la atribución de este derecho conforme al artículo 96 CC²⁸. Entonces se practicará la correspondiente nota marginal que recogerá las limitaciones que afectan a la facultad de disposición y el plazo de duración (art. 96.2 RH). Si la atribución se recoge como medida cautelar, mientras se resuelve el procedimiento matrimonial, se practicará una anotación preventiva.

La inscripción se podrá anotar aunque la sentencia que resuelva el conflicto familiar se recurra por una de las partes. El artículo 774.5 LEC es claro al establecer que los recursos no suspenden la eficacia de las medidas acordadas en sentencia. Es decir, en los procesos matrimoniales, el recurso de apelación no tiene efectos suspensivos. Por lo tanto, con la sentencia de Primera Instancia ya se puede anotar el uso en el Registro de la Propiedad.

Lo importante en estos casos es destacar que el acceso al Registro de este derecho hace que su contenido sea oponible frente a terceros adquirentes. La constitución de una hipoteca posterior a la inscripción del uso obliga a los posibles rematantes a respetar la posesión de inmueble durante el tiempo estipulado en el convenio regulador homologado o sentencia. *A sensu contrario*, ante el supuesto de que el inmueble estuviese hipotecado con anterioridad a la atribución del uso por separación o divorcio de los cónyuges o que éste no haya accedido al Registro en su momento, el incumplimiento del crédito hipotecario por su deudor permite al acreedor la realización de valor del bien y al adjudicatario adquirir un inmueble sin ocupantes, por lo que la ejecución hipotecaria supondría el

²⁷ Ver resolución de 18 y 21 de enero de 2008 de la DGRN.

²⁸ Sobre los requisitos para la inscripción del derecho de uso, véase RDGRN de 19 de septiembre de 2007 (BOE 11 de octubre de 2007).

lanzamiento o desalojo del cónyuge y los hijos²⁹. En estos casos en los que los hijos se quedan sin la vivienda procedería la modificación de las medidas acordadas por los cónyuges o el juez.

Como ya se ha dicho, la inscripción del uso de la vivienda tiene por objeto evitar la disposición del bien por su titular defraudando el derecho del cónyuge y de los hijos a habitar tal vivienda. La defensa de este derecho se otorga sólo a dicho cónyuge, por lo que no es necesario reseñar las circunstancias personales de los hijos. Este último inciso lo recoge la RDGRN de 21 de junio de 2004³⁰ acerca de si es necesario que se especifique el nombre de los hijos favorecidos por el uso o basta una genérica referencia a los mismos, debate que no es pacífico pues, a criterio de Rodríguez de Almeida³¹, el principio de especialidad, que se suaviza ante este derecho de naturaleza *sui generis*, ha de comprender, además de la extensión y duración del mismo, la designación de los hijos como derecho de carácter familiar que es, evitando que el acuerdo de los cónyuges pueda privar a los hijos de la vivienda sin el debido control judicial o registral de la enajenación.

La solución depende de la consideración doctrinal que tengan los hijos del matrimonio al asignarle el uso de la vivienda: si son beneficiarios del derecho de uso o si son titulares del mismo. Es entonces, en este último caso, cuando tendrán que aparecer sus nombres en la inscripción quedando bajo control judicial los actos de disposición acordados por los progenitores. A efectos prácticos, se podría dar la siguiente situación: cónyuges separados o divorciados que deciden de común acuerdo enajenar o hipotecar la vivienda familiar cuyo uso está asignado a uno de ellos y a los hijos. El Registrador denegaría la inscripción de la escritura pública porque se está disponiendo de un derecho (de uso) perteneciente a un menor, para lo cual se concluye que es imprescindible la autorización judicial.

La consideración de los hijos como titulares de este derecho, lejos de constituir una protección jurídica para ellos, puede aparecer en ocasiones como traba para el desarrollo posterior de las rela-

²⁹ Doctrina del Tribunal Constitucional quien, en auto de fecha 4 de abril de 1995 y en aplicación de los principios hipotecarios, desestimó la demanda de amparo presentada por la beneficiaria del uso ante su lanzamiento como consecuencia del anterior artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por ser la inscripción del derecho de uso posterior a la hipoteca que se ejecutaba. Únicamente cabría oponer el uso conferido judicialmente en el caso de haber sido inscrito con anterioridad a la carga hipotecaria, conforme al artículo 94 RH, o bien demostrando que los adjudicatarios-adquirentes carecen de esa buena fe que se exige (SAP de Pontevedra de 25 de noviembre de 2005, JUR 2006/20741)

³⁰ BOE 8 de septiembre de 2004.

³¹ «La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2008 (noviembre, diciembre).

ciones jurídicas que tengan por objeto el inmueble. Pensemos en el supuesto real de atribución del uso a la esposa y a los hijos que quedan bajo su custodia. El convenio regulador liquida la sociedad de gananciales atribuyéndole la propiedad de dicha vivienda. La madre decide pedir un préstamo hipotecario sobre el inmueble para continuar con el negocio, fuente de ingresos de la familia. Entonces la entidad financiera le exigirá autorización judicial para inscribir la hipoteca con rango preferente a la anotación a favor de los menores. Lo que procedería en este supuesto es remover esa carga que pesa sobre el inmueble ahora que la beneficiaria del uso es la titular del bien. Podría alegarse la extinción del derecho de uso por confusión, tanto si se considera que tiene el carácter de derecho real (art. 513.3 CC) como si se entiende que no tiene ese carácter, pues las obligaciones se extinguen por reunirse en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor (arts. 1156 y 1192 CC). Para ello se presentará ante el registrador la escritura o documento acreditativo de la adjudicación del pleno dominio a la esposa. Si lo deniega por aparecer los hijos inscritos como beneficiarios, habrá que acudir al Juez para solicitar que libre el oportuno mandamiento de cancelación. En última instancia cabría acudir al oportuno juicio ordinario donde concurra el otro progenitor.

En cualquier caso, cuando un matrimonio con hijos decide por sí solo disponer de los bienes comunes sin consultar a los hijos menores ni autorización judicial, nadie se plantea la validez ni la legitimidad de dicha disposición. ¿Por qué esta consideración jurídica cambia cuando los cónyuges están separados o divorciados?

Ello supone la necesidad de determinar el alcance de la atribución a los hijos de tal derecho, esto es, el derecho de uso ¿a quién se atribuye?, ¿sólo al cónyuge?, ¿al cónyuge y a los hijos? Está claro que los hijos son beneficiarios de este derecho, pero la defensa de tal derecho se otorga sólo al cónyuge. Si los padres acuerdan disponer de la vivienda familiar pueden hacerlo con la misma libertad y autonomía que si entre ellos no hubiere separación o divorcio; igual que carece de interés inscribir tal derecho de uso cuando el cónyuge a quien se le atribuye ya es titular del pleno dominio, aunque el uso se atribuya también a los hijos menores de edad.

El titular del inmueble al que se le ha atribuido la custodia de los hijos puede disponer libremente de la vivienda de la que es propietario. La RDGRN de 14 de mayo de 2009 (*BOE* 9 de junio de 2009) afirma: « la posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuida a uno de los cónyuges en casos de crisis matrimoniales no se desenvuelve en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino en el de los familiares (...) de ahí que se haya podido

afirmar que el derecho de uso queda extinguido si, como consecuencia de la liquidación de gananciales, la finca sobre la que recae es adjudicada en pleno dominio al cónyuge titular de ese derecho».

Solución a la que también llega de la Puente de Alfaro³² tras analizar la naturaleza del uso que se atribuye a los hijos o al cónyuge. Según este autor, la atribución del uso confiere a un cónyuge y a los hijos, en su caso, la legitimación civil para ejercer las facultades posesorias que se deriven del título preexistente en el cónyuge titular. No hay derecho alguno sino ejercicio del derecho ajeno. La jurisprudencia y la doctrina ha viciado el debate denominando derecho de uso a lo que no es un derecho subjetivo en absoluto. Al no existir creación de título alguno, no se plantean cuestiones de titularidad. Ni el cónyuge ni sus hijos son titulares, sino que están legitimados para ejercer la facultad posesoria de un derecho, por eso carece de trascendencia la discusión de si es el cónyuge o son los hijos o ambos los titulares del mal llamado derecho de uso. Las sentencias en estos procesos se limitan a reconocer que la situación posesoria continúa en beneficio de uno de los cónyuges y de los hijos, mantiene el *status quo*, mientras que el Registro evita la aparición de terceros de buena fe, enerva la fe pública y extiende, ahora sí frente a tercero, una legitimación que ha cambiado de manos.

c) *Contribución a los gastos de la vivienda tras la nulidad, separación o divorcio*

En general, las economías familiares han mejorado en cuanto a ingresos, pero la presión del precio largamente aplazado de la vivienda y las muy superiores exigencias de consumo, convierten el factor dinerario en el centro neurálgico de la existencia del hombre y en el motivo de las discusiones familiares.

Una vez atribuido el uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico a uno de los cónyuges, atendiendo a los diversos intereses en juego, se plantea el problema de quién ha de soportar el gasto ocasionado por el uso de la vivienda. No hay que olvidar que la vivienda familiar tiene una serie de gastos normales derivados de las necesidades más vitales de higiene y de vida (luz, agua, gas, calefacción, teléfono, comunidad, etc.). Pero, también, es posible la existencia de gastos derivados de la adquisición o titularidad de la vivienda: impuestos, préstamos, seguros, precio aplazado, obras de mejora.

Los gastos comunes ordinarios, derivados de las necesidades más vitales, de la vivienda familiar atribuida a uno de los cónyuges

³² «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», en *RCDI*, núm. 698, noviembre-diciembre 2006, pág. 2372.

e hijos no pueden añadirse como carga del matrimonio al otro cónyuge. El pago de esos gastos, como señalan las Audiencias, es obligación del cónyuge a quien se atribuye el uso de la casa. No obstante, cabe un acuerdo entre los sujetos afectados por el que se estipule el pago por mitad de tales gastos, o bien que el no beneficiario de la atribución del uso pague alguno de esos gastos.

Los gastos derivados de la titularidad de la vivienda, en principio, dependen del régimen económico al que estén sometidos, así como de las circunstancias concurrentes en el caso. Si la vivienda familiar es ganancial y por tanto la titularidad es de ambos, el pago de tales gastos como precio aplazado, préstamos, obras, impuestos, etc., ha de ser realizado por ambos en partes iguales o al menos proporcionalmente a sus respectivas posibilidades. Así se manifiesta en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales.

La facultad de uso de la vivienda que tienen los hijos y el cónyuge no es asimilable a un derecho de usufructo, porque no es un derecho real. La falta de esta consideración impide su estimación como sujetos pasivos del impuesto sobre bienes inmuebles que será abonado por quien sea su titular o cotitulares³³. El cónyuge que tenga asignado el uso no tendrá que hacer frente al pago de este impuesto que grava la propiedad inmueble.

Por tanto, debe distinguirse entre los gastos afectantes o inherentes a la propiedad de la vivienda, de los relativos al mantenimiento y uso de la misma (abono de suministros y reparaciones ordinarias). Los primeros deben ser sufragados por el titular o titulares, con independencia de a quién corresponda el uso. Los segundos deberán correr a cargo del cónyuge que ostenta el disfrute del bien. Si bien conceptualmente queda bien diferenciado, hay algunas partidas o gastos que los pronunciamientos judiciales dudan en su caracterización. Así sucede con los gastos de comunidad.

Es un criterio acertado diferenciar, dentro de los gastos de comunidad y en el ámbito de las relaciones internas de los cónyuges titulares de la vivienda familiar de la que sólo uno disfruta de su uso, entre los gastos «ordinarios» de la comunidad de propietarios y los «extraordinarios». Esta distinción lleva precisamente a concluir que, si bien efectivamente los gastos extraordinarios afectan a la propiedad de la vivienda, en cambio, los gastos ordinarios son gastos atribuibles al mantenimiento y uso de la vivienda en cuanto afectan a la necesidad habitacional y, por tanto, no son incardinables dentro del concepto residual de cargas económicas del matrimonio, de manera que, salvo que se haya pactado o dispuesto lo contrario, será el cónyuge que tiene

³³ SAP de Ciudad Real de 16 de diciembre de 2004 (AC 2310).

atribuido este especial uso de la vivienda familiar quien debe correr con la totalidad de los gastos ordinarios de comunidad, y no ambos cónyuges por mitad e iguales partes (SAP de Álava de 27 de octubre de 2004³⁴).

La realidad, no obstante, es que si alguno de los cónyuges no tiene ingresos propios o éstos son muy escasos, por haberse dedicado a la familia e hijos o tener un empleo precario o a tiempo parcial, los Tribunales imponen el pago de estos gastos por entero al no beneficiario de la atribución, considerándolo como una carga del matrimonio que luego será tenido en cuenta en la liquidación del régimen económico. Asumir el gasto del crédito hipotecario pendiente una vez producida la crisis matrimonial dependerá del acuerdo conyugal o decisión judicial que tendrá en cuenta la capacidad económica de las partes (sueldo, pensiones y rentas gananciales). Se debe analizar la situación de ambos porque, a la vista de ello, el simple hecho de percibir la prestación por desempleo, por ejemplo, no será motivo suficiente para excluir su responsabilidad deudora y hacerla recaer sobre el otro cónyuge³⁵.

El riesgo que se puede correr es que el sujeto que ha de abonar esos gastos no lo haga porque no puede o bien porque actúe de mala fe. En el caso de gastos ordinarios, el impago más significativo es el de los gastos de comunidad que pueden llevar al titular de la vivienda a un proceso con la comunidad y a consecuencias importantes respecto a la misma vivienda. Pero, en el caso de gastos derivados de la titularidad del bien, como seguros, impuestos o préstamos, se puede llegar a la ejecución forzosa del bien y por tanto a la privación de éste.

El pago de la hipoteca puede ser computado dentro de la pensión compensatoria, y ello aunque correspondan a conceptos distintos: uno es el pago de una suma en metálico actualizable y otro el pago de una cuota de amortización de un crédito que grava la vivienda; no obstante según algunas sentencias, comparten el mismo concepto jurídico de carga económica³⁶. También se puede computar como parte de la obligación alimenticia que se impone a favor de los hijos, pues el legislador considera dentro del concepto

³⁴ JUR 2004/293397.

³⁵ SAP de Valencia de 8 de junio de 2005.

³⁶ STSJ Comunidad Valenciana de 2 de septiembre de 2002 (JUR 70046). Ver también SAP La Coruña de 16 de julio de 1999 (AC 8867). En sentido contrario, el Fundamento de Derecho segundo de la SAP de Barcelona de 8 de febrero de 1999 (AC 2832) que niega el carácter de carga del matrimonio a este pago. El Código civil no enumera cuáles son las cargas del matrimonio, mas se pueden entender que son todos aquellos gastos que se producen durante el matrimonio y que benefician a la sociedad conyugal, de ahí que el préstamo hipotecario ha de ser considerado como una carga.

de alimentos la habitación³⁷. Concebida de cualquiera de estas formas, el pago del préstamo hipotecario no genera reembolso alguno por quien paga una vez liquidado el bien. Recientemente la STS de 28 de marzo de 2011 no lo considera como carga del matrimonio sino como deuda por lo que no es posible atribuir una obligación de pago distinta de la establecida en el título constitutivo.

En muchas ocasiones, la atribución de la titularidad a uno de los esposos tras la liquidación de la sociedad de gananciales conllevará el pago del préstamo hipotecario pendiente. Y aun sin que afecte a la titularidad, es aconsejable que quien se queda con el uso haga frente al pago del préstamo hipotecario si sus condiciones económicas así lo permiten, pudiéndose compensar por el otro cónyuge en la cuantía de la correspondiente pensión (compensatoria y/o de alimentos). De esta forma evitamos el lanzamiento de la familia por la ejecución del inmueble tras el impago del préstamo hipotecario de fecha anterior a la inscripción del uso.

La atribución del uso de la vivienda a uno de los esposos no implica modificación del sujeto deudor del crédito hipotecario, que seguirá siendo el mismo, o los mismos, que lo concertaron. Como regla general se admite el pacto o disposición judicial en que se atribuye la amortización de la hipoteca a uno de los cónyuges, siendo preferible, como hemos dicho, que lo asuma el sujeto que disfruta del bien. Pero, sobre este extremo cabe llamar la atención acerca de la trascendencia de estos pactos en el contrato real de garantía. Si se asume el pago periódico de las amortizaciones hipotecarias, entonces ¿quedaría liberado el otro cónyuge-deudor hipotecario?, ¿deja de garantizar con su patrimonio personal el incumplimiento de la obligación asegurada (art. 105 LH)? Estos pactos no pueden afectar al contrato que ha de ser cumplido en los términos pactados, más aún cuando el cambio al que nos referimos sería en el sujeto pasivo y éste, de acuerdo con la teoría general de las obligaciones, sólo se producirá de mediar el consentimiento del prestamista, persona física o jurídica que queda al margen de estos acuerdos³⁸. La atribución del pago de la deuda hipotecaria a uno de los esposos no altera el componente subjetivo de la obligación. Tras la liquidación de la sociedad de gananciales se podrá asignar la titularidad del bien quedando salvaguardados los derechos de los acreedores hipotecarios (arts. 1.402 y 1.084 del CC), o bien esperar a que el Juez asigne la distribución de las deudas pudiendo intervenir entonces los acreedores en el procedimiento.

³⁷ SAP de Murcia de 12 de mayo de 2003 (AC 1676).

³⁸ Ver SAP de Barcelona de 8 de febrero de 1999.

d) *Disposición de la vivienda común tras la nulidad, separación o divorcio*

En esta ocasión el conflicto surge entre el derecho de cualquier copropietario a salir de la situación de indivisión y la obligación de recabar el consentimiento del cónyuge no disponente o, en su caso, la autorización judicial, en los términos del artículo 1320 del Código Civil.

La adquisición del inmueble durante el matrimonio, con anterioridad por ambos esposos o después de la separación en un acto de conciliación genera una situación de condominio. La liquidación o extinción de la sociedad de gananciales también puede generar la existencia de una comunidad ordinaria.

De esta comunidad se puede salir en cualquier momento solicitando la división de la cosa (art. 400 CC), salvo que se trate de un bien esencialmente indivisible, en cuyo caso, y a falta de acuerdo, se procederá a la venta pública del bien (art. 404 CC). En la copropiedad no hay obligación alguna de permanecer en la comunidad, de manera que mediante el ejercicio de la llamada *actio communi dividundo* la ley faculta a los comuneros para pedir la división de la cosa común en cualquier tiempo, salvo pacto de indivisión no superior a diez años.

Ha de quedar claro que no se puede ejercitar la acción de división sobre un determinado bien ganancial sin haber procedido previamente a liquidar la sociedad de gananciales, siguiendo los trámites legalmente previstos en el correspondiente procedimiento de separación o divorcio, a no ser que el patrimonio ganancial esté exclusivamente compuesto por el preciso bien a dividir, sin que sea necesario en estos casos liquidar formalmente la sociedad de gananciales para ejercitar la acción de división, pues no hay otra solución que la adjudicación por mitad y en *proindiviso* del bien en cuestión³⁹.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo, la extinción o disolución de la sociedad de gananciales da paso a un estado de liquidación de la misma, en el que intervienen ambos cónyuges y en el supuesto del fallecimiento de uno de ellos el sobreviviente y los herederos de aquel fallecido, pero no como tales coherederos sino como condóminos, y no a causa de la herencia sino de la extinción de la sociedad de gananciales. Durante el período intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la socie-

³⁹ SAP de Burgos de 11 de mayo de 2005 (JUR 217671).

dad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge superviviente y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fuera otra) ostenta una cuota abstracta sobre el «totum» ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división se materialice en una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros. Por tanto, desde que se disuelve la sociedad de gananciales y hasta que se procede a la liquidación de la masa de la misma, nos encontramos durante este período transitorio ante una comunidad de naturaleza especial (comunidad germana o en mano común) equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición. Una vez liquidada la sociedad de gananciales, asignadas las cuotas o bienes, se podrá solicitar que cese la comunidad.

Una cuestión de gran interés práctico surge en esta fase de liquidación: ¿cuál es la valoración de los bienes?, problema planteado en la SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2002 (JUR 273865). ¿Cómo se valora el derecho de uso de la vivienda conyugal para la atribución de los bienes comunes tras la liquidación cuando las sentencias de separación o divorcio atribuyen su uso a uno solo de los cónyuges o a él y a los hijos menores del matrimonio? Si se entiende que son estos últimos los beneficiarios directos de la medida de uso de la vivienda y no el cónyuge que los tiene bajo su custodia, estaremos ante un simple complemento de la contribución alimenticia, similar a la obligación que se presta en base al artículo 93 del CC, y como tal no computable en el momento de la partición. No habiendo hijos menores, dependerá de la naturaleza jurídica que se atribuya al derecho de uso. Si se entiende que no existe ninguna restricción al poder de disposición y que el adjudicatario no tiene obligación de respetar el derecho de uso vigente, carece de sentido imponerle un valor. Si, por el contrario, la adjudicación de la vivienda familiar a la esposa, aun sin hijos menores, constituye un derecho *sui generis*, que debe tener acceso al Registro de la Propiedad y que puede por ello oponerse a terceros, no debe haber ningún inconveniente en valorar esa carga que va a condicionar la disposición posterior, introduciendo una ventaja económica en favor del adjudicatario o adjudicataria.

En muchas ocasiones de crisis matrimonial, la negativa del otro cónyuge no disponente a la venta del bien procede de su interés en

mantener el uso de la vivienda, pero hay que tener presente que, conforme a la jurisprudencia actual, el derecho familiar protegido en el proceso matrimonial se mantiene pese a la disposición del bien.

Así pues, se ha experimentado una evolución que va desde un primer momento (STS de 23 de noviembre de 1990, RJ 9045) en que se exigía que, ejercitada la acción de división mediante venta, el cónyuge titular del derecho de uso debía desalojarla, hasta el momento actual en que se mantiene el respeto a la eficacia de la atribución judicial del uso, por configurarse como un derecho oponible a terceros⁴⁰. El derecho de uso ha de ser respetado en caso de ejercicio de la acción divisoria, so pena de dejar sin contenido la imperatividad ejecutoria de la sentencia de separación o divorcio.

Dicho con otras palabras, el cónyuge que no tiene el uso de la vivienda del que también es propietario puede instar la acción de división del bien para repartirse el beneficio económico obtenido sin que pueda oponerse el otro cónyuge no disponente, pero el uso atribuido o aprobado judicialmente no se verá afectado, continuando como carga que soportará temporalmente (como mucho la vida del cónyuge beneficiario) el nuevo adquirente, siempre que el uso esté inscrito, e incluso, el ocupante no decae en su derecho pese a la falta de publicidad registral, pues en la subasta se debe garantizar este derecho familiar existiendo el momento procesal oportuno para tener conocimiento del derecho de uso y darle la consiguiente publicidad en el anuncio de la subasta (art. 661 LEC).

El ejercicio de la acción de división ha de garantizar y respetar la subsistencia del derecho de uso de la vivienda familiar en cuanto que las circunstancias concretas que justificaron su atribución permanezcan. Por tanto, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa común en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, lo que sólo puede ser modificado por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó (STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2003, RJ 7128).

La acción de división y el derecho de uso son perfectamente compatibles. El derecho de uso no limita la posibilidad de solicitar la división de la cosa común, sino que impone necesariamente que se respete y garantice su eficacia frente a los terceros adquirentes. Ahora bien, para que tal derecho de uso sea garantizado o protegido debe estar respaldado por el contenido del artículo 96 CC y seguir cumpliendo la función de servir de hogar familiar, pues de

⁴⁰ Cambio jurisprudencial que se inició con la STS de 2 de diciembre de 1992 (RJ 10250).

no ser así ninguna traba jurídica existirá para su libre disposición o división al faltar la razón de ser de la misma, es decir la tutela de la situación familiar provocada por la crisis matrimonial. Dicho esto, cabe preguntarse qué Juzgado es competente para declarar el cese del interés más necesitado de protección. En este sentido, el Juzgado de Primera Instancia que conoce de la acción de división puede determinar que el derecho de uso se ha extinguido sin necesidad de esperar a que se alteren las medidas por los Juzgados que conocieron de esta materia de Derecho de familia, pero esto es posible en supuestos en los que, de un modo claro e indubitado, se aprecie que la medida ha perdido totalmente su significado, en función de las circunstancias en que se concedió.

A juicio de Erdozain López⁴¹, esta solución realmente satisface los intereses de todas las partes, si bien presenta el inconveniente de que, lógicamente, el precio de venta se verá ostensiblemente reducido ante la previsión para el adquirente de tener que soportar al poseedor legítimo de la vivienda. En todo caso, al cónyuge no disponente siempre le va a quedar la posibilidad de comprar su parte al otro cónyuge, asegurado con el derecho real de adquisición preferente, y la seguridad de mantenerse en la posesión de aquella en tanto no sean modificadas las condiciones fácticas que motivaron la resolución judicial correspondiente.

Para los casos de venta por ejercicio de la acción de división, ex artículo 400 CC, la STS de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009/524) determina que no es necesario recabar el consentimiento del otro titular, pues lo que se está ejercitando es el derecho a la división de la cosa común para el que no se requiere la voluntad conjunta ni autorizada. Cualquiera de los condóminos puede pedir en cualquier tiempo la división de la cosa al no estar obligados a permanecer en tal situación. Por ello, el artículo 400 no plantea una cuestión relacionada con la facultad de disposición del que no tiene el uso de la vivienda.

III. VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA POR UNO DE LOS CÓNYUGES

La Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre, establece en su artículo 15 que en aquellos casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no titular podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los

⁴¹ «La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia», en *Aranzadi Civil*, vol. II, 1997.

arts. 90 y 96 del Código Civil. No pocas dudas ha suscitado el precepto acerca de las consecuencias que se derivan del mismo y, en concreto, cuál es el carácter que ostenta el arrendatario saliente.

La dificultad deriva de la diferente configuración de la vivienda en ambas instituciones: matrimonio y arrendamiento urbano. El Código Civil trata del uso de la vivienda familiar haciendo abstracción del título que fundamenta el goce familiar; mientras que la Ley de Arrendamientos acoge los cambios de titularidad como cesión o subrogación en el arrendamiento de vivienda. Así las cosas, se ha de buscar una armonía entre las disposiciones civiles comunes aplicables a una crisis matrimonial y las disposiciones civiles especiales relativas al arrendamiento de vivienda.

Al respecto, la doctrina civilista y la jurisprudencia de las Audiencias vienen sosteniendo que, independientemente de cuál de los dos cónyuges sea titular del contrato de arrendamiento, si la atribución de la vivienda familiar se realiza a uno de ellos, ya sea a través del convenio regulador aprobado judicialmente ya sea por decisión judicial en un proceso matrimonial contencioso, es tan sólo la atribución del uso exclusivo de la misma, esto es, del derecho a usarla y disfrutarla. Derecho que no modifica la titularidad del contrato, ni las obligaciones del arrendatario, use o no la vivienda, y que de ningún modo supone ni una cesión ni un subarriendo a los efectos del artículo 8 LAU que exigiría, en cualquier caso, el consentimiento del arrendador⁴². También hay quien ha considerado que esta situación especial deriva en un supuesto de coarriendo, pese a que en el momento de otorgamiento del contrato intervino uno solo de los cónyuges⁴³.

Lo cierto es que, en la atribución del uso en los supuestos de ruptura conyugal, es arrendatario quien lo era antes de la crisis matrimonial, si bien se le priva de su derecho a usarla sin que desaparezca de la relación contractual, ya que es él quien asume las obligaciones frente al arrendador. Y esto es así porque la situación creada tras la crisis matrimonial no es definitiva en la medida en que, tanto el convenio aprobado judicialmente como las medidas acordadas por el Juez en un proceso contencioso, son susceptibles de modificación si varían las circunstancias que sirvieron de fundamento a su adopción, de ahí que si fuese otro el interés familiar más digno de protección, se daría un cambio en el uso, tornando éste,

⁴² Opinión mantenida por CARRASCO PERERA, A.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. R. BERCOVITZ, Aranzadi (2.ª edición), Pamplona, 1997, págs. 356 y ss., y OSSORIO SERRANO, J.M.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. LASARTE ÁLVAREZ, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 432 y ss.

⁴³ El Código Civil francés parte del imperativo legal de cotitularidad de los arriendos donde se asienta el domicilio familiar (art. 1.751).

por ejemplo, al cónyuge-arrendatario, modificación que es obvio no podría darse si se entendiera que estamos ante una verdadera cesión con cambio de titularidad contractual⁴⁴. Por tanto, no es en sí una situación de cotitularidad, tampoco de cesión, sino un derecho especial que crea la ley de arrendamientos para proteger un interés jurídico. El legislador de 1994 quiso atender a la realidad social para incorporar estas y otras necesidades (caso de las minusvalías físicas, de las relaciones estables de parejas de hecho, etc.) al texto legal de un contrato tan utilizado por el sujeto, teniendo que hacerlas compatibles con el sistema jurídico preestablecido.

Así pues, la regulación legal ha dado lugar a distintas jurisprudencias. Unas entendían que el contrato de arrendamiento se consideraba celebrado por ambos cónyuges, aunque tan sólo uno de ellos lo firmara, por lo que la atribución del uso al cónyuge no firmante no era más que el reconocimiento de un derecho que ya poseía. Otras se han decantado por entender que tras la atribución judicial del derecho de uso en proceso matrimonial se producía una subrogación «ex lege» del no titular, simultánea a la desvinculación contractual del titular inicial⁴⁵. Actualmente se entiende que ni el titular del contrato de arrendamiento deja de serlo, ni el cónyuge, inicialmente no titular, adquiere la consideración de parte del contrato.

Efectivamente, el artículo 15 LAU consagra el derecho del cónyuge a continuar en el uso de la vivienda, indicando la doctrina jurisprudencial que interpreta el mismo que ello no significa que este derecho lo sea en calidad de arrendatario, pues no existe una cesión *ope legis* del arrendamiento, sino que es un derecho fundado en la propia Ley sin necesidad de recurrir a ideas de cotitularidad o cesión del contrato, por lo que continuará siendo arrendatario a todos los efectos el cónyuge que celebró el contrato. En el preámbulo de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos, después de proclamar respecto a las subrogaciones ínter vivos que sólo se reconocen previo consentimiento del arrendador, se dice: «al mismo tiempo se introduce una novedad, en el caso de resoluciones judiciales que en procesos de nulidad, separación o divorcio asignen la

⁴⁴ Ver SAP de Barcelona de 27 de febrero de 2002 (AC 978).

⁴⁵ Opción doctrinal mantenida por GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Matrimonio y crisis conyugal del inquilino tras la LAU, *Aranzadi Civil*, vol. III, Pamplona, 1998; LOSCERTALES FUERTES: *Los arrendamientos urbanos*, Sepin, Madrid, 1995, pág. 239 y SERRANO ALONSO, E. en «Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos» dir. X. O'CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1995, págs. 158 y 159. El primero de los autores citados advierte de los contrasentidos que supone considerar arrendatario al que inicialmente lo era, tanto en orden a los procedimientos judiciales, a la obligación de pago y demás cargas derivadas del inquilinato o a las posibilidades de subrogación o de retracto que ofrece el texto arrendaticio.

vivienda al cónyuge no titular. En estos casos, se reconoce *ex lege* a dicho cónyuge el derecho a continuar en el uso de la vivienda arrendada por el tiempo que reste del contrato.» Es decir, el legislador ha distinguido perfectamente entre subrogaciones *inter vivos* y el derecho a continuar en el uso de la vivienda por el cónyuge no arrendatario, que introduce como novedad y con el propósito claro de imponer este derecho al cónyuge afectado.

Obtenida la resolución judicial en virtud de la cual se declara resuelto el matrimonio atribuyéndose la vivienda al cónyuge no arrendatario, dispone éste de dos meses contados desde la notificación judicial para ponerlo en conocimiento del arrendador, acompañando copia de la resolución que justifique el cambio de sujeto⁴⁶. Si la atribución de la vivienda al cónyuge no firmante del contrato de arrendamiento se le asigna, no en la resolución del contencioso o de confirmación del convenio, sino que se adopta como medida provisional mientras se resuelve la situación familiar (art. 103.2 CC) se tendrá que poner igualmente en conocimiento del titular del inmueble (arrendador) para su información (entrega de copia del auto de las medidas provisionales).

La falta de comunicación en el plazo establecido en la ley no provoca la resolución del contrato de arrendamiento por cesión o subarriendo inconstituido, ya que el derecho del cónyuge beneficiario como sujeto arrendatario deriva de una especial concesión atribuida por la LAU a costa del arrendador⁴⁷, y no deriva de alguno de los supuestos de transmisión de la titularidad.

Siguiendo con este apartado segundo del artículo 15 de la LAU, hay que tener presente que la Ley no aplica expresamente ningún tipo de consecuencias a la omisión o retraso en el cumplimiento de lo previsto en el precepto. Si, como anteriormente hemos dicho, esta atribución del uso es considerada en el preámbulo de la Ley como una novedad, no puede entonces asimilarse a las causas resolutorias relativas a la cesión inconstituida o subarriendo. Tampoco se trata del incumplimiento de una de las obligaciones resultantes del contrato a las que se refiere el artículo 27, pues ni dicha obligación dimana propiamente del mismo, ni el incumplimiento puede imputarse al arrendatario tal y como exige el referido precepto, sino que la omisión es achacable a quien no es arrendatario. Este derecho de uso se concede «*ope legis*», sin que quede condiciona-

⁴⁶ La comunicación se ha de realizar cuando tenemos pronunciamiento al respecto, mientras tanto, aunque exista sentencia de divorcio, si nada se establece sobre el uso de la vivienda nada hay que notificar al casero (SAP de Madrid de 9 de julio de 2004, JUR 299381).

⁴⁷ Sobre la inexistencia de obligación de comunicación al propietario para dar el arrendador su consentimiento ver la SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2005 (JUR 219775).

do a la comunicación. La razón de ser de dicho deber ha de buscarse en otras motivaciones, y entendemos que ha de concretarse en la necesidad de despejar las dudas que suscitaba la legislación anterior respecto a la legitimación del cónyuge no arrendatario como parte en el proceso de desahucio instado por el arrendador por otras causas, cuya sentencia tendría, una vez que haya sido llamado a juicio, plena eficacia frente al mismo.

En definitiva, la comunicación al arrendador es exigible para que la atribución del uso le sea oponible, pero su falta no puede servir para sin más pretender el arrendador la extinción del contrato⁴⁸. Añadir que, configurado el deber de comunicación como una carga y dada la primacía del interés familiar, el plazo de dos meses señalado no puede operar como un término final que impida posteriormente al cónyuge oponer su posición al arrendador.

La aplicación del artículo 96 CC y en concreto del artículo 15 LAU ha creado un litis consorcio pasivo necesario al equiparar el cónyuge no otorgante del contrato con el firmante del mismo, dándose traslado de las demandas de resolución del contrato al cónyuge no firmante como usuario u ocupante de la vivienda.

En consecuencia, atribuido judicialmente el uso de la vivienda al cónyuge no titular del arrendamiento, el otro consorte no sale de la relación jurídica arrendaticia por lo que al no perder la condición de arrendatario deberá ser demandado en el juicio de desahucio, sin perjuicio de que se demande también al titular del derecho de uso, aun cuando en algunas sentencias se haya decretado su falta de legitimación pasiva por no ser titular del contrato de arrendamiento. Tal y como recoge Anchón Bruñén⁴⁹, el Tribunal Constitucional (STC 289/1993, de 4 de octubre), en el supuesto en el que tan sólo fue emplazado el marido por ser el único titular del contrato locaticio a pesar de haber sido atribuido el uso de la vivienda arrendada a la esposa, negó que la misma hubiera sufrido indefensión desestimando el amparo por no resultar evidente que ésta tuviera que ser emplazada en el juicio instado por el arrendador contra el arrendatario de la vivienda, persona que aparecía como titular del derecho sometido a litigio, ya que ninguna de las resoluciones judiciales impugnadas habían denegado el derecho de la esposa del arrendatario a personarse en el proceso de desahucio sino que lo que negaban era que su personación forzara a retrotraer las actuaciones, ya que el derecho a ser emplazado en un

⁴⁸ SAP de Álava de 20 de septiembre de 2000 (AC 4631). Ver también COLÁS ESCANDÓN, A. M.: «La vivienda familiar en alquiler y el artículo 15 de la LAU», en *Aranzadi Civil*, núm. 13/2003.

⁴⁹ ANCHÓN BRUÑÉN, M.J.: *Análisis práctico de un juicio de desahucio por falta de pago*, J.M. Bosch Editor, 2008.

proceso es, sin duda, un derecho más limitado que el derecho a personarse en él.

De lo dicho hasta aquí resulta que, de los últimos pronunciamientos, las Audiencias Provinciales tienen bien claro que el derecho que acoge el artículo 15 LAU no se fundamenta en una cesión del contrato. ¿Y por qué no es así? Principalmente por el carácter temporal del derecho que recoge el legislador de la ley especial: «el artículo 15 citado no utiliza como pudo hacerlo el término subrogación (véase el artículo 14), pues las medidas que se adoptan en el juicio matrimonial son temporales y modificables. No ha de producirse, pues, el efecto de una verdadera novación subjetiva, sino el de una mera sustitución temporal de la persona del arrendatario en el uso de la vivienda arrendada, y a los fines de que no se pueda interpretar tal sustitución como una cesión incontestada (art. 27)» (SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 25 de noviembre de 2000, JUR 77610).

Mientras no se produzca la comunicación al arrendador de continuar el arrendamiento por parte del cónyuge no titular al que se le atribuye el uso de la vivienda, el arrendatario firmante viene obligado al pago de las rentas durante el plazo de duración pactado en el contrato, sin que el mero hecho de la separación, nulidad o divorcio atribuya al arrendatario la facultad de desistir de forma unilateral del contrato. La decisión judicial y los pactos entre los miembros de la pareja no modifican la esencia del contrato y, por tanto, tampoco las obligaciones asumidas por las partes. Hasta que no se acredite que la nueva situación creada por la separación con la atribución del uso de la vivienda a la esposa o esposo se pone en conocimiento del arrendador, el obligado al pago de la renta continúa siendo aquel con quien concertó el contrato. De lo cual se deduce que es el arrendatario el principal interesado en que se produzca la notificación al arrendador, pese a que el cónyuge no arrendatario es quien, según el tenor literal del artículo, tiene que comunicarlo manifestando así su voluntad de continuar con el contrato. Información que también le interesa trasladar el cónyuge ocupante del piso al arrendador para que sea tenido como parte en cualquier procedimiento relacionado con el arrendamiento.

Una vez practicadas todas las notificaciones oportunas y continuando con la posesión de la vivienda el cónyuge no arrendatario, ¿quién queda obligado al pago de la renta y demás deberes que se deriven de esta relación contractual? Quien tenga el disfrute de la vivienda. El legislador establece la facultad a favor del cónyuge no arrendatario de continuar con el uso de la vivienda familiar cuando se le haya atribuido en el proceso matrimonial, pero no lo exige de

sus consecuencias. Dicho precepto tiene como finalidad proteger al cónyuge usuario de la vivienda a fin de que pueda continuar en el uso y disfrute de la misma, debiendo en su caso asumir el pago de la renta desde el mismo momento en que se cumplan los requisitos que establece el artículo 15.2 LAU. No obstante, hay que tener en cuenta el resto del contenido de la sentencia judicial en cuanto a la vivienda se refiere. El Juez o la pareja no sólo pueden atribuir el disfrute del hogar a uno de ellos, sino también fijar el pago que genera este derecho de uso a cargo de uno de los cónyuges, ya sea el que continúe en la vivienda o el otro que aun siendo el titular del arrendamiento tendrá que abandonarla. En este último caso el arrendador se encuentra legitimado para reclamar las rentas a quien viene obligado a abonarlas en virtud de esa resolución judicial o convenio regulador, sin que pueda decirse que tenga efectos sólo ínter partes, y sin perjuicio de que el ocupante de la vivienda pueda hacerse cargo de tal obligación, a lo cual no podrá negarse el arrendador siempre y cuando haya sido informado de la situación⁵⁰. Si se reclaman judicialmente las cantidades pendientes de pago, el demandado será el cónyuge obligado al pago, sin hacer extensible la demanda a la pareja. Cuestión distinta sería que se solicitara la resolución contractual por impago de las rentas, pues en estos casos sí existe un litisconsorcio pasivo necesario.

¿Qué pasa si el cónyuge al que se le ha atribuido el uso deja de pagar la renta? Aparte de poder iniciar el procedimiento de desahucio, ¿se le podría exigir el pago de las cantidades pendientes al arrendatario que ha quedado excluido del uso de la vivienda? Teniendo en cuenta que el derecho de uso del cónyuge no firmante del contrato no modifica la titularidad del contrato ni las obligaciones del arrendatario, use o no la vivienda, es arrendatario quien lo era antes de la crisis matrimonial, si bien se le priva de su derecho a usarla, no desapareciendo, por tanto, de la relación contractual ya que es él quien asume las obligaciones frente al arrendador, entre ellas la de pago⁵¹. Es una cuestión de gran trascendencia práctica y que hay que tener en cuenta a la hora de plantear las demandas correctamente para que no sean desestimadas⁵².

⁵⁰ SAP de Las Palmas de 3 de abril de 2007 (JUR 171827)

⁵¹ Hay sentencias que atribuyen exclusivamente al cónyuge ocupante la obligación de pago de las rentas generadas desde que se le asignó el uso de la vivienda, y ello debido a que parten de otro fundamento hoy desechado, cual es que, dictada resolución que atribuya el uso exclusivo de la vivienda a uno de los cónyuges y notificada dicha resolución al arrendador, se produce una subrogación contractual «ope legis» en favor del cónyuge adjudicatario, el cual asume las cargas y ventajas derivadas de la relación arrendaticia. Esta subrogación le hace responsable de todas las obligaciones derivadas del contrato (SAP Asturias de 4 de septiembre de 2000, AC 2112).

⁵² V. GARCÍA ABURUZA, M. P.: «El desahucio por falta de pago de la renta», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 22/2007.

Para aplicar el artículo 15 LAU es indiferente el régimen económico-matrimonial de los cónyuges o el momento de celebración del arrendamiento, de modo que ninguna relevancia debe tener la discusión sobre la consideración de ganancial o no del arrendamiento y, en consecuencia, que el cónyuge no firmante del contrato sea titular o no del mismo. Lo determinante es quién contrata y la protección del interés del cónyuge no contratante como complemento de la protección del interés familiar (arts. 96 y 1320 CC). Lo que consagra la norma es simplemente eso, el derecho del cónyuge a continuar en el uso de la vivienda. De ninguno de sus términos se desprende que dicho derecho lo sea en calidad de arrendatario. Ésta era la finalidad de la enmienda número 311 que modificó la redacción inicial del Proyecto de Ley, tutelar el interés del cónyuge asignatario sin alterar, más que en la medida de lo necesario, lo acordado por las partes. Así pues los únicos presupuestos son que exista una sentencia de separación y que ésta atribuya el uso de la vivienda al cónyuge no titular del arrendamiento. Resulta claro que también el propio artículo 15 trata de amparar el interés del arrendador, así en su apartado segundo dispone que la voluntad del cónyuge no arrendatario de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador.

IV. VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DE TERCEROS

El debate sobre esta cuestión se ha desarrollado en la jurisprudencia a partir del siguiente supuesto que, básicamente, se repite en los antecedentes de hecho de las sentencias: titular de un inmueble que cede gratuitamente el uso y disfrute de la vivienda a un pariente próximo, normalmente hijo/a, y a su cónyuge para que constituyan en ella el hogar conyugal y familiar ayudando, de esta forma, al matrimonio⁵³. El problema aparece cuando sobrevenida la crisis familiar se atribuye el uso a uno de los cónyuges con exclusión del otro⁵⁴. Evidentemente, si el cónyuge beneficiario sigue manteniendo las relaciones afectivas y familiares con los propietarios del inmueble, en principio, no existirá obstáculo para

⁵³ La doctrina que se explica a continuación es igualmente aplicable a las parejas de hecho que utilizan el inmueble como vivienda familiar y que tras la ruptura de la convivencia se le asigna a uno de ellos, ajeno a la relación parental con el propietario (ver STS de 30 de octubre de 2008, RJ 6924).

⁵⁴ No obstante lo dicho, en la SAP de Zaragoza de 3 de mayo de 2005, el actor propietario del piso (padre del esposo) solicita el desahucio de la vivienda por precario sin existir crisis matrimonial alguna. La vivienda había sido cedida al matrimonio mientras buscaban vivienda para establecer su domicilio conyugal.

seguir poseyendo la vivienda. En caso contrario, los propietarios del inmueble intentarán recuperar la vivienda desahuciendo a sus ocupantes con los que no existe relación alguna que justifique esa cesión gratuita.

Entonces, es el momento de valorar si el interés más necesitado de protección que ha llevado al Tribunal ha asignar la vivienda a uno de los cónyuges y, en su caso, a los hijos menores del matrimonio, se antepone al derecho del titular sobre la vivienda; o si por el contrario hay que atender a los legítimos derechos y expectativas del propietario de la vivienda de poder recuperar su inmueble.

Han sido varias las ocasiones en que los Tribunales han podido pronunciarse al respecto, poniendo de relieve la contradicción existente entre la doctrina de las Audiencias Provinciales a la hora de abordar el examen de la cuestión. Desde la sentencia más lejana del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964 (RJ 5552) hasta la más reciente de 22 de octubre de 2009 (RJ 2009/5704), el tema ha quedado tal y como se relata a continuación⁵⁵.

Hay que partir de una premisa y es que la relación jurídica que une a los propietarios con los cónyuges no se ve alterada ni cambia su naturaleza por la posterior resolución recaída en el procedimiento matrimonial. Tal y como se configuró la relación en un principio, así se mantendrá tras la separación sin que afecte a su calificación jurídica.

Tratándose de una relación jurídica *inter partes* hay que analizar en un primer momento la voluntad de los sujetos, manifestada verbalmente o por escrito, aplicándose entonces los efectos propios de ese contrato. Lo que ocurre en estos casos es que la mayoría de las veces esa voluntad no suele estar plasmada por escrito, por lo que frecuentemente se producirá una importante duda al respecto derivada de la falta de pruebas concretas. Esto supone atender siempre al caso particular sin aplicar directamente la regla general que se extrae de la doctrina jurisprudencial.

Si no se pudiese probar la existencia de un contrato nos hallaríamos ante un precario que consiste en la cesión de la posesión de la vivienda a voluntad de sus propietarios, sin que medie renta ni título que legitime dicha posesión, sino la concesión graciosa de sus titulares que podrán instar a los ocupantes a abandonar el inmueble sin necesidad de causa alguna y en cualquier momento. Por el contrario si, aun en el caso de cesión gratuita y sin límite temporal alguno, la vivienda se destina a un uso preciso y determi-

⁵⁵ Recientemente, ver la exposición de RUBIO TORRANO, E.: «Cesión gratuita de vivienda: ¿comodato o precario? Una jurisprudencia cada vez más consolidada (a propósito de la STS de 22 de octubre de 2009)», en *Aranzadi Civil*, 2/2010.

nado, deja de configurarse como un precario para calificarse como comodato o préstamo de uso. Para constituir un derecho de uso y habitación a favor de la familia se requiere una clara voluntad acorde a la constitución de un derecho real que gravará el inmueble.

Para que la cesión del inmueble a favor del matrimonio y/o familia se configure como un comodato no bastará con la precisión de un uso genérico al que se destina toda vivienda, sino en recoger y poder demostrar que el inmueble fue cedido para un uso concreto y determinado, como hogar familiar, en consideración del matrimonio del hijo/a y con objeto de que él y su esposa/o establecieran el hogar conyugal y familiar donde residir junto a los hijos, si se da el caso. Si dicha circunstancia no se puede probar, estaríamos ante un precario pudiendo resolverse la relación jurídica en cualquier momento y así recuperar el inmueble.

Por consiguiente, cuando no existe título y no se paga renta es una simple posesión consentida o precario. Tratándose de una cesión gratuita, pero con la voluntad manifiesta de atender a las necesidades de la familia o fijando un plazo de duración, la posesión del inmueble se fundamenta en un comodato.

La STS de 13 de noviembre de 2008 da un paso más en la singladura que ya habían iniciado otras sentencias⁵⁶, pues aun considerando que existía un comodato en el caso enjuiciado, ya que el inmueble se destinó a servir de morada familiar y para subvenir las necesidades familiares, no le reconoce título suficiente a la demandada para enervar la acción de desahucio ejercitada por el propietario. La razón está en que al romperse la convivencia conyugal desapareció el uso concreto y determinado dejando de existir el comodato, pasando a ser precarista la poseedora. La posterior atribución judicial del uso y disfrute de la vivienda a favor de la esposa no creó un derecho nuevo, manteniéndose como precarista⁵⁷. En cualquier caso, la resolución judicial que pone fin al matrimonio es oponible en el seno de las relaciones entre los cónyuges, sin que pueda afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto.

La SAP de Barcelona de 15 de abril de 2003 (JUR 254127) en aplicación del artículo 1289 CC llega a la conclusión de que siendo el precario y el comodato esencialmente gratuitos (nada percibe el dueño de la cosa cedida), si hay dudas respecto a la naturaleza de la situación, han de resolverse a favor del precario, porque éste es

⁵⁶ También STS de 2 de octubre de 2008 (RJ 5587) y 30 de octubre de 2008 (RJ 6924).

⁵⁷ Se aleja totalmente de este criterio la STS de 2 de diciembre de 1992 (RJ 10250), al considerar que la necesidad familiar a la que queda circunscrito el comodato persiste tras la separación o ruptura manteniendo la posesión el comodatario.

menos gravoso para el propietario e implica, utilizando las propias palabras de la ley, una «menor transmisión de derechos e intereses». En definitiva, quien entrega algo se presume que lo entrega en precario, porque eso supone algo menos gravoso para el propietario y, como éste hace la entrega sin recibir nada a cambio, la ley presume que quiere obligarse a lo menos costoso para él.

Otorgar al precarista una protección jurídica superior al de cualquier otro por combinarse con el elemento familiar supondría atribuir las cargas familiares a terceros ajenos al vínculo matrimonial, afectando a ese espíritu benefactor y solidario parental por temor a una posible crisis matrimonial. La solución no viene por este camino. La indefensión o desamparo en que se puede encontrar el cónyuge desahuciado se contrarresta utilizando las medidas propias del Derecho de familia, compensando la privación de la vivienda con un incremento económico en la pensión⁵⁸.

La siguiente cuestión que nos podemos plantear es, ¿cuál es el procedimiento judicial idóneo para recuperar el bien?

Atendiendo a los elementos que intervienen en el supuesto que se plantea bajo este epígrafe, habría tres posibilidades: juicio verbal de desahucio por precario, un procedimiento ordinario o el procedimiento especial del artículo 41 LH.

En algunas sentencias⁵⁹ se rechaza el ejercicio de la correspondiente acción de desahucio por no considerarlo adecuado para la obtención de la posesión, habida cuenta de la posible existencia de un título válido como pudiera ser el comodato que requeriría un pleito declarativo para dilucidar si los cónyuges tienen un título legítimo oponible a los propietarios.

Es cierto que ha venido siendo doctrina reiterada, en relación con el desaparecido juicio de desahucio de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que esta clase de juicios, dado su carácter sumario, no admitían el planteamiento ni decisión de cuestiones complejas que rebasaban su estrecho ámbito, y requerían una más amplia discusión en el juicio declarativo ordinario. En la actualidad, sin embargo, de acuerdo con el artículo 250-1, 2.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la acción de desahucio por precario únicamente puede ventilarse en el juicio verbal regulado en el Título III del Libro II de dicha Ley (arts. 437 y ss.), que es un juicio declarativo sin limitación de alegación y prueba y que, por lo tanto, admite la discusión y acreditación en el

⁵⁸ Al respecto, ver SAP Lugo de 15 de abril de 2005.

⁵⁹ SsAP de Barcelona de 13 de mayo de 1998 (AC 5525) y de 15 de abril de 2003 (JUR 254127).

mismo juicio de cualquier cuestión compleja que pueda ser opuesta por las partes⁶⁰.

La otra opción que se planteaba se recoge en la Ley Hipotecaria con el siguiente tenor literal: «las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio. Estas acciones, basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del Registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente» (art. 41). Puesto que se trata de recuperar la posesión de un piso que, normalmente, está registralmente inscrito a nombre del demandante, esta acción registral se podría presentar como válida. No obstante la SAP de Zaragoza de 10 de octubre de 2001 (AC 2127) la rechaza pues «tratándose la cesión del piso de un comodato, no era este procedimiento sumario el adecuado para privar del uso a la ocupante».

La acción registral del artículo 41 se desarrolla en el correspondiente juicio verbal (250.1 7.º LEC), al igual que la acción de desahucio que igualmente queda dentro del ámbito del juicio verbal. La acción real registral la puede utilizar el titular registral cuyo asiento se halle vigente (padres que tienen inscrito su dominio) contra los poseedores o perturbadores sin título inscrito, entendiéndose como tales los titulares de derechos inscribibles por ser de naturaleza real o, en su caso, por tratarse de un derecho personal arrendaticio. Siendo el comodato o el precario derechos de naturaleza personal, no encajarían con la tipología de hecho de la norma hipotecaria.

En conclusión, el ejercicio de la acción de desahucio por precario y su desarrollo en el correspondiente procedimiento verbal es el camino procesal idóneo para hacer valer esta pretensión.

⁶⁰ SAP de Barcelona de 18 de julio de 2007 (JUR 331923).

Negocios simulados y usucapión

ANTONIO MARTÍN LEÓN
Profesor Asociado de Derecho Civil
Universidad de Granada

RESUMEN

La usucapión ordinaria exige, junto a la posesión, buena fe y título, que ha de ser justo, verdadero y válido. En la simulación absoluta, el negocio simulado no cumple dichos requisitos: no es ni justo (apto en abstracto para transmitir el derecho real), ni verdadero (existente en el plano material), ni válido (existente en el plano jurídico). Además, el adquirente, por su intervención en el contrato simulado, no puede ser considerado como poseedor de buena fe. En la simulación relativa la situación es más compleja pues concurren no sólo el negocio aparente o simulado sino también el disimulado que se oculta bajo la falsa apariencia. Existe consenso en que el título simulado, en los casos de simulación relativa, no es apto para la usucapión abreviada por las mismas razones que en la simulación absoluta. Por lo que respecta al título disimulado, puede ser justo (si tiene naturaleza traslativa del dominio), es verdadero (aunque oculto) y puede ser válido (pues la simulación, de por sí, no hace nulo el negocio). En lo que se refiere a la usucapión extraordinaria, el negocio absolutamente simulado no tiene virtualidad para configurar el concepto posesorio inicial en el que se recibe materialmente la cosa en ejecución del negocio; en cambio, en la simulación relativa, el título disimulado radicalmente nulo por defecto de forma (si es traslativo del dominio) está dotado de virtualidad suficiente para configurar la posesión recibida como en concepto de dueño.

PALABRAS CLAVE

Usucapión ordinaria. Usucapión extraordinaria. Simulación absoluta. Simulación relativa. Justo título, verdadero y válido. Posesión de buena fe. Posesión en concepto de dueño.

SUMARIO: 1. La simulación: concepto, clases y naturaleza.—2. Simulación absoluta y usucapión: 2.1 Simulación absoluta y usucapión ordinaria. 2.2 Simulación absoluta y usucapión extraordinaria.—3. Simulación relativa y usucapión: 3.1 Simulación relativa y usucapión ordinaria. 3.2 Simulación relativa y usucapión extraordinaria.

1. LA SIMULACIÓN: CONCEPTO, CLASES Y NATURALEZA

Negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, bien porque no existe en absoluto, bien porque es distinto de aquel que se muestra al exterior. Simular es, pues, aparentar la celebración de un determinado negocio y no querer celebrar ninguno (simulación absoluta) o querer celebrar realmente otro distinto (simulación relativa)¹. Mientras que en el primer caso las partes se limitan a crear la apariencia de lo que no es, en el segundo la apariencia creada sirve para ocultar lo que realmente es. Habría pues simulación absoluta cuando la expresión de una causa falsa no encubre más que la carencia de causa, y simulación relativa cuando la expresión de una causa falsa viene a encubrir otra causa verdadera².

Con más detenimiento, podemos decir que la simulación absoluta supone la expresión de una causa falsa que oculta la falta absoluta de causa. Dicha simulación crea una simple apariencia de negocio jurídico, pero sin querer crearlo y sin pretender negocio alguno bajo tal apariencia³. Esta forma de simulación se caracteriza por la total carencia de causa del contrato aparentemente concluido⁴. La *simulatio nuda* es una mera apariencia engañosa (*colorem habet, substantiam vero nullam*) carente de causa y urdida con una finalidad ajena al negocio que se finge⁵.

¹ Cfr: CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986, pp. 23, 61 y 62; FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1926, pp. 61, 62, 66 y 74.

² DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 334.

³ STS 23 octubre 1992 (RJA 8279).

⁴ SSTS 29 julio 1993 (RJA 6493) y 19 junio 1997 (RJA 5418).

⁵ STS 29 noviembre 1989 (RJA 7921).

En cambio, la simulación relativa se caracteriza por la aparente celebración de un contrato con causa falsa y con la intención de celebrar real y efectivamente otro distinto –contrato disimulado– con causa verdadera y lícita⁶. En ella, la declaración negocial representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero (*colorem habet, substantiam alteram*)⁷. En la simulación relativa, el negocio simulado encubre otro que es realmente querido. Se puede afirmar que el negocio simulado sirve de disfraz que oculta el negocio efectivamente querido por las partes. Tras el negocio con causa falsa o simulado subyace el negocio disimulado u ocultado. En la simulación relativa, a diferencia de la simulación absoluta, bajo la falsa apariencia del acto simulado se esconde un acto real. La intención de los simulantes es engañar a los terceros haciéndoles creer que la causa que se declara corresponde con la auténtica. En definitiva, se expresa una causa falsa de manera que la verdadera causa permanece oculta para quienes no son parte en el negocio. Como fácilmente se aprecia, la simulación relativa es un fenómeno más complejo que la simulación absoluta pues en ella concurren no sólo el contrato simulado, aparente o con causa falsa, sino también el contrato disimulado que subyace bajo tal apariencia⁸.

Doctrina y jurisprudencia se hallan seriamente divididas acerca de si la simulación supone una anomalía del consentimiento o de la causa⁹. La postura que podríamos calificar de tradicional, sin perjuicio de no haber sido nunca abandonada, es aquélla que entiende que la simulación implica una divergencia entre la voluntad interna y la declarada: se manifiesta querer algo cuando en realidad no se quiere nada (simulación absoluta) o se quiere algo distinto de lo declarado (simulación relativa)¹⁰. No obstante, a juicio de algunos

⁶ STS 23 diciembre 1992 (RJA 10688).

⁷ SSTS 29 noviembre 1989 (RJA 7921) y 19 junio 1997 (RJA 5418).

⁸ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 68, 69 y 102; DE CASTRO, *op. cit.*, p. 350.

⁹ En cualquier caso, «anomalía» o «irregularidad» del consentimiento, que no «vicio» del mismo (*cf.*, respectivamente, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 95; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La causa del contrato*, Bolonia, 1998, p. 198). Cabe reseñar que la doctrina más antigua, bien incluyó la simulación entre las causas que vician el consentimiento (SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, II, Madrid, 1889-90, p. 530), bien la calificó expresamente como un vicio de la voluntad (VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español*, I, Valladolid, 1935, p. 538).

¹⁰ ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-2.º, Barcelona, 1996, pp. 230-233; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, I-2, Madrid, 1978, pp. 743 y 744; VERDERA Y TUELLS, «Algunos aspectos de la simulación», *ADC*, 1950, pp. 26-28. Más recientemente, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 31-33; GARCÍA GARCÍA, «El concepto de negocio jurídico como concepto unitario, sincrético y jurídico», en *Libro-Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Madrid, 1998, p. 55; JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento. Interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, 1988, pp. 194 y 200 ss.; MARÍN LÓPEZ, «La causa del contrato», *AC*, 2007, pp. 2661 y 2662. Éste es también el planteamiento de la clásica monografía de FERRARA, *op. cit.*, pp. 61, 62, 192 y 255. En jurisprudencia, *vid.* SSTS 25 mayo 1944 (RJA 800), 16 noviembre 1956 (RJA 4115), 31 mayo 1963 (RJA 3592), 8 febrero 1996 (RJA 952) y 17 septiembre 2002 (RJA 8558).

autores, la simulación no supone realmente una discrepancia entre la voluntad y la declaración, sino que su verdadero significado reside en la discordancia consciente entre dos declaraciones, una externa, que aparece ante los terceros, y otra interna, que es mantenida oculta entre las partes¹¹.

En cambio, la tesis más moderna consiste en considerar la simulación como un supuesto de causa falsa; por tanto, la teoría general de la simulación debe radicar en la figura de la causa del contrato. El contrato simulado es causalmente defectuoso; la simulación es un vicio de la causa y su regulación se sitúa en el artículo 1276 CC¹².

Cabe reseñar una tercera teoría, de carácter ecléctico, que considera que en caso de simulación no sólo falta la causa sino que falta también la voluntad negocial, o que el negocio aparente es nulo por falta de consentimiento sobre la causa manifestada¹³.

Sin perjuicio de algunas matizaciones, creemos que esta tercera tesis es la más correcta. En realidad, la simulación absoluta determina que el contrato no reúna ninguno de los requisitos esenciales

¹¹ GÓMEZ CALLE, voz «Simulación» (D.º Civil), en *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, 1995, p. 6217; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-1.º, Madrid, 2000, pp. 402 y 405. Cfr. SSTS 18 julio 1989 (RJA 5715) y 28 abril 1993 (RJA 2952). Para la crítica de esta concepción de la simulación, vid. ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 233; CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 32.

¹² AMORÓS GUARDIOLA, *Comentario del Código Civil*, II, dirigido por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, Madrid, 1991, p. 492; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 334-340; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, I, Madrid, 1996, p. 219; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 2001, pp. 503 y 504; GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, p. 6.217; RODRÍGUEZ GUTIÁN, «Celebración de un negocio fiduciario entre la viuda y los hijos del fallecido durante la comunidad postganancial. Comentario a la STS de 27 de febrero de 2007», *RdP*, 2008, n.º 20, p. 316; VIVAS TESÓN, «La simulación absoluta y su dificultad probatoria. Comentario a la STS de 13 de febrero de 2006», *RdP*, 2006, n.º 17, p. 204. En jurisprudencia, vid. SSTS 18 julio y 29 noviembre 1989 (RJA 5715 y 7921), 26 enero 1994 (RJA 446), 21 septiembre 1998 (RJA 6549), 6 junio 2000 (RJA 4004), 22 marzo 2001 (RJA 4750) y 13 febrero 2006 (RJA 551). A estas sentencias que directamente configuran la simulación como un vicio en la causa negocial se les podrían añadir aquellas otras que definen la simulación contractual como un supuesto de inexistencia de la causa que nominalmente se expresa en el contrato (por todas, STS 31 diciembre 1998 [RJA 9988]).

¹³ CLAVERÍA GOSÁLBEL, *op. cit.*, pp. 197, 198 y 211; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Meditaciones sobre la causa», *RCDI*, 1978, pp. 666 y 667. MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 2655, 2661 y 2662, sin perjuicio de configurar la simulación como divergencia consciente entre voluntad y declaración, entiende que tampoco se da coincidencia (consentimiento) acerca de la función (causa) pretendida. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 55, no aprecia la existencia de obstáculo alguno que impida considerar que en la simulación existe, al mismo tiempo, una divergencia entre la voluntad interna y la declaración externa y también un problema de falta de causa. Partiendo de las premisas de la teoría declaracionista, GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, p. 6.217, estima que en la simulación se produce no sólo una discordancia entre la declaración externa y la interna, sino que también, y sobre todo, una divergencia entre el fin típico del negocio y la causa concreta o propósito práctico de las partes. ALBALADEJO, reputado defensor de la simulación como divergencia entre la voluntad interna y la declarada, en un trabajo más reciente estima que la simulación implica no sólo falta de voluntad, sino también falta de causa (*La simulación*, Madrid, 2005, pp. 18, 24 y 25).

para su existencia *ex art.* 1261 CC. El negocio aparente no sólo carece de consentimiento, sino también de objeto y de causa¹⁴. Por otra parte, aunque toda simulación, sea absoluta o relativa, consiste en una irregularidad del consentimiento, cabe la existencia de simulación –relativa– ajena al problema de la causa¹⁵. Si bien es un hecho innegable que nuestro Derecho positivo (*art.* 1276 CC) ha configurado la simulación relativa en la naturaleza del negocio como una anomalía causal, no es menos cierto que dicho precepto sólo se ocupa de la simulación sobre la causa, soslayando otros tipos de simulación relativa como la que recae sobre el objeto o sobre los sujetos del contrato (*arts.* 628, 755 y 1459 CC)¹⁶. Sostener pues que nuestro Código Civil configura exclusivamente la simulación como un defecto de causa implica desdeñar el inequívoco dato de que el artículo 1276 CC no es el único precepto aplicable al fenómeno simulatorio. En consecuencia, respecto de una de las especies de la simulación relativa, la que recae sobre la naturaleza del contrato, se puede afirmar que se produce una doble divergencia: 1.^a, entre la voluntad interna y la declarada; 2.^a, entre la causa del contrato aparente y la intención práctica perseguida por las partes contratantes¹⁷.

2. SIMULACIÓN ABSOLUTA Y USUCAPIÓN

2.1 Simulación absoluta y usucapión ordinaria

La usucapión ordinaria es un modo de adquirir la propiedad y los demás derechos reales mediante la posesión con buena fe y justo título de la cosa durante el tiempo y con los requisitos que exigen los artículos 1941, 1955 y 1957 CC.

Nos proponemos analizar si el negocio simulado absolutamente es justo título para la usucapión y, por otra parte, si el simulado adquirente puede ser considerado poseedor de buena fe.

Los artículos 1952 y 1953 CC establecen que el título para la usucapión ordinaria debe ser justo, verdadero y válido. Pues bien,

¹⁴ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 65; LACRUZ, *op. cit.*, p. 406; PRESA, «La simulación», *RGLJ*, 1930-2, p. 36. Por todas, STS 12 julio 1941 (RJA 912).

¹⁵ Así lo han puesto de manifiesto dos de los autores que han estudiado con mayor profundidad el fenómeno simulatorio en nuestro Derecho. *Cfr.* CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 31, 67 y 98; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, p. 198.

¹⁶ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 67 y 97; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, pp. 198-200; LACRUZ, *op. cit.*, pp. 405-407.

¹⁷ CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 67, 95 y 97. Algo muy parecido sostiene CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, p. 211, cuando afirma que la «acción de simulación es una acción de nulidad por falta de consentimiento y de causa (*rectius*, por falta de consentimiento sobre la causa manifestada, que, por consiguiente, no existe)».

el título simulado absolutamente no cumple ninguno de dichos requisitos.

No es justo. Justo título significa adecuado según su tipo para transmitir la propiedad o derecho real de que se trate, o, precisando algo más el concepto, idóneo o apto, potencialmente o en abstracto, para transmitir el derecho real¹⁸. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que no puede ser justo título el contrato no traslativo del dominio¹⁹, ni, en consecuencia, el contrato radicalmente nulo²⁰. Sin perjuicio de las matizaciones que más adelante realizaremos sobre el significado de la validez del título a efectos de usucapión ordinaria, es sabido que la simulación absoluta constituye uno de los supuestos más característicos de nulidad radical del contrato²¹. La jurisprudencia ha negado en repetidas ocasiones que el contrato absolutamente simulado sea justo título para la usucapión ordinaria²². Por nuestra parte, creemos que, en rigor, la ineptitud del contrato nulo radicalmente como título para la usucapión ordinaria procede más que de su falta de justicia (abstracta aptitud para transferir el dominio) de su falta de validez (aptitud concreta para transferir el dominio)²³.

¹⁸ ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXV-1.º, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, Madrid, 1993, p. 311; BADOSA COLL, voz «Justo título», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XIV, Barcelona, 1978, pp. 674 y 711; HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Madrid, 1980, p. 523; LUNA SERRANO, *Comentario del Código Civil*, II, dirigido por Paz-Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, Madrid, 1991, p. 2130; MIQUEL GONZÁLEZ, voz «Justo título», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, p. 3904. Según la STS 23 junio 1998 (RJA 4744), justo título es aquel que, «como tal y en abstracto, es idóneo para la transmisión del derecho de propiedad u otro derecho real». Con menor precisión, las SSTS 30 marzo 1943 (RJA 410) y 28 noviembre 1983 (RJA 6680) conciben el justo título como aquel que por su naturaleza es capaz de producir la transmisión del dominio. Parece preferible pues la terminología empleada por el artículo 1.159 del Código Civil italiano de 1942 que habla no ya de justo título sino de título que sea «idóneo» para transferir la propiedad. BUSTO LAGO, *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*, Madrid, 2000, p. 115, niega que el contrato viciado de simulación absoluta sea justo título *ad usucapionem*. A igual conclusión llegan respecto del Derecho italiano GENTILE, *Il possesso*, en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, dirigida por Bigiavi, Torino, 1965, p. 422; MONTEL Y SERTORIO, voz «Usucapione (Diritto vigente)», en *Novissimo Digesto italiano*, XX, 1975, p. 313; RUPERTO, *L'usucapione*, Milano, 1992, p. 143.

¹⁹ SSTS 20 noviembre 1964 (RJA 5395) y 20 marzo 2003 (RJA 2757).

²⁰ SSTS 13 mayo 1963 (RJA 2515), 11 diciembre 1965 (RJA 5610), 28 diciembre 2001 (RJA 2002, 3090) y 25 junio 2003 (RJA 4260).

²¹ STS 16 abril 1990 (RJA 2761).

²² SSTS 14 octubre 1960 (RJA 3172), 16 abril 1990 (RJA 2761), 20 octubre 1992 (RJA 8088) y 25 junio 2003 (RJA 4260).

²³ *Cfr.*, en este sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995, p. 181. Esta autora, aunque asume la opinión general de que la justicia del título significa idoneidad en abstracto para transmitir el derecho real, precisa que el contrato traslativo nulo, aunque en abstracto hubiera sido idóneo para transferir el derecho real de cuya prescripción se trate, no es justo título, pues de conformidad con el artículo 1953 CC el justo título ha de ser verdadero y válido. Como ha puesto de manifiesto BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 673, 674 y 711, tanto justicia como validez hacen referencia a la potencial eficacia del título: si bien la justicia toma en consideración la abstracta apti-

No es verdadero. Si partimos de la base de que la veracidad es lo opuesto a la falsedad, es evidente que el negocio simulado es un negocio falso o no verdadero²⁴. Este análisis inicial se ve confirmado por la jurisprudencia. En efecto, el Tribunal Supremo ha erigido el artículo 1276 CC («la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad [...]») en clave o fundamento de la simulación en nuestro Derecho, pues, según su criterio, la causa falsa se contrapone a la verdadera, equivaliendo a su no presencia, y siendo sinónimo de simulación²⁵. El término veracidad se emplea en el artículo 1953 CC como equivalente a existencia en un sentido o plano material, y el elemento mínimo para considerar un título existente en el plano material es la declaración de voluntad. Veracidad pues como presencia de la declaración de voluntad, y, en consecuencia, negocio falso o simulado aquel que sólo tiene una apariencia de declaración de voluntad, porque las partes le han privado de común acuerdo de todo valor negocial²⁶. Mediante la exigencia de la veracidad del título a efectos de usucapión ordinaria se logra eliminar el título o negocio simulado²⁷. El Tribunal Supremo ha confirmado con su autoridad la calificación del título absolutamente simulado como no verdadero²⁸.

No es válido²⁹. Según la interpretación usual, la validez del título *ad usucapionem* significa que no adolezca de defectos, formales o materiales, que determinen su nulidad radical; no es suficiente que el título haya existido materialmente (veracidad), sino que es preciso que haya existido también según los criterios del Derecho, que haya existido jurídicamente (validez)³⁰. Como se

tud del título para transmitir el dominio, la validez se refiere a la aptitud concreta del título para conseguir ese resultado.

²⁴ FERRARA, *op. cit.*, p. 60, señala que ya en el propio Derecho romano encontramos el *simulatus* como lo opuesto al *verus* y la *simulatio* como la antítesis de *veritas*: «acta simulata [...] veritatis substantia mutare non possunt» (C. 4, 22, 2).

²⁵ SSTS 23 mayo 1980 (RJA 1958), 14 junio 1997 (RJA 4658) y 21 septiembre 1998 (RJA 6549).

²⁶ BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 679 y 711. Recientemente, en el mismo sentido, SANCINENA ASURMENDI, *La usucapión inmobiliaria*, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 209 y 210.

²⁷ A juicio de BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 679-681 y 711, el requisito de la veracidad del título sirve para excluir no sólo el título simulado, sino también el título putativo. En el mismo sentido, *vid.* Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, III, Madrid, 1995, p. 736; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 2001, p. 129; ESPÍN CÁNOVAS, «Función del justo título en la adquisición de derecho por usucapión», *RD*, 1968, pp. 836 y 837; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 522; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III-1.º, Barcelona, 1990, p. 209; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2129; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», *ADC*, 2001, p. 586.

²⁸ Tan sólo hemos podido localizar en tal sentido la STS 16 abril 1990 (RJA 2761).

²⁹ HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 522; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2129; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 586. En jurisprudencia, STS 16 abril 1990 (RJA 2761).

³⁰ Por todos, *vid.* BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 678, 679 y 711; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 504, 520 y 521. No obstante, a los efectos de la usucapión, se considera que los títu-

aprecia, los requisitos de justicia y validez del título hacen referencia a su potencial eficacia transmisiva. No obstante, mientras que la justicia toma en consideración la abstracta aptitud del título para transferir el dominio, la validez se refiere a la aptitud concreta del título para conseguir ese resultado³¹. No basta con que el título sea genéricamente idóneo para transmitir (justo), sino que no debe adolecer de defectos que conlleven su nulidad radical (válido). Se ha señalado que validez del título e idoneidad del mismo para transmitir son conceptos distintos o no coincidentes y que, además, no son opuestos³².

En lo que atañe al tipo de ineficacia que corresponde al contrato simulado absolutamente la jurisprudencia no es uniforme. Un primer grupo de sentencias conecta la simulación absoluta con la nulidad radical³³; un segundo grupo de sentencias consideran que dentro de las ineficacias contractuales, la categoría de la inexistencia es la que mejor se ajusta a los perfiles del contrato simulado absolutamente³⁴; por último, un tercer grupo de resoluciones se refieren a la simulación absoluta de modo indistinto como un supuesto de inexistencia y nulidad, muy probablemente bajo la consideración de que las consecuencias jurídicas de ambos tipos de ineficacia son equivalentes³⁵.

Pero, es más, la usucapión ordinaria no sólo exige un justo título que sea verdadero y válido, sino también la buena fe del poseedor. La cuestión, pues, es si el adquirente por contrato absolutamente simulado puede ser considerado como poseedor de buena fe³⁶.

los simulados absolutamente merecen un trato especial y separado respecto de los demás títulos radicalmente nulos. *Cfr.* LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, p. 212, nota 27; MORALES MORENO, *Poseción y usucapición*, Madrid, 1972, pp. 139-146; YZQUIERDO TOLSADA, *op. cit.*, p. 586.

³¹ BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 711; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2.130.

³² LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2130. Añade que, en consecuencia, pueden intercambiarse (el título válido de arrendamiento no es apto para transmitir un inmueble y el título idóneo de donación para transmitirlo es inválido si no se formaliza en escritura pública), de manera que el primero es lógicamente anterior y técnicamente previo, por referirse a una nota del título de carácter general, y el segundo ulterior, porque atañe a una connotación específica del título que tiene carácter particular.

³³ SSTS 13 febrero 1958 (RJA 590), 29 julio 1993 (RJA 6493), 21 septiembre 1998 (RJA 6549) y 25 junio 2003 (RJA 4260).

³⁴ SSTS 23 mayo 1980 (RJA 1958), 26 marzo y 21 octubre 1997 (RJA 1996 y 7178), 4 noviembre 1998 (RJA 8364) y 13 febrero 2006 (RJA 551). Encuadramiento de la simulación absoluta en la categoría de la inexistencia contractual sobre la base de entender que la simulación determina la ausencia de un elemento esencial del contrato, en concreto de la causa, *ex arts.* 1261-3 y 1.275 CC.

³⁵ SSTS 23 mayo 1956 (RJA 2435), 6 septiembre y 29 diciembre 1995 (RJA 6674 y 9815). Con referencia específica al problema de la usucapión ordinaria, la STS 14 octubre 1960 (RJA 3172) considera el contrato «nulo por simulado y como tal inexistente».

³⁶ Sobre las relaciones entre justo título y buena fe, requisitos exigidos conjuntamente para la prescripción adquisitiva ordinaria, *vid.* Díez-PICAZO, *op. cit.*, III, pp. 731-735; ALBALADEJO, *La usucapición*, Madrid, 2004, pp. 79 y 80, en contra de otras opiniones, considera que la buena fe no se ha de basar necesariamente en el título en el sentido de que

Desde una perspectiva general, la jurisprudencia entiende que el adquirente, por su intervención en el contrato simulado, por haber sido parte en éste, no puede conceptuarse como poseedor de buena fe³⁷. Desde otra perspectiva más específica, es objeto de discusión el alcance y significado de la buena fe a efectos de usucapión. Existen básicamente dos posturas: la que entiende que la buena fe en la usucapión consiste en la creencia en la titularidad y poder de disposición del *tradens ex* artículo 1950 CC³⁸, y aquella otra que considera que, en virtud de la remisión del artículo 1.951 CC al artículo 433 CC, el poseedor de buena fe a efectos de usucapión no sólo debe creer en la titularidad de su transmitente, sino que también debe ignorar todo vicio invalidatorio del título³⁹. En cambio, reina el acuerdo doctrinal a la hora de negar al que adquiere mediante contrato simulado la condición de poseedor de buena fe, bien porque el engaño que entraña la simulación –sin distinguir su especie– parece contrario a la buena fe⁴⁰, bien porque el título absolutamente simulado implica *inter partes* la falta de buena fe⁴¹.

La STS 16 abril 1990 (RJA 2761), recoge, a modo de recapitulación, los diversos motivos por los que no cabe plantear la viabilidad de la usucapión ordinaria en los contratos absolutamente simulados: 1.º, porque no puede ser justo título el contrato no traslativo del dominio, ni, por tanto, el contrato radicalmente nulo por simulado; 2.º, porque el título absolutamente simulado no es verdadero ni válido; y 3.º, porque no cabe considerar como poseedor de buena fe a quien conoce que su posesión emana de un acto jurídico ineficaz, dado que, según lo establecido por el artículo 433 CC, la buena

no pueda darse sin un título en que se apoye, si bien reconoce que sin título no se produce la usucapión ordinaria.

³⁷ SSTS 14 octubre 1960 (RJA 3172) y 28 mayo 1996 (RJA 3858). Comparte este criterio, SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 212.

³⁸ YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario a la Sentencia de 19 de julio de 1999», *CCJC*, 2000, pp. 88 y 89.

³⁹ ALBALADEJO, *La usucapión*, cit., pp. 78 y 79; ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, pp. 838 y 839; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 210-215. Cfr. SSTS 25 marzo 1988 (RJA 2475), 16 abril 1990 (RJA 2761), 5 marzo 1991 (RJA 1718), 24 julio 1998 (RJA 6446) y 17 julio 1999 (RJA 6771).

⁴⁰ DE LOS MOZOS, *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, p. 230. Cfr., del mismo autor, *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, p. 254.

⁴¹ ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 837. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 181 y 182, señala que quien conoce la nulidad de su título adquisitivo, carece no sólo de justo título, sino también de buena fe, por lo que no podrá nunca usucapir en forma ordinaria. Por su parte, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 522, considera que el título absolutamente simulado no es verdadero, circunstancia que, por sí sola, hace inviable la usucapión ordinaria. No obstante, inmediatamente después realiza una interesante matización: «aunque la simulación persigue la ocultación o el engaño, no es estrictamente necesario que la finalidad sea ilícita, y, en concreto, no es indispensable que la finalidad perseguida haya consistido en crear una apariencia de título con vistas a la usucapión».

fe se identifica con la ignorancia de la existencia de vicios en el título de adquisición.

En conclusión, no cabe discusión alguna sobre la falta de idoneidad de los negocios absolutamente simulados a efectos de la usucapión abreviada.

2.2 Simulación absoluta y usucapión extraordinaria

Una vez descartada toda posibilidad de usucapión ordinaria debemos examinar si la extraordinaria puede operar a pesar de ser el negocio absolutamente simulado. Como es sabido, el justo título y la buena fe son requisitos exclusivamente exigibles en la usucapión ordinaria (art. 1940 CC), mientras que la extraordinaria opera «sin necesidad de título ni de buena fe» (art. 1959 CC). En consecuencia, la falta de justo título o de buena fe, o la concurrencia de un título que no reúna los requisitos señalados por el artículo 1952 CC (veracidad, validez) no impide que entre en funcionamiento la usucapión extraordinaria. Mas, que no se precise de un justo título, verdadero y válido, a efectos de la usucapión extraordinaria no significa que, respecto de ella, la concurrencia de un título no tenga ningún tipo de relevancia jurídica⁴². «El título –señala Lacruz– tiene asimismo influencia para cualificar la posesión en los supuestos de usucapión treintenual, pero entonces no es exigible que sea válido y ni siquiera existente: sirve, exclusivamente, como indicador –en su caso– de que la posesión es a título de dueño»⁴³.

Se trata, pues, de comprobar si un título traslativo del dominio que no reúna los requisitos exigidos por el artículo 1953 CC para la usucapión ordinaria, puede, respecto de la extraordinaria, configurar la posesión en concepto de dueño⁴⁴.

⁴² Según HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 340, «el título opera, sobre todo, en la usucapión ordinaria». Por su parte, MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 147, señala que la usucapión ordinaria se ha considerado muy influida por el carácter del título, mientras que la extraordinaria se halla más alejada del título y se basa fundamentalmente en la posesión.

⁴³ LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, pp. 211 y 212. Según ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III-1.º, Barcelona, 1994, p. 182, texto y nota 7, que la posesión sea en concepto de dueño no depende en absoluto de que el título por el que se recibe sea válido, sino de que sea un título que la confiere como dueño: aunque sea nulo el título en cuya virtud se recibe la posesión, si tal título supone que ésta se tome en concepto de dueño, sirve como prueba de que se posee en tal concepto.

⁴⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, a pesar de afirmar que el título es irrelevante a efectos de la usucapión extraordinaria (pp. 175 y 177), posteriormente reconoce que la posesión transmitida en cumplimiento de las obligaciones resultantes de un contrato traslativo nulo puede ser el soporte donde se apoye el *accipiens* para poseer a título de dueño (pp. 175, 181 y 198).

Como hemos dicho, en la usucapión extraordinaria no se exige justo título ni buena fe; sin embargo, se ha de poseer en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpidamente durante el plazo de seis años, en caso de bienes muebles, y de treinta años, en caso de bienes inmuebles. Ante la irrelevancia del justo título y de la buena fe, el papel central o decisivo corresponde a la posesión en concepto de dueño. La cuestión consistiría fundamentalmente en determinar si el adquirente simulado posee en dicho concepto. El concepto posesorio ha de fijarse en el momento en que se inicia la posesión, ya que el artículo 436 CC, al presumir que se sigue poseyendo en el mismo concepto en el que se adquirió, remite, para la determinación del concepto posesorio, al instante de la adquisición. La existencia o no de posesión en concepto de dueño es cuestión de hecho que puede fijarse por el comportamiento exterior del poseedor, pero que normalmente se determinará según el concepto en que se recibió la posesión⁴⁵. La apreciación del concepto posesorio es muy difícil si no se parte del título, por lo que, en principio, el concepto en que se posee se determinará en función del título en cuya virtud se empezó a poseer⁴⁶. El título facilita extraordinariamente la calificación del concepto en que se posee. Mas no todos los títulos nulos merecen el mismo tratamiento a efectos de la usucapión extraordinaria, ya que el elemento volitivo en ellos contenido es diverso. Los negocios absolutamente simulados, a diferencia de otros negocios radicalmente nulos (así, por ejemplo, los nulos por defecto de forma sustancial)⁴⁷, no tienen virtualidad suficiente para configurar el concepto posesorio inicial en que se recibe materialmente la cosa en ejecución del negocio. La entrega que subsigue al contrato simulado absolutamente se realizará sin *animus transferendi et accipiendi domini*⁴⁸, es decir, sin ánimo de transmitir o adquirir la posesión *ad usucapionem*: sólo existirá una apariencia de *animus*, correspondiente a la apariencia negocial, que no puede suplir, respecto de las partes, a la verdadera voluntad posesoria. En consecuencia, la posesión que se transmite

⁴⁵ ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III-1.º, cit., p. 182.

⁴⁶ En este sentido, la STS 18 septiembre 2007 (RJA 5074), señala que «para determinar cuándo una posesión es en concepto de dueño –o de titular del derecho– o en otro concepto distinto, hay que atender a la voluntad del poseedor en el momento de adquirir la posesión y, si la adquisición se basa en un negocio jurídico, habrá de deducirse de él la intención del adquirente».

⁴⁷ Sobre esta cuestión puede verse, *in extenso*, MARTÍN LEÓN, «Usucapión, título nulo por defecto de forma y posesión en concepto de dueño», *RdP*, 2004, n.º 12, pp. 117 y ss., especialmente pp. 130 ss.

⁴⁸ Según LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, p. 212, nota 27, en la simulación absoluta «el falso *accipiens* carece de *animus domini*, aunque pueda aparentarlo frente a los terceros, y esta carencia *inter partes* me parece suficiente para impedir la usucapión». En el mismo sentido, MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 145; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., p. 587.

no conduce a la usucapión, por no estar configurada en concepto de dueño⁴⁹.

A juicio de López Beltrán de Heredia, el conocimiento por el adquirente de la causa de nulidad de su título adquisitivo impide tanto la usucapión ordinaria (por falta de título y de buena fe), como, en ocasiones, la usucapión extraordinaria, pues precisamente ese conocimiento puede acreditar que quien posee no lo hace a título de dueño, y así puede señaladamente ocurrir cuando exista simulación absoluta⁵⁰.

Todo lo cual no obsta a que, con posterioridad, el falso adquirente interviera el concepto posesorio y comience a poseer en concepto de dueño. Interversión del concepto posesorio que según nutrida jurisprudencia ha de basarse en actos inequívocos con clara manifestación externa en el tráfico⁵¹. Nuestro Código Civil refiere la interversión al cambio en el concepto en que se viene poseyendo, a diferencia de otros Códigos que la refieren al cambio en el título; para que opere la interversión no es necesario un nuevo título, sino que basta con una modificación del concepto. Por ello se señala que incluso en el caso de que el negocio transmisivo fuera simulado, si a partir de él se ha operado un cambio en la posesión, y el poseedor ha comenzado a actuar como si fuera titular, parece que habría que admitir que la interversión se ha verificado, aunque no haya llegado a nacer un nuevo título⁵². Como ya hemos tenido ocasión de analizar, el artículo 436 CC remite para la fijación de concepto posesorio al momento de la adquisición, y por tanto, al título adquisitivo si lo hubiera. No obstante, el título nulo por simulación absoluta, a diferencia de otros títulos nulos, no tiene virtualidad suficiente para fijar el concepto posesorio en el que se inicia la posesión.

⁴⁹ MORALES MORENO, *op. cit.*, pp. 145 y 146; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», *cit.*, p. 587. En contra, pero con carácter aislado, GENTILE, *op. cit.*, p. 389, para quien el adquirente simulado goza de una posesión apta para la usucapión extraordinaria.

⁵⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 181-183 y 203-204, si bien aclara que tal afirmación no implica sostener con carácter general que quien conoce la nulidad de su título adquisitivo no posee a título de dueño, y, por tanto, jamás podrá adquirir por usucapión ordinaria o extraordinaria. De seguir tal tesis sólo sería posible la usucapión extraordinaria cuando el poseedor tuviese buena fe, es decir, cuando ignorase los defectos del título. Señala acertadamente HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 121, 131, 219 y 423, que la posesión de buena o mala fe no equivale a posesión en concepto de dueño o en concepto distinto de dueño. La distinción parece clara: poseedor en concepto de dueño es el que se comporta como un dueño, el que es considerado como tal tenga o no la convicción de serlo; en cambio, poseedor de buena fe es aquel que posee creyéndose, erróneamente, dueño. Mientras que lo primero es un problema de intención o de propósito, lo segundo es un problema de creencia. En consecuencia, así como se puede ser poseedor en concepto de dueño sin serlo de buena fe, así también es posible ser poseedor de buena fe sin serlo en concepto de dueño.

⁵¹ *Vid.* STS 7 febrero 1997 (RJA 685) y las que ésta cita.

⁵² ATAZ LÓPEZ, «Sobre la interversión posesoria. (Notas al art. 436 del Código Civil)», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, p. 48.

Puede ser de algún interés examinar el caso resuelto por la STS de 6 de junio de 1986 (RJA 3293). Los hechos fueron los siguientes: unos pocos días antes de contraer segundas nupcias, una mujer viuda vende simuladamente a su futuro esposo una finca. Seis años más tarde, el marido otorga testamento abierto en el que reconoce que la finca aparentemente transmitida pertenece íntegramente a su esposa por razón de convenio celebrado antes de casarse. Dicho testamento fue revocado posteriormente por el comprador. Fallecidos vendedora y comprador, y una vez transcurridos cerca de cuarenta años desde la supuesta enajenación, los hijos que la vendedora tenía de un matrimonio anterior interponen acción reivindicatoria para recuperar la finca que se encontraba en poder de la heredera del comprador, alegando simulación absoluta de la compraventa, con el fin de reintegrar el bien reivindicado a la masa hereditaria de su madre. La demandada opuso prescripción extintiva de la acción de nulidad, que fue desestimada por cuanto se trata de una acción imprescriptible. También opuso la prescripción adquisitiva extraordinaria *ex* artículo 1959 CC. El Tribunal Supremo rechaza que se hubiere producido la usucapión extraordinaria ya que ésta precisa «no sólo el transcurso de los treinta años sin interrupción en la posesión, más también que esta posesión no sea la simple tenencia material o la posesión natural, sino que ha de ser la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de hacer *–sic–* la cosa como suya, en concepto de dueño».

Esta sentencia merece algún comentario y suscita algunas dudas. Planteado el caso como de simulación absoluta es obvio que sólo cabe la usucapión extraordinaria; sin embargo, por razón de las circunstancias concurrentes, el caso parecía más de simulación relativa. En la sentencia se da por probado que la adquisición fue el medio arbitrado por la futura esposa para facilitar el matrimonio, máxime teniendo en cuenta que el enlace había de tener lugar entre un varón soltero de treinta y un años y una mujer de cuarenta y tres, con dos hijos menores de su anterior matrimonio. Se trataba probablemente de una donación por razón de matrimonio encubierta por una compraventa⁵³. Como observa De Castro, demostrada la simulación, ésta se presume absoluta y frente a dicha presunción legal habrá de probarse la existencia del negocio disimulado y que su causa es verdadera y lícita, y añade que son bastantes los casos

⁵³ DÍAZ MARTÍNEZ, «La impugnación de los negocios con simulación en la causa por acreedores y legitimarios de las partes», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, I, Madrid, 2003, p. 434, nota 2, apunta otra posibilidad. A su juicio, el móvil *–lícito–* que perseguía la venta absolutamente simulada parecía ser el de vencer ciertas reticencias a la celebración del matrimonio proyectado, que presumiblemente serían menores si el esposo aportaba una finca al acervo familiar, algo que en realidad no podía hacer por carecer de recursos económicos.

juzgados como simulación absoluta en los que no se quiso o no se pudo descubrir lo que se ocultaba⁵⁴. El Tribunal Supremo desestima la usucapión extraordinaria sobre la base de no admitir que el adquirente por negocio simulado posea en concepto de dueño cuando con posterioridad a la celebración del negocio reconoce el derecho del dueño⁵⁵. A pesar de compartir tal afirmación, hemos de precisar y reiterar que, a nuestro juicio, la cuestión debe entenderse resuelta en el mismo sentido pero por una causa anterior: el negocio simulado carece de la potencialidad suficiente para configurar la posesión del supuesto adquirente como en concepto de dueño; a diferencia de otros títulos nulos, el simulado no tiene valor ni siquiera para calificar la posesión recibida por el *accipiens* como en concepto de titular. Respecto de la virtualidad jurídica del reconocimiento, el artículo 1.948 CC establece que cualquier reconocimiento expreso o tácito que el poseedor hiciera del derecho del dueño interrumpe la posesión⁵⁶. No obstante, la doctrina precisa que aunque el Código Civil hable de interrupción de la posesión, en realidad, el reconocimiento del derecho del dueño por el poseedor tiene el significado técnico de interversión o modificación del concepto posesorio⁵⁷. Mas, en el caso de la STS 6 junio 1986, no se puede propiamente hablar de una interversión del concepto pose-

⁵⁴ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 352 y 355. Señala CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 75, nota 248, que en numerosas ocasiones, no pudiendo probarse la existencia de la causa subyacente y su licitud, la simulación se consideró absoluta cuando la intención de las partes conducía a una relativa. Cuando lo solicitado en instancia no es más que la declaración de nulidad del contrato simulado sin que en la contestación a la demanda se sostenga la existencia de un contrato disimulado válido, plantear por primera vez esa cuestión ante el Tribunal Supremo es suscitar una cuestión nueva proscrita según reiterada jurisprudencia. *Cfr.* SSTS 28 mayo 1996 (RJA 3858) y 25 junio 2003 (RJA 4260).

⁵⁵ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 184, si bien admite que la razón decisiva para negar que hubiera posesión en concepto de dueño fue el testamento en el que el comprador reconoció que la finca pertenecía a su esposa, teniendo en cuenta que dicho testamento fue revocado «puede decirse que el comprador poseía de mala fe, pero suponer que no poseyó en concepto de dueño es mucho suponer. Tal vez fuera más lógico sostener que, aun producida la prescripción adquisitiva en favor del adquirente en un contrato nulo, como la acción de nulidad no prescribe, procede la restitución que es su consecuencia, pues con la tesis del Supremo toda posesión de mala fe puede convertirse en posesión en concepto distinto al de dueño, dado que el poseedor sabe que el dueño es otro. El conocer que el dueño es otro no significa que se posea en concepto distinto al de dueño. El que posee públicamente en concepto de dueño, aunque sepa que el dueño es otro, puede adquirir por usucapión».

⁵⁶ Se discute sobre si lo que se interrumpe es la posesión o la usucapión. A favor de lo primero, ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 59 y 60 y MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 374; de lo segundo, Díez-PICAZO, *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964, p. 132 y LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2115 y 2116. Por nuestra parte pensamos que la interrupción ha de predicarse de la posesión que conduce a la usucapión, de la posesión *ad usucapionem*.

⁵⁷ LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2116; MORALES MORENO, *op. cit.*, pp. 344, 348, 369 y 373. ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 44, 46 y 60, ha acuñado la expresión «interversión por consentimiento del poseedor» para hacer referencia a aquella modificación del concepto posesorio que tiene lugar cuando el que venía poseyendo en concepto de dueño reconoce el derecho de otro.

sorio en sentido «descendente» (de dueño a en concepto distinto de dueño), por la sencilla razón de que con anterioridad el adquirente simulado no poseía en concepto de dueño. Ni antes, ni, por supuesto, después del acto de reconocimiento, poseyó en tal concepto.

Pasemos al capítulo de las dudas. A efectos de la usucapión extraordinaria entre las partes del negocio simulado⁵⁸, o entre sus respectivos causahabientes, se ha de estar a la verdadera voluntad posesoria. En este sentido, Lacruz indica que en la «simulación absoluta el falso *accipiens* carece de *animus domini*, aunque pueda aparentarlo frente a los terceros, y esta carencia *inter partes* me parece suficiente para impedir la usucapión». En otro lugar, y con referencia específica a la STS 6 junio 1986, admite que es dudosa la decisión adoptada en un supuesto como el de la citada sentencia, en el que *erga omnes* el adquirente simulado posee y figura como dueño durante cerca de cuarenta años⁵⁹.

Supuesto diverso es el de usucapión por persona distinta del adquirente simulado. Los terceros que contraten con el adquirente simulado no podrán verse perjudicados por confiar en la apariencia de titularidad de éste. El supuesto adquirente aparece como propietario por voluntad del verdadero dueño, el cual es el responsable de la apariencia creada⁶⁰. Es bastante ilustrativa la STS 28 mayo 1996 (RJA 3858). Declarada la nulidad radical de una compraventa por simulación absoluta, se desestima la usucapión ordinaria, pues el adquirente por su intervención en el contrato simulado no puede tenerse por poseedor de buena fe; sin embargo –añade–, el hecho de que un contrato sea radicalmente nulo por simulación no impide que los supuestos adquirentes transmitan la posesión a terceros ajenos al contrato nulo mediante otra compraventa, que si bien no será apta para adquirir el dominio, salvo que se hubiere confiado en el Registro de la Propiedad (art. 34 Ley Hipotecaria), sí puede crear una situación posesoria apta para usucapir. En este sentido, se ha señalado que el contrato traslativo de un bien que el transmitente –en ese contrato– recibió en un anterior contrato nulo, puede ser título válido a efectos de la usucapión ordinaria, y que, en todo caso, el tercero podrá adquirir la propiedad por usucapión extraordinaria⁶¹.

⁵⁸ A diferencia de la usucapión ordinaria, que no puede operar *inter partes*, sino que es un conflicto entre el que adquiere de un *non dominus* y el *verus dominus*, en la usucapión extraordinaria es indiferente que el *tradens* sea o no *dominus*; en consecuencia, la usucapión extraordinaria puede operar incluso *inter partes*. Sobre esta cuestión, *cfr.* MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pp. 140-143, y autores allí citados.

⁵⁹ LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, pp. 212, nota 27 y 92, nota 5, respectivamente. Añade que la doctrina de la STS 6 junio 1986, no podría aplicarse a los adquirentes simulados que poseen desde el primer momento a título de dueño e incluso con el consentimiento del supuesto transmitente.

⁶⁰ *Cfr.* DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 423 y 435.

⁶¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 207.

3. SIMULACIÓN RELATIVA Y USUCAPIÓN

3.1 Simulación relativa y usucapión ordinaria

El negocio simulado, como ya vimos a propósito de la simulación absoluta, no cumple ninguno de los presupuestos del título exigidos para la usucapión ordinaria (justicia, validez y veracidad), y, ni tan siquiera se puede reputar poseedor de buena fe al adquirente por negocio simulado. Sin embargo, la estructura de la simulación relativa es más compleja que la de la simulación absoluta, ya que en ella concurren no sólo el acto aparente o simulado sino también el acto disimulado que se oculta bajo dicha apariencia. Existe unanimidad a la hora de estimar que el título simulado, en los casos de simulación relativa, no es apto para la usucapión ordinaria por las mismas razones que en la simulación absoluta, unanimidad que, pese a la existencia de algunas opiniones discrepantes, prácticamente se mantiene en orden a considerar idóneo a efectos de la usucapión ordinaria al título disimulado⁶².

No obstante, conviene examinar más detenidamente la cuestión relativa al título disimulado. Es decir, se trata de analizar en todos sus pormenores si tal título es justo, verdadero y válido, e incluso si la posesión del adquirente es de buena fe, requisitos de todo punto inexcusables para la usucapión ordinaria.

a) *Justicia*

En general, la doctrina no tiene nada que objetar al título disimulado en cuanto que justo título para la usucapión ordinaria⁶³. La justicia del título implica la necesidad de que el disimulado tenga naturaleza traslativa del dominio⁶⁴.

⁶² ALAS, DE BUEN Y RAMOS, *De la usucapión*, Madrid, 1916, pp. 203 y 204; BUSTO LAGO, *op. cit.*, pp. 116 y 119; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, III, cit., p. 736; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, III, p. 129; ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 837; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 522; LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, pp. 209 y 212, nota 27; LUNA SERRANO, *op. cit.*, pp. 2.129 y 2.130; MORALES MORENO, *op. cit.*, pp. 145 y 146; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., pp. 586 y 587. Con carácter aislado, algunos autores sostienen que el negocio disimulado no es apto para la usucapión ordinaria [DE LOS MOZOS, *La donación...*, cit., p. 230; DURÁN RIVACOBIA, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, 1.ª ed., Pamplona, 1995, p. 178 y 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 217 y 218]. Adelantando ideas que serán desarrolladas más adelante, las dudas acerca del título disimulado se centran fundamentalmente en lo relativo a su veracidad. La doctrina italiana también considera apto como justo título *ad usucapionem* el contrato traslativo o constitutivo de un derecho susceptible de usucapión afectado de simulación relativa. *Cfr.* GENTILE, *op. cit.*, p. 422; MONTEL Y SERTORIO, *op. cit.*, p. 313.

⁶³ *Cfr.* DURÁN RIVACOBIA, *op. cit.*, 1.ª ed., pp. 177 - 178 y *op. cit.*, 2.ª ed., p. 217; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2.130; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., pp. 587 y 591.

⁶⁴ LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2130, lo afirma claramente: «podrá valer como justo título, en el caso de la simulación relativa, el contrato traslativo oculto o disimulado». En el mismo sentido, BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 119.

Así, respecto de la donación disimulada tras una compraventa, se reconoce su aptitud en abstracto para transmitir el dominio en virtud, bien de su apariencia onerosa, bien de su entraña gratuita⁶⁵. No se oculta la transmisión, sino simplemente el medio o negocio a través del cual se efectúa realmente la transmisión. Únicamente cabría matizar que el contrato disimulado radicalmente nulo (no válido) nunca puede constituir justo título para la usucapión ordinaria en tanto que no sería traslativo de la propiedad⁶⁶.

Sin perjuicio de que la hipótesis más frecuente de simulación relativa es la donación disimulada bajo aparente compraventa, el Tribunal Supremo ha abordado otros supuestos de simulación relativa como, por ejemplo, compraventa con pacto de retro que encubre un préstamo con garantía inmobiliaria⁶⁷. En este supuesto, analizado por la STS 20 noviembre 1964 (RJA 5395), el Tribunal Supremo rechazó, con buen criterio, que procediera la usucapión ordinaria por falta de justo título, pues el contrato disimulado no tenía carácter traslativo del dominio⁶⁸.

b) *Veracidad*

Como anteriormente expusimos a propósito de la simulación absoluta, veracidad es lo opuesto a falsedad, y con la exigencia de la veracidad el Código Civil intenta eliminar como títulos *ad usucapionem* a dos falsos títulos, el putativo y el simulado⁶⁹.

⁶⁵ DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 1.ª ed., pp. 177 - 178 y *op. cit.*, 2.ª ed., p. 217.

⁶⁶ *Cfr.* SSTS 16 abril 1990 (RJA 2761) y 20 octubre 1992 (RJA 8088).

⁶⁷ Otros casos: compraventa que oculta una permuta (STS 25 octubre 1971 [RJA 4462]), arrendamiento financiero que encubre una compraventa a plazos (SSTS 29 mayo 1999 [RJA 4383] y 29 mayo 2001 [RJA 3874]) y mandato que oculta un subarrendamiento (STS 20 abril 1965 [RJA 2113]).

⁶⁸ La citada sentencia subraya la falta de efectos transmisivos de la propiedad del contrato disimulado, atendida su propia naturaleza resultante de la verdadera intención de las partes (prestar con garantía). Un supuesto similar se abordó en la STS 21 febrero 1907. Se trataba de una compraventa con pacto de retro de una serie de cuadros en la que existía una manifiesta desproporción entre el precio pagado (3.500 pesetas) y el valor de los bienes (tasados pericialmente en más de 100.000 pesetas), siendo el plazo para retraerlos bastante breve. El Tribunal Supremo enfocó la cuestión desde la perspectiva no del negocio fiduciario ni de la usura, sino desde la de la simulación. Según el Tribunal Supremo el supuesto contrato de compraventa disimulaba un contrato de préstamo con interés y garantía prendaria. El comprador alegó la usucapión ordinaria de los cuadros *ex art. 1.955 CC* con base en una posesión no interrumpida, de buena fe y en concepto de dueño durante más de tres años. Argumentaba que poseyó los cuadros en virtud de un contrato de compraventa, lo que a su juicio implicaba una posesión en concepto de dueño. El Tribunal Supremo rechaza esta pretensión ya que «los cuadros los tenía el demandado, no en concepto de dueño, sino como garantía del préstamo».

⁶⁹ *Cfr.* BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 679-681; ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 837; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 521 y 522; LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, p. 209.

El título simulado, tanto en la simulación absoluta como en la relativa, en cuanto falso no es verdadero: falta pues al requisito de la veracidad. No obstante, la cuestión no es absolutamente pacífica. Mientras que no suscita particulares discusiones la justicia del título disimulado (siempre que, eso sí, el negocio disimulado tenga naturaleza traslativa del dominio), ni incluso su validez⁷⁰, la cuestión relativa a la veracidad o no del título disimulado a los efectos del artículo 1953 CC es objeto de polémica. Para un sector doctrinal minoritario, encabezado por Durán Rivacoba, el título disimulado no es verdadero. Según este autor, parece que en principio «verdadero» excluye sólo «la falsedad absoluta» del título, y que el título disimulado sería «verdadero por no absolutamente simulado». No obstante, considera que, si bien el título disimulado (en concreto, la donación de inmuebles encubierta bajo compraventa) puede tenerse por válido, «de ninguna manera debería tenerse por verdadero, pues, aunque manifieste de un modo indirecto el ánimo de las partes, en cuanto a sus auténticas pretensiones, no lo hace, por hipótesis, con veracidad». En su opinión, no resulta coherente que la donación de inmueble disimulada bajo compraventa que consta en escritura pública, en cuanto verdadera y válida, sea justo título para usucapir, mientras que la donación directa pero no otorgada en escritura pública, título verdadero pero no válido, no lo sea⁷¹.

Por el contrario, la mayoría de la doctrina llega a la conclusión de que el título disimulado ha de reputarse verdadero a efectos de la usucapición⁷². En este sentido, se ha puesto de manifiesto que para fijar el verdadero título el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta la causa verdadera del negocio⁷³.

⁷⁰ Por todos, DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 1.ª ed., pp. 177 - 178 y *op. cit.*, 2.ª ed., p. 217. Más adelante trataremos específicamente la cuestión relativa a la validez del título disimulado.

⁷¹ DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 2.ª ed., pp. 217 y 218. En igual sentido, aunque con algunas ligeras variaciones en cuanto al modo de expresión, se manifiesta en la 1.ª edición de esa obra (pp. 178 y 179). Para DE LOS MOZOS, *La donación...*, cit., p. 230, el título disimulado, sin duda, no es verdadero.

⁷² Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, III, cit., p. 736; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, III, p. 129; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 522; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., pp. 586-589. LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2130, es particularmente explícito, pues señala que, en el caso de la simulación relativa, podrá valer como justo título «el contrato traslativo oculto o disimulado en cuanto real y verdadero». Implícitamente, ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 837; LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, p. 209. Todos estos autores, al analizar el significado y alcance de la veracidad del título en la usucapición ordinaria, excluyen al título absolutamente simulado y admiten el título disimulado en la simulación relativa. En un reciente estudio monográfico sobre la usucapición se vuelve a reiterar este criterio. *Cfr.* SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 213.

⁷³ MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 100, quien cita las SSTs 20 noviembre 1964 (negocios de garantía, venta con pacto de retro), 3 mayo 1955 y 10 noviembre 1958 (*fiducia cum creditore*).

A nuestro juicio, el disimulado es un título oculto tras un título falso o no verdadero, el simulado. El título disimulado no es falso (no verdadero) sino simplemente oculto⁷⁴, o más bien ocultado. Se puede decir que el disimulado es un título verdadero en el sentido de que es «real» o «verdaderamente querido» por las partes⁷⁵. En definitiva, en la simulación relativa, el disimulado es un negocio verdadero oculto tras la falsa apariencia de otro, el simulado⁷⁶. Esta opinión encuentra sólido apoyo en el artículo 1276 CC que contrapone causa falsa (negocio simulado) con causa verdadera (negocio disimulado). Con arreglo al citado precepto, que ha sido erigido por la jurisprudencia como eje central de la simulación en nuestro sistema, la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita. Resulta, pues, que en aquellos supuestos en que, a pesar de la manifestación de una causa falsa, exista, subyacente, otra verdadera, el contrato será válido y eficaz. La STS 29 noviembre 1989 (RJA 7921), específicamente dictada a propósito de simulación y usucapión, considera que en la simulación relativa el contrato disimulado es «verdadero». No obstante, debemos advertir que se trata de una afirmación a mayor abundamiento, pues el Tribunal Supremo resolvió sobre la base de considerar válida la donación encubierta, con lo cual la usucapión devenía totalmente innecesaria: adquisición directa por razón del negocio disimulado, no en virtud de la usucapión⁷⁷.

No obstante, cabría plantearse qué es lo decisivo: lo que aparece como verdadero a los ojos de terceros (incluido el *verus dominus*), o lo que es verdadero conforme a la intención o propósito de las partes. Así, con relación a la donación encubierta bajo compraventa y su idoneidad como justo título para la usucapión ordinaria, se ha señalado que «resulta muy duro admitir que se

⁷⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, III, cit., p. 736; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, III, p. 129; GULLÓN, *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969, p. 120.

⁷⁵ Cfr. FERRARA, *op. cit.*, p. 157; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 43 y 522. En este sentido, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, considera que el disimulado es el contrato «realmente querido» (pp. 61, 62 y 67), que es el «verdadera» o «realmente» concluido por las partes (pp. 67, 69 y 73).

⁷⁶ FERRARA, *op. cit.*, pp. 66, 157, 223, 224, 225, 233 y 255, afirma reiteradamente que el contrato disimulado es un negocio verdadero aunque oculto tras otro meramente aparente. En el mismo sentido, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 25 y 26; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 443.

⁷⁷ Cfr., en el mismo sentido, STS 2 junio 1956 (RJA 2691): la donación disimulada tras una aparente compraventa se considera un negocio verdadero y válido que produce por sí mismo la transmisión de la propiedad, lo que hace innecesario acudir a la usucapión. Con carácter general, la STS 25 mayo 1944 (RJA 800) considera que la simulación relativa consiste en la ocultación de un «negocio verdadero» bajo la falsa apariencia de un negocio fingido. Por su parte, la STS 15 enero 1959 (RJA 1044), señala que la simulación relativa no se reduce a la simple producción de una apariencia, sino que ésta es un medio para ocultar un «negocio verdadero» que se concluye entre las partes.

adquiera *pro donato*, cuando lo que publica la apariencia posesoria es el título *pro emptore*»⁷⁸. No compartimos esta opinión. Lo oculto en este caso no es la transmisión, sino la causa o el negocio a través del cual la transmisión se opera; la transmisión, la voluntad transmisiva es cierta, real, verdadera y manifiesta. Si la función del negocio simulado es engañar a los terceros⁷⁹, es legítimo preguntarse qué engaño se produce, al menos a los efectos de la usucapión ordinaria, si tanto el negocio simulado (venta) como el disimulado (donación) son traslativos del dominio.

c) *Validez*

El tercer requisito que ha de reunir el título disimulado es el de ser válido. En efecto, una vez comprobado que es justo y verdadero queda por examinar el problema de su validez⁸⁰. Hernández Gil lo expresa en términos muy claros: en la simulación relativa, dado que el negocio simulado encubre otro, el disimulado, que es el verdaderamente querido, puede este negocio disimulado servir como título siempre que reúna los requisitos de validez inherentes al negocio jurídico de que se trate⁸¹.

En la simulación relativa, el negocio disimulado no es necesariamente nulo, a diferencia del negocio simulado. La simulación, por sí misma, no hace nulo o ilícito el negocio. No obstante, el negocio simulado queda «maculado de sospechoso», por lo que se suprime en relación a él la presunción de existencia y licitud de la causa (art. 1277 CC), debiendo probarse estos requisitos causales para que pueda declararse la validez del negocio encubierto (art. 1276 CC)⁸². El negocio encubierto fundado en una causa ilícita será radicalmente nulo *ex* artículo 1275 CC. En general, la ilicitud causal del negocio disimulado suele apreciarse cuando persigue el fraude o perjuicio de los derechos de terceros (acreedores, herederos forzosos)⁸³.

Según reiterada jurisprudencia, para admitir la validez de los contratos disimulados es necesario acreditar no sólo la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han pretendido encubrir, sino también el cumplimiento de las formalidades exigidas.

⁷⁸ DE LOS MOZOS, *La donación...*, cit., p. 230.

⁷⁹ Según CÁRCABA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 69 y 73, en la simulación relativa, el engaño consiste en hacer creer a los terceros que el contrato efectuado es el simulado y no el realmente concluido.

⁸⁰ *Cfr.* HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 522; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2.130; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., p. 587.

⁸¹ HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 522.

⁸² *Cfr.* AMORÓS GUARDIOLA, *op. cit.*, p. 494; DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 350 y 352.

⁸³ *Cfr.* DURÁN RIVACOBIA, *op. cit.*, 2.^a ed., pp. 115 ss.; SANTOS MORÓN, «De nuevo sobre la Jurisprudencia en materia de donaciones disimuladas. El retorno a la 'tesis clásica' en la STS de 11 de enero de 2007», *RdP*, 2007, n.º 19, pp. 178, 182 y 189.

das por la Ley⁸⁴. En concreto, es muy controvertida la cuestión acerca de la validez o no de la donación de bienes inmuebles disimulada bajo compraventa que consta en escritura pública. Como es sabido, el artículo 633 CC exige para la validez de las donaciones de inmuebles que se otorguen en escritura pública. La cuestión jurídica que se plantea es si tal exigencia formal se ve cumplida o satisfecha por el otorgamiento de la compraventa simulada (bajo la cual subyace la donación disimulada) en escritura pública. La que podríamos denominar doctrina clásica del Tribunal Supremo se encuentra formulada en la STS 7 marzo 1980 (RJA 845), según la cual, el tema de la donación encubierta bajo la forma de contrato de compraventa «ha sido resuelto en la generalidad de los casos por esta Sala en el sentido de declarar la nulidad de la donación de inmuebles disimulada, por cuanto falta el requisito de forma impuesto *ad substantiam* por el artículo 633 del Código Civil, ya que no refleja la causa de la liberalidad y, por lo tanto, no expresa la voluntad de donar y la de aceptar la donación, tesis mantenida para las puras y simples [...], aunque el rigor de tal criterio no operará cuando se trata de donaciones remuneratorias»⁸⁵. En términos generales pues, nulidad por defectos formales cuando la donación encubierta es pura y simple, validez en cambio cuando es remuneratoria. A pesar de no poder profundizar en este asunto, creemos que el Tribunal Supremo no justificó suficientemente el por qué del trato especial de las donaciones remuneratorias⁸⁶. Con todo, conviene advertir que en más de

⁸⁴ La STS 15 enero 1959 (RJA 1044) declara que «es doctrina de esta Sala, reiteradamente manifestada, que si bien al amparo del artículo 1276 del Código Civil puede admitirse la validez de los negocios disimulados, es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar, y el cumplimiento de las formalidades prescritas». Cfr. DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 2.^a ed., pp. 136 y ss., con amplia cita de jurisprudencia.

⁸⁵ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 354, fue el primer autor que se manifestó abierta y decididamente en contra de la validez de las donaciones de inmuebles disimuladas por defecto formal, siendo muy numerosos los autores que comparten su criterio: cfr. ALBALADEJO, *Estudio de la jurisprudencia sobre la validez o no de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada*, Madrid, 1998, pp. 8 ss.; ASÚA GONZÁLEZ, «Comentario a la Sentencia de 14 de mayo de 1995», *CCJC*, 1995, pp. 816 y 817; CAPÓN REY, «Donación de inmuebles disimulada bajo forma de compraventa», *ADC*, 1977, pp. 212 y 213; DÍAZ ALABART, «La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública, y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado», *RDP*, 1980, p. 1108; GARCÍA BERNARDO, «Formalismo jurídico y documento notarial», *RDN*, 1962, pp. 83 ss.; LLACER MATA CÁS, «Comentario a la Sentencia de 22 de enero de 1991», *CCJC*, 1991, p. 215; LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2130; POVEDA DÍAZ, «Comentario a la Sentencia de 17 de diciembre de 1984», *CCJC*, 1985, p. 2267; SOTO NIETO, «Simulación contractual. Donación encubierta bajo forma de compraventa», en *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, I, 1970, pp. 287 y ss. Véase además la jurisprudencia citada por DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 2.^a ed., pp. 103-161.

⁸⁶ La doctrina se ha mostrado muy crítica con esta línea jurisprudencial, poniendo en tela de juicio los argumentos jurídicos en que se apoya. Cfr. ANDERSON, *Las donaciones onerosas*, Madrid, 2005, pp. 353-359; DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 2.^a ed., pp. 151-161.

una ocasión el Alto Tribunal ha llegado a considerar válida la donación encubierta aun siendo pura y simple⁸⁷.

No obstante, aunque inicialmente predominó la corriente jurisprudencial contraria a la validez, más adelante se produjo una cierta inversión de la tendencia siendo el Tribunal Supremo más proclive a admitir la validez de la donación disimulada, con independencia de su carácter puro o remuneratorio⁸⁸. Es muy expresiva a este respecto la STS 1 febrero 2002 (RJA 2098). Después de exponer las distintas posiciones del Tribunal Supremo, se manifiesta en el sentido de no extremar el rigor formal del artículo 633 CC, «en la línea de jurisprudencia favorable a la donación encubierta, que es mayoritaria en las últimas sentencias de la Sala»⁸⁹.

Sin embargo, el tratamiento de la cuestión ha experimentado un nuevo vaivén en los últimos tiempos. La sentencia de 11 enero 2007 (RJA 1502), dictada por el Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, con la pretensión de poner fin a la disparidad de criterios seguidos por el propio Tribunal en relación a la validez o no de la donación de inmueble disimulada bajo escritura pública de compraventa, ha retornado a la que denominamos tesis o doctrina clásica, es decir, aquella que niega validez a la donación disimulada por motivos formales, sobre la base de considerar que lo que exige el artículo 633 CC no es una escritura pública cualquiera, sino una específica escritura pública, de donación, en la que se reflejen tanto el *animus donandi* del donante como la aceptación del donatario. En consecuencia, la escritura pública en la que consta la compraventa simula-

⁸⁷ SSTS 15 enero 1959 (RJA 1044), 20 octubre 1966 (RJA 4445), 19 noviembre 1987 (RJA 8408), 23 septiembre 1989 (RJA 6352), 13 diciembre 1993 (RJA 9615) y 30 septiembre 1995 (RJA 6456). Con distintas argumentaciones, sostienen la validez de las donaciones encubiertas bajo ventas: CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *op. cit.*, p. 211, nota 429; GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge», *AAMN*, XXVIII, p. 350, nota 119; VALLET, «Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 653 ss.; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», *cit.*, pp. 590 y 591.

⁸⁸ Subrayan este cambio de orientación, CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 211, nota 429; DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 2.ª ed., pp. 88, 89, 111 y 130-131.

⁸⁹ Según SANTOS MORÓN, *op. cit.*, pp. 174 y 177, en los últimos veinte años son mucho más numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que se decantan por la validez de la donación disimulada que las que declaran su nulidad por defectos formales, y ello no sólo en los casos en que la donación encubierta tiene carácter remuneratorio, sino también cuando se trata de donaciones puras y simples. Así, optan por la validez de la donación encubierta de carácter remuneratorio las SSTS 29 noviembre 1989 (RJA 7921), 22 enero 1991 (RJA 306), 19 noviembre 1992 (RJA 9417), 21 enero 1993 (RJA 481) y 14 marzo 1995 (RJA 2430). Se decantan por la validez de la donación disimulada aun tratándose de donación pura y simple las SSTS 19 noviembre 1987 (RJA 8409), 23 septiembre 1989 (RJA 6352), 20 julio y 13 diciembre 1993 (RJA 6168 y 9615), 18 octubre 2002 (RJA 8767) y 13 febrero 2003 (RJA 1046).

da no sirve para satisfacer las exigencias formales del artículo 633 CC⁹⁰.

No son precisamente abundantes las sentencias en las que se plantea específicamente el problema de la aptitud del título disimulado para la usucapión ordinaria. Destaca la STS 13 mayo 1965 (RJA 2594). El causante otorgó una donación encubierta tras escritura pública de compraventa con el propósito de burlar la prohibición contenida en el Fuero de Vizcaya de no disponer a título gratuito de los bienes troncales sino a favor de los parientes tronqueros. Alegada por el supuesto adquirente la usucapión ordinaria, el Tribunal Supremo la desestima pues no hay justo título: la simulada venta es nula y la disimulada donación también es nula, fundamentalmente, por cuanto su causa es ilícita (el móvil de la supuesta donación fue el propósito ilícito de burlar la prohibición de disponer de los bienes troncales), y, además, por no cumplir las exigencias formales del artículo 633 CC⁹¹. En consecuencia, no puede servir para la usucapión ordinaria el título que, al ser otorgado en contra de lo prevenido en la Ley, se halla afectado de nulidad radical.

Finalmente, debemos realizar dos puntualizaciones. Por un lado, si el contrato disimulado es considerado válido por reunir los requisitos sustanciales y formales exigidos por la Ley, recurrir a la usucapión es de todo punto innecesario, pues se habrá operado la adquisición directamente como consecuencia del contrato (título) seguido de la entrega o tradición *ex* artículo 609.2 CC. Adquisición, pues por razón del título, no por razón de la usucapión⁹². Por

⁹⁰ El criterio de la nulidad por motivos formales de la donación disimulada ha sido reiterado por las SSTS 26 febrero y 20 junio 2007 (RJA 1769 y 5574). No obstante, como ha puesto de manifiesto PARRA LUCÁN, «Comentario a la Sentencia de 11 de enero de 2007», *CCJC*, 2007, pp. 1303-1305, la STS 11 enero 2007 dictada por el Pleno de la Sala 1.ª del TS, lejos de alcanzar un acuerdo «consagra la división, y evidencia la imposibilidad, por el momento, de contar con una jurisprudencia que unifique criterios acerca de la validez de la donación de inmueble disimulada bajo la forma de escritura de compraventa». En efecto, de los once magistrados que componían el Pleno de la Sala 1.ª, siete de ellos la firman, mientras que los otros cuatro formulan voto particular. El criterio de la nulidad por defectos formales de la donación disimulada parece consolidarse en la jurisprudencia más reciente: SSTS 18 marzo 2008 (RJA 3054), 5 mayo 2008 (RJA 4130), 4 mayo 2009 y 27 mayo 2009 (RJA 3045). Respecto de esta última sentencia, véase GIL RODRÍGUEZ «Comentario a la Sentencia de 27 de mayo de 2009», *CCJC*, 2010, pp. 1263-1283.

⁹¹ En la jurisprudencia menor podemos citar la SAP Huelva 5 marzo 2003 (AC 2003, 1.176), que se adscribe a la línea jurisprudencial que considera válida, desde el punto de vista formal, la donación encubierta, y en consecuencia, estima que existe «título válido para comenzar la usucapión ordinaria».

⁹² DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 2.ª ed., p. 218; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 182, nota 154; YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», *cit.*, p. 589. *Cfr.*, en este sentido, las SSTS 2 junio 1956 (RJA 2691) y 29 noviembre 1989 (RJA 7921) que declaran válida la donación de inmueble disimulada bajo compraventa. A pesar de que la *ratio decidendi* de ambas sentencias descansa en considerar absolutamente válida y eficaz en el plano transmissivo a la donación disimulada, parece subyacer en ellas ciertas consideraciones de índole

otro lado, si se estima que el contrato disimulado no reúne los requisitos legalmente exigidos para su validez quedaría impedida la posibilidad de usucapión ordinaria, mas no por ello se debe dejar de analizar si el contrato disimulado, en cuanto que título nulo, puede desplegar algún tipo de eficacia en la usucapión extraordinaria.

d) *Buena fe*

Se ha afirmado que «el engaño que entraña la simulación parece contrario a la buena fe»⁹³. La consecuencia sería la falta de idoneidad del negocio disimulado para la usucapión ordinaria. Según establece el Código Civil, la buena fe en la usucapión consiste bien en que el poseedor cree que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella (art. 1950), bien en que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide (art. 433.1). Si el objetivo del negocio simulado es engañar a los terceros (incluido el *verus dominus*), y tanto el negocio simulado como el disimulado son transmisivos del dominio, no parece fácil sostener la existencia de engaño, al menos en lo que se refiere a la voluntad traslativa de las partes⁹⁴. Se ha sostenido recientemente con relación a la simulación relativa que, si bien el adquirente tiene mala fe respecto al título simulado, puede tener buena fe respecto al título disimulado⁹⁵.

le posesoria a efectos de usucapión. En efecto, la STS 2 junio 1956, afirma, bien es cierto que incidentalmente, que el aparente comprador y verdadero donatario venía «poseyendo a título de dueño» los bienes desde la fecha de los respectivos contratos; por su parte, la STS 29 noviembre 1989, sin perjuicio de considerar que la aparente cesión onerosa encubría una donación remuneratoria plenamente válida, subraya no desconocer «el peso que también en la decisión implica que la acción se ejercita por las actoras a los más de 35 años de haberse verificado aquellas transferencias dominicales, con lo que ello supone de continuado ejercicio de actos de posesión y disfrute».

⁹³ DE LOS MOZOS, *La donación...*, cit., p. 230. Por otra parte, debemos recordar que este autor no consideraba verdadero el título disimulado.

⁹⁴ La STS 20 noviembre 1964 (RJA 5395), desestimó la usucapión ordinaria alegada por falta tanto de buena fe como de justo título en un supuesto de simulación relativa. El contrato simulado (compraventa con pacto de retro) ocultaba otro disimulado (préstamo con garantía inmobiliaria), careciendo este último de eficacia traslativa del dominio por lo que no concurría pues justo título. Mas por las circunstancias concretas del caso, el Tribunal Supremo estimó que no se podía calificar al supuesto adquirente como poseedor de buena fe. Si la aparente celebración de un contrato traslativo de la propiedad encubre otro de carácter no traslativo (así, por ejemplo, se finge una compraventa queriéndose en realidad un arrendamiento), la deliberada intención de engañar a los terceros en cuanto a la voluntad transmisiva de las partes quizá podría considerarse contraria a la buena fe e incluso cabría afirmar la falta de una verdadera voluntad de enajenar. No obstante, en un caso como el descrito, es indudable que no procedía la usucapión ordinaria ante todo por dos razones, la falta de justicia del título y la falta de posesión en concepto de dueño del *accipiens*.

⁹⁵ SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 213, quien, un poco más adelante (p. 215), con referencia específica a las donaciones remuneratorias encubiertas bajo compraventas

3.2 Simulación relativa y usucapión extraordinaria

Si se sostiene, en términos generales, que el título disimulado no es verdadero, o que, en determinados casos, no es válido (verbi-gracia, donación encubierta de inmuebles bajo escritura pública de compraventa), conviene no obstante examinar si tal título no verdadero o no válido puede tener alguna relevancia en la usucapión extraordinaria, bien entendido que en ésta no se requiere ningún título, sino simplemente posesión (pública, pacífica, no interrumpida y en concepto de dueño) durante un determinado plazo de tiempo.

«En la *simulación relativa* –dice Morales Moreno–, el *animus* con que se ejerce la posesión que le subsigue se corresponde con el que resulta del negocio disimulado», de lo cual se deduce que si éste es traslativo del dominio, la posesión se ejercerá en concepto de dueño y será apta *ad usucapionem*⁹⁶. Señala que para fijar el verdadero título el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta la causa verdadera del negocio: desde ella se configura el concepto de la posesión excluyendo el señalado por el título aparente⁹⁷. Con apoyo en la STS 20 noviembre 1964 (RJA 5395), a la cual cita entre paréntesis, el citado autor concluye: «amparándose en el negocio disimulado y en la posesión que el mismo configura, es posible adquirir, por usucapión, el derecho que se haya pretendido transmitir (S 20 noviembre 1964)»⁹⁸. Debemos advertir que aunque algunos autores atribuyen literalmente tal conclusión a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 noviembre 1964, ello no se corresponde con la realidad⁹⁹.

señala que el conocimiento de las partes sobre la simulación de la compraventa no comunica la mala fe a la donación: el donatario puede tener buena fe respecto a la donación, creer que el donante podía transmitir y que el título de donación, aunque sea disimulado, puede ser válido y eficaz para la transmisión del bien.

⁹⁶ MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 146.

⁹⁷ MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 100. En el mismo sentido, JORDANO BAREA, «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria (Notas sobre la sentencia del T.S. de 16-V-1983 a la luz de la doctrina del Prof. Castro)», *ADC*, 1983, p. 1449.

⁹⁸ MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 146, y, siguiéndolo, YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», *cit.*, p. 587. Respecto de una donación oculta bajo una aparente compraventa, la STS 2 junio 1956 (RJA 2691), señala de modo tangencial que el aparente comprador y real donatario poseía los bienes «a título de dueño». Como ya hemos tenido ocasión de indicar, a pesar de que el Tribunal Supremo considera en esta ocasión válida y eficaz en el plano transmisivo a la donación disimulada, no parecen dejar de ejercer cierta influencia en la decisión consideraciones de carácter posesorio a efectos de usucapión.

⁹⁹ DE LOS MOZOS, *La donación...*, *cit.*, p. 230; DURÁN RIVACOBA, *op. cit.*, 2.^a ed., p. 217; LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, p. 212, nota 27. El lapsus en que incurrían estos autores consiste pues en poner en boca del Tribunal Supremo algo que no es sino una mera –aunque muy autorizada– opinión doctrinal. *Cfr.* YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», *cit.*, p. 587, quien simplemente se suma al criterio de MORALES MORENO, sin atribuir en ningún momento dicho criterio a la STS 20 noviembre 1964.

Si bien asumimos con carácter general las consideraciones de Morales Moreno, creemos que se pueden hacer algunas especificaciones al respecto. A nuestro juicio, el título disimulado nulo radicalmente por defecto formal tiene virtualidad suficiente para configurar la posesión recibida como en concepto de dueño, ya que contiene la voluntad concorde de los otorgantes en dar y recibir, es un indicador o comprobante del acuerdo de las partes acerca del concepto posesorio en el que se hace la entrega. En otro lugar defendimos que la donación otorgada de forma abierta y ostensible (es decir, no disimulada bajo apariencia de otro contrato), pero nula por defectos formales (así, la donación de inmuebles verbal o en documento privado), configura la posesión en concepto de dueño¹⁰⁰. En líneas generales, nuestra argumentación fue la siguiente. Si bien es cierto que la usucapión extraordinaria opera sin necesidad de título (art. 1959 CC), ello no implica que el título, si concurre, no pueda desempeñar algún papel en la usucapión extraordinaria. Mas, en tal caso no será preciso que concurren en el título los requisitos exigidos a efectos de la usucapión ordinaria (justicia, validez y veracidad *ex arts.* 1952 y 1953 CC). La usucapión extraordinaria se basa simplemente en el hecho de poseer durante un determinado periodo de tiempo de forma pública, pacífica, no interrumpida y en concepto de dueño. No obstante, la posesión en concepto de dueño en la usucapión extraordinaria tiene un carácter fundamental, desempeñando un papel en cierto modo equivalente al del justo título en la usucapión ordinaria. Dos son los procedimientos para objetivizar, en el sentido de exteriorizar, el concepto posesorio: 1.º la conducta o comportamiento del poseedor refleja el *animus* o concepto en que posee. Sin embargo, los actos posesorios suelen ser equívocos, de significado ambiguo, por lo que inferir el concepto posesorio de la forma de ejercitar el poder sobre la cosa es un procedimiento bastante inseguro. Consideraciones de orden práctico aconsejan recurrir a otro procedimiento más fiable de caracterización del concepto posesorio; 2.º el título por el que se adquiere la posesión. El título de atribución de la posesión configura el concepto bajo el cual la posesión se adquiere. Para determinar el concepto posesorio no se debe recurrir a la voluntad interna del poseedor, sino a la voluntad objetivada en el título o

¹⁰⁰ MARTÍN LEÓN, *op. cit.*, pp. 130-140. Este criterio ha sido acogido por la jurisprudencia. Según la STS 25 enero 2007 (RJA 593), una «donación de inmueble sin escritura pública es inexistente jurídicamente por falta de un elemento esencial (artículo 633 del Código Civil), por lo que no es justo título, pero sí puede ser base de usucapión extraordinaria, que se produce por mayor tiempo, sin necesidad de título (artículo 1959) y aquella donación no es un título, no es nada jurídicamente, pero su ausencia no impide la posesión que da lugar a la usucapión extraordinaria, ni tampoco obsta a que el poseedor sin título (porque la donación no lo es) lo sea a título de dueño».

*causa possessionis*¹⁰¹. Nuestro Código Civil no contiene una presunción de que la posesión sea en concepto de dueño, sino que se limita a presumir, con carácter *iuris tantum*, que el concepto posesorio inicial se mantiene (art. 436 CC, principio de continuidad o persistencia del concepto jurídico en que se adquiere la posesión). La presunción contenida en el artículo 436 CC remite para la determinación del concepto posesorio al momento de la adquisición, o, lo que es lo mismo, al título adquisitivo cuando lo haya¹⁰². El título facilita extraordinariamente la calificación del concepto en que jurídicamente se tiene la posesión.

La posesión en concepto de dueño ha de ser probada bien por quien invoque a su favor una posesión apta para usucapir¹⁰³, bien por quien oponga por vía de excepción una usucapión consumada¹⁰⁴. Que la posesión sea en concepto de dueño no depende en absoluto de que el título por el que se recibe sea válido, sino de que sea un título que la confiera como dueño, por ser de carácter traslativo del dominio. Aunque sea nulo el título en cuya virtud se recibe la posesión, si tal título supone que ésta se tome en concepto de dueño, sirve como prueba de que se posee en tal concepto¹⁰⁵.

Trasladando estas consideraciones a los negocios simulados relativamente cabe sostener que la donación disimulada bajo escritura pública de venta, en la hipótesis de que se la estime nula radicalmente por defectos formales (criterio patrocinado por la jurisprudencia más reciente), también configura la posesión recibida por el donatario como en concepto de dueño¹⁰⁶. En este sentido, parece oportuno traer a colación aquella jurisprudencia que ha declarado reiteradamente que el concepto de dueño no es una noción puramente subjetiva o intencional, por lo que no es suficiente el querer interno o mera voluntad subjetiva para poseer *cum*

¹⁰¹ Respecto a estos dos procedimientos de fijación del concepto posesorio, *vid.* ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III-1.º, cit., p. 182; MORALES MORENO, *op. cit.*, pp. 13, 20 y 95 ss.

¹⁰² En este sentido, *vid.* STS 18 septiembre 2007 (RJA 5074).

¹⁰³ Por todas, STS 10 febrero 1997 (RJA 938).

¹⁰⁴ HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 431.

¹⁰⁵ ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III-1.º, cit., p. 182, texto y nota 7. Esta opinión es ampliamente compartida. Así, ATAZ LÓPEZ, «Comentario a la Sentencia de 3 de marzo de 1995», *CCJC*, 1995, p. 901; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, III, cit., p. 607; LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, pp. 211 y 212; LLEDÓ YAGÜE, «Sentencia de 27 de septiembre de 1989 sobre donación de bienes inmuebles en documento privado. La prescripción adquisitiva», *Poder Judicial*, 1990, n.º 18, pp. 107 ss.

¹⁰⁶ *Cf.* LACRUZ, *op. cit.*, III-1.º, p. 212, texto y notas 26 y 27; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *op. cit.*, pp. 175, 180 y 198. Según YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología...», cit., pp. 603 y 604, «el título nulo, fuera de los casos de simulación, sí confiere al *accipiens* la posesión en concepto de dueño». Creemos que esta afirmación es predicable únicamente respecto de la simulación absoluta, pues, en otro lugar (pp. 586 y 587), el citado autor estima que el *accipiens* puede ampararse en el negocio disimulado y en la posesión correspondiente para adquirir por usucapión el derecho en cuestión.

animo domini, sino que se requiere un «elemento causal o precedente objetivo» que revele que el poseedor no es un mero detentador por otro¹⁰⁷. Este elemento objetivo o precedente causal no se especifica, pero parece referirse a un título¹⁰⁸. Pues bien, en caso de que se considere la donación disimulada nula absolutamente por motivos formales, dicho título nulo hace que la situación posesoria esté apoyada en un elemento objetivo en el cual cristalizó la voluntad de las partes, que, si es traslativo del dominio, revela que el poseedor no es simple tenedor o detentador por otro, sino que lo es en concepto de dueño¹⁰⁹.

Si el título disimulado no fuese traslativo del dominio el *accipiens* no podrá usucapir si no intervierte su concepto posesorio. Dicho título no configura la posesión recibida en concepto de dueño, mas no por ello puede excluirse la posibilidad de usucapión extraordinaria si por otra vía se ha llegado a ser poseedor en concepto de dueño. En el caso analizado por la STS 20 noviembre 1964 (RJA 5395), el Tribunal Supremo desestimó la usucapión ordinaria apoyándose en la falta de justo título, pues los contratos celebrados (compraventas con pacto de retro en garantía) no tenían carácter traslativo del dominio. Pero, según el Alto Tribunal, la falta de dicho carácter en los contratos otorgados determina la falta de posesión en concepto de dueño, con lo que parece excluir también la posibilidad de usucapión extraordinaria. A nuestro juicio, justo título de la usucapión ordinaria y posesión en concepto de dueño están configurados en nuestro Código Civil como requisitos

¹⁰⁷ SSTS 19 junio 1984 (RJA 3251), 18 octubre 1994 (RJA 7721), 7 febrero 1997 (RJA 685) y 29 abril 2005 (RJA 3648).

¹⁰⁸ Este aspecto es destacado por SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁹ SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 69-72, realiza una serie de consideraciones críticas sobre esta jurisprudencia, señalando que «si bien la existencia de un justo título justifica una posesión en concepto de dueño; no se puede negar que la posesión sea en concepto de dueño con base en la ausencia de un justo título. El justo título no es un elemento esencial para calificar la posesión en concepto de dueño. La exigencia de un justo título como elemento causal para la posesión en concepto de dueño implicaría negar la calificación de posesión en concepto de dueño cuando no exista un justo título, y desvirtuar la prescripción extraordinaria que requiere posesión en concepto de dueño». Este planteamiento nos parece correcto en líneas generales, mas sin olvidar que la propia jurisprudencia ha puesto de manifiesto que un título nulo puede tener virtualidad suficiente para configurar la posesión en concepto de dueño a los efectos de la usucapión extraordinaria. Así, la STS 10 noviembre 1955 (RJA 3107), subraya que el concepto posesorio no depende de la nulidad del negocio que haya podido celebrar el poseedor, por lo que no es obstáculo a la posesión *ad usucapionem* que exista o no título ni que éste sea válido o nulo. En esta magnífica sentencia el Tribunal Supremo distingue y separa la posesión en concepto de dueño como requisito común de toda usucapión del justo título como requisito exclusivo de la usucapión ordinaria. Por su parte, la STS 25 enero 2007 (RJA 593), señala que un título nulo radicalmente (más en concreto, inexistente jurídicamente por falta de un elemento esencial) no es justo título para la usucapión ordinaria, «pero sí puede ser base de usucapión extraordinaria», y que la ausencia de justo título no obsta a que el poseedor lo sea en concepto de dueño.

independientes¹¹⁰. Pero ello no obsta a que se encuentren interrelacionados, pues por justo título se debe entender aquel acto o negocio que legitima y justifica la posesión en concepto de dueño¹¹¹. Sin embargo, no se puede llevar esa interrelación al terreno de una total dependencia. Esto es lo que finalmente parece sostener la sentencia objeto de nuestro breve análisis, pues en última instancia viene a reconocer el hipotético derecho del recurrente a alegar la usucapión extraordinaria, como poseedor en concepto de dueño. Implícitamente se admite la interversión del concepto posesorio, que la carencia inicial del *animus domini* no impide que éste sea asumido con posterioridad por otra vía¹¹².

¹¹⁰ Lo demuestra la admisión de la usucapión extraordinaria que requiere no del título pero sí del concepto. *Cfr.* MORALES MORENO, *op. cit.*, p. 88, nota 47.

¹¹¹ LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 2.127.

¹¹² En cualquier caso, el Tribunal Supremo no deja de poner de relieve la improcedencia de la usucapión extraordinaria por falta del transcurso del plazo legalmente exigido.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

MARTA REQUEJO ISIDRO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Santiago de Compostela

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

ACUERDO EEE

1. **Modificaciones.** *DOUE*, L, núm. 244, de 16 de septiembre de 2010; *DOUE*, L, 277, de 21 de octubre de 2010; *DOUE*, L, núm. 332, de 16 de diciembre de 2010.

ACUERDOS INTERINSTITUCIONALES

2. **Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea.** *DOUE*, L, núm. 304, de 20 de noviembre de 2010.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

3. **Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.** *DOUE*, L, núm. 343, de 29 de diciembre de 2010.
4. **Corrección de errores de la Decisión 2010/405/UE del Consejo, de 12 de julio de 2010, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal (DO L 189 de 22.7.2010).** *DOUE*, L, núm. 32, de 8 de febrero de 2011.

TRANSPORTES

5. **Reglamento (UE) núm.1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre los derechos de los pasa-**

jeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004. *DOUE*, L, núm. 334, de 17 de diciembre de 2010.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

CONSUMIDORES

6. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre una metodología armonizada para clasificar y notificar las reclamaciones y consultas de los consumidores [COM(2009) 346 final]. *DOUE*, C, núm. 339, de 14 de diciembre de 2010.
7. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Acceso al crédito para los consumidores y las familias: prácticas abusivas» (Dictamen de iniciativa). *DOUE*, C, núm. 18, de 19 de enero de 2011.
8. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación del acervo en materia de consumidores», COM(2009) 330 final. *DOUE*, C, núm. 18, de 19 de enero de 2011.
9. Dictamen de la Comisión conforme al artículo 251, apartado 2, párrafo tercero, letra c), del Tratado CE sobre las enmiendas del Parlamento Europeo a la Posición Común del Consejo referente a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, y 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como el Reglamento (CE) núm. 2006/2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores. *DOUE*, C, núm. 26, de 28 de enero de 2011.
10. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Información al consumidor» (Dictamen de iniciativa). *DOUE*, C, núm. 044, de 11 de febrero de 2011.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

11. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) núm.44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de reso-

luciones judiciales en materia civil y mercantil» [COM(2009) 175 final]. *DOUE*, C, núm. 255, de 22 de septiembre de 2010.

12. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2009, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos - Programa de Estocolmo». *DOUE*, C, núm. 285 E, de 21 de octubre de 2010.
13. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2009, sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se modifica la Decisión 2006/326/CE a fin de establecer un procedimiento para la aplicación del artículo 5, apartado 2, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil [COM(2009)0100 – C6-0108/2009 – 2009/0031(CNS)]. *DOUE*, C, núm. 285 E, de 21 de octubre de 2010.
14. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2009, sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se modifica la Decisión 2006/325/CE a fin de establecer un procedimiento para la aplicación del artículo 5, apartado 2, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reinúm.de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [(COM(2009)0101 – C6-0109/2009 – 2009/0034(CNS)]. *DOUE*, C, núm. 285 E, de 21 de octubre de 2010.
15. Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2009, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la conclusión por la Comunidad Europea del Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias [(COM(2009)0081 – C6-0101/2009 – 2009/0023(CNS)]. *DOUE*, C, núm. 285 E, de 21 de octubre de 2010.
16. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 de febrero de 2010, sobre la propuesta de decisión del Consejo sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia [(COM(2009)0373 – C7-0156/2009 – 2009/0100(NLE)]. *DOUE*, C, núm. 341 E, de 16 de diciembre de 2010.
17. Propuesta de Decisión del Consejo sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia. *DOUE*, C, núm. 26, de 28 de enero de 2011.

18. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo.** *DOUE, C*, núm. 26, de 28 de enero de 2011.
19. **Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifican los anexos A y C del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia.** *DOUE, C*, núm. 26, de 28 de enero de 2011.
20. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo», [COM(2009) 154 final - 2009/0157 (COD)].** *DOUE, C*, núm. 044, de 11 de febrero de 2011.
21. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial» [COM(2010) 105 final/2 - 2010/0067 (CNS)].** *DOUE, C*, núm. 044, de 11 de febrero de 2011.

FUNDACIONES

22. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Estatuto de la Fundación Europea» (Dictamen de iniciativa).** *DOUE, C*, núm. 18, de 19 de enero de 2011.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

23. **«Hecho en» marca de origen. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2009, sobre la marca de origen.** *DOUE, C*, núm. 285 E, de 21 de octubre de 2010.

PROPIEDAD INTELECTUAL

24. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo - Mejorar el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior», COM(2009) 467 final.** *DOUE, C*, núm. 18, de 19 de enero de 2011.

SERVICIOS DE COMUNICACIÓN

25. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2009, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual, versión codificada), [COM(2009)0185 – C7-0041/2009 – 2009/0056(COD)]. DOUE, C, núm. 265E, de 30 de septiembre de 2010.**

REGISTROS

26. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde – Interconexión de los registros mercantiles», [COM(2009) 614 final]. DOUE, C, núm. 048, de 15 de febrero de 2011.**
27. **Dictamen del Comité de las Regiones sobre la interconexión de los registros mercantiles. DOUE, C, núm. 267, de 1 de octubre de 2010.**

SOCIEDADES

28. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 54 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital», [COM(2010) 388 final - 2008/0173 (COD)]. DOUE, C, núm. 051, de 17 de febrero de 2011.**
29. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones de las sociedades anónimas», [COM(2010) 391 final - 2008/0009 (COD)]. DOUE, C, núm. 051, de 17 de febrero de 2011.**

TRANSPORTES

30. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2009, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración por la Comunidad Europea del Acuerdo de adhesión de la Comunidad Europea al Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) de 9 de mayo de 1980, modificado por el Protocolo de Vilnius de 3 de junio de 1999 [COM(2009)0441 – C7-0164/2009 – 2009/0121(CNS)]. DOUE, C, núm. 285 E, de 21 de octubre de 2010.**

31. **Propuesta de Decisión del Consejo sobre la posición que debe adoptar la Comunidad respecto de la propuesta de modificación del Convenio relativo al Transporte Internacional de Mercancías al amparo de los Cuadernos TIR (Convenio TIR de 1975).** *DOUE, C*, núm. 26, de 28 de enero de 2011.

VALORES

32. **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado.** *DOUE, C*, núm. 26, de 28 de enero de 2011.

II. PRÁCTICA DEL TJCE, DEL TPICE Y DEL TRIBUNAL DE LA AELC

AYUDAS DE ESTADO

33. **Asunto C-399/08 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de septiembre de 2010 - Comisión Europea/Deutsche Post AG, Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste eV, UPS Europe SA, República Federal de Alemania (Recurso de casación - Artículo 87 CE - Ayudas otorgadas por los Estados miembros - Medidas de la República Federal de Alemania a favor de Deutsche Post AG - Artículo 86 CE - Servicios de interés económico general - Compensación de costes adicionales generados por una política de venta a pérdida en el sector de los servicios de paquetería puerta a puerta - Existencia de una ventaja - Método de comprobación utilizado por la Comisión - Carga de la prueba - Artículo 230 CE - Alcance del control jurisdiccional del Tribunal de Primera Instancia).** *DOUE, C*, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.
34. **Asunto T-359/04: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2010 - British Aggregates y otros/Comisión (Ayudas de Estado - Impuesto medioambiental sobre los áridos en el Reino Unido - Exención respecto a Irlanda del Norte - Decisión de la Comisión de no plantear objeciones - Dificultades serias - Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado para la protección del medio ambiente).** *DOUE, C*, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.
35. **Asuntos acumulados T-415/05, T-416/05 y T-423/05: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010 - Grecia y otros/Comisión (Ayudas de Estado - Sector aéreo - Ayudas vinculadas a la reestructuración y a la privatización de la compañía aérea nacional helénica - Decisión que declara las ayudas incompatibles con el mercado común y ordena su recuperación - Continuidad económica**

entre dos sociedades - Identificación del beneficiario efectivo de una ayuda a efectos de su recuperación - Criterio del operador privado - Compatibilidad de la ayuda con el mercado común - Obligación de motivación). *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.

36. Asunto T-193/06: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010 - TF1/Comisión (Ayudas de Estado - Regímenes de ayudas a la producción cinematográfica y audiovisual - Decisión de no plantear objeciones - Recurso de anulación - Falta de afectación sustancial de la posición competitiva - Inadmisibilidad). *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.
37. Asunto T-452/08: Sentencia del Tribunal General de 7 de octubre de 2010 - DHL Aviation y DHL Hub Leipzig/Comisión (Ayudas de Estado - Flete aéreo - Garantías relativas a la explotación de la nueva plataforma europea de la compañía DHL en el aeropuerto de Leipzig-Halle - Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común y se ordena su recuperación). *DOUE*, C, núm. 317, de 20 de noviembre de 2010.
38. Asunto C-67/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de octubre de 2010 - Nuova Agricast Srl, Cofra Srl/Comisión Europea (Recurso de casación - Ayudas de Estado - Régimen de ayudas a la inversión en las regiones desfavorecidas de Italia - Decisión de la Comisión por la que se declara la compatibilidad de este régimen con el mercado común - Solicitudes de indemnización de los daños y perjuicios supuestamente sufridos por las recurrentes como consecuencia de la adopción de esta decisión - Medidas de transición entre este régimen y el régimen anterior - Ámbito de aplicación temporal de la decisión de la Comisión de no oponerse al régimen anterior - Principios de seguridad jurídica, de protección de la confianza legítima y de igualdad de trato). *DOUE*, C, núm. 346, de 18 de diciembre de 2010.
39. Asunto C-117/09 P: Auto del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2010 - Kronoply GmbH & Co. KG/Comisión Europea (Recurso de casación - Ayudas de Estado - Solicitud de ayuda que tiene por objeto modificar una ayuda previamente concedida a la empresa beneficiaria y notificada a la Comisión una vez ejecutado íntegramente el proyecto de inversión - Criterios del efecto incentivador y de la necesidad). *DOUE*, C, núm. 346, de 18 de diciembre de 2010.
40. Asunto C-464/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 2 de diciembre de 2010 - Holland Malt BV/Comisión Europea, Reino de los Países Bajos (Recurso de casación - Ayudas de Estado - Directrices sobre ayudas en el sector agrario - Punto 4.2.5 - Mercado de la malta - Inexistencia de salidas normales en el mercado - Medida de ayuda declarada incompatible con el mercado común). *DOUE*, C, núm. 030, de 29 de enero de 2011.
41. Asunto T-11/07: Sentencia del Tribunal General de 7 de diciembre de 2010 - Frucona/Comisión (Ayudas de Estado - Condonación parcial de una deuda fiscal en el marco de un convenio de acreedo-

res - Decisión que declara la ayuda incompatible con el mercado común y ordena su recuperación - Criterio del acreedor privado en una economía de mercado). *DOUE*, C, núm. 030, de 29 de enero de 2011.

42. Asunto C-322/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 18 de noviembre de 2010 - NDSHT Nya Destination Stockholm Hotell & Teaterpaket AB/Comisión Europea (Recurso de casación - Ayuda de Estado - Denuncia de un competidor - Admisibilidad - Reglamento (CE) núm.659/1999 - Artículos 4, 10, 13 y 20 - Decisión de la Comisión de no continuar con el examen de la denuncia - Calificación de las medidas por la Comisión, en parte, como no constitutivas de ayudas de Estado y, en parte, como ayudas existentes compatibles con el mercado común - Artículo 230 CE - Concepto de «acto impugnabile»). *DOUE*, C, núm. 013, de 15 de enero de 2011.
43. Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2010 - Países Bajos y NOS/Comisión (Ayudas de Estado - Servicio público de radiodifusión - Medidas adoptadas por las autoridades neerlandesas - Decisión que declara las ayudas parcialmente compatibles y parcialmente incompatibles con el mercado común - Ayuda nueva o ayuda existente - Concepto de ayuda de Estado - Concepto de empresa - Sobrecompensación de los costes de la misión de servicio público - Proporcionalidad - Obligación de motivación - Derecho de defensa). *DOUE*, C, núm. 38, de 5 de febrero de 2011.
44. Asunto C-537/08 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de diciembre de 2010 - Kahla/Thüringen Porzellan GmbH/Freistaat Thüringen, República Federal de Alemania, Comisión Europea (Recurso de casación - Ayudas de Estado - Decisión de la Comisión por la que se declara una ayuda incompatible con el mercado común y se ordena su recuperación - Principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima). *DOUE*, C, núm. 55, de 19 de febrero de 2011.
45. Asunto C-362/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de diciembre de 2010 - Athinaiki Techniki AE/Comisión Europea, Athens Resort Casinúm.AE Symmetochon (Recurso de casación - Ayudas de Estado - Denuncia - Decisión de archivar la denuncia - Revocación de la decisión de archivo - Requisitos de legalidad de la revocación - Reglamento (CE) núm. 659/1999). *DOUE*, C, núm. 55, de 19 de febrero de 2011.
46. Asunto C-480/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 16 de diciembre de 2010 - AceaElectrabel Produzione SpA/Comisión Europea, Electrabel SA (Recurso de casación - Ayudas de Estado - Ayuda declarada compatible con el mercado común - Requisito de reembolso previo de una ayuda anterior declarada ilegal - Concepto de unidad económica - Control conjunto por dos sociedades matrices distintas - Deformación de los motivos de recurso - Errores y falta de motivación). *DOUE*, C, núm. 55, de 19 de febrero de 2011.

47. **Asunto C-239/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de diciembre de 2010.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Berlin - Alemania) - Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG/BVVG Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH (Ayudas de Estado - Ayudas concedidas por la República Federal de Alemania para la adquisición de tierras - Programa de privatización de tierras y de reestructuración de la agricultura en los nuevos Länder alemanes). *DOUE*, C, núm. 55, de 19 de febrero de 2011.

COMERCIO ELECTRÓNICO

48. **Asunto C-108/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 2 de diciembre de 2010.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Baranya Megyei Bíróság - República de Hungría) - Ker-Optika Bt./ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet - Libre circulación de mercancías - Salud pública - Comercialización de lentes de contacto por Internet - Normativa nacional que reserva la venta de lentes de contacto únicamente a establecimientos especializados en instrumentos médicos - Directiva 2000/31/CE - Sociedad de la información - Comercio electrónico). *DOUE*, C, núm. 030, de 29 de enero de 2011.

CONSUMIDORES

49. **Asunto C-137/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Budapesti II. és III. Kerületi Bíróság - República de Hungría) - VB Pénzügyi Lízing Zrt./Ferenc Schneider. Directiva 93/13/CEE - Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores - Criterios de apreciación - Examen de oficio, por el juez nacional, del carácter abusivo de una cláusula atributiva de competencia - Artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia). *DOUE*, C, núm. 013, de 15 de enero de 2011.
50. **Asunto C-540/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof - Austria - Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG/Österreich - Zeitungsverlag GMBH - Directiva 2005/29/CE - Prácticas comerciales desleales - Normativa nacional que establece una prohibición por principio de las prácticas comerciales que supeditan la oferta de primas a los consumidores a la adquisición de bienes o la contratación de servicios). *DOUE*, C, núm. 013, de 15 de enero de 2011.
50. **Asunto C-159/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 18 de noviembre de 2010.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de commerce de Bourges - Francia - Lidl SNC/Vierzon Distribution SA - Directivas 84/450/CEE y 97/55/CE - Requisitos de licitud de la publicidad comparativa - Comparación de precios de una selección de productos alimenticios comercializa-

dos por dos cadenas de tiendas competidoras - Productos que satisfacen las mismas necesidades o tienen la misma finalidad - Publicidad engañosa - Comparación de una característica verificable). *DOUE*, C, núm. 013, de 15 de enero de 2011.

51. Asunto C-76/10: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 16 de noviembre de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Krajský súd v Prešove - República Eslovaca) - Pohotovosť s. r. o./Iveta Korčkovská - Procedimiento prejudicial - Protección de los consumidores - Directiva 93/13/CEE - Cláusulas abusivas - Directiva 2008/48/CE - Directiva 87/102/CEE - Contratos de crédito al consumo - Porcentaje anual de cargas financieras - Procedimiento de arbitraje - Laudo arbitral - Facultad del juez nacional para apreciar de oficio el posible carácter abusivo de determinadas cláusulas). *DOUE*, C, núm. 030, de 29 de enero de 2011.

CONTRATO DE AGENCIA

52. Asunto C-203/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 28 de octubre de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof - Alemania - Volvo Car Germany GmbH/Autohof Weidensdorf GmbH - Directiva 86/653/CEE - Agentes comerciales independientes - Terminación del contrato de agencia por el empresario - Derecho del agente a una indemnización). *DOUE*, C, núm. 346, de 18 de diciembre de 2010.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

53. Asunto T-29/05: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2010 - Deltafina/Comisión (Competencia - Prácticas colusorias - Mercado español de compra y primera transformación de tabaco crudo - Decisión mediante la que se declara una infracción del artículo 81 CE - Fijación de precios y reparto del mercado - Concordancia entre el pliego de cargos y la Decisión impugnada - Derecho de defensa - Definición del mercado de referencia - Multas - Gravedad de la infracción - Circunstancias agravantes - Función de líder - Cooperación). *DOUE*, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.
54. Asunto T-119/06: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2010 - Usha Martin/Consejo y Comisión [Dumping - Importaciones de cables de acero originarios, en particular, de la India - Incumplimiento de un compromiso - Principio de proporcionalidad - Artículo 8, apartados 1, 7 y 9, del Reglamento (CE) núm. 384/96, actualmente, artículo 8, apartados 1, 7 y 9, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009]. *DOUE*, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.
55. Asunto T-155/06: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2010 - Tomra Systems y otros/Comisión (Competencia - Abuso de posición dominante - Mercado de los aparatos de recogida de envases de bebidas usados - Decisión que declara una infracción del artículo 82 CE y del artículo 54 del Acuerdo EEE -

Acuerdos de exclusividad, compromisos cuantitativos y descuentos de fidelización que forman parte de una estrategia de exclusión de los competidores del mercado - Multa - Proporcionalidad). *DOUE*, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.

56. **Asunto T-279/04: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010 - Éditions Jacob/Comisión [Competencia - Concentraciones - Edición en lengua francesa - Decisión por la que se declara la concentración compatible con el mercado común a condición de enajenar ciertos activos - Recurso de anulación de una empresa interesada en adquirirlos y no seleccionada - Obligación de motivación - Fraude - Error de Derecho - Error manifiesto de apreciación - Reglamento (CEE) núm. 4064/89]. *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.**
57. **Asunto T-452/04: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010 - Éditions Jacob/Comisión Europea [Competencia - Concentraciones - Edición francófona - Decisión por la que se declara la compatibilidad de la concentración con el mercado común a condición de que se retrocedan activos - Decisión de aceptación del adquirente de los activos retrocedidos - Recurso de anulación de un candidato adquirente núm. seleccionado - Independencia del mandatario - Reglamento (CEE) núm. 4064/89]. *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.**
58. **Asunto T-26/06: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010 - Trioplast Wittenheim/Comisión (Competencia - Prácticas colusorias - Mercado de los sacos industriales de plástico - Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE - Duración de la infracción - Multas - Gravedad de la infracción - Circunstancias atenuantes - Cooperación durante el procedimiento administrativo - Proporcionalidad). *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.**

Asunto T-40/06: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010 - Trioplast Industrier/Comisión (Competencia - Prácticas colusorias - Mercado de sacos industriales de plástico - Decisión mediante la que se declara una infracción del artículo 81 CE - Duración de la infracción - Multas - Gravedad de la infracción - Circunstancias atenuantes - Cooperación durante el procedimiento administrativo - Proporcionalidad - Responsabilidad solidaria - Principio de seguridad jurídica). *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.

59. **Asunto T-314/06: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010 - Whirlpool Europe/Consejo [Dumping - Importaciones de determinados aparatos combinados refrigerador-congelador originarios de Corea del Sur - Definición del producto afectado - Derecho de defensa - Comité consultivo - Obligación de motivación - Elección del método de definición del producto afectado - Artículo 15, apartado 2, y artículo 20, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 384/96, actualmente artículo 15, apartado 2, y artículo 20, apartado**

- 5, del Reglamento (CE) núm.1225/2009]. *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.
60. Asunto C-280/08 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de octubre de 2010 - Deutsche Telekom AG/Comisión Europea, Vodafone D2 GmbH, anteriormente Vodafone AG & Co. KG, anteriormente Arcor AG & Co. KG y otros (Recurso de casación - Competencia - Artículo 82 CE - Mercados de servicios de telecomunicaciones - Acceso a la red fija del operador histórico - Precios mayoristas por los servicios de acceso al bucle local prestados a los competidores - Precios minoristas por los servicios de acceso prestados a los abonados - Prácticas tarifarias de una empresa dominante - Compresión de márgenes de los competidores - Precios aprobados por la autoridad reguladora nacional - Margen de maniobra de la empresa dominante - Imputabilidad de la infracción - Concepto de «abuso» - Criterio del competidor igual de eficiente - Cálculo de la compresión de márgenes - Efectos del abuso - Importe de la multa). *DOUE*, C, núm. 346, de 18 de diciembre de 2010.
61. Asunto T-24/05: Sentencia del Tribunal General de 27 de octubre de 2010 - Alliance One International y otros/Comisión (Competencia - Cárteles - Mercado español de compra y primera transformación de tabaco crudo - Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE - Fijación de los precios y reparto del mercado - Obligación de motivación - Imputabilidad del comportamiento infractor - Igualdad de trato). *DOUE*, C, núm. 346, de 18 de diciembre de 2010.
62. Asunto T-23/09: Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2010 - CNOP y CCG/Comisión [Competencia - Procedimiento administrativo - Decisión por la que se ordena una inspección - Artículo 20, apartado 4, del Reglamento (CE) núm.1/2003 - Falta de personalidad jurídica de un destinatario - Obligación de motivación - Conceptos de empresa y de asociación de empresas]. *DOUE*, C, núm. 346, de 18 de diciembre de 2010.
63. Asunto C-36/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 11 de noviembre de 2010 - Transportes Evaristo Molina, S.A./Comisión Europea (Recurso de casación - Prácticas colusorias - Mercado español de estaciones de servicio - Contratos a largo plazo de suministro exclusivo de carburantes - Decisión de la Comisión - Derecho de rescate concedido a determinadas estaciones de servicio - Condiciones de suministro por Repsol - Listado de estaciones de servicio afectadas - Recurso de anulación - Plazo para recurrir - Inicio del cómputo). *DOUE*, C, núm. 013, de 15 de enero de 2011.
64. Asunto T-369/08: Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2010 - EWRIA y otros/Comisión (Dumping - Importaciones de cables de hierro y de acero originarias de China, India, Sudáfrica, Ucrania y Rusia - Negativa a efectuar una reconsideración pro-

visional parcial del derecho antidumping establecido). *DOUE*, C, núm. 38, de 5 de febrero de 2011.

65. Asunto T-427/08: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2010 - (CEAHR)/Comisión (Cárteles - Abuso de posición dominante - Decisión desestimatoria de una denuncia - Negativa de los fabricantes de relojes suizos a suministrar piezas de recambio a los relojeros reparadores independientes - Interés comunitario - Mercado de referencia - Mercado primario y mercado de posventa - Obligación de motivación - Error manifiesto de apreciación). *DOUE*, C, núm. 38, de 5 de febrero de 2011
66. Asunto C-439/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Brussel - Bélgica - Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebepwerkers VEBIC VZW/Raad voor de Mededinging, Minister van Economie [Política de la competencia - Procedimiento nacional - Intervención de las autoridades nacionales de la competencia en los procedimientos judiciales - Autoridad nacional de competencia de naturaleza mixta con carácter judicial y administrativo - Recurso contra una resolución de tal autoridad - Reglamento (CE) núm.1/2003]. *DOUE*, C, núm. 55, de 19 de febrero de 2011.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

66. Asunto C-256/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 15 de julio de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof - Alemania - Bianca Purrucker/Guillermo Vallés Pérez - Cooperación judicial en materia civil - Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental - Reglamento (CE) núm. 2201/2003 - Medidas provisionales o cautelares - Reconocimiento y ejecución. *DOUE*, C, núm. 246, de 11 de septiembre de 2010.
67. Asunto C-312/09: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 17 de junio de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Anótato Dikastírio Kýprou - República de Chipre - Giórgos Michalías/Christína A. Ioánnou-Michalía - Artículo 104, apartado 3, párrafo segundo, del Reglamento de Procedimiento - Reglamento (CE) núm.1347/2000 - Artículos 2, 42 y 46 - Cooperación judicial en materia civil - Competencia en materia matrimonial - Adhesión de un Estado a la Unión Europea - Procedimiento de divorcio iniciado antes de la adhesión - Campo de aplicación temporal del Reglamento (CE) núm.1347/2000. *DOUE*, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.
68. Asunto C-400/10 PPU: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court - Irlanda - J. McB./L. E. Cooperación judicial en materia civil - Materia matrimonial y de responsa-

bilidad parental - Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Reglamento (CE) núm. 2201/2003 - Menores cuyos progenitores no están casados - Derecho de custodia del padre - Interpretación del concepto de derecho de custodia - Principios generales del Derecho y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *DOUE*, C, núm. 328, de 4 de diciembre de 2010.

69. Asunto C-296/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 9 de noviembre de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Stuttgart - Alemania - Bianca Purrucker/Guillermo Vallés Pérez [Cooperación judicial en materia civil - Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental - Reglamento (CE) núm. 2201/2003 - Litispendencia - Procedimiento sobre el fondo del asunto en materia de derecho de custodia de un menor y demanda de medidas provisionales relativa al derecho de custodia del mismo menor]. *DOUE*, C, núm. 013, de 15 de enero de 2011.
70. Asunto C-497/10 PPU: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) - Reino Unido - Barbara Mercredi/Richard Chaffe [Cooperación judicial en materia civil - Reglamento (CE) núm. 2201/2003 - Materia matrimonial y de responsabilidad parental - Hija de padres no casados - Concepto de residencia habitual de un menor lactante - Concepto de derecho de custodia. *DOUE*, C, núm. 55, de 19 de febrero de 2011.
71. Asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Oberster Gerichtshof - Austria - Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C-585/08), Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller [Competencia judicial en materia civil y mercantil - Reglamento (CE) núm. 44/2001 - Artículo 15, apartados 1, letra c), y 3 - Competencia en materia de contratos celebrados por consumidores - Contrato de viaje en carguero - Concepto de viaje combinado - Contrato de estancia en el hotel - Presentación del viaje y del hotel en una página web - Concepto de actividad dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor - Criterios - Accesibilidad de la página web. *DOUE*, C, núm. 55, de 19 de febrero de 2011.
72. Asunto C-208/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de diciembre de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof - Austria - Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien (Ciudadanía de la Unión - Libertad de circular y residir en los Estados miembros - Ley de rango constitucional de un Estado miembro que abole la nobleza en dicho Estado - Apellido de una persona mayor de edad, nacional del citado Estado, obtenido por adopción en otro Estado miembro, en el que reside - Título nobiliario y partícula nobiliaria que forman parte del apellido - Inscripción por las autoridades del

primer Estado miembro en el registro civil - Rectificación de oficio de la inscripción - Eliminación del título nobiliario y de la partícula nobiliaria). *DOUE*, C, núm. 63, de 26 de febrero de 2011.

73. Asunto C-491/10 PPU: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Celle – Alemania - Joseba Andoni Aguirre Zarraga/Simone Pelz. Cooperación judicial en materia civil - Reglamento (CE) núm.2201/2003 - Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental - Responsabilidad parental - Derecho de custodia - Sustracción de un menor - Artículo 42 - Ejecución de una resolución certificada que ordena la restitución de un menor dictada por un órgano jurisdiccional competente (español) - Competencia del órgano jurisdiccional requerido (alemán) para denegar la ejecución de dicha resolución en caso de violación grave de los derechos del menor. *DOUE*, C, núm. 63, de 26 de febrero de 2011.

LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

74. Asunto C-543/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2010 - Comisión Europea/República Portuguesa. Incumplimiento de Estado - Artículos 56 CE y 43 CE - Libre circulación de capitales - Acciones privilegiadas (golden shares) poseídas por el Estado portugués en EDP - Energías de Portugal - Restricciones a la adquisición de participaciones e intervención en la gestión de una sociedad privatizada. *DOUE*, C, núm. 013, de 15 de enero de 2011.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

75. Asunto C-214/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 29 de julio de 2010 - Anheuser-Busch, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) Budějovický Budvar, národní podnik [Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Solicitud de registro de la marca denominativa BUDWEISER - Oposición - Artículo 8, apartado 1, letras a) y b), del citado Reglamento - Marcas denominativas y figurativas internacionales anteriores BUDWEISER y Budweiser Budvar - Uso efectivo de la marca anterior - Artículo 43, apartados 2 y 3, del mismo Reglamento - Presentación de pruebas «dentro de plazo» - Certificado de renovación de la marca anterior - Artículo 74, apartado 2, del Reglamento núm. 40/94]. *DOUE*, C, núm. 246, de 11 de septiembre de 2010.
76. Asunto T-165/10: Auto del Tribunal General de 14 de julio de 2010 - Grupo Osborne/OAMI - Confecciones Sanfertús (TORO) (Marca comunitaria - Oposición - Retirada de la oposición - Sobreseimiento). *DOUE*, C, núm. 246, de 11 de septiembre de 2010.

77. **Asunto C-254/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de septiembre de 2010 - Calvin Klein Trademark Trust/ Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Zafra Marroquinos, S.L. (Recurso de casación - Marca comunitaria - Marca denominativa CK CREACIONES KENNYA - Oposición del titular de, entre otras, la marca figurativa comunitaria CK Calvin Klein y de las marcas nacionales CK - Desestimación de la oposición). DOUE, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.**
78. **Asunto C-265/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de septiembre de 2010 - Oficina de Armonización el Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos)/BORCO-Marken-Import Matthiesen GmbH & Co. KG (Recurso de casación - Marca comunitaria - Solicitud de registro del signo gráfico α - Motivos de denegación absolutos - Carácter distintivo - Marca formada por una sola letra). DOUE, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.**
79. **Asunto T-70/08: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2010 - Axis/OAMI - Etra Investigación y Desarrollo (ETRAX) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa ETRAX - Marcas nacionales figurativas anteriores que contienen los elementos denominativos ETRA I+D - Motivo de denegación relativo - Admisibilidad del recurso ante la Sala de Recurso - Regla 49, apartado 1, del Reglamento (CE) núm.2868/95 y artículo 59 del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 60 del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.**
80. **Asunto T-152/08: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2010 - Kido/OAMI - Amberes (SCORPIONEXO) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de la marca denominativa comunitaria SCORPIONEXO - Marca figurativa nacional anterior ESCORPION - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.**
81. **Asunto T-233/08: Sentencia del Tribunal General de 10 de septiembre de 2010 - MPDV Mikrolab/OAMI (ROI ANALYZER) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa ROI ANALYZER - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.**
82. **Asunto T-458/08: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2010 - Wilfer/OAMI (Representación del cabezal de una guitarra) [Marca comunitaria - Solicitud de marca figurativa comunitaria que representa el cabezal de una guitarra en los colores plateado, gris y marrón - Motivo de denegación absoluto - Falta de**

- carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] - Examen de oficio de los hechos - Artículo 74, apartado 1, del Reglamento núm. 40/94, actualmente, artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009) - Deber de motivación - Artículo 73, primera frase, del Reglamento núm. 40/94, actualmente, artículo 75, primera frase, del Reglamento núm. 207/2009) - Igualdad de trato]. *DOUE*, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.
83. Asunto T-472/08: Sentencia del Tribunal General de 3 de septiembre de 2010 - Companhia Muller de Bebidas/OAMI - Missiato Industria e Comercio (61 A NOSSA ALEGRIA) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca figurativa comunitaria 61 A NOSSA ALEGRIA - Marca denominativa nacional anterior CACHAÇA 51 y marcas figurativas nacionales anteriores Cachaça 51 y Pirassununga 51 - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.
84. Asunto T-505/08: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2010 - Nadine Trautwein Rolf Trautwein/OAMI (Hunter) [«Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa Hunter - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] - Limitación de los productos designados en la solicitud de marca»]. *DOUE*, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.
85. Asunto T-575/08: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2010 - 4care/OAMI - Laboratorios Diafarm (Acumed) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa Acumed - Marca nacional denominativa anterior AQUAMED ACTIVE - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los signos - Similitud de los productos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] *DOUE*, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.
86. Asunto T-64/09: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2010 - Micro Shaping/OAMI. Packaging) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria figurativa packaging - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] *DOUE*, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.
87. Asunto T-106/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2010 - adp Gauselmann GmbH/OAMI - Maclean (Archer Maclean's Mercury) [Marca comunitaria - Procedimiento de ope-

- sición - Solicitud de marca figurativa comunitaria Archer Maclean's Mercury - Marca denominativa nacional anterior Merkur - Motivo de denegación relativo - Falta de riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] *DOUE*, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.
88. Asunto T-112/09: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2010 - Icebreaker/OAMI - Gilmar (ICEBREAKER) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa ICEBREAKER - Marca nacional denominativa anterior ICEBERG - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Denegación parcial del registro - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.
89. Asunto T-369/09: Sentencia del Tribunal General de 8 de septiembre de 2010 - Quinta do Portal/OAMI - Vallegre. PORTO ALEGRE) [Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca comunitaria denominativa PORTO ALEGRE - Marca nacional denominativa anterior VISTA ALEGRE - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 288, de 23 de octubre de 2010.
90. Asunto C-48/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010 - Lego Juris A/S/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Marca comunitaria - Aptitud de la forma de un producto para su registro como marca - Registro del signo tridimensional constituido por la cara superior y dos lados de un bloque Lego - Anulación de dicho registro a petición de una empresa que comercializa bloques de juego que tienen las mismas forma y dimensiones - Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), de dicho Reglamento - Signo constituido exclusivamente por la forma de un producto necesaria para la obtención de un resultado técnico]. *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.
91. Asunto T-366/07: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010 - Procter & Gamble/OAMI - Prestige Cosmetics. P&G PRESTIGE BEAUTE) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa PG PRESTIGE BEAUTE - Marcas nacionales gráficas anteriores Prestige - Denegación parcial de registro - Motivo de denegación relativo - Falta de riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.
92. Asunto T-72/08: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010 - Travel Service/OAMI - Eurowings Luftverkehrs

- (smartWings) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa smartWings - Marcas nacionales e internacionales denominativas y figurativas anteriores EUROWINGS y EuroWings - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Semejanza entre los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] - Obligación de motivación - Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94, actualmente artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009) - Artículo 79 del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 83 del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.
93. Asunto T-97/08: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010 - KUKA Roboter/OAMI (Tono del color naranja) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria consistente en un tonúm.del color naranja - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.
94. Asunto T-135/08: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010 - Schniga/OCVV - Elaris y Brookfield New Zealand (Gala Schnitzer) [Obtenciones vegetales - Solicitud de protección comunitaria de obtención vegetal para la variedad de manzana Gala Schnitzer - Examen técnico - Facultad de apreciación de la OCVV - Oposición - Artículo 55, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 2100/94]. *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.
95. Asunto T-149/08: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010 - Abbott Laboratories/OAMI - aRigen (Sorvir) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa Sorvir - Marca comunitaria denominativa anterior NORVIR - Motivo de denegación relativo - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.
96. Asunto T-292/08: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010 - Inditex/OAMI - Marín Díaz de Cerio (OFTEN) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa OFTEN - Marca nacional denominativa anterior OLTEN - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud entre los signos - Similitud entre los productos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] - Prueba del uso efectivo de la marca anterior - Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 40/94, actualmente artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009) - Objeto del litigio ante la Sala de Recurso - Artículos 61 y 62 del Reglamento núm. 40/94, actualmente artículos 63 y 64 del Regla-

- mento núm. 207/2009)]. *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.
97. Asunto T-400/08: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010 - Enercon/OAMI - BP (ENERCON) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa ENERCON - Marca comunitaria denominativa anterior ENERGOL - Motivo relativo de denegación - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 - Denegación parcial del registro]. *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.
 98. Asunto T-546/08: Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2010 - Villa Almè/OAMI - Marqués de Murrieta (i GAI) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa i GAI - Marca nacional denominativa YGAY y marcas comunitarias figurativa y denominativa MARQUÉS DE MURRIETA YGAY - Motivos de denegación relativos - Uso efectivo de la marca anterior - Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009] - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 40/94, actualmente, artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 301, de 6 de noviembre de 2010.
 99. Asunto C-479/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 30 de septiembre de 2010 - Evets Corp./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (Recurso de casación - Marca comunitaria - Marca denominativa DANELECTRO - Marca figurativa QWIK TUNE - Solicitud de renovación del registro de la marca - Petición de restitutio in integrum - Incumplimiento del plazo para la presentación de la solicitud de renovación de las marca). *DOUE*, C, núm. 317, de 20 de noviembre de 2010.
 100. Asunto C-24/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 23 de septiembre de 2010 - Comisión Europea/República Helénica (Incumplimiento de Estado - Directiva 2006/46/CE - Derecho de sociedades - Cuentas anuales y cuentas consolidadas de sociedades - No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado). *DOUE*, C, núm. 317, de 20 de noviembre de 2010.
 101. Asunto T-378/07: Sentencia del Tribunal General de 29 de septiembre de 2010 - CNH Global/OAMI (Combinación de colores rojo, negro y gris para un tractor) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria consistente en una combinación de colores rojo, negro y gris aplicados a las superficies exteriores de un tractor - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo adquirido por el uso - Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 317, de 20 de noviembre de 2010.

102. **Asunto T-200/08: Sentencia del Tribunal General de 29 de septiembre de 2010 - Interflon/OAMI - Illinois Tool Works (FOODLUBE) [Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca comunitaria denominativa FOODLUBE - Motivos de denegación absolutos - Carácter descriptivo - Carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE, C, núm. 317, de 20 de noviembre de 2010.**
103. **Asunto T-201/08: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2010 - Market Watch/OAMI - Ares Trading (Seroslim) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa Seroslim - Marca comunitaria denominativa anterior SEROSTIM - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE, C, núm. 317, de 20 de noviembre de 2010.**
104. **Asunto T-534/08: Sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2010 - Granuband/OAMI - Granuflex (GRANUflex) [Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca comunitaria figurativa GRANUflex - Denominación social y nombre comercial anteriores GRANUFLEX - Motivo de denegación relativo - Artículo 8, apartado 4, y artículo 52, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 4, y artículo 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE, C, núm. 317, de 20 de noviembre de 2010.**
105. **Asunto T-47/09: Sentencia del Tribunal General de 7 de octubre de 2010 - Deutsche Behindertenhilfe - Aktion Mensch/OAMI (diegesellschaft.de) [Marca comunitaria - Solicitud de marca denominativa comunitaria diegesellschaft.de - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE, C, núm. 317, de 20 de noviembre de 2010.**
106. **Asunto T-92/09: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2010 - Strategi Group/OAMI - RBI (STRATEGI) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de la marca comunitaria denominativa STRATEGI - Marca nacional denominativa anterior Stratégies - Motivo de denegación relativo - Prueba del uso de la marca anterior - Artículo 43, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009, y regla 22 del Reglamento (CE) núm. 2868/95]. DOUE, C, núm. 317, de 20 de noviembre de 2010.**
107. **Asunto T-244/09: Sentencia del Tribunal General de 7 de octubre de 2010 - Accenture Global Services/OAMI - Silver Creek Properties (acsensa) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposi-**

- ción - Solicitud de marca comunitaria figurativa acsensa - Marcas comunitarias y nacionales denominativas y figurativas anteriores ACCENTURE y accenture - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión - Falta de similitud de los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] - Obligación de motivación - Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 317, de 20 de noviembre de 2010.**
108. **Asunto T-270/09: Sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2010 - PVS/OAMI - MeDiTA Medizinische Kurierdienst (medidata) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca figurativa comunitaria medidata - Marca denominativa nacional anterior MeDiTA - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los signos - Falta de similitud de los servicios - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 317, de 20 de noviembre de 2010.**
109. **Asunto T-388/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2010 - Rosenruist/OAMI (Representación de dos curvas en un bolsillo) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria gráfica constituida por dos curvas sobre un bolsillo - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 317, de 20 de noviembre de 2010.**
110. **Asunto T-365/08: Auto del Tribunal General de 27 de septiembre de 2010 - Hidalgo/OAMI - Bodegas Hidalgo - La Gitana (HIDALGO) [Marca comunitaria - Anulación del registro de la marca nacional en que se basó la oposición – Sobreseimiento]. *DOUE*, C, núm. 317, de 20 de noviembre de 2010.**
111. **Asuntos T-230/08 y T-231/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de octubre de 2010 - Asenbaum/OAMI (WIENER WERKSTÄTTE) [Marca comunitaria - Solicitudes de marca denominativa comunitaria WIENER WERKSTÄTTE - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 328, de 4 de diciembre de 2010.**
112. **Asunto T-131/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de octubre de 2010 - Farmeco/OAMI - Allergan (BOTUMAX) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa BOTUMAX - Marcas comunitarias denominativa y figurativa anteriores BOTOX - Motivos de denegación relativos - Riesgo de confusión - Vulneración de la notoriedad - Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94,**

actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 346, de 18 de diciembre de 2010.

113. Asunto T-365/09: Sentencia del Tribunal General de 27 de octubre de 2010 - Michalakopoúlou Ktimatikií Touristikí/OAMI - Free (FREE) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria FREE - Marca denominativa nacional anterior FREE y marca figurativa nacional anterior free LA LIBERTÉ N'A PAS DE PRIX - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 346, de 18 de diciembre de 2010.
114. Asunto T-35/08: Sentencia del Tribunal General de 23 de noviembre de 2010 - Codorniu Napa/OAMI - Bodegas Ontañón (ARTESA NAPA VALLEY) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa ARTESA NAPA VALLEY - Marca comunitaria figurativa anterior ARTESO y marca nacional denominativa anterior LA ARTESA - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 013, de 15 de enero de 2011.
115. Asunto T-137/09: Sentencia del Tribunal General de 24 de noviembre de 2010 - Nike International/OAMI - Muñoz Molina (R10) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa R10 - Marca nacional denominativa R10 no registrada - Cesión de la marca nacional - Vicio de procedimiento]. *DOUE*, C, núm. 013, de 15 de enero de 2011.
116. Asunto T-404/09: Sentencia del Tribunal General de 12 de noviembre de 2010 - Deutsche Bahn/OAMI [Combinación horizontal de los colores gris y rojo] [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria consistente en una combinación horizontal de los colores gris y rojo - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 013, de 15 de enero de 2011.
117. Asunto T-405/09: Sentencia del Tribunal General de 12 de noviembre de 2010 - Deutsche Bahn/OAMI [Combinación vertical de los colores gris y rojo] [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria consistente en una combinación vertical de los colores gris y rojo - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 013, de 15 de enero de 2011.
118. Asunto T-59/08: Sentencia del Tribunal General de 7 de diciembre de 2010 - Nute Partecipazioni y La Perla/OAMI - Worldgem Brands (NIMEI LA PERLA MODERN CLASSIC) [Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca denominativa comunitaria

- NIMEI LA PERLA MODERN CLASSIC** - Marcas gráficas nacionales anteriores la **PERLA** - Motivo de denegación relativo - Menoscabo del renombre - Artículo 8, apartado 5, y artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 5, y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 030, de 29 de enero de 2011.
119. Asunto T-303/08: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2010 - Tresplain Investments/OAMI - Hoo Hing (Golden Elephant Brand) [Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca gráfica comunitaria Golden Elephant Brand - Marca gráfica nacional núm.registrada GOLDEN ELEPHANT - Motivo de denegación relativo - Remisión al Derecho nacional que regula la marca anterior - Régimen de la acción de common law de usurpación de denominación (action for passing off) – 120. Artículo 74, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 76, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009] - Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009) - Artículo 8, apartado 4, y artículo 52, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 4, y artículo 53, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 - Motivos nuevos - Artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento]. *DOUE*, C, núm. 030, de 29 de enero de 2011.
121. Asunto T-169/09: Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2010 - Vidieffe/OAMI - Ellis International Group (GOTHA) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria GOTHA - Marca figurativa comunitaria anterior gotcha - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 030, de 29 de enero de 2011.
122. Asuntos T-253/09 y T-254/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2010 - Wilo/OAMI (Carcasa facetada de un motor eléctrico y representación de facetas verdes) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria tridimensional - Carcasa facetada de un motor eléctrico - Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa facetas verdes - Motivos de denegación absolutos - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 030, de 29 de enero de 2011.
123. Asunto T-282/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2010 - Fédération internationale des logis/OAMI (Cuadrado convexo verde) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa un cuadrado convexo verde - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7,

- apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 030, de 29 de enero de 2011.
124. Asunto T-307/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2010 - Earle Beauty/OAMI (NATURALLY ACTIVE) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa NATURALLY ACTIVE - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo intrínseco - Falta de carácter distintivo adquirido por el uso - Artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 030, de 29 de enero de 2011.
125. Asunto T-329/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2010 - Fédération internationale des logis/OAMI (Color marrón característico) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria consistente en un color marrón característico - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 030, de 29 de enero de 2011.
126. Asunto T-132/09: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2010 - Epcos/OAMI - Epcos Sistemas (EPCOS) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca figurativa comunitaria EPCOS - Marca figurativa nacional anterior epcos SISTEMAS - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] - Uso efectivo de la marca anterior - Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 40/94, actualmente artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 38, de 5 de febrero de 2011.
127. Asunto T-331/09: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2010 - Novartis/OAMI - Sanochemia Pharmazeutika (TOLPOSAN) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa TOLPOSAN - Marca internacional denominativa anterior TONOPAN - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 38, de 5 de febrero de 2011.
128. Asunto T-380/09: Auto del Tribunal General de 15 de diciembre de 2010 - Bianchin/OAMI - Grotto (GASOLINE) [Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca denominativa comunitaria GASOLINE - Marca figurativa comunitaria anterior GAS - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 38, de 5 de febrero de 2011.
129. Asunto T-451/09: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2010 - Wind/OAMI - Sanyang Industry (Wind) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca figurativa comunitaria Wind - Marca figurativa nacional anterior

- Wind - Motivo de denegación relativo - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 - Falta de similitud de los productos y servicios]. *DOUE*, C, núm. 38, de 5 de febrero de 2011.
130. Asunto T-188/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2010 - DTL/OAMI - Gestión de Recursos y Soluciones Empresariales (Solaria) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa Solaria - Marca nacional figurativa anterior SOLARTIA - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud entre los servicios - Similitud entre los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 38, de 5 de febrero de 2011.
131. Asunto T-286/08: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2010 - Fidelio/OAMI (Hallux) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa Hallux - Motivo de denegación absoluto - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 46, de 12 de febrero de 2011.
132. Asunto T-336/08: Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2010 - Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli/OAMI (Forma de un conejo de chocolate con lazo rojo) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria tridimensional - Forma de un conejo de chocolate con lazo rojo - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 - Falta de carácter distintivo adquirido por el uso - Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 40/94, actualmente, artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 46, de 12 de febrero de 2011.
133. Asunto T-337/08: Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2010 - Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli/OAMI (Forma de un reno de chocolate) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria tridimensional - Forma de un reno de chocolate - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 46, de 12 de febrero de 2011.
134. Asuntos acumulados T-345/08 y T-357/08: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2010 - Rubinstein y L'Oréal/OAMI - Allergan (BOTOLIST y BOTOCYL) [Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marcas denominativas comunitarias BOTOLIST y BOTOCYL - Marcas figurativas y denominativas nacionales anteriores BOTOX - Motivo de denegación relativo - Perjuicio para el renombre de la marca - Artículo 8, apartado 5, del Reglamento

- (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009] - Obligación de motivación - Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94, actualmente artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 46, de 12 de febrero de 2011.
135. Asunto T-346/08: Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2010 - Chocladefabriken Lindt & Sprüngli/OAMI (Forma de una campanita con lazo rojo) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria tridimensional - Forma de una campanita con lazo rojo - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 46, de 12 de febrero de 2011.
136. Asunto T-395/08: Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2010 - Chocladefabriken Lindt & Sprüngli/OAMI (Forma de un conejo de chocolate) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria tridimensional - Forma de un conejo de chocolate - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 - Falta de carácter distintivo adquirido por el uso - Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 40/94, actualmente, artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 46, de 12 de febrero de 2011.
137. Asunto T-13/09: Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2010 - Storck/OAMI (Forma de un ratón de chocolate) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria tridimensional - Forma de un ratón de chocolate - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] - Derecho de defensa. *DOUE*, C, núm. 46, de 12 de febrero de 2011.
138. Asunto T-161/09: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2010 - Illink Kommunikationssysteme/OAMI (ilink) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa ilink - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 46, de 12 de febrero de 2011.
139. Asunto T-192/09: Sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 2010 - Amen Corner/OAMI - Comercio Electrónico Ojal (SEVE TROPHY) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa SEVE TROPHY - Marcas comunitarias figurativas anteriores Seve Ballesteros Trophy y SEVE TROPHY - Motivos de denegación relativos - Inexistencia de similitud entre los productos y servicios - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]

- Inexistencia de aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de las marcas anteriores ni perjuicio para los mismos - Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 46, de 12 de febrero de 2011.
140. Asunto T-281/09: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2010 - Deutsche Steinzeug Cremer & Breuer/OAMI (CHROMA) [Marca comunitaria - Solicitud de la marca denominativa comunitaria CHROMA - Motivo absoluto de denegación - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 46, de 12 de febrero de 2011.
141. Asunto T-363/09: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2010 - Longevity Health Products/OAMI - Gruppo Lepetit (RESVEROL) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa RESVEROL - Marca internacional denominativa anterior LESTEROL - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 46, de 12 de febrero de 2011.
142. Asunto T-363/09: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2010 - Longevity Health Products/OAMI - Gruppo Lepetit (RESVEROL) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa RESVEROL - Marca internacional denominativa anterior LESTEROL - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 46, de 12 de febrero de 2011.
143. Asunto T-497/09: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2010 - LG Electronics/OAMI (KOMPRESSOR PLUS) [Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa KOMPRESSOR PLUS - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 46, de 12 de febrero de 2011.
144. Asunto T-513/09: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2010 - Baena Grupo/OAMI - Neuman y Galdeanúm.del Sel. Personaje sentado) [Dibujo o modelo comunitario - Procedimiento de nulidad - Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un personaje sentado - Marca figurativa comunitaria anterior - Motivo de nulidad - Carácter individual - Impresión global diferente - Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002]. *DOUE*, C, núm. 46, de 12 de febrero de 2011.
145. Asunto C-120/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de diciembre de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof - Alemania) - Bavaria NV/Bayeris-

cher Brauerbund eV [Petición de decisión prejudicial - Reglamentos (CEE) núm.2081/92 y (CE) núm.510/2006 - Aplicación en el tiempo - Artículo 14 - Registro según el procedimiento simplificado - Relaciones entre marcas e indicaciones geográficas protegidas]. *DOUE*, C, núm. 63, de 26 de febrero de 2011.

146. Asunto C-22/10 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 27 de octubre de 2010 - REWE-Zentral AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior [Marcas, Dibujos y Modelos], Aldi Einkauf GmbH & Co. OHG [Recurso de casación - Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa Clina - Marca comunitaria denominativa anterior CLINAIR - Denegación de registro - Motivo de denegación relativo - Análisis del riesgo de confusión - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículo 8, apartado 1, letra b]. *DOUE*, C, núm. 63, de 26 de febrero de 2011.
147. Asunto T-382/08: Sentencia del Tribunal General de 18 de enero de 2011 - Advance Magazine Publishers/OAMI - Capela & Irmãos (VOGUE) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca denominativa comunitaria VOGUE - Marca denominativa nacional anterior VOGUE Portugal - Falta de uso efectivo de la marca anterior - Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 63, de 26 de febrero de 2011.
148. Asunto T-336/09: Sentencia del Tribunal General de 19 de enero de 2011 - Häfele/OAMI - Topcom Europe (Topcom) [Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa Topcom - Marcas comunitarias y del Benelux denominativas anteriores TOPCOM - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los productos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 63, de 26 de febrero de 2011.

PROPIEDAD INTELECTUAL

149. Asunto C-467/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona) - Padawan, S.L./Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) (Aproximación de las legislaciones - Derechos de autor y derechos afines - Directiva 2001/29/CE - Derecho de reproducción - Excepciones y limitaciones - Excepción de copia para uso privado - Concepto de compensación equitativa - Interpretación uniforme - Aplicación por los Estados miembros - Criterios - Límites - Canon por copia privada aplicado a los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital). *DOUE*, C, núm. 346, de 18 de diciembre de 2010.
150. Asunto C-393/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de diciembre de 2010. Petición de decisión prejudicial

planteada por el Nejvyšší správní soud - República Checa) - Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany/ Ministerstvo kultury. Propiedad intelectual - Directiva 91/250/CEE - Protección jurídica de los programas de ordenador - Concepto de cualquier forma de expresión de un programa de ordenador - Inclusión o no de la interfaz gráfica de usuario de un programa - Derechos de autor - Directiva 2001/29/CE - Derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información - Radiodifusión por televisión de una interfaz gráfica de usuario - Comunicación de una obra al público. *DOUE*, C, núm. 63, de 26 de febrero de 2011.

151. Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 2010. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil núm.1 de Santa Cruz de Tenerife - Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA)/Magnatradning, S.L. *DOUE*, C, núm. 63, de 26 de febrero de 2011.

PROTECCIÓN DE DATOS

152. Asunto C-189/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 29 de julio de 2010 - Comisión Europea/República de Austria (Incumplimiento de Estado - Directiva 2006/24/CE - Protección de la intimidad - Conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas - No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado). *DOUE*, C, núm. 246, de 11 de septiembre de 2010.
153. Asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 9 de noviembre de 2010. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Verwaltungsgericht Wiesbaden - Alemania) - Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09), Hartmut Eifert (C-93/09)/Land Hessen. Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales - Publicación de información sobre los beneficiarios de ayudas agrícolas - Validez de las disposiciones del Derecho de la Unión que establecen dicha publicación y determinan sus modalidades - Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - Artículos 7 y 8 - Directiva 95/46/CE - Interpretación de los artículos 18 y 20). *DOUE*, C, núm. 013, de 15 de enero de 2011.

SOCIEDADES

154. Asunto C-6/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 29 de julio de 2010 - Comisión Europea/Reino de Bélgica (Incumplimiento de Estado - Directiva 2006/46/CE - Derecho de sociedades - Cuentas anuales y cuentas consolidadas de sociedades - No adaptación del Derecho interno o no comunicación de las medidas nacionales de adaptación). *DOUE*, C, núm. 246, de 11 de septiembre de 2010.

155. **Asunto C-8/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 15 de julio de 2010 - Comisión Europea/Gran Ducado de Luxemburgo (Incumplimiento de Estado - Directiva 2006/46/CE - Cuentas anuales y cuentas consolidadas de las sociedades -No adaptación completa del Derecho interno dentro del plazo establecido). *DOUE*, C, núm. 246, de 11 de septiembre de 2010.**

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CARBALLO PIÑEIRO, Laura: *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, de **Conflicto Legum. Estudios de Derecho Internacional Privado**, núm. 12, 2009, 306 pp.

La Profesora Laura Carballo, de la Universidad de Santiago de Compostela presenta en esta nueva obra un lúcido análisis sobre un problema central en la actual evolución del derecho privado del siglo XXI, las acciones colectivas y su reconocimiento transfronterizo. Nos encontramos sin duda, ante uno de los temas más complejos y que plantea más retos en el derecho privado internacional y procesal actual, motivo por el cual estoy convencida de que muy pocos juristas serían capaces de abordarlo con el éxito alcanzado en las páginas reseñadas. No es casualidad que este logro provenga de la doblemente doctora (Derecho Procesal y Derecho Internacional Privado) profesora que entre otros reconocimientos, pese a su juventud ha sido distinguida con la prestigiosa Beca de investigación Humboldt y es colaboradora habitual del Max Plank de Derecho Internacional Privado de Hamburgo.

En una economía de masas como la actual, la tutela individual de los derechos es frecuentemente insuficiente para responder a los retos económicos y sociales. Por otra parte, los cauces tradicionales de reunión de una pluralidad de pretensiones en un mismo proceso no son adecuados, en ocasiones, para abrir la vía de los tribunales, por cuanto, en primer lugar, su número impide darles un tratamiento adecuado dentro de un único proceso. Se hace preciso, en cambio, habilitar tratamientos conjuntos para problemáticas colectivas, muy a menudo relacionadas con la defensa de la parte más débil. Ahora bien, una vez planteado muy sucintamente el problema, sus soluciones están sometidas a profundos debates que evidencian las distintas concepciones culturales respecto de la justicia y del proceso que predominan en distintos ordenamientos. Las acciones colectivas, las *class actions* permiten reunir bajo una única representación múltiples reclamaciones, pero si en Estados Unidos cuentan ya con una amplia y asentada tradición, su adaptación a otros ordenamientos ha sido lenta. Y en el caso de su introducción –o incluso su reconocimiento en Europa–, subsisten importantes dificultades.

Acceso a la justicia, economía procesal y prevención de comportamientos ilícitos son las tres funciones que sirven a justificar, conjunta o separadamente, la introducción de tales acciones colectivas. Pero, además de ser útiles

para solventar esos problemas, exigen unas garantías especiales, más allá de las requeridas respecto de los procesos individuales.

- Por un lado, quien ejercita los derechos individuales homogéneos, –el representante de la clase o del grupo–, adquiere un papel clave. En torno a su persona pueden nacer conflictos de intereses, para cuyo control se desarrollan mecanismos, como el de garantizar la cohesión de la clase.
- Por otro lado, deben articularse garantías para respetar el derecho de defensa de los miembros del grupo ausentes.

El libro comentado parte de una introducción, para después repartir sus contenidos en cinco capítulos, dedicado cada uno de ellos a una perspectiva específica dentro de las acciones colectivas, de sus peculiaridades en los planos nacional, comparado e internacional.

El primer capítulo, titulado «La tipicidad de las acciones colectivas» aborda, desde una perspectiva comparada de los modelos estadounidense y europeo, el problema de la legitimación procesal y de la admisión o inadmisión a trámite de la acción colectiva.

Acción colectiva es un término de nuevo cuño para designar el acceso de pretensiones que afectan a una colectividad de personas. La doctrina europea toma como referencia y antecedente para su estudio las *class actions* del derecho anglosajón estadounidense. Más allá de las definiciones y clasificaciones técnico jurídicas respecto de las que remitimos al libro comentado por su precisión y detalle, en términos generales hablamos de acción colectiva cuando ésta afecta a un grupo de personas tan numeroso que acudir a la acumulación subjetiva haría el proceso impracticable, siempre y cuando haya intereses comunes a todos los miembros del grupo; pero aquellos de quienes se predica el objeto de la acción no son parte procesal, sino que el demandante defiende sus intereses en su ausencia.

Es sabido que la tutela colectiva se desarrolló con mayor intensidad en Estados Unidos, de forma que en esa jurisdicción se ha convertido, en palabras de la autora, en un auténtico banco de pruebas. Las *class actions* más representativas del modelo americano derivan de la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure*, sin perjuicio de que en cada Estado existan también normas procesales, cada una con rasgos distintos, ya que el intento armonizador de la *Uniform Class Action Rule* publicada en 1976 no tuvo mucho éxito. En 1966 tiene lugar una reforma de la *Rule 23* y se introdujeron importantes especialidades para asegurar el efecto de cosa juzgada (sustitución del derecho *opt in* por el *opt out*, refuerzo del control judicial sobre el procedimiento, etc.). Previamente a la admisión de la acción tiene lugar la *certification*, el acto de delimitación del objeto y admisión a trámite, así como la modalidad de la acción en función del *petitum –remedy–*. En una *class action* se precisa además la existencia de un grupo caracterizado por la identidad similitud de las posiciones jurídicas de sus componentes que posibilita una decisión conjunta. A partir de esta base común, la *Rule 23* define tres tipos distintos de acciones, y los ordenamientos que admiten estos procedimientos conocen otras variantes de gran interés, para cuya identificación remitimos a las ilustrativas páginas del libro comentado.

Pese a que son admitidas, las acciones de clase son objeto de críticas, incluso en Estados Unidos, donde se les atribuye su relación con ciertos abusos, como la acusación de ser un chantaje legal en tanto que la agrupación de

pretensiones, puede generar una demanda de tales proporciones que incite al demandado a llegar a un acuerdo para evitar un proceso complicado y caro que acabe en una condena que pueda amenazar su estabilidad empresarial, así como la publicidad negativa. Por otra parte, se dice que los costes que comporta una acción de este tipo repercutirían también en la actitud del demandante representante, pronto a llegar a un acuerdo para evitar seguir financiando un proceso extremadamente caro, y ello aun a costa de los intereses de los miembros del grupo ausentes.

En Europa, las noticias de este tipo de acción se reciben con desconfianza y extrañeza, pues entran en conflicto con la idea del carácter individual del proceso jurisdiccional. No obstante, su relevancia se va admitiendo a medida que se identifican intereses como la defensa del medio ambiente o la defensa de los consumidores cuya titularidad no pertenece a nadie en concreto. Se van admitiendo a medida de que se toma consciencia de que al margen de la acción del Estado, el proceso civil carecería de medios para buscar soluciones frente a los daños causados a tales intereses. Así se van reconociendo conceptos como los llamados «intereses difusos» y los «derechos individuales homogéneos» habilitándose vías procesales para atenderlos. Ciertas modalidades son plenamente reconocidas en países europeos como Portugal o Suecia. Además, en Inglaterra y Gales se admiten acciones de grupo *representative action*. También existen acciones colectivas admitidas en determinados sectores en España, Finlandia, Bulgaria, Grecia, etc. (por ejemplo, la Ley española de Propiedad intelectual atribuye una legitimación colectiva a las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual como los de remuneración, participación y retransmisión por cable respecto de los cuales la ley encarga la gestión y defensa –inclusive en juicio– a las entidades de gestión colectiva). Las posibilidades de la tutela colectiva a través de la solicitud de indemnizaciones de daños y perjuicios esta también muy presente en la agenda de política legislativa de la Unión Europea, particularmente a partir de la Directiva 98/27/CE. Además, existe una propuesta de acción de grupo en materia de defensa de la competencia como se desprende del Libro Verde relativo a la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia y un Libro Blanco sobre «Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de normas comunitarias de defensa de la competencia» que reconoce la funcionalidad de las acciones colectivas para conseguir la compensación de los afectados por actos anticompetitivos (aunque les otorga un papel muy residual en la prevención deduciéndose que el peso en el cumplimiento de esta función ha de seguir recayendo en entes públicos).

A pesar de estos ejemplos, la actuación judicial conjunta de los derechos individuales homogéneos permanece complicada en Europa por las desconfianzas hacia un proceso en el que se deciden los derechos económicos de quienes permanecen ausentes.

El segundo capítulo analiza los métodos para determinar la competencia judicial internacional en la acción colectiva, dándose repaso a las bases teóricas de los foros personales diseñados en atención del demandado o del demandante y de los foros especiales por razón de la materia. El funcionamiento de las acciones colectivas permite que el representante decida dónde deben éstas plantearse, incluso cuando algunos de sus miembros residen en distintas jurisdicciones y, por tanto, les podrían corresponder distintos foros personales. En Estados Unidos esta problemática es conocida en los casos en los que se ven afectados miembros residentes de distintos Estados y se cues-

tiona si un tribunal estatal es competente para vincular a miembros ausentes y residentes en otro Estado, proponiéndose distintos estándares para que un tribunal estatal pueda reconocer una *class action* interestatal. En Europa, la cuestión no está aún totalmente solucionada, si bien ya existe una incipiente jurisprudencia comunitaria que, según explica la Profesora Carballo, permitiría deducir que el foro estaría delimitado por el carácter de parte más débil de los consumidores afectados. En derecho europeo, las acciones colectivas entrarían dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 44/2001, del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil: al versar estas acciones sobre intereses y derechos de una pluralidad de sujetos, algunas voces, e incluso cierta jurisprudencia las habían excluido de ese ámbito basándose en una «supuesta» naturaleza pública de las acciones; pero la intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Henkel* vino a cambiar la situación, al clarificar el Alto Tribunal que no corresponde asimilar las *class actions* a las acciones de naturaleza jurídica pública.

En efecto, como venimos diciendo, las acciones colectivas presentan la peculiaridad de que su objeto concierne a una colectividad o grupo de personas, pero, ello no puede considerarse determinante para calificar su objeto como público o privado a efectos de determinar el foro judicial internacional. En Europa esta distinción se ha planteado, según explica la Profesora, a raíz de la existencia de foros de protección que protegen a la parte más débil, si bien lo que corresponde es plantear si tales especialidades son aplicables también en caso de acciones de clase. Esta problemática es analizada en la obra reseñada, tomando en consideración las posiciones jurisprudenciales europeas y estadounidenses más relevantes, así como diferencia en la posición en Estados Unidos a la luz de la doctrina y práctica del *forum non conveniens*. En Europa una futura delimitación de un foro específico para las acciones de clase correspondería a una decisión de política legislativa, y por el momento, en los ámbitos donde se han habilitado ámbitos de acciones colectivas europeas, –fundamentalmente en materia de protección del consumidor– el impacto no es lo suficientemente amplio como para que justifique de forma evidente un cambio en materia de foro.

El capítulo tercero analiza detalladamente la problemática que subyace en la notificación internacional y en la defensa de los miembros del grupo ausentes (así como a la conveniencia o necesidad de notificarles para entender que les vincula la resolución). El debate sobre la notificación de los miembros del grupo ausentes se plantea en términos similares al debate sobre si el foro internacional debe serles próximo. En el fondo subyace la preocupación por la defensa de los intereses y la posición jurídica del ausente. Además, está presente la preocupación por la decisión que ponga fin al litigio: es decir, por si a efectos de cosa juzgada basta con la notificación individual para considerar vinculados a los ausentes, o si basta con que el representante realice la mejor defensa, o si deben concurrir ambas. La autora pasa revista a los sistemas de notificación individual de acciones de grupo (el ejercicio de los derechos de *opt in* y *opt out*); así como a la problemática de definición de la clase que incluye la de localización de los miembros del grupo y de las obligaciones de colaboración del demandado. Aspectos como la *discovery*, instrumento desarrollado por el Derecho anglosajón a través del que se incrementan los deberes de información y exhibición de las partes y los terceros, o las vías para definir la clase en una acción colectiva internacional, son objeto de elaborado análisis.

La notificación al demandado de la interposición de una acción colectiva constituye una necesaria garantía procedimental, relacionada con el ejercicio del derecho de defensa. Si los instrumentos de notificación fueran los mismos que en el caso de las acciones individuales, cuando nos encontrásemos con acciones colectivas surgiría la cuestión adicional de determinar su ámbito de aplicación material: en efecto, existen diferencias según si nos hallamos ante materia civil, mercantil, o ante intereses susceptibles de confusión con el ejercicio de intereses públicos. La autora repasa algunos interesantes asuntos como el conocido *Bertelsmann*, donde dentro del *petitum* de la acción colectiva se incluían daños punitivos, *punitive damages*, no admitidos en ciertas jurisdicciones europeas (aunque el Tribunal Constitucional Alemán pudo evitar tener que decidir dado que se retiró el recurso). Sin ánimo de entrar en detalles, que el lector encontrará en abundancia en la obra comentada, sí conviene recordar que entre las dificultades para asimilar las *class actions* en Europa, está otra institución de ese ordenamiento trasatlántico, como es el de los *punitive damages*. Los daños sanción o *punitive damages* fueron objeto de polémica en relación con el Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965 (CLH de 1965) a propósito de su ámbito de aplicación material, así como en relación con la problemática de si afectan al orden público. Con todo, la autora considera que puesto que la lógica que subyace al CLH de 1965 y otros instrumentos internacionales es proporcionar un cauce a través del que facilitar y asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva, no deben admitirse distinciones sobre el tipo de procedimiento o documento judicial que se notifique siempre que se refiera a materia civil y mercantil, y no afecte a la esfera jurídico-pública o la protección de los intereses vitales del Estado requerido.

El capítulo cuarto lleva por título «Acciones colectivas y ley aplicable». Cuando la colectividad afectada es un grupo heterogéneo de personas (con diferentes residencias, nacionalidades...) la norma de conflicto aplicable al fondo del asunto puede conducir a diversas leyes, diversidad determinada por la heterogeneidad del grupo, bien por su diversa nacionalidad o residencia, bien porque sus intereses o derechos hayan sido afectados en distintos lugares. El Tribunal que conoce de la acción colectiva ha de aplicar distintas leyes, y los derechos de los miembros del grupo no se deciden de acuerdo con una única ley, sino de acuerdo con la que respectivamente sea aplicable de acuerdo con la correspondiente norma de conflicto. El carácter relativamente novedoso de este instrumento procesal en Europa explica que estos problemas aún no se hayan planteado en los tribunales, si bien, el tema se va ya perfilando a nivel normativo en algunas materias, como por ejemplo la defensa de los consumidores (*i.e.* el Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores, presentado por la Comisión Europea en noviembre de 2008, abordaba esta problemática refiriéndose específicamente a «*problemas prácticos en casos con consumidores de muchos y diversos Estados miembros*»).

El último capítulo de la obra versa sobre el reconocimiento en el extranjero del título que ponga fin a la acción colectiva. Una acción colectiva es, a fin de cuentas, un proceso jurisdiccional. A efectos ejecutivos, los títulos que deben ser reconocidos serán o la sentencia que finalice el proceso o el acuerdo. Pero, para ser eficaces tales títulos deben ser reconocidos en el Estado donde se deseen hacer valer. Así variará el régimen de reconocimiento según el origen de la sentencia o acuerdo, así como en función de la modalidad de

la eficacia que se pretenda alcanzar. La autora subraya que la mayor parte de las *class actions* –principalmente originarias en EE.UU.– terminan en un acuerdo judicial o *class settlement*. Incide además, en que la introducción de la tutela colectiva en Europa exige examinar las consecuencias de este tipo de acciones cuando en el proceso no han participado todos los interesados: es decir, ¿qué consecuencias tiene sobre la ejecutabilidad de un acuerdo judicial el que no formen parte del mismo todos los miembros de la clase? También es esencial relacionar los efectos de la interposición de la acción en ordenamientos como Estados Unidos donde la *Class certification* condiciona la litispendencia del proceso, frente a lo que ocurre en otros como en los europeos donde esta circunstancia no resulta tan clara.

La obra se cierra con sendos índices de bibliografía y jurisprudencia citadas que contribuyen a evidenciar el rigor de la investigación que la sustenta, así como a facilitar futuras investigaciones en este tema apasionante, novedoso y de enorme actualidad.

La temática del libro comentado no es sencilla. Al contrario, ya indicábamos que versa sobre una de las cuestiones más sofisticadas del derecho privado actual. No obstante, la depurada técnica de análisis, descripción y extracción de consecuencias jurídicas de la autora nos permite comprender con facilidad y amenidad, una materia tan compleja como relevante tanto para la teoría del derecho privado, como para la práctica. Además de felicitar a la autora por el éxito en el tratamiento con gran claridad y concisión de un tema particularmente arduo como el que nos ha aproximado en esta ocasión, es de agradecer a la colección de Derecho Internacional Privado «de conflicto legum», dirigida por el Catedrático D. Santiago Álvarez González de la Universidad de Santiago de Compostela, la publicación en su número 12 –año 2009– de esta brillante monografía, a cargo de la profesora D^a Laura Carballo Piñeiro cuyo trabajo disciplinado, constancia y sentido académico auguran los mejores éxitos que aguardamos.

Dra. Elena F. PÉREZ CARRILLO
Profesora de Derecho Mercantil
Universidad Santiago de Compostela

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El usufructo*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010, 1.^a edición, 1.190 pp.

Las monografías jurídicas sucumben a las complejidades de los tiempos presentes. Hace unas (pocas) decenas de años todavía era posible que las investigaciones jurídicas pretendieran abordar el análisis de una institución con vocación de generalidad y de exhaustividad: eran frecuentes los títulos que se referían sin más a una institución o a un problema muy general, desde la comunidad de bienes al incumplimiento de la obligación, desde el régimen económico-matrimonial a los legados. Sin desdeñar en absoluto el valor de esas obras, lo cierto es que en los últimos tiempos, las monografías jurídicas ya no tienen como objetivo el estudio global de una institución, sino tan sólo el de alguno de sus aspectos más relevantes. Las razones de este cambio son fácilmente comprensibles: por un lado, hoy hay plena conciencia de que los problemas jurídicos de las instituciones presentan tal grado de intensidad y variedad que se hace difícil analizarlos exhaustivamente de modo satisfacto-

rio: el establecimiento de límites a la investigación confiere seguridad a quien se adentra en la misma; por otro lado, y como causa de lo anterior, la cantidad de información existente sobre determinada materia exige un lento y peliagudo proceso de digestión, si no se quiere incurrir en la mera transcripción de datos, sin rigor alguno; y, por último, lamentablemente esa asimilación de ideas y cuestiones sólo se puede realizar adecuadamente cuando se ha alcanzado un grado de madurez científica que ya no suele permitir la dedicación a una sola materia.

Un modo eficaz de solventar algunas de esas dificultades consiste en acometer ese estudio global a través de una obra colectiva, en las que, sin embargo, es fácil reconocer el peso preponderante de determinado autor, que además suele asumir la función de coordinador de la misma. Este planteamiento ha proporcionado últimamente magníficos resultados en el ámbito de la literatura jurídico-privada. Sin embargo, y aunque tenemos brillantes ejemplos recientes, son mucho más insólitas las obras que son, cabría decir que con cierta gallardía, asumidas por un solo autor. La autoría única de una obra de esa ambición le proporciona indudablemente una superior coherencia, pero el coste en cuanto al esfuerzo que supone hace que sólo unos pocos se atrevan a afrontar ese reto. Entre esos pocos se encuentra desde ahora el Profesor Francisco Rivero Hernández y su obra, «El usufructo».

Un simple vistazo a la obra permite constatar que nos encontramos ante una obra monumental, inusual en los tiempos actuales por la variedad de los temas que se abordan, destacable por la profundidad con la que se estudian los problemas prácticos y las cuestiones dogmáticas, y contundente por la coherencia que recorre su espina dorsal.

A pesar de titularse modestamente «El usufructo» nos hallamos en realidad ante una obra que bien merecería un título distinto y que diera cuenta más certeramente de cuál es el enfoque y contenido que se esconden tras sus tapas. Aun a riesgo de sustituir al autor, pensamos que el título que más le conviene es el de «Tratado del usufructo» y ello por distintas razones de las que se dará noticia en estas líneas.

La obra resulta brillantemente abrumadora. No sólo es la extensión de sus páginas, sino sobre todo su profundidad y su meticulosidad, aunando análisis dogmático y visión práctica, conjugando estudio jurisprudencial con aportaciones doctrinales, tanto extranjeras como españolas, desentrañando el sentido de los preceptos del Código Civil y de los derechos civiles autonómicos, volcando en fin en sus cuidadas páginas la sabiduría de toda una vida dedicada al Derecho.

El modo en que el Profesor Rivero articula la estructura de su obra proporciona al lector jurídico la cálida tranquilidad de un esquema de análisis conocido y eficaz. Pero se equivocará quien piense que el contenido de la obra permanece anclado al pasado. Antes al contrario, la obra ofrece una actualidad impecable tanto en los temas abordados como en los materiales empleados.

El primer capítulo lleva como rúbrica «[i]dea general y concepto legal de usufructo». Obsérvese que el planteamiento del autor pretende no condicionar la lectura de toda la obra en la medida que se encamina simplemente a ofrecer una idea aproximativa y a proporcionar al lector los elementos que diseñan en el Código Civil la categoría de usufructo. Fiel a un planteamiento que ya se proyectaba en su colaboración en los «Elementos de Derecho Civil» del Prof. José Luis Lacruz Berdejo y que desde luego recorre toda su obra, el Prof. Rivero confiesa que «[l]a mejor idea acerca de cualquier insti-

tución la proporciona, en general, no tanto su concepto y definición legal –más o menos clara o explícita, según ordenamientos–, y en ocasiones tampoco su estructura (elementos, requisitos), cuanto sus caracteres funcionales, vinculados directamente a su naturaleza y entidad esencial» (p. 59). Ello permite excluir la posibilidad, tan frecuente en otras obras, de que las referencias a su naturaleza jurídica se hagan desde un planteamiento especulativo y abstracto: la naturaleza jurídica compendia los aspectos funcionales y normativos de la institución (pp. 69 y ss.). También merece ser destacado que este primer capítulo no se contenta (pp. 45 y ss.) con una descripción de la evolución histórica del usufructo hasta la actualidad (no es, pues, una mirada meramente retrospectiva), sino que ahonda en los matices del usufructo con una finalidad prospectiva, ofreciendo interesantes sugerencias y suscitando interrogantes de hondo calado (pp. 92 y ss.). Especialmente útil se revela la delimitación del usufructo en relación con otras situaciones y derechos próximos (pp. 76 y ss.) y la precisión acerca de sus límites institucionales (la temporalidad y la conservación de la entidad económico-funcional de la cosa pp. 85 y ss.).

El segundo capítulo se dedica al «[r]égimen jurídico del usufructo». Se analiza en primer lugar (pp. 104 y ss.) la preeminencia del título constitutivo y en general de la autonomía privada (aspecto éste que ya había sido objeto de atención monográfica por el Prof. Rivero en su aportación al «Libro Homenaje a M. Cuadrado Iglesias», Aranzadi-Thomson, 2008). Como demostración de un planteamiento más general, al delimitar la normativa aplicable al usufructo, el Prof. Rivero considera necesario incluir una amplia y documentada alusión a cómo la Constitución extiende su alcance al régimen jurídico de esa institución (pp. 119 y ss.). Igualmente sensatas son las apreciaciones que se contienen en sede de interpretación del régimen jurídico del usufructo (pp. 123 y ss.). Este segundo capítulo se cierra con una referencia a la incidencia que en el régimen del usufructo tiene la pluralidad jurídico-civil en España (pp. 131 y ss.): el análisis es breve, pero sustancial, y el Prof. Rivero ofrece las claves suficientes para solventar el primer y decisivo problema, cual es el de la determinación del régimen aplicable. Ahora bien, no cabe pensar que ello significa que el Prof. Rivero omita en su obra las correspondientes referencias a los Derechos civiles autonómicos. Aunque es una obra construida en lo esencial sobre los cimientos que proporciona el Código Civil, no faltan jugosos análisis de las concretas normas autonómicas en cada uno de los aspectos estructurales y funcionales del usufructo. En ello se revela una vez más el planteamiento metodológico del Prof. Rivero: no existe un capítulo general dedicado, por ejemplo, al usufructo en Derecho catalán (materia en la que el autor es un reputado especialista como lo demuestra su contribución en los «Comentarios al Libro V del Código Civil de Cataluña», Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, 2008), sino que esas referencias son integradas y aprovechadas en cada uno de aquellos epígrafes donde más utilidad pueden proporcionar.

La «[c]onstitución del usufructo» se analiza extensa y profundamente en el capítulo tercero de la obra. Son esclarecedoras las pp. 140 y ss. donde se plantea el exacto sentido técnico-jurídico de la constitución de este derecho real. A continuación se examinan los títulos voluntarios de constitución (pp. 148 y ss.), con especial referencia a la distinción en función del carácter oneroso o gratuito del título, e incluso de otros perfiles (aportación en el marco de un régimen económico-matrimonial). Una atención especial merece la constitución del usufructo por vía de reserva (o «*deductio*») y la aposi-

ción de condición, término o modo al usufructo (pp. 167 y ss.). Las pp. 177 y ss. se dedican a los títulos no voluntarios de constitución del usufructo, entre los que menciona el Prof. Rivero la constitución por ley, la constitución judicial, la usucapción y la adquisición «a non domino», ofreciendo una serie de análisis que, aun centrados en la figura del usufructo, revelan su interés desde una perspectiva más amplia. Dentro de este mismo capítulo se estudia en profundidad la figura del usufructo con cláusula de reversión (pp. 190 y ss.). Concluye el capítulo con una breve, pero enjundiosa, referencia a la proyección del usufructo en el Registro de la Propiedad (pp. 194 y ss.).

Conforme a un planteamiento clásico, pero efectivo, el capítulo cuarto se dedica a la «[e]structura de la relación de usufructo. Sujetos. Objeto». La parte central de este capítulo se ocupa, como es lógico, de los criterios normativos establecidos en función de las características del usufructuario, y de este modo, hay consistentes análisis del usufructo a favor de cónyuges (pp. 234 y ss.), de los usufructos sucesivos (pp. 247 y ss.: parcialmente abordados en el «Libro Homenaje a Ll. Puig Ferriol», Tirant lo Blanch, 2006) o del usufructo a favor de persona jurídica (pp. 265 y ss.). El estudio del objeto del usufructo recibe en esta sede una menor atención (pp. 269 y ss.), por cuanto, a diferencia de lo que sucede con los sujetos de esta relación, la categoría de los usufructos especiales se construye en buena medida a partir de las peculiaridades que reviste el objeto sobre el que recae el usufructo. Por su frecuencia e interés práctico, el capítulo incluye una adecuada exposición de los problemas que se suscitan en torno a la donación de propiedad con reserva de usufructo vitalicio (pp. 257 y ss.).

Son casi trescientas páginas las que el Prof. Rivero aplica al contenido del usufructo (que, como frecuentemente ocurre en esta obra, son una monografía en sí mismas). Son tantas las cuestiones que en ellas se abordan que, sensatamente, opta por dividir esa materia en tres capítulos distintos, que se refieren a las facultades del usufructuario, las obligaciones del usufructuario y la posición del nudo propietario.

En cuanto a las facultades del usufructuario, destaca el amplio tratamiento de la facultad de disfrute, y su alcance a la vista del respeto al destino económico del bien usufructuado (pp. 294 y ss.). La cuestión de la percepción de frutos por el usufructuario permite al autor acometer lo que sin duda constituye una magnífica teorización general del régimen de los frutos en nuestro sistema (pp. 312 y ss.). A propósito de la facultad de disposición del usufructuario (pp. 351 y ss.), nos encontramos de nuevo con una acabada construcción de la facultad de disposición, útil no sólo a los efectos del usufructo. Concluye este capítulo quinto con una completa referencia a las acciones en defensa del usufructo (pp. 393 y ss.).

En el capítulo sexto, que se ocupa de las «[o]bligaciones del usufructuario», se examinan cuestiones de tanta trascendencia como las obligaciones previas a la entrada en posesión de los bienes (pp. 407 y ss.), el deber de conservación del usufructuario (pp. 430 y ss.), la distribución de cargas y contribuciones (pp. 474 y ss.), y, por supuesto, el problema de las reparaciones (pp. 450 y ss.), cuyas múltiples facetas son estudiadas con detalle.

La parte relativa al contenido del usufructo finaliza con el capítulo séptimo, que se destina a la «[p]osición jurídica del nudo propietario». No se aborda esta materia como una cuestión marginal, cual sí el nudo propietario fuera un mal necesario, pero carente de interés, en la estructura del usufructo. Los diversos problemas que se plantean en torno al nudo propietario son examinados concienzuda y satisfactoriamente por el Prof. Rivero, con una espe-

cial atención en este punto a algunas de las reglas que se establecen en los Derechos civiles autonómicos, como sucede, por ejemplo, con el derecho de adquisición preferente previsto en el ordenamiento catalán (pp. 506 y ss.), que ya fue objeto de su atención en el «Libro Homenaje al Prof. Amorós Guardiola», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.

El capítulo octavo presenta un contenido deliberadamente heterogéneo pues se refiere a la «[d]uración, modificación y extinción del usufructo». Se estudia la temporalidad como elemento estructural del usufructo (pp. 553 y ss.). Se abordan con carácter general la extinción y la modificación (pp. 555 y ss.), para luego examinar las causas generales no previstas en el Código Civil (pp. 571 y ss.) y, luego, con brillante exhaustividad, las causas legales de extinción (pp. 579 y ss.). Concluye el capítulo, como es lógico, con una amplia perspectiva de los efectos de la extinción del usufructo (pp. 647 y ss.).

Obsérvese que, con lo hasta aquí expuesto, el autor ha consumido prácticamente la mitad de las páginas de su obra con el análisis de lo que podría considerarse una «parte general del usufructo». El equilibrio que recorre toda la obra se constata en que a los tradicionalmente denominados usufructos especiales, cada vez más numerosos y complejos, va a dedicar el Prof. Rivero la otra mitad de su obra, como vamos a comprobar de inmediato.

Los bloques temáticos de la segunda parte de la obra son básicamente dos: por un lado, regímenes especiales del usufructo por razón del objeto (donde aparecen tres capítulos dedicados a las cosas materiales, los derechos, y, por último, las universalidades y las cuotas); y, por otro, el régimen especial funcional de determinados usufructos.

El Prof. Rivero incluye en el capítulo noveno, dedicado al usufructo que recae sobre cosas materiales, los supuestos más tradicionales en nuestra doctrina: usufructo de cosas consumibles (pp. 677 y ss.); de cosas deteriorables (pp. 707 y ss.); de rebaño (pp. 713 y ss.); de árboles y montes (pp. 730 y ss.); y de minas (pp. 765 y ss.). No se trata sin embargo de una mera recopilación de cuestiones ya añejas. El Prof. Rivero revisa detenidamente esas categorías y les proporciona un sentido distinto en un contexto de atento análisis de las exigencias sociales y económicas actuales.

Esa misma tendencia es la que preside el capítulo décimo, que se ocupa de los usufructos de derechos. Entre sus páginas encontrará el lector adecuados análisis no sólo de temas siempre cercanos a la doctrina civil como el usufructo de derechos reales (pp. 790 y ss.); o de créditos (pp. 823 y ss.); o de finca hipotecada (pp. 901 y ss.); sino también de situaciones que con menos frecuencia han sido adecuadamente estudiadas desde una perspectiva jurídico-civil. Nos estamos refiriendo a categorías como el usufructo del Derecho de propiedad intelectual y propiedad industrial (pp. 813 y ss.); de acciones y de participaciones sociales (pp. 849 y ss.); o de participaciones de fondos de inversión (pp. 879 y ss.). Estos últimos supuestos, por la contraposición de intereses y la divergencia de protagonistas, requieren un particular esfuerzo de equilibrio en su análisis, que el Prof. Rivero realiza con brillantez.

El capítulo undécimo es el último que se ocupa de los llamados usufructos especiales por su objeto, atendiendo al análisis de los usufructos de universalidades y de cuotas. Entre los usufructos de universalidades, el Prof. Rivero menciona tres supuestos, de indudable proyección práctica: el usufructo de patrimonio (pp. 920 y ss.), donde se analiza extensamente el usufructo de la totalidad o parte alícuota de herencia (pp. 940 y ss.); el usufructo

de empresa (pp. 957 y ss.); y el usufructo de carteras de valores (pp. 972 y ss.), de creciente importancia en los últimos tiempos. Finaliza el capítulo con una minuciosa referencia al usufructo de cuota (pp. 983 y ss.).

La obra concluye con el capítulo duodécimo que aborda las peculiaridades funcionales de tres categorías distintas. Comienza con un amplio y minucioso análisis del frecuente (al menos en ciertos ámbitos) usufructo con facultad de disposición (pp. 999 y ss.), al que dedica casi cien páginas de gran rigor y calidad. Se enfrenta a continuación con el usufructo de propietario (pp. 1093 y ss.), categoría ésta que permite poner a prueba los elementos esenciales del usufructo y que goza de un régimen singular en Derecho catalán; es muy recomendable la lectura de las páginas en las que el Prof. Rivero explica la viabilidad de esta figura y las útiles funciones que puede llegar a desempeñar. Y, por último, se estudia adecuadamente el usufructo de garantía (pp. 1.112 y ss.), materia en la que el usufructo demuestra su flexibilidad y multiplicidad de aplicaciones.

En 1971 el Prof. Rivero publicó su tesis doctoral, elaborada mientras desempeñaba funciones judiciales, que se convirtió de inmediato en obra de referencia en el ámbito de la filiación. Cuarenta años después, debemos felicitarnos de que su ilusión y su capacidad de trabajo le hayan permitido publicar de nuevo una obra que, sin temor alguno a la exageración, puede considerarse la obra de referencia en la materia. Ahora bien, de los párrafos precedentes se desprende que «El usufructo» no es sólo la más completa obra que sobre este tema se haya escrito en Derecho español, sino que es mucho más: contiene las enseñanzas suficientes para que se pueda abordar con éxito el análisis de cualquier institución jurídica. Como fruto de una vida dedicada al Derecho, la obra del Prof. Rivero ofrece también al lector sabias y maduras reflexiones acerca de la metodología jurídica más adecuada para el estudio de esas instituciones. «El usufructo» no sólo tiene valor en sí mismo, sino como evidencia máxima de una trayectoria científica de más de cuarenta años, siempre rigurosa y profunda, siempre atenta y variada, siempre admirable.

Rafael VERDERA SERVER
Catedrático de Derecho Civil
Universitat de València

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Jordi RIBOT IGUALADA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCÍA

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.– II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.–Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

BACHMANN, G.: «Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten», *AcP*, núms. 3/4, 2010, pp. 424-488.

El artículo intenta poner de manifiesto, en primer lugar, la importancia de las libertades fundamentales en el Derecho privado, a pesar del escepticismo al respecto de muchos autores. A continuación trata distintos ejemplos de esta relevancia, aunque sin pretender hacer un vademécum (*sic*) de todos los casos posibles. (*M.G.-R.*)

BÜDENBENDER, U.: «Begründung von Gestaltungsrechten als Wirksamkeitsvoraussetzung?», *AcP*, núm. 5, 2010, pp. 611-653.

Los llamados derechos de configuración jurídica son muy numerosos en Derecho privado (solicitud de restitución de lo entregado, impugnación del acto por vicios de la voluntad, derecho de arrepentimiento o desistimiento en los contratos de consumo, denuncia en los contratos de larga duración, sociedades, etc.). Los efectos del ejercicio de estos derechos son jurídicamente aniquiladores (*rechtsvernichtend*). Se plantea, pues, si para ejercitar uno de estos derechos de configuración jurídica es necesaria una especial justificación; si así fuera, no bastaría que formalmente el derecho estuviera concedido por el ordenamiento para ejercitarlo con éxito. (*M.G.-R.*)

CAVALIER, G.: «Réflexions á partir de l'analyse économique de la cultura (fiscale) civiliste», *RD*, 2010, núm. 31, pp. 2018 y ss.

El desarrollo de los negocios mediante la cultura de la doctrina civil y no fiscal. Tasas fiscales y contribuciones en países del civil law frente a los países del common law. Solidaridad fiscal y connotaciones sociales y religiosas. (*I. S. P.*)

GALGANO, F.: «I dogmi nel diritto», *CI*, 2010, núms. 4-5, pp. 905-926.

La dogmática del derecho como fuente de la sabiduría jurídica. Los misterios de la dogmática. Los procedimientos de abstracción conceptual. Diálogos entre el filósofo y el jurista: sobre positivismo e iusnaturalismo, sobre la lucha por el derecho y sobre la extinción y banalización del derecho. La construcción de la dogmática a través de metáforas. (*Alma R.G.*)

GRUNDMANN, S.: «On the Unity of Private Law from a Formal to a Substance-Based Concept of Private Law», *ERPL*, núm. 6, 2010, pp. 1055-1078.

El artículo comienza planteando el problema de dónde se encuentra el corazón del Derecho privado. Es muy corriente leer que esa base es la autonomía de las partes y –se podría añadir– la regulación que garantiza un uso adecuado de tal autonomía. Esta opinión contrasta con la del autor, que analiza el hecho de que áreas tradicionales del Derecho Civil (responsabilidad extracontractual, propiedad, familia y testamentos) reflejan esa supuesta base mucho menos que los contratos, y que, contrariamente a lo que podría sugerirse a partir del Derecho de obligaciones, no existe un núcleo de normas común demasiado extendido. Donde sí existe tal núcleo es en el contrato y el Derecho de Sociedades. (*M.G.-R.*)

JANKE, B. W./ LICARI, F. X.: «The French Revision of Prescription: A Model for Louisiana?», *Tul. L. Rev.*, 2010, vol 85, pp. 1-53.

Plantea que es necesario reformar la regulación sobre prescripción contenida en el Código Civil de Luisiana. Examina la modificación de esta materia que tuvo lugar en Francia en el año 2008 y la somete a crítica. A pesar de sus defectos, el nuevo régimen legal francés sobre prescripción es un modelo a seguir para el legislador de Luisiana. (*A. R. G.*)

LENAERTS, A.: «The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights. A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law», *ERPL*, núm. 6, 2010, pp. 1121-1154.

Para la autora, el principio de prohibición del abuso del derecho tiende a corregir la aplicación del Derecho sobre la base de normas de conducta tales como buena fe, equidad y justicia, cuando, a pesar del cumplimiento formal de las condiciones de la norma, el objetivo de ésta no ha sido logrado.

Este principio se ha convertido en un principio general del Derecho de la Unión Europea. Primeramente, un concepto común de abuso de Derecho existe en la tradición legal de los Estados miembros; en segundo lugar, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha construido gradualmente un concepto de abuso de Derecho (casos *Emsland-Stärke*, *Halifax*, *Kofoed*).

Sin embargo, se observa que este principio general no ha sido incorporado expresamente en los distintos proyectos de codificación contractual europea, sobre la base de que, en realidad, supone una aplicación del principio de buena

fe (así, en Alemania y Países Bajos). No obstante, en el artículo se defiende la incorporación expresa del principio de abuso de derecho. (*M.G.-R.*)

NIGRO, C.: «Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede), nota a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106», *GC*, 2010, núm. 11, pp. 2547-2565 (*M. R. D. R.*)

QUÉZEL-AMBRUNAZ, CH: «L'acception européenne du "bien" en mal de définition», *RD*, 2010, núm. 31, pp. 2024 y ss.

El concepto de «bien» según la jurisprudencia de la Unión Europea ante dos decisiones de 29 de marzo de 2010. Bien como simple interés a gozar de un inmueble, con protección real. (*R. A. R.*)

REBHAHN, R.: «Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention», *AcP*, núms. 3/4, 2010, pp. 489-554.

Trabajo sobre la Convención Europea de Derechos Humanos y su influencia sobre el Derecho Civil. El autor se centra especialmente en el art. 8 de la Convención, referido a la protección de la vida íntima y familiar; en el art. 1 del Primer Protocolo, que trata de la protección de la propiedad; y en el art. 14, sobre la prohibición de discriminación. (*M.G.-R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

AGOSTINI, E.: «Interversion des prescriptions et réforme de la prescription», *RD*, 2010, núm. 37, pp. 2465 y ss.

Intercambios sobre los plazos de prescripción y su reciente reforma. El plazo y su cómputo. (*R. A. R.*)

ASSIER-ANDRIEU, L.: «Le contrat social de l'enfance: sur les fondements anthropologiques de la condition mineure», *RTDC*, 2010, núm. 4, pp. 705-718.

El autor analiza el concepto de infancia y estudia la figura con todas sus referencias jurídicas (*R. A. R.*)

BACHELET, O.: «La réforme de la garde à vue ou l'art du faux-semblant», *GP*, 2010, núm. 255-257, pp. 5 ss.

Repercusión de la supresión de las guardias de los abogados y su influencia en los derechos fundamentales. Estudio de la decisión del Consejo constitucional de 30 de julio de 2010 en vigor desde el 1 de julio de 2011. (*R. A. R.*)

BINET, J.M.: «L'acte d'enfant sans vie: un contentieux en gestation?», *SJ*, núm. 8, 2010, pp. 400-403.

La sentencia de la corte de apelación de Douai de 23 de noviembre de 2009 es interesante en un doble sentido. De un lado porque aplica por primera vez la solución resultante de tres importantes sentencias de la Corte de casación de 6 de febrero de 2008. De otro porque permite vislumbrar algunas dificultades no reguladas por los textos reglamentarios para moderar las consecuencias. (*I. S. P.*)

BUGETTI, M.N.: «Stato vegetativo permanente e adeguata protezione della persona: necessaria applicazione dell'interdizione?», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 692-699.

Comentario a sentencia sobre medidas adecuadas de tutela en el caso de que una persona se encuentre en estado vegetativo permanente. (*Alma R.G.*)

CANGELOSI, G.: «Sanità partecipata e salute del minore», *DFP*, 2010, núm. 3, pp. 1441-1460.

Artículo dedicado a la protección jurídica del derecho a la salud del menor de edad. (*Alma R.G.*)

CAVALLA, Z.: «Osservazioni sulla commerciabilità dei diritti della personalità», *CI*, 2010, núm. 3, pp. 650-670.

Artículo sobre los problemas generados por los actos de disposición sobre diversos derechos de la personalidad (derecho a la imagen, al nombre, a la intimidad, al honor...). (*Alma R.G.*)

CICORIA, M.: «Profili del dono nel diritto privato», *GC*, 2010, núm. 6, pp. 279-300.

Observaciones sobre los perfiles y naturaleza jurídica de la donación en el derecho privado de la persona: transplantes de órganos, de sangre, de material reproductivo, etc. (*M. R. D. R.*)

COZZI, A.O.: «Il d.d.l. sul cognome del coniuge e dei figli tra eguaglianza e unità familiare», *NGCC*, 2010, núm. 9, pp. 449-466.

Igualdad entre cónyuges y unidad familiar como criterios para la atribución del apellido según el Tribunal Constitucional italiano. Atribución del apellido en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. La relevancia comunitaria del derecho al apellido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. (*Alma R.G.*)

DI GARBO, G./ GAUDINO, F.: «Codice della privacy e tutela cautelare. Una decisione che fa discutere – nota a Trib. Roma, sez. I, ord. 28 ottobre 2009», *GC*, 2010, núm. 3, pp. 711-717. (*M. R. D. R.*)

DI SAPIO, A.: «I trust interni autodestinati: misura negoziale complementare o alternativa alle misure legali di protezione delle persone prive di autonomia», *DFP*, 2010, núm. 2, pp. 834-864.

El trust como instrumento de carácter negocial, complementario o alternativo, a las medidas legales de protección de las personas privadas de autonomía. (*Alma R.G.*)

DIRINGER, Y.: «La gestion collective des droits d'auteur aux États-Unis, un modèle concurrentiel en trompe l'œil» *RIDA*, núm. 226, octubre 2010, pp. 5-279.

Estudio del modelo norteamericano de gestión colectiva de los derechos de autor. A juicio del autor, el sistema dista mucho de la imagen de libre competencia que de él tenemos. (*C. J. D.*)

DUMERY, A.: «Assistance à personne en péril avortée mais gestion d'affaires affirmée», *SJ*, núm. 19-20, 2010, pp. 1003-1005.

No sacar las consecuencias jurídicas que se evidencian de la situación de la corte de apelación para rechazar a los demandantes en su demanda de indemnización presentada sobre la base de administración de empresas, sostiene que la muerte de los aliados derivada exclusivamente de la sobreestimación por estos de su capacidad, esto último a la luz de una situación que se describe como peligrosas, a continuación, alerta por el riesgo de ahogamiento personas rescatadas, el director tuvo que hacer frente la necesidad de intervenir en una emergencia extrema, de la que el tribunal de apelación debe haber inferido la oportunidad de su intervención. (*R. A. R.*)

GIACOBBE, E.: «La parola è d'argento, il silenzio è d'oro : approposito di auto-determinazione e scelte di fine vita, nota a TAR Lazio, sez. III quater, 12 settembre 2009 n. 8650», *GC*, 2010, núm. 3, pp. 764-775. (*M. R. D. R.*)

HUGENHOLTZ, B.: «Le droit d'auteur néerlandais» *RIDA*, núm. 226, octubre 2010, pp. 281-349.

Crónica del derecho de autor en Holanda desde 2001 a 2010. (*C. J. D.*)

KIRSEY/ PORTELLI: «Droits fondamentaux: du bon usage de la guerre des juges par le justiciable», *SJ*, núm. 28-29, 2010, pp. 1468-1475.

Desde el 1 de marzo de 2010 el demandado tiene un arma en los nuevos procedimientos para hacer valer sus derechos fundamentales: la cuestión de constitucionalidad. Sin embargo, no es suficiente para mantener un derecho, debe ser capaz de concretarlo. Dominar el uso de la prioridad de la constitucionalidad por el litigante necesariamente plantea la cuestión de su relación con el control de convencionalidad, que es mucho más moderno en la práctica de los tribunales de justicia común, especialmente en el contexto de la legislación de la Unión y la Convención de salvaguarda de Derechos Humanos (CEDH). (*R. A. R.*)

KURI, D./ MARGUÉNAUD, JP.: «Le droit à la liberté d'expression des universitaires», *RD*, 2010, núm. 44, pp. 2921-2927.

Restricciones a la libertad de expresión universitaria a consecuencia de la LRU. Aumento de procesos judiciales. Análisis de esta libertad en los enseñantes, la investigación y la administración. (*R. A. R.*)

LAGARDE, X.: «La protection des personnes vulnérables, entre audace et tempérance. À propos du rapport annuel 2009 de la Cour de cassation», *SJ*, núm. 17, 2010, pp. 862-864.

Análisis de la jurisprudencia de la Corte de Casación durante el año 2009 en relación con la protección de las personas vulnerables. (*I. S. P.*)

LANZARA, O.: «L'avvocato del minore», *DFP*, 2010, núm. 2, pp. 981-1000.

Garantías procesales de los derechos del menor. Determinación de los conceptos de capacidad de discernimiento y capacidad procesal del menor. (*Alma R.G.*)

LASSERRE-KIESOW, V.: «L'egalité», *SJ*, núm. 23, 2010, pp. 1194-1200.

Estudio de varios temas relacionados con la igualdad, desde los controles para la representación equilibrada de mujeres, hasta la prohibición del uso del velo completo, o la ley de impuesto sobre el carbono en nombre de la igualdad. Se intenta responder a muchas preguntas pero con profundidad. (*R. A. R.*)

LOISEAU, G.: «La protection posthume de la personnalité», *SJ*, núm. 39, 2010, pp. 1778-1781.

El Tribunal Supremo regla las condiciones en que los familiares de una persona fallecida pueden oponerse a la reproducción de su imagen, les permite alegar una lesión personal como resultado de un deterioro a la memoria o el cumplimiento del deseo del fallecido. (*I. S. P.*)

MALAUURIE, Ph.: «Les enjeux humains fondamentaux dans le droit des majeurs protégés», *SJ*, núm. 16, 2010, pp. 802-803.

La ley de 5 de marzo de 2007 relativa la protección jurídica de los mayores es aplicable después del primero de enero de 2009. (*R. A. R.*)

MICELA, F.: «La rappresentanza e assistenza del minore nei procedimenti di potestà e di adottabilità», *DFP*, 2010, núm. 3, pp. 1413-1440.

Artículo sobre el derecho del menor a ser oído y sobre su representación y defensa en el proceso civil. (*Alma R.G.*)

MIRKOVIC, A.: «Statut de l'embryon, la question interdite!», *SJ*, núm. 4, 2010, pp. 177-182.

El legislador considera que el estatuto del embrión es una cuestión polémica puesto que sigue pendiente la pregunta sobre qué es el embrión. Toda la regulación se dicta principalmente desde una vertiente política. (*I. S. P.*)

MOROZZO DE LA ROCCA, P.: «L'autorizzazione provvisoria al soggiorno del familiare nell'interesse del minore straniero: occorrono motivi gravi, ma non per forza eccezionali», *NGCC*, 2010, núm. 6, pp. 678-685.

La función del principio superior del interés del menor extranjero en la disciplina de la inmigración: autorización para la permanencia del familiar en el país en virtud del derecho a la unidad familiar del menor extranjero. (*Alma R.G.*)

NABHAN, V.: «20 ans de droit d'auteur sur la scène internationale: bilan et perspectives», *RIDA*, núm. 225, julio 2010, pp. 201-247.

Descripción de los últimos veinte años del derecho de autor en el escenario internacional, con algunas hipótesis sobre lo que el futuro pudiera reservar en este ámbito. (*C. J. D.*)

REIGNÉ, Ph.: «Trou deble dans la jurI. S. Prudence. L'état civil face au transgénérisme», *SJ*, núm. 49, 2010, pp. 2273-2276.

La actitud social y la apariencia de una persona transexual y las discriminaciones que ellos son susceptibles de crear bajo la mención del estado civil, no son suficientes para permitir acceder a la demanda de modificación de la mención al sexo y al estado civil. (*R. A. R.*)

TEILMANN-LOCK, S.: «Faux amis et droits moraux: étude comparée» *RIDA*, núm. 225, julio 2010, pp. 3-51.

Estudio de Derecho comparado sobre el derecho de paternidad a la obra y los derechos morales (Francia y Reino Unido). (*C. J. D.*)

TERRÉ, F.: «La personne et ses patrimoines. Des pépins par milliers», *SJ*, núm. 52, 2010, pp. 2458-2463.

La progresión en la noción del patrimonio afectado, tanto en el caso de las personas físicas como de las personas jurídicas. (*I. S. P.*)

VON LEWINSKI, S.: «Travaux de l'OMPI sur les exceptions et limitations notamment en faveur des déficients visuels», *RIDA*, núm. 225, julio 2010, pp. 53-199.

El autor analiza el contexto y evolución de las discusiones en curso en el seno de la OMPI, acerca de las excepciones y limitaciones, principalmente a favor de personas con deficiencias visuales. Se destacan los problemas y se contemplan las posibles soluciones. (*C. J. D.*)

PERSONA JURÍDICA

GALGANO, F.: «Le fondazioni bancarie: un piede nel mondo della cultura e l'altro nel mondo bancario», *CI*, 2010, núms. 4-5, pp. 1044-1052.

Artículo dedicado a las fundaciones bancarias. (*Alma R.G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ADIDA-CANAC, H.: «Prescription et victimes de l'amiante: vers un débat sur la prescription en matière de maladie?», *RD*, 2010, núm. 32, pp. 2076 ss.

Estudio sobre las decisiones judiciales de 2010 de prescripción de las demandas de indemnización por daños del amianto. Consolidación del daño y tratamiento desigual con otros supuestos de responsabilidad. (*I. S. P.*)

BALBUSSO, S.: «Il danno non patrimoniale da perdita del congiunto», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 403-428.

Evolución jurisprudencial sobre el derecho al resarcimiento por muerte del familiar: prueba del daño y criterios de valoración. (*Alma R.G.*)

BELL, J.: «Vicarious Liability for Child Abuse», *C. L. J.*, 2010, vol 69, núm. 3, pp. 440-442.

Nota sobre la sentencia de la *Court of Appeal* inglesa *Maga v. Trustees of the Birmingham Archdiocese* ([2010] EWCA Civ 256), en la que se considera a la Archidiócesis de Birmingham responsable vicaria por los abusos sexuales a un menor cometidos por un párroco de la diócesis. La sentencia es relevante porque, a pesar de la posición restrictiva de la jurisprudencia tradicional inglesa en supuestos de responsabilidad vicaria, realiza una interpretación flexible de los presupuestos de dicha responsabilidad, en tanto que los abusos no se cometieron en los locales de la parroquia ni en el desarrollo de tareas parroquiales, sino en el domicilio del párroco, mientras el menor le

ayudaba en tareas domésticas. Tampoco podía decirse que existiera una relación de control y supervisión tradicional, porque no es el tipo de relación que vincula a los párrocos con las diócesis a las que están adscritos. En opinión del profesor Bell, esta interpretación demuestra que la justificación última de la responsabilidad vicaria se halla en el riesgo creado por el principal en el ejercicio de su profesión o empresa. (*J. S. F.*)

BELLING, D. W. / BELLING, J.: «Zahlungsdiensterecht und Bereicherungsausgleich bei nicht autorisierten Zahlungsvorgängen», *JZ*, 2010, núm. 14, pp. 708-711.

El artículo analiza las consecuencias de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, respecto de la regulación de las operaciones de pago no autorizadas. (*B. T. G.*)

BERLY, JM.: «Le décret núm. 2010-1128 du 27 septembre 2010 relatif aux ventes d'immeubles à construire ou à rénover», *RDI*, 2010, núm. 11, pp. 520-523.

Estudio sobre la reciente modificación del Código de la Construcción y de la habitación sobre la venta de inmueble a renovar, sin conocer su estado futuro. Garantía para los adquirentes del estado futuro. Modalidades de pago de las partes del precio que restan. (*R. A. R.*)

BERTOLINI, A.: «Il contratto autonomo di garanzia nell'evoluzione giurisprudenziale», *NGCC*, 2010, núm. 9, pp. 435-448.

Artículo sobre el contrato autónomo de garantía: del *Garantievertrag* al contrato autónomo de garantía. La naturaleza causal del contrato autónomo de garantía. Diferencias entre contrato autónomo de garantía y la garantía. (*Alma R.G.*)

BIANCHINI, D.: «Appunti e spunti in tema di responsabilità civile ed illecito endofamiliare», *DFP*, 2010, núm. 2, pp. 963-980.

Artículo dedicado al polémico y actual tema de la responsabilidad civil en el Derecho de familia, en especial, daños por el incumplimiento de deberes conyugales. (*Alma R.G.*)

BIGOT, J.: «Les ambiguïtés de la responsabilité et de l'assurance du fait des produits défectueux», *SJ*, núm. 41, 2010, pp. 1905-1913.

Desde su creación, el seguro de responsabilidad civil por productos defectuosos está impregnado en la ambigüedad que viene de las normas del Código Civil, que amalgamó la garantía que cubre los defectos y la responsabilidad subsiguiente. La Directiva relativa a la responsabilidad de productos defectuosos ha tratado de poner fin a esta confusión. (*I. S. P.*)

BIGOT/BELLANDO: «La nouvelle Autorité de contrôle prudentiel et l'assurance: aspects structurels», *SJ*, núm. 13, 2010, pp. 665-673.

La nueva autoridad de control instituida por la ordenanza de 21 de enero de 2010, reagrupa las autoridades de control de la banca y del seguro, hasta ahora separadas. (*R. A. R.*)

BONNET/BOSSE-PLATIÈRE: «Collaboration du conjoint non rémunérée: la prestation compensatoire chasse-t-elle l'enrichissement sans cause?», *SJ*, núm. 42, 2010, pp. 1939-1942.

Trata de la aplicación del enriquecimiento sin causa para establecer una pensión compensatoria en caso de separación con divorcio. (*I. S. P.*)

BOUCARD, H.: «L'agrégation de la livraison dans la vente: dits et non-dits de la Cour de cassation», *SJ*, núm. 35, 2010, pp. 1559-1561.

En una venta de bienes usados entre los profesionales, el tribunal puede admitir que, incluso si la no conformidad no es evidente, el comprador comete un error al recibir sin reservas o procedimiento de verificación técnica. (*R. A. R.*)

BOUTY, RP.: «Le dommage évolutif, naissance et disparation d'une espèce», *RDI*, 2010, núm. 10, pp. 486-488.

Interrupción por prescripción del plazo de la garantía decenal. Daño evolutivo como excepción al principio de cosa juzgada y reparación de daños agravados posteriormente. (*R. A. R.*)

BREDA, R.: «Danni da cose in custodia: pericolosità e nesso causale», *NGCC*, 2010, núm. 9, pp. 940-948.

Comentario a sentencia relativo a cosas bajo custodia y responsabilidad civil por daños causados a terceros: en particular, sobre la necesaria presencia del requisito de la peligrosidad y acerca del requisito de la relación de causalidad. (*Alma R.G.*)

BRIÈRE, C.: «Fourniture de photographies de tiers à la presse et responsabilité: à propos de l'affaire dite de la Josacine empoisonnée», *SJ*, núm. 11, 2010, pp. 534-536.

El hecho de proporcionar fotografías de terceros a la prensa cual los periódicos con vistas a su publicación puede, en ciertas circunstancias, constituir una culpa civil con fundamento en el artículo 1382 del Código Civil o constituir un atentado a la vida privada con fundamento en el artículo 9 del mismo Código. (*I. S. P.*)

BRIGNONE, C.: «Punti fermi, questioni aperte e dilemmi in tema di rifiuto di cure: la prospettiva civilistica», *DFP*, 2010, núm. 3, pp. 1311-1346.

Régimen jurídico del rechazo al tratamiento médico por parte del paciente. (*Alma R.G.*)

BROOKS, R.W./STREMITZER, A.: «Remedies On and Off Contract», *Yale L. J.*, 2011, vol 120, pp. 690-727.

Fundamentado análisis jurídico-económico acerca de los efectos del régimen de la resolución por incumplimiento. Los autores sugieren que el criterio predominante en Estados Unidos, que configura la facultad resolutoria como excepcional pero que le atribuye el acceso a un gran número de remedios, es menos eficiente y justo que el que ellos proponen, y que sugiere facilitar la resolución pero limitando los remedios a que da lugar. (*J. R. I.*)

BRUN, PH.: «De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses. Et de quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations», *RTDC*, 2010, núm. 3, pp. 487-497.

Análisis del principio de responsabilidad por daños producidos por cosas propias y su contradicción con la prohibición de optar entre los dos tipos de responsabilidad: contractual o extracontractual. (*I. S. P.*)

BRUNO, C.: «La questione delle sopravvenienze presupposizione e rinegoziazione», *GC*, 2010, núm. 5, pp. 235-250.

Observaciones sobre la figura de derecho contractual relativa a circunstancias sobrevenidas como fuente de la renegociación en aplicación del principio de la buena fe. (*M. R. D. R.*)

CACACE, S.: «I danni da (mancato) consenso informato», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 790-801.

El consentimiento informado del paciente y la responsabilidad del profesional sanitario en caso de incumplimiento de deber de informar al paciente. (*Alma R.G.*)

CANU, V./REBIBO, A.: «Changement d'usage et location meublée de courte durée», *GP*, 2010, núm. 260-261, pp. 22-26.

Libertad de los propietarios de alquilar los bienes inmuebles. Práctica francesa de alquilar un inmueble amueblado durante un corto espacio de tiempo, para luego volver en otro momento y su diferencia con el alquiler duradero. (*R. A. R.*)

CASALI, P.: «Prodotti assicurativi finanziari: disciplina normativa, qualificazione giuridica e tutela informativa del risparmiatore», *GC*, 2010, núm. 6, pp. 301-307.

Observaciones sobre el contrato de seguro de vida: naturaleza jurídica, normativa a aplicar y derechos del asegurado. Especial referencia a la nulidad del contrato por vicio del consentimiento. (*M. R. D. R.*)

CHAMARD HEIM, C.: «Les conditions de validité de la vente à une association d'un immeuble public à prix préférentiel», *SJ*, núm. 12, 2010, pp. 597-600.

El Consejo de Estado valida la cesión, por un comunero, de un edificio inmobiliario a un precio inferior a su valor penal en provecho de dos asociaciones, la operación estaba justificada por la seguridad pública y la integración de una población extranjera. (*R. A. R.*)

CHARBONNEAU, C.: «De l'obligation de conseil du sous-traitant», *RDI*, 2010, núm. 12, pp. 595 ss.

El subcontratista también tiene la obligación de aconsejar tal y como existe entre constructor y dueño de la obra. Su falta genera responsabilidad contractual y permite repartir la deuda entre los coobligados. (*R. A. R.*)

CHEVALIER, P.: «Transmission des clauses de compétence dans les chaînes communautaires de contrats: la CJUE va pouvoir trancher», *SJ*, núm. 52, 2010, pp. 2438-2441.

La Corte de casación ha decidido reenviar a la CJUE la cuestión de la transmisión al comprador de una cláusula de competencia en una cadena comunitaria de contrato. Se analiza el régimen jurídico aplicable a esta transmisión. (I. S. P.)

— «Le contrôle entier de l'incompétence arbitrale: reconnaissance et limites», *SJ*, núm. 42, 2010, pp. 1942-1945.

Con motivo de la sentencia de 6 de octubre de 2009 estudia la posibilidad de control de los árbitros en relación a su incompetencia. (R. A. R.)

CHIANG, L.: «La buona fede contrattuale cinese», *CI*, 2010, núms. 4-5, pp. 1084-1111.

La buena fe en el ámbito contractual en el ordenamiento jurídico chino: definición, contenido, eficacia, aplicación y clases. (Alma R.G.)

CIATTI, A.: «Osservazioni sulla regola *emptio non tollit locatum*», *CI*, 2010, núm., 3, pp. 619-649.

Artículo que reflexiona sobre el respeto al contrato de arrendamiento tras la venta del bien arrendado; entre otros aspectos destacan el análisis de las vicisitudes modificativas y extintivas de la obligación del pago de la renta, la inscripción del contrato de arrendamiento, oponibilidad del arrendamiento de cosas muebles, la extinción del derecho del arrendatario con efecto retroactivo. (Alma R.G.)

CICORIA, M.: «Profili del dono nel diritto privato», *GC*, 2010, núm. 6, pp. 279-300.

Observaciones sobre los perfiles y naturaleza jurídica de la donación en el derecho privado de la persona: transplantes de órganos, de sangre, de material reproductivo, etc. (M. R. D. R.)

CIMATI, I.: «Risarcimento dei danni per il ritardo nell'accesso al fondo del vicino, nota a Cass. 27 gennaio 2009 n. 1908», *GC*, 2010, núm. 10, pp. 2340-2346. (M. R. D. R.)

CLAY, T.: «Les constorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage», *SJ*, núm. 21, 2010, pp. 1045-1049.

El Tribunal de Conflictos acaba de dictar una sentencia tan esperada como temida. La cuestión es la de la jurisdicción en el arbitraje internacional de los contratos administrativos. (I. S. P.)

COCUCCIO, M.F.: «Sulla responsabilità civile dei genitori per il fatto illecito commesso dal figlio minore - nota a Cass. 22 aprile 2009 n. 9556», *GC*, 2010, núm. 4, pp. 965-971. (M. R. D. R.)

COCUCCIO, M.: «Responsabilità del venditore di pacchetto turistico per infortunio del turista durante un'escursione, nota a Cass. 13 novembre 2009 n. 24044», *GC*, 2010, núms. 7-8, pp. 1683-1689. (M. R. D. R.)

COMENALE, M.: «Una decisione molto sintetica sulla responsabilità nel trasporto amichevole, nota a Cass. 8 ottobre 2009 n. 21389», *GC*, 2010, núm. 10, pp. 2209-2211. (M. R. D. R.)

CONFORTO, C.: «Se il turista si ammala in viaggio, che vacanza è?, nota a Cass. 6 luglio 2009 n. 15798», *GC*, 2010, núm. 9, pp. 1957-1978. (*M. R. D. R.*)

COVUCCI, D.: «Attività pericolosa e responsabilità oggettiva del produttore di sigarette», *NGCC*, 2010, núm. 6, pp. 667-672.

Responsabilidad de los fabricantes de tabaco: calificación por el Tribunal Supremo italiano de la producción de cigarrillos como una actividad peligrosa ex artículo 2050 del Código Civil. (*Alma R.G.*)

CUGNO GARRANO, V.: «Quando la condotta dolosa del medico nega la copertura assicurativa», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 704-712.

Comentario a sentencia acerca de las repercusiones que tiene la conducta dolosa del asegurado en la obligación de pago de la indemnización de la compañía aseguradora a la víctima en el contrato de seguro de responsabilidad civil. (*Alma R.G.*)

DAGORNE-LABBE, Y.: «L'existence de l'aléa doit exister au jour de la conclusion du contrat», *SJ*, núm. 35, 2010, pp. 1562-1563.

Debe ser declarada nula por falta de causa la transferencia de acciones firmados entre las partes. La existencia del peligro en un contrato de venta de rentas vitalicias se aprecia en el momento de la formación del contrato, la ausencia de precio firme en un contrato que se dice que sólo puede ser igual o inferior a los ingresos obtenidos con los bienes vendidos. (*R. A. R.*)

— «La preuve de la simulation» *SJ*, núm. 45-46, 2010, pp. 2108-2109.

La simulación puede aprobarse a través de comportamientos ostensibles de una de las partes. (*I. S. P.*)

DARI-MATTIACCI, G./GAROUPA, N./GÓMEZ-POMAR, F.: «State Liability», *ERPL*, núm. 4, 2010, pp. 773-811.

Artículo de tres conocidos expertos en el análisis económico del Derecho, que se centran en la responsabilidad de la Administración Pública. En su opinión, la responsabilidad del Estado puede servir a tres propósitos distintos, ninguno de los cuales implica que el Estado deba ser siempre responsable, salvo que se den determinados requisitos.

Uno de tales propósitos es incentivar a las entidades estatales y los particulares para actuar eficientemente; aquí, la efectividad de la responsabilidad depende de la canalización de incentivos desde lo alto de la cadena de mando hacia el empleado estatal que actúa de hecho; es decir, que se haga al empleado individual responsable del daño causado. El segundo propósito es eliminar incentivos a particulares si tales incentivos están distorsionados, como cuando se compensa por una condena errónea. El tercer objetivo de la responsabilidad pública es permitir al nivel más alto de la Administración controlar el comportamiento del nivel más bajo. De esta manera, el sistema judicial y los particulares son medios para alcanzar el fin de generar información sobre el comportamiento ilícito de las entidades públicas. (*M.G.-R.*)

DEFFAINS, B./FEREY, S.: «Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats», *RTDC*, 2010, núm. 4, pp. 719-732.

Interrelación Derecho-economía como forma de comprender las economías contemporáneas. Estudio a propósito de la teoría de los costes de producción de O. Williamson. (*I. S. P.*)

DELFOFOS-ROY, Y.: «The PEICL and the Duty of Disclosure», *ERPL*, núm. 1, 2011, pp. 71-86.

Los Principios del Derecho Contractual Europeo de Seguros (PEICL) se han proyectado con la intención de que se apliquen cuando las partes lo acuerden en contratos internacionales, evitando así la aplicación de uno u otro sistema legal interno. La autora compara el deber de información del tomador del seguro y las consecuencias de su incumplimiento en los PEICL con los ordenamientos holandés y belga. (*M.G.-R.*)

DESCHEEMACKER, E.: «La dualité des torts en droit français», *RTDC*, 2010, núm. 3, pp. 435-457.

Fallo estructural en el capítulo 4.3.2. del Código al no corresponder su denominación con el contenido. Las faltas no generan siempre responsabilidad por culpa, como se ha visto en la evolución posterior. (*I. S. P.*)

DESSUET, P.: «Bâtir un plan d'assurance pour couvrir les risques en matière de photovoltaïque», *RDI*, 2010, núm. 10, pp. 472-484.

Instalación de central fotovoltaica como proyecto inmobiliario para satisfacer las condiciones de elección de la tarifa eléctrica. Adaptación de los regímenes de garantías obligatorios y facultativos. (*I. S. P.*)

DIDIER/OUN TAT TIEU.: «La responsabilité civile des administrateurs de sociétés. Évolutions jurisprudentielles», *SJ*, núm. 26, 2010, pp. 1363-1368.

El régimen de responsabilidad civil de los administradores de las sociedades es el resultado construido por impulsos sucesivos de la jurisprudencia que ha venido a completar lo dispuesto en el artículo L.225-251 del Código de Comercio, sede de la materia. Sin embargo, paradójicamente, algunas decisiones que se han dictado en esta materia son el resultado de las lagunas en la doctrina jurisprudencial que sólo se pueden lamentar. (*R. A. R.*)

DIDONE, A.: «Note minime sul danno non patrimoniale – nota a Cass. 13 maggio 2009 n. 11059 e a Cass., sez. un., 16 febbraio 2009 n. 3677», *GC*, 2010, núm. 6, pp. 1469-1472. (*M. R. D. R.*)

DISSAUX, N.: «L'information précontractuelle du franchisé: un joyeux anniversaire?», *SJ*, núm. 5, 2010, pp. 236-242.

Un comentario sobre los 20 años de aplicación de la ley Doubin, de 31 de diciembre de 1989, que según el autor presenta toda las características de su edad, está controlada y amenazada. (*I. S. P.*)

DONATI, A.: «Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo», *CI*, 2010, núms. 4-5, pp. 927-950.

Artículo dedicado a la tutela colectiva de los consumidores, cuya introducción en la normativa italiana ha supuesto una clara ruptura con la cultura tradicional civilista: se trata sobre la fundación económica de las acciones de

clase; la fundación jurídica de las mismas (el artículo 140/bis del Código de Consumidores introducido por la ley de 23 de julio de 2009 n. 99) y las acciones de clase en el marco de las garantías constitucionales. (*Alma R.G.*)

FABRE-MAGNAN, M.: «Le dommage existentiel», *RD*, 2010, núm. 36, pp. 2376 ss.

Problemas de denominación en materia de daños y perjuicios reparables en el ámbito del derecho de responsabilidad. Necesidad de limitar los tipos de perjuicios reparables. (*R. A. R.*)

FARINA, P.: «Caducazione del titolo esecutivo e chiusura anticipata dell'espropriazione: quali effetti nei confronti dei creditori intervenuti e dell'acquirente in vendita forzata? - Nota a Cass - 13 febbraio 2009 n. 3531», *GC*, 2010, núm. 9, pp. 2037-2046. (*M. R. D. R.*)

FAUST, F.: «Der Schutz vor reinen Vermögensschäden – illustriert am Beispiel der Expertenhaftung», *AcP*, núms. 3/4, 2010, pp. 555-579.

En el presente trabajo se discute la posibilidad de que en Derecho alemán los daños puramente patrimoniales sean indemnizables, con especial atención a la responsabilidad de los expertos por sus dictámenes. Se defiende que es posible la responsabilidad por daños puramente patrimoniales, no sólo en Derecho contractual, sino también extracontractual, pero no en cualquier caso.

En cuanto a la responsabilidad de los expertos por sus dictámenes, el autor se muestra más bien contrario, pues se acabaría en una pendiente peligrosa (*slippery slope, sic* en el original). Pone el siguiente ejemplo del TS alemán: una persona que quería vender su casa contrata un tasador, al que dolosamente le oculta ciertos defectos en el techo, con lo que no aparecen en la tasación. Los compradores ven el informe del tasador y deciden comprar. Finalmente, demandan al tasador (BGHZ, t. 127, pp. 378 ss.). (*M.G.-R.*)

FRENDI, D.M.: «Tra causalità e colpa: il concorso del fatto del danneggiato nella produzione dell'evento lesivo», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 805-813.

Comentario a sentencia acerca de la perspectiva causalística del concurso del hecho culpable del dañado y el problema de la relevancia de las concausas naturales. (*Alma R.G.*)

FRUGIUELE, P.: «La donazione di cosa altrui. Note in tema di atto dispositivo e titolo astrattamente idoneo, nota a Cass. 5 maggio 2009 n. 10356», *GC*, 2010, núm. 11, pp. 2609-2626. (*M. R. D. R.*)

GABASSI, G.: «L'inibitoria d'urgenza ex art. 140, comma 8°, cod. cons.: quale diritto? Quale tutela?», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 729-737.

Comentario a sentencia acerca de la normativa reguladora de los derechos de los consumidores y la medida de la tutela inhibitoria cautelar. (*Alma R.G.*)

GABRIELI, E.: «Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipostasi giurisprudenziale», *GC*, 2010, núm. 11, pp. 503-517.

Observaciones sobre la indemnización del lucro cesante, presupuestos y criterios para determinar su cuantía. (*M. R. D. R.*)

GAILLARD, E.: «Le tribunal des conflits torpille le droit français de l'arbitrage», *SJ*, núm. 21, 2010, p. 1096.

El Tribunal de Conflictos acaba de dictar una sentencia terriblemente esperada y temida sobre la cuestión de la jurisdicción competente en materia de arbitraje internacional relativa a un contrato administrativo. (*R. A. R.*)

GAMBINO, F.: «Azione di rilievo e sequestro conservativo», *GC*, 2010, núm. 10, pp. 483-488.

Estudio sobre la limitación de la facultad de disposición del deudor en las situaciones de quiebra: el secuestro de bienes del deudor como garantía. (*M. R. D. R.*)

GHESTIN, J.: «L'erreur sur la cause du partage et le nouvel alinéa 2 de l'article 887 du Code civil», *SJ* núm. 18, 2010, pp. 929-932.

Para la prueba de un error en la causa de la distribución, la única mención a la ausencia de testamento, en el acta de notoriedad, un acuerdo verbal de reconocer un legado en beneficio de sus copartícipes de reparto y el auténtico acto de compartir, hace presumir que el beneficiario ignoraba el testamento que le atribuía en plena propiedad un bien incorporado por error en la masa a compartir. Corresponde entonces a los copartícipes probar que el beneficiario en realidad conocía el testamento. La solución ha sido ésta si de conformidad con el párrafo 2 introducido en el artículo 887 del Código Civil por la Ley de 23 de junio de 2006. (*I. S. P.*)

GIACOPELLI, M.: «La pénalisation conventionnelle de la sicherungsverwahrung et ses conséquences éventuelles en droit interne», *SJ*, núm. 12, 2010, pp. 605-608.

Comentario a una sentencia alemana de 17 de diciembre de 2009. (*R. A. R.*)

GIULIANO, M.: «Adempimento di debito altrui: la causa concreta quale criterio di individuazione della gratuità od onerosità dell'atto», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 755-762.

Comentario a sentencia acerca de la naturaleza onerosa o gratuita del pago de la deuda ajena. (*Alma R.G.*)

GRIGOLEIT, H. CH.: «Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts», *AcP*, núm. 3/4, 2010, pp. 354-423.

Enésimo artículo sobre la unificación del Derecho privado en la Unión Europea, sus ventajas y desventajas. Para el autor, la Unión no está todavía madura para una unificación del Derecho privado, y, además, la competencia de las autoridades comunitarias no es clara a la vista de los distintos tratados. A su juicio, a medio plazo sería mejor intentar lograr una aplicación similar de las normas comunitarias sobre consumo en cada uno de los países, y reducir el incremento descontrolado de normas sobre la materia. (*M.G.-R.*)

HOCQUET-BERG, S.: «La parte d'une chance pour fixer la réparation à la mesure statistique du lien causal entre les fautes et le dommage», *SJ*, núm. 17, 2010, pp. 878-881.

El tribunal elude, en la sentencia de casación de 28 de enero de 2010, el verdadero juego de la causalidad defendiendo la reparación parcial de un daño a partir de datos estadísticos sobre la relación de causalidad. (*I. S. P.*)

— «Survie de la clause pénale à la caducité d'une promesse de vente», *SJ*, núm. 40, 2010, pp. 1835-1837.

La cláusula penal sobrevive a la extinción de la promesa de venta de bienes raíces que certifique su no repetición, de forma auténtica, de conformidad con el artículo 42 de la Ley de 1 de junio de 1924. (*R. A. R.*)

HUBER, U.: «Schadensersatz statt der Leistung», *AcP*, núms. 3/4, 2010, pp. 319-353.

Interesante estudio sobre la preferencia de la prestación *in natura* sobre la indemnización de daños en caso de incumplimiento. El autor parte de la idea de que los remedios ante el incumplimiento de obligaciones están pensados para obligaciones contractuales procedentes de contratos onerosos. Y, por otra parte, destaca que, a pesar de que, formalmente, el cumplimiento específico es la consecuencia primera en el BGB y en otros ordenamientos, la posibilidad del acreedor de acudir directamente a la indemnización de daños se va ampliando cada vez más, tanto en la legislación como en la práctica. (*M.G.-R.*)

HUBLOT, G.: «L'assurance-vie à l'assaut de l'ISF», *GP*, 2010, núm. 211-213, pp. 8-11.

El contrato de seguro de vida y su asimilación a los contratos de capitalización. Asimilación fiscal y reinterpretación legal. (*I. S. P.*)

HUET, J.: «Responsabilité du site dans la vente par ses clients d'objets contrefaisants», *SJ*, núm. 45-46, 2010, pp. 2104-2108.

En relación con el comercio electrónico estudia varias sentencias relativas a la venta de objetos falsificados. (*I. S. P.*)

IZZO, N.: «La disdetta del contratto di locazione: i diversi profili sulla natura recettizia e la sua derogabilità – osservazione a Cass. 2 aprile 2009 n. 8006», *GC*, 2010, núm. 9, pp. 2010-2015. (*M. R. D. R.*)

JOURDAIN, N.: «La responsabilité pour défaut d'information médicale n'exclut pas la mise en oeuvre de la solidarité nationale», *SJ*, núm. 14, 2010, pp. 703-706.

Los perjuicios que hayan tenido su origen en irregularidades médicas no pueden ser destruidos del beneficio de la reparación a terceros de la solidaridad nacional a pesar de la responsabilidad de un cirujano condenado, por falta de información, a la reparación del perjuicio de una parte de oportunidad de evitar del accidente. (*R. A. R.*)

KAHL, W.: «Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht – Teil 1 / 2», *JZ*, 2010, núm. 13-14, pp. 668-675, 718-727.

La contribución analiza la reciente jurisprudencia en materia de derecho medioambiental; en concreto, se ocupa de las siguientes cuestiones: I (EU-Umweltrecht), II (Umweltverfassungsrecht), III (Recht der Umweltverträglichkeitsprüfung), IV (Umweltinformationsrecht), V (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz), VI (Klimaschutzrecht), VII (Immissionsschutzrecht), VIII (Wasserrecht), IX (Abfallrecht), X (Naturschutzrecht), XI (Bodenschutzrecht), XII (Atomrecht). (*B. T. G.*)

KAMINSKY C. H.: «The Rome II Regulation: A Comparative Perspective on Federalizing Choice of Law», *Tul. L. Rev.*, 2010, vol. 85, pp. 55-108.

Análisis del Reglamento Roma II, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, desde el punto de vista del derecho norteamericano. Clay H. Kaminsky examina el contenido del Reglamento, las soluciones que adopta y la utilidad que tiene como instrumento para resolver los conflictos de leyes entre los Estados miembros de la Unión Europea. Tras ello, propone utilizar Roma II como modelo para afrontar los problemas de ley aplicable en el contexto federal norteamericano, ya sea mediante la redacción de un *Restatement*, ya mediante la aprobación de una ley federal. En su opinión, una regulación semejante a la establecida por el Reglamento europeo ofrecería un buen punto de equilibrio entre los intereses estatales y los federales. (*J. S. F.*)

KENNY, M.: «Orchestrating Sub-prime Consumer Protection in Retail Banking: Abbey National in the Context of Europeanized Private Law», *ERPL*, núm. 1, 2011, pp. 43-69.

En 2008 la High Court de Inglaterra tuvo que decidir el conocido como caso «Abbey National Bank», en el que se demandaba a este banco por cargos en la cuenta bancaria que hacen que el cliente esté en deuda con el banco (o sea, en «números rojos»), y las comisiones y otras contraprestaciones que el banco cargaba en la cuenta corriente. La decisión se tomó teniendo en cuenta la «Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations» inglesa, de 1999, procedente de la Directiva europea 93/13. La High Court decidió que tales comisiones e intereses no podía considerarse «sanciones» (*penalties*) y, por tanto, eran válidas. El autor estudia ahora la decisión en el contexto de la europeización de la protección del consumidor. (*M.G.-R.*)

KENYON A. T.: «What Conversation? Free Speech and Defamation Law», *MLR*, 2010, vol. 73, núm. 5, pp. 697-720.

El enfoque tradicional de la libertad de expresión en algunos ordenamientos de *common law* parte de la idea de que la opinión pública se forma mediante un proceso semejante a una conversación, en la que los participantes intercambian abiertamente sus opiniones y debaten sus respectivos puntos de vista. Este enfoque ha influido también en la forma en la que el ordenamiento jurídico ha tutelado el derecho al honor. Kenyon propone un nuevo enfoque, más conforme con los modelos actuales a través de los que circula la información, en el que la opinión se configura como una necesidad para la creación de “públicos múltiples”, según la definición propuesta por M. Warner («Publics and Counterpublics», New York, Zone, 2002). Se trata de un modelo en que las opiniones se emiten, se difunden, y que se van formando a medida que encuentran un “público” receptivo a ellas. Al mismo tiempo, interaccionan con otras opiniones en circulación que, a su vez, encuentran otros públicos, y así sucesivamente. (*J. S. F.*)

KIENINGER, E.-M.: «Das Abtretungsrecht des DCFR», *ZEuP*, núm. 4, 2010, pp. 724-746.

El artículo parte del hecho de la escasa atención que se ha prestado a la cesión de créditos por el legislador comunitario dentro del ámbito de la armonización del Derecho contractual. Esto es de lamentar por varias razones que acertadamente expone la autora. Tras ello, el trabajo se centra en el estudio de esta materia en el Proyecto del Marco Común de Referencia (DCFR), y el

lugar y relevancia que debe llegar a tener tras la Decisión de la Comisión de 26 de abril de 2010 por la que se crea un Grupo de Expertos para un Marco Común de Referencia en el Ámbito del Derecho Contractual Europeo (2010/233/UE). (*M.G.-R.*)

KLÖN, L.: «Die Konditionssperre gem. § 817 S. 2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß», *AcP*, núm. 6, 2010, pp. 804-856.

El § 817 BGB regula la restitución por enriquecimiento injusto en el caso de que ambas partes hayan actuado ilícitamente. Norma que proviene de la romana *condictio ob turpem vel iniustam causam*, y que tiene su reflejo en el art. 1306.1.ª CC español. En contra del tenor literal del párrafo alemán, el autor opina que sólo se aplica la facultad de retener lo entregado cuando sólo una de las partes ha realizado su prestación; si ambos han realizado las correspondientes prestaciones, todas son susceptibles de reclamación. (*M. G.R.*)

KLUTH, W.: «Recht und Ethos der Freien Berufe», *JZ*, 2010, núm. 17, pp. 844-852.

El autor se pregunta sobre el futuro de las profesiones liberales a la vista de la evolución del derecho comunitario, prestando atención a dos aspectos: desregularización y nueva ordenación. (*B. T. G.*)

KNÖFEL, O.: «Werbegutscheine im Bürgerlichen Recht», *AcP*, núm. 5, 2010, pp. 654-688.

El artículo parte de la constatación de la cantidad de vales o cupones que se dan en tiendas o negocios, que implican una rebaja en un artículo distinto del comprado, una prestación adicional gratis, etc. Se estudia su naturaleza jurídica, rechazándose que se trate en ningún caso de dinero, y más bien se pueden incluir dentro del mundo de los títulos valores. No obstante, tampoco tienen función de documento probatorio de deuda. (*M.G.-R.*)

KÖHLER, H.: «Wettbewerbsverstoß und Vertragsnichtigkeit», *JZ*, 201, núms. 15-16, pp. 767-774.

El artículo pretende determinar si y bajo qué condiciones una infracción del derecho de la competencia puede dar lugar a la nulidad contractual. (*B. T. G.*)

KROLL-LUDWIGS, K.: «Die Zukunft des verbraucher-schützenden Widerrufsrechts in Europa», *ZEuP*, núm. 3, 2010, pp. 509-535.

Estudio sobre el llamado derecho de desistimiento de los consumidores en ciertos contratos dentro del Derecho comunitario. La autora se queja de la diversidad de configuración de este derecho en los distintos Estados, como consecuencia de la política de armonización mínima y también del carácter fragmentario del Derecho de la Unión. Como debilidades fundamentales pone de manifiesto: su regulación como un instrumento represivo, limitado número de casos en que se concede, así como la dependencia de la correcta ejecución de las instrucciones de desistimiento; a esto se añade la acumulación de distintos plazos de desistimiento. (*M.G.-R.*)

LA MONACA, G./SARTEA, C./ANZILOTTI, S.: «Tra autonomia professionale e autonomia del paziente: discrezionalità nelle scelte terapeutiche e posizioni di garanzia. Limite e doveri del medico alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali», *DFP*, 2010, núm. 3, pp. 1391-1412.

Artículo relativo a la doctrina del consentimiento informado: a la búsqueda de un equilibrio entre el respeto a la autonomía del paciente y la autolegitimación de la actuación médica. (*Alma R.G.*)

LABARTHE, F.: «Valeur contractuelle des documents publicitaires», *SJ*, núm. 38, 2010, pp. 1729-1731.

Los materiales de publicidad tienen valor contractual si es suficientemente preciso y han tenido una influencia en el consentimiento de la contraparte. (*I. S. P.*)

LANZANI, C.: «Responsabilità civile del notaio e ammissibilità della clausola di esonero dal compimento delle visure in forma orale», *NGCC*, 2010, núm. 6, pp. 631-639.

Responsabilidad por los daños ocurridos en el ejercicio de las funciones notariales. El contenido de la prestación notarial: consecuencias del incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas catastrales. (*Alma R.G.*)

— «La travagliata storia delle clausole *claims made*: le incertezze continue», *NGCC*, 2010, núm. 9, pp. 857-868.

Comentario a sentencia sobre la validez de las cláusulas *claims made* en el contrato de seguro de la responsabilidad civil. (*Alma R.G.*)

LE BARS/ JUVÉNAL: «La révélation d'un courant d'affaires : comment apprécier l'indépendance de l'arbitre?», *SJ*, núm. 52, 2010, pp. 2434-2438.

Estudia cómo valora la independencia de los árbitros de un lado teniendo en cuenta las normas para su nombramiento y de otro las situaciones en las que se produce un conflicto de intereses. (*R. A. R.*)

LEGRAND, V.: «EIRL, pourra-t-il prétendre à une procédure de surendettement?», *RD*, 2010, núm. 36, pp. 2385 ss.

Protección del patrimonio personal del empresario frente al patrimonio de su empresa, en caso de dificultades financieras. Necesidad de armonización entre ambos mediante un procedimiento de deuda único. (*I. S. P.*)

LEUSCHNER, L.: «AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr (Zu den Grundlagen einer Reformdebatte)», *JZ*, 2010, núm. 18, pp. 875-884.

El artículo analiza la discusión sobre la reforma en materia de control de las condiciones generales de la contratación. (*B. T. G.*)

LEVENEUR, L.: «L'incroyable danger du dessous de table pour le vendeur!», *SJ*, núm. 12, 2010, pp. 584-585.

En caso de fraude, la simulación puede ser probada de cualquier forma, como por la ocultación de una parte del precio de una venta de un inmueble, para eludir los impuestos relativos a la transmisión de inmuebles. (*I. S. P.*)

LEYENS, P. C./SCHÄFER, H. B.: «Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen. Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR», *AcP*, núm. 6, 2010, pp. 771-803.

Uno de los popes europeos del análisis económico del Derecho, acompañado por un joven investigador, estudia el control de contenido de las condiciones generales de la contratación desde ese punto de vista. Para ellos, la

finalidad del control de contenido no es evitar perjuicios inadecuados como consecuencia del mayor poder en el mercado de una de las partes; no sería su función incluso en una situación de monopolio bajo el supuesto de plena información, pues en tal caso los beneficios del monopolista disminuirían. Aquella finalidad es, más bien, evitar fallos en el mercado como consecuencia de asimetrías informativas insuperables. (M.G.-R.)

MAK, V.: «Standards of Protection: In Search of the “Average Consumer” of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive», *ERPL*, núm. 1, 2011, pp. 25-42.

La noción del «consumidor medio» es vital en el Derecho del consumo comunitario. Por ello, sorprende que se le preste tan poca atención en la creación de nuevo Derecho del consumo de la Unión Europea. El artículo se plantea si la revisión del *acquis* de consumo, en particular el proyecto de una Directiva de Derechos de los Consumidores, debería ser la ocasión para fijar con claridad el concepto de «consumidor medio», a fin de ganar en seguridad jurídica. (M.G.-R.)

MALINVAUD, PH.: «Responsabilité des constructeurs-Photovoltaïque que responsabilité», *RDI*, 2010, núm. 7-8, pp. 360-368.

Responsabilidad de los constructores de las instalaciones fotovoltaicas como obras de construcción, ¿Aplicación de los artículos 1792 y ss., o bien de las normas generales de responsabilidad civil? Análisis jurídico del problema. (R. A. R.)

MANTELERO, A.: «Danni da uranio impoverito tra dubbi di giurisdizione e “rischio dell’alchimista” connesso alle nanoparticelle», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 741-748.

El estado de los conocimientos científicos y la afirmación de responsabilidad civil en el caso de daños causados por uranio empobrecido. (*Alma R.G.*)

MARAGNO, R.: «La nullità del contratto di intermediazione di valori mobiliari per difetto di sottoscrizione dell’intermediario», *NGCC*, 2010, núm. 9, pp. 926-939.

Comentario a sentencia relativo a la perfección y a la prueba del contrato de intermediación financiera. (*Alma R.G.*)

MARÉCHAL, C.: «Modification de l’obligation, novation et gestion d’affaires», *SJ*, núm. 17, 2010, pp. 885-887.

El adquirente de unos fondos que debe entregar el precio de la transferencia, invoca el pago hecho con un crédito frente al vendedor la corte estima que no sea liberado por no aportar prueba de la novación de la obligación. (R. A. R.)

MARTENS, S. A. E.: «Nutzungsherausgabe und Wertersatz beim Rücktritt», *AcP*, núm. 5, 2010, pp. 689-721.

En el caso de restitución por ineficacia de una relación contractual con un consumidor, las normas comunitarias no se refieren para nada al problema de la restitución de los provechos y a la indemnización por la pérdida de valor de la cosa. El artículo pretende llamar la atención (*erschüttern*) sobre estos dos problemas apenas tratados por la doctrina. (M.G.-R.)

MARTIN, D.: «De la contestation d'intérêts débiteurs en compte courant», *SJ*, núm. 19-20, 2010, pp. 1011-1012.

Cuando se haya confirmado el descubierto en cuenta corriente, tanto el punto de partida de la acción para invalidar el interés convencional, como la restitución de los intereses devengados, sin petición previa por el simple juego de fechas carece de fundamento. (*I. S. P.*)

MAUGERI, M./LIBERTINI, M.: «Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe», *NGCC*, 2010, núm. 9, pp. 869-889.

Comentario a sentencia acerca de la admisibilidad de las acciones de clase en el ámbito de los contratos celebrados con consumidores. (*Alma R.G.*)

MAUGERI, M.: «Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass., n. 20106/2009», *NGCC*, 2010, núm. 6, pp. 319-336.

Concesión de venta y desistimiento unilateral: breves apuntes sobre la experiencia belga y alemana en dicha materia; indemnización por la transferencia de clientela y resarcimiento por la confianza generada. (*Alma R.G.*)

MAZEAUD, D.: «Rupture unilatérale du contrat: encoré le contrôle des motifs!», *RD*, 2010, núm. 33, pp. 2178 ss.

El control judicial en casos de ruptura unilateral del contrato. Tratamiento jurisprudencial ante las sentencias de la corte mercantil de casación de 26 de enero y 6 de mayo de 2010. (*I. S. P.*)

— «Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga?», *RD*, 2010, núm. 28, pp. 1832 ss.

Análisis jurisprudencial de las cláusulas de los artículos 1131, 1134 y 1147 del Código Civil. Falta grave en la obligación contractual debe derivar de la gravedad del comportamiento del deudor. (*R. A. R.*)

MEKKI, M.: «Hardship et révision des contrats. 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision», *SJ*, núm. 50, 2010, pp. 2350-2355.

Nos habla de la proliferación de los mecanismos de revisión y de las características de la imprevisibilidad. (*R. A. R.*)

MONANCHON-DUCHÉNE, N.: «Le droit du crédit à la consommation à l'épreuve des grands principes du Code Napoléon», *SJ*, núm. 17, 2010, pp. 881-883.

A propósito de la sentencia de la corte de casación de 11 de febrero de 2010. (*I. S. P.*)

MONSEN, E.: «DCFR and Restitution for Wrongs», *ERPL*, núm. 4, 2010, pp. 813-822.

El autor noruego critica con finura el Proyecto del Marco Común de Referencia (DCFR) en cuanto oscurece la materia de la restitución por acto ilícito. Mientras que las reclamaciones de una cantidad razonable por el uso ilícito de un bien están reguladas en el libro VII, dedicado al enriquecimiento injusto, las reclamaciones dirigidas a la recuperación del beneficio obtenido

por el acto ilícito están reguladas en el libro VI, dedicado a la responsabilidad extracontractual. (*M.G.-R.*)

MÖRS DORF, O.: «Die Auswirkungen des neuen Grundrechts auf Verbraucherschutz gemäß Art. 38 GR-Ch auf das nationale Privatrecht», *JZ*, 201, núms. 15-16, pp. 759-767.

El art. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevé que en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores. La presente contribución analiza las posibles consecuencias de este precepto en el derecho privado alemán. (*B. T. G.*)

MUYNCK, M. DE: «Credit Cards Overdraft Facilities and European Consumer Protection – A Blank Cheque for Unfairness», *ERPL*, núm. 6, 2010, pp. 1181-1241.

El trabajo se centra en los cargos por descubierto, el tipo de crédito menos considerado por la Directiva 2008/48 de la Unión Europea, relativa a los contratos de crédito al consumo. En opinión del autor, los requisitos actuales de información sólo recogen parcialmente la realidad del mundo de los tomadores de crédito, a los cuales la legislación europea debería proteger incluso cuando su conducta sea distinta de la perfectamente racional. Se hace necesaria la inclusión en este ámbito de normas éticas y sociales. (*M.G.-R.*)

NEVEJANS, N.: «Indemnisation des victimes des essais nucléaires», *SJ*, núm. 8, 2010, pp. 393-395.

Un comentario a la ley de 5 de enero de 2010, en relación con el reconocimiento de indemnización a las víctimas de ensayos nucleares franceses. (*R. A. R.*)

NEYRET, L.: «L'affaire Erika: moteur d'évolution des responsabilités civile et pénale», *RD*, 2010, núm. 34, pp. 2238 y ss.

Problemas de responsabilidad civil planteados en la sentencia de la Corte de apelación de París de 30 de marzo de 2010 frente a la empresa Total por daños al medio ambiente. Irresponsabilidad por falta de culpa. (*R. A. R.*)

NIETSCH, M.: «System und Gestaltung des Rückgriffs in der Lieferkette. Privatautonomie gegen wirtschaftlichen Ausgleich?», *AcP*, núm. 5, 2010, pp. 722-753.

El § 478 BGB regula la responsabilidad en cadena en la compraventa, cuando el vendedor que ha visto resuelta la venta –o disminuido el precio– se dirige contra su suministrador, el que puede hacerlo a su vez contra el suyo, y así sucesivamente. Para el autor, la norma no es imperativa, sino dispositiva, pues estamos ante acuerdos entre empresarios, y la inmisión del juez en ellos sería de un paternalismo poco recomendable. (*M.G.-R.*)

PARDI, G.: «Brevi riflessioni in tema di rapporti fra caparra confirmatoria e azione risarcitoria - nota a Cass., sez. un., 14 gennaio 2009 n. 553», *GC*, 2010, núm. 3, pp. 671- 681. (*M. R. D. R.*)

PELLEGATTA, S.: «La solidarietà con obbligo di regresso in materia di attività di intermediazione finanziaria: ipotesi ricostruttive alla luce dei più recenti contributi giurisprudenziali», *CI*, 2010, núms. 4-5, pp. 971-1016.

Régimen jurídico de las obligaciones solidarias resarcitorias en actividades de intermediación financiera. (*Alma R.G.*)

PÉRIER, M.: «L'éloge du silence», *GP*, 2010, núm. 229-226, pp. 13-16.

El valor del silencio en el ámbito contractual. Su valor en caso de oferta o aceptación y su valor en los supuestos de seguros como renuncia a la excepción de garantía. (*R. A. R.*)

PÉRINET-MARQUET, H.: «Foncier de la construction. Les techniques de montage juridique d'un projet photovoltaïque», *RDI*, 2010, núm. 7-8, pp. 352-359.

Derechos en los que se puede asentar la instalación de una planta fotovoltaica. Modalidades de creación de derechos. Propietario del suelo y arrendatario de la instalación. (*I. S. P.*)

PESCATORE, V.: «Sanzione sportiva, responsabilità civile e arbitrato», *NGCC*, 2010, núm. 9, pp. 467-473.

La responsabilidad civil y el arbitraje en las controversias surgidas en el ámbito deportivo. (*Alma R.G.*)

PHILIPPE SIMLER, P. H.: «Responsabilité de la banque créancière et du notaire envers la caution: deux poids, deux mesures?», *SJ*, núm. 1-2, 2010, pp. 22-24

La garantía bancaria por caución incurre en responsabilidad si las promesas de hipoteca y de la garantía de que disfruta no obtienen su resultado. (*I. S. P.*)

PIEDELIEVRE, S.: «Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers» *SJ*, núm. 35, 2010, pp. 1587-1593.

La Ley núm. 2010-737 de 1 de julio de 2010, sobre la reforma del crédito al consumo incluye una sección importante dedicada a la deuda. El objetivo del legislador era reducir este fenómeno. No cambiar la estructura general de este material, sino mejorar el sistema existente. (*R. A. R.*)

— «Le gage devient sans objet en cas de remboursement intégral du montant garanti pa la dette», núm. 1-2, 2010, pp. 20-22

Cuando se garantiza parcialmente una deuda, el pago resultante de su realización se imputa sobre el montante por el que la seguridad estaba constituida. (*I. S. P.*)

— «La réforme du crédit à la consommation», *RD*, 2010, núm. 30, pp. 1952-1957.

Trasposición de la Directiva comunitaria de 23 de abril de 2008 al derecho francés mediante la reforma de la ley de crédito al consumo, ley núm. 2010-737 de 1 de julio. Lucha contra el endeudamiento y tasa de usura. Necesidad de completar la ley con decretos. (*I. S. P.*)

PILLET, G.: «Retour dur l'engagement du promettant dans la promesse unilatérale de vente: la Cour de cassation souffle le chaud et le froid», *SJ*, núm. 43, 2010, pp. 1990-1993.

Por la promesa unilateral de venta, el remitente no se obliga a dar su consentimiento a la venta; el consentimiento definitivo de vender. (*R. A. R.*)

POISSONNIER, G.: «Présentation de la loi du 1er. Juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation», *GP*, 2010, núm. 209-210, pp. 6-9.

Estudios de las principales modificaciones legales del crédito al consumo: pre-contrato; condiciones de formación del contrato; contenido y ejecución del contrato. (*R. A. R.*)

PONZANELLI, G.: «Il difficile 2009 del danno esistenziale, ma il 2010 andrà sicuramente peggio», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 363-370.

Exclusión por los tribunales del daño existencial como categoría autónoma del daño no patrimonial. (*Alma R.G.*)

POZZO, B./WANG, L.: «Liability for Environmental Pollution within the Framework of the New Chinese Tort Law», *ERPL*, núm. 1, 2011, pp. 87-99.

Sintético artículo sobre la nueva legislación china sobre responsabilidad extracontractual, que entró en vigor el 1 de julio de 2010, con especial referencia al problema de la polución medioambiental. (*M.G.-R.*)

RASCHEL, L.: «La délicate distinction de la perte de chance et du risque de dommage», *SJ*, núm. 15, 2010, pp. 763-765.

En relación con la sentencia de 14 enero de 2010. (*I. S. P.*)

REBEYROL, V.: «Où en est la réparation du préjudice écologique?», *RD*, 2010, núm. 28, pp. 1804 y ss.

Estudio sobre el daño ecológico conforme a la sentencia de la Corte de apelación de París de 30 de marzo de 2010. El caso Erika y la empresa Total. (*R. A. R.*)

RIZZO, F.: «Faut-il qualifiefr le contrat d'agent sportif de mandat d'intérêt commun?», *SJ*, núm. 13, 2010, pp. 646-650.

La corte de apelación de tus se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del contrato debido entre un deportista y su gente, cuando el segundo ayuda y representa el primero, de manera exclusiva para la negociación y firmado de todos los contratos relativos a su profesión. (*R. A. R.*)

ROBINEAU, M.: «Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices», *SJ*, núm. 22, 2010, pp. 1147-1153.

La nomenclatura Dintilhac se ha convertido en una pieza esencial de derecho de daños corporales en la que se propone una tipología clara y consensuada sobre el daño indemnizable. Su papel también ha aumentado tras la reforma del recurso terceros contribuyentes. Sin embargo, esto plantea cuestiones de importancia práctica notable en términos de las fuentes del Derecho. (*I. S. P.*)

ROSSETTI, M.: «Brevi cenni sulla nozione di «interesse assicurato» ex art. 1904 ce. - nota a Cass. 8 ottobre 2009 n. 21390», *GC*, 2010, núm. 3, pp. 618-626. (*M. R. D. R.*)

— «Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della

responsabilità medica) – nota a Cass. 28 settembre 2009 n. 20790», *GC*, 2010, núm. 10, pp. 2218-2233. (*M. R. D. R.*)

RÖSLER, H.: «Protection of the Weaker Party in European Contract Law. Standardized and Individual Inferiority in Multi-level Private Law», *ERPL*, núm. 4, 2010, pp. 729-756.

El autor pone de manifiesto cómo se ha logrado un cierto tratamiento común europeo en cuanto a la libertad contractual y los derechos de los consumidores. Sin embargo, las nuevas normas contra la discriminación son completadas por los ordenamientos internos, que suponen un contrapeso frente a ciertas debilidades del particular. Con todo, las legislaciones internas en cada Estado sobre esta materia son bastante diferentes, lo que se puede explicar por las diferentes tradiciones nacionales. Las diferencias son especialmente claras en relación con el interés general, el principio de buena fe y el incumplimiento del contrato antes o al tiempo de contratar (*culpa in contrahendo*). (*M.G.-R.*)

ROWAN, S.: «Reflections on the Introduction of Punitive Damages for Breach of Contract», *Oxford J. Legal Stud.*, 2010, vol 30, núm. 3, pp. 495-517.

Reflexión sobre la indemnización punitiva (*punitive damages*) en el marco del Derecho de contratos inglés. La autora sostiene que la introducción de ese tipo de indemnización podría producir algunas incoherencias en el sistema de remedios contractuales. En su lugar, se decanta por una intervención legal en determinados supuestos muy concretos. (*A. R. G.*)

SABBATELLI, I.: «Terzo trasportato e risarcimento del danno morale agli eredi: le evoluzioni normative», *NGCC*, 2010, núm. 9, pp. 849-857.

Comentario a sentencia sobre el resarcimiento del daño moral a los familiares de la persona lesionada en su salud por un tercero. (*Alma R.G.*)

SALOMON, R.: «Dol civil et dol pénal en matière de cession de droits sociaux», *RD*, 2010, núm. 42, pp. 2792 y ss.

Engaños del cedente al cesionario en caso de cesión de acciones. Supuestos prácticos para beneficiar al cesionario cuando reclama por dolo y sus posibles vías: civil o penal. (*R. A. R.*)

SCACCHI, A.: «La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 794-801.

El consentimiento informado del acto médico: naturaleza jurídica de la responsabilidad del profesional sanitario por omisión del deber de informar y consiguiente reparto de la carga de la prueba de la culpa. (*Alma R.G.*)

SCARPA, D.: «Lettura della disciplina del contratto di mandato nell'ottica dell'informazione», *CI*, 2010, núms. 4-5, pp. 1053-1083.

Relectura del contrato de mandato desde la óptica de la información: se trata de un contrato caracterizado por la necesidad de continuos flujos informativos. Diligencia, buena fe y corrección como criterios de determinación del contenido informativo de la prestación. Análisis del contrato de adminis-

tración de sociedades como prototipo de contrato en el que los flujos informativos entre los contratantes están regulados. (*Alma R.G.*)

SCHMIDT-RECLA, A.: «Deutsche Dogmen und englisches leapfrogging bei der Restitution im Dreiecksverhältnis», *JZ*, 2010, núm. 23, pp. 1150-1156.

El artículo compara la regulación alemana e inglesa en materia de indemnización (*restitution*) en las relaciones con terceras personas, como las prestaciones en cadena, en el contexto del *Common Frame of Reference* (DCFR). (*B. T. G.*)

SCHÜNEMANN, W. B.: «Existenzgründer: Unternehmer oder Verbraucher», *JZ*, 2010, núm. 23, pp. 1156-1160

La posición del emprendedor que pone en marcha un negocio ha sido objeto de atención desde la perspectiva económica; sin embargo, desde el punto de vista jurídico plantea una cuestión de especial interés: determinar si todavía puede considerarse consumidor y, por lo tanto, se le aplica la normativa de protección de los consumidores y usuarios, o, por el contrario si debe ser ya considerado empresario. (*B. T. G.*)

SÉRIAUX, A.: «Legs rémunérateurs excessifs: maintien de la qualification, restitution de l'excès», *SJ*, núm. 40, 2010, pp. 1833-1834.

La liberalidad excesiva en relación con la prestación del servicio no lo hace perder su carácter remuneratorio y los jueces instructores tienen derecho a ordenar la restitución solamente del exceso. (*R. A. R.*)

SIMLER, Fh.: «Extension des mentions manuscrites prescrites par le Code de la consommation au mandat de se porter caution et responsabilité du notaire», *SJ*, núm. 6, 2010, pp. 274-275.

El notario incurre en responsabilidad al no verificar el cumplimiento de tal mandato. (*I. S. P.*)

SMEDT, K. DE/FAURE, M.: «The implementation of the Environmental Liability Directive. A law and economics analysis of the transposition of the ELD in Belgium, the Netherlands and Germany», *ZEuP*, núm. 4, 2010, pp. 783-808.

El objetivo de la Directiva sobre Responsabilidad Medioambiental es establecer un marco basado en el principio *polluter-pays*, a fin de prevenir y remediar el daño medioambiental. Sin embargo, las difíciles negociaciones para aprobar la Directiva llevaron a que se dejara a cada país la decisión sobre aspectos decisivos del problema. El artículo se centra, entonces, en el estudio de la transposición de la Directiva en Bélgica, Holanda y Alemania desde el punto de vista del análisis económico del Derecho. Los autores concluyen preguntándose, a la vista de la aplicación en estos países y del carácter subsidiario de la Directiva, si ésta era necesaria en absoluto. (*M.G.-R.*)

SOBCZAK, F.: «Proportionality in Tort Law – A Comparison between Dutch and English Law with Regard to the Problem of Multiple Causation in Asbestos-Related Cases», *ERPL*, núm. 6, 2010, pp. 1155-1179.

El problema de las personas que contraen cáncer de pulmón como consecuencia de la exposición al amianto está desafiando muchos ordenamientos jurídicos, sobre todo por la cuestión de probar la causalidad, de la que nunca

hay completa certeza. En este artículo se hace una comparación entre los sistemas inglés y holandeses. En Holanda, en contra de su tradición de «todo o nada», una sentencia del Tribunal Supremo ha aplicado por primera vez la teoría de la responsabilidad proporcional. Por su parte, el Derecho inglés utiliza el mecanismo de la culpa de la víctima (*contributory negligence*) para conceder una indemnización parcial. (M.G.-R.)

SPOTO, G.: «Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari», *DFP*, 2010, núm. 2, pp. 910-930.

Artículo dedicado a la hipótesis de la vulneración de los deberes conyugales: ¿inmunidad por daños entre cónyuges o responsabilidad civil entre familiares? (*Alma R.G.*)

STUYCK, J.: «Indemnisation pour les passagers de vols retardés en Europe», *SJ*, núm. 7, 2010, pp. 359-363.

La sentencia de la CJUE de 19 de noviembre de 2009, responde a una importante cuestión de interpretación del reglamento CE núm. 261/2004 estableciendo dos reglas comunes en materia de indemnización y asistencia de los pasajeros en caso de retraso en el embarque y de anulación o retraso importante de un vuelo. (R. A. R.)

TANDEAU DE MARSAC, S.: «La responsabilité professionnelle des conseils en gestion de patrimoine», *GP*, 2010, núm. 211-213, pp. 20-23.

Responsabilidad profesional de los consejos de administración de patrimonio. Agravamiento de su responsabilidad por la jurisprudencia. Respeto íntegro a la regulación sobre documentos a elaborar. (R. A. R.)

THIERRY FOSSIER, M.: «Service public et concurrence: contributions récentes de la cour d'appel de Paris», *SJ*, núm. 18, 2010, pp. 956-964.

La aplicación de la legislación sobre competencia al servicio público –en su dimensión tanto orgánica como funcional– no podía prescindir de una distribución de competencias entre la jurisdicción los órdenes administrativos y judiciales. (I. S. P.)

VALORE, P.: «Profili della responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria per trasfusioni infette – osservazione a Cass. 20 aprile 2010 n. 9315», *GC*, 2010, núms. 7-8, pp. 1613- 1618. (M. R. D. R.)

VIGNEAU, V./ LAURIAT, A.: «La réforme du droit du surendettement des particuliers par la loi du 1er. Juillet 2010», *RD*, 2010, núm. 39, pp. 2593 y ss.

La Ley 2010-737, de 1 de julio 2010, sobre crédito al consumo ha modificado el derecho de garantía de los particulares. El objetivo es la protección del deudor y la rapidez de los procedimientos judiciales de garantía. (I. S. P.)

VIRGADAMO, P.: «Danno non patrimoniale e “nuova giustizia conformata”: le “quattro stagioni” dell’art. 2059 c.c. in attesa della Corte Costituzionale?», *DFP*, 2010, núm. 2, pp. 597-653.

Artículo dedicado al daño existencial: una nueva categoría de la responsabilidad civil. (*Alma R.G.*)

VOMERO, F.: «Struttura trilaterale e carattere recettizio dell'indicazione di pagamento», *NGCC*, 2010, núm. 6, pp. 643-650.

La indicación de pago: relaciones y diferencias entre las figuras del *adiectio solutionis causa*, de la representación y de la delegación. (*Alma R.G.*)

VV.AA.: «L'éruption du volcan Eyjafjöll, un sujet explosif!», *SJ*, núm. 25, 2010, pp. 1303-1310.

La erupción del volcán Eyjafjöll ha paralizado algunas partes de Europa, produciendo molestias y perturbaciones a miles de personas. ¿Pueden obtener un reembolso y los daños y la reparación de sus pérdidas? Algunos habían comprado sólo un «vuelo». ¿Cuál es, entonces, la solución en virtud de los convenios internacionales y la ley de la Unión Europea? ¿La solución varía en función de si el cliente haya contratado con una compañía aérea o con una agencia de viajes? Por otra parte, las regulaciones para las estancias organizadas AEU tiene por objeto proteger a los pasajeros de las agencias de viajes. (*R. A. R.*)

WESTER-QUIESSE, V.: «Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle: fusion des régimes à l'heure international», *RTDC*, 2010, núm. 3, pp. 419-433.

Estudio sobre la unificación de la responsabilidad civil evitando particularismos en el Derecho Europeo. Intento del abandono del dualismo de responsabilidad bajo la premisa de que la inejecución contractual no es el hecho que genera la responsabilidad contractual sino que es el resultado. (*R. A. R.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BAUDOIN, P.: «Action en révision et action en nullité de la répartition des charges de copropriété», *GP*, 2010, núm. 260-261, pp. 13-16.

Las cargas de copropiedad como sanciones a los copropietarios que rinden cuentas tardíamente. Estudio del artículo 10 de la ley de 10 de julio de 1965. (*R. A. R.*)

BELLANI, V.: «Apparecchi televisivi in camere di albergo e diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 1, pp. 90-92.

La sentencia objeto de comentario resuelve en sentido favorable a los derechos de autor el problema de la utilización de obras protegidas cuando son difundidas a través de los aparatos de televisión situados en las habitaciones de los hoteles. (*Alma R.G.*)

— «Diritto di seguito per vendita di opera d'arte all'estero», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 3, pp. 317-321.

Comentario de sentencia relativo al derecho de autor sobre venta sucesiva de obras de arte en el extranjero. (*Alma R.G.*)

CAPRIOLI, V.: «Le sezioni unite intervengono nel conflitto tra il creditore ipotecario e il promissario acquirente deluso - nota a Cass. Sez. un., 1.º ottobre 2009 n. 21045», *GC*, 2010, núms. 7-8, pp. 1695-1707. (*M. R. D. R.*)

CARON, Ch.: «L'impérialisme du droit de divulgation post mortem de l'auteur», *SJ*, núm. 16, 2010, pp. 812-815

La titularidad del derecho de divulgación después de la muerte del autor puede concluir según un contrato de edición con un editor para divulgar la obra póstuma, la obra póstuma, tiene la condición, sin embargo, que los diferentes titulares de los derechos patrimoniales cobran los beneficios. (*R. A. R.*)

CIMATI, I.: «Risarcimento dei danni per il ritardo nell'accesso al fondo del vicino – nota a Cass. 27 gennaio 2009 n. 1908», *GC*, 2010, núm. 10, pp. 2340-2346. (*M. R. D. R.*)

— «Sull'interpretazione non estensiva dei limiti o divieti posti dal regolamento di condominio – osservazione a Cass. 20 luglio 2009 n. 16832», *GC*, 2010, núm. 11, pp. 2579-2581. (*M. R. D. R.*)

COSTANZA, M.: «Brevi considerazioni sul possesso lesso ad opera del proprietario - nota a Cass. 9 giugno 2009 n. 13270», *GC*, 2010, núm. 4, pp. 945-947. (*M. R. D. R.*)

D'AVOUT, L.: «L'inexorable territorialité du droit français des biens, ou comment la tradition peut aboutir à l'injustice», *SJ*, núm. 11, 2010, pp. 531-533.

La ley francesa es sólo aplicable a los derechos reales que recaen sobre bienes muebles situados en Francia. Así, en el caso de posesión de un mueble en el extranjero, la defensa de nación de la reivindicación en Francia se funda en invocar la presunción de propiedad basada en la máxima francesa «en fait de meubles vaut titre». (*I. S. P.*)

DELVOLVÉ, P.: «Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques: l'incohérence», *RDI*, 2010, núm. 12, pp. 584 y ss.

Necesidad de ordenar la acumulación de derechos reales reconocidos a las personas públicas. Confusión doctrinal y necesidad de dar claridad a las normas jurídicas. (*I. S. P.*)

DEPADT SEBAG, V.: «L'usufruit temporaire des personnes physiques: une institution ancienne en cours de renouveau», *RTDC*, 2010, núm. 4, pp. 669-682.

Frente a la dejadez de la figura durante mucho tiempo, se destaca la importancia del usufructo temporal dado por la práctica notarial no sólo para satisfacer necesidades familiares sino también en el ámbito económico. La figura en el anteproyecto de Derecho de bienes francés. (*R. A. R.*)

DI GASPARE, A.: «I diritti residuali dei produttori televisivi tra diritto d'autore e regolamentazione della comunicazione», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 1, pp. 20-35.

Artículo relativo al objeto de los derechos residuales de los productores televisivos. Los criterios de determinación de las cuotas de derechos residuales y el código de conducta. Los derechos residuales entre reglamentación, código de conducta y autonomía privada. (*Alma R.G.*)

DI MICO, P.: «Il rapporto tra diritto di autore e social network: un nuovo capitolo, ma non l'ultimo», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 3, pp. 262-276.

Artículo relativo a las redes sociales (*social network*) y el derecho de autor. (*Alma R.G.*)

— «Il rapporto tra diritto di autore e diritto alla riservatezza: recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 1, pp. 1-19.

Artículo relativo a la búsqueda del difícil equilibrio entre la protección de los datos personales y el derecho de autor. (*Alma R.G.*)

FABIANI, M.: «Ordinanza di ripartizione di diritti di autore e retroattività nell'applicazione», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 1, pp. 75-79.

Artículo relativo al examen de una ordenanza de reparto de derechos musicales: reintegración de precedentes posiciones jurídicas lesionadas y retroactividad de la ordenanza de reparto a los fines de reintegrar posiciones jurídicas lesionadas. (*Alma R.G.*)

— «La musica radiodiffusa nelle camere di albergo», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 3, pp. 290-304.

Comentario a sentencia relativo a la reproducción del texto literario de una canción sobre video y simultánea ejecución: Distinción entre el derecho de reproducción y el derecho de representación y radiodifusión. (*Alma R.G.*)

FARINA, P.: «Caducazione del titolo esecutivo e chiusura anticipata dell'espropriazione: quali effetti nei confronti dei creditori intervenuti e dell'acquirente in vendita forzata? - Nota a Cass. - 13 febbraio 2009 n. 3531», *GC*, 2010, núm. 9, pp. 2037-2046. (*M. R. D. R.*)

FIMIANI, P.: «La costruzione a distanza inferiore a quella fissata dai regolamenti e dagli strumenti urbanistici local tra inderogabilità convenzionale e ammissibilità dell'acquisto per usucapione della relativa servitù-osservazione a Cass. 22 febbraio 2010 n. 4240», *GC*, 2010, núm. 6, pp. 1347-1348. (*M. R. D. R.*)

FINOCCHIARO, M.: «Qualche considerazione sulla domanda di scioglimento della comunione, nota a Cass. 26 febbraio 2010 n. 4757», *GC*, 2010, núm. 5, pp. 1082-1086. (*M. R. D. R.*)

GASPERINI, MP.: «Persistenti disorientamenti giurisprudenziali in tema di pignoramento di partecipazioni in una società a responsabilità limitata, nota a Trib. Melfi, ord. 13 gennaio 2010», *GC*, 2010, núm. 5, pp. 1246-1251. (*M. R. D. R.*)

GAUDREAU-DESBIENS, J.F.: «La critique économique de la tradition romano-germanique», *RTDC*, 2010, núm. 4, pp. 683-704.

Los problemas sobre la falta de eficacia económica y de buen gobierno de la tradición romanista. Análisis económico de la tradición romana y sus consecuencias. Defensa del modelo romano. (*I. S. P.*)

INSINGA, M. L.: «Note critiche sulla donazione di cosa altrui come titolo astrattamente idoneo al trasferimento del dominio», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 389-402.

Artículo dedicado a la donación de cosa ajena: análisis de la tesis tradicional sobre la nulidad de la disposición de cosa ajena y sus presupuestos teóricos, y de la tesis moderna de la donación de un bien ajeno como negocio válido y productor de efectos meramente obligatorios. (*Alma R.G.*)

IZZO, N.: «Deliberazioni condominiali e annullabilità: attestazione di valida costituzione e regolare convocazione dell'assemblea, calcolo delle maggioranze deliberative, ratifica di spese non preventivamente autorizzate e poteri del presidente dell'assemblea - nota a Cass. 13 novembre 2009 n. 24132 e a Cass. 18 agosto 2009 n. 18192», *GC*, 2010, núm. 4, pp. 893-901. (*M. R. D. R.*)

— «Interpretazione restrittiva delle clausole di natura contrattuale del regolamento di condominio- osservazione a Cass. 10 febbraio 2010 n. 3002, a Cass. 28 dicembre 2009 n. 27392 e a Cass. 20 luglio 2009 n. 16832», *GC*, 2010, núm. 5, pp. 1099-1100. (*M. R. D. R.*)

— «Valida l'impugnativa di delibera condominiale e l'appello avverso la susseguente sentenza di primo grado con citazione anziché con ricorso - nota a Cass. 8 aprile 2009 n. 8536, a Cass. 28 maggio 2008 n. 14007 e ad App. Roma 29 aprile 2009», *GC*, 2010, núm. 10, pp. 2299-2305 (*M. R. D. R.*)

LA TORRE, A.: «Il matrimonio putativo», *GC*, 2010, núm. 10, pp. 461-482.

Estudio sobre la génesis, evolución y efectos del matrimonio putativo desde el derecho romano hasta las reformas más actuales del ordenamiento jurídico italiano. (*M. R. D. R.*)

LIEDER, J.: «Die Lehre von unwirksamen Rechtsscheinträger. Ein Beitrag zu den rechtsdogmatischen und rechtsökonomischen Grundlagen des redlichen Erwerbs», *AcP*, núm. 6, 2010, pp. 857-912.

La base de toda adquisición *a non domino* de un derecho real de buena fe es la existencia de una persona que confía en la apariencia jurídica. El problema que se plantea en el artículo es qué sucede si el que confía en la apariencia ha sido engañado, como si el funcionario del Registro de la Propiedad padece una enfermedad mental, o está cometiendo un delito de cohecho; o el comportamiento que crea la apariencia se debe a dolo, amenaza o *vis absoluta*. El autor, oponiéndose a la mayoría de la doctrina alemana, cree que estos supuestos son también aptos para una adquisición *a non domino* de buena fe. (*M.G.-R.*)

LONGHINI, S.: «*Dura lex, sed lex*: la legge è uguale per tutti... anche su Internet!», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 2, pp. 123-139.

Artículo relativo al debatido tema de la difusión sobre la web de material televisivo con vulneración de los derechos del legítimo titular. (*Alma R.G.*)

LUCAS, A.: «La loi applicable à la mise en ligne d'oeuvres protégées par le droit d'auteur», *SJ*, núm. 9-10, 2010, pp. 465-468.

Las controversias que plantea la determinación de la ley aplicable a Internet en el caso de obras protegidas por el Derecho de autor. (*R. A. R.*)

MARCHESE, F.P.: «Il contratto di scrittura artistica: aspetti internazionali», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 3, pp. 250-261.

Régimen jurídico internacional del contrato de trabajo en el ámbito artístico, denominado comúnmente contrato de escritura artística o de trabajo artístico. (*Alma R.G.*)

MARINO, L.: «La (discutibile) logique de la redevance pour copie privée», *SJ*, núm. 50, 2010, pp. 2346-2349.

La Corte de Justicia de la Unión Europea interpreta la directiva 2001/29/CE en relación con la armonización de ciertos aspectos del Derecho de autor y de los derechos colindantes de la sociedad de la información para aclarar la noción de «compensación equitativa». (*I. S. P.*)

MORETTI, M.: «La pretesa del privato a ottenere le notizie documentali richieste in ambito SIAE», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 2, pp. 140-170.

Artículo cuyo propósito es indagar sobre el derecho de acceso de los particulares a la obtención de informaciones y documentos dentro del ámbito de la SIAE (sociedad italiana de los Autores y Editores), organismo que entra dentro de la categoría de los entes públicos económicos. (*Alma R.G.*)

NOCERA, I. L.: «Effetti della rinuncia della quota del bene in comunione ordinaria: negozio abdicativo causalmente autonomo o donazione indiretta?», *NGCC*, 2010, núm. 6, pp. 581-587.

Determinación de la naturaleza jurídica de la renuncia del comunero a su cuota en la comunidad de bienes ordinaria: ¿renuncia abdicativa causalmente autónoma o donación indirecta? (*Alma R.G.*)

PÉRINET-MARQUET, H.: «Droit des biens», *SJ*, núm. 47, 2010, pp. 2185-2191.

Estudio de las primeras decisiones relativas al control constitucional en materia de derecho de propiedad. (*R. A. R.*)

POJAGHI, A.: «Le controversie relative alla vendita ed all'acquisto delle opere d'arte: tutela giudiziaria e sua derogabilità», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 2, pp. 171-183.

Artículo dedicado a las posibles controversias surgidas en materia de venta y adquisición de obras de arte: clasificación de la obra de arte dentro de las obras del ingenio de arte plástica y figurativa y, subsidiariamente, dentro del diseño industrial. Aplicación de los principios de Derecho de autor a las obras de arte potencialmente productoras de conflictos. (*Alma R.G.*)

RUSSO, E.: «Vendita e consenso traslativo», *CI*, 2010, núm. 3, pp. 599-618.

Artículo dedicado a la transmisión consensual del derecho de propiedad. (*Alma R.G.*)

SAPONE, N.: «Immissioni: tranquillità domestica o diritto al riposo?», *NGCC*, 2010, núm. 6, pp. 594-599.

Inmisiones acústicas y daño existencial generado por ellas. (*Alma R.G.*)

TIMPANO, E.: «Le sezioni unite negano natura negoziale alla dichiarazione prevista dall'art. 179 comma 2, c.c. e aprono uno spiraglio al rifiuto del coacquisto – nota a Cass. Sez. un., 28 ottobre 2009, n. 22755», *GC*, 2010, núm. 11, pp. 2529-2543 (*M. R. D. R.*)

TOZZI, F.: «Note a margine del privilegio ex art. 2751-bis cod. civ. e diritto dell'autore di opera letteraria», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 1, pp. 79-87.

El privilegio de los créditos generados por la titularidad de los derechos de autor. El contrato de edición y su naturaleza jurídica. (*Alma R.G.*)

VALENTI, F.: «Regolamento contrattuale di condominio e svolgimento di un'attività di *bed and breakfast*: interpretazione storicistica dei divieti di destinazione», *NGCC*, 2010, núm. 9, pp. 889-896.

Reflexiones sobre la interpretación de las cláusulas incluidas en los reglamentos de comunidades de propietarios que ponen límites a las facultades y derechos que corresponden a cada uno de los propietarios sobre partes del edificio de su exclusiva propiedad. (*Alma R.G.*)

DERECHO DE FAMILIA

ANTONINI-COCHIN, L.: «Pour le meilleur et pour le pire...» ou les droits du conjoint du débiteur soumis à une procédure collective», *SJ*, núm. 21, 2010, pp. 1089-1095.

Para bien o para mal, esta fórmula consagrada por el tiempo es suficiente para explicar las circunstancias del cónyuge de un deudor sometido a un procedimiento de insolvencia. El Contratista individual en crisis no está solo en la mayoría de los casos. Por tanto no puede ser ignorado el contexto familiar en el que opera y el régimen matrimonial. Sin embargo, la articulación entre la ley de regímenes matrimoniales y derecho de empresas en crisis no es nada fácil ya que ambas materias obedecen a imperativos muy diferentes: la protección de los intereses de los cónyuges y familia por un lado, la protección de los intereses comerciales de los acreedores por otro. (*R. A. R.*)

BAINHAM, A.: «Child witnesses in family proceedings», *C. L. J.*, 2010, vol 69, núm. 3, pp. 458-460.

Nota sobre la sentencia del Tribunal Supremo británico *Re W (Children)* [2010] UKSC 12, en la que se plantea la cuestión del testimonio de los hijos menores ante la adopción de medidas de protección. El caso afectaba a una niña de 14 años supuestamente víctima de abusos sexuales por su padrastro. Mientras se tramitaba la causa penal, el padrastro recurrió las medidas de protección y solicitó que la niña compareciese a prestar testimonio. Frente al criterio tradicional, que consideraba que ello no es ni obligatorio ni conveniente, el Tribunal Supremo subraya en esta sentencia que el riesgo de «victimización secundaria» debe prevenirse sin merma de las garantías procesales de los titulares de responsabilidades parentales. La sentencia pone énfasis en que lo importante no es si el niño puede o no testificar, sino cómo se lleva a cabo esta prueba. (*J. R. I.*)

BEVIVINO, G.: «Il patto di famiglia: fra negozio e procedimento», *GC*, 2010, núm. 5, pp. 217-233.

Reflexiones sobre la precisión terminológica, metodológica y naturaleza jurídica del pacto familiar, desde su función económico-social. (*M. R. D. R.*)

BOSSE-PLATIÈRE, H.: «Quand le père par le sang doit verser une obligation d'entretien au père adoptif», *SJ*, núm. 17, 2010, pp. 874-875.

En relación con la sentencia de la Corte de casación de 14 de abril de 2010, recomienda a los juristas prudencia en relación con los asuntos de reestructuración familiar. (*I. S. P.*)

CANESTRELLI, S.: «Appello del coniuge superstite avverso la sentenza di divorzio e legittimazione processuale dei successori», *DFP*, 2010, núm. 3, pp. 1126-1139.

El Tribunal Supremo italiano vuelve sobre la cuestión de la muerte sobrevenida de uno de los cónyuges durante el juicio de divorcio, en casos en que la sentencia de primera instancia no tiene aún la eficacia de cosa juzgada, concluyendo que es admisible la apelación del cónyuge supérstite. (*Alma R.G.*)

CASEY, J.: «Liquidation et pouvoirs du JAF: une circulaire discrète mais ferme!», *GP*, 2010, núm. 253-254, pp. 7 y ss.

Estudio sobre la circular de 18 de junio de 2010 sobre las competencias del juez en material de relaciones familiares. (*R. A. R.*)

DAGORNE-LABBE, Y.: «La notion de ressource au sens de l'article 272 de Code civil», *SJ*, núm. 6, 2010, pp. 278-280.

Para la fijación de una pensión compensatoria al determinar las necesidades y los recursos de los esposos, el juez no tiene en consideración las sumas pagadas en reparación de un accidente de trabajo y de sumas pagadas por un derecho de compensación de discapacidad. (*R. A. R.*)

DAUNER-LIEB, B.: «Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle», *AcP*, núms. 3/4, 2010, pp. 580-609.

Trabajo sobre las capitulaciones matrimoniales que pactan el régimen de separación de bienes, y el posible control de contenido por el juez en el momento de la disolución. Téngase en cuenta que en el BGB no existe ningún artículo similar al 1438 C.C. español, que permite tener en cuenta la dedicación preferente de uno de los cónyuges a las labores del hogar. (*M.G.-R.*)

ESPOSITO, F.: «Le vicende incidente sull'assegno di mantenimento a favore del figlio maggiorenne», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 825-830.

Comentario a sentencia sobre los límites del derecho al mantenimiento a favor del hijo mayor de edad. (*Alma R.G.*)

FRANCO, R.: «Le sezioni unite decretano (definitivamente) la necessità (e sufficienza) dell'annotazione ai sensi dell'art. 162, comma 4.º, c.c., per l'opponibilità ai terzi del fondo patrimoniale», *CI*, 2010, núm. 3, pp. 552-598.

Naturaleza de convención matrimonial del fondo patrimonial entre cónyuges y necesidad de inscripción registral del mismo para su oponibilidad a terceros. (*Alma R.G.*)

FULCHIRON, H.: «Reconnaissance en France de l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe prononcée à l'étranger», *SJ*, núm. 48, 2010, pp. 2216-2218.

El juzgado extranjero se pronuncian favorablemente sobre la adopción de un niño por padres de un mismo sexo y ante el miedo al rechazo del exequatur en nombre del orden público internacional en la decisión se prevé la participación de la autoridad parental entre la madre y el adoptante. (*I. S. P.*)

— «La prestation compensatoire, mythes et réalités», *RD*, 2010, núm. 33, pp. 2170 ss.

Discusión doctrinal sobre el concepto y contenido de la prestación compensatoria. Discusión sobre la prestación y su realidad; las intenciones legales y la práctica judicial; el sistema de la prestación y la necesidad de la pareja hoy. (R. A. R.)

GALGANO, F.: «Azioni di stato e abuso del diritto», *CI*, 2010, núm. 3, pp. 547-551.

Aplicación de la figura del abuso del derecho en el ejercicio de una acción de impugnación de reconocimiento de una filiación legítima. (*Alma R.G.*)

GAMBARDELLA, A.: «La simulazione nel matrimonio civile: art. 123 c.c.», *DFP*, 2010, núm. 3, pp. 1461-1475.

Contribución al estudio de la simulación en el matrimonio civil: la reconstrucción del artículo 123 del Código Civil italiano como hipótesis de abuso de derecho, matrimonio indirecto y matrimonio fiduciario. (*Alma R.G.*)

GOUTTENOIRE/ RADÉ: «La jurisprudence relative à l'adoption de l'enfant du concubin devant le Conseil constitutionnel», *SJ*, núm. 47, 2010, pp. 2158-2161.

Estudio de constitucionalidad de las disposiciones legales apreciadas a través de la interpretación jurisprudencial. (R. A. R.)

GOUTTENOIRE, A.: «Cour d'arrêt à la délégation-partage de l'exercice de l'autorité parentale», *SJ*, núm. 41, 2010, pp. 1880-1882.

En el caso en el que por existir circunstancias excepcionales se prive de la autoridad parental de forma temporal, debe exigirse prueba de que esta delegación es necesaria y que se lleva a cabo en interés en menos. (*I. S. P.*)

GUIMEZANES, N.: «Le maintien en rétention d'un enfant en bas âge accompagnant ses parents», *SJ* núm. 5, 2010, pp. 228-232.

Dos sentencias se pronuncian en idéntico sentido en el mismo día, la primera de la Sala de lo Civil que estima que la retención administrativa impuesta a los padres acompañados de un niño de corta edad no constituye un trato inhumano o degradante en el sentido del art. 3 de la Convención EDH. (R. A. R.)

LABBÉE, P.: «La qualité d'ascendant et l'enfant à naître», *SJ*, núm. 5, 2010, p. 202.

El recurso contra una prohibición de residencia por cuestiones de «vida privada familiar», estando su mujer encinta, es rechazada por una sentencia de la corte administrativa. Esta decisión permite hacerse preguntas sobre la interpretación que el Derecho francés da al nasciturus. (*I. S. P.*)

LÉCUYER, H.: «Effets du divorce: observations sur l'article 266 du Code civil», *GP*, 2010, núm. 260-261, pp. 11 y ss.

Dificultades de aplicación del art. 266 por su choque con las normas de responsabilidad y reparación del daño. Necesidad de su derogación. (*I. S. P.*)

LETELLIER, H.: «Un nouveau régime matrimonial à disposition de tous les couples: le régime commun franco-allemand», *GP*, 2010, núm. 211-213, pp. 24-28.

Iniciativa franco-alemana sobre un régimen matrimonial común. Superación de diferencias en el régimen de participación francés y alemán. (*I. S. P.*)

LIBERALI, A.: «Sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 777-782.

Comentario a sentencia sobre fecundación heteróloga, desconocimiento de la paternidad y tutela del menor. (*Alma R.G.*)

LO GIUDICE, M.: «Comunione legale tra coniugi e misure di prevenzione patrimoniali antimafia», *DFP*, 2010, núm. 3, pp. 1244-1264.

Comentario a sentencia sobre técnicas de tutela de terceros en el sistema de las medidas patrimoniales antimafia, en concreto, protección de la posición del cónyuge que no ha participado en la actividad ilícita de su cónyuge. (*Alma R.G.*)

LOMBARDO, A.: «L'illecito endofamiliare trova un ulteriore riconoscimento nella giurisprudenza», *DFP*, 2010, núm. 3, pp. 1269-1292.

Vivo debate doctrinal y jurisprudencial sobre la admisibilidad de la responsabilidad civil en el ámbito de la familia, en especial, en la hipótesis concreta del incumplimiento de deberes conyugales. (*Alma R.G.*)

LONG, J.: «*Kafalah*: la Cassazione fa il passo del gambero», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 835-839.

La *Kafalah* islámica como instrumento de tutela de los menores y presupuestos de su reconocimiento en Italia; la *Kafalah* islámica y su reconocimiento como adopción. (*Alma R.G.*)

MAGNO, G.: «Ancora sulla rappresentanza e difesa del minore nel giudizio per la dichiarazione dello stato di adottabilità», *DFP*, 2010, núm. 3, pp. 1201-1224.

Dos sentencias del Tribunal Supremo italiano de 17 de febrero de 2010 reflexionan en torno a la constitución en juicio, a la representación y a la defensa de la persona menor de edad, especialmente en materia de representación y defensa del menor en el juicio para la declaración del estado de adopción. (*Alma R.G.*)

MARINI, R.: «Assegnazione parziale della casa familiare e potere del giudice – nota a Cass. 17 dicembre 2009 n. 26586», *GC*, 2010, núm. 10, pp. 2180-2182. (*M. R. D. R.*)

MIRKOVIC, A.: «Un enfant ne peut être conçu après le décès de son père», *SJ*, núm. 37, 2010, pp. 1670-1673

La viuda no puede exigir la entrega CECOS de esperma congelado de su difunto esposo, ya que, si el contrato prevé esta posibilidad, de todos modos la ley (obligatoriamente) exige que ambos padres estén vivos cuando se intenta el nacimiento de un niño por inseminación artificial. (*R. A. R.*)

— «Non-transcription des actes de naissance étrangers d'enfants nés d'une mère porteuse sur les registres français d'état civil», *SJ*, núm. 18, 2010, pp. 933-935.

Los certificados de nacimiento de EE.UU. de los niños asignación por maternidad para la mujer francesa que no ha dado a luz no puede ser transcrita en los registros civiles franceses, a pesar de que hayan sido otorgados de conformidad con una decisión de la justicia estadounidense. En efecto, esta decisión es contraria a la concepción francesa de la política internacional pública en que se ha validado indirectamente, un acuerdo de alquiler de vientres, y no será reconocida en Francia. (*I. S. P.*)

MORANI, G.: «L'anomalo, raro caso del riento nella famiglia di origine di un minore adottato», *DFP*, 2010, núm. 3, pp. 1347-1359.

Artículo sobre la extraña hipótesis del retorno del menor adoptado a su familia de origen. (*Alma R.G.*)

NARDI, S.: «Sull'inidoneità del provvedimento di separazione a valere come titolo esecutivo in ordine alle spese straordinarie per il mantenimento della prole – nota a Trib. Roma, sez. imm. IV, 15 gennaio 2009», *GC*, 2010, núm. 4, pp. 1002-1005. (*M. R. D. R.*)

NATHALIE PETERKA, N.: «La famille dans la réforme de la protection juridiques des majeurs», *SJ* núm. 1-2, 2010, pp. 45-51

La familia sigue siendo, en la ley de 5 de marzo de 2007, uno de los principales dispositivos de protección. Se observa una evolución desde un doble punto de vista. De una parte la reforma dilata la definición de familia para incluir todos los modelos de unión. De otra parte, plasma un cierto declive de la familia a través del descenso de la junta familiar. (*R. A. R.*)

OBERTO, G.: «Problemi di coppia, omosessualità e filiazione», *DFP*, 2010, núm. 2, pp. 802-833.

Discusión acerca de la relevancia o irrelevancia de la orientación sexual del progenitor en el cuidado de los hijos; crisis de la pareja homosexual y consecuencias de tal ruptura en relación con los hijos. (*Alma R.G.*)

PITTI, G.: «L'ordonnance de protection instituée par la loi du 9 juillet 2010», *GP*, 2010, núm. 230-231, pp. 8-11.

Ordenanza de protección de la mujer en casos de violencia o maltrato. Nueva forma de actuación del juez penal. (*I. S. P.*)

SCHERPE, J.M.: «Same-sex couples have family life», *C. L. J.*, 2010, vol 69, núm. 3, pp. 463-465.

Nota sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Schalk y Kopf c. Austria*. En esta sentencia, el Tribunal concluyó por unanimidad que si bien el art. 12 CEDH no excluye el matrimonio entre personas del mismo sexo, tampoco obliga a los Estados contratantes a autorizarlo. Para Scherpe, lo más destacable de la sentencia es no obstante que se aparta de sus precedentes al admitir que la relación de pareja de los demandantes constituye «vida familiar» a los efectos del art. 8 CEDH. Para el autor, de ahí se podría inferir que los numerosos Estados contratantes que todavía no poseen un estatuto legal reconociendo un mínimo de derechos a las parejas del mismo sexo estarían infringiendo sus obligaciones conforme al Convenio. (*J. R. I.*)

VERHEYDE, TH.: «Le juge des tutelles, nouveau juge aux affaires familiales?», *RD*, 2010, núm. 37, pp. 2460 y ss.

La reforma de la protección jurídica de los mayores, art. 459.2 del Código Civil francés y el cambio de actuación por los jueces. Mayor protección del mayor con mayor intervención del juez, asimilable a su intervención en los procedimientos de menores. (*I. S. P.*)

VIDIRI, G.: «I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori – nota a Cass. 12 febbraio 2010 n. 3345 e Cass. 19 novembre 2009 n. 24450», *GC*, 2010, núm. 9, pp. 1903-1915. (*M. R. D. R.*)

VVAA.: «Régimes matrimoniaux», *SJ*, núm. 49, 2010, pp. 2299-2305

Estudio jurisprudencial de los distintos regímenes matrimoniales y de sus peculiaridades. (*I. S. P.*)

DERECHO DE SUCESIONES

CALOGERO, M.: «Bizarre modalità di confezione del testamento olografo – nota a Trib. Mistretta 27 ottobre 2009», *GC*, 2010, núm. 6, pp. 1514-1524. (*M. R. D. R.*)

FÖTSCHL, A.: «The Relationship of the European Certificate of Succession to National Certificates», *ERPL*, núm. 6, 2010, pp. 1259-1271.

Este jurista austriaco residente en Noruega nos presenta un estudio sobre una Propuesta de la Comisión Europea, llamada «Roma IV», que consiste en la creación de un certificado europeo de testamentos (*European Certificate of Succession*, ECS). Se estudia la Propuesta y la relación entre los certificados nacionales y el europeo. (*M.G.-R.*)

LAUVERGNAT, L.: «Point de vue sur la pratique des partages amiables», *GP*, 2010, núm. 237-238, pp. 10-12.

Estudio a propósito de los artículos 835 y siguientes del Código Civil sobre partición y los beneficios de la partición amistosa por su simplicidad. (*I. S. P.*)

LEIPOLD, D.: «Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß? (Gedankensplitter zu einem großen Thema)», *JZ*, 2010, núm. 17, pp. 802-811.

El autor se plantea la conveniencia de abordar la reforma del Derecho sucesorio alemán. (*B. T. G.*)

MUSTO, A.: «Il profilo identitario degli strumenti alternativi al testamento: l'unità assiologica nella variabilità strutturale degli atti *inter vivos* con funzione successoria vietata», *DFP*, 2010, núm. 3, pp. 1149-1181.

Artículo relativo a la prohibición de los pactos sucesorios y a la necesaria protección de los legitimarios. (*Alma R.G.*)

PORRELLO, V.: «Sui legati ai legittimari», *DFP*, 2010, núm. 2, pp. 879-909.

El principio de indisponibilidad de la cuota legitimaria. Algunos ejemplos de reforma de la legítima; el legado en sustitución de la legítima, el

legado como facultad de solicitar el complemento y el legado a cuenta de la legítima. (*Alma R.G.*)

SCODELLARI, F.: «Due problemi in tema di trascrizione e di accettazione tacita dell'eredità - nota a Cass. 3 marzo 2009 n. 511», *GC*, 2010, núm. 3, pp. 649- 658. (*M. R. D. R.*)

TESSERA, D.: «Una complessa vicenda successoria: lascito dell'usufrutto, transazione tra coeredi e giudizio di divisione», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 841-848.

Usufructuario de bienes hereditarios: ¿heredero o legatario? (*Alma R.G.*)

VIDIRI, G.: «I difficili rapporti tra patti di famiglia e patti successori – nota a Cass. 12 febbraio 2010 n. 3345 e Cass. 19 novembre 2009 n. 24450», *GC*, 2010, núm. 9, pp. 1903-1915. (*M. R. D. R.*)

VARIA

BEVER, A. VAN/GUND, N.: «Treu und Glauben als Rechtsgrundlage für die Änderung von Arbeitsverträgen», *ERPL*, núm. 1, 2011, pp. 3-24.

Estudio de estas dos expertas en Derecho laboral sobre la buena fe como fundamento de la modificación de los contratos de trabajo. (*M.G.-R.*)

CAVALIER, G./STRAUB, TH.: «Les fusions-acquisitions et l'analyse économique du droit: approche comparée France-États-Unis», *RD*, 2010, núm. 41, pp. 2718 y ss.

Mayor eficacia, desde el punto de vista económico del sistema del Common Law sobre el sistema del Civil law. Impacto de estos sistemas en Francia y Estados Unidos atendiendo a sus sistemas civiles en los casos de fusión-adquisición de empresas. Escasa diferencia por la existencia de prácticas mercantiles comunes. (*I. S. P.*)

CZEPELAK, M.: «Would We Like to Have a European Code of Private International Law?», *ERPL*, núm. 4, 2010, pp. 705-728.

La traducción del título es «¿nos gustaría tener un Código europeo de Derecho Internacional Privado?» El autor señala que, tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Comisión Europea inició la preparación de numerosas reglas que establecen normas de conflicto uniformes. De hecho, la Unión Europea no está lejos de crear un sistema común de Derecho internacional privado. (*M.G.-R.*)

DAMWITZ, Th. VON: «Die Aufgabe des Gerichtshofes bei der Entfaltung des Europäischen Zivil- und Zivilverfahrensrechts», *ZEuP*, núm. 3, 2010, pp. 463-476.

En principio, y de acuerdo a su formulación clásica, la función del TJCE es el mantenimiento del Derecho comunitario a propósito de la interpretación y aplicación de los tratados. Con todo, lo que estaba claro es que cada Estado tenía sus propios medios procesales para hacer efectivos los tratados comunitarios.

Sin embargo, el Derecho comunitario y el TJCE han ido entrando cada vez más en el ámbito procesal de la aplicación de los derechos sustantivos. Así, el TJCE ha matizado su opinión, señalando que el Derecho procesal

interno tiene que prever un procedimiento similarmente garantista al de otros derechos internos similares; en los contratos entre empresarios y consumidores se ha admitido que el juez interno pueda de oficio entrar en la consideración de la abusividad de una cláusula, etc. (*M.G.-R.*)

DEVERS, A.: «Perte de l'exclusivité des articles 14 et 15 du Code civil. Pièce en trois actes», *SJ*, núm. 8, 2010, pp. 406-408.

Comentario a la sentencia de casación de 16 de diciembre de 2009. (*I. S. P.*)

DUPONT, N.: «L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française», *RTDC*, 2010, núm. 3, pp. 459-485.

Estudio a propósito de la Sentencia de casación civil de 27 de febrero de 2009, introduciendo el principio de prohibición de contradecirse en detrimento de otro en el proceso civil. Críticas a esta postura. (*R. A. R.*)

FORNASIER, M.: «Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum –Der Beitrag des Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen», *ZEuP*, núm. 3, 2010, pp. 477-496.

La Decisión del Consejo 2001/470/CE, de 28 de mayo de 2000, aprobó una Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil, con el fin de facilitar la cooperación de los órganos judiciales de los distintos Estados. Cinco años después de la Decisión, un informe del Consejo consideró que los Estados miembros no estaban haciendo uso de esa posibilidad en la medida deseada, lo que ha dado lugar a una reforma de la decisión (569/2009/CE). (*M.G.-R.*)

HERVÉ, R.: «Professions juridiques et prévention du blanchiment. Après la transposition de la directive (CE) 2005/60 du 26 octobre 2005», *SJ*, núm. 7, 2010, pp. 365-373.

Si los profesionales jurídicos independientes están sometidos desde de la ley núm. 2004-130, de 11 de febrero de 2004, a las obligaciones de prevención y de detección de blanqueamiento de fondos ilícitos y de financiación de terrorismo, de acuerdo a las reglas derogatorias, la trasposición de la tercera directiva antiblanqueamiento ha destacado la cuestión de la arquitectura del régimen específico que presenta, su misión y su reconocimiento. (*R. A. R.*)

MALAURIE, Ph.: «Les dix premières années de notre siècle et le droit civil», *SJ*, núm. 15, 2010, pp. 781-786

Los diez últimos años que no son los 10 primeros años del siglo se han significado, en Derecho Civil, de una parte por una fuerte inflación legislativa que desborda los límites de los años anteriores, de otra parte una gran mediocridad técnica que contrasta con los años 1960-1975. (*I. S. P.*)

MARTINY: «Neuanfang im Europäischen Internationalen Vertragsrecht mit der Rom I-Verordnung», *ZEuP*, núm. 4, 2010, pp. 747-782.

Comentario del Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I), que ha entrado en vigor el 17 de diciembre de 2009. Se pone de manifiesto que, a pesar de algunas adaptaciones y ampliaciones, se mantiene la estructura básica del Convenio de Roma de 1980. En opinión del autor, las finalidades políticas y económico-políticas aparecen todavía

más claramente que en la legislación anterior; en algunos puntos el resultado es decepcionante; pero, en general, es equilibrado y practicable. (*M.G.-R.*)

MATYK, S.: «Das Europäische Netz des Notariats: ein Beitrag zum Ausbau des Europäischen Justiziellen Netzes», *ZEuP*, núm. 3, 2010, pp. 497-508.

La reciente Decisión del Consejo y del Parlamento 568/2009/CE ha modificado la Decisión 2001/470/CE, que aprobó una Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil. En esta modificación se prevé una Red Europea del Notariado como medio de ayuda a esa red judicial. (*M.G.-R.*)

RAYNOUARD, A./KERHUEL, AJ.: «L'évaluation des systems juridiques au Coeur de la tourmente», *RD*, 2010, núm. 44, pp. 2928 y ss.

Comparación de sistemas jurídicos mediante el análisis económico y la situación actual. Concepto de seguridad jurídica. (*I. S. P.*)

VV.AA.: *ERPL*, núm. 5, 2010, pp. 897-1049.

Número 5 de 2010 de la *ERPL* dedicado al Derecho chino. En general, las aportaciones son muy breves.

Artículos: Sun, X., «Rezeption der westlichen Zivilrechtswissenschaft im modernen China. Analysen aus der rechtsvergleichenden Perspektive» (Recepción de la ciencia jurídico-civil occidental en China. Análisis desde una perspectiva comparativista); Herbots, J., «Un aperçu du droit chinois des contrats»; Timoteo, M., «Vague Notions in Chinese Contract Law. The Case of Heli» («Heli» significa «razonable»); Novaretti, S., «General Clauses and Practice. The Use of the Principle of Good Faith in the Decisions of Chinese Courts»; Chen, L., «Private Property with Chinese Characteristics. A Critical Analysis of the Chinese Law on Property of 2007»; Bu, Y., «Security Rights in Property in Chinese Law. The Unattainable Goal of Constructing a Coherent Legal Regime». (*M.G.-R.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

CAUFFMAN, C.: «The DCFR and the Attempts to Increase the Private Enforcement of Competition Law. Convergences and Divergences», *ERPL*, núm. 6, 2010, pp. 1079-1119.

El trabajo plantea una comparación entre el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) y la legislación comunitaria sobre competencia. La autora advierte de las diferencias entre ambos grupos de normas, tales como la distinta importancia atribuida a la indemnización por daños, la estructura básica de la responsabilidad extracontractual y su función, así como aspectos técnicos como, p. ej., el plazo de prescripción. (*M.G.-R.*)

DREYER, E.: «Non intentionnelle, la pratique commerciale trompeuse constitue une simple contravention», *RD*, 2010, núm. 29, pp. 1913 y ss.

Problemas de publicidad equivocada en material de etiquetaje de alimentos. Publicidad equivocada. (*I. S. P.*)

HAZELHORST, M.: «Private Enforcement of EU Competition Law. Why Punitive Damages Are a Step Too Far?», *ERPL*, núm. 4, pp. 757-772.

Artículo que estudia el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Acciones de Daños por Incumplimiento del Derecho de la Competencia de Unión Europea, de 2005, que preveía, inspirado en la legislación estadounidense, un daño doble, especie de daño punitivo para los cárteles horizontales. Tal propuesta fue muy criticada, y se eliminó en el Libro Verde, de 2008. Para la autora, hay suficientes razones para no introducir en Europa los daños punitivos; razones que expone a lo largo del trabajo. (*M.G.-R.*)

JOUANNEAU, F./POTTIER, I.: «Achats publics: un guide pour accélérer la montée en puissance de la dématérialisation», *GP*, 2010, núm. 204-209, pp. 22-24.

La desmaterialización de los mercados públicos y su influencia en la economía. Cuestiones que suscitan la falta de documento corporal. (*I. S. P.*)

MOUSSERON, P.: «Restructuration des réseaux d'indépendants: la force des regroupements sociétaires», *SJ*, núm. 49, 2010, pp. 2282-2283.

La operación de filialización realizada por una sociedad cooperativa no impone el acuerdo unánime de sus actuaciones. (*R. A. R.*)

MAGAR, F.: «Ingénierie juridique: pratique des clauses de rencontré et renégociation», *RD*, 2010, núm. 30, pp. 1959 y ss.

Cambios en la economía mundial como consecuencia de la crisis económica y las cláusulas «hardship». Eficacia de estas cláusulas para las empresas mediante experiencias reales. (*R. A. R.*)

PETIT, S.: «Réflexions sur l'incrimination de la menace d'une brusque rupture des relations commerciales», *RD*, 2010, núm. 28, pp. 1813 y ss.

Ruptura brusca de relaciones comerciales y su influencia en el derecho de la competencia. Prohibición de discriminación tarifaria y su doble empleo. Problemas de prueba. (*I. S. P.*)

SCARPA, D.: «Comunicazione d'impresa tra studio di sistema e nuove prospettive», *CI*, 2010, núm. 3, pp. 802-838.

Artículo relativo a la comunicación de la empresa, base imprescindible para un estudio sistemático de la empresa como organización económica. Especial atención al estudio del régimen jurídico de la contabilidad. (*Alma R.G.*)

ZANELLI, P.: «Reti di impresa: dall'economia al diritto, dall'istituzione al contratto», *CI*, 2010, núms. 4-5, pp. 951-970.

Nacimiento del contrato de redes entre empresas. (*Alma R.G.*)

ZORZI, N.: «Il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori», *CI*, 2010, núm 3, pp. 671-736.

En el marco de la protección a los consumidores, este artículo estudia las prácticas desleales engañosas y agresivas a juicio de la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado. (*Alma R.G.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

BUTTURINI, P.: «La rilevanza dei chiarimenti forniti in assemblea sul bilancio (e alcune questioni correlate)», *CI*, 2010, núms. 4-5, pp. 887-904.

Profundización en el polémico tema sobre la relevancia que poseen las aclaraciones realizadas por los administradores en el curso de una asamblea convocada para la aprobación del balance de cuentas, en concreto, si tales aclaraciones pueden eliminar los defectos de dicho balance. (*Alma R.G.*)

DELLE PRISCOLI, L.: «I nuovi presupposti per la dichiarazione di fallimento e il piccolo imprenditore – nota a Cass. 29 luglio 2009 n. 17553», *GC*, 2010, núms. 7-8, pp. 1702-1707. (*M. R. D. R.*)

FARSACI, B.: «L'onere della prova delle soglie di fallibilità ex art. 1, comma 2, l. fall. – nota a Cass. 15 maggio 2009 n. 11309», *GC*, 2010, núm. 4, pp. 951-957. (*M. R. D. R.*)

GUIDOTTI, R.: «Opa obbligatoria e conseguenze della sua mancata promozione», *CI*, 2010, núms. 4-5, pp. 869-886.

La suspensión del derecho de voto como sanción civil prevista en el caso de falta de promoción de una oferta pública de adquisición obligatoria. (*Alma R.G.*)

MATTIONI, M.: «Il contratto preliminare di società», *NGCC*, 2010, núms. 7-8, pp. 371-388.

Régimen jurídico del contrato preliminar de sociedad, en concreto, admisibilidad y configuración jurídica del contrato preliminar de sociedad de capital: ¿contrato preliminar o contrato definitivo? Forma, contenido y efectos. (*Alma R.G.*)

MERUZZI, G.: «L'informativa endo-societaria nella società per azioni», *CI*, 2010, núm. 3, pp. 737-801.

Estudio de una de las novedades de mayor relieve operativo y sistemático introducida por la reforma del derecho de sociedades del año 2003: la previsión de una regulación general y unitaria de los flujos informativos endo-societarios en el régimen de las sociedades por acciones. (*Alma R.G.*)

MONTÉLAN, TH.: «Liquidation judiciaire et sites pollués: une action en recherché de maternité», *RD*, 2010, núm. 43, pp. 2859 y ss.

Obligación de una empresa matriz de financiar a su filial en situación de liquidación judicial. El nuevo artículo 512-17 del Código de medio ambiente. (*I. S. P.*)

NURIT-PONTIER, L.: «Des pactes d'actionnaires au service de la RSE?», *RD*, 2010, núm. 32, pp. 2081 y ss.

Estudio sobre las consideraciones que entran en consideración sobre las decisiones de gestión de las sociedades. Aproximación jurisprudencial de estos pactos. (*I. S. P.*)

SCARPA, D.: «Presupposizione ed equilibrio contrattuale nella cessione di partecipazione sociale», *GC*, 2010, núm. 9, pp. 395-415. (*M. R. D. R.*)

Reflexiones sobre la cesión de participaciones sociales en función del principio de buena fe para conseguir el equilibrio contractual. Adopción de garantías: business warranties. (*M. R. D. R.*)

STELLA RICHTER, M.: «Considerazioni generali in tema di modificazione dell'atto costitutivo di società a responsabilità limitata», *GC*, 2010, núm. 11, pp.519-528.

Estudio acerca de las facultades de los socios para modificar sus derechos y los estatutos de sociedades de responsabilidad limitada: procedimiento y quórum necesario para la validez de las decisiones tomadas por los socios. (*M. R. D. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

BOISMAIN, C.: «L'obligation de mise en garde du banquier d'I. S. Pensateur de crédit», *SJ*, núm. 11, 2010, pp. 550-556.

La crisis económica actual tiene su partida de los créditos hipotecarios concedidos, en los Estados Unidos a personas poco solventes. En Francia, la jurisprudencia tiende a limitar los riesgos de endeudamiento excesivo imponiendo a los bancos una obligación de información. (*I. S. P.*)

CHABERT, C.: «D'arrêt eBay en arrêt eBay, la jurI. S. Prudence sur la compétence internationale se forge», *SJ*, núm. 8, 2010, pp. 403-405.

En materia de difusión en Internet, desde el instante en que se puede acceder desde el territorio francés, el perjudicado puede acudir al juzgado francés sin rebuscar si existe o no relación suficiente entre los hechos alegados y el territorio francés. (*R. A. R.*)

DEWEZ, J./RAMBERG, CH./MOMBERG URIBE, R./CABRILLAC, R./SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: «The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles», *ERPL*, núm. 1, 2011, pp. 101-154.

Interesante artículo sobre el deber de renegociación en el Convenio de Viena sobre Venta Internacional de Mercaderías en el caso de alteración de las circunstancias y el posible recurso a las Reglas Unidroit sobre el asunto. (*M.G.-R.*)

FAVERO, M.: «De l'intérêt d'un nouveau contrat nommé: "le contrat de transfert de risques"», *SJ*, núm. 49, 2010, pp. 2308-2309.

Análisis jurídico del contrato de transferencia de riesgos, uno de los múltiples instrumentos financieros sofisticados de reciente creación. (*R. A. R.*)

GHESTIN, J.: «La confirmation de l'exception à la jurI. S. Prudence Baldus: la jurisprudence Vilgrain relative au dirigeant de société», *SJ*, núm. 38, 2010, pp. 1726-1729.

Fue en vano que el cesionario se queja de la decisión que han mantenido en contra de su resistencia a la lesión dolosa del cedente. La corte de apelaciones podría inferir que el cesionario había cometido una infracción de su

deber de lealtad como oficial de las empresas cuyas acciones habían sido vendidas. Que debido a la significativa diferencia de valor entre los activos transferidos por el cedente al cesionario y los vendidos por él a la tercera empresa, el vendedor no podía consentir en el traslado de acciones o por lo menos, que quede condicionada la aplicación a la fijación de un precio más alto, si se les informó de los elementos de hecho. (*I. S. P.*)

GOURIO, A.: «Deux précisions importantes concernant l'obligation de mise en garde du banquier prêteur», *SJ*, núm. 13, 2010, pp. 655-658.

La prescripción de una acción de responsabilidad comienza a contar desde la realización del daño o desde la fecha en la que éste se revela a la víctima si se establece que no pudo tener conocimiento de él. (*R. A. R.*)

LEGRAND, V.: «Banques et endettement: les résolutions pour 2010», *SJ*, núm. 6, 2010, pp. 298-304.

El autor intenta contestar a una pregunta ¿el banquero tendrá ahora el deber de superar toda la tensión comercial para ratificar frente a los particulares su papel de hombre de confianza? (*I. S. P.*)

MAGNO, L.: «L'azione inibitoria collettiva in materia di anatocismo bancario», *CI*, 2010, núms. 4-5, pp. 1017-1043.

Artículo dedicado a la tutela colectiva de los consumidores en la hipótesis de cláusulas abusivas existentes en los contratos bancarios. (*Alma R.G.*)

MOUY, G.: «L'évaluation du prix de cession forcée des droits sociaux sauvée par le mécanisme de la promesse de vente», *SJ*, núm. 5, 2010, pp. 222-225.

Un comentario sobre la sentencia de casación de la corte comercial de 24 de noviembre de 2009, en la que se confirma que los mecanismos de orden público de estimación del precio de cesión de los derechos sociales no se aplica a los pactos extra estatutarios referentes a una promesa de venta a terceros. (*R. A. R.*)

PACLOT, Y.: «Garantie de passif et fusion-absorption», *SJ*, núm. 9-10, 2010, pp. 474-475.

Un comentario a la sentencia de la Corte comercial de 9 de junio de 2009.

PLANCKEEL, F.: «Portée de la nullité de la clause imposant au preneur l'adhésion à l'association des commerçants», *SJ*, núm. 38, 2010, pp. 1732-1735.

En esta sentencia, que promete una amplia difusión, el Tribunal Supremo da el golpe final a un sistema que todavía se practica ampliamente en los centros comerciales. La Primera Sala Civil confiere un alcance máximo de la nulidad absoluta de las cláusulas que requieren la pertenencia a la asociación de comerciantes, permitiendo que los asegurados puedan recuperar íntegramente sus cotizaciones. Es una vez más en el Convenio Europeo de Derechos Humanos donde el Tribunal de Casación encuentra fundamento a la libertad de asociación. (*I. S. P.*)

QUADRI, E.: «L' "arbitrato bancario finanziario" nel quadro dei sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie», *NGCC*, 2010, núm. 6, pp. 305-318.

Artículo dedicado a los sistemas de resolución extrajudicial de las controversias en el ámbito del sector bancario y financiero. La ABF y la transparencia en las relaciones entre intermediarios y clientes. (*Alma R.G.*)

TORRES, CH.: «Le credit scoring: une pratique très encadrée par la Cnil», *GP*, 2010, núm. 204-205, pp. 25-30.

Información personal en las operaciones bancarias. Utilización de los ficheros de los bancos para controlar el riesgo en materia de créditos. (*R. A. R.*)

DERECHO CONCURSAL

TEBOUL, G.: «Un nouveau coup de balancier: le projet de sauvegarde financière expresse», *GP*, 2010, núm. 258-259, pp. 8-12.

Estudio sobre el anteproyecto de reforma de los procedimientos colectivos. Intento de crear un procedimiento de salvaguarda financiera expresa destinada a facilitar el resurgir de las empresas. (*I. S. P.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law
CLR	California Law Review
C. L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFPII	Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
ERPL	European Review of Private Law
FIII	Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L. Q. R.	Law Quarterly Review
MLR	Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
RD	Recueil Dalloz
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L.	Rev. University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Inmisiones sonoras, legislación urbanística y conceptos integrantes del daño moral indemnizable. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12-1-2011)*

LUÍS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Hechos.*—II. *Itinerario procesal y motivos del recurso de casación.*—III. *Fundamentos jurídicos relevantes.*—IV. *Tendencia expansiva del daño moral resarcible:* 1. Consideraciones generales. 2. Orientación jurisprudencial y especial alusión a las inmisiones sonoras en viviendas.—V. *La acumulación de preceptos heterogéneos en las pretensiones de las partes y en las resoluciones judiciales sobre inmisiones.*—VI. *La reducción del valor de la vivienda y su relación con el daño moral:* 1. La calidad del entorno como elemento de valor de los inmuebles y la existencia de cierta discrepancia jurisprudencial. 2. El origen del problema: el mantenimiento de inmisiones que se consideran lícitas y, sin embargo, causantes de daños que se estiman resarcibles. 3. Consideraciones conclusivas sobre la superposición parcial entre el daño moral futuro y la disminución del valor de los inmuebles afectados. 4. Breve referencia a los titulares de esa indemnización futura.—VII. *La incidencia del cumplimiento de normas reglamentarias y licencias administrativas: ¿inicio de un giro jurisprudencial?*

* Este trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación «El coste del incumplimiento: daños indemnizables y daños indemnizados». (DER 2008-00968/JURI), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Dirección General de Programas y Transferencia del Conocimiento), que se ejecuta en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y cuyo investigador principal es el profesor Dr. D. Antonio Manuel Morales Moreno.

I. HECHOS

Una asociación de vecinos, integrada por propietarios de viviendas unifamiliares, demandó a tres mercantiles, titulares de explotaciones industriales situadas en las inmediaciones y consistentes en la manipulación, cortado y preparación de mármol. La demanda se fundaba en los perjuicios derivados de las inmisiones producidas por las sociedades demandadas, consistentes principalmente en ruidos que superaban notablemente los niveles permitidos por la ordenanza municipal, y en ella se pedía la condena conjunta y solidaria de las mencionadas demandadas a que indemnizaran a la asociación demandante en la suma de 125.280.000 pesetas, por los daños causados desde el año 1991 hasta la fecha de la demanda, más los intereses legales desde la interposición de la demanda y esos mismos intereses, incrementados en dos puntos, a partir de la sentencia (aunque, al parecer, no se razonaban debidamente los motivos de esa precisión temporal y alguno de los asociados ni siquiera tenían su parcela edificada en 1991); también se instaba la cesación de las inmisiones en un plazo máximo de tres meses a partir de la sentencia y, de no hacerlo así las demandadas, que se las condenara a indemnizar a la demandante en la cantidad de 13.680.000 pesetas anuales durante el tiempo que se prolongaran esas inmisiones (con los incrementos sucesivos resultantes de aplicar a dicha suma el IPC); además se solicitaba la condena a adquirir las viviendas de los miembros de la asociación que así lo desearan y al precio resultante de tasación pericial referida a la fecha de la sentencia, procediéndose en tal caso a la reducción proporcional de la indemnización por los daños y perjuicios futuros. Resulta importante destacar que las industrias de las demandadas y sus ampliaciones posteriores estaban autorizadas, se desarrollaban en suelos calificados por el planeamiento urbanístico como zona urbana-industrial y eran anteriores a la construcción de todas las viviendas; en cuanto a estas últimas se estimó probado que estaban situadas en terrenos clasificados por el planeamiento urbanístico de aplicación como suelo no urbanizable-común rústico, e incluso una de ellas en suelo industrial, y también que no todos los propietarios de viviendas tenían en ellas su residencia habitual y permanente.

Las mercantiles demandadas contestaron a la demanda, proponiendo diversas excepciones (falta de jurisdicción, ausencia de legitimación activa, prescripción y falta de litisconsorcio pasivo necesario) y oponiéndose también en cuanto a la cuestión de fondo, para solicitar en base a ello la apreciación de las excepciones o la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la demandante en ambos casos.

II. ITINERARIO PROCESAL Y MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, con imposición de las costas causadas a la demandante; sin embargo la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación planteado por la actora y condenó a las demandadas a abonar a aquella la suma de 70.000 euros, con los intereses legales desde la firmeza de su resolución por los daños sufridos, más la cantidad que pericialmente se determinara en ejecución de sentencia por la pér-

dida de valor de las viviendas propiedad de los asociados, sin hacer declaración sobre las costas de ambas instancias.

Frente a la citada resolución de la audiencia, las mercantiles demandadas plantearon recurso extraordinario de revisión por infracción procesal y recurso de casación; el primero se sistematizaba en seis motivos, en los cuales se denunciaron aspectos como la incongruencia de la sentencia, que condenó a indemnizar una pérdida de valor de las viviendas no solicitada en la demanda, y su carencia de exhaustividad y motivación, en cuanto se obviaba cualquier referencia a la condición urbanística del suelo en que se ubicaban las viviendas e instalaciones, así como al hecho de que los recurrentes disponían de todas las autorizaciones pertinentes para el ejercicio de su actividad. Se alegaban también cuestiones como la ausencia de determinación de la indemnización por pérdida de valor de las viviendas y la existencia de una serie de errores en la valoración de la prueba, que a su vez se concretaban en considerar acreditado el que los miembros de la asociación tuvieran su domicilio en las viviendas próximas a las canteras (ya que se discutía que todos tuvieran propiedades en la zona afectada por las inmisiones y que todos los propietarios hubieran edificado), la existencia misma de los daños morales y patrimoniales alegados, o la relación de causalidad entre dichos daños y la actividad desarrollada por las demandadas (en este último caso, por estimar que el dictamen de la demandante no había considerado el ruido ambiental provocado por el tráfico y otras industrias).

El recurso de casación, por su parte, se desarrollaba a través de tres motivos: el primero alegaba la infracción de los artículos 18 de la Constitución y 40 del Código Civil, en relación con los artículos 590 y 1902 del citado Código, insistiendo en el argumento de que los miembros de la asociación demandante no tenían su domicilio en la zona próxima a las instalaciones de las demandadas-recurrentes; el segundo motivo alegaba la infracción de los artículos 7, 590, 1902 y 1908 del Código Civil, negándose la existencia de acción u omisión negligente por parte de la demandada-recurrente (que realizaba su actividad en terreno clasificado como suelo industrial y disponía de todas las licencias necesarias), al tiempo que se afirmaba que las inmisiones eran lícitas de acuerdo con el criterio de la normal tolerancia y atendida la actividad industrial desarrollada en la zona desde antes de que los dueños de viviendas adquirieran sus propiedades, volviéndose a plantear también, aunque ahora como cuestiones de fondo, las relativas a ausencia de relación de causalidad entre las inmisiones y el daño, así como la ausencia de daños morales y patrimoniales resarcibles: en cuanto a los daños morales, por la existencia del deber de los dueños de viviendas de soportar las inmisiones, y en cuanto al daño patrimonial consistente en la pérdida de valor de las viviendas, porque cuando éstas se construyeron ya existían las industrias emisoras. El tercer motivo, por último, se dedicaba a impugnar la cuantía indemnizatoria concedida por la Audiencia.

El Tribunal Supremo, tras desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el primer motivo del recurso de casación, estimó el segundo, confirmando el fallo íntegramente desestimatorio de la demanda recaído en primera instancia y declarando la consiguiente improcedencia de examinar el tercer motivo alegado por las recurrentes.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES

Los de mayor importancia, que a nuestro juicio constituyen la auténtica *ratio decidendi* de la sentencia, parecen ser los dos siguientes:

– «*Si absolutamente todas estas viviendas se construyeron años después de que las demandadas-recurrentes ejercieran y ampliaran su actividad industrial en la zona, claro está que ninguna depreciación pudieron sufrir por el ejercicio de tal actividad, por más que el tribunal sentenciador la dé por sentada pero sin razonamiento alguno sobre la relación de causalidad*» (fundamento de Derecho noveno, en cuanto rechaza la indemnización por pérdida de valor de las viviendas, ante la ausencia de relación de causalidad alguna con las inmisiones producidas por las demandantes y recurrentes).

– «*La decisión libre de vivir en una zona no residencial contigua a la zona industrial del municipio obliga a quien adopta esa decisión a soportar las molestias derivadas de la actividad legítima y autorizada de las industrias previamente instaladas en dicha zona industrial. De no ser así, se daría el contrasentido de poder convertir en fuente de indemnización la propia ilegalidad urbanística de quien decide construirse una vivienda en zona industrial; o también el de que la mera licencia municipal para poder edificar una vivienda en zona rústica se traduzca automáticamente en un coste, carente de apoyo legal, para los titulares de industrias legítimamente instaladas en la zona industrial contigua*» (fundamento de Derecho noveno, en cuanto rechaza la indemnización por daño moral derivada de los ruidos padecidos por los propietarios de viviendas integrantes de la asociación demandante por apreciar la concurrencia del deber jurídico de soportarlos).

Habida cuenta de que antes de hacer las declaraciones referidas en los párrafos anteriores había sido rechazada la incongruencia que imputaban las recurrentes a la resolución de la Audiencia, alegando que se las había condenado a indemnizar por la merma en el valor de las viviendas cuando lo pedido por la demandante era una indemnización anual por el tiempo que transcurriera hasta la eliminación de las inmisiones y la compra forzosa de las viviendas a los propietarios que así lo desearan, también parece destacable la afirmación hecha en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de casación en torno a este problema, según la cual: «*la condena de que se trata (a resarcir el menor valor de las viviendas) podría considerarse implícitamente comprendida en las peticiones segunda y tercera de la demanda [...] ya que la compra forzosa y la indemnización anual cabía interpretarlas, según el fundamento de derecho de la demanda relativo a la reparación del daño, como una consecuencia de la pérdida de valor de las viviendas*». El tribunal cita, en apoyo de su tesis, la jurisprudencia sobre inexigibilidad de una correspondencia absolutamente literal entre la petición y el fallo, manifestada en sus sentencias de 8-3-2010, 18-6-2009, 6-4-2005 y 27-5-03, entre otras, e insistimos en que el interés de este argumento consiste en evidenciar la proximidad existente entre conceptos integrantes de la deuda indemnizatoria que, a primera vista, podrían parecernos muy distintos. Con todo ha de reiterarse que, habiéndose rechazado por otros motivos la existencia de la obligación de indemnizar, la importancia de esta declaración del Tribunal Supremo queda notablemente disminuida.

Por último, y como declaraciones hechas en la sentencia comentada que consideramos de menor interés, por suponer reiteración de líneas jurisprudenciales anteriores y no haber determinado el sentido del fallo, podemos destacar las siguientes:

– «*Si bien el Código Civil no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el artículo 1902 de dicho Cuerdo legal y en la exigencia de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los artículos 590 y 1908*». Por otro lado, a partir especialmente de la ya citada sentencia de 29 de abril de 2003, la jurisprudencia de esta Sala incorpora la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que determinadas inmisiones pueden llegar incluso a vulnerar derechos fundamentales como el Derecho a la intimidad y, por tanto, que para reaccionar frente a las mismas una de las vías posibles es la de la tutela de los derechos fundamentales [...] En la lucha entre dos situaciones vecinales prevalecerá la que se apoye en el interés social si la vida íntima y familiar del vecino no se inquieta (SSTS 17-2-68 y 12-12-80) [...] a partir especialmente de la ya citada sentencia de 29-4-2003, la jurisprudencia de esta Sala incorpora la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que determinadas inmisiones pueden llegar incluso a vulnerar a la intimidad y, por tanto, que para reaccionar frente a las mismas una de las vías posibles es la de la tutela de los derechos fundamentales, así STS de 31-5-2007, también citada anteriormente» (fundamento de Derecho noveno de la sentencia comentada).

– «*Los daños y perjuicios causados por inmisiones no dejan de existir y ser indemnizables por el hecho de que las personas que se digan perjudicadas no tengan su domicilio, entendido como residencia permanente, en las viviendas afectadas, siendo perfectamente admisible que existan daños y perjuicios indemnizables por inmisiones en lo que comúnmente se denomina segunda residencia*» (fundamento de Derecho quinto de la sentencia comentada).

– «*Según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, el acatamiento y la observancia de las normas administrativas no exoneran de responsabilidad al causante de las inmisiones, y los reglamentos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplen, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en realidad para evitar eventos lesivos, citándose como exponentes de la conocida tesis las SSTS de 3-12-1987 y 29-4-2003*» (fundamento de Derecho primero de la sentencia comentada).

– «*En la actualidad no se discute que las molestias generales (¿debe decir «generadas»?) por la percepción de inmisiones acústicas superiores a los niveles de tolerancia constituyen un daño moral extrapatrimonial indemnizable (fundamento de Derecho primero) [...] su prueba no viene determinada tanto por una presunción del tribunal sentenciador como por los informes [...] que acreditaron la intensidad de las inmisiones, especialmente del ruido, en relación con la consideración jurídica doctrinal y jurisprudencial de que las inmisiones acústicas generan un daño patrimonial indemnizable*» (fundamento de Derecho cuarto).

IV. TENDENCIA EXPANSIVA DEL DAÑO MORAL RESARCIBLE

1. Consideraciones generales

Como expusimos en otro lugar¹ la doctrina suele acudir a criterios muy diversos para definir el daño moral objeto de indemnización: unas veces se utiliza un criterio meramente negativo (daño moral es el que no es patrimonial), otras se pone el término en relación con los daños producidos mediante la lesión de derechos de la personalidad o de bienes e intereses sin entidad material (según la menor o mayor amplitud que se pretenda dar al ámbito de los daños morales resarcibles), y no faltan tampoco los autores que refieren el daño moral al tradicional precio del dolor, más o menos ampliado para incluir el sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito anímico de la persona. Los autores que ponen el acento en la lesión de derechos de la personalidad persiguen la encomiable finalidad de contener la proliferación de las indemnizaciones debidas en concepto de daño moral, oponiéndose a la postura doctrinal que considera el daño moral como resultante de la lesión de bienes o intereses inmateriales (o quizá con mayor exactitud no patrimoniales)², pero ni existe en nuestro ordenamiento un sistema de indemnización basado en la lesión de derechos subjetivos³, ni el alcance de los derechos de la personalidad está suficientemente definido como para servir de eficaz muro de contención frente a una patológica multiplicación de las indemnizaciones por daño moral. Esta indefinición se manifiesta palmariamente si consideramos la profunda relación existente entre los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales proclamados por la Constitución⁴, para fijarnos luego en la «fuerza expansiva» de estos últimos derechos; la conclusión de todo ello es que poner el acento en la lesión de derechos de la personalidad probablemente no va a contribuir a la reducción de las indemnizaciones concedidas en concepto de daño moral, sino más bien a contribuir en la progresiva degradación del concepto de derecho de la personalidad, ya que a fin de cuentas todos los padecimientos, aflicciones o preocupaciones sufridos por una persona, pueden ser eficazmente traducidos como lesión de su Dere-

¹ En LÓPEZ FERNÁNDEZ: «Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual. Especial alusión a la venta de viviendas», *Libro Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, pp. 1.715-1.738.

² Como hace, por poner un ejemplo destacado, DIEZ-PICAZO, en *Derecho de daños*, Madrid, 1999, p. 328, afirmando que el daño moral «debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona» y entendiendo por sufrimiento psicofísico, con cita de SCOGNAMIGLIO, «aquel que es consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad».

³ Tampoco existe precepto alguno en nuestro ordenamiento jurídico que limite la indemnización del daño moral a los supuestos expresamente previstos en la Ley, como señala RODRÍGUEZ GUTIÁN, en «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, fascículo II, pp. 829-848.

⁴ Según destacan Díez-PICAZO y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, volumen I, Madrid, 2001, pp. 322-323, la distinción entre los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales constitucionalmente declarados sólo es posible según la consideración clásica de estos últimos como derechos exclusivamente alegables frente al estado. La eficacia directa y la aplicación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución en las relaciones interindividuales ha venido a borrar la citada diferencia, de manera que sólo podrá hablarse de un derecho de la personalidad autónomo cuando el legislador no lo haya consagrado como derecho fundamental.

cho a la integridad física y moral, honor, intimidación personal, libertad ideológica o dignidad, en sus más variadas manifestaciones.

Por estas consideraciones creímos preferible relacionar el daño moral con la lesión de derechos de la personalidad, o de bienes e intereses no susceptibles de traducción económica directa que incidan en los sentimientos, afectos o ánimos de la persona, pese a considerar que tal concepto de daño moral puede parecer excesivamente amplio y especialmente si estimamos que tampoco tenemos muy clara la existencia de justificación alguna para limitar la indemnización del daño moral a la lesión de los sentimientos o afectos «más importantes y elevados» o a las «perturbaciones más graves», en lugar de dejar que esa importancia cualitativa del interés lesionado o de la lesión misma operen como elementos moduladores de la cuantía indemnizatoria, no como requisitos de su exigibilidad⁵; pero, como también dijimos en el trabajo citado, tampoco han de exagerarse estos problemas puesto que, en la práctica, las molestias, inconvenientes e incertidumbres, derivados de los procedimientos necesarios para exigir indemnización, actuarán como poderosos elementos disuasorios cuando se trate de reclamar daños morales de escasa cuantía y tampoco exista un elevado número de perjudicados; sin olvidar que la limitación del daño moral resarcible puede lograrse con mejores argumentos utilizando los criterios de imputación objetiva del daño, especialmente la teoría de la adecuación⁶, el riesgo general de la vida⁷, y, tratándose

⁵ En el fondo lo que sucede es que el daño moral se prueba normalmente por presunciones y a partir del impacto que causará en el ánimo del hombre medio la actuación del demandado. Si se entiende que ese impacto es idóneo para generar sufrimiento o alteración en el hombre medio, el siguiente paso consiste en localizar el interés moral afectado, que necesariamente tendrá la consideración de relevante porque de otro modo no se habría considerado probada la efectiva producción de daño moral. En tal sentido es tremendamente significativa la afirmación de GÓMEZ CALLE, en *El contrato de viaje combinado*, Madrid, 1998, p. 250, en el sentido de que el daño moral procedente de la frustración del interés del acreedor en tal contrato sólo es indemnizable en caso de incumplimiento o cumplimiento gravemente defectuoso, entre otras cosas, «porque difícilmente será acreditable un daño moral derivado de un defecto leve». Vista así la cuestión parece perfectamente admisible la definición clásica de ÁLVAREZ VIGARAY, en *ob. cit.*, p. 85, cuando incluye en el concepto de daños morales «todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados».

⁶ Siguiendo la definición dada por MIR PUIG, en *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1984, p. 188, podemos afirmar que según esta teoría, formulada por Von Kries a fines del siglo pasado y con reflejo en alguna Jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, sólo han de tomarse en consideración las condiciones de un resultado dañoso que «para el espectador objetivo y prudente retrotraído al momento de la acción (ex ante), con todos los conocimientos de la situación de que disponía el autor al actuar, además de aquellos que hubiera tenido el observador, (pronóstico posterior-objetivo) apareciesen como adecuadas para producir el resultado. No lo serán cuando apareciese como muy improbable que produjesen el resultado y no pudiese contarse con su causación». Permite descartar daños morales producidos en el curso de cadenas causales anómalas, como el caso del Hotel Corona de Aragón, abordado por la STS de 11-3-1988 y en el cual un pequeño incendio en la cocina del hotel originó un incendio pavoroso al combinarse con la introducción de un artefacto explosivo por terceras personas, afirmándose inexistencia de relación de causalidad entre el comportamiento negligente de los empleados del hotel y unas consecuencias tan catastróficas.

⁷ Este criterio permite negar la imputación objetiva de daños que son realización de riesgos habitualmente ligados a la existencia natural del dañado, y por tanto excepcionar del daño moral resarcible padecimientos de ánimo como los que se derivan de insultos cuya frecuencia, desgraciadamente, se va incrementando en la actualidad de forma escandalosa, o de la contemplación de espectáculos que producen un determinado grado de

de responsabilidad por «daño moral contractual», el fundamental criterio del fin de protección de la norma contractual, aplicando también al daño moral el concepto real-histórico sobre el daño resarcible.

2. Orientación jurisprudencial y especial alusión a las inmisiones sonoras en viviendas

La tendencia a expandir el ámbito del daño moral resarcible ha marcado una dirección predominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, llegándose a relacionar la situación básica para que exista daño moral resarcible con cualquier impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, e incluyéndose destacadamente los sentimientos de impotencia, zozobra, ansiedad o angustia⁸. Por otro lado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha contribuido destacadamente a esa expansión, al ampliar el ámbito de aplicación de los derechos que están bajo su tutela y multiplicar, consiguientemente, los comportamientos lesivos que pueden dar lugar a indemnización por daño moral; así, en relación con el tema que nos ocupa y centrándonos ya en la problemática planteada por las inmisiones sonoras, es preciso destacar sus sentencias de 9-12-1994 y 16-11-2004, que estimaron tales inmisiones como lesivas de los derechos a la vida privada y familiar y al domicilio, garantizados por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta línea interpretativa del TEDH ha repercutido directamente, como no podía ser de otro modo atendido el tenor del artículo 10.2 de la Constitución Española, en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que en su sentencia 2001/119, de 24 de mayo, dejó terminantemente claro que los derechos a la intimidad familiar y a la *inviolabilidad* del domicilio han de entenderse vulnerados, junto con la dignidad de la persona y su integridad física y moral, por los ruidos molestos procedentes de fábricas vecinas a las edificaciones en que los perjudicados tengan su residencia. Cerrando este círculo que se retroalimenta las sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 29-4-2003 y 31-5-2007, citadas en la que ahora comentamos, acabaron asumiendo también que las inmisiones ruidosas puedan suponer lesión de los mencionados derechos fundamentales.

V. LA ACUMULACIÓN DE PRECEPTOS HETEROGÉNEOS EN LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE INMISIONES

La vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, a que aludimos en el epígrafe

impacto psicológico. La tensión entre la especial predisposición al daño de la víctima y el del resto de los ciudadanos a no cargar con las consecuencias de esa debilidad puede resolverse acudiendo al criterio apuntado por PANTALEÓN PRIETO En «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», *Centenario del Código Civil* (1889-1989), Tomo II, p. 1.568, Madrid, 1990, y consistente en no negar la imputación objetiva «a no ser que el suceso imputable al demandado que actualizó la predisposición dañosa, no sea sustancialmente distinto de otros que resulten muy frecuentes en la vida cotidiana».

⁸ Así, por mencionar solamente algún ejemplo, la STS de 31-5-2000, que condenó a indemnizar el daño moral resultante de un retraso importante e injustificable en un vuelo, y las SSTs de 22-5-1995, 19-10-1996, 23-7-1990, 22-5-1995, 27-1-1998, o 12-7-1999, citadas en la primera.

anterior y que puede producirse cuando las inmisiones se produzcan en la primera o sucesivas residencias, es otro fundamento más que añadir a los tradicionalmente utilizados cuando se trata de abordar estas cuestiones. Pero esa pluralidad de preceptos no suele utilizarse de una manera racional y coordinada, sino que tanto en la sentencia comentada como en otras muchas resoluciones judiciales sobre esta materia, y quizá como consecuencia de la manera en que las partes plantean sus pretensiones, resulta harto frecuente la acumulación de argumentos en que se alude tanto a la vulneración del artículo 18 de la Constitución Española como a una genérica prohibición de inmisiones perjudiciales o nocivas, que a su vez, y sirva como ejemplo el fundamento de Derecho noveno de la sentencia comentada, puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual, impuesta por el artículo 1902 del Código Civil, y de la exigencia de una correcta vecindad y comportamiento, según los dictados de la buena fe, que se obtienen por generalización analógica de los artículos 590 y 1908 del propio Código; todo ello sin olvidar que la sentencia de la Audiencia tuvo también en cuenta el artículo 7.2 del Código Civil, que sitúa la cuestión en el marco del ejercicio normal o anormal del derecho de propiedad.

Esta mezcla siempre nos ha parecido poco satisfactoria puesto que, para comenzar, el artículo 590 del Código Civil viene a establecer una limitación legal del dominio⁹, cuya aplicación extensiva o analógica merecería alguna discusión desde la perspectiva de la presunción de libertad de la propiedad¹⁰ y que probablemente podría hacerse efectiva mediante una acción real negatoria de servidumbre¹¹, que no parece exigir la concurrencia de un daño efectivo y cuyo régimen jurídico en aspectos como los relativos a la prescripción, legislación aplicable o tribunales competentes, es muy distinto del que se aplicaría en el caso de recurrir a la responsabilidad civil extracontractual (por mucho que la posibilidad de aplicar la doctrina del daño continuado y la normal coincidencia entre la situación del fundo que padece las inmisiones y el lugar de producción del daño, puedan convertir tan importantes aspectos en cuestiones irrelevantes, al menos en la mayoría de los casos)¹². Tampoco

⁹ En este sentido HERNÁNDEZ GIL ha sistematizado perfectamente las diferencias apreciables entre la genuina servidumbre predial y las relaciones de vecindad en su clásico trabajo *Las relaciones de vecindad en el Código Civil*, Madrid, 1985.

¹⁰ Principio que estimamos plenamente vigente cuando se trata de la interpretación sobre la existencia o alcance de derechos reales limitados establecidos a favor de terceros, aunque no cuando se trata de interpretar restricciones derivadas de normas que delimitan el contenido normal del derecho de propiedad para procurar la satisfacción de intereses generales, como hemos afirmado en otros lugares y, por ejemplo, en *Manual de Derecho Civil, derechos reales*, coordinado por Rodrigo Bercovitz, Madrid, 2005, p. 138.

¹¹ Como puede deducirse de la definición clásica de esta acción que, según ha destacado entre otros muchos autores LACRUZ, en *Derecho Civil*, tomo III, vol. 1.º, p. 372, Barcelona, 1994, «tiende a que se declare que la cosa no está realmente sometida al derecho que otro ejerce sobre aquélla, y a que se haga cesar tal ejercicio». Por su parte DÍAZ ROMERO, en su trabajo *La protección jurídico-civil de la propiedad frente a las inmisiones (especial referencia a la acción negatoria)*, Madrid, 2003, ha hecho especial hincapié en este remedio, con amplia cita de doctrina y jurisprudencia.

¹² DÍEZ GARCÍA, en *Comentarios al Código Civil*, coordinado por Rodrigo Bercovitz, pp. 727-728, Navarra, 2001, al comentar el artículo 590 del Código Civil y con cita de la doctrina sobre el particular, apunta el diverso ámbito de los artículos 590 y 1908 del Código Civil, aún refiriéndose a la estrecha relación entre ambos preceptos y a la posibilidad de construir en torno a ellos un principio general de prohibición de las inmisiones que sobrepasen el uso normal de las fincas. También DÍAZ ROMERO, en *ob. cit.*, pp. 134-135, se hace eco del debate doctrinal y jurisprudencial, optando acertadamente por no entrar de lleno en una cuestión tan imposible de racionalizar pero refiriéndose a la inexistencia de

parece muy correcto mezclar el artículo 1902 con el 1908, ambos del Código Civil, cuando el primero recoge una responsabilidad basada en la culpa y el segundo parece contemplar un supuesto de responsabilidad objetiva, por mucho que la Jurisprudencia haya ido actuando sobre el artículo 1902 hasta dejarlo, dicho sea con mero ánimo de crítica, absolutamente irreconocible. Y en cuanto al recurso a la doctrina del abuso del derecho, contemplado en el artículo 7.2 del propio Código Civil, nos parece rechazable su consideración como una especie de mecanismo alternativo a los anteriores porque bajo nuestro punto de vista constituye el verdadero centro de la cuestión y el presupuesto imprescindible para aplicar tanto la acción de responsabilidad civil extracontractual como la negatoria de servidumbre, puesto que, siendo el límite genérico a las facultades que integran el derecho de propiedad de la finca causante de las inmisiones, será también el factor que impedirá amparar los daños eventualmente causados en la causa de justificación consistente en el ejercicio legítimo de un Derecho, según el tradicional adagio de que «quien usa de su derecho a nadie daña»; y si nos situamos en el ámbito de la acción negatoria de servidumbre, ese límite genérico será el elemento determinante para fundamentar que al causante de las inmisiones no le baste con las facultades que integran su derecho de propiedad sobre la finca emisora para influir en la de su vecino como lo viene haciendo, y por tanto que se esté comportando respecto a esa finca vecina como si fuera titular de una servidumbre cuya existencia es, precisamente, lo que su propietario rechaza en ejercicio de la mencionada negatoria¹³.

Para terminar de complicar este confuso panorama en que se mezclan acciones reales y de responsabilidad civil extracontractual¹⁴, sólo faltaba la

coincidencia alguna entre los ámbitos de la acción aquiliana y las relaciones de vecindad. Por otro lado la Ley catalana 13/90, y posteriormente el Código Civil catalán, aprobado por la Ley autonómica 5/2006, sitúan claramente la cuestión general de las inmisiones en el ámbito de la acción real negatoria de servidumbre, como veremos un poco más adelante.

¹³ Precisamente porque el artículo 7.2 contiene los criterios normativos para rastrear los límites de los derechos subjetivos, a falta de norma jurídica y costumbre, creemos que, explícita o implícitamente, será el criterio básico para decidir estas cuestiones, como destacan Díez-PICAZO Y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil, Volumen III*, Madrid, 2001, p. 146. Con profusa cita de autores, a favor y en contra, destaca también este interés principal y genérico del artículo 7.2, en relación con el problema que nos ocupa, DÍAZ ROMERO, en *ob. cit.*, pp. 86-87.

¹⁴ A nuestro juicio la confusión de acciones es también un resultado inevitable de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, que incide ahora en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución Española; dicho principio, unido al tiempo necesario para obtener una sentencia firme, ha ido provocando entre los órganos judiciales una creciente inclinación a no rechazar las pretensiones planteadas por la simple duda que les pueda merecer la invocación de unos determinados fundamentos jurídicos, especialmente cuando la contraparte ha tenido la oportunidad de discutir su aplicación y no lo ha hecho; si a estas consideraciones añadimos la lógica precaución de no sustituir de oficio los fundamentos aceptados por las partes por aquellos otros que el tribunal considere procedentes, para no traspasar la estrecha línea que separa la legítima aplicación del principio *iura novit curia* de la incongruencia de la sentencia por cambio de la *causa petendi*, ya tenemos todos los elementos para que se acepten fundamentos jurídicos distintos e inarmónicamente acumulados para conceder pretensiones que, a fin de cuentas, se consideran dignas de tutela; a partir de aquí, la precaución de los abogados hará que acumulen cuantos preceptos consideren aplicables a la satisfacción de los intereses de sus clientes, mientras que la aparente sencillez de los artículos 1902 y concordantes del Código Civil hará que esos preceptos siempre estén presentes entre los alegados. El proceso relatado, cuando pueden concurrir las acciones de responsabilidad extracontractual y la negatoria de servidumbre porque han existido daños cuya indemnización se reclama junto con la cesación de la actividad, es muy similar al que se ha seguido cuando

ya aludida irrupción de la intimidad personal o familiar y la inviolabilidad del domicilio como derechos eventualmente afectados por las inmisiones; y la cuestión no es baladí, porque como consecuencias jurídicas derivadas de esta perspectiva podríamos citar la coherente necesidad de aplicar las garantías jurisdiccionales impuestas por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, así como las prescripciones contempladas por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en cuanto resulten adaptables al supuesto de las inmisiones; además, el artículo 53.2 de la Constitución Española otorga a los afectados la posibilidad de acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, garantía inaplicable cuando se estiman vulnerados preceptos que tutelan la vertiente exclusivamente patrimonial del derecho de propiedad, la mera indemnidad del patrimonio, o el ejercicio de la libertad de empresa. Y todas estas cuestiones también habrán de ser tenidas en cuenta en la delicada tarea que supone la aplicación de las normas jurídicas, que siempre exige una cuidadosa atención a los intereses en conflicto¹⁵; precisamente por ello, en casos como el planteado cobra un interés relevante la cuestión relativa a si los inmuebles que padecen las inmisiones tienen o no la condición de residencia, así como el concepto de residencia que es objeto de protección cualificada frente a las inmisiones¹⁶.

VI. LA REDUCCIÓN DEL VALOR DE LA VIVIENDA Y SU RELACIÓN CON EL DAÑO MORAL

1. La calidad del entorno como elemento de valor de los inmuebles y la existencia de cierta discrepancia jurisprudencial

Como destacamos al resumir el itinerario procesal y los fundamentos jurídicos relevantes de la sentencia que nos ocupa, la asociación demandante había pedido la cesación de las inmisiones en un plazo máximo de tres meses y, de no ser así, la condena a indemnizar una cantidad anual determinada por

parece coincidir el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual y de la extracontractual, y que en estos últimos supuestos ha dado lugar a la doctrina jurisprudencial de la unidad de la culpa civil, o bien del concurso de acciones con facultad de opción para el perjudicado, en un proceso excelentemente sintetizado por Díez-PICAZO en *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pp. 264-268.

¹⁵ De hecho, las resoluciones del TEDH aluden de forma continuada a la «*búsqueda de un justo equilibrio entre el interés del individuo y de la comunidad*» cuando abordan el problema de determinar si la injerencia de la actividad causante de las inmisiones en el derecho a la inviolabilidad del domicilio está o no justificada. Baste, como simple ejemplo de esta línea argumental reiteradísima, la cita de las Sentencias del TEDH de 16-11-1994 y 22-10-1996.

¹⁶ En este sentido la Sentencia del TEDH de 16-11-2004, relativa a inmisiones ruidosas, afirma que el hogar objeto de protección por el derecho a la inviolabilidad del domicilio «incluye no solamente un espacio físico, sino también el disfrute tranquilo de esa zona». A título de mera curiosidad, y tratándose de la protección penal del domicilio actuada mediante la tipificación del delito de allanamiento de morada, hay que decir que la Jurisprudencia de la Sala 2.ª de nuestro Tribunal Supremo mantiene un concepto mucho más restrictivo, no considerándose como morada, por ejemplo, el espacio exterior o patio (Sentencias de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 7-2-1987 y 18-3-1992).

el tiempo que permaneciera la actividad hasta su total cesación (13.680.000 pesetas anuales actualizadas por aplicación del IPC), y a comprar las viviendas a los vecinos miembros de la asociación demandante que lo desearan, al precio de mercado resultante de tasación pericial; como también se pedía la indemnización del daño moral por las inmisiones ya padecidas, parece que esa indemnización anual correspondería a los daños morales futuros producidos por las inmisiones ruidosas, y que la opción por la compra forzosa a los propietarios que así lo decidieran era una medida alternativa a esa indemnización por los daños futuros. Sin embargo, la Audiencia condenó a las demandadas a indemnizar a los miembros de la asociación demandante por la reducción del valor de sus viviendas, rechazándose por el Tribunal Supremo la alegación de incongruencia hecha por la asociación demandada y recurrente, con el importante argumento de que *«la condena de que se trata (a resarcir el menor valor de las viviendas) podría considerarse implícitamente comprendida en las peticiones segunda y tercera de la demanda [...] ya que la compra forzosa y la indemnización anual cabía interpretarlas, según el fundamento de Derecho de la demanda relativo a la reparación del daño, como una consecuencia de la pérdida de valor de las viviendas»* (fundamento de Derecho segundo de la sentencia comentada)¹⁷.

Se afirma así la existencia de una relación estrecha entre la pérdida de valor de las viviendas y los perjuicios derivados del mantenimiento de las inmisiones, ya sea por incumplimiento de la sentencia que condenara a su cesación, o ya tras la que, atendiendo al interés general de la economía, sustituyera esa cesación por una indemnización de incierta naturaleza¹⁸.

Esta manifiesta relación entre lo que podríamos llamar «daños morales futuros» derivados de unas inmisiones y la pérdida de valor de las viviendas alcanzadas por su influencia parece chocar, en cierta medida, con la línea argumental seguida en la STS de 31-5-2007, cuyo fundamento de Derecho quinto rechazó la alegación planteada por la demandada, que denunció la duplicidad provocada por la resolución de la audiencia provincial en tanto la condenó a indemnizar, simultáneamente, el daño moral y la pérdida de valor de la vivienda de la demandante; para fundamentar ese rechazo se afirmó por el alto tribunal que *«tampoco es cierto lo que se alega en el motivo sobre la duplicidad de indemnizaciones por el mismo concepto de contaminación sonora, pues una cosa es la depreciación de las fincas por su cercanía a una fuente de ruidos [...] y otra muy distinta el daño moral de quien directamente los soporta por, además, habitar en una de las fincas, aspectos ambos correc-*

¹⁷ Aunque luego, y como ya dijimos anteriormente, se va a rechazar la indemnización concedida por la audiencia al afirmarse, en el fundamento de Derecho noveno de la sentencia comentada, que falta relación de causalidad entre ese daño y las inmisiones, dado que las viviendas se construyeron cuando ya existían aquellas. Aunque creemos que en tal caso más que de ausencia de relación de causalidad habría de aludirse a la ausencia del propio daño, porque las viviendas nunca podrían haber tenido el mismo valor que otras situadas en un entorno más paradisíaco, y también pensamos que podría seguirse planteando alguna cuestión sobre la pérdida de valor del terreno preexistente a las viviendas y a las inmisiones.

¹⁸ La opción para los propietarios por la compra forzosa se relacionaría con la pérdida de valor siempre que consideremos que el precio resultante de la tasación pericial habría de fijarse sin atender al deterioro del entorno derivado de las inmisiones futuras, puesto que entonces el comprador pagaría el valor que tengan considerando ese deterioro y además la reducción que sea imputable al mismo; además no existe duda de que en tal caso quedaría eliminado el daño moral derivado de soportar las inmisiones futuras, ya que el vendedor puede acudir al mercado para adquirir una vivienda análoga en todo a la que tenía, pero situada en un entorno que no se viera afectado por las reiteradas inmisiones.

tamente diferenciados por la sentencia recurrida». No obstante, convendría matizar la afirmación de esta última resolución, que bien pudiera referirse a los daños morales producidos hasta el momento en que tanto los mencionados daños como la diferencia de valor sean efectivamente liquidados en ejecución de sentencia, pues tratándose de partidas indemnizatorias parece que ese sería el momento determinante¹⁹.

2. El origen del problema: el mantenimiento de inmisiones que se consideran lícitas y, sin embargo, causantes de daños que se estiman resarcibles

Las dudas e interrelaciones entre el daño moral derivado de una inmisión y la pérdida de valor de las edificaciones no surgiría si nos encontráramos ante un sistema jurídico que no dudaríamos en calificar como coherente y racional, es decir, ante un sistema en el cual las inmisiones lícitas o legítimas están permitidas y las ilícitas o ilegítimas prohibidas; las primeras serían las que se incluyen en el ámbito de facultades del propietario, según la situación y características de su finca, de manera que los eventuales daños que pueda causar a otros propietarios vendrían amparados por la causa de justificación que los penalistas conocen como ejercicio legítimo de un derecho (en el caso, el de propiedad); y, por supuesto, la otra cara de la misma moneda sería la inexistencia de abuso de derecho alguno por parte del emisor, según la relación que establecimos anteriormente entre ambos conceptos; en estos casos, la eventual reducción del valor de mercado que pudiera derivarse del menor confort que los inmuebles son capaces de suministrar a sus propietarios o usuarios, frente a otros de análogas características pero que no estén afectados por inmisiones análogas a la considerada, sería un acontecimiento que quedaría a riesgo del propietario o usuario afectado, porque todos han de soportar las inmisiones lícitas y nadie tiene derecho a bloquear el progreso o al mantenimiento invariado de su entorno. Por el contrario, las inmisiones ilícitas estarían sobrepasando los límites normales del ejercicio legítimo de su derecho por el emisor, constituyendo abuso del mismo y no pudiendo ampararse los daños causados en la correspondiente causa de justificación.

Vistas así las cosas, es decir desde la perspectiva de la lógica más elemental que no siempre coincide con la lógica jurídica, la acción de cesación, o bien la orientada a que se impusiera al demandado la adopción de medidas que recondujeran las inmisiones al nivel de las que se estimen lícitas, resultaría la medida procedente de cara al futuro (tanto si se ejercitaran usando el molde de la acción negatoria de servidumbre como si lo fueran a través de la responsabilidad civil extracontractual); además, y por hipótesis, al desaparecer la inmisión ilícita no se produciría incidencia alguna de la misma en el valor de mercado de las fincas afectadas, de manera que los únicos daños a

¹⁹ Así, según destaca Díez-PICAZO en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II*, Madrid, 1996, p. 265, «el acuerdo o la sentencia judicial de liquidación transforman la obligación de valor en obligación de dinero y el riesgo posterior de devaluación queda a cargo del acreedor». Sobre la consideración de la indemnización de daños y perjuicios como deuda de valor cuya cuantía «ha de determinarse con referencia no a la fecha en que se produzca la causa determinante del perjuicio, sino a aquella en que recaiga en definitiva la condena a la reparación, o en su caso a la fecha en que se liquide su importe en ejecución de sentencia, según reiterada jurisprudencia», estimamos suficiente la cita de DE ANGEL YAGÜEZ, en *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, p. 320.

indemnizar mediante compensación económica serían los derivados de las inmisiones ilícitas que se hubieran prolongado hasta el momento en que el emisor fuera condenado a cesar en las mismas o bien hasta que, en cumplimiento de la sentencia que contuviera dicha condena, cesara en ellas efectivamente (y como estamos hablando del cese de las inmisiones ilícitas, lo dicho sirve tanto para la adopción de medidas que reduzcan las inmisiones al ámbito de lo lícito como para el cese de la propia actividad, si tales medidas no resultaran efectivas o fueran antieconómicas). Pero es que, además de lógico, el sistema que hemos esquematizado parece coincidir con el que se derivaría de la estricta aplicación de los preceptos utilizados por la Jurisprudencia para abordar el problema de las inmisiones, ya que el artículo 590 del Código Civil, que constituye una de las bases para fundamentar el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre, establece una norma claramente prohibitiva; mientras que el artículo 1908 del Código Civil, por su parte, está directamente emparentado con el 1902 y con la obligación general de indemnizar el daño que dicho precepto impone, habiendo destacado nuestra mejor doctrina en la materia que la reparación en forma específica y consistente en eliminar la causa del daño constituye la forma «natural y primera de indemnización»²⁰.

Pero la cuestión se complica, en primer lugar, por la cuestión que analizaremos posteriormente acerca de la jurisprudencia que impone la necesidad de admitir que actividades productoras de inmisiones, sometidas a una intensa regulación administrativa y que cumplen con todas las exigencias previstas en la misma, puedan dar lugar a la obligación de indemnizar los daños que inexorablemente causan²¹, y no solamente los que puede causar como

²⁰ Como destaca DE ÁNGEL YÁGÜEZ, en *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, p. 321.

²¹ Como señala Díez-PICAZO, en *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pp. 294-298, la antijuridicidad propia del Derecho de daños entraña un juicio de desvalor del resultado que parta de la lesión de intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, lo cual no excluye la posibilidad de que la actividad lesiva sea lícita, sobre todo si consideramos que esa licitud de la actividad tampoco excluye la posibilidad de culpa o negligencia, como demuestran las frecuentes afirmaciones jurisprudenciales sobre la posibilidad de que surja el deber de indemnizar aunque el comportamiento dañoso cumpliera con todos los requisitos reglamentarios, y que a su vez prueban la imposibilidad de hablar de un concepto totalmente normativo de culpa civil. Sirva este breve desvío para justificar sucintamente nuestra diferenciación entre la ilicitud o antijuridicidad del daño y de la propia inmisión. En cuanto a la muy frecuente asimilación hecha por la jurisprudencia entre el daño y la inmisión misma, que podría dar al traste con la diferencia señalada, nos parece que se trata de una asimilación cuya base reside en la prueba de presunciones: porque, de acuerdo con las reglas derivadas del criterio humano y ante un nivel de ruido o humo determinado, se deduce que sin duda alguna ha de producirse daño (como ocurre cuando veo la tapa de un piano sobre las manos del pianista y considero que «eso tiene que doler»); pero la Jurisprudencia ha ido más allá, llegando incluso a obviar ese evidente paso por la prueba de presunciones y afirmando, reiteradamente, que «el propio ruido es el daño» cuando tiene determinada intensidad, como se hace en el fundamento jurídico cuarto de la propia sentencia comentada para rechazar la alegación de error de hecho en cuanto a la prueba del daño moral, alegada por las recurrentes. Si la propia inmisión es el daño no habrá lugar a que una sea lícita y el otro no, por lo cual habría de diferenciarse entre la actividad causante de la inmisión y la propia inmisión, para afirmar que la primera puede ser lícita y la segunda no, pero es que la terminología es la primera víctima de un sistema irracional que permite actividades no arriesgadas sino directamente causante de daños, al tiempo que permite seguir causándolos si se pagan.

consecuencia del riesgo estadístico de la actividad en cuestión²². A partir de aquí la cuestión se complica con la irrupción de lo que podríamos denominar como «terceras vías», que intentan compatibilizar la existencia de la obligación de indemnizar los daños derivados necesariamente de la realización de determinadas actividades o inmisiones, con la consideración de dichas actividades como lícitas o legítimas, defendiendo su mantenimiento para satisfacer diversas finalidades entre las que destacan las consideraciones económicas y la evitación de los conflictos de jurisdicción que pudieran derivarse de la clausura civil de actividades que cumplen todos los requisitos impuestos por la legislación «administrativa» que las regula (muy en especial cuando están amparadas por una licencia orientada a verificar dicho cumplimiento)²³. Esas «terceras vías» han buscado apoyo doctrinal en la limitación de la reparación en forma específica prevista en el Derecho Civil italiano y relacionada con la excesiva onerosidad que la misma pudiera suponer para el responsable, que posibilita su sustitución por una indemnización pecuniaria; pero al convertir en dinero la indemnización por los daños futuros derivados de la continuación de las inmisiones, sin perfilar qué partidas pueden integrar esos daños e insertando además este remedio en un ámbito donde el derecho a ser indemnizado se deriva de la propiedad o los derechos al uso de bienes inmuebles, en el más puro estilo de los derechos o titularidades *ob rem*, se corre el riesgo de originar nuevos problemas de aplicación: en concreto, y para lo que ahora nos interesa, va a suponer la superposición parcial de los daños morales futuros, derivados de tener que soportar las inmisiones, y de la reducción del valor de mercado debida a las mismas; pero también se planteará el problema, profundamente interrelacionado con el anterior, relativo a la distribución de esa indemnización por daños morales futuros entre el propietario actual del inmueble y los que le sucedan en ese derecho de propiedad, así como también entre propietarios y titulares de derechos de uso sobre los inmuebles que padecen la inmisión²⁴.

²² La diferencia que hemos destacado nos parece imprescindible porque existen supuestos en que determinadas actividades se consideran lícitas por el beneficio que producen, aunque conlleven el mero riesgo, no la certidumbre absoluta, de generar determinados daños. Son los supuestos integrantes de la denominada «responsabilidad por riesgo» u objetiva, normalmente regulada en leyes especiales (Navegación Aérea, Uso y Circulación de Vehículos a Motor, Energía Nuclear, o Caza, por poner algunos ejemplos) que pretenden mantener los niveles de peligro dentro de los límites del riesgo permitido. Si aun así se produce un daño, surgirá el deber de indemnizarlo, pero la cuestión es distinta cuando la regulación que ha de cumplirse para calificar de lícita o legítima la actividad se orienta a evitar la producción de daños que superen el límite admisible y que no son eventual actualización del riesgo inherente a la actividad en cuestión, sino inexorable consecuencia de la misma.

²³ Ver, en este sentido, el epígrafe VII de este comentario.

²⁴ Como solución moderna orientada al mantenimiento de inmisiones aunque produzcan perjuicios sustanciales, cuando la cesación suponga un gasto desproporcionado o provenga de instalaciones autorizadas administrativamente, y que prevén la sustitución de la condena civil al cese de la actividad por una indemnización de los daños futuros en determinados casos, podemos citar el artículo 546 del Código Civil de Cataluña, relativo a inmisiones resarcibles que el propio texto califica como legítimas y según el cual:

1. *Los propietarios de una finca deben tolerar las inmisiones provenientes de una finca vecina que son inocuas o que causan perjuicios no sustanciales. En general, se consideran perjuicios sustanciales los que superan los valores límite o indicativos establecidos por las leyes o los reglamentos.*

2. *Los propietarios de una finca deben tolerar las inmisiones que produzcan perjuicios sustanciales si son consecuencia del uso normal de la finca vecina, según la normativa, y si poner fin a las mismas comporta un gasto económicamente desproporcionado.*

3. Consideraciones conclusivas sobre la superposición parcial entre el daño moral futuro y la disminución del valor de los inmuebles afectados

Podríamos decir, en fin, que no puede hablarse de absoluta coincidencia entre ambas partidas pero sí de una evidente superposición parcial, hasta el punto de que la apreciación íntegra de ambas generaría, sin lugar a dudas, un enriquecimiento injusto para el perjudicado; el razonamiento que nos lleva a tal conclusión pasa por considerar que si el valor de mercado de las fincas afectadas por unas determinadas inmisiones se reduce, es por las molestias que de ellas van a derivarse y que también reducirán el confort que esas fincas son capaces de proporcionar a sus usuarios cuando se comparan con otros inmuebles de análogas características pero que no estén afectados por la inmisión; esa reducción va a reflejarse, lógicamente, en el valor de cambio del inmueble, es decir en el precio que estarían dispuestos a pagar los potenciales adquirentes de la propiedad o de otros derechos sobre las fincas afectadas por las inmisiones, ya sea porque esos adquirentes van a instalar allí su

3. *En el supuesto a que se refiere el apartado 2, los propietarios afectados tienen derecho a recibir una indemnización por los daños producidos en el pasado y una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los que puedan producirse en el futuro si estas inmisiones afectan exageradamente al producto de la finca o al uso normal de ésta, según la costumbre local.*

4. *Según la naturaleza de la inmisión a que se refiere el apartado 2, los propietarios afectados pueden exigir, además de lo establecido por el apartado 3, que esta se haga en el día y el momento menos perjudiciales y pueden adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños a cargo de los propietarios vecinos.*

5. *Las inmisiones sustanciales que provienen de instalaciones autorizadas administrativamente facultan a los propietarios vecinos afectados para solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar las consecuencias dañosas y para solicitar la indemnización por los daños producidos. Si las consecuencias no pueden evitarse de esta forma, los propietarios tienen derecho a una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los daños que puedan producirse en el futuro.*

6. *Ningún propietario o propietaria está obligado a tolerar inmisiones dirigidas especial o artificialmente hacia su propiedad.*

7. *La pretensión para reclamar la indemnización por daños y perjuicios o la compensación económica a la que se refieren los apartados 3 y 5 prescribe a los tres años, contados a partir del momento en que los propietarios tengan conocimiento de las inmisiones.*

La citada disposición persigue, entre otras, la encomiable finalidad de terminar con la posibilidad de hacer cesar actividades que cuentan con todas las autorizaciones administrativas (o que producen un beneficio económico para la comunidad mucho mayor que el daño causado a algunos vecinos), sustituyendo la cesación por la indemnización de los daños futuros. El problema consiste en concretar la forma que ha de revestir esa indemnización y su tratamiento en caso de transmisión de la propiedad o constitución de derechos de uso de las fincas cuyos titulares anteriores fueron indemnizados, según el esquema que desarrollaremos en el apartado VI.4 de este comentario. DÍAZ ROMERO, en *ob. cit.*, especialmente en las páginas 106-107 y con amplia cita de la doctrina existente sobre esa normativa, critica la amplitud con que se permite el mantenimiento de actividades que causan inmisiones generadoras de perjuicios sustanciales, opinión que compartimos en líneas generales y salvando algún exceso bastante generalizado entre los civilistas, normalmente propensos a minusvalorar la incidencia macroeconómica de una solución jurídica. Por nuestra parte creemos que la norma autonómica tiene la virtud de considerar que la destrucción de un sistema económico se produce poco a poco, instalación a instalación, y termina por causar los tremendos daños morales derivados del paro y la subsiguiente marginación social, como estamos comprobando muy a nuestro pesar.

residencia, ya porque van a alquilar las edificaciones estimando que los potenciales arrendatarios estarán dispuestos a pagar una renta menor, o ya porque van a instalar una empresa y los trabajadores se enfrentarán a unas peores condiciones de trabajo, que a su vez determinarán un menor rendimiento o la exigencia de un mayor salario. Precisamente por ello, y como indicamos en otro lugar, una de las maneras de cuantificar el daño moral derivado del incumplimiento de contratos orientados a satisfacer directa o indirectamente intereses morales, consiste en atender a la manera en que el mercado diversifica los bienes y servicios en atención a sus distintas cualidades, entre las que se incluyen las orientadas a ofrecer un determinado grado de confort o satisfacción moral²⁵. Otra cosa es que la reducción del precio de mercado absorba todos los daños futuros (porque admitir esto sería tanto como imponer al perjudicado la venta y desalojo como única alternativa, en el caso de que no le sea posible soportar esas inmisiones futuras, ignorando el valor de uso que para él pudiera tener el inmueble afectado); pero parece evidente que si se condenara simultáneamente a indemnizar todo el daño moral futuro y, además, la reducción del valor de mercado del inmueble, se estaría incurriendo en una evidente duplicidad, porque sería tanto como compensar la diferencia entre el precio de un predio sin la inmisión dañosa y el que se deriva de que el mercado la identifique como una molestia *que hay que soportar*, pero indemnizando al mismo tiempo por soportarla.

En cuanto a los supuestos en que el derecho de propiedad concorra con otros derechos de uso sobre el inmueble afectado por la inmisión²⁶, creemos que en tales casos la relación entre las dos partidas sigue existiendo. Si el derecho de uso en cuestión es transmisible, porque la reducción del valor derivada de la inmisión se repartirá entre la que afecta a la transmisión de la propiedad gravada y a la del propio derecho de uso, ya que ambos derechos se verán afectados, en alguna medida, por la incomodidad derivada de la inmisión (el propietario habrá de vender a menor precio, pero el arrendatario con derecho de traspaso también se vería afectado en caso de ejercitar esa facultad); pero además ha de considerarse que, tanto si el derecho de uso es transmisible como si no, y estando dicho derecho constituido a título oneroso, una parte de la reducción de valor de la propiedad quedará compensada por el tiempo durante el cual el usuario esté abonando la contraprestación o renta que se había pactado cuando no existía la inmisión y sin prever su incidencia (la parte correspondiente a la diferencia entre el precio de la cesión de uso del inmueble con y sin inmisión): de ello se deduce que ni siquiera en estos casos puede hablarse de rotunda independencia entre el daño moral futuro derivado de una inmisión y la diferencia de valor de mercado de los inmuebles afectados.

4. Breve referencia a los titulares de esa indemnización futura

La peculiar manera de abordar las inmisiones que estamos analizando, consistente en el eventual mantenimiento de las mismas combinado con la

²⁵ En nuestro trabajo «Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual [...]», *ob. cit.*, en especial pp. 1.732-1.735.

²⁶ Recordemos que éste es uno de los argumentos citados en el fundamento de Derecho quinto de la Sentencia del TS de 31-5-2007, para diferenciar el daño moral y la diferencia de valor del inmueble afectado por una inmisión, en tanto relaciona el primero con el uso del inmueble y la segunda con la propiedad del mismo.

obligación de indemnizar los daños futuros, origina también, como dijimos con anterioridad, el problema relativo a la configuración jurídica de la indemnización y la suerte que haya de correr, en caso de transmisión de las fincas cuya titularidad otorga el derecho a percibirla o de la constitución de derechos sobre dichas fincas. La solución a este problema también depende del modo en que se pide y concede la indemnización por esos daños: si se hubiera solicitado una cantidad a pagar periódicamente y mientras se prolongue la actividad, como se hizo en la demanda que originó la sentencia comentada, parece que, de haberse concedido finalmente la misma, estaríamos ante un crédito cuyo titular se determina *ob rem*, y que la transmisión de la propiedad del inmueble habría de suponer, lógicamente, el cambio de acreedor, debiendo contenerse en la sentencia las oportunas determinaciones en tal sentido. Ahora bien, si se hubiera abonado de una sola vez al propietario demandante, bien sea mediante la capitalización de la cantidad periódica que se determine por el tiempo estimado de mantenimiento de la actividad, o bien mediante el pago de una cantidad en concepto de diferencia de valor de la vivienda (cuya parcial coincidencia con el daño futuro argumentamos con anterioridad), surge el problema grave de determinar si el comprador podrá volver a pedir indemnización por daño moral, y así sucesivamente cuantas veces se transmita la propiedad de las fincas afectadas (y lo mismo podríamos plantearnos en caso de constitución o cesión de otros derechos sobre las mismas), o bien si se aplicaría la excepción de cosa juzgada a pesar de las dificultades existentes para apreciar la existencia de identidad entre los demandantes. Nótese que, según la resolución que estamos comentando, en esos casos no habría derecho a indemnización alguna por reducción de valor porque al comprar ya existía la actividad causante de la inmisión, de manera que, o bien la reducción de valor no existe, o bien no puede ser imputada a dicha inmisión; pero si la demanda solicita simplemente la indemnización de esos daños y perjuicios futuros, ¿qué sucedería? Por nuestra parte entendemos que, en cualquier caso, el menor precio que pudo pagar el demandante debido a la influencia producida en su finca por la inmisión podría ser considerada como *compensatio lucri cum damno*, a los efectos de reducir esa partida de la indemnización²⁷. Aunque también pensamos que la mejor solución consistiría en que, cuando se abonase la indemnización por daños futuros de una sola vez, esa medida se complementara con la constitución de una servidumbre predial, que gravaría las fincas de los litigantes indemnizados y consistiría en el deber de tolerar la inmisión indemnizada.

Afortunadamente la sentencia que comentamos no tuvo que abordar estas cuestiones, ni otras muchas que podrían afectar a la distribución de las partidas indemnizatorias entre propietarios y arrendatarios o titulares de derechos de uso sobre las fincas afectadas y cuya sistematización ni siquiera nos atrevemos a esbozar en estas breves líneas, porque el recurso de casación rechazó la existencia de derecho a indemnización alguna por las razones que trataremos a continuación; pero todas esas cuestiones penden como una verdadera espada de Damocles sobre casos ulteriores, y no nos cansaremos de repetir que todo ello viene determinado por forzar el sistema resarcitorio para

²⁷ Tanto si se parte de la teoría de la diferencia como si acudimos a la llamada concepción real concreta del daño, limitadora esta última de la *compensatio lucri cum damno*, la estimación resultaría procedente, a nuestro juicio, porque tanto el menor precio de mercado pagado por el comprador como las molestias que le ocasiona el daño resarcible derivan del mismo hecho dañoso: las propias inmisiones. Sobre estos aspectos, ver Díez-PICAZO: *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pp. 319-322.

compatibilizar el mantenimiento de la actividad generadora de inmisiones con la obligación de indemnizar los daños futuros que de ella se deriven.

VII. LA INCIDENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE NORMAS REGLAMENTARIAS Y LICENCIAS ADMINISTRATIVAS: ¿INICIO DE UN GIRO JURISPRUDENCIAL?

La sentencia comentada resulta especialmente elogiada por iniciar una línea que parece orientarse a reconocer la relevancia que merecen las normas sobre zonificación establecidas por el planeamiento urbanístico, matizando una tendencia anterior que dejaba traslucir cierto menosprecio, dicho sea con el debido respeto, hacia leyes y normas reglamentarias calificadas con alguna ligereza como «administrativas» y que son las llamadas a regular, incluso demasiado exhaustivamente y con independencia de su verdadera efectividad, el ejercicio de las actividades empresariales susceptibles de causar inmisiones y la utilización, para esas actividades, de terrenos y edificaciones.

Así, en cuanto al ejercicio de actividades susceptibles de causar emisiones dañosas, la licencia precisa para su inicio viene orientada a que las administraciones competentes verifiquen el cumplimiento de la compleja normativa estatal, autonómica y municipal, sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, entre la que se encuentra destacadamente el reglamento aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre; además esas actividades han de emplazarse en terrenos aptos para su desarrollo, según la zonificación que ha de contenerse en los instrumentos de ordenación urbanística, tradicionalmente denominados planes de urbanismo, cuya aprobación requiere una serie de trámites que incluyen un estudio detallado sobre el impacto que esa zonificación tendrá sobre el medio ambiente y la sumisión a un procedimiento previo de información pública, durante el cual no sólo los propietarios de las fincas afectadas, sino todos los ciudadanos, pueden efectuar cuantas alegaciones convengan a su derecho.

Ahora bien, con independencia de todos esos trámites y cautelas, así como del coste que los mismos suponen para los adquirentes de terrenos susceptibles de albergar actividades empresariales, es sobradamente conocida la línea jurisprudencial de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en el sentido de afirmar, cuando se trata del modo en que se desarrolla una actividad empresarial potencialmente generadora de inmisiones, que no basta con el cumplimiento de los reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no han ofrecido resultado positivo, porque de hecho el daño se ha producido, se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia²⁸; ni siquiera la existencia de licencia administrativa para el ejercicio de la actividad ha alterado sustancialmente la solución dispensada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo a estos problemas, pese a la presunción de validez de los actos administrativos proclamada por la legislación de

²⁸ Como expone DE ANGEL YAGÜEZ en *La Responsabilidad Civil*, Bilbao, 1988, pp. 62-63, citando, como precursoras de esta continuada línea jurisprudencial, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13-2-1928 y 29-6-1932, y como exponentes posteriores las de 25-3-1954, 30-6-1959, 5-4-1963, 2-2-1976, 8-10-1984 y 2-4 y 22-12-1986, a las que, sin intención de ser exhaustivos, podríamos unir las de 16-1-1989, 24-5-1993, 7-4-1997 y 16-1-2002, citadas a su vez por la de 31-5-2007.

tal carácter²⁹; y no deja de resultar curioso constatar cómo esta tendencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo puede encontrar cabal apoyo en un precepto que ha formado parte de nuestro Derecho Urbanístico desde la promulgación de la primera Ley del Suelo y cuya versión actual se contiene en el artículo 49 del RD-Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo, según el cual «*los propietarios y titulares de derechos reales, además de lo previsto en el artículo anterior, podrán exigir ante los Tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas, o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos, así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos, que estuvieren directamente encaminadas a tutelar el uso de las demás fincas*»³⁰.

Esta irrelevancia civil del cumplimiento o incumplimiento de normas que se consideran extrañas bajo su genérica calificación como «administrativas», presenta, sin embargo, unas características peculiares cuando la acción civil no se plantea directamente contra el ejercicio de una actividad causante de inmisiones, sino frente a la realización de una obra nueva amparada por licencia municipal; en estos últimos supuestos, las resoluciones de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo han ido asentando una línea jurisprudencial según la cual «*cuando la discrepancia surge entre particulares y el hipotético infractor se halla legitimado por un acuerdo de la Administración, no podrá pretenderse sin más el derribo acudiendo a la Jurisdicción común, desprovista de facultades para anular el acto legitimador emanado del órgano competente*»³¹. Podría decirse que esta última línea citada contradice la

²⁹ Desde los albores del Derecho Administrativo: ayer en el artículo 45.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17-7-1958, y hoy en el 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³⁰ El artículo 224 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12-5-1956 establecía ya que «*los propietarios y titulares de derechos reales, además de lo previsto en el artículo anterior y en el 213, podrán exigir ante los Tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo estatuido respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos, así como las relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos, que estuviesen directamente encaminadas a tutelar el de las demás fincas*». La previsión ha ido pasando de unas leyes de suelo a otras hasta llegar, como legislación básica estatal, al vigente artículo 49 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del suelo, sin que durante todo ese proceso sufriera más alteraciones que la sustitución de los términos «estatuido» por «dispuesto» y «estuviesen» por «estuvieren».

³¹ Sentencia de la Sala 1.ª del TS de 20-1-1983, comentada por CARRASCO PERERA, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1, resolución número 20. Esta Sentencia ha sido citada por GONZÁLEZ PÉREZ en sus *Comentarios a la Ley del Suelo*, tomo III, Madrid, 1993, pp. 2405-2411, deduciendo de ella este último autor que «en el supuesto de que una obra ilegal se realice por el particular sin estar amparada por un acto administrativo, los interesados podrán acudir a los tribunales ordinarios, a tenor de lo dispuesto en este artículo, y ante la Administración pública con competencia para actuar ante la obra ilegal, pudiendo deducir en su caso el oportuno recurso contencioso-administrativo frente a la inactividad administrativa». En concreto, en el trascendental Fundamento de Derecho Tercero de la citada resolución se afirma lo siguiente: «*que aun admitiendo como realidad legal innegable la vinculación de la propiedad privada por los planes y actos administrativos, principalmente en el campo urbanístico, con la modificación consiguiente del tradicional concepto y contenido del dominio, así como la índole instrumental de las limitaciones establecidas por el ordenamiento, según proclaman diversos preceptos de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (entre otros, artículos noveno y setenta y seis del*

expuesta con anterioridad, en tanto otorga relevancia al acto administrativo autorizante en plena coherencia con la presunción de validez derivada del Derecho Administrativo y, además, parece olvidar el precepto contenido hoy en el anteriormente citado artículo 49 el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008³²; no obstante, si profundizamos algo más en esas dos líneas jurisprudenciales y reparamos en que en este último grupo de casos la acción civil dirigida contra la construcción se fundaba en la delimitación del derecho de propiedad establecida por el planeamiento urbanístico, y más concretamente en sus prescripciones sobre el retranqueo que las edificaciones han de respetar respecto a los linderos de la finca, inmediatamente nos daremos cuenta de que la aparente contradicción no existe, y que ambos conjuntos de resoluciones responden a un insatisfactorio denominador común: lo que el Tribunal Supremo nos venía diciendo es que las normas de vecindad establecidas por lo que el alto tribunal llama «legislación administrativa» son prácticamente indiferentes a efectos civiles; y la citada indiferencia se proclamaba tanto en el caso de que se alegara el cumplimiento de tales normas para evitar la condena a cesar en el ejercicio de una actividad, con el fundamento de que dicho cumplimiento no exime al responsable del deber de indemnizar, como si lo

Texto Refundido de nueve de abril de mil novecientos setenta y seis) las restricciones al «ius aedificandi» por obra del planeamiento, repetidamente recordadas por la jurisdicción contencioso-administrativa (sentencias de diez de junio y siete de noviembre de mil novecientos setenta y siete, diecinueve de junio de mil novecientos setenta y nueve, veinticuatro de marzo, diecinueve de abril, veintiséis de septiembre y siete de octubre de mil novecientos ochenta, etc., cobran su verdadera significación ante los Tribunales de ese orden, quienes habrán de discernir los términos del concreto plan de ordenación y las restricciones que lleva aparejadas en el uso y aprovechamiento del suelo en el paraje de que se trata, por lo mismo que la concesión de las licencias para edificar (artículos ciento setenta y ocho y siguientes de dicha Ley) y las conductas determinantes de infracciones urbanísticas (artículos doscientos veinticinco y siguientes) atañen a materia sustraída al conocimiento de la jurisdicción ordinaria por su naturaleza jurídico-administrativa (artículo doscientos treinta y cuatro) fuera del supuesto excepcional contemplado en el artículo doscientos treinta y seis de la misma Ley, alusivo a la posibilidad de ejercitar la acción de demolición ante los jueces civiles, norma que según entiende la doctrina ha de ser interpretada restrictivamente, y en consecuencia cuando la discrepancia surge entre particulares y el hipotético infractor se halla legitimado por un acuerdo de la Administración, no podrá pretenderse sin más el derribo acudiendo a la jurisdicción común, desprovista de facultades para anular el acto legitimador emanado del órgano administrativo competente».

Personalmente nos permitimos dudar de que la resolución de la Sala 1.^a hubiera sido distinta en el caso de que la edificación no contara con licencia de obras; en primer lugar porque la normativa aplicable es la citada en la nota a pie de página número 29, que no establece diferencia alguna relacionada con la existencia o inexistencia de dicho acto administrativo; y en segundo lugar, porque si de lo que se tratara es de evitar la colisión de la Sentencia de la Sala 1.^a con otra resolución de la Sala de lo Contencioso-administrativo que declarase la licencia conforme a Derecho (por entender esta última que la edificación es conforme con la normativa urbanística), esa colisión también podría darse en caso de seguirse un posterior procedimiento de legalización de la construcción realizada sin licencia, o bien si se estimara el recurso Contencioso-administrativo planteado por el propietario contra la denegación de la licencia (si esta última fuera la causa de su inexistencia). Lo cierto es que la doctrina sentada por la citada sentencia de la Sala 1.^a del TS, de 20-1-1983, fue reiterada, entre otras, en la de 5-6-86.

³² Como agudamente destaca CARRASCO PERERA, en *Relaciones Jurídicas con Contenido Urbanístico*, Navarra, 1999, p. 79, haciendo referencia al artículo 305 del Texto Refundido de la Ley Sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, prácticamente idéntico al artículo 49 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo: «es curioso que el Tribunal Supremo sólo suele acordarse del art. 305 del TRLS cuando se trata de reclamar su propia competencia frente a los tribunales contencioso-administrativos; competencia civil que el precepto en cuestión viene a reconocer expresamente».

alegado fuera su rotundo y manifiesto incumplimiento para impedir o eliminar una obra nueva, porque en tales casos se nos dice que las restricciones al derecho a edificar impuestas por el planeamiento urbanístico cobran su verdadera significación ante la jurisdicción contencioso-administrativa³³.

Y es aquí, en medio de la complejidad que revisten lo supuestos que un destacado sector doctrinal ha calificado acertadamente como «relaciones civiles con contenido urbanístico»³⁴, donde la resolución comentada hace una matización fundamental, al otorgar relevancia a las «normas administrativas» relacionadas con los usos del suelo y de las edificaciones, que actúan a su vez a través de la zonificación llevada a cabo por los instrumentos de ordenación urbanística; se da así un pequeño paso hacia esa relevancia de los reglamentos administrativos a los que siempre remitió el legislador desde el propio Código Civil, pese a la infundada y permanente alusión al carácter absoluto del derecho de propiedad contemplado en el mismo; relevancia iniciada en el mismo artículo 348 del citado Código, que prescinde de la literal alusión al carácter absoluto de la propiedad característica del Código francés, perfilada con mayor claridad en su artículo 350, que limita la actuación del propietario de un terreno no sólo en atención a lo dispuesto por las leyes especiales vigentes en el momento de su promulgación, sino también a los *reglamentos de policía*, y que se reitera con total coherencia en el artículo 590 del reiterado Código, tan frecuentemente aludido en sede de inmisiones y que impone a determinadas edificaciones, potencialmente dañosas para los vecinos, el respeto de las distancias prescritas por *los reglamentos* y usos del lugar, así como la adopción de las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que *los mismos reglamentos* prescriban³⁵; esta continuada invocación de las normas reglamentarias como complemento de la

³³ Cuando se trata de interdictos, pese a la clásica resolución de la Audiencia Provincial de Madrid de 12-11-1974, que admitió el interdicto de obra nueva frente a una construcción amparada por licencia municipal, comentada por SAINZ MORENO en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 5, pp. 268 y siguientes, puede compartirse la afirmación hecha por CARRASCO PERERA, en *Relaciones Jurídicas con Contenido Urbanístico*, Navarra, 1999, pp. 79-80, según el cual «Por lo que se refiere a la defensa interdictal, y a pesar de que existe jurisprudencia de instancia en sentido contrario, la doctrina que puede considerarse consolidada en el Tribunal Supremo es la que niega la procedencia de interdictos de obra nueva cuyo objeto sea la defensa de intereses reflejos derivados de la observancia o inobservancia de normas urbanísticas». Pero además ha de destacarse que los interdictos no afectan tan directamente a la cuestión que estamos planteando, centrada en la configuración del derecho de propiedad llevada a cabo por la normativa administrativa, porque tienen un fundamento predominantemente fáctico y porque la sentencia obtenida en ellos carece de la eficacia de cosa juzgada en relación con el derecho a edificar, como se deduce hoy de los artículos 447.2 y 250.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁴ Se trata, obviamente, de CARRASCO PERERA, cuya obra ya citada *Relaciones Jurídicas con Contenido Urbanístico*, Navarra, 1999, estimamos fundamental para obtener una visión panorámica y ordenada de la enorme cantidad de problemas que proliferan en esa frontera un tanto artificial que pretende dividir el Ordenamiento Jurídico en las cada vez más artificiosas categorías de Derecho Público y Derecho Privado.

³⁵ No en vano afirmaba el profesor DE CASTRO en *Derecho Civil de España*, T. I., p. 228, que el derecho de propiedad se caracteriza en nuestro Código por «un liberalismo templado». En cuanto a la ausencia de referencia expresa al reglamento como fuente de limitaciones al derecho de propiedad en el principal artículo 348 del Código Civil, basta acudir a la equiparación latente que existe en el Código Civil entre la ley y la norma estatal en sentido amplio: sobre todas estas cuestiones y para una amplia panorámica de los caracteres que reviste el derecho de propiedad en nuestro Código Civil, se recomienda consultar el trabajo de LOBATO GÓMEZ: *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, 1989, principalmente pp. 244-266.

regulación codificada sería suficiente para no precisar tan siquiera el recurso al artículo 33.2 de la Constitución Española y a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando se trata de defender la tesis de que la delimitación del derecho de propiedad, según su función social y «de acuerdo con la ley», se puede llevar a cabo, y efectivamente se lleva, a través de los reglamentos administrativos para la aplicación y el desarrollo de disposiciones de rango legal, entre las que se cuenta, destacadamente, el propio Código Civil (se trataría de los reglamentos denominados *intra* y *secundum legem*), excluyéndose solamente los reglamentos *extra legem* o totalmente independientes.

El acierto de esta Sentencia, en cuanto toma en cuenta las normas sobre zonificación y distribución de usos y tipologías edificatorias contenidos en los instrumentos de ordenación urbanística como apoyo fundamental de su decisión, se pone también de manifiesto si pensamos en el blindaje que esas normas podrían proporcionar en el caso de eventuales recursos planteados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que si bien ha reiterado la posibilidad de alegar el derecho a la inviolabilidad del domicilio también en las llamadas «relaciones horizontales» (reaccionando frente a la inactividad de la administración cuando la injerencia proviene de un particular)³⁶, también ha considerado que las prescripciones del planeamiento sobre zonificación pueden ser alegadas para que la injerencia se estime como justificada³⁷.

Sin embargo, la sentencia comentada presenta un flanco débil, porque, si bien alguna vivienda estaba localizada en suelo destinado a uso industrial, otras se ubicaban en suelo no urbanizable común, y además, como parece deducirse de las afirmaciones hechas por alto tribunal (en el fundamento de Derecho noveno de la sentencia comentada, por ejemplo), fueron edificadas de acuerdo con la oportuna licencia municipal; en este sentido, y una vez que la sentencia no prescinde de la legalidad urbanística de las respectivas actividades desarrolladas por ambas partes litigantes, sino que se apoya básicamente en ellas para fundamentar el fallo, no parece del todo coherente la equiparación que viene a hacerse entre «la propia ilegalidad urbanística de quien decide construirse una vivienda en zona industrial», con la situación jurídica de quien obtuvo lo que el alto tribunal considera como una «mera licencia municipal para construir en zona rústica», decidiendo finalmente que ambas situaciones son iguales, mediante la consideración de ambos casos como instalación de vivienda en suelo «no residencial» y para rechazar la obligación de indemnizar de quienes provocan las inmisiones desde «la zona urbana industrial del municipio». Lo inadecuado de la equiparación destacará especialmente si la licencia para vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable común se concedió con arreglo a las prescripciones legales vigentes, sin que en modo alguno pueda considerarse como un acto administrativo radicalmente nulo y perfectamente asimilable al inexistente³⁸; por

³⁶ Sentencias del TEDH de 22-10-1996 y 16-11-2004, entre otras muchas.

³⁷ Sentencias del TEDH de 25-9-1996 y 18-1-2001, entre otras. Y como no existe motivo para entender que esa justificación se limite a las injerencias llevadas a cabo por las administraciones públicas, como sucedía en los casos analizados por dichas sentencias, la invocación de la legalidad urbanística parecería una buena vía para cubrir eventuales condenas al Estado Español, que luego y como siempre acabará pagando el contribuyente.

³⁸ En este sentido, desde la primera Ley del Suelo de 1956 ya estaba prevista la posibilidad de que en suelo rústico se edificaran viviendas unifamiliares (artículo 69.2.^a b de dicho texto legal). Esta posibilidad va a mantenerse de forma expresa en el artículo 85.2.^a *in fine* del Texto Refundido de 1976 y en el artículo 16.2.^a *in fine* del Texto Refundido de 1992. Paralelamente se iba profundizando en la diferenciación de dos tipos de suelo rústico, rural o no urbanizable: el de especial protección por sus valores intrínsecos, en

estas consideraciones nos parece que la solución adoptada por el Tribunal Supremo, tal como ha sido enunciada, sólo resultaría plenamente compartible en los casos de conflicto entre una actividad emisora que cumple con todos los requisitos legales, incluido su emplazamiento en una zona apta para su desarrollo, con la existencia de viviendas o edificaciones rotunda y claramente ilegales, situadas en ámbitos inadecuados para el uso correspondiente; y aún quedaría pendiente el problema relativo a si esa legalidad e ilegalidad pueden ser estimadas por los tribunales civiles como cuestión prejudicial, y si podría extenderse también a los supuestos en que exista licencia municipal de obras, partiendo de la redacción dada al reiterado artículo 49 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 para superar el obstáculo representa-

relación con el cual se aplica el máximo rigor en cuanto a las actuaciones permitidas, y el común, que es simplemente el suelo rústico, rural o no urbanizable que el planeamiento considera inapropiado para su inmediata urbanización, en el cual las actuaciones posibles, incluidas las edificatorias, son mucho más variadas. La legislación autonómica va incidiendo progresivamente en la materia, y en la Comunidad valenciana en concreto se promulgó, primero, la Ley 4/1992, de 5 de junio, del suelo no urbanizable, sustituida hoy por la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, también del suelo no urbanizable, resultando especialmente relevantes los siguientes preceptos:

Artículo 16. Normas: Respecto del suelo no urbanizable protegido, los planes generales y, en su caso, los planes especiales, en el ejercicio de sus funciones, y en coordinación con la legislación o planeamiento sectorial determinantes de su protección específica, establecerán las normas de utilización, conservación y aprovechamiento que garanticen la consecución de los fines determinantes de dicha protección. En particular, incluirán, cuando proceda, la prohibición absoluta de construir, así como las medidas a adoptar a efectos de conservación, protección o mejora.

Artículo 17. Obras, usos y aprovechamientos: en el suelo no urbanizable protegido, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de su legislación o planeamiento sectorial determinante de su protección, sólo se podrán realizar instalaciones, construcciones u obras que tenga previstas el planeamiento por ser necesarias y compatibles con el mejor aprovechamiento, conservación, cuidado y restauración de los recursos naturales o para su disfrute público y aprovechamiento colectivo. Igualmente, se podrán llevar a cabo las obras e instalaciones necesarias para la gestión de los bienes de dominio público o de los servicios públicos o actividades de utilidad pública o interés general y para la minoración de los riesgos que motivaron su especial protección.

Artículo 18. Zonificación: 1. Los planes urbanísticos o territoriales con capacidad para ordenar usos en suelo no urbanizable común, en virtud de su respectiva legislación, delimitarán zonas, al menos, en función de los siguientes usos y aprovechamientos característicos:

- a) Zonas cuyos terrenos sean idóneos para aprovechamientos agropecuarios, forestales o cinegéticos.
- b) Zonas en que sea posible la explotación de canteras, extracciones de áridos o de tierras, o con recursos geológicos o hidrológicos.
- c) Zonas en que sea posible el uso de vivienda, diferenciando las áreas en las que sea posible la vivienda aislada y familiar, aquellas en las que sea posible la vivienda rural vinculada a explotación agrícola y aquellas en las que se delimiten los asentamientos rurales tradicionales e históricos existentes.
- d) Zonas en las que, excepcionalmente y en las condiciones establecidas en esta Ley, pudieran implantarse actividades industriales, productivas, terciarias o de servicios, de necesario emplazamiento en el medio rural o que requieran una posición aislada en el territorio.
- e) Zonas en las que se excluya todo tipo de edificación o se sujete a limitaciones específicas, de acuerdo con la estrategia de ocupación del territorio definida en el planeamiento.

2. Justificadamente se podrán establecer zonas mixtas, susceptibles de usos y aprovechamientos característicos de varias zonas.

do por una presunción de validez del acto administrativo que, en el ámbito urbanístico, quizá convendría ir transformando en presunción de ilegalidad.

Cuestión distinta sería entender que no basta la mera existencia de viviendas, aunque hayan sido construidas de acuerdo con las prescripciones de la legislación y el planeamiento urbanísticos, para que automáticamente nos encontremos ante una zona o núcleo residencial a efectos de que le sean aplicadas las correspondientes magnitudes sobre niveles máximos de inmisiones sonoras, pudiendo contribuir a este entendimiento las normas que prevén la posibilidad de autorizar la construcción de viviendas en suelo no urbanizable con los límites de que no originen núcleos de población, sean aisladas, o similares. Pero ir decididamente por esta vía probablemente habría supuesto una ruptura demasiado brusca con la jurisprudencia anterior de la Sala I.^a del Tribunal Supremo, cuyas líneas básicas hemos trazado con anterioridad, ya que implicaría la necesidad de interpretar y aplicar las normas urbanísticas sobre construcción de vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable, haciendo también lo propio con las ordenanzas y disposiciones relativas a las inmisiones sonoras, con especial hincapié en la problemática relacionada con su ámbito espacial de aplicación; y, lógicamente, no se podría soslayar la implicación de esas perturbadoras cuestiones que venimos refiriendo sobre la interpretación civil de la legalidad «administrativa» y su eventual colisión con la que pudiera derivarse de la jurisprudencia contencioso-administrativa. Creemos que este será el camino a seguir para detener esas «acciones en busca de dinero» que se irán haciendo cada vez más frecuentes, al menos si no se quiere optar por la remisión de todas estas cuestiones a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, regida por unas normas procesales pensadas para dirimir litigios planteados frente a las administraciones públicas, no entre particulares, pero por el momento debemos conformarnos con elogiar la inspiración y el resultado de la resolución objeto de estas líneas.

Para terminar este ya demasiado extenso comentario, podríamos apuntar que la Sentencia quizá pudo apuntalar un poco más su fallo otorgando alguna relevancia a la existencia de un trámite legal de información pública, en relación con la tramitación de los instrumentos de ordenación urbanística que hubieron de preceder el desarrollo del polígono industrial, y a la consiguiente posibilidad que tuvieron los demandantes, o las personas de quienes estos traen causa, para comparecer en ese expediente haciendo las alegaciones oportunas³⁹; sin olvidar tampoco el derecho que les incumbía respecto a la impugnación del acto administrativo aprobatorio de esos instrumentos de ordenación ante los tribunales integrantes de la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁰. La citada línea argumental podría haberse utilizado para fundamentar que, al guardar silencio en ese momento para pretender después la cesación de las lógicas molestias derivadas de la implantación del polígono industrial, acudiendo para ello a las acciones civiles, los integrantes de la asociación actora estarían yendo contra los postulados impuestos por al buena fe que ha de regir el ejercicio de los derechos, dándose lugar a un uso abusivo del mismo con la consiguiente reconducción del problema al

³⁹ En este sentido todas las legislaciones autonómicas prevén esa intervención para satisfacer el derecho básico de todos los ciudadanos a la participación en la ordenación y gestión urbanísticas, contemplado desde nuestra primera Ley del Suelo y proclamado también hoy, como garantía básica, en el artículo 3. c) *in fine* del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008.

⁴⁰ Artículo 50.2 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008.

artículo 7.2 del Código Civil (el problema es si toda la sentencia podría descansar exclusivamente en este razonamiento, cosa que es un tanto difícil de afirmar)⁴¹; claro que también podría otorgarse relevancia al uso implantado primero frente al posterior, aunque matizando que ha de tratarse de un uso anterior que resultara conforme con la legislación administrativa que delimita el contenido del derecho de propiedad. Pero todas estas consideraciones desbordan ya la finalidad de un simple comentario de sentencia para adentrarse en la sustitución de la resolución comentada por la que habría producido este modesto comentarista, invocando además algunas instituciones y preceptos que no fueron siquiera alegados por las partes.

⁴¹ Porque la mejor solución de estos casos es la que podría haberse conseguido a partir del procedimiento de delimitación del polígono industrial por el planeamiento y su posterior ejecución, pudiendo consistir en el establecimiento de una servidumbre forzosa que afectara a la franja de terrenos que limitara con las industrias a instalar; para ello podrían haberse incluido los terrenos afectados total o parcialmente por esa franja en la unidad de actuación urbanística delimitada, si bien a los exclusivos efectos de que sus propietarios fueran indemnizados en metálico por la imposición de esa servidumbre, con cargo a los gastos de urbanización asumidos por los propietarios de las fincas de uso industrial resultantes de la actuación. El acto firme de aprobación del proyecto de distribución de beneficios y cargas parece suficiente para la modificación de entidades hipotecarias en general y también para la constitución de la servidumbre a que hacemos referencia, o al menos así parece derivarse de la redacción dada hoy a los artículos 51.1 en relación con el 54.5, ambos del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, cuyo desarrollo se encuentra en los artículos 1.1 y concordantes del RD 1093/1997.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep María BECH SERRAT, María del Carmen CRESPO MORA, María Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María LUBOMIRA KUBICA, Andrea MACÍA MORILLO, Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA, Sara MARTÍN SALAMANCA, Gemma MINERO ALEJANDRE, María Isabel MONDÉJAR PEÑA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Cesar SEMPERE RODRÍGUEZ, Alfons SURROCA COSTA.**

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

PARTE GENERAL

1. Delimitación del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.–En cuanto a la conceptualización de estos tres términos, señala la Sala 1.^a del Tribunal Supremo lo siguiente. En relación al honor, que constituye una lesión o intromisión ilegítima contra el mismo «*la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*». Que para calificar tales hechos como una vulneración del derecho al honor debe atenderse a criterios subjetivos –basados en la estimación que cada persona hace de sí misma–, y objetivos, –según la consideración social y externa de los mismos–. En cuanto al derecho a la intimidad, sostiene el Alto Tribunal, haciéndose eco de la STS de 26 de septiembre de 2008, que

«implica la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo, imponiendo a los terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado». Por último, en relación a la propia imagen, declara el TS, citando la STS de 26 de febrero de 2009, que «es la representación gráfica de la figura humana visible y reconocible, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción», y que queda en manos de su titular el derecho exclusivo de difundirla o publicarla o, por el contrario, conservarla dentro de su esfera privada.

Tratándose de un personaje público, como es el caso del empresario que ha adquirido notoriedad en determinados círculos sociales, es preciso considerar que *la protección del honor disminuye* (ya que la persona que acepta su carácter público también acepta los riesgos que ello conlleva), *la de la intimidad se diluye* (no totalmente, pero sí en gran medida) y *la de la imagen se excluye* (siempre que haya sido captada en un lugar público). (STS de 1 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don S., empresario de gran prestigio, consideró que su derecho al honor, a la intimidad personal y a su propia imagen había sido vulnerado durante la emisión de un popular programa de televisión en el que se hacía referencia a determinadas circunstancias de su vida privada y se mostraban imágenes comprometedoras en las que aparecía él mismo junto a personas de su entorno más íntimo.

El así agraviado decidió interponer demanda contra la cadena de televisión y la empresa productora del programa. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y, entre otros pronunciamientos, condenó a las demandadas a abonar a don S. una suma importante de dinero en concepto de indemnización.

Las demandadas recurrieron ante la Audiencia Provincial, la cual, estimó el recurso de apelación. Argumentaba este órgano que se trataba de un personaje con proyección pública, que su imagen había sido captada en un lugar público, y que las declaraciones supuestamente vulneradoras del derecho al honor del demandante eran ya conocidas por todos al haber sido difundidas previamente por otros medios de comunicación.

El TS confirma la argumentación de la Audiencia y declara no haber lugar al recurso de casación. (P. M. G-F.)

2. Derecho al honor y derecho a la intimidad: referencias a la orientación sexual.—Según reiterada jurisprudencia, el derecho al honor protegido como derecho fundamental se configura por dos aspectos: la inmanencia, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma y la trascendencia que implica el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad. Para que exista una intromisión ilegítima en el derecho al honor es imprescindible una divulgación con juicios de valor que resulten ofensivos o burlescos (STS de 8 de julio de 2004) y que ésta se lleve a cabo dentro del contexto de una información que pretenda ser objetiva y neutral, lo que,

según la jurisprudencia, no sucede en ciertos programas de debate con intervenciones de carácter festivo en el contexto de la denominada prensa del corazón (SSTS de 18 de mayo de 2007 y 24 de enero, 25 de septiembre y 1 de octubre de 2008).

Por su parte, el derecho a la intimidad personal tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto a su dignidad personal (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, ya sean poderes públicos o particulares. Este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino familiar, frente a la divulgación por terceros o a una publicidad no consentida. Se impone a los terceros un deber de abstenerse de la intromisión y de hacer uso de lo conocido sobre esa esfera personal, salvo justificación legal o consentimiento del afectado (SSTC de 2 de diciembre de 1988; 17 de octubre de 1991 y 10 de mayo de 2000 y SSTS de 22 de abril de 2002; 6 de noviembre de 2003 y 28 de septiembre de 2008). Aunque un personaje sea público y notorio por sus actuaciones profesionales, esto no anula por completo la parcela privada de la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), por lo que las referencias a su orientación sexual es una información que carece de relevancia comunitaria y de interés público, perteneciendo al ámbito estricto de la intimidad personal. (**STS de 8 de febrero de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Doña M. ejercita acción de protección del derecho al honor y a la intimidad contra don M. y la entidad mercantil G.T.S.A por los comentarios que el demandado realizó en el programa de la entidad mercantil también demandada sobre la condición sexual de la actora y aspectos íntimos de su vida familiar y profesional.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estiman la demanda y entienden que las manifestaciones vertidas en el programa televisivo vulneran el derecho al honor y la intimidad personal de la actora, siendo utilizada su intimidad personal para fines netamente comerciales. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima en el sentido de considerar que no ha existido vulneración del derecho al honor, casando y anulando la sentencia de la Audiencia en este punto, pero mantiene el pronunciamiento en orden a la vulneración del derecho a la intimidad, reduciendo en consecuencia la cuantía indemnizatoria. (*S. E. M.*)

3. Derecho al honor, libertad de expresión y libertad de información. Programa radiofónico en el que se relaciona a un partido político con una banda terrorista.—

Siguiendo la doctrina jurisprudencial anteriormente sentada en las SSTS de 19 y 26 de febrero de 1992, 29 de diciembre de 1995, 20 de octubre de 1999, 12 y 27 de febrero y 6 de junio de 2003, 8 de julio de 2004 y 8 de septiembre de 2008, el Tribunal Supremo refuerza la prevalencia de la libertad de expresión con respecto del derecho al honor en contextos de contienda política. El honor tiene un sentido subjetivo –interno, la estimación que cada persona hace de sí misma- y un sentido objetivo – exteriorización representada por la estima que los demás hacen de nuestra dignidad–. Imputar a una persona su pertenencia o relación a un grupo terrorista es un ataque al honor desde el punto de vista objetivo, pero subjetiva-

mente esta calificación no es tan nítida, sino que exige una ponderación de las circunstancias del caso y el contexto social. La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTS de 17 de julio de 1986 y de 4 de junio de 2007), pues alude a la emisión de juicios subjetivos, incluyendo, por tanto, la crítica a la conducta de terceros, aunque pueda molestar a aquel contra quien se dirige. Únicamente se sitúan fuera del campo de protección de la libertad de expresión las declaraciones ofensivas sin relación con las opiniones o ideas expresadas y que, por ello, sean innecesarias al propósito fijado. Por tanto, el artículo 20.1.a) de la Constitución Española no reconoce el derecho al insulto. Con todo, en supuestos de colisión de derechos fundamentales no debe atenerse a una concepción abstracta o semántica del lenguaje, sino que debe emplearse una concepción pragmática, en relación con su contexto, de manera que puedan ampararse en la libertad de expresión alegaciones que, si bien aisladamente pueden resultar ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar y con su situación política y social, ven atenuada tal significación ofensiva, ya que así lo impone el interés público implicado en la concreta situación y los usos sociales a los que se remite el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (**STS de 26 de enero de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Un grupo político y varios de sus dirigentes promueven una demanda de protección civil del derecho al honor contra una entidad de radiodifusión y el locutor de ésta, con ocasión de unos programas radiofónicos emitidos por dicha entidad. La parte actora considera que las declaraciones sobre su relación a un grupo terrorista y las supuestas reuniones mantenidas con éste son una intromisión ilegítima en su derecho al honor. Consecuentemente, solicita que se prohíban a la cadena y al locutor demandado conductas similares en el futuro y exige el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Entiende que, si bien desde el punto de vista gramatical, algunas de las expresiones utilizadas pudieran resultar hirientes, pragmáticamente no denotan un carácter insultante o difamatorio, sino que se encuadran dentro del ámbito de la libertad de expresión, teniendo en cuenta su contexto, la estrecha relación de dichas expresiones con los hechos relatados por el locutor, su notorio interés público y la naturaleza política y, por tanto, pública de los actores, así como la función pública de crítica política con la que las declaraciones se efectuaron.

La Audiencia Provincial estima, sin embargo, el recurso de apelación, con revocación de la sentencia de Primera Instancia. Considera que la equiparación de un partido político con una organización terrorista no es amparable ni en el derecho a la información ni en la libertad de expresión.

Contra esta sentencia interpone recurso de casación la parte demandada. El Tribunal Supremo estima el recurso, confirma y hace suya con todos sus pronunciamientos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (*G. M. A.*)

4. Derecho al honor y libertad de expresión: límites.—La libertad de expresión (art. 20 CE) tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC de 17 de julio de 1986 y 4 de junio de 2007), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. No obstante, el derecho a la libertad de expresión tiene como límite la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con ideas u opiniones que se expongan (SSTC de 6 de mayo de 2002; 19 de junio de 2006; 15 de enero y 4 de junio de 2007 y 14 de abril de 2008). Según reiterada jurisprudencia, la libertad de expresión no se limita a manifestar ideas y pensamientos, sino que también comprende la crítica a la conducta de otro, aun cuando ésta pueda resultar molesta, inquietante o disgustar a aquel contra quién se dirige (SSTC de 17 de enero de 2000; 26 de febrero de 2001 y 19 de junio de 2006 y SSTC de 31 de enero y 25 de febrero de 2008). El derecho al honor se encuentra limitado por las libertades de expresión e información y tiene lugar cuando se produce un conflicto ente ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, según las circunstancias de cada caso. Por ello, una dura y severa crítica reflejo de una opinión científica que tenga lugar dentro del marco de una controversia doctrinal no alcanza al derecho al honor desde un punto de vista objetivo, ya que la carga de asumir dicha crítica, incluso siendo inconveniente, se impone en una sociedad democrática a quienes se ven involucrados en actividades científicas o de investigación. (SSTS de 19 de febrero, 4 de junio y 6 de julio de 2009). (**STS de 9 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Se promueve demanda contra don R. por la carta remitida a una revista de salud con ocasión de las investigaciones realizadas por el demandante don N. En dicha carta, don R. realiza afirmaciones como que la investigación del actor era «una sucesión de falsedades y burdas argumentaciones sobre el origen de la esclerosis múltiple... Que parecen propias de un profano indocumentado que de un cirujano... Han proliferado los curadores... engañar a los pacientes, prácticas propias de la medicina precientífica... que se ignoran conocimientos de literatura especializada en esclerosis...». Don N. considera vulnerado su derecho al honor y solicita que se le conceda una indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la pretensión ejercitada. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima, confirmando la sentencia recurrida. (*S. E. M.*)

5. Delimitación del derecho al honor y la libertad de expresión cuando las expresiones supuestamente vejatorias tienen lugar en el seno de una confrontación política.—Es doctrina consagrada que el derecho al honor ha de ser estimado en un doble aspecto: como convicción interna o íntima del sujeto agraviado, por una parte, y como aspecto externo de valoración social, por otra. Este segundo aspecto sirve para poder realizar una adecuada calificación jurídica, huyendo así de una excesiva subjetivación del concepto, y atendiendo a las circunstancias objetivas de los sujetos implicados, como puedan ser su pertenencia a los círculos políticos de un país, o el

contexto en el que son vertidas las declaraciones. De esta manera, expresiones poco afortunadas e, incluso, objetivamente un tanto vejatorias, no alcanzan la calificación de atentado al honor cuando son fruto o tienen relación con una confrontación política. (*vid.* SSTs de 6 de junio de 2003, 21 de julio de 2008, 8 de septiembre de 2008 o 26 de enero de 2010, entre otras). A estos efectos, considera el Alto Tribunal, que no es necesario que el sujeto supuestamente perjudicado ostente cargo político alguno; basta con que participe de forma activa en la vida política y que las expresiones controvertidas se inserten en un marco de polémica política para que el atentado contra el honor se diluya. (**STS de 16 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don J. interpuso demanda sobre protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen contra don V. y un periódico de tirada provincial como consecuencia de una publicación en la que se contenían expresiones supuestamente vejatorias referidas a la persona del demandante. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, absolviendo al periódico de todos los cargos y condenando a don V. al pago de una cantidad en concepto de daños y perjuicios.

Don V. recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso revocando la sentencia de instancia. Según este órgano, el Juzgado de Primera Instancia no había tenido en cuenta en su valoración de los hechos el contexto político en que éstos se habían producido. Al tratarse de personajes dedicados a la vida política, la consideración y calificación jurídica de sus actuaciones había de medirse conforme a criterios más «generosos».

Finalmente, don J. decidió interponer recurso de casación alegando infracción del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en conexión con lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, del artículo 18.1 de la Constitución.

El Tribunal Supremo, atendiendo a factores tales como la proyección pública de ambos sujetos, así como el contexto de confrontación política en que fueron vertidas las opiniones declaró no haber lugar al recurso de casación. (*P. M. G-F.*)

6. Independencia de los derechos fundamentales.—El TS ha declarado en varias ocasiones —en la sentencia de 26 de julio de 2008, entre otras— que no cabe la mezcla o confusión de los derechos fundamentales. En el caso del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen estamos ante tres derechos distintos y no ante un solo derecho trifronte.

Derecho al honor y libertad de información.—El honor tiene un sentido subjetivo y un sentido objetivo. El primero está representado por la estimación que cada persona hace de sí mismo. El segundo se refiere a la estimativa que los demás hacen de nuestra dignidad. Ambos se deben complementar y ambos se concretan en la dignidad de la persona.

Respecto a la libertad de información, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la

prevalencia de este derecho cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado. La libertad de información exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse, no necesariamente la absoluta y total, sino que pueden concurrir inexactitudes que no afecten al fondo.

Ahora bien, la transmisión de la noticia no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado. El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (SSTC de 18 de febrero de 2009 y 27 de junio de 2009). **(STS de 31 de marzo de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Por razón de impago en el abono de cuotas en una comunidad de propietarios, se colocaron carteles en los que se expresó el carácter de moroso del actor, junto a otros propietarios, que originó la formulación de demanda de protección al derecho al honor, intimidad y propia imagen, sin concretar ni precisar qué derechos fundamentales se entendían vulnerados.

El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. En cambio, la Audiencia Provincial sí que estima el recurso de apelación planteado por el demandante. Esto lleva al demandado a interponer recurso de casación.

El Alto Tribunal entiende que la información difundida en este caso tiene interés para la comunidad de propietarios. La misma resulta veraz, al haberse acreditado la deuda existente, y de la lectura de la misiva controvertida se extrae que no contiene ningún juicio valorativo, ni mucho menos ofensa, ni términos injuriosos o insultantes referidos al actor, que pudiesen atentar contra su honor. Lo único que resulta reprochable fue que la notificación no fuera efectuada de forma escrupulosa conforme a lo previsto en la legislación sobre propiedad horizontal para supuestos de impago de cuotas comunitarias por parte de algún copropietario (arts. 21.2 y 9.h LPH). No obstante, la notificación por sí sola carece de la entidad suficiente para que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7.7 LO 1/1982, de 5 de mayo, pueda estimarse como atentatorio del derecho al honor, prevaleciendo en consecuencia la libertad de información. De ahí que el TS termine estimando el recurso planteado por el demandado. (S. L. M.)

7. Facultades del Tribunal de casación para valorar los hechos.—Si la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre con el derecho al honor y la libertad de información, según la jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Civil el Tribunal Supremo no puede aceptar de forma incondicional las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que ha de asumir una tarea de calificación

jurídica y de valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible vulneración de los derechos fundamentales alegados.

Aplicación de la técnica de la ponderación para la resolución del conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor.—El conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor ha de resolverse mediante la aplicación de las técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Hay que valorar, en primer lugar, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Así, la ponderación ha de respetar la posición preferente que el derecho a la libertad de información posee sobre el derecho al honor en cuanto aquel resulta esencial para garantizar la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. La protección constitucional de las libertades de expresión y de información alcanza su nivel máximo cuando son ejercitadas por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción.

La técnica de ponderación requiere valorar, en segundo lugar, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. En este sentido la ponderación exige tener en cuenta varios factores: Primero, hay que constatar si la información tiene relevancia pública o interés general, o afecta a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública. Y también, si se trata del prestigio profesional, ha de examinarse si el ataque reviste un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una transgresión del derecho fundamental. Segundo, para que pueda prevalecer la libertad de información sobre el derecho al honor, dado su puesta en conocimiento de hechos, la información ha de cumplir el requisito de la veracidad; a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad ha de entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia, conforme a los criterios profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aunque después la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada. El requisito de la veracidad no impide que la total exactitud de la noticia pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales siempre que no afecten a la esencia de la información. Por último, la información que se transmita no puede tener un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, es decir, no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende y en ningún caso se reconoce un derecho al insulto. (STS de 3 de marzo de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Tres economistas, de acreditado historial profesional, interponen demanda de protección del derecho al honor contra el director del diario *El País*, la empresa editora y un periodista. Los economistas habían sido designados como peritos judiciales, a petición de la parte interesada, por el juez instructor del sumario denominado «Caso Banesto», a propuesta del decano-presidente del Colegio de Economistas de Madrid. El 31 de enero de 1996 se había entregado parte del informe pericial, en el que constaba un anexo firmado por uno de los peritos. El 1 de marzo de 1996 los tres peritos habían entregado en el Juzgado el resto del informe. A partir del 6 de marzo de 1996 los peritos habían ratificado el infor-

me en presencia del juez y de los representantes de las partes. De modo simultáneo y con posterioridad a estos hechos aparecen un conjunto de artículos, firmados por el periodista demandado, en los que se afirman que dichos peritos justifican en sus informes los actos del inculcado por estafa, a cambio de dinero. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y, por el contrario, la Audiencia Provincial revoca la sentencia y estima la demanda al considerar que ha existido lesión del honor profesional de los demandantes. Los demandados interponen recurso de casación contra esta última sentencia y el Tribunal Supremo ha lugar al recurso de casación. (*Alma R. G.*)

8. Transmisión *mortis causa* de títulos nobiliarios.—En los casos en los que se trata de decidir quién, de entre los parientes colaterales, tiene el mejor derecho a poseer un título nobiliario, una vez fallecido el anterior poseedor legal, lo tendrá aquel más próximo en grado y de mayor edad. No rige el derecho de representación, que se limita a la línea descendente. (**STS de 26 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El objeto del proceso versa sobre el mejor derecho a poseer un título nobiliario que se disputan dos primos. El último poseedor del título es el más joven de los tres hermanos, el cual no tuvo descendencia y al que se le reconoció judicialmente el mejor derecho genealógico respecto de un tercero. De los tres hermanos, todos ellos ya fallecidos, la madre del demandante era la mayor, el padre del demandado el segundo, y el poseedor del título el de menor edad. Ninguno de los hermanos mayores disputó el título a su hermano, aunque al fallecer éste sí lo pretendió en vía administrativa la hermana mayor frente a su sobrino —el aquí demandado—, al cual se le otorgó carta de sucesión. Don J. interpone demanda frente a su primo carnal don G. para la declaración de mejor derecho a poseer el título nobiliario.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda y declara que es preferente el derecho de don J. frente al de don G. La Audiencia Provincial confirmó la resolución recurrida, salvo en lo relativo a las costas.

En casación, el TS entiende que el mejor derecho hay que atribuírsele al actor, pues, hallándose ambos litigantes en el mismo grado de parentesco con el último poseedor legal, es el de mayor edad. La pretensión del demandado de que se aplique el derecho de representación en lugar del principio de propinquidad contradice la doctrina del Alto Tribunal, según la cual, tratándose de parientes colaterales que no tronquen con el fundador o beneficiario —no descendiendo directamente de él— no opera en su beneficio la representación sino la proximidad de grado. De esta manera, el TS desestima el recurso de casación planteado por el demandado. (*S. L. M.*)

9. Títulos nobiliarios: principio de propinquidad.—Cuando existe un conflicto respecto al mejor derecho a un título nobiliario, si las personas que pretenden ostentar dicho derecho se encuentran en el mismo grado de parentesco con el último poseedor legal, el título se le debe atribuir al de mayor edad. Este principio de propinquidad es el que rige la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 19 de junio de 1976; 17 de marzo de 1988; 11 de mayo de 2000; 30 de diciembre de 2004; 22 de octubre, 19 de noviembre y 15 de diciembre de 2009) y no el derecho de representación. El derecho de representación se limita a la línea descendente, por lo que tratándose de parientes colaterales que no desciendan directamente del fundador o beneficiario, no opera en su beneficio la representación, sino la proximidad en grado y la mayor edad (**STS de 26 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don J. y don G. primos carnales se disputan el título nobiliario de Conde X. El último poseedor del título es el más joven de tres hermanos que no tuvo descendencia y al que se le reconoció judicialmente el mejor derecho genealógico respecto de un tercero. De los tres hermanos, todos ellos ya fallecidos, la madre de don J. era la mayor, el padre de don G. el segundo y el poseedor del título el menor de edad. Ninguno de los hermanos mayores disputó el título al menor, aunque al fallecer éste, la hermana mayor sí que lo pretendió por vía administrativa frente a su sobrino don. G., al cual se le otorgó carta de sucesión. Don J. interpone demanda de declaración de mejor derecho al título nobiliario de Conde X frente a su primo carnal don G. El demandado se opone alegando la excepción de prescripción adquisitiva y subsidiariamente que se le absolviere por razones de fondo, por aplicación del principio de representación y no del de propinquidad.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara que es preferente el derecho de don J. frente a don G., para poseer, usar y disfrutar del título nobiliario de Conde X. La Audiencia Provincial confirma la resolución recurrida en apelación. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima. (*S. E. M.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Vicios del consentimiento. Dolo grave y causante.—El dolo como vicio de la voluntad aparece recogido en el artículo 1269 CC, que lo define como aquella situación en que «[...] con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». De acuerdo con esta definición se ha considerado que en un sentido muy amplio, «dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio», aunque esto último no es exigible para que pueda considerarse que ha concurrido dolo. Por ello el concepto central que aparece en el artículo 1269 CC es aquella estrategia que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error, si bien lo

que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él.

Para que un contrato se entienda viciado por dolo deben concurrir las notas siguientes: a) que se trate de una conducta insidiosa, que ejerza tal influencia sobre quien declara que su voluntad no puede considerarse libre; b) que sea grave, es decir, que sea causa determinante del contrato en el que concurre, y c) que se pruebe.

Por otra parte, el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para poder calibrar las condiciones de dicho contrato es uno de los casos más típicos del dolo y como vicio independiente ha sido acogido en el artículo 4 :109 de los Principios del Derecho europeo de los contratos, que permite la impugnación por parte de aquella persona en quien haya concurrido dicho vicio, que trata como vicio de la voluntad. (**STS de 16 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Doña E. había heredado de su padre, su marido y su madre, el 62,30% de las acciones de la sociedad Inmobiliaria C. G. cuyo único bien era una finca situada en Granollers. La sociedad se había constituido con la finalidad de administrar el patrimonio familiar. Doña E. y don L. iniciaron una relación sentimental que duró unos 17 años. Durante este tiempo, don L. fue haciéndose cargo de los asuntos económicos de doña E., quien le tenía una confianza absoluta. Don L. aconsejó a doña E. la venta de las acciones de la sociedad. Dicha operación se consumó el 14 de agosto de 1997, vendiendo doña E. las acciones de su paquete a las sociedades S.G.B. y S.G.T.; en realidad, se trataba de sociedades pantalla de don L., de modo que fue él mismo quien adquirió por persona interpuesta dichas acciones cuyo precio realmente abonado resultaba muy inferior de las tasaciones obrantes con posterioridad en autos. Doña E. demandó a don L., S.G.B. y S.G.T., así como a la sociedad Inmobiliaria C.G. En su demanda pidió que se declarase: a) la nulidad del contrato de compraventa del paquete de acciones correspondiente a la sociedad Inmobiliaria C.G., por haberse formado el consentimiento por dolo por parte de la compradora; b) en el caso de que no fuera estimada, ejercitaba la acción de nulidad por ilicitud de la causa; y c) caso de no estimarse, por hallarse viciado el consentimiento de doña E. por causa de error.

El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona declaró nulo el contrato de compraventa de acciones, considerando probado que la conducta llevada a cabo por el demandado constituyó un caso de dolo al usar éste maquinaciones insidiosas para conseguir hacerse con el paquete de acciones. Recurrida la sentencia, ésta fue desestimada tanto en apelación como en casación. (*M. L. K.*)

11. Compraventa: vicios del consentimiento; dolo.—Según el art. 1269 CC, dolo son palabras o maquinaciones insidiosas para mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado. Cuyas palabras o maquinaciones pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de

la reticencia o silencio (*cf.*: SSTS 11-05-1993, 29-03-1994, 29-12-1999, 11-12-2006, 25-04-2009). Así, al venderse a una empresa constructora un solar para construir y silenciar que unos informes técnicos han acreditado que no era apto para construir en él, las sentencias de instancia y esta Sala entienden que concurre la existencia de dolo. En definitiva, el desconocimiento de la dolina no fue debido a falta de diligencia y el silencio de una de las partes sobre ello fue determinante de la voluntad de comprar a un precio que no fue discutido y tampoco puede considerarse miserable.

Nulidad contractual: partidas indemnizatorias; interés negativo e interés positivo.—Al interpretar el art. 1303 CC, la jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de que el precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto. Y matiza la doctrina que la indemnización alcanza al interés negativo o «interés de confianza» que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese celebrado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez, con la situación actual en que se encuentra ahora, sin que alcance al llamado interés positivo que resulta de comparar la situación provocada por la invalidez, con la que existiría si hubiese habido validez y cumplido los efectos del contrato. En consecuencia, se admiten las partidas que integran la indemnización reclamada, entendiéndola como correcta la inclusión del interés negativo. (**STS de 5 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Se concluye una venta de un terreno cuyo único interés económico reside en la posibilidad de edificar y que se vendió por una sociedad a otra, teniendo las dos el objeto social idéntico, actividad mercantil dedicada a la promoción y construcción de viviendas. La vendedora lo había adquirido poco antes de dicha venta y al ordenar un informe en relación al estudio geotécnico, comprobó que el solar tenía una depresión o dolina, no la hacía aconsejable construir o bien el coste de la cimentación lo hacía inviable, por lo que más adelante se informa por una entidad de tasaciones y valoraciones que el valor del solar que había comprado es de cero euros y un arquitecto manifestó que un solar de esta característica de construirse y llevar a término la necesaria cimentación, se podría considerar «un monumento a la idiotez».

Ante ello, esta sociedad que compró el terreno de valor cero euros, lo vende a otra sociedad que ignora el problema, que no puede conocerse por los signos externos y, tras negociaciones y conversaciones, esta última compradora le formula demanda, que es la rectora del presente proceso. Esta compradora es P, S.L. y la vendedora es I.G., S.L. Ambas sentencias de instancia han apreciado dolo y han declarado la nulidad en el sentido de estimar la acción de anulabilidad que da lugar a la restitución recíproca de las cosas objeto del contrato. (*S. M. S.*)

12. Perfección del contrato.—La oferta, en cuanto declaración unilateral que emite una persona para proponer a otra la conclusión de un contrato, debe exteriorizar la voluntad del oferente de quedar obligado en caso de aceptarla el destinatario y debe contener todos los elementos necesarios del

contrato proyectado, dado que dicho contrato se perfeccionará con la sola aceptación.

Interpretación de la voluntad contractual.—Los artículos 1281 a 1289 CC contienen verdaderas normas jurídicas de las que el intérprete de un contrato tiene el deber de hacer uso en su labor de interpretación (STS de 6 de julio de 2009). La infracción de estas normas abre el acceso a la casación, en base al artículo 447.1 LEC, pero el control de tal interpretación es sólo de legalidad. De ahí que la interpretación de los contratos, salvo en relación con dicho control de legalidad, corresponde a los Tribunales de instancia (entre otras, SSTS de 2 de octubre y 21 de diciembre de 2007, 29 de abril y 5 de junio de 2008). Por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación del recurso de casación toda interpretación que, sin ser la única posible, sea respetuosa con los citados preceptos (STS de 26 de noviembre de 2008). Tales artículos deben aplicarse de manera complementaria subordinada entre sí, siguiendo el orden de prelación establecido en ellos. Así, por ejemplo, si la aplicación de la regla de interpretación literal contenida en el párrafo primero del artículo 1281 CC no deja duda sobre la intención de las partes, no entrarán en juego las demás reglas contenidas en los subsiguientes preceptos (STS de 2 de septiembre de 1996).

Obligaciones recíprocas. Excepción de incumplimiento del contrato.—Siguiendo la doctrina jurisprudencial anteriormente sentada en las SSTS de 22 de abril y 14 de junio de 2004 y 28 de mayo de 2009, el TS declara que la excepción de incumplimiento del contrato, construida en base a los artículos 1100 y 1124 CC solamente es admisible en relación con obligaciones sinalagmáticas. En este tipo de obligaciones ninguna de las partes está facultada para compeler a la otra a que cumpla con su prestación que el correspondiente antes de que esa parte lo haga con su correlativa prestación, con independencia de que se hubiera pactado que el cumplimiento de ésta debía ser anterior o no. La recíproca condicionalidad o mutua interdependencia de las prestaciones principales justifica, por tanto, que el deudor requerido de pago le pueda oponer al deudor incumplidor esta excepción, en base a su facultad de posponer su cumplimiento en tanto el reclamante, a su vez, cumpla (SSTS de 14 de junio de 2004 y de 28 de mayo de 2009).

Indemnización por incumplimiento de obligaciones.—Siguiendo la doctrina jurisprudencial sentada, entre otras, por las SSTS de 13 de febrero de 2008 y 15 de julio de 2009, el artículo 1108 CC establece que la indemnización de los daños y perjuicios causados por la mora en el cumplimiento de la obligación consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de estos, del interés legal, solamente se entiende referido a aquellos supuestos en los que la obligación incumplida sea de naturaleza dineraria. Por tanto, no es aplicable a obligaciones de hacer.

Congruencia. Sentencias absolutorias. Excepción no alegada por el demandado.—La congruencia se debe medir por la adecuación entre la parte dispositiva de las sentencias y las pretensiones de las partes. Es, por regla general, una cualidad intrínseca de toda sentencia absolutoria. Sin embargo, las sentencias desestimatorias pueden ser incongruentes en aquel caso en el que se precie una excepción que no hubiese sido opuesta ni fuese apreciable de oficio, pues entonces el hecho en el que dicha excepción consiste se entiende que no formó parte del componente fáctico del proceso (SSTS de 7 de febrero y 7 de diciembre de 2006, 29 de enero de 2007, 3 de octubre y 14 de noviembre de 2008 y las que en ellas se citan).

Ámbito y efectos del recurso extraordinario por infracción procesal.—El recurso extraordinario por infracción procesal solamente puede ir dirigido contra el fallo de la sentencia, y no contra lo razonado en los fundamentos jurídicos, en tanto que no trascienda a la parte dispositiva de la resolución impugnada (SSTS de 16 de mayo y de 3 de julio de 2001 y de 29 de octubre de 2004, así como las que en ellas se citan). Por tanto, no podrá versar contra los argumentos secundarios *ex abundantia*, sin influencia en la decisión del conflicto. Tampoco existe precepto alguno en la LEC que permita denunciar mediante este tipo de recursos el error en la valoración de la prueba, la cual corresponde en exclusiva a los Tribunales de las dos instancias (SSTS de 4 y 22 de diciembre de 2009 y 16 de febrero de 2010, entre otras). En cuanto a los pronunciamientos sobre costas procesales, solamente podrán ser revisados en esta sede en tanto hayan infringido la regla objetiva del vencimiento (STS de 30 de abril de 2008).

Motivación de la sentencia.—Siguiendo la interpretación del artículo 24 de la Constitución Española realizada por el Tribunal Constitucional —STC 163/2008, de 15 de diciembre—, el respeto al derecho de las partes a obtener una resolución fundada implica —además de que la misma esté motivada, esto es, que contenga razones de juicio que permitan conocer los criterios jurídicos en que se basa la decisión—, que la motivación contenga una fundamentación en Derecho, garantía de que la resolución no es consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulta manifiestamente irrazonada o irrazonable ni incurre en error patente, pues, en tales casos, la aplicación de la legalidad sería solo una mera apariencia.

Derecho a la tutela judicial efectiva. Interpretación de documentos.—El motivo de vulneración del derecho a la tutela judicial previsto en el ordinal cuarto del artículo 469.1 LEC no se produce por una interpretación incorrecta del contenido de los documentos tomados en consideración por los tribunales de instancia, si ello no conduce a un error notorio o la arbitrariedad en el plano fáctico (SSTS de 27 de enero y de 22 de marzo de 2010). (STS de 30 de marzo de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La sociedad actora interpone demanda contra el banco AB en la que alega que la citada entidad bancaria se había obligado a adquirir un tanto por ciento de sus acciones en el caso de ser designada colocadora en el sentido previsto en el artículo 30 del Real Decreto 291/92, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de ventas de valores y que, mientras que la actora había cumplido con su prestación de atribución de la referida función, la entidad demandada se había negado al correlativo cumplimiento.

En primera instancia la demanda es desestimada íntegramente, por entenderse que el contrato aún se encontraba en fase de negociación y no haberse probado que las personas que actuaron en nombre de la entidad financiera tuvieran facultad para obligarla.

En segunda instancia, por el contrario, la demanda es estimada, entendiéndose que dichas personas físicas estaban facultadas para actuar en nombre del banco.

La entidad demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal, así como recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al primero de los recursos, pero estima, en parte, el segundo de ellos. (G. M. A.)

13. Promesa de contrato. Precontrato.—No se puede calificar como un simple documento de intenciones el que se titula como contrato, en el cual ambas se reconocen mutuamente la capacidad legal necesaria para obligarse y contratar y dicen que «firman el presente contrato», estableciendo que «ambas partes llevarán a término antes del inicio de las obras el contrato definitivo a otorgar ante el Notario que de mutuo acuerdo designen, y ateniéndose a la mejor solución fiscal por ambas partes», lo que simplemente comporta el compromiso de cumplir lo dispuesto en el artículo 1280.1.º del Código Civil a efectos de que el convenio conste en documento público, en el cual procurarían acomodar el negocio para obtener la mejor solución fiscal para ambas partes.

Dice la sentencia de esta Sala de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7235) que «el llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o «pactum de contrahendo» bilateral de compraventa tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior (SSTS 23 diciembre de 1995 (RJ 1995, 9396); 16 de julio 2003 (RJ 2003, 5144), entre otras), cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de ambas partes contratantes. Supone, por tanto, el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos, como dice la Sentencia de 3 de junio de 1988 (RJ 1988, 3715), en los que las partes, a partir de acuerdos vinculantes, tratan de configurar esos elementos esenciales del contrato, que no existen jurídicamente hasta ese momento y que sin ellos no sólo no sería posible cumplimentar de forma obligatoria lo que todavía no existe, sino que permitiría a los interesados desistir de estos tratos, sin más secuelas que las que pudieran resultar de la aplicación del artículo 1902 CC (LEG 1889, 27) caso de abrupta e injustificada separación de la fase prenegocial, según establecen entre otras las Sentencias de 26 de febrero (RJ 1994, 1198) y 19 de julio de 1994 (RJ 1994, 6698) y 16 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8978). No obsta a esta calificación que no hayan quedado determinados los elementos instrumentales o complementarios del mismo, cuando es perfectamente posible hacerlo en un momento posterior [...]».

Vigencia de oferta económica aceptada por las partes. Contrato de permuta.—A tal efecto, se considera que constan los elementos esenciales del contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura (contrato de permuta) si las partes han determinado las fincas a transmitir y la contraprestación que ha de recibir su anterior propietario, e igualmente con la ley pues el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), referido a las condenas a emitir una declaración de voluntad, establece en su apartado 2 que en el supuesto de que «no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico [...]».

Se entiende que no falta ningún elemento esencial en el precontrato en el que se estipula que la forma de la permuta se deja abierta a fin de poder adoptar la que sea más beneficiosa para ambas partes a efectos fiscales, por lo que existe el consentimiento mutuo de las partes sobre la celebración del contrato y la determinación de las prestaciones de cada una de ellas en cuanto a su valoración económica.

Interpretación del contrato.—La cláusula que se limita a constatar la entrega de la cantidad de 60.101 euros a cuenta de la cantidad de 300.506 euros que había de ser entregada por la parte que adquiere terrenos como parte de la contraprestación correspondiente a la transmisión de dichos terrenos y lo único que viene a establecer es que «suponiendo que no se firmase el contrato de actuación, será devuelta esta cantidad» se refiere claramente a un supuesto de mutuo disenso en el cual ambas partes decidieran no celebrar el contrato definitivo [...].

Incumplimiento de las obligaciones.—Como afirma la sentencia de esta Sala de 29 abril 1998 (RJ 1998, 2601) «la resolución del contrato implica la ineficacia del mismo con efecto retroactivo y una de sus causas, la más frecuente, es el incumplimiento de la obligación esencial de una de las partes en caso de obligaciones bilaterales o recíprocas: se trata de un incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, lo que significa incumplimiento propiamente dicho, no cumplimiento defectuoso o incumplimiento parcial [así, expresamente lo dice la Sentencia de 21 marzo 1994 (RJ 1994, 2560)]. Por otra parte, si se da este incumplimiento básico, que frustra el fin objetivo del contrato, no se produce automáticamente la resolución, sino que es preciso el acuerdo de ambas partes o que el sujeto cumplidor ejercite la acción y se declare en sentencia (así lo dice expresamente la Sentencia de 11 diciembre 1993 (RJ 1993, 9605), en un proceso de error judicial)». (STS de 8 de febrero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Con fecha 3 de marzo de 2003, F. G. interpuso demanda por la que interesaba que se dictara sentencia por la cual se declarara la vigencia de la oferta económica aceptada por las partes y del contrato de permuta suscrito en fecha 3 de julio de 2002, condenando a don O. al cumplimiento del mismo y a su elevación a público y, para el caso de que se considerara resuelto el contrato, se condenara al demandado al pago de 270.050,61 euros, más el importe entregado a aquél por la mercantil actora, que asciende a la cantidad de 60.101 euros, y la de 601.012,10 euros en concepto de lucro cesante.

El Juzgado de Primera Instancia de Vic dictó sentencia por la que estimó la demanda y condenó al demandado a prestar su consentimiento para la celebración del contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura conforme a lo que ambas partes pactaron en el precontrato con apercibimiento de que en caso de no hacerlo lo haría el tribunal.

El demandado don O. recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona dictó nueva sentencia por la que desestimó el recurso y confirmó la sentencia dictada en primera instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso entendiendo que el recurrente no ejerció acción resolutoria alguna por lo que no podía pretender que el órgano judicial hiciera declaración en tal sentido. (*M. L. K.*)

14. Condiciones generales de la contratación. Nulidad de cláusulas consideradas abusivas: no se dan los requisitos.—El motivo de casación se formula por infracción por aplicación errónea del artículo 1256 del Código

civil. Efectivamente, la Audiencia Provincial declara la nulidad de las cláusulas por entenderlas abusivas y que causan un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes. Lo cual no es aplicable al presente caso y se debe estimar el motivo. En primer lugar, por el propio concepto del principio de la *necessitas*, esencia de la obligación, por el que no se permite que cualquiera de las partes –acreedor o deudor– pueda desligarse del contrato o alterarlo; lo cual se corresponde con la *lex contractus* que enuncia el artículo 1091 del Código civil. Así lo han desarrollado las sentencias de 23 de febrero de 2007 y 26 de junio de 2008. En el presente caso, se aceptaron por ambas partes unas cláusulas y precisamente en virtud de la *lex contractus* y de la *necessitas*, están obligadas a cumplirlas, tal como han declarado en supuestos análogos, las sentencias de 24 de septiembre de 2007 y 30 de noviembre de 2007. En segundo lugar, en el presente caso ni siquiera se plantea el arbitrio de una de las partes contratantes, ya que las discutidas cláusulas, esencialmente la de retención, dependen no de una de ellas, sino del pago por el tercero ajeno al contrato de autos, el dueño de la obra. En tercer lugar, la cuestión de las cláusulas abusivas que producen un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes, cuya nulidad contempla los vigentes artículos 82 y 83 de la actual Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, texto refundido aprobado por Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, al igual que la anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, vigente al tiempo del contrato de obra de autos, se refiere tan sólo a los consumidores y tanto por una como por otra de tales leyes, las partes contratantes y ahora litigantes no son consumidores y no les es aplicable esta Ley. En cuarto lugar y en relación con lo anterior, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, sí aplicable al presente contrato sin entrar siquiera en si se tratan o no de condiciones generales, prevé en su artículo 8 la nulidad de aquellas que contradigan lo dispuesto en la ley, lo que no se plantea y establece es la nulidad de las cláusulas abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor y, como se ha dicho, no es éste el caso presente. En definitiva, las cláusulas cuya nulidad ha declarado la sentencia de la Audiencia Provincial no atentan a la *necessitas* que proclama el artículo 1256 del Código civil, ni cabe que por ser consideradas abusivas sean declaradas nulas ya que la parte que así lo defiende no es un consumidor. Ni tampoco la consideración de un posible abuso puede llevar a apreciar que atenta a la *necessitas*, esencia de la obligación. En la realidad, dos empresas celebran un contrato, lo aceptan, prestan su consentimiento sin vicio alguno, ni siquiera alegado, y quedan por ello obligadas, precisamente en aplicación de los principios que enumera los artículos 1091 y 1256 del Código civil.

Doctrina de los actos propios: inaplicación.—El motivo se funda en el principio general del derecho de la doctrina de los propios actos y la recurrente alega que la sentencia de instancia ha infringido el artículo 1.4 del Código civil. Ello por la razón esencial de que se firmó el contrato y cuando se pretenden aplicar las cláusulas discutidas se alega la nulidad y así lo ha declarado la sentencia recurrida. Dice literalmente: «La actitud adversa, tras firmar un contrato libremente con un clausulado preciso y comprensible para luego impugnar la validez de la cláusula de retención de pagos infringe el principio general del derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos». Sin embargo, no es así y debe declararse explícitamente. El hecho de firmar, como esencia del consentimiento, un contrato no determina que si se impugna por el motivo que fuere, se da el caso de ir contra sus propios actos. El

principio de los actos propios implica una actuación «con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción [...]», así se expresan las sentencias de 9 de mayo de 2000 y 21 de mayo de 2001. Y añade la de 22 de octubre de 2002 que «la doctrina que veda ir contra los propios actos se refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica». A su vez, precisan las de 16 de febrero de 2005 y 16 de enero de 2006 que «no ejerce su influencia en el área del negocio jurídico, sino que tiene sustantividad propia, asentada en el principio de la buena fe». «Significa, en definitiva –concluye la sentencia de 2 de octubre de 2007– que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente e induce por ello a otra persona a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real». Esta doctrina jurisprudencial hace ver la dicho antes: que el simple consentimiento contractual no crea la situación jurídica concluyente e indubitada que no permita contradecirla, ni revela una vinculación jurídica, ni produce una confianza en una determinada situación. Es decir, el consentimiento contractual no impide, si se da el caso (que en la presente *litis* no se da), impugnarlo. **(STS de 19 de febrero de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.– En el marco de la edificación de un centro comercial, la contratista F, S.A. subcontrató a D, S.L. para realizar unas obras de revoco y enyesado de paredes. Una de las cláusulas acordadas establecía lo siguiente: «[t]odos los pagos quedan condicionados a la aprobación de los importes de las certificaciones por parte de la propiedad»; y otro apartado añadía que, «[c]on independencia de lo establecido en los párrafos anteriores, el contratista [F, S.A.] podrá retener los pagos correspondientes al industrial [la subcontratista D, S.L.] si la propiedad [la comitente B, S.L. que con anterioridad había contratado con F, S.A. para la ejecución de la obra] no ha pagado al contratista cantidades correspondientes a los trabajos certificados por el industrial. En tal caso, el pago retenido se realizará cuando la propiedad pague al contratista dichas cantidades.»

D, S.L. interpuso demanda contra F, S.A. por la que reclamó el pago de distintas cantidades debidas y la declaración de nulidad de las mencionadas cláusulas por considerarlas abusivas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Barcelona estimó en parte la demanda mediante sentencia de 23 de septiembre de 2003. Tras considerar la retención prevista en la cláusula como cláusula penal, el Juzgado moderó la pena impuesta a D, S.L. por abusiva, estimando que sólo cabía una retención en un 25 por 100 de la cantidad debida. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 28 de junio de 2005 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona lo estimó y declaró la nulidad de la cláusula transcrita. F, S.A. recurre en casación por considerar procedente la retención de pagos y válidas las cláusulas y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

15. Facultad resolutoria ex artículo 1124 CC. Requisitos.—La justificación de la resolución contractual decidida por la entidad Aparcamiento P viene dada, según la sentencia recurrida, por los siguientes incumplimientos: a) retraso injustificado en la presentación del proyecto a que la UTE se había comprometido; b) exigir ésta un sobreprecio no amparado en el contrato, infringiendo lo dispuesto en la cláusula 18.^a h) en relación con las cláusulas 1.^a y 2.^a; y c) paralización de la obra desde primeros de octubre de 2001 hasta que, con fecha 15 de noviembre siguiente, la entidad Aparcamiento P comunica a la UTE su voluntad de resolver el contrato. El incumplimiento resolutorio es aquel que alcanza entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de una de las partes en el contrato, de modo que queda frustrada la finalidad perseguida por el mismo, de donde se deduce que tiene tal carácter la mera paralización unilateral de la obra por parte de la UTE desde primeros de octubre del año 2001 que, como hecho acreditado, refiere la sentencia impugnada. Como establece la sentencia de esta Sala núm. 955/2006, de 11 de octubre, la resolución por incumplimiento de la parte contraria no requiere una voluntad decididamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (SSTS de 18 de noviembre de 1983 y 18 de marzo de 1991), sino la concurrencia de una situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura (SSTS de 5 de septiembre y 18 de diciembre de 1991), por lo que basta que se dé una conducta no sanada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SSTS de 14 de febrero y 16 de mayo de 1991, y 17 de mayo y 2 de julio de 1994, entre otras muy numerosas).

Imposibilidad de revisar, en vía casacional, la facultad de moderación de la pena prevista en el artículo 1154 CC.—En primer lugar, esta Sala tiene declarado en relación con la moderación de la pena, entre otras, en sentencia núm. 1335/2006, de 12 de diciembre, con cita de la de 16 de marzo de 1910 y las más reciente de 31 de mayo y 7 de junio de 2006, que la valoración de las circunstancias apreciadas para aplicar la moderación constituye una *questio facti*, que entra de lleno en las facultades soberanas del tribunal a quo, y la misma no puede ser variada casacionalmente, salvo que la misma se base en una apreciación ilógica e irracional. Tal apreciación desviada no cabe referirla al presente caso al entender la Audiencia recurrida que no procedía la moderación, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de la aplicación de una cláusula penal moratoria respecto de la cual esta Sala ha declarado con reiteración que, en general, excluye la posibilidad de cumplimiento parcial o irregular y, en consecuencia, el ejercicio de la facultad moderadora que concede al tribunal el artículo 1154 del Código civil (sentencias números 1117/2006, de 7 de noviembre; 145/2008, de 13 de febrero, 945/2008, de 16 de octubre; y 267/2009, de 8 de abril, entre otras). (STS de 19 de febrero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En fecha 20 de noviembre de 2000, la Unión Temporal de Empresas (UTE) C celebró un contrato de ejecución de obra con la entidad Aparcamiento P, por la cual aquélla se obligaba a construir un aparcamiento subterráneo en la ciudad de Cádiz. Con posterioridad, la sociedad Aparcamiento P rescindió el contrato suscrito con base en el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la UTE C. Ante ello, ésta interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cádiz solicitando una indemnización de daños y perjuicios al considerar que existió

un desistimiento unilateral sin causa por parte de la entidad demandada. La sociedad Aparcamiento P formuló reconvencción solicitando que se declarara ajustada a derecho la rescisión del contrato y que se condenara a la actora inicial al pago de las penalidades e indemnizaciones previstas en las cláusulas del contrato. El Juzgado estimó en parte la demanda y en parte la reconvencción. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial de Cádiz la revocó, con desestimación de la demanda inicial y estimación íntegra de la reconvencción. Interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los mismos. (A. S. C.)

16. Contrato de compraventa: incumplimiento de las dos partes. Resolución (art. 1124 CC): no procede.—La parte vendedora, sin haber quedado resuelto el contrato de compraventa de 30 de enero de 2001 (cuya resolución interesa en la demanda rectora del presente proceso) vende lo mismo a un tercero. Su conducta es de incumplimiento. El sujeto incumplidor no puede reclamar la resolución: la jurisprudencia es reiterada en este sentido (*cf.* STS 15-07-1999, recoge numerosas anteriores y es ratificada en posteriores) La vendedora no puede pretender que quedó resuelto el contrato por la incomparecencia del comprador, pues la resolución por incumplimiento, si no es aceptada extrajudicialmente, precisa declaración judicial. A su vez, el comprador no compareció a otorgar la escritura y pagar el precio, con lo que frustró el fin del contrato, provocando un incumplimiento total de su obligación. Es decir, se ha dado un incumplimiento de las dos partes, y, según la doctrina del TS, el incumplimiento recíproco impide que pueda constituirse en causa de resolución (SSTS 16-11-1979, 23-01-1986, 16-04-1991). Por tanto, no procede la resolución del contrato, sino el cumplimiento del mismo. (STS de 4 de marzo de 2010; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Después de concluir contrato privado de compraventa, el comprador, D. J.E, no comparece a otorgar escritura pública y los vendedores venden las mismas fincas a un tercero, sin haberse resuelto la primera compraventa. El día previsto en la última de las prórrogas para otorgar escritura pública del contrato anterior, aquel primer comprador (el demandado) don J.E. requiere notarialmente a los vendedores (demandantes) «para que se abstengan de realizar negocio alguno con las fincas objeto de este contrato y para poner en su conocimiento que consideran incumplido el mismo por su parte» (sic) y hace reserva de acciones «ante el incumplimiento flagrante, notorio y avieso de los vendedores» (sic). Al requerimiento anterior, los vendedores responden que el contrato de compraventa con el señor J.E. ha quedado resuelto por el transcurso del plazo sin haber otorgado la escritura pública. A su vez, requieren notarialmente a la nueva compradora para hacer constar que al llegar aquella fecha pactada para otorgar escritura pública, no se llevó a efecto porque esta sociedad se negó a hacer cumplido pago alegando el conocimiento de la compraventa anterior. Los vendedores interponen demanda contra el primer comprador, interesando la declaración de resolución del contrato por

incumplimiento. El comprador presenta demanda reconvenicional. El Juzgado desestima la demanda y estima la reconvenición. La sentencia se revoca por la Audiencia Provincial. El comprador interpone recurso de casación. (S. M. S.)

17. Carácter privilegiado del crédito salarial y anotación preventiva de embargo.—Los créditos salariales, reclamados por los trabajadores o por FOGASA en virtud de la mencionada subrogación personal, gozan de privilegio, en virtud de la preferencia que les otorga el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, frente a cualquier otro crédito excepto el caso en que éste se halle garantizado con derecho real. La jurisprudencia ha sido reiterada en orden a mantener que no es el caso de la anotación de embargo que no atribuye por sí sola rango preferente al crédito objeto de la anotación (sentencia de 14 de diciembre de 1968) y no prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos (sentencia de 17 de marzo de 1978). Ello es reiterado por otras sentencias (sentencia de 12 de septiembre de 1983) en el sentido de que la anotación preventiva de embargo tiene por finalidad el garantizar las responsabilidades nacidas del crédito, «pero en manera alguna esa anotación modifica la naturaleza jurídica del crédito, ni convierte en derecho real sobre la finca anotada el personal» (sentencia de 30 de diciembre de 1986). En efecto, el artículo 1923 del Código civil, única norma que considera infringida este motivo, cede ante el privilegio salarial en que se basa la sentencia de instancia para estimar la tercería de dominio, lo que concuerda con la reiterada doctrina jurisprudencial. **(STS de 12 de febrero de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.— El fondo de garantía salarial (FOGASA) pagó unos créditos laborales a trabajadores de M, S.L., empresa declarada en quiebra, en concepto de salario e indemnización por despido. Con anterioridad, al parecer la acreedora MT, S.A. había interpuesto demanda de juicio ejecutivo contra M, S.L. y obtenido una anotación de demanda de embargo de bienes de la demandada en el Registro de la propiedad, antes incluso que distintas sentencias declararan los créditos a favor de los trabajadores. Tras el pago, FOGASA se subrogó en los derechos y acciones que los trabajadores contra M, S.L. e interpuso demanda de juicio de tercería de mejor derecho contra la ejecutante MT, S.A. con base en el carácter privilegiado de los créditos laborales previsto en el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cornellà de Llobregat desestimó la demanda mediante sentencia con fecha 9 de noviembre de 2002. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 26 de abril de 2004 de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona lo estimó y declaró el mejor derecho de la tercerista para hacer efectivo su crédito. La ejecutante MT, S.A. recurre en casación en base al carácter previo de la anotación preventiva de embargo y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

18. Responsabilidad profesional del Abogado: ejercicio de acción reivindicatoria: Doctrina general: obligación de medios: relación de causalidad entre la actuación del Abogado y el resultado del pleito: la desestimación de la demanda no se debió a negligencia sino a causas objetivas.—El deber de la defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis*; la jurisprudencia no ha formulado con pretensión de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del Abogado, pero ha precisado que, al tratarse de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de éste corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 julio 2005 y 21 junio 2007). El juicio de imputabilidad exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada, pues ésta dependerá, entre otros factores de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 diciembre 2005, 30 marzo 2006 y 26 febrero 2007). Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe ser probada, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el art. 1101 CC (STS de 23 julio 2008).

La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, entre la conducta del Abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (STS de 30 noviembre 2005). Este criterio no exige que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal del incumplimiento de sus obligaciones por parte del Abogado; comporta, sin embargo, la inexistencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación del Abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades del éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del Abogado al fracaso de la acción.

En el caso examinado la sentencia recurrida deja establecido que la desestimación de la demanda no fue debida a las omisiones o errores del Abogado sino a circunstancias objetivas relacionadas con la dificultad de identificación de las fincas y con la complejidad del procedimiento de reparcelación por el que se habían visto afectadas, así como a circunstancias subjetivas relacionadas con el reconocimiento por los actores de la ubicación física de dichas fincas. En consecuencia, cabe concluir sobre la inexistencia de oportunidades frustradas de obtener éxito en el proceso (**STS de 23 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

19. Responsabilidad profesional del Abogado: reclamación contra sus herederos: doctrina general: inexistencia de negligencia.—El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del Abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues ésta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador. Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas de oficio, se ha producido —siempre que no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto de la actuación judicial no susceptible de ser corregida por medios procesales— una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y por ello un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el art. 1101 CC.

La propia naturaleza del debate jurídico excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal entre la conducta del Abogado y el resultado dañoso cuando la producción del resultado desfavorable debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones.

Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico (STS de 15 febrero 2008). Este principio, implica para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades de buen éxito: SSTs de 28 enero 1999, 8 febrero 2000, 8 abril 2003 y 30 mayo 2006) (**STS de 31 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Reitera la doctrina sentada por STS de 23 de febrero de 2010 (extracto publicado en este fasc. de ADC), teniendo ambas el mismo Ponente e idéntico el desarrollo procesal del recurso (desestimación de la demanda de responsabilidad del Abogado en ambas instancias y en casación), si bien varían los motivos en que se apoya y las partes que intervienen (en la s. de 23 febrero se había ejercitado por el Abogado una acción reivindicatoria sobre fincas cuya identificación se presentaba compleja y confusa, y en la s. de 31 marzo se había planteado un desahucio por falta de pago; en aquella fue demandada también la aseguradora del Abogado, y en ésta por fallecimiento del letrado se accionó contra sus herederos; la suma reclamada oscila entre 200.000 y 300.000 euros). Ambos recursos carecen claramente de fundamento en la doctrina jurisprudencial.

dencial por basarse en hechos irrelevantes o no probados, o por invocar principios demasiado generales. (G.G.C.)

20. Compraventa civil. Ejecución hipotecaria y venta en pública subasta. Adquisición por tercero, con participación del abogado del ejecutado; infracción de prohibición del artículo. 1459.4.º CC. No se aprecia: pérdida de la condición de bienes litigiosos.—Según la jurisprudencia del TS la aplicación del artículo 1459.2.º CC, aun aceptando el fundamento ético de la prohibición impuesta (STS 8 de septiembre de 1998, cuya infracción determina la nulidad del negocio (STS 25 de marzo de 2002) exige que la contienda judicial subsista en el momento de celebrarse el contrato (STS 6 de abril de 2006). En el caso examinado se advierte que, en el momento de la adquisición en que aparece probada la intervención del abogado, la contienda judicial se había extinguido mediante el remate y la adjudicación. En atención a lo razonado resulta indiferente que C.E.C., S.L. fuera o no sociedad intermedia, puesto que los bienes adquiridos por la misma no eran ya bienes litigiosos sujetos a la prohibición del art. 1459.4.º CC. (STS de 16 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—El actor adeudaba a C.D.M. S.L., la cantidad de 45.593.043 pesetas, según escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca sobre dos fincas de su propiedad, en las que se encontraba edificado el establecimiento hotelero que venía explotando. La acreedora instó un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH para la ejecución de la hipoteca. El actor entregó a su abogado, D. R., 5 millones de pesetas para la readquisición de las fincas. El 8 de abril de 1992 se dictó el auto de remate en virtud del cual dos fincas fueron adjudicadas en pago a la entidad. El 27 de abril de 1992 C.E.C, S.L., adquirió las dos fincas. Uno de sus socios y el administrador único de esta sociedad era D. R. El 19 de febrero de 1998 las fincas fueron vendidas a P.M., S.L. Don R. era socio único y administrador de esta sociedad hasta que transmitió el mismo día 19 de febrero de 1998 la totalidad de las participaciones en que se dividía su capital social a D. J.P. (socio y amigo suyo) y a G.P.S.N, S. L. (de la que el Sr. J.P. era a su vez administrador único). El actor solicitó en la demanda: a) la nulidad de la adjudicación de remate y de la escritura de compraventa de 27 de abril de 1992, alegando que el complejo hotelero fue adquirido por D. Rodolfo mediante dos sociedades interpuestas vulnerando la prohibición impuesta al abogado de adquirir por compra bienes litigiosos; b) la nulidad de la venta de participaciones de 19 de febrero de 1998 por simulación absoluta; y c) que se le devolviese el complejo hotelero libre de cargas, a lo que se había comprometido D. Rodolfo a los cinco años de su explotación. El Juzgado desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. (S. M. S.)

21. Objeto de la compraventa. Protección de consumidores y usuarios. Memorias anexas a los contratos privados y firmados por los compradores, posteriores y diversas de los Proyectos depositados en Geren-

cia; integración del contenido negocial.—Se denuncia infracción de los arts. 1255, 1258, 1469 del Código civil, entendiendo el recurrente que el objeto de la compraventa quedó determinado en los documentos contractuales suscritos con los compradores y que cumplió con la obligación de entregar el objeto de venta por cuanto las calidades de las viviendas se ajustaban a la Memoria anexa a los contratos privados y firmados por los compradores, de tal forma que dichas Memorias, posteriores a la redacción de los Proyectos depositados en Gerencia, tienen entre las parte la misma fuerza que el resto de las estipulaciones de los contratos en virtud del principio de autonomía de la voluntad; y que conforme al criterio de la Audiencia la ejecución del contrato queda al arbitrio de una de las partes. Los artículos 1255 y 1258 han de relacionarse necesariamente con el art. 1469, en el que se establece que la obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato, lo que determina la obligación exclusiva de la vendedora de finalizar la obra con arreglo a las características constructivas ofrecidas a los futuros compradores, conforme al contenido obligatorio de los contratos, en relación con el art. 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, en cuanto la publicidad sobre un objeto (STS 29-09-2004). Pues bien, la obligación contraída respecto de las calidades contenidas en la memoria dejó de formar parte de lo que constituyó inicialmente elemento esencial del contrato desde el momento en que los adquirentes de las viviendas otorgaron escrituras públicas una vez construidas a las que se incorporaron las calidades en la memoria uniéndose todas ellas mediante anexo a cada uno de los contratos, de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, y en adecuado cumplimiento de la previsión establecida en el artículo 9 del Real Decreto 515/1989, sin que ninguno de ellos utilizara los mecanismos que el derecho ponía a su alcance para demandar la nulidad de alguna de sus cláusulas por no ajustarse los documentos contractuales a las reglas de claridad y sencillez, a que se refiere el artículo 10 del Real Decreto citado, o incluso del pacto contractual sobre calidades, con reserva en su caso de derechos respecto de las posibles diferencias entre las pactadas expresamente y las determinadas inicialmente en la documentación técnica presentada ante la Gerencia de Urbanismo para obtener las oportunas licencias. **(STS de 15 de marzo de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—D.F. y otros propietarios de las viviendas de la Promoción XXX formulan frente a IdS, S.A., hoy recurrente, como entidad promotora de la construcción de dichas viviendas, contra la constructora, el Arquitecto Superior autor de los proyectos y contra los Arquitectos Técnicos, solicitando la reparación de los vicios constructivos de las viviendas, así como la reposición de los elementos constructivos y calidades prevenidas en los Proyectos de ejecución. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda. IdS, S.A. interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial desestima sus pedimentos. (S. M. S.)

22. Contrato de compraventa de cosa futura. Interpretación del contrato.—Es un contrato de compraventa de cosa futura y no un contrato de obra por lo que no se configura por las partes como tal, que hubiera podido

hacerse así, pero no se hizo. Se emplea la expresión «contrato de compraventa», lo que no es decisivo para señalar la verdadera naturaleza jurídica; lo que es esencial son las declaraciones de voluntad y éstas demuestran que lo querido es comprar y vender. Conciertan previamente unas arras, como garantía del cumplimiento de las obligaciones de las partes; pactan la obligación de entrega por el vendedor, de la cosa vendida y la obligación de pago del precio; se prevé el tiempo de cumplimiento de la primera y el de la segunda: ambas en un momento futuro.

Contrato de compraventa. Precio.—La norma del artículo 1471 se aplica al caso del inmueble vendido por un precio alzado; es el caso de venta de cuerpo cierto, como cosa identificada por sí misma sobre la que las partes pueden hacer las mediciones y comprobaciones que estimen convenientes (a ello se refiere la sentencia de 29 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3921) que reitera la doctrina de la sentencia de 26 de junio de 1956 (RJ 1956, 2729)). Pero no cabe aplicarla a la compraventa de cosa futura, en que se ha identificado la finca vendida por sus caracteres y dimensiones que, si no se cumplen, se aplicará el artículo 1124 o 1101 del Código civil y, por ello, puede exigirse el cumplimiento o la indemnización o, incluso en su caso, si procede, la resolución. Tal como dice la sentencia de primera instancia, «el precio de la compraventa se fijó de acuerdo con los metros cuadrados construidos y que éstos fueron menos que los fijados en contrato, por lo tanto había que acomodar el precio a los reales metros cuadrados que la vivienda tiene». (**STS de 18 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con la fecha de 3 de julio de 1998 la mercantil V.J. firmó un contrato con don P. cuya naturaleza se discutía en las sentencias de instancia (compraventa según el Juzgado de Primera Instancia, contrato de obra según la Audiencia Provincial). Según éste, la sociedad demandada V.J. se obligaba a entregar la vivienda con el pago por parte de la actual demandante del precio que quedaba determinado por la superficie efectivamente construida. El conflicto aborda tres cuestiones: el precio según lo efectivamente construido, la indemnización por el retraso en la entrega de la edificación y la resolución del contrato objeto de la reconvención. La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, confirmando en parte sentencia de primera instancia, declaró la vigencia del contrato. La sociedad demandada formula recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. En uno y en otro plantea desde distintos puntos de vista la determinación del precio, discutiendo el cálculo que han hecho las dos sentencias de instancia en relación con la superficie construida. Efectivamente, es hecho probado, así declarado en la instancia e incólume en casación, que la superficie construida es inferior a la pactada en el contrato. Las sentencias de instancia consideran que se tiene que rebajar el precio pactado, ya que se ha rebajado la superficie construida. Por el contrario, la sociedad demandada mantiene que son dos los precios, el de la vivienda y el del solar y tan sólo debe ser rebajado el de aquélla. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*M. L. K.*)

23. Compraventa; licitación pública. Interpretación del pliego de cláusulas del contrato: inclusión del IVA en la cláusula del pliego aprobado por la Administración que sirvió de base a la subasta.—El punto de partida de la interpretación es la letra del contrato, tal como dispone el primer párrafo del artículo 1281 CC (STS de 30-09-2003 y, por consiguiente, debe estarse al sentido literal de las cláusulas cuando no dejan dudas sobre la intención de los contratantes (STS de 28-06-2004). La infracción del artículo 1282 CC no es compatible con la infracción del artículo 1281 CC, pues aquél sólo entra en juego cuando por falta de claridad de los términos del contrato no es posible aclarar, a través de ellos, cuál sea la verdadera intención de los contratantes (SSTS de 1-02-2001 y 20-05-2004). La recurrente pretende que esta Sala haga una interpretación de lo pactado ajustada a lo que, a su entender, fue la intención de las partes en contra del parecer de la sentencia recurrida. Este planteamiento no puede acogerse. La sentencia recurrida interpreta que el IVA debe considerarse incluido en la cláusula contenida en el pliego aprobado por la Administración que sirvió de base a la subasta en virtud de la cual corrían a cargo del adquirente los «impuestos que gravan la transmisión, siendo de su cuenta el abono de dichos impuestos y demás gastos que puedan originarse», y también «cualquier otra clase de gastos, impuestos o arbitrios, con la sola excepción del Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos». Esta interpretación no puede considerarse arbitraria, pues la referida cláusula únicamente excluye el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de aquellos que el adquirente deberá satisfacer como consecuencia de la transmisión y no puede afirmarse que el IVA, que es un impuesto ligado a la transmisión como hecho imponible, no sea un impuesto de tal naturaleza. No es aceptable el argumento de la parte recurrente en el sentido de que únicamente estarían incluidos los impuestos que deben liquidarse mediante la presentación de la escritura pública de transmisión en una oficina liquidadora, puesto que la referencia a aquella en la cláusula no tiene un sentido limitativo sino inclusivo. (STS de 10 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—D.U.A., S.L., presentó demanda contra I.E.P., S.A., reclamando la devolución de la suma de 56.400.000 pesetas abonada en concepto de IVA, para no perder la licitación, por la compra de una finca propiedad de la demandada adquirida por la actora en licitación pública en la que se había fijado un precio base de 265.000.000 de pesetas sin hacer referencia alguna al IVA. La sentencia de primera instancia estimó la demanda por entender que cabía presumir que el precio ofertado incluía el IVA, pues en otras ofertas de la demandada se hacía especial referencia a la inclusión del IVA en el precio de licitación. La AP revocó esta sentencia y desestimó la demanda. (S. M. S.)

24. Incumplimiento del vendedor, promotor y constructor en la compraventa de vivienda. Entrega de *aliud pro alio*.—Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo (SSTS de 10 de mayo de 1995 y de 8 de febrero de 2003, entre otras) se está en presencia de entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* y no ante un vicio de la cosa cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador. En el caso de vivienda, esto sucede cuando el inmueble entregado resulta ser inha-

bitable por el comprador, cuestión que raramente se descubre en el momento inmediato de la entrega, sino en uno posterior.

Responsabilidad del promotor-constructor-vendedor.—La presunción de la existencia de culpa en el incumplimiento de la obligación se elimina si se prueba que dicho incumplimiento se ha producido por caso fortuito o fuerza mayor. Descartada que la inhabilidad del inmueble sea debida a caso fortuito o fuerza mayor puesto que la situación producida no puede estimarse imprevisible, corresponde imputar el incumplimiento al vendedor.

Prescripción de la acción ejercitada.—Recuerda el Tribunal Supremo que la prescripción debe ser alegada expresamente por la parte a la que beneficia, por medio de excepción en el proceso o incluso por acción, en demanda o en reconvencción, dirigida a ello (SSTS de 30 de noviembre y de 22 de diciembre de 2000). Esto significa que si el demandado no la alegó en su escrito de contestación a la demanda, no procede su apreciación por el Tribunal de casación. (STS de 25 de febrero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El Ayuntamiento de Cervera del Río Alhama construyó un edificio de viviendas aprovechando en parte la estructura de un antiguo edificio de Correos, cuya cimentación resultó ser inadecuada para soportar las viviendas, teniendo en cuenta que el terreno contaba con un acuífero y su nivel freático coincidía con el del río. Ante el progresivo deterioro del edificio, los compradores de las viviendas demandaron al Ayuntamiento y solicitaron el cumplimiento del contrato de compraventa ofreciendo varias opciones alternativas.

Los compradores acudieron, inicialmente, a la jurisdicción contencioso-administrativa presentando una demanda fundada en la responsabilidad por vicios ruinógenos prevista en el artículo 1591 CC. Su acción fue rechazada por considerar que dichos vicios se debían a «actuaciones de la naturaleza» aunque se reconocía que el edificio presentaba «auténticos daños ruinógenos».

Posteriormente presentaron una demanda en la jurisdicción civil basada en los artículos 1124 y 1101 CC y solicitando el cumplimiento del contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que no había incumplimiento contractual, consistente en la entrega de *aliud pro alio*, que el plazo de ejercicio de las acciones edilicias había transcurrido y que la acción de responsabilidad por ruina había sido rechazada por sentencia firme. La Audiencia Provincial revocó la sentencia, declaró que existía incumplimiento contractual y condenó al Ayuntamiento al derribo y reconstrucción del edificio, en el mismo solar o en otra ubicación. Contra esta sentencia, el Ayuntamiento presentó recurso de casación. (L. P. S. M. P.)

25. Doble venta. Efectos.—El artículo 1473 CC contempla la pluralidad de ventas sobre la misma cosa estableciendo expresamente que «si fuera inmueble la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro», a lo que la jurisprudencia añade que debe concurrir el requisito de la buena fe (SSTS de 1 de junio de 2000 y 13 de noviembre de 2009). Esto significa que si el comprador de la segunda venta no es de buena fe, prevalece

la primera, pero no procede declarar la ineficacia de la segunda ya que permanecen sus efectos obligacionales entre las partes.

Resolución del contrato por incumplimiento.—Únicamente puede exigir la resolución del contrato aquel sujeto que ha cumplido su obligación o, con mayor precisión, aquel sujeto que, a su vez, no haya incurrido en incumplimiento de su respectiva obligación. Si el vendedor no cumple sus obligaciones esenciales para la entrega de la cosa vendida, no puede exigir la resolución por falta de pago del precio. Además, sólo puede exigirse la resolución al sujeto que incumple su obligación de tal manera que provoca la frustración del fin del contrato y la insatisfacción del interés del acreedor, cosa que no sucede en el caso de que el comprador siempre haya estado dispuesto a pagar y por tanto no haya desarrollado una conducta obstativa al cumplimiento. (STS de 28 de enero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El 5 de febrero de 2002, la entidad A. compra a la entidad P. parte de una finca. En el contrato de compraventa se establecen los plazos para efectuar el pago del precio y se pacta que la compradora llevará a cabo todas las gestiones necesarias para proceder a la segregación de la finca, para lo que contará con la colaboración inexcusable de la vendedora. El 23 de septiembre de 2002, la compradora envía un requerimiento a la vendedora exigiéndole que no obstruya la segregación y el 14 de noviembre de 2002 alerta a un posible comprador que ella ya ha comprado anteriormente la finca que le pretenden vender. Por su parte, el 23 de enero de 2003, la vendedora notifica a la compradora la resolución del contrato de compraventa por falta de pago. A continuación, el 21 de febrero de 2003, vende la finca a la entidad M., que inscribe la transmisión en el Registro de la Propiedad.

La entidad A. presenta una demanda contra las entidades P. y M. en la que solicita: la declaración de nulidad de la compraventa celebrada entre P. y M., con las consecuentes cancelaciones en el Registro de la Propiedad; la declaración de propiedad de A. sobre la finca objeto del contrato; y la condena a P. a otorgar escritura pública de compraventa a favor de A. La entidad P. opone reconvencción solicitando que se declare que la resolución del contrato de compraventa fue conforme a derecho.

El Juzgado de Primera instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso presentado por la entidad P., revocó la sentencia apelada en cuanto a la declaración de nulidad de la compraventa entre P. y M. y declaró preferente la compraventa que vincula a A. y a P., condenando a esta última a otorgar escritura pública y a A. a abonar el resto del precio que falta por pagar. Contra esta sentencia, interpusieron recurso de casación las tres entidades implicadas. A. insistía en la ineficacia de la segunda venta; P. defendía la resolución del primer contrato de compraventa; y M. negaba la existencia de doble venta por resolución de la primera y afirmaba su condición de tercero hipotecario. (L. P. S. M. P.)

26. Contrato de arrendamiento financiero o leasing: concepto y diferencia del contrato de compraventa; obligación de pago: incumplimiento: resolución y restitución de los equipos industriales entregados: no es de apreciar el incumplimiento de la obligación de entrega.—Aunque lo haga obiter dicta y sin relación con los motivos del recurso que se dirigen a combatir que la demandada recurrente haya incumplido el contrato suscrito, señala el TS que por mas que en el contrato se emplee la denominación de leasing —lo que no determina la naturaleza del contrato— el contenido del mismo deja claro que no se trata de leasing ya que este es un contrato de arrendamiento con opción de compra, mientras que el presente no consiste más que en la entrega de unos equipos con pacto de reserva de dominio, frente a la obligación sinalagmática de pago de un precio que es aplazado, lo que lleva indefectiblemente a la conclusión de que se trata de una compraventa con matices: el primero, compraventa con reserva de dominio; el segundo, compraventa a plazo de bienes muebles; el tercero, compraventa de cosa futura, que ha de fabricarse o producirse. En relación con el incumplimiento (aliud pro alio) de la vendedora, alegado por la compradora por vía reconventional para justificar el impago, señala el TS que ha quedado probado que había algunos defectos que no dieron lugar a un rechazo por la entidad compradora, sino que las recibió y las utilizó sin manifestación expresa de disconformidad y sin acudir a la resolución expresamente prevista en el contrato para el caso de que no se alcanzasen las totales especificaciones técnicas pactadas, lo que constituye una aceptación tácita que deriva no sólo del silencio al recibir los equipos sino también por la recepción y utilización de los mismos, pese a lo cual no se cumplió en modo alguno la obligación de pago del precio. **(STS de 11 de febrero de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con fecha de 9/4/2001 las entidades IONICS y INTERSUERO celebraron un contrato, denominado de leasing, por el que la primera se comprometió a entregar a la segunda tres equipos industriales necesarios para el proceso industrial que iba a desarrollar, consistente en el tratamiento de un residuo generado en la elaboración del queso, el ácido láctico, que era reciclado obteniéndose de ello dos productos comercializables, reservándose el dominio de los bienes entregados y pactándose un precio de 2.815.705 euros pagadero a plazos cuyo primer vencimiento sería el 31/8/2003. Realizada la instalación de los equipos en la sede de la sociedad compradora e iniciada la producción, se acordó una ampliación de los sistemas y se produjeron problemas en la producción, sin que se procediera al pago ni siquiera de la primera cuota ni tampoco a la correlativa aceptación o rechazo de los equipos. IONICS demanda a INTERSUERO solicitando la resolución del contrato, la declaración de propiedad de los bienes entregados y la restitución íntegra de los mismos o el pago del precio junto con sus intereses. INTERSUERO contesta y reconviene alegando incumplimiento de la demandante (aliud pro alio) y solicitando el cumplimiento íntegro del contrato e indemnización de daños y perjuicios. *(C. S. R.)*

27. Arrendamiento de vivienda que se rige por la LAU 1964: resolución del contrato por causa de necesidad del arrendador.—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que nadie puede ser obligado a vivir en compañía de otra persona y que la voluntad de vivir de forma independiente es causa de necesidad suficiente a efectos de la extinción de un arrendamiento sometido a la LAU de 1964. Asimismo mantiene el Tribunal Supremo que tampoco se puede obligar a nadie a residir en una casa peor que la arrendada por respetar el derecho a la prórroga forzosa que tiene el arrendatario. (**STS de 18 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La copropietaria de una vivienda interpone una demanda contra los arrendatarios de la misma, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento, vigente desde 1974, por denegación de prórroga. Alega la demandante que necesita dicha vivienda para su uso personal y conseguir independizarse, pues siendo mayor de edad y teniendo un trabajo estable, vivía en casa de su madre viuda.

Los arrendatarios demandados se oponen a la demanda y alegan que la demandante había sido propietaria de otra vivienda en la misma localidad (que había heredado de su padre) y que la había enajenado en junio de 2001. Por tanto, consideran que la demandante ha provocado voluntariamente su propia situación de necesidad y que está ejercitando su acción en fraude de ley.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirma la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. J. P. G.*)

28. Arrendamientos urbanos. Doctrina jurisprudencial acerca de la actualización de rentas respecto de contratos suscritos con anterioridad al 9 de mayo de 1985.—No se discute que la actualización de la renta se hizo correctamente conforme a la regla 8.^a de la Disposición Transitoria Segunda, es decir, sobre la renta incrementada en las cantidades asimiladas a ella, conforme a la variación anual del IPC. Lo que se discute es, si una vez efectuada esta actualización, el arrendador puede repercutir los importes correspondientes a las cantidades asimiladas a la renta, como servicios y suministros. La finalidad perseguida por el legislador no es otra que la de lograr una actualización real de la renta lo que sólo podrá conseguirse mediante la repercusión íntegra del importe de los servicios y suministros que disfruta el arrendatario, y ello no sería posible si dicha repercusión no abarcase el coste de los servicios y suministros que venía abonando a la entrada en vigor de la Ley, sin perjuicio de las variaciones que desde entonces hayan podido producirse en sus costes, de tal forma que una cosa es la revisión de la renta en función del bajo nivel de ingresos de la arrendataria, para cuyo cálculo opera el importe de las cantidades asimiladas, y otra distinta que una vez producida la revisión, se impida al arrendador repercutir el coste íntegro de los servicios y suministros que disfruta el arrendatario, que es aplicable en cualquier caso, independientemente de que la revisión de la renta se hubiera realizado conforme a la regla general, o a la excepcional para

los supuestos en que el inquilino no alcance el nivel de renta dispuesto en la norma. Procede, pues, casar la sentencia de la Audiencia que se recurre en casación. En su lugar, se dan por válidos los argumentos empleados por la sentencia de primera instancia en relación con la vulneración de la regla sobre actualización de renta con inclusión íntegra del coste de los servicios y suministros a costa del arrendatario y, como consecuencia de ello, procede la estimación del recurso de apelación, confirmando en todos sus términos la de primera instancia, fijando como doctrina jurisprudencial la siguiente: una vez actualizada la renta del contrato al amparo de la regla 8.^a, del apartado 11, Letra D de la Disposición Transitoria Segunda de la LAU, puede el arrendador repercutir al arrendatario el importe íntegro de los servicios y suministros, salvo que exista un pacto expreso entre las partes que los ponga a cargo del arrendador. (**STS de 5 de febrero de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.— arrendó a L una vivienda en virtud de contrato suscrito con anterioridad al 9 de mayo de 1985. Tras la entrada en vigor de la actual LAU, surgieron discrepancias entre las partes respecto de la actualización de la renta. Ante ello, A interpuso demanda solicitando que se declarase que, una vez actualizada la renta de conformidad con la regla 8.^a de la Disposición Transitoria Segunda de la LAU, la arrendadora podía también repercutir a la arrendataria el importe de los servicios y suministros, extremo que era negado por la parte demandada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Madrid estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid la revocó. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y confirmó íntegramente la sentencia de instancia. (A. S. C.)

29. Arrendamientos urbanos. Derecho de retracto. Agrupación de fincas.—Siguiendo la finalidad de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el derecho de retracto ha de considerarse aplicable no sólo en los casos en que se venda un piso o planta destinados a vivienda o local de negocio, sino también a aquellos otros en que el propietario proceda a la agrupación de dos o más y realice la venta conjunta de los mismos por un solo precio, en cuya coyuntura se impone la necesidad de reconocer a los inquilinos o arrendatarios la facultad de ejercitar el derecho de retracto, pues, de lo contrario, quedaría a merced de confabulaciones ideadas por los propietarios y los terceros adquirentes en los bienes arrendados, de manera que los propósitos perseguidos por el Legislador se verían frustrados.

Arrendamientos urbanos. Derecho de retracto. Unidad registral por agrupación.—La unidad registral carece de eficacia para impedir el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, si se acredita que la finca que en el Registro aparece como una sola en la realidad está formada por varias, ya que dar valor decisivo a la inscripción equivaldría en muchos casos a hacer ilusorios los derechos de tanteo y retracto, dada la voluntariedad de aquélla y la posibilidad de las agrupaciones. (**STS de 24 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Interpuesta demanda contra las entidades mercantiles P.R., S.A. e I.G.M., S.A. en ejercicio de acción de retracto

arrendaticio sobre vivienda y trastero, tras la venta por el arrendador a dichas sociedades.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó dicha sentencia concediendo el derecho de retracto a la actora.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar. (*M. R. D. R.*)

30. Doctrina jurisprudencial acerca del derecho de retracto previsto en el artículo 47.1 LAU de 1964.—Dice la sentencia de 15 de octubre de 2008 que la jurisprudencia de esta Sala, atendiendo a la casuística plural que dichas situaciones comporta, se ha manifestado en diversas ocasiones en el sentido de la no procedencia del retracto cuando lo enajenado no coincide con el objeto del arrendamiento, singularmente en los casos de venta de edificios en su totalidad que sólo en parte estaban arrendados, entre los que se encuentran aquellas que se refieren a la existencia de un local arrendado perfectamente diferenciado y creación de una unidad registral *ad hoc* que contiene diversas unidades susceptibles de utilización diferenciada. En efecto, el recurrente centra no sólo su primer motivo sino todo su recurso de casación, en afirmar que estamos ante un supuesto de venta de un inmueble en su totalidad y no ante la venta de concretos departamentos o locales y que en tales supuestos de venta de un inmueble en su totalidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado que no procede el derecho de retracto de uno de los locales, de tal forma que la Audiencia Provincial de Valencia infringe el artículo 47.1 de la LAU de 1964 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta al no desestimar el derecho de retracto ejercitado. Ahora bien, nada de ello resulta de la sentencia apelada, antes al contrario, lo que se transmite en el caso no es un inmueble en su totalidad sino cada uno de los departamentos que componen el edificio, por cuanto los mismos tienen individualidad y funcionalidad propia, de tal forma que existe plena identidad y coincidencia entre lo que realmente se vendió por los arrendadores y lo que llevan en arriendo los retrayentes; razón por la cual es posible el derecho de adquisición preferente por vía de retracto, puesto que no se infringe el artículo 47.1 de la LAU. (**STS de 24 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—E interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia contra J y L solicitando el ejercicio del derecho de retracto arrendaticio frente a los compradores demandados. El Juzgado desestimó la demanda al considerar que, de acuerdo con el artículo 47 de la LAU de 1964, no cabía el mencionado retracto, puesto que la compraventa suscrita por los demandados comprendía todo un edificio y, en cambio, E era sólo arrendatario de uno de los locales del mismo. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Valencia la revocó y estimó íntegramente las pretensiones de la parte actora. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*A. S. C.*)

31. Arrendamiento de vivienda: subrogación por el cónyuge viudo.—La sentencia del TS de 3-04-2009 resolvió las discrepancias en torno a este supuesto declarando como doctrina jurisprudencial que el contrato de

arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento. Y es que la concreción de la figura del arrendatario resulta del propio contrato de arrendamiento, generador de derechos personales, independientemente de que la vivienda arrendada tenga como fin servir de domicilio conyugal o del régimen matrimonial que pueda existir entre los cónyuges, lo que resulta plenamente compatible con el régimen de subrogación existente en el antiguo artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 así como en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994. En definitiva, al no haberse subrogado la viuda del arrendatario en el periodo establecido en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, procede declarar la inexistencia de subrogación, la resolución del contrato de arrendamiento y, por tanto, la desestimación del recurso de casación. (**STS de 10 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La parte actora, ahora recurrida, presentó demanda de juicio ordinario frente a doña P. y su hijo, don J., por la que solicitaba se declarara resuelto el contrato de arrendamiento de vivienda. Argumentaba que entre la tía del actor, anterior propietaria del inmueble, y don P., esposo y padre de los demandados, respectivamente, se celebró un contrato de arrendamiento de la citada vivienda el 21 de enero de 1959. Acaecido el fallecimiento del arrendatario, habían transcurrido seis meses sin que se hubiera recibido notificación alguna de persona que invocara su derecho a subrogarse, motivo por el que instaba la resolución del contrato. Frente a tal pretensión se opusieron los demandados.

La sentencia de primera instancia acogió íntegramente la demanda. Apelada tal resolución por los demandados, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia recurrida. (*S.M.S.*)

32. Arrendamientos urbanos. Duración. Contratos celebrados con anterioridad al año 1985. Distinción entre arrendamiento de local de negocio y arrendamiento asimilado a los de local de negocio.—La cuestión litigiosa se centra principalmente en la calificación del contrato de arrendamiento de finca urbana objeto del debate, en el que desempeña su actividad profesional un decorador (en concreto, el local se destina al uso de estudio técnico de diseño industrial y decoración), bien como contrato de arrendamiento asimilado a los de local de negocio o bien como contrato de arrendamiento de local de negocio, que resulta trascendente para determinar sus efectos jurídicos y, principalmente, su duración; pues, de entender que el contrato de arrendamiento asimilado a local de negocio resulta aplicable el apartado 3.º de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en relación con la Disposición Transitoria Tercera, apartado 4.º, de la misma norma, con la consecuencia de que el contrato se extinguiría a los cinco años; mientras que si se califica como local de negocio en aplicación de la Disposición Transitoria 3.º de dicha Ley, en relación a locales de negocio arrendados por personas físicas antes del año 1985, se extinguirían por fallecimiento o jubilación del arrendatario. Procede reseñar

que, en la estipulación XIV del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, se determina que la actividad de cuyo desarrollo debía ser destinada la finca era a «estudio técnico de diseño industrial y decoración» y que, además, según la estipulación XV, se autorizaba al arrendatario «a que pueda ubicar en el local objeto del presente contrato, las oficinas de la actividad relativa a comercialización de objetos decorativos». El hecho de que el demandado no sólo diseñe y venda sus proyectos, sino que contrate su ejecución, adquiera los materiales y productos, y en definitiva, se encargue de todo lo relacionado, desde su nacimiento hasta su ejecución, de un proyecto de diseño o arquitectura interior, no significa que en la finca arrendada el demandado tenga instalada una industria o realice una actividad de industria, ni significa que el demandado realice una actividad comercial, sino que lo anterior constituye el objeto y el contenido de una profesión liberal. El hecho de permitir que en la finca se establecieran unas oficinas que comercializaran los objetos decorativos no convierte el arrendamiento en local de negocio, como el hecho de que tampoco se convierte en local de negocio el despacho profesional de un arquitecto o de un abogado por el hecho de que en el mismo se reciban a sus clientes. (STS de 4 de febrero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Roman García Varela.]

HECHOS.—A interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona contra J solicitando la resolución del contrato de arrendamiento suscrito por ambos, así como la condena a la parte demandada a desalojar la finca objeto de litigio. El contrato de arrendamiento se celebró con anterioridad al año 1985. El Juzgado estimó íntegramente la demanda al calificar el contrato suscrito como de arrendamiento de local asimilado al de local de negocio y, en consecuencia, declaró que el contrato se extinguía a los cinco años desde la entrada en vigor de la LAU de 1994. J interpuso recurso de apelación al considerar que el contrato debía calificarse como de local de negocio y que, por tanto, no se extinguía en fecha 1 de enero de 2000 sino por el fallecimiento o la jubilación del arrendatario. La Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la sentencia de instancia. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

33. Arrendamientos urbanos. Resolución por cambio de destino.—No cabe resolución del contrato por cesión o traspaso inconstituido, si la titularidad del arrendamiento cambia a través de la sustitución personal en el uso del local, existiendo un traspaso a favor de otras sociedades mercantiles, con consentimiento de los titulares arrendadores de la finca urbana.

Arrendamientos urbanos. Derecho de retracto de local de negocio.—Se reconoce al arrendatario un derecho de adquisición preferente si conserva la posesión propia del arrendamiento, mediata o inmediata, en el supuesto de enajenación de la finca arrendada durante la vigencia del arrendamiento. Y se considera que no se pierde la posesión mediata en el caso de que el inmueble constituya el domicilio social de otras dos entidades mercantiles. (STS de 18 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Las sociedades mercantiles P.R., S.A. e I.G.M., S.A. tras adquirir la propiedad de un local de negocio, ejercitaron acción resolutoria del arrendamiento de dicho local, por destinarlo a objeto distinto del contractualmente previsto, frente al titular de la oficina y las entidades mercantiles que la ocupaban, P.X., S.A. y M.C., S.A., acumulándose dicha acción a la anteriormente ejercitada por el arrendatario titular de la oficina, solicitando la declaración de su derecho de retracto sobre dicho local de negocio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó ambas demandas de resolución arrendaticia y de declaración de derecho de retracto, La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia declarando haber lugar al retracto de la finca urbana.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial. (*M. R. D. R.*)

34. Arrendamientos Urbanos: arrendamiento de local de negocio; causas de resolución: cierre del local por transformación del mismo en depósito o almacén; concepto y ámbito de justa causa en el cambio de destino del local arrendado.—El TS declara como doctrina jurisprudencial que no ha existido «justa causa» en el cierre de la industria de tejidos, pactado en el contrato como destino del local de negocio arrendado, así como su derivación en almacén o depósito, pues las situaciones contempladas en la sentencia recurrida concernientes a la crisis de la empresa y la concesión de licencia municipal, [...] deben asumirse por la demandada al ubicarse en su espacio de actuación y no cabe considerarlas como causas apartadas o superiores a su voluntad, con seguimiento de la doctrina jurisprudencial del TS, manifestada en las SSTS de 17/10/1983 y 5/5/1993, la cual ha analizado el concepto de justa causa del cierre del local arrendado como el acontecimiento proveniente de fuera de la empresa, extraña al arrendatario, sin que participe de la misma el hecho nacido dentro de la empresa, como ocurre en las declaraciones de quiebra o o sus pensiones de pagos, ni la mala racha del negocio, donde es preciso incluir la inactividad negocial derivada de la oportuna concesión de autorizaciones administrativas. También se declara por el TS como doctrina jurisprudencial que la transformación de un local de negocio en almacén o depósito, constituye el cierre de aquél, tal y como ha proclamado la jurisprudencia del TS en SSTS de 13/5/1968 y 17/10/1993. (**STS de 24 de febrero de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—D. Segundo y D. Juan demandan a D. Eusebio y D. Porfirio solicitando la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio destinado a industria textil por haber realizado obras en el mismo que modificaban su configuración y debilitaban su naturaleza (art. 114, causa 7.^a LAU 1964) y simultanea o subsidiariamente por haber mantenido cerrado el local por mas de seis meses al haberlo convertido en almacén o depósito (art.114, causa 11.^a de la LAU 1964). El Juzgado de Primera Instancia desestimó totalmente la demanda denegando la excepción de prescripción respecto a la acción por obras in consentidas pero estimando que éstas habían sido consentidas por los arrendadores y denegando la acción por cierre del local estimando que concurría justa causa

para ello. La Audiencia confirmó en apelación la referida sentencia de instancia. Se interpuso recurso de casación por concurrir interés casacional, articulado en 3 motivos, por vulnerarse jurisprudencia del TS en relación con los artículos de la LAU 1964 ya referidos. (C. S. R.)

35. Contrato de ejecución de obra: incumplimiento del plazo de ejecución. Desistimiento y disolución.—De acuerdo con los hechos probados en instancia, el término fijado no puede considerarse inexorable y, además, existieron dos circunstancias ajenas a la voluntad de la entidad constructora que le llevó a ralentizar los trabajos, y lo fueron que en el solar no se tenía un caudal de agua suficiente y porque en el solar existía una línea eléctrica de media tensión que le impedía realizar una parte de las viviendas contratadas y dicha línea no se retiró hasta febrero de 1999. Todo ello llevó acertadamente a la Audiencia Provincial a entender que la actuación de la demandada constituyó un supuesto de desistimiento del dueño de la obra (art. 1594 CC) y no de resolución justificada por el incumplimiento de la parte contraria (art. 1124 CC).

Reclamación de intereses moratorios. *In illiquidis non fit mora*: nueva concepción jurisprudencial de su aplicación; no procede.—La nueva concepción jurisprudencial de la aplicación del referido brocardo lleva a la fijación de intereses de demora en los casos en que, solicitada condena al pago de una cantidad líquida, la sentencia acoge parcialmente la demanda y condena al abono de una cantidad menor, supuesto en que, no existiendo una notoria discordancia entre una y otra y atendiendo al llamado «canon de razonabilidad», se estima de justicia la consideración de que el deudor ha incurrido en «mora» y debe satisfacer intereses sobre la cantidad objeto de condena desde la interposición judicial; solución jurisprudencial que se ha impuesto sobre todo a partir de las sentencias de 5-03-1992 y 13-10-1997 seguidas por otras muchas, hasta las más recientes de 11-09 y 15-10-2008, y 6-04-2009, para abarcar igualmente a supuestos, como el de la sentencia de 7-11-2006, en que la existencia de la deuda fuera indiscutible y el principal pudiera determinarse mediante una simple operación aritmética. El nuevo enfoque que da la jurisprudencia de esta Sala al brocardo «in illiquidis non fit mora» no puede extenderse a un supuesto como el presente en el cual, incluso, la propia parte demandante —ahora recurrente— consciente de que no reclamaba una cantidad de dinero sino el reconocimiento de un derecho a percibir una indemnización que se cuantificaría posteriormente, no solicitó en el «suplico» de la demanda el pago de intereses salvo en la tercera de sus peticiones alternativas. (STS de 8 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Las entidades ECISA, S.A. y MLC, S.L. suscribieron contrato de ejecución de obra con suministro de materiales cuyo objeto era la ejecución parcial por la primera de noventa y siete chalés con su urbanización interior a construir en un solar sito en XXX, del que la segunda era propietaria y, en concreto, la realización de las obras de estructura y albañilería de los mismos, así como la ejecución de la urbanización, todo ello con referencia al proyecto realizado por los arquitectos don M. y don S. Al surgir discrepancias sobre el cumplimiento del contrato, ECISA demanda

a MLC, S.L. interesando que se declarara que la demandada había desistido del contrato, condenándole al abono de gastos, trabajo y utilidad correspondientes, así como al pago de daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Ambas partes recurren en apelación y la Audiencia Provincial estima en parte el recurso de la demandada y estima el interpuesto por ECISA. (*S. M. S.*)

36. Construcción. Responsabilidad de los arquitectos técnicos. Solado inadecuado acordado conjuntamente por la arquitecta, los arquitectos técnicos y la constructora.—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala los arquitectos técnicos no deben limitarse a una ejecución incondicional del proyecto de construcción, sino que las facultades de dirección de la ejecución de la obra que les otorga el ordenamiento jurídico comportan la necesidad de advertir a la arquitecta de la existencia de dificultades u obstáculos imprevistos en dicha ejecución. [...] Los defectos de colocación del solado consistentes en la superficie no plana y en las juntas de dilatación excesivas, cometidos en la ejecución de la obra son directamente imputables a los arquitectos técnicos y suficientes para establecer su responsabilidad. [...] Los defectos graves y ostensibles, que comportan una merma notable en la habitabilidad del inmueble, tanto con arreglo a la jurisprudencia dictada en aplicación e interpretación del artículo 1591 CC, como con arreglo a la LOE, constituyen defectos de construcción que en la vieja tipología aplicable al artículo 1591 CC debía calificarse como ruina funcional. (**STS de 23 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La sentencia de primera instancia condenó por defectos en el solado de las viviendas de los actores al pago de una indemnización equivalente a los dos tercios de este valor más una determinada suma en favor de cada uno de ellos y ordenó abonar las expresadas cantidades en la proporción de un 50% la constructora demandada y otro 50% los tres arquitectos técnicos demandados.

La Audiencia Provincial de Cáceres confirmó esta sentencia. Contra la sentencia interpusieron recurso de casación los arquitectos técnicos condenados, fundando el motivo del recurso en que se produjo un cambio de solado que entrañaba una modificación del proyecto que no podía atribuirse a ellos por lo que carecían de facultades profesionales para elegir tales materiales; que no es cierto que la decisión de cambiar de solado se produjera conjuntamente; que no se trata de un supuesto de ruina contemplado en el artículo 1591 CC; y que se reclamaba a los recurrentes el incumplimiento de una obligación a la que no estaban contractualmente obligados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*M. L. K.*)

37. Contrato de cuenta corriente: necesidad de autorización previa del titular para efectuar disposiciones de los fondos depositados en la misma: traspasos desde las cuentas privativas del actor a las cuentas de titularidad conjunta del actor y de su esposa y a las cuentas privativas de

la misma, constante matrimonio y durante 10 años sin manifestación de oposición a los mismos; mandato y ratificación tácitas.—Concluye el TS que en el presente caso existió mandato tácito previsto en el art. 1710 del CC, manteniendo que el mandato expreso aludido en el párrafo segundo del art. 1713 del CC es perfectamente conciliable con las dos formas de exteriorización de tal negocio jurídico previstas en el art. 1710 del CC y que el art. 1713 al hablar de mandato expreso se refiere mas bien al mandato especial y, por tanto, no excluye la posibilidad de que aun dentro de la esfera de los actos de riguroso dominio pueda ser suplida la falta de apoderamiento previo por la ratificación, sancionando la SSTS de 2/6/1981 que el mandato tácito ha de derivar de actos que impliquen necesariamente de modo evidente y palmario la intención de obligarse, debiendo acreditarse en debida forma las facultades conferidas al mandatario lo que es cuestión de hecho reservada al Tribunal sentenciador como es el presente caso, resaltando la STS de 5/4/1950 en interpretación de lo dispuesto en el art. 1727 del CC que la ratificación tácita tiene lugar cuando el mandante sin hacer uso de la acción de nulidad no ejercitable, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización. Situación similar ésta, a la analizada por las SSTS de 20/6/2003 y 9/10/2007 en torno al valor del silencio por parte del titular de una cuenta frente a los extractos remitidos regularmente por el Banco como declaración de voluntad. (STS de 11 de febrero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Tras su separación matrimonial, D. Isidro demanda a la entidad Caja Cooperativa y a su esposa Dña. Violeta, que había trabajado como cajera y administrativa de aquélla, impugnando determinados movimientos por los que se había transferido dinero de la cuenta corriente del demandante a otras cuentas comunes de ambos y a cuentas privativas de la misma solicitando su declaración como improcedentes e inválidos al no haber sido autorizados expresamente por el titular, así como el reintegro de las cantidades dispuestas junto con sus intereses. Tales movimientos se habían producido a lo largo de diez años, haciéndose notificado al demandante los extractos bancarios y la consiguiente información fiscal a su despacho profesional, sin que durante tan prolongado espacio de tiempo hiciera manifestación alguna contraria a las operaciones debidamente notificadas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que el actor conoció y consintió las operaciones. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida. Se interpuso recurso de casación articulado en un único motivo por infracción de los arts. 1710 y 1713 del CC y 254, 255 del CCo al que el TS no da lugar. (C. S. R.)

38. Contrato de mediación o corretaje para venta de acciones: naturaleza, contenido y normativa aplicable; consumación del contrato: celebración de la venta y momento del devengo del pago de la comisión pactada al mediador salvo pacto en contrario.—El TS recogiendo la doctrina sentada por las SSTS de 2/10/1999, 30/3/2007, 25/5/2009 y 16/10/2007 hace dos declaraciones: en primer lugar que el contrato de mediación o corretaje es un contrato atípico que aunque tenga similitud con el de comisión, con

el de mandato e incluso con el de prestación de servicios, nunca responderá a una combinación formada con los elementos de estas figuras contractuales típicas, integrándose en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos y cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario, rigiéndose por las estipulaciones de las partes conforme a lo previsto por los arts. 1091 y 1255 del CC y en lo no previsto, por las normas generales de las obligaciones y contratos comprendidos en los Títulos I y II del Libro IV del CC así como los preceptos correspondientes a figuras afines, los usos comerciales y la jurisprudencia pacífica y consolidada del TS. En segundo lugar que dada la naturaleza y contenido del contrato de mediación, el mismo no exige necesariamente que se de propio mandato para un acto de riguroso dominio bastando la actividad eficiente y acreditada del agente mediador, estando supeditada su eficacia, en cuanto al devengo de honorarios por comisión, a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido salvo pacto en contrario, por lo que perfeccionada la compraventa encargada nace el derecho del mediador a las remuneraciones convenidas. **(STS de 18 de marzo de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Doña Encarnación y doña Marisa celebraron el 15/12/1999 un negocio jurídico con D. Celso, por el que aquéllas le dieron «poderes para representarlas en la búsqueda y negociación de la venta de las acciones»(sic) que representaban el 38% de dos sociedades, estableciéndose al día siguiente, en un documento continuación del anterior, el precio mínimo de venta y el porcentaje sobre el total que resulte de la misma a favor de D. Celso», «que actúa como representante de las mismas para la gestión, asesoramiento y venta del citado paquete accionario» (sic). Como consecuencia de la mediación las partes se pusieron de acuerdo y el negocio final se realizó como consecuencia de la previa intervención del mediador, en todo caso, las gestiones de aquél fueron aprovechadas. D. Celso demanda el pago de sus honorarios por importe de 843.200 euros. El Juzgado de Primera instancia estima parcialmente la demanda acordando la cantidad de 695.342 euros. La Audiencia desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia recurrida. El TS desestima el recurso de casación por infracción procesal, articulado en dos motivos, y por motivo de casación articulado en otros dos motivos. (C. S. R.)

39. Arbitraje. Alcance de la cláusula arbitral con respecto al administrador de la sociedad.—El arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales cuando no es absolutamente indispensable (siempre que la parte interesada invoque oportunamente la cláusula arbitral). Esta renuncia ampara la exclusión de la intervención judicial, cuyos inconvenientes se compensan con los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser del arbitraje. De este principio se sigue que la cláusula de sumisión a arbitraje no produce efectos si no se opone como excepción en el proceso, para lo cual está legitimado únicamente el demandado que, por sí o por las personas en las que trae causa, la ha aceptado expresamente frente al demandante con respecto a las relacio-

nes o cuestiones planteadas en el proceso. Como ha declarado la jurisprudencia, para ser tenida por eficaz es necesario que se manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros (SSTS de 18 de marzo de 2002, 20 de junio de 2002 y 31 de mayo de 2003). En el caso examinado consta que la cláusula arbitral se aceptó por la sociedad demandante frente a la sociedad demandada, pero no frente a su administrador, que intervino en el contrato exclusivamente en su calidad de representante orgánico de aquélla, por lo que la cláusula de sumisión a arbitraje contenida en este contrato no podía afectarle, a diferencia de lo que ocurre con la sociedad demandada. Por ello debe apreciarse que la sentencia recurrida, al extender los efectos de la cláusula arbitral a una persona que no pudo oponerla ni de hecho la opuso, como se desprende del contenido del escrito de contestación a la demanda formulado, incurrió en la infracción del artículo 5 LA 1988 y, a los efectos ahora interesan, en incongruencia, por haber estimado una excepción por parte de quien no la había opuesto.

Interpretación del convenio arbitral.—Las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, deben ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del Código Civil que se refieren a los contratos (STS 27 de mayo de 2007). En la interpretación de los negocios jurídicos, según ha declarado con reiteración esta Sala, debe aceptarse el criterio seguido por el tribunal de instancia, fundado en los datos fácticos obtenidos mediante la valoración de la prueba que por razón de competencia funcional le corresponde, siempre que la interpretación o calificación realizada no sea ilógica o arbitraria o contradiga las normas hermenéuticas aplicables, pues esta situación desplaza la controversia al terreno de una *quaestio iuris* [cuestión jurídica] susceptible de ser resuelta en el recurso de casación. La STS de 5 de septiembre de 2006, ha destacado la prelación del contenido literal en la interpretación de las cláusulas arbitrales, poniendo de manifiesto que ha de estarse a lo efectivamente pactado como objeto de arbitraje, pues, conforme a los artículos 1 y 5 LA 1988 (aplicable a este proceso por razones temporales), la sumisión a la decisión arbitral ha de entenderse con carácter decisorio y exclusivo, no de forma concurrente o alternativa con otras jurisdicciones. En el caso examinado, la razones esgrimidas por la sentencia recurrida son acertadas. En efecto, como dice la expresada sentencia, el texto de la cláusula 32.^a del contrato expresa de forma inequívoca la voluntad de someter las controversias en relación con la interpretación o cumplimiento de lo pactado a arbitraje de Derecho. Las cuestiones en que la parte actora funda su pretensión de condena por incumplimiento contractual deben considerarse ligadas al cumplimiento del contrato y, por lo tanto, expresamente incluidas en la cláusula arbitral. No obsta a esta conclusión que no se incluyeran expresamente en la cláusula arbitral estas cuestiones de manera específica, pues todas ellas se invocan como manifestaciones del defectuoso cumplimiento del contrato por la parte demandada y no como conductas susceptibles de indemnización ajenas a éste. (STS de 11 de febrero de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—Con fecha 2 de noviembre de 1999, la empresa Z, S.L. concluyó un contrato de obra con S, S.L. mediante la actuación de su administrador L.A. En virtud de ese contrato, Z, S.L. se

comprometió a ejecutar una serie de unidades de obra de una urbanización y a construir tres edificios.

En noviembre de 2000 la comitente interpuso demanda contra Z, S.L. y L.A. como administrador, con la que solicitó la resolución del contrato y una indemnización del daño producido por distintos incumplimientos del contrato, tales como retraso en la ejecución de la obra, subcontratación no consentida y empleo de materiales de inferior calidad a los pactados. En el plazo para contestar la demanda Z, S.L. opuso excepción de sumisión a arbitraje en virtud de una cláusula del contrato de obra.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Donosti, tras desestimar la excepción de sumisión a arbitraje, declaró la resolución del contrato y condenó solidariamente a los demandados al pago de una cantidad en concepto de indemnización del daño, mediante sentencia de 28 de junio de 2002. La sentencia de 17 de octubre de 2005 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa estimó el recurso de apelación interpuesto por Z, S.L. y el administrador L.A. y acogió la excepción de sumisión a arbitraje sin entrar a conocer del fondo del asunto. La comitente recurre en casación. El Tribunal Supremo no acepta la excepción con respecto al administrador L.A. y declara haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

40. Equidad: aplicación por los Tribunales; procede.—El concepto de equidad al que se refiere el art. 1690 CC es el del precio justo —«*iustum pretium*»—, en relación con el concepto de «justicia del caso particular». Habrá de estarse al auténtico valor de la cosa, en el que la certeza se somete a las reglas de la experiencia. Prevalece la idea objetiva y requiere adecuación a las circunstancias. Como sostiene la buena doctrina, el arbitrador queda sujeto a observar «un criterio objetivamente adecuado al criterio normal dentro del sector de la comunidad en que se realiza la determinación». Y es impugnabile la decisión cuando manifiestamente se haya faltado a la equidad —«*manifesta iniquitas*»—, como también lo sería —ahora con criterio de imputación subjetivo— en el caso de obrar el arbitrador con mala fe. Por ello, si el juicio jurisdiccional sienta, con base en los dictámenes periciales, que el método de valoración empleado por los auditores de la sociedad es el más adecuado y que fue aplicado con corrección, el juicio del juzgador sobre la equidad debe atender al momento en que el auditor tuvo que emitir el dictamen, lo que explica la diferencia con el informe pericial, que, por formarse en un periodo posterior, pudo tomar en cuenta valores reales, los cuales de haber sido inferiores a los previstos en aquel momento tampoco podrían afectar a la ponderación judicial. La determinación del precio de compra de unas acciones sociales, en cuanto exige una valoración contable compleja, supone, según se dijo, una aproximación a la certeza conforme a reglas de experiencia, lo que, obviamente, no es otra cosa que un juicio razonable para la obtención del valor real. (**STS de 9 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El proceso versa sobre la valoración de unas acciones de una sociedad anónima que pretende vender uno de los accionistas y respecto de las que en Junta de la sociedad se acordó ejercitar el derecho de adquisición preferente previsto en el art. 8 de los

Estatutos, si bien el accionista al que interesa la venta no está conforme con el precio de compra fijado por los auditores de la Sociedad designados en virtud del precepto estatutario, por lo que solicita la revisión de la valoración efectuada. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción. La Audiencia Provincial confirmó la resolución recurrida. (S. M. S.)

41. Solidaridad de las obligaciones de los agentes que intervienen en el viaje combinado.—En el marco de la regulación de los viajes combinados, la Directiva 90/314/CEE dejó libertad a los Estados Miembros para establecer si la responsabilidad entre organizador y detallista había de ser solidaria o mancomunada. En el caso español, la tortuosa redacción del artículo 11.1 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, Reguladora de los Viajes Combinados ha precisado de interpretación. Con anterioridad a la mencionada Ley, el Tribunal Supremo se inclinaba por la regla de la solidaridad (entre otras, SSTS de 23 de julio de 2001, 11 de octubre de 2005 y 2 de febrero de 2006), interpretación que se ha de mantener pese a la confusión que arroja el mencionado artículo 11.1 (y, de hecho, es la que se consagra actualmente en el artículo 162 TRLGDCU). El Tribunal Supremo apoya esta solución, fundamentalmente, en cinco argumentos: la solidaridad cumple mejor la finalidad de protección al consumidor; los que se benefician con el precio pagado tienen la obligación de responder; la normativa sobre protección de consumidores y usuarios establece en general la solidaridad cuando sean varias las personas que deben responder frente a un consumidor por los daños causados [v. *gr.*, art. 27.2 LGDCU; 7 Ley 22/1994, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y III.4:103 *DCFR* (sic)]; la confianza del consumidor se centra en la persona con quien contrata, que es el minorista; y, finalmente, el consumidor goza generalmente en las Directivas de la garantía expresa de la solidaridad. De hecho, este mecanismo de la solidaridad protege mejor al consumidor y no impide, por otro lado, que los responsables condenados puedan ejercitar las correspondientes acciones de regreso contra quienes hayan causado el daño o parte del mismo. Por ello, proclama el Tribunal Supremo que la responsabilidad del mayorista u organizador es solidaria con el minorista o agente de viajes frente al consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que existan entre ellos.

Solidaridad. Interpretación del artículo 1137 CC.—Es doctrina del Tribunal Supremo que el tenor del artículo 1137 CC, que establece que sólo habrá lugar a la solidaridad cuando la obligación expresamente lo determine, se ha matizado, en el sentido de que no se exige con rigor o imperatividad el pacto expreso de solidaridad (SSTS de 17 de octubre de 1996, 29 de junio de 1998 y 11 de julio de 2006), especialmente, cuando concurre una comunidad de objetivos. (**STS de 20 de enero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—La empresa mayorista MJ, S.A. ofertaba un viaje combinado a Turquía a través de las minoristas VJ, S.L. y E, S.A. (detallistas), que fue contratado por diversas personas que acudieron para ello a una de las dos minoristas. Durante la realización del viaje, los pasajeros sufrieron un grave accidente de autocar que causó la muerte de algunos de ellos y graves lesiones a otros. Quedó

acreditado que la culpa del accidente era imputable al conductor y que la empresa de autocares había sido contratada por la mayorista organizadora del viaje. Frente a esos hechos, varios de los viajeros y familiares de los mismos plantearon demanda individualmente, reclamando indemnización por los daños sufridos a raíz del accidente; todas ellas quedaron acumuladas por razón de los demandados: MJ, S.A. (así como su aseguradora) y las detallistas VJ, S.L. y E, S.A. (según correspondiera en cada caso). Las demandas se estimaron parcialmente en primera instancia, condenando únicamente al pago de las indemnizaciones a MJ, S.A., y absolviendo a las detallistas demandadas y a la aseguradora. La sentencia fue recurrida por todos los demandantes, que solicitaban que se condenase solidariamente a las empresas detallistas. La Audiencia Provincial estimó los recursos, acogiendo la tesis de la responsabilidad solidaria entre organizador y detallista en el marco de los viajes combinados. Las dos empresas detallistas interpusieron recurso de casación, por infracción del artículo 11.1 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, Reguladora de los Viajes combinados, señalando que consagra una responsabilidad mancomunada. (A. M. M.)

42. Reconocimiento de deuda: naturaleza; contrato causal atípico.—El reconocimiento de deuda vincula a quien lo realiza y, en atención a lo prevenido en el artículo 1277 CC ha de presumirse que su causa existe y es lícita, en tanto el deudor (con inversión de la norma general sobre carga de la prueba) no demuestre lo contrario; siendo por lo demás evidente que este reconocimiento contenido en el documento suscrito por la actora y el representante legal de la demandada, de fecha 25 de septiembre de 2005, expresa que la deuda obedece a «la prestación de varios servicios», es decir, se expresa causa del mismo. le convierte más que en un contrato de causa inexpressada y de abstracción procesal, en un contrato causal atípico, alcanzando el reconocimiento de deuda efectos constitutivos, que conlleva no sólo el facilitar a la actora un medio de prueba sino el dar por existente una situación de débito contra el demandado (SSTS 23-02-1998, 28-09-2001, 23-04-1991, 27-11-1991, 30-09-1993, 24-10-1994). (**STS de 8 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La entidad CFS, S.A. formula demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad, al amparo del contrato de reconocimiento de deuda, contra PD, S.A., hoy recurrente, quien frente a la anterior petición solicitó la desestimación de la demanda y formuló reconvencción, en la que solicitaba que se declarase que había abonado indebidamente cantidades que exceden de los trabajos realizados y materiales suministrados a consecuencia del contrato de arrendamiento de obra celebrado entre ambas entidades, y como consecuencia de ello que se condenase a la demandante-reconvenida a devolver la cuantía que excede del importe de los mencionados trabajos y materiales suministrados. El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda deducida por CFS. La Audiencia desestima el recurso interpuesto por la demandada. (S. M. S.)

43. Responsabilidad civil de una empresa por la muerte de un trabajador en el desempeño de sus funciones: competencia de la jurisdicción social.—La Sala Primera del Tribunal Supremo considera aplicable a este caso la doctrina jurisprudencial de la sentencia del Pleno de esta Sala de 15 de enero de 2008, según la cual las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo (por ejemplo, incumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo por parte del empresario), conforme a lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, son competencia de la jurisdicción social. (STS de 25 de febrero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—E. y N. interponen una demanda contra la empresa GU, solicitando se dicte sentencia por la que se declare la responsabilidad civil de ésta por el fallecimiento de A. (marido y padre, respectivamente, de las demandantes), que se electrocutó mientras desarrollaba su trabajo. Fundamentan jurídicamente su demanda en los artículos 1902 y 1903 CC, aunque materialmente fundan su demanda en que la empresa demandada había trasladado al trabajador la responsabilidad en materia de medidas de seguridad en el trabajo.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por las demandantes, revoca la sentencia de primera instancia y estima en parte la demanda. Interpuesto recurso de casación por la empresa demandada, el Ministerio Fiscal dictaminó que la competencia para conocer de este asunto era del orden jurisdiccional social. El Tribunal Supremo declara apreciar de oficio la falta de competencia del orden jurisdiccional civil para conocer del asunto, se abstiene de conocer el litigio por corresponder al orden jurisdiccional social y declara la nulidad de todas las actuaciones.

NOTA.—En este mismo sentido se pronuncian, entre otras, las SSTs (Sala 1.ª) de 19 de febrero de 2008, 16 de abril de 2008, 4 de junio de 2008 y 30 de junio de 2009. (M. J. P. G.)

44. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: lesiones en corte mecánico de pizarra: concurrencia de culpas: competencia jurisdicción civil: doctrina general y excepciones.—A partir de la doctrina sentada por STS de Pleno, de 15 enero 2008, esta Sala viene considerando, en aplicación del art. 9.º LOPJ, que en supuestos de reclamaciones civiles como consecuencia del incumplimiento de una relación laboral creada por un contrato de trabajo, para deslindar la competencia de cada uno de los dos órdenes en conflicto, civil y social, es decisivo determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o bien a una conducta ajena totalmente al contrato de trabajo, de manera que, encontrándose en el ilícito laboral el fundamento para imputar la responsabilidad en la infracción de una norma reguladora de esta materia, ya sea estatal o colectiva, para delimitar el incumplimiento laboral se debe estudiar si existe infracción del deber de protección y la calificación de los hechos, en los que se requiere que el empresario actúe como tal. Resultado de todo lo anterior es que *será competente la jurisdicción social siempre que el daño dimane de la vulneración de normas reguladoras de la relación laboral, incluyendo las que desarrollen los deberes del empresario, entre los que*

se encuentra el de proteger eficazmente al trabajador en materia de seguridad e higiene (arts. 5 letra d), 19 ET, y 14 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales), siendo únicamente competente la jurisdicción civil cuando conste que el daño se funda en la infracción de normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral.

Una estricta aplicación de esta doctrina al caso de autos, que desconociera las circunstancias que lo singularizan, podría determinar que se atribuyera el conocimiento del presente asunto a los órganos del orden jurisdiccional social, apreciando ahora esta Sala de oficio la excepción de falta de jurisdicción, y así lo puso de relieve la parte actora invocando, además de los principios generales civiles, las ya citadas normas laborales, relativas al deber de protección del trabajador –en su doble manifestación de falta de formación adecuada del trabajador y de ausencia de las necesarias medidas de seguridad de la maquinaria que manipulaba–, ubicándose en la infracción de dicha obligación contractual el origen de la responsabilidad y de la indemnización solicitadas, lo que posteriormente refrendó el sustrato fáctico declarado probado, aun cuando la víctima contribuyera a causar el resultado lesivo en la misma proporción que el empleador.

Aunque esta Sala haya examinado de oficio su competencia en asuntos referidos a los accidentes laborales por los que se reclamaba (SSTS 17 noviembre y 15 de diciembre de 2008, entre otras), es preciso tener en cuenta que la doctrina referida se ha matizado por STS de 11 de diciembre de 2009, la cual se pronuncia acerca de la inoportunidad de aplicarla a procesos, como el presente, iniciados al amparo de una normativa orgánica, sustantiva y procesal interpretada ahora de forma distinta. Según resulta de esta última s. las razones apuntadas hasta entonces por la doctrina que emana de la STS de 15 de enero de 2008, no constituyen motivo suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional corresponde al orden social, y negar la legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto, siendo contraria a la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva que, a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de siete años desde que se interpuso la demanda, se declare inadmisión en la jurisdicción en la que había sido planteada vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y evitando las dilaciones indebidas.

Valoración del perjuicio estético.—La conveniencia de evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan el *pretium doloris* o compensación por el daño moral y valoran de manera prospectiva o apreciativa las consecuencias patrimoniales de la incapacidad generada por los daños corporales ha aconsejado al legislador implantar sistemas de valoración fundados en la tasación con arreglo a tablas o baremos indemnizatorios, cuya aplicación tiene lugar según reglas fijadas por el propio legislador y no queda, desde luego, sustraída a las reglas generales sobre interpretación de las leyes. Surge así por Orden de 5 de marzo de 1991 el Sistema para la valoración de los daños derivados de accidentes de circulación, que la propia norma califica como *idóneo para calcular el importe de las provisiones para siniestros pendientes de liquidación o de pago*, y que es el antecedente del sistema luego incorporado a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, por la disposición adicional 8.^a de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, ya con carácter vinculante en la materia.

Guiada por idéntica finalidad, la jurisprudencia viene aceptando los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige en la circulación de vehículos de motor, para la fijación del *pretium doloris* en otros sectores de la actividad, si bien, no con carácter vinculante sino únicamente con valor orientativo teniendo en cuenta las circunstancias del caso. La propia jurisprudencia declara que una cosa es que opte por ese criterio hermenéutico a fin de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad, y otra muy distinta que con ello se está admitiendo la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas legales de tasación con arreglo al art. 4.1 CC, dado que tal laguna no existe y nada impide al órgano jurisdiccional prescindir de aplicar analógicamente dicho sistema y cuantificar el valor del quebranto con arreglo a otras pautas o criterios igualmente equitativos.

El criterio restrictivo de la revisión casacional de la cuantía indemnizatoria resulta igualmente aplicable cuando el tribunal de instancia toma como base orientativa para la fijación de los daños corporales el sistema legal de tasación de los daños derivados del uso y circulación de vehículos de motor, pues puede examinarse en casación la infracción de esta base cuando se aprecie una inexplicable o notoria desproporción entre lo que resulta de la aplicación del expresado sistema y la indemnización fijada por la s. (así STS de 20 de diciembre de 2006), tal como se infiere *a sensu contrario* de la STS de 10 de febrero de 2006. Tampoco puede desconocerse la doctrina consolidada que obliga a no confundir el régimen legal aplicable a un accidente y cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del alta definitiva.

La tesis defendida por la parte recurrente de que no es posible una valoración conjunta y agregada del menoscabo fisiológico y del estético, por ser conceptos perjudiciales diferentes, siendo por tal razón necesario fijar separadamente la puntuación que corresponde a uno y a otro, y valorar también separadamente ambos quebrantos aun cuando luego se sumen las cantidades obtenidas, se asienta en el cambio operado por la Ley 34/22003, de 4 de noviembre, pero aquella norma no puede ser tomada en consideración por no estar en vigor al tiempo en que acaeció el siniestro (6 de octubre de 1999), ni para concretar conceptos indemnizatorios tales como el daño fisiológico y el perjuicio estético, ni a la hora de fijar la puntuación correspondiente a los mismos, por ser aplicable en uno y otro caso el sistema legal fijado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, que fue el aplicado efectivamente por la Audiencia Provincial (STS de 9 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G.G.C.)

45. Culpa extracontractual: ciclomotor arrollado por tren en paso a nivel sin barrera: muerte de los dos ocupantes del ciclomotor, carentes de licencia: señalización defectuosa: no hay relación de causalidad: culpa exclusiva de las víctimas.—El incumplimiento de normas de diligencia únicamente puede ser considerado como determinante de responsabilidad civil extracontractual cuando existe un nexo de causalidad entre la conducta imputada al agente y el daño producido, conforme al art. 1902 CC. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que la determinación de los hechos que fundamentan el nexo de causalidad corresponde al tribunal de instancia y no puede ser revisado en casación, accediendo a esta última sólo las cuestio-

nes jurídicas relacionadas con la integración del nexo de causalidad y con la aplicación de los criterios de imputación objetiva que pueden determinar su exclusión. La sentencia recurrida analiza detalladamente las circunstancias concurrentes consistentes en que los fallecidos eran vecinos del lugar, por lo que conocían el paso a nivel; carecían de licencia preceptiva para pilotar el vehículo y lo ocupaban ambos indebidamente, existía una amplia visibilidad en el sentido que traía el tren; éste circulaba a la velocidad autorizada y no se ha probado que se hubiera omitido la preceptiva señal acústica. De estas circunstancias fácticas se sigue que la *defectuosa señalización* del paso a nivel, admitida por la Audiencia Provincial, no desempeñó papel relevante alguno en la determinación del nexo de causalidad, sino que la causa del accidente – en expresión de la s. apelada – estuvo en *el grave descuido de las víctimas, que, con infracción de todas las normas de prudencia y de la circulación viaria, se metieron literalmente debajo del tren.*

Carece de relevancia el desacierto de la s. de instancia cuando, en contra de la doctrina contemporáneamente sentada por la STS de 19 de mayo de 2005, considera que, a pesar de haber entrado en vigor el Reglamento de Transportes Terrestres de 28 de septiembre de 1990, no era imputable a la Renfe el cuidado de la señalización. Adviértase que en esta s. se tuvo en cuenta que el defecto de la señalización se unía a otras circunstancias relacionadas con la configuración peligrosa del paso a nivel, con su escasa visibilidad y con las condiciones de uso extraordinario impuestas por hallarse cerrado al tránsito otro paso a nivel ordinariamente utilizado. Estas circunstancias permitía establecer un nexo de causalidad entre el accidente producido y la deficiente señalización y el mantenimiento de un paso a nivel en condiciones de anormal peligrosidad. No es suficiente para revertir la conclusión citada el hecho de que la s. de instancia afirme que la defectuosa señalización *poca influencia* tuvo en el suceso, pues el contexto de esta afirmación revela que se trata de una expresión mediante la que el tribunal descarta toda influencia utilizando el adjetivo *poca* con carácter ponderativo y no asertivo.

Accidentes ferroviarios: responsabilidad por culpa modalizada por el principio del riesgo.—En materia de accidentes ferroviarios, especialmente los producidos por cruces de pasos a nivel, la jurisprudencia de las últimas décadas ha introducido paliativos en el principio de responsabilidad por culpa del art. 1902 CC, aplicando el principio de responsabilidad por riesgo. Sin embargo, se ha puntualizado que no queda excluido de nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil el elemento de la negligencia como criterio de imputación subjetiva de responsabilidad, y así se ha declarado que si de la prueba practicada aparece plenamente acreditado que en la producción del resultado dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino ninguna culpa por parte del demandado o demandados, ha de excluirse su responsabilidad (SSTS de 28 de noviembre de 1998, 30 de abril de 2003 y 6 de febrero de 2008). De esta jurisprudencia se infiere que en materia de accidentes ferroviarios, dentro de las modulaciones que impone el principio de responsabilidad por riesgo, se exige la concurrencia de los requisitos del art. 1902 para la existencia de responsabilidad extracontractual, entre ellos la actuación negligente por parte del agente y la existencia de un nexo de causalidad entre su conducta y el daño producido. En el caso examinado, aun cuando pueda advertirse la existencia de un defecto en la señalización, no se ha acreditado la existencia de un nexo de causalidad entre dicho defecto y el accidente producido, por lo cual falta uno de los elementos esenciales para la apreciación de una responsabilidad extracontractual. Las demás circunstancias alegadas por la parte recurrente no

pueden ser consideradas como determinantes de la existencia de una conducta culposa por parte de Renfe y del maquinista, por cuanto son incompatibles con los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, o no figuran entre éstos; aunque, si así no fuera, serían irrelevantes pues así lo impone la ausencia del nexo de causalidad (**STS de 18 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Cualquier accidente ferroviario en un paso a nivel sin barreras ni señales acústicas o lumínicas de todo tipo, mueve al comentarista de la jurisprudencia a reiterar las habituales lamentaciones por el habitual y calamitoso estado de nuestra red viaria. En este caso mueren los dos ocupantes del ciclomotor accidentado —el hecho ocurrió nada menos que hace dieciséis años ¿por qué este retraso cuando las sentencias de instancia no coincidían en el sentido del fallo?—, siendo, en definitiva, razonable la conclusión de la s. aquí extractada de atribuir la culpa exclusiva de la colisión a las mismas víctimas. A nivel legislativo general (cfr. art. 235 RD de 28 septiembre de 1990) algo hemos ganado en la seguridad vial pues se establece en dicha norma reglamentaria la *prohibición para el futuro de establecer pasos a nivel en las vías de nueva construcción*, y se dispone la declaración de urgencia a efectos del procedimiento especial expropiatorio de las obras para la construcción de pasos a distinto nivel. Pero la OM. de 8 de mayo de 1982 se mantenía todavía en el mundo de las buenas intenciones del Ministerio de OP en relación con el tema, mientras que al tiempo del accidente se encontraba en vigor el art. 96.2 del Reglamento General de Circulación, según el cual *ningún usuario de la vía deberá penetrar en un paso a nivel desprovisto de barreras, semibarreras o semáforos, sin antes haberse cerciorado de que no se acerca ningún vehículo que circule sobre raíles*, norma que no puede menos de tacharse, al menos, de ingenua y, en cierto modo, de *tercermundista*, y de ninguna manera perteneciente al *estado de bienestar* que garantiza la Constitución, al imponer a los ciudadanos una obligación positiva, calificable de pintoresca, y que se sabe de antemano que va a ser habitualmente incumplida por amplios sectores de la sociedad. ¿Cuántos accidentes ocurrirán todavía en los centenares, o quizá miles de pasos a nivel permanentemente desguarnecidos en territorio español antes de que, de hecho, éstos se corrijan o eliminen? (G. G. C.)

46. Responsabilidad extracontractual de comunidad de propietarios: daños por humedades en local comercial subarrendado; pacto y renuncia a ejercitar acciones de daños contenido, tanto en el contrato de arrendamiento, incorporado como anexo al contrato de subarriendo, como en los estatutos de la comunidad de propietarios.—El TS sólo admite uno de los motivos del recurso basado en el art. 1902 del Código Civil y lo considera mal planteado pues la cuestión de fondo no consiste en cual sea la naturaleza de la acción de responsabilidad ejercitada si no en la validez y eficacia, frente al subarrendatario, de las cláusulas contenidas en el contrato de arrendamiento y en los estatutos de la comunidad de propietarios integrados en el contrato de subarriendo al habersele unido como anexos, lo que exigía como previo a cualquier motivo por infracción del art. 1902, el plan-

teamiento de uno o varios motivos orientados a demostrar que la interpretación de aquellos contratos y estatutos comunitarios por el Tribunal sentenciador infringía alguna regla legal de interpretación contractual o alguna norma de la LPH. (STS de 4 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan.]

HECHOS.—Las compañías «Gran Turia» y «Trema» propietaria y gestora, respectivamente, de los arrendamientos de locales integrantes de una galería comercial, suscribieron con la entidad «Mac Donald's», el 21 de abril de 1993, contrato de arrendamiento de local de negocio, en el que la arrendataria se hacía responsable directa y exclusivamente de cuantos daños pudieran ocasionarse a terceras personas o cosas y fueran consecuencia, directa o indirecta del negocio instalado, eximiendo de toda responsabilidad al arrendador, su representante y a la Comunidad de propietarios de la galería comercial incluso de daños derivados de instalaciones para servicios y suministros y renunciando a toda responsabilidad contra el arrendador en los casos, entre otros, de daños en el local arrendado o en los efectos y mercaderías que allí se encontrasen causados por fugas, infiltraciones, humedades u otras circunstancias. Posteriormente, el 9 de septiembre de 1993, la arrendataria suscribió un contrato de franquicia y otro autorizando la cesión de los derechos del franquiciado, a los que se incorporaba una copia del contrato de arrendamiento, a favor de D. Luis el primero y a favor de la empresa «Restaurantes» el segundo, en el que expresamente la misma asumía todas las obligaciones del cedente.

La empresa «Restaurante» demanda a la comunidad de propietarios de la galería comercial por los daños ocasionados al entrar agua de lluvia en el local, consecuencia del mal estado de la cubierta y su defectuosa reparación, concretandolos sólo a la pérdida de ventas y daños a la imagen comercial por importe de 187.729 euros ya que los daños materiales habían sido indemnizados por la aseguradora de la demandante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó totalmente la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación confirmando la de Instancia. El TS desestimó el recurso de casación. (C. S. R.)

47. Responsabilidad civil médica. Libertad en la elección del tratamiento aplicable.—Afirma el Tribunal Supremo que el médico, en su ejercicio profesional, es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente, poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces en todo acto o tratamiento que decide llevar a cabo, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la ciencia médica o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica, en cuanto está comprometido por una obligación de medios en la consecución de un diagnóstico o en una terapéutica determinada (SSTS de 24 de noviembre de 2005 y 8 de enero de 2006). Aplicada esta doctrina a la elección de la forma de desarrollar el parto, la diligencia del médico se manifiesta no sólo en la elección adecuada de la forma (vaginal o por cesárea), sino también en el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas para cada una de ellas, conforme a una buena praxis médica, y con el cuidado y

precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a la intervención, según su naturaleza y circunstancias (SSTS de 19 de octubre de 2007 y 20 de julio de 2009).

Negligencia de los profesionales sanitarios. Límites de la *lex artis*.—La *lex artis* supone que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico, que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una forma de actuación. Implica, por tanto, la obligación del médico de realizar las pruebas que resulten necesarias, atendiendo el estado de la ciencia médica en ese momento (incluidos los protocolos), de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar la responsabilidad del médico, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (SSTS de 15 de febrero y 18 de diciembre de 2006 y 19 de octubre de 2007).

Nexo causal en la responsabilidad médica.—La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso. En el caso de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios, hay que tener especialmente en cuenta, además, que para responsabilizar de una determinada actuación médica no sirven simples hipótesis o especulaciones sobre lo que se debió hacer y no se hizo. Por tanto, no puede cuestionarse la toma de decisiones realizada por los profesionales sanitarios fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico (SSTS de 14 de febrero de 2006 y 7 de mayo de 2007). (**STS de 29 de enero de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña S, acudió a los doctores A y C para la asistencia y seguimiento de su embarazo; no existiendo factores de riesgo en la gestante, éstos desarrollaron los controles protocolarios habituales. Llegado el momento del parto, que tuvo lugar en una clínica privada, se optó por el parto vaginal, opción que, a la postre, resultó problemática, al presentarse durante el parto distocia de hombros en el recién nacido. Nada indicaba anteriormente que fuera preferible la forma del parto por cesárea. Ante el problema planteado en el parto, los doctores aplicaron una de las técnicas aplicables de acuerdo con la *lex artis*, de la que resultó, sin embargo, una lesión sobre el plexo braquial del recién nacido. Por otra parte, a los pocos días del nacimiento, hubo que someter al menor a una intervención quirúrgica para paliar una cardiopatía congénita de la que no se había informado a los progenitores durante el embarazo, y cuyo diagnóstico es posible que pudiera haberse realizado entonces a través de la práctica de una ecocardiografía fetal. No existían, sin embargo, indicios que aconsejaran la realización de pruebas diagnósticas para la detección de ese tipo de enfermedades.

Los padres del recién nacido interponen demanda en su propio nombre y en nombre del menor, en reclamación de responsabilidad civil contra los médicos encargados del seguimiento del embarazo y la atención en el parto, así como contra la clínica privada en la que se desarrolló el parto y la aseguradora de la misma. La demanda se desestimó en primera instancia, al considerar que no se había

acreditado negligencia alguna en los demandados. Recurrida la sentencia por los demandantes, ésta fue revocada por la Audiencia Provincial, que estimó en parte el recurso planteado, considerando que había existido negligencia en la elección de la forma del parto y en la falta de diagnóstico de la dolencia congénita del menor. Los demandados plantearon entonces recurso de casación, estimado por el Tribunal Supremo, que procedió a dictar nueva sentencia absolviendo a los demandados en primera instancia. (A. M. M.)

48. Responsabilidad civil médica. Necesidad de acreditar el nexo causal y la culpa del profesional.—El motivo del recurso se resume en una cita de diversas sentencias de esta Sala sobre el contenido y alcance de la *Lex artis* que ninguna aplicación tienen al supuesto de hecho contemplado en la sentencia, y que tampoco responden al sentido actual de la jurisprudencia de esta Sala, que no está caracterizada por la objetivación de la responsabilidad. En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, dice la sentencia de 20 de noviembre de 2009 que debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (artículo 217.5 LEC). El criterio de imputación se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo.

Daño desproporcionado. Ausencia.—El recurso se refiere también al daño desproporcionado pero lo cierto es que no se argumenta más allá de lo que dice la jurisprudencia en la que no tiene encaje el supuesto enjuiciado, cuando existe una causa que explica el daño, y vincula el diagnóstico a una obligación de resultado, propia del arrendamiento de obra. La toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica por tanto un doble orden de cosas: en primer lugar, la obligación del médico de realizar las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en este momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles. En segundo lugar, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (STS 15 de febrero 2006; 19 de octubre 2007). (STS de 3 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—M y N, como representantes legales de su hijo J, interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm.

52 de Barcelona contra la Clínica P, S.A., Clínica R, S.A. y los médicos D y E solicitando que se declarase la responsabilidad civil solidaria de todos ellos, al considerar que su actuación vulneró la *lex artis* médica al no diagnosticar debidamente la existencia en el ojo de J de un tumor cancerígeno. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda al no apreciar la existencia de nexo causal entre el diagnóstico erróneo del TAC y el resultado de enucleación del ojo. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia Provincial de Barcelona. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

49. Reparación del daño causado conforme al Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRCSCVM).—Afirma el Tribunal Supremo que la determinación del daño en el contexto de los accidentes de circulación se funda en el principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados. Esto implica que la indemnización ha de comprender el lucro cesante.

Compensación del lucro cesante en el sistema de valoración de daños en accidentes de circulación (baremos). Falta de proporcionalidad.—En las Tablas II, IV y V del sistema de baremos de la LRCSCVM existe un factor de corrección por perjuicios económicos cuyo objetivo es la reparación del lucro cesante, como demuestra el hecho de que se fija en función del nivel de ingresos de la víctima y se orienta a la reparación de perjuicios económicos. La regulación de este factor de corrección presenta, sin embargo, características singulares. Así, su importe se determina por medio de porcentajes que se aplican sobre la indemnización básica —es decir, sobre un valor económico orientado a resarcir un daño no patrimonial— y se funda en una presunción, puesto que no se exige que se pruebe la pérdida de ingresos, sino la capacidad de ingresos de la víctima. De todo ello resulta que, aunque el factor de corrección busca facilitar la prueba del lucro cesante, las cantidades resultantes de aplicar los porcentajes de corrección sobre una cuantía cierta, pero correspondiente a un concepto ajeno al lucro cesante, no resultan proporcionales, y pueden dar lugar a notables insuficiencias.

Finalidad del factor de corrección por incapacidad permanente en el sistema de valoración de daños en accidentes de circulación.—Según el Tribunal Supremo, el factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta, compatible con el de corrección por perjuicios económicos, no va dirigido sólo —ni principalmente— a resarcir el perjuicio patrimonial ligado a los impedimentos permanentes de la actividad laboral (en este sentido, STS, Sala 4.ª, de 17 de julio de 2007). Por el contrario, su objeto principal es reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales.

Interpretación del sistema de valoración de daños en accidentes de circulación de forma coherente con el principio de reparación íntegra del daño. Rechazo de la extensión de los criterios del Anexo, primero, 7 LRCSCVM.—La insuficiencia y falta de proporcionalidad de las cantidades resultantes de la aplicación de los factores de corrección de perjuicios económicos ponen de relieve una antinomia entre la consagración del principio de la reparación íntegra del daño y la cuantificación del lucro cesante que resulta de la aplicación de los mismos. Para solucionar esta contradicción, rechaza

el Tribunal Supremo que pueda interpretarse el artículo 1.2 LRCSCVM en el sentido de admitir que quepa dentro del sistema de cuantificación del daño valoraciones efectuadas de acuerdo con los criterios del Anexo, primero, 7 (*v. gr.*, principio de total indemnidad, pérdida de ingresos de la víctima y posible concurrencia de circunstancias excepcionales), al margen de los límites cuantitativos de las Tablas, en la medida en que se presenten daños no contemplados en ellas. Tal interpretación es contraria a la redacción del citado precepto, además de que equivaldría, en la práctica, a desconocer el valor vinculante del sistema de valoración para la cuantificación del daño consagrado en el mencionado artículo 1.2. Por tanto, aunque se puede reconocer a los criterios del Anexo, primero, 7 LRCSCVM el valor de reglas de principio interpretativas y de cobertura de lagunas, por sí mismos son insuficientes para mantener una interpretación que lleve el resarcimiento del daño más allá de los límites expresamente previstos en ellos.

Interpretación del sistema de valoración de daños en accidentes de circulación de forma coherente con el principio de reparación íntegra del daño. Rechazo de la extensión de la inconstitucionalidad del apartado B) de la Tabla V del Anexo de la LRCSCVM a los factores de corrección por perjuicios económicos de las Tablas II y IV.—El Tribunal Supremo se manifiesta contrario a la pretensión de aplicación de los pronunciamientos de inconstitucionalidad recogidos en la STC 181/2000, sobre inconstitucionalidad del sistema de valoración del daño, a los factores de corrección por perjuicios económicos de las Tablas II y IV. Concretamente, argumenta que el propio Tribunal Constitucional, con ocasión de la resolución de diversos recursos de amparo que se han planteado en torno a estas cuestiones, ha declarado que la interpretación judicial contraria a la expresada extensión no incurre en error patente ni en arbitrariedad, ni vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, SSTC 42/2003, 231/2005 y 258/2005). El motivo es, por un lado, que la naturaleza del lucro cesante, desde el punto de vista de la imputación objetiva al causante del daño, es distinta en el supuesto de la Tabla V (en que se trata de daños ya producidos) y en los supuestos de las Tablas II y IV (en que se trata de daños futuros que deben ser probados mediante valoraciones de carácter prospectivo); por otro lado, hay que tener en cuenta que, en la Tabla II, el perjudicado no es la víctima, sino un perjudicado secundario. Por todo ello, el Tribunal Constitucional rechaza que la indemnización del lucro cesante futuro constituya una exigencia constitucional en el ámbito del régimen de responsabilidad civil por daños a las personas producidos en la circulación de vehículos a motor; es, por el contrario, una cuestión de legalidad ordinaria.

Interpretación del sistema de valoración de daños en accidentes de circulación de forma coherente con el principio de reparación íntegra del daño. Posibilidad de compensación del lucro cesante cuando concurren circunstancias excepcionales.—Parte el Tribunal Supremo de que la antinomia planteada entre el principio de reparación integral del daño y la cuantificación insuficiente del lucro cesante mediante la aplicación de los factores de corrección ha de ser resuelta, en el ámbito de la legalidad ordinaria, en la medida en que lo permitan los límites tabulares establecidos en el sistema de valoración. En ese contexto, en las situaciones de incapacidad permanente, la solución viene facilitada por el tenor literal de las reglas tabulares. Concretamente, de acuerdo con una interpretación sistemática, se puede afirmar que, cuando la Tabla IV se remite a los «elementos correctores» del apartado primero, número 7, del Anexo, y establece un porcentaje de

aumento o reducción «según circunstancias», se puede entender que los elementos correctores a que se refiere el citado apartado no pueden ser sólo los expresamente calificados como de aumento o disminución, sino todos los criterios comprendidos en él susceptibles de determinar una corrección de la cuantificación del daño; por consiguiente, también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias económicas y personales de la víctima. A favor de esta interpretación, alude el Tribunal Supremo a cuatro razones: primera, relacionada con la remisión general de la Tabla IV a los elementos correctores del apartado primero, 7, del Anexo; segunda, el hecho de que las circunstancias excepcionales relacionadas con circunstancias personales y económicas de la víctima, por definición, no podían más que haber sido previstas de modo genérico; tercera, el texto de la Tabla IV en que se contiene la remisión a los elementos correctores contiene una especie de descripción de estos criterios y elementos, por lo que es lícito entender que no se trata de una mera cita sujeta a la calificación formal contenida en el texto objeto de la remisión, sino de una descripción integrada por el conjunto de criterios contenidos en el texto que se invoca, de tal suerte que la naturaleza de elemento corrector puede predicarse de cualquiera de las circunstancias mencionadas en él, aunque no sea directamente calificado como de aumento o de disminución; y cuarta y última, la expresión «factores correctores» – equivalente semánticamente a la de «elementos correctores»– aparece a lo largo de las tablas II, IV y V para referirse en general a circunstancias relacionadas con los diversos conceptos que se recogen en el Anexo, primero, 7 LRCSVM y no sólo a los calificados como elementos correctores, por lo que es lícito concluir que todas aquellas circunstancias son susceptibles de ser consideradas como factores o elementos correctores. Por todo ello, concluye el Alto Tribunal que el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente, aunque no es susceptible de ser resarcido íntegramente, sí puede ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente, cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor.

Requisitos para la indemnización del lucro cesante.—El factor de corrección de la Tabla IV que permite tener en cuenta los elementos correctores del Anexo, primero, 7 LRCSVM debe aplicarse siempre que concurren seis requisitos. En primer lugar, es necesario que se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido. En segundo lugar, el lucro cesante futuro no debe resultar compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta, eventualmente, la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos. En tercer lugar, la determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del sistema y, por tanto, acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación; la corrección, por tanto, debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible. En cuarto lugar, la aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores para

la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección. En quinto lugar, el porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente; en la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica. Finalmente, en sexto lugar, el porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resultan aplicables la Tabla IV. (STS de 25 de marzo de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 2 de mayo de 2000 se produjo una colisión entre dos vehículos, resultando el fallecimiento de uno de los conductores y lesiones en el otro. Concretamente, este segundo conductor requirió una serie de días de hospitalización y quedó con incapacidad permanente total para la profesión habitual durante casi dos años e importantes secuelas. El conductor lesionado planteó demanda contra los herederos del conductor fallecido —que había sido el causante del accidente—, así como contra su aseguradora, reclamando la diferencia entre la suma consignada por la aseguradora y la indemnización que, a su juicio, le correspondía por las lesiones, más el lucro cesante.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y concedió una indemnización por la incapacidad permanente, pero desestimó la reclamación por lucro cesante, por entender que este concepto ya se encuentra incluido en las cuantías indemnizatorias previstas por el sistema de valoración del daño (baremo) de la LRCSCVM, conforme al artículo 1.2. Recurrida la sentencia tanto por el demandante, como por la aseguradora, la Audiencia Provincial desestimó el recurso del primero, sobre la argumentación ya expuesta, y estimó parcialmente el recurso de la segunda, considerando correcta la cantidad en su día abonada por la aseguradora por incapacidad permanente absoluta. El demandante interpuso entonces recurso de casación, basado en la infracción de las normas relativas a la indemnización del lucro cesante; éste fue estimado por el Tribunal Supremo, que casó la sentencia recurrida y estimó parcialmente la demanda inicialmente planteada. (A. M. M.)

50. Culpa extracontractual: accidente de circulación: detención de camión en autovía con deficiente señalización y colisión de ciclomotor que circula descuidadamente: concurrencia de culpas, 25% del conductor del camión y 75% del ciclomotor: lesiones con secuelas: gran invalidez: reducción de indemnización por daños morales a familiares.—La limitación de la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima

obedece a una ausencia total o parcial de la relación causal entre su conducta y el resultado producido, y afecta al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla, cualquiera que sea el tipo de indemnización procedente y la persona que deba percibirla. El hecho de que los daños a los familiares sean objeto de cobertura por el seguro de suscripción obligatoria (STS de 3 de noviembre de 2008) no es obstáculo a esta conclusión, puesto que el seguro de responsabilidad civil no puede extenderse más que a la cobertura de los daños imputables causalmente a la conducta del responsable.

Apreciación de la concurrencia de culpas.—Esta Sala tiene declarado reiteradamente que la apreciación del grado de participación de los distintos agentes en la producción del resultado dañoso a los efectos de determinar las cuotas de responsabilidad por concurrencia de culpas es una materia que en principio corresponde al tribunal de instancia y sólo puede ser revisada en casación en supuestos de grave desproporción o defectuosa apreciación del nexo causal (STS de 20 de mayo de 2008 en la cual se recoge un resumen de la jurisprudencia sobre la materia). Los hechos fijados por el tribunal de instancia sólo pueden combatirse mediante el recurso extraordinario por infracción procesal poniendo de manifiesto la infracción de alguna regla legal o la concurrencia de arbitrariedad o de una manifiesta falta de racionalidad en la valoración efectuada. En el presente caso no se advierte que sea manifiestamente desproporcionada la moderación de la responsabilidad del conductor del camión en un 75%, pues aunque existió por su parte un incumplimiento de los reglamentos al pararse el camión en el arcén y no colocar los triángulos de advertencia del peligro, también hay una grave negligencia por parte del conductor del ciclomotor al circular en un tramo recto, con buena visibilidad y con la cabeza mirando hacia abajo de forma totalmente descuidada y sin atender a las circunstancias de la circulación.

Cuantía de la indemnización con secuela de gran invalidez.—La Sala de apelación, apreciando las circunstancias concurrentes mediante el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, fija la indemnización dentro de los márgenes que permite el factor de corrección establecido en la tabla IV del Anexo LRCSVM, y no habiéndose demostrado que exista notoria desproporción ni que se hayan infringido los márgenes cuantitativos de aquélla, no puede apreciarse la infracción denunciada.

Circunstancias excepcionales como factor de corrección.—La sentencia del Pleno de esta misma fecha aunque admite la existencia de un lucro cesante probado como una de las circunstancias excepcionales que pueden determinar la aplicación en la tabla IV, para ello es necesario que se pruebe su existencia en un grado muy superior al que es objeto de cobertura por el factor de corrección por perjuicios económicos y que se determine por el tribunal que el expresado perjuicio comporta una circunstancia excepcional susceptible de ser considerada como tal en aplicación del sistema de valoración; en el caso examinado la parte recurrente no ha probado las remuneraciones que, se alega, venía obteniendo el lesionado de su profesión de carpintero, por lo cual no puede aplicarse la expresada doctrina. Por otra parte, si bien se declara probado que el conductor del ciclomotor padece secuelas permanentes consistentes en un síndrome psiquiátrico de conducta infantil, labilidad emocional, incongruencia afectiva e irritabilidad, y graves alteraciones cognitivas y del pensamiento, y en el recurso se argumenta que por consecuencia del accidente se ha causado un daño importante a la normal y necesaria relación padre-hijo, pues si aquél no tiene conciencia de que es padre de un niño de cuatro años, difícilmente puede cumplir con el rol de padre, sin

embargo, tampoco puede apreciarse como circunstancia excepcional al amparo de la tabla IV la juventud de la víctima y la paternidad de un hijo de corta edad, pues la edad de la víctima ya se tiene en cuenta en la valoración de la indemnización básica en la tabla III, y los perjuicios morales que pueden sufrir los hijos o parientes por la incapacidad permanente de sus allegados sólo son contemplados por el legislador en un supuesto específico, a diferencia de lo que ocurre en el caso de fallecimiento (tabla I), y esta exclusión debe interpretarse como producto de una opción legislativa. (STS de 25 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G.G.C.)

51. Accidente de circulación: secuelas: gran invalidez: cuantía de la indemnización: factor de corrección: obras necesarias de adecuación de la vivienda.—La tabla IV del Anexo LRCSVM prevé, como factor de corrección de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes en caso de grandes inválidos, una indemnización por los gastos de adecuación de la vivienda. La STS de 20 de julio de 2009 exige la prueba de los perjuicios referidos a la adaptación de la vivienda y al coste de las obras que se han de ejecutar en la misma; la norma condiciona la aplicación del factor corrector a que el inmueble objeto de reforma constituya la vivienda del inválido, y su cuantía, al resultado de la valoración de aspectos fácticos tales como las características de la vivienda y las circunstancias del incapacitado en función de sus necesidades. La sentencia recurrida se basa en que la planta superior de la edificación no constituye vivienda sino una dependencia para actividades laborales —que ya no podrá ejercer por su invalidez—, lo que representa una apreciación de orden fáctico imposible de revisar en casación.

Intereses de demora: Doctrina legal.—Las dictada por el Pleno de esta Sala el 1.º de marzo 2007, ha fijado como doctrina la siguiente: *durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento.* Esta doctrina ha sido recogida por las SSTs de 11 de diciembre de 2007, 1 de julio de 2008, y 6 y 25 de febrero de 2009.

Aplicación del valor del punto correspondiente a la fecha del alta definitiva.—Es doctrina general (recogida en SSTs de 17 de abril de 2007, y 9 de julio, 18 de septiembre y 30 de octubre de 2008) que el momento del accidente es el que determina el régimen legal aplicable, mientras que la cuantificación de la indemnización debe atenerse al valor del punto en el momento del alta definitiva. En el presente caso la s. recurrida no distingue entre el régimen legal aplicable y la cuantificación del daño, para el que toma en cuenta también la fecha del siniestro y no la del alta; sin embargo, al producirse ambos hechos en el mismo año de 2001, resulta correcta la solución de calcular los daños sufridos de conformidad con las cuantías correspondientes a aquella fecha, y conduce a la desestimación del recurso en virtud del principio de equivalencia de resultados o efecto útil del recurso (SSTs de 5 marzo y 6 mayo 2009) (STS de 9 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G.G.C.)

52. Cálculo de la indemnización. Concurrencia de causas de producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos inter-

vinientes.—La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción, pero también admite expresamente la compensación de culpas derivada de la concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos intervinientes.

Congruencia. Desestimación de la acción y absolución de la parte demandada.—La infracción de los principios de justicia rogada y congruencia previstos en los artículos 216 y 218 LEC supone que la sentencia ha resuelto sobre un pronunciamiento no solicitado por las partes vulnerando las normas de procedimiento y el propio derecho a la tutela judicial consagrado en la Constitución. Según doctrina jurisprudencial consolidada (entre otras, SSTs de 9 de diciembre de 1985 y 20 de mayo de 2009), la congruencia supone la correlación o armonía entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el pleito y la parte dispositiva de la sentencia. La absolución de la demandada, en base a la renuncia a la acción por parte de la actora no implica, por tanto, una infracción de los citados principios.

Consignación previa de cantidad como requisito de procedibilidad necesario para la admisión del recurso de apelación en casos especiales.—El artículo 449 LEC establece un elenco de supuestos especiales en los que para la admisión del recurso de apelación se exige al recurrente que en el momento de la preparación acredite el abono o la consignación de determinadas cantidades. Entre estos se encuentran los recursos en los que se pretenda la condena a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos a motor. Además del abono y la consignación, tal requisito de procedibilidad se puede satisfacer mediante aval bancario o por cualquier otro medio que garantice, a juicio del Juzgado o Tribunal, la inmediata disponibilidad de la cantidad.

Objeto del recurso de apelación. Escrito de preparación. Cuestiones nuevas y pretensiones modificadas.—El recurso de apelación permite una revisión total de la sentencia apelada, condicionada únicamente a los puntos de disconformidad señalados por cada parte, los cuales deben quedar perfectamente delimitados en escrito de preparación del recurso; sin que sea posible introducir cuestiones nuevas o ejercitar pretensiones modificadas. Por tanto, quien ha preparado e interpuesto el recurso de apelación no podrá posteriormente ampliar su objeto aprovechando el trámite de oposición al recurso formulado por quien resulta apelado en el suyo.

Valoración de la prueba. Falta de acceso casacional.—La valoración de la prueba se encuentra privada de acceso casacional, salvo en aquellos supuestos en los que el órgano a quo haya tergiversa o falsea las conclusiones periciales de forma ostensible o arbitraria en sus dictados o haya extraído conclusiones absurdas o ilógicas de éstos. (STS de 18 de enero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El litigio causante de la presente sentencia trae causa de la reclamación que D.J.P. y D.V.M. hicieron a las aseguradoras de los daños materiales y lesiones sufridas en un accidente de tráfico ocurrido al colisionar la motocicleta conducida por uno de los actores con otro vehículo. En dicha demanda se suplica que se dicte sentencia por la que se condene a las aseguradoras a indemnizar.

zar los gastos médicos y los perjuicios derivados, entre ellos los días de baja, hasta la total recuperación.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a una de las aseguradoras al abono de parte de la indemnización solicitada, y absolviendo a la otra aseguradora demandada, por renuncia expresa de la parte demandante.

La Audiencia Provincial, por su parte, desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Sin embargo, estima parcialmente el recurso interpuesto por la aseguradora condenada en primera instancia, por lo que revoca parcialmente la sentencia de instancia, en relación con la fecha de devengo de los intereses legales, pero confirmando el resto de la resolución en todos sus extremos.

Contra la citada sentencia, la parte actora interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a ninguno de dichos recursos, confirmando así la sentencia recurrida. (*G. M. A.*)

53. Aplicación de la doctrina constitucional sobre la indemnización del lucro cesante.—La sentencia del TC 181/2000 declaró la inconstitucionalidad del apartado B) de la Tabla V del Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor —en adelante, LRCSCVM—, entre otras razones, por no poder ser atendida la pretensión de resarcimiento de las víctimas o perjudicados con arreglo a la prueba suministrada en el proceso. El TC, aceptando que en los sistemas de responsabilidad objetiva cabe limitar la determinación del daño objeto de resarcimiento, considera que la inconstitucionalidad declarada afecta únicamente a los supuestos en los cuales se acredite que el conductor responde en virtud de culpa relevante.

Como consecuencia de esta sentencia, se ha incorporado al Anexo de la LRCSCVM una explicación para la Tabla V que exceptúa de su aplicación el caso en que se aprecie en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada. Se entiende que en este caso el importe de la indemnización vendrá determinado por los perjuicios efectivamente probados, si son superiores.

Se ha planteado la cuestión de si los pronunciamientos de inconstitucionalidad que efectúa el TC, los cuales literalmente sólo afectan al apartado B) de la Tabla V del Anexo, pueden aplicarse a los factores de corrección por perjuicios económicos de las Tablas II y IV, aparentemente idénticos. El TC, cuando se ha planteado la extensión de la doctrina formulada en relación con la Tabla V a las restantes tablas, ha considerado que no cabe la extensión, pues los supuestos de muerte de una persona son muy distintos a los supuestos de lesiones corporales. Esta jurisprudencia constitucional tiene una justificación en que la naturaleza del lucro cesante desde el punto de vista de la imputación objetiva al causante del daño es distinta en el supuesto de la Tabla V, pues se trata de un perjuicio ya producido, frente a los supuestos de las Tablas II y IV, en que se trata de daños futuros que deben ser probados mediante valoraciones de carácter prospectivo, y en que en la Tabla II el perjudicado no es la víctima, sino un perjudicado secundario. Así, el TC rechaza que el resarcimiento de lucro cesante constituya una exigencia constitucional en el ámbito del régimen de responsabilidad civil por daños a las personas producidos en la circulación de vehículos de motor.

La indemnización de lucro cesante en el supuesto de incapacidades permanentes.—La solución a la cuestión relativa a la indemnización del lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en las situaciones de incapacidad permanente, viene facilitada por el tenor literal de las reglas tabulares. La Tabla IV se remite a los elementos correctores del Anexo.1.7 y establece un porcentaje de aumento o de reducción según circunstancias. La intención original del legislador pudo ser la de referirse específicamente a los elementos calificados expresamente como correctores en el Anexo.1.7. Sin embargo, la literalidad del texto va mucho más allá, de tal suerte que una interpretación sistemática obliga a abandonar la intención del legislador y entender que los elementos correctores a que se refiere el citado apartado no pueden ser sólo los expresamente calificados como de aumento o disminución, sino todos los criterios comprendidos en él susceptibles de determinar una corrección de la cuantificación del daño. Por consiguiente, también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias personales y económicas de la víctima. Apunta el TS una serie de razones para sostener esta interpretación.

La singularidad de la Tabla IV de permitir no solo la disminución, sino también el aumento, y de no establecer limitación cuantitativa alguna en la ponderación del factor de corrección por concurrencia de elementos correctores del Anexo.1.7, en contraposición al principio seguido en las demás Tablas —donde sólo se admite la consideración de elementos de reducción de la indemnización con un límite cuantitativo—, tiene su justificación sistemática en la aplicación del principio de indemnidad total de la víctima de secuelas permanentes, especialmente en los casos de gran invalidez, dada la gravedad de los supuestos y la dificultad de prever con exactitud todas las circunstancias.

En suma, el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente no es susceptible de ser resarcido íntegramente, pero sí de ser compensado proporcionalmente, por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente, cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de culpa relevante por parte del conductor.

Según el TS, la aplicación del expresado factor de corrección debe sujetarse, además, a los siguientes principios:

a) La determinación del porcentaje de aumento debe hacerse acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación. De esto se sigue que la corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible.

b) La aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores para la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección.

c) El porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente. En la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el

factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica.

d) El porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicable la Tabla IV.

Dies a quo de la mora del Consorcio de Compensación de Seguros cuando actúa como organismo de garantía.—El *dies a quo* para el cómputo de los intereses por mora de la aseguradora, en el caso de que resulte obligado el Consorcio de Compensación de Seguros como organismo de garantía, no puede ser el de la fecha de producción del siniestro, sino el momento en que se dirige la reclamación contra él, pues así resulta de una adecuada interpretación de lo dispuesto en el artículo 20.9.º LCS.

Carecería de sentido establecer el nacimiento de la mora con relación al momento de reclamación de la indemnización y excluir la obligación de satisfacer el importe mínimo para después fijar la cuantía de los intereses de demora desde el momento del siniestro. El precepto que establece esta previsión para los aseguradores en general (art. 20.6.º LCS) está en relación con el que fija el momento de nacimiento de la mora respecto de la falta de abono de la indemnización o del importe mínimo desde el momento del siniestro (art. 20.3.º LCS). Se presume que la obligación de indemnizar para el asegurador ordinario surge desde el momento del siniestro en virtud del contrato, salvo circunstancias excepcionales de incumplimiento contractual o desconocimiento por el asegurador (art. 20.6.º II y III LCS). Mientras que, en el caso del Consorcio, la obligación surge *ope legis* con carácter subsidiario para subvenir a situaciones de falta de cobertura por el seguro de suscripción obligatoria, cuya comprobación depende normalmente de circunstancias posteriores al momento del siniestro. Así, cuando el artículo 20.9.º LCS señala que en lo restante será íntegramente aplicable el propio artículo, ello tiene sentido en relación con la cuantía del interés de demora, con el término del plazo para el cómputo de los intereses y con la aplicación al Consorcio de las causas de justificación que excluyen la demora, pero no en cuanto a la determinación del *dies a quo* para el expresado cómputo. (STS de 29 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El demandante, policía municipal, fue golpeado por un automóvil sustraído a su propietario al practicar una detención y sufrió lesiones, de las que tardó en curar 364 días, de los que 264 días estuvo impedido, y secuelas, a consecuencia de las cuales fue declarado en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Mediante Auto de 25 de julio de 2000 se fijó como cantidad máxima a reclamar por el actor a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros la suma total de 14.420.055 pesetas (1.765.632 pesetas por lesiones, 360.200 pesetas por días de impedimento, y 10.983.009 por incapacidad permanente total, sumas incrementadas en un 10% como factor de corrección). Mediante Auto de 2 de octubre de 2000 se añadió la cantidad de 4.051.492 correspondientes a secuelas. El actor demandó al Consorcio reclamando el importe reflejado en los Autos de fijación

de cantidad máxima y, dado que por sentencia de 4 de octubre de 2000 del Juzgado de lo Social se le reconocía una base reguladora anual de 4.328.396 pesetas con efectos económicos de fecha 1 de febrero de 2000, el lucro cesante derivado de la incapacidad permanente total desde el día 1 de febrero de 2000 hasta la fecha de jubilación, a los 65 años, al ascender la pensión de invalidez únicamente al 55% de la base reguladora.

La sentencia de primera instancia condenó al Consorcio al pago del contravalor en euros de la cantidad de 18.741.547 pesetas, más intereses moratorios del artículo 20 LCS, desde la fecha de la reclamación previa, pero no reconoció indemnización por concepto de lucro cesante.

La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia fundándose en que: 1) el sistema de valoración de los daños corporales derivados de la circulación no autoriza la estimación económica del daño por encima de los límites de las tablas y no es aplicable al caso lo dispuesto en la STC 181/2000 por no concurrir culpa relevante del conductor a tenor de la sentencia penal, del auto de cuantía máxima y de la falta de prueba; 2) los intereses a cargo del Consorcio, actuando como fondo de garantía, sólo corren a partir de la reclamación extrajudicial, conforme al artículo 20.9.º y 6.3.º LCS.

El Tribunal Supremo desestima el recurso al entender inaplicable a los supuestos de incapacidad permanente la doctrina de inconstitucionalidad sentada por el TC para los supuestos de incapacidad temporal. No aplica el factor de corrección de la Tabla IV, al no haberse realizado prueba directa sobre la cuantía del lucro cesante. (S. L. M.)

54. Culpa extracontractual: colisión de ciclomotor con camión detenido en autovía: recargo por demora de la aseguradora.—Según la jurisprudencia de esta Sala, superado el viejo aforismo *in illiquis non fit mora*, debe excluirse la mora de la aseguradora únicamente cuándo de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha certidumbre no resulte despejada por la resolución judicial (SSTS de 12 de marzo de 2001, 9 de marzo y 11 de diciembre de 2006, 7 de febrero y 13 de junio de 2007, 7 de mayo y 4 de julio de 2008).

Por el contrario, carece de justificación la mera oposición al pago frente a la reclamación por el asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial, pues la razón del mandato legal radica no sólo en evitar el perjuicio para el asegurado o perjudicado que deriva del retraso en el abono de la indemnización, sino también en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación. Por tanto, si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso para vencer la oposición de la aseguradora, se hace necesario examinar la fundamentación de la misma partiendo de las apreciaciones realizadas por el tribunal de instancia.

La aplicación de esta doctrina al caso conduce a apreciar la vulneración que se denuncia, pues no puede considerarse justificada la negativa de la aseguradora a cumplir con su deber de satisfacer la prestación frente al

perjudicado cuando es un hecho probado que tuvo conocimiento del accidente y de sus lesivas consecuencias para la actora a los pocos días de ocurrir aquél, mediante su personación en las actuaciones penales incoadas en virtud de atestado de la Guardia Civil, y posterior seguimiento del curso evolutivo de las lesiones, e igualmente que del atestado resultaba con claridad la implicación de dos vehículos, uno de los cuales, la motocicleta en que viajaba la actora como ocupante, era conducida por quien tenía cubierta su responsabilidad civil frente a terceros dentro de los límites del seguro obligatorio mediante póliza suscrita, a cuya responsabilidad apuntaban de manera inequívoca las declaraciones del atestado, al identificar como causa eficiente o principal del siniestro la circulación antirreglamentaria, invadiendo la calzada en sentido contrario, del conductor asegurado en la entidad demandada. Estas circunstancias no eximen a la aseguradora de atender puntualmente a su obligación de indemnizar, sin que la mera diferencia cuantitativa entre suma pedida y concedida pueda justificar la demora. En cuanto al término final del devengo, constando acreditada la fecha de la consignación en el proceso penal, expresándose de forma literal en el resguardo de ingreso que se hace para pago a la perjudicada, es ésta la fecha que debe tomarse en consideración, salvo que la cantidad resulte inferior al abono de los intereses legales desde la interposición de la demanda con el fin de evitar que pueda producirse un efecto del recurso en perjuicio del recurrente. Habiendo sido anulada la s. recurrida en cuanto a los intereses de demora, el importe de la condena que excede de la cantidad en su día consignada devengará a partir de la sentencia de casación los intereses procesales del art. 576 Lec.

Cuantía de la indemnización: daños morales complementarios: secuelas: doble profesión no probada.—Según la jurisprudencia (por todas, SSTs de 13 y 21 octubre 2009) la casación no es una tercera instancia, ni permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia en el ejercicio de una competencia que le es propia. No puede utilizarse la casación para instar una revisión de los hechos declarados probados, ni puede fundarse el recurso en la infracción de una norma que presuponga la alteración de los hechos declarados probados. En consonancia con ello, la posibilidad de revisión de la cuantía de la indemnización sólo es posible respecto a las bases en que se asienta, o cuando existe una irrazonable desproporción. En materia de valoración de daños causados en accidente de circulación no es posible en casación, como regla general, revisar la ponderación de la cuantía realizada por el tribunal de instancia dentro de los márgenes establecidos por la ley. Tampoco puede fundarse en la comparación argumental entre los razonamientos de la s. del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial por cuanto que la sentencia recurrida en casación es esta última.

En cuanto a los daños morales complementarios, una vez alcanzada la puntuación total de 93 puntos, la ley permite al órgano judicial rebajarlos en relación con las circunstancias concurrentes, y, en particular, la falta de gravedad extrema de las secuelas, sin que ello pueda revisarse en casación. Tampoco la apreciación de que la lesionada no tenía efectivamente dos ocupaciones habituales (agente comercial y puericultora para la que, en realidad, sólo se estaba preparando) (**STS de 16 de marzo de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G.G.C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

55. Impugnación de la división de la cosa común cuando no existe un perjuicio en más de la cuarta parte.—Aun cuando no exista perjuicio en más de la cuarta parte y por tanto no proceda la rescisión de la división (artículo 1074 del Código civil), deben aplicarse los principios de igualdad (artículos 406 y 1061 del Código civil) y de la mayor reciprocidad de intereses (artículo 1289 del Código civil y principio según el cual se prohíbe el enriquecimiento injusto). Si bien es cierto que la igualdad en ocasiones no puede ser absoluta, también lo es que ha de ser lo más aproximada posible. Por consiguiente, puede exigirse que se corrijan las operaciones de partición realizadas, con el correspondiente complemento a favor de la parte perjudicada, alcanzando así la mayor igualdad posible entre los lotes. (STS de 2 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Tras la división de la cosa común por escritura pública, los demandantes parecen advertir que habían resultado afectados por un error operado en la partición. En Primera Instancia se estimó la pretensión principal y se rescindió la división por lesión de los demandantes en más de la cuarta parte, pero la Audiencia Provincial, revocando la anterior, estimó tan sólo la condena a los demandados de complemento del lote perjudicado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación de la sentencia. (C. J. D.)

56. Venta de cosa común. Extensión del poder otorgado por el comunero representante del menor de edad.—Puede interpretarse que el poder otorgado para la venta por uno de los comuneros que, a su vez, es padre de otro de ellos, comprende no sólo su cuota sino la del hijo, si éste es menor de edad. Aunque el artículo 166 del Código civil exige la autorización judicial para la disposición de uno de los bienes del menor, «nada impide otorgar un contrato que la exija antes de obtenerla». (STS de 16 de febrero de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Habiéndose celebrado la venta de un inmueble por los copropietarios del mismo, se discutió si el poder otorgado por uno de ellos para la venta debía referirse exclusivamente a la cuota de la que era propietario o debía entenderse extendido a la cuota de la que su hijo, menor de edad, era titular. El origen del litigio fue la segunda venta del inmueble por los mismos copropietarios a cambio de mejor precio y el ejercicio del derecho de retracto de comuneros ejercitado a continuación por el padre en representación del menor frente al primer comprador. En realidad, al tiempo de celebrarse la primera venta estaba pendiente de concesión la autorización judicial para la enajenación de bienes del menor, pero se le prometía al comprador obtenerla en un breve periodo de tiempo y se acordaba expresamente que el consentimiento prestado era irrevocable. A la demanda de retracto respondió el primer comprador, solicitando que se declarase la validez de la primera compraventa y que el objeto de ésta comprendía todos los derechos sobre la cosa,

incluidas las cuotas del demandante y su hijo (representado). En Primera Instancia se estimó el retracto. La Audiencia Provincial de Zamora estimó el recurso de apelación y declaró no haber lugar al retracto por haber caducado el plazo. En casación se afirma la validez de la primera compraventa, que abarca a la totalidad de los derechos sobre la cosa. (C.J.D.)

57. Propiedad horizontal. Alteración de elementos comunes por el cerramiento metálico de una terraza. Necesidad de consentimiento expreso o tácito de la Comunidad. Existencia de obras anteriores semejantes.—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, aunque las terrazas que constituyen una continuación de los pisos y locales puedan ser consideradas como de propiedad privada, al constar su superficie en las escrituras individuales, ello no supone que sus titulares tengan capacidad de disposición sobre las mismas en cuanto a su configuración exterior. No es aceptable su cierre ni la realización de obras que modifiquen su aspecto sin el consentimiento expreso o tácito de la Comunidad.

El hecho de que por otros condueños, incluido el demandante, se hubieran realizado obras semejantes sin el consentimiento de la Junta de Propietarios, no permite entender la existencia de un abuso del derecho en el actor, ni una violación del principio constitucional de igualdad. El propietario que quiera realizar obras semejantes deberá pedir autorización a la Junta invocando la existencia de obras iguales a las pretendidas por él, y en caso de no aceptación de la obra por ésta, podrá impugnar el acuerdo en la vía judicial para que se reconozca su derecho de igualdad frente a los otros propietarios que realizaron las obras (**STS de 3 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—D.^a B. demanda que las obras ejecutadas por D.^a S. en el exterior de la vivienda consistentes fundamentalmente en el cerramiento de la terraza, sean declaradas indebidas y contrarias a los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, y que el demandado sea condenado a realizar las obras pertinentes para reponer la terraza a su estado primitivo. Antes de la realización de las obras por el demandado ya se habían producido otros cerramientos similares por otros propietarios del edificio.

La demandada contesta a la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, al considerar que el cierre metálico de la terraza deberá ser retirado, con reposición de la misma a su inicial estado. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (M. I. M. P.)

58. Ejercicio de la facultad de subdivisión: transformación de la ventana de un local comercial del inmueble en puerta, sin contar con la autorización de la comunidad de propietarios.—En aplicación del artículo 7 LPH, no es posible identificar los locales de negocio con los pisos y

así, aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, susceptible de notables transformaciones en atención a la naturaleza de la actividad que se desarrolle en los locales. Todos estos cambios en la fachada están permitidos, siempre que no perjudiquen a otros copropietarios y que la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros. En consecuencia, no precisa autorización la reforma consistente en alargar la ventana hasta el suelo, con la supresión del escalón y la instalación de una puerta, por no suponer perjuicio para la comunidad de propietarios o los comuneros, que merezca ser protegido. **(STS de 11 de febrero de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una asociación propietaria de un local dedicado a la administración de fincas lleva a cabo, sin permiso de la comunidad de propietarios, la obra consistente en convertir en puerta lo que hasta entonces había sido una ventana de la fachada, para poder permitir el acceso directo desde la calle. Por ello, la comunidad de propietarios demanda a la asociación propietaria del mencionado local.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda al considerar que, si bien los estatutos de la comunidad permiten la subdivisión interior de los locales comerciales para constituir otros de aprovechamiento independiente, el artículo 7 LPH no permite la modificación unilateral e incontestada de la fachada, por afectar a un elemento común del inmueble. Posteriormente, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia, al entender que la modificación ejecutada se había realizado al amparo de lo expresado en los estatutos de la comunidad de propietarios, permisivos de la subdivisión de los locales, de modo que la norma aplicable era la del artículo 8 LPH. Al constar en los estatutos la facultad de división, no se precisaba autorización de la misma y, practicada la división, la única forma de hacerla efectiva, consistía en la apertura del local a la vía pública. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. C. M.*)

59. Propiedad intelectual. Reclamación de cánones: interpretación del término «ingresos de explotación» y «subvenciones a la explotación»: cantidades asignadas en distintos conceptos por la Administración y su valoración para el cálculo de los cánones contractualmente debidos.—Si tenemos en cuenta que el elemento interpretativo contractual de carácter gramatical resulta claramente insuficiente, pues más allá de que el término «subvenciones» se refiere a ayudas y «para la explotación» al desarrollo de la actividad propia de la televisión, deviene de notable importancia para resolver la controversia atender a cual fue la verdadera voluntad e intención de los contratantes. Es razonable pensar que lo que se tomó en cuenta al celebrar el contrato era un concepto compensatorio del déficit para

hacer factible la adecuada explotación. Si la función económico social del contrato es la remuneración (por una suma que no responde a una cantidad fija) por la utilización de unas obras de propiedad intelectual, no resulta conforme al equilibrio contractual que por un mero cambio de denominación de uno de los conceptos tomados en cuenta para determinar el canon pueda reducirse notoriamente el contenido económico para una de las partes. La postura de la demandada vulnera los preceptos expresados (arts. 1281.II, 1282, 1258, 1285, 1283 y 1284 CC), además de afectar a la reciprocidad de los intereses (art. 1.289 CC), y ha sido correctamente calificada por la recurrente como de fraude contractual, porque se defrauda la previsión del contrato cuando se rompe de forma manifiesta el equilibrio económico aprovechando hechos circunstanciales ajenos a la parte perjudicada que, dada la imprevisibilidad, no le puede ser exigido haber adoptado una cláusula de salvaguarda.

Caducidad convencional: cómputo.—La cláusula controvertida establece que «la Entidad [TVAM] podrá solicitar a AGEDI la práctica de la comprobación de la liquidación-resumen anual y AGEDI deberá iniciarla dentro de los seis meses siguientes al recibo de la solicitud, so pena de caducidad de su facultad de comprobación». La cláusula suscita, en primer lugar, un problema de interpretación. Y una interpretación rigurosamente literal resulta insuficiente porque nos hallamos ante una estipulación extravagante. En la normalidad de las cosas, lo natural es entender que la comunicación de la liquidación es actuación suficiente para que la entidad que la recibe realice la comprobación, pidiendo, en su caso, las aclaraciones oportunas. Es lógico estimar que dicha actuación supone, al menos implícitamente, la intimación, y opera como inicio del cómputo del plazo de caducidad convencional. Con ello no pierde sentido la cláusula, pues lo importante es disponer de un plazo para efectuar la comprobación y reclamación correspondiente, y menos sentido tiene, en todo caso, pretender una facultad indefinida de comprobación en tanto no se produzca la específica solicitud de comprobación por la entidad deudora.

Intereses moratorios. *In illiquidis non fit mora*: nueva concepción jurisprudencial de su aplicación.—En materia de esta Sala, especialmente a partir del Acuerdo de Pleno de 20 de diciembre de 2005, ha consolidado una nueva orientación en el sentido de mitigar el automatismo de la regla encarnada en el brocardo «*in illiquidis non fit mora*» sustituyéndola por la del canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia o no de condenar al pago de los intereses y la concreción del «dies a quo» del devengo. Se toman como pautas para ponderar la racionalidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y demás circunstancias propias del caso (entre otras SSTs 4-06-2006; 8 y 16-11-2007; 3-11-2008; 6-07-2009, y las allí citadas). (STS de 17 de febrero de 2010; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La entidad de gestión AGEDI concluye con la emisora de televisión TVAM un contrato, en virtud del cual la primera autorizaba la utilización de fonogramas en la programación de la segunda, y ésta se obligaba a pagar una cantidad en relación con los «ingresos de explotación», indicándose en el contrato que tendrían esta consideración «las subvenciones que percibiría TVAM con destino a dicha explotación, las cuotas de abonados y los ingresos

de publicidad». Surgidas divergencias entre las partes sobre la determinación de la cantidad a abonar, AGEDI formuló reclamación contra TVAM, habiendo obtenido satisfacción parcialmente en la resolución de primera instancia y en apelación. De tal manera que la discrepancia quedó reducida a dos aspectos: *a)* la procedencia o no de incluir en la base de cálculo del canon las cantidades recibidas en el plazo considerado en concepto de «subvenciones de capital para compensar pérdidas», «contratos programa», «primas de emisión» y «aportación de socio»; y *b)* los intereses pactados (punto 13 cláusula contractual IV). (S. M. S.)

60. Propiedad intelectual. Caducidad convencional del derecho a la reclamación de los cánones devengados: cómputo del plazo; *dies a quo*.—

El apartado 13 del artículo IV del Contrato entre las partes establece que una vez presentadas las liquidaciones anuales, la entidad RAM «podrá solicitar a AGEDI la práctica de la comprobación de la liquidación-resumen anual y AGEDI deberá iniciarla dentro de los seis meses siguientes al recibo de la solicitud, so pena de caducidad de su facultad de comprobación». Dado que no es lógico que en el ámbito jurídico quien realiza la liquidación de lo que adeuda tenga que solicitar explícitamente del acreedor que realice la comprobación para que pueda iniciar el cómputo de caducidad del plazo para ejercitar la facultad de comprobación. Esta rareza, o extravagancia —en el sentido jurídico—, es lo que explica el acierto del juzgador «a quo» de no detener su tarea interpretativa en el examen de la literalidad. Para que el elemento hermenéutico gramatical sea decisivo, y excluyente de los demás, es preciso que el texto de la cláusula sea en su espíritu o en su letra suficientemente claro y expresivo, sin que la claridad y expresividad quepa limitarla a las palabras que integran la frase o inciso, sino que hay que tener en cuenta el contexto en que están insertas e incluso el conjunto contractual. Y supeditar la caducidad al cumplimiento de tal intimación resultaría formalmente desproporcionado y materialmente abusivo.

Concepto «subvenciones de explotación» como integrante de «ingresos de explotación», a efectos del cálculo del canon.—El problema radica en que, primero parcialmente, y posteriormente en su totalidad, las denominadas «subvenciones a la explotación» fueron sustituidos por otros conceptos, también procedentes de la financiación pública, con distinta denominación —«subvenciones de capital destinados a compensar pérdidas», «contratos programa», «aportación de socio», «primas de emisión»—. El Tribunal Supremo, siguiendo los fallos de 12-02-2009 y 17-02-2010, admite que tienen el mismo origen, finalidad y función que las anteriormente denominadas «subvenciones de explotación», sin que el cambio nominativo fuera previsible al tiempo de celebrarse el contrato. Por ello, deben seguir incluyéndose en aras al mantenimiento del equilibrio económico contractual.

Intereses moratorios: *in illiquidis non fit mora*: nueva concepción jurisprudencial de su aplicación.—No procede condenar al pago de los intereses moratorios pactados respecto de las sumas expresadas por aplicación de la moderna doctrina de esta sala en la materia. Especialmente a partir del Acuerdo de Pleno de 20 de diciembre de 2005, el TS ha consolidado una nueva orientación en el sentido de mitigar el automatismo de la regla «*in illiquidis non fit mora*» sustituyéndola, con carácter general, por la del canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la proceden-

cia o no de condenar al pago de los intereses y la concreción del «*dies a quo*» del devengo. Se toman como pautas para ponderar la racionalidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y demás circunstancias propias del caso). Se atiende, fundamentalmente, dicen las SS. de 20-02 y 24-07-2008, y 25-03 y 16-10-2009, a la certeza de la deuda u obligación aunque se desconociera su cuantía. **(STS de 22 de febrero de 2010; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El proceso versa sobre la reclamación por una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual (AGEDI) de unas cantidades correspondientes a los años 1995 a 2001 las cuales no se incluyeron en las liquidaciones efectuadas por una entidad de radiodifusión (RAM, S.A.) que se estiman devengadas por la utilización de productos fonográficos en su programación y en virtud de un contrato celebrado el 21 de mayo de 1992 con prórrogas tácitas anuales desde el año 1997.

Las sentencias dictadas en ambas instancias desestiman la demanda formulada por AGEDI. (S. M. S.)

61. Resolución de contrato de servidumbre de paso.—Según lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, la facultad de resolver las obligaciones por incumplimiento de la parte contraria se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria, lo que determina que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1295 sólo puede llevarse a efecto la resolución «cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviere obligado», devolución que no puede hacerse cuando la cosa o derecho a pasado a pertenecer a terceros.

Legitimación y disponibilidad sobre el objeto de la demanda.—Constituida la servidumbre por contrato queda incorporada como derecho inseparable a la finca a la que activamente pertenece, según el artículo 534 del Código Civil, de modo que si dicha finca pertenece a diferentes dueños, que integran una comunidad, no cabe extinguir la servidumbre sin el concurso de todos ellos pues la acción ejercitada no redundaría en beneficio, sino, por el contrario, en perjuicio de la comunidad. **(STS de 22 de febrero de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La entidad mercantil C, S.L., interpuso demanda contra la entidad PIA, S.A., solicitando la resolución por incumplimiento de un contrato voluntario de servidumbre de paso sobre un predio de ésta, por el que se daba paso hacia los sótanos del edificio de la actora que estaban destinados a aparcamiento, y reclamaba, además, diversas cantidades en concepto de daños y perjuicios causados, tales como los importes de las reclamaciones que los compradores de las plazas de garaje le podrían presentar, derivadas de la desaparición del derecho de servidumbre.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron íntegramente la demanda, sin entrar a examinar la procedencia de la acción resolutoria, al apreciar falta de legiti-

mación activa *ad causam*, ya que la parte actora carece de disponibilidad sobre el objeto de la demanda, pues no es la titular única del predio dominante, tras vender varias plazas de garaje a terceros.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial. (*M.R.D.R.*)

62. Retracto de colindantes. Falta de acreditación del necesario carácter rústico de la finca sobre la que se pretende ejercitar el retracto. La constancia registral del carácter rústico de la finca no excluye la prueba de que no sea así.—El Tribunal Supremo, tras declarar que el retracto de colindantes requiere como presupuesto esencial que la finca que se pretende retraer sea rústica, recoge los criterios que distinguen a las de tal carácter. El predio rústico se diferencia fundamentalmente del urbano: a) por su situación o emplazamiento en el campo o en la población. b) por el aprovechamiento o destino —explotación agrícola, pecuaria o forestal, frente a vivienda, industria o comercio—. c) por la preponderancia de uno de estos elementos, si ambos concurren en un mismo predio, o por la relación de dependencia que entre ellos exista, como principal el uno y accesorio el otro. Como el destino de la finca que se pretende retraer ha sido el de servir de vivienda al anterior titular y, posteriormente, a la demandada que en ella han situado su residencia, dicha finca carece del pretendido carácter rústico.

Aunque la finca tenga la consideración de rústica en el Registro de la Propiedad, la presunción de exactitud registral no alcanza a los datos de hecho que se recogen en la inscripción, por lo que la constancia registral del carácter de finca rústica, a los efectos del retracto, no excluye la prueba de que no sea así. (**STS de 26 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La Sociedad H.R.C.V., S.L., ejercita el retracto de colindantes frente a D.^a C., adquirente de la finca que se pretende retraer. Resulta probado que, aunque en el Registro aparece calificada como rústica, la finca objeto del retracto constituía la vivienda del transmitente de la misma y que tras su adquisición la demandada también había establecido en ella su residencia.

La demandada contesta a la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, condena a expedir escritura de adjudicación a favor de la entidad demandante, por entender que se daban todos los presupuestos del retracto de colindantes, esencialmente el plazo de ejercicio de la acción y el carácter rústico de la finca sobre la que se ejercitaba. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo estima y revoca la sentencia dictada en primera instancia, al considerar que había transcurrido el plazo de caducidad de nueve días a contar desde la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad y que la finca no tenía la naturaleza rústica exigible al servir de vivienda al anterior titular y a la demandada. El Tribunal Supremo al apreciar la falta del carácter rústico de la finca en cuestión, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (*M. I. M. P.*)

DERECHO DE FAMILIA

63. Matrimonio: divorcio: uso de la vivienda familiar que pertenece proindiviso al cónyuge no titular y a su hermana: precario: desahucio: efectos de la sentencia de divorcio para terceros: casuística: doctrina general.—A partir de las SSTs de 30 junio y 22 octubre 2009, se ha abandonado la anterior doctrina jurisprudencial y, en su lugar, se ha declarado que *la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, como vivienda familiar, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial*. Pero en la realidad se están planteando supuestos más complejos que los que inicialmente llegaban a los Tribunales.

Deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones, al margen de las previstas en el pár. 1.º del art. 96 CC: 1.º Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar, o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria o se trate de un bien ganancial; en tales casos no se produce el problema del precario porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de separación o divorcio, por lo cual se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia. 2.º Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario; el tema debe enfocarse desde el punto de vista del derecho de propiedad o del derecho de familia, solución mantenida por la jurisprudencia desde la STS de 26 de diciembre de 2005.

El CC no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán que se ha decantado por configurar el derecho del uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad. El art. 96 CC se limita a resolver la atribución del uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuye la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho, y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusivo del titular o copropiedad con el cónyuge usuario.

La falta de calificación jurídica del derecho de uso establecido en el art. 96 CC empezó a generar problemas interpretativos cuando el titular del arrendamiento era el cónyuge que había perdido la posesión, por lo que después de las SSTs 135/1986, 126 y 159/1989, el art. 15.2 LAU 1994 estableció que en el caso de atribución del uso al cónyuge en virtud de lo dispuesto en el art. 96 CC, éste debe notificarlo al arrendador, a los efectos de la subrogación.

Cuestión distinta es la posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar que obliga a distinguir distintas situaciones:

1.^a El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos

casos esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta subsiguiente a la acción de división (SSTS de 27 de diciembre de 1999, 4 de diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda y se basan en la buena fe de las relaciones entre cónyuges o ex-cónyuges. Es por ello que la DGRN ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza real, sino que son solo beneficiarios.

2.^a Si un tercero es el propietario y ha cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo, una vez atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, éste no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones existentes entre las partes. La relación contractual no continua con el cónyuge no contratante (STS de 3 de abril 2 de 2009). Por ello, matizando la anterior jurisprudencia debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributivo del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial. Lo confirma el art. 15 LAU 1994 que permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el pár. 2.º.

3.^a Cuando el tercer propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio (SSTS 26 de diciembre de 2005, 30 de octubre, y 13 y 14 de noviembre de 2008, y 30 de junio de 2009).

4.^a En el presente caso, la vivienda pertenecía en copropiedad a los hermanos Gabriel y Amparo, y ésta lo cedió a su hermano al contraer matrimonio, y aunque la copropiedad es la única excepción al art. 445 CC según la cual la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor. En consecuencia, Marta, esposa de Gabriel, a quien la sentencia matrimonial le adjudicó la vivienda familiar, carece de título que la legitime para seguir ostentando la posesión de la vivienda por existir una situación de precario. Por su parte, Amparo está legitimada para ejercitar la acción de desahucio porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad (STS de 18 de enero de 2010: no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

NOTA.—Sentencia docta sobre cuestión ampliamente controvertida, dictada por el Pleno de la Sala 1.^a, con voto particular de los Magistrados Excmo. Sres. Xavier O'Callaghan Muñoz y Antonio Salas Carceller, cuya argumentación se resume así: «Entendemos que no hay precario. La vivienda era propiedad del esposo y su hermana. Como copropietarios tienen el uso (art. 394 CC) solidario de la cosa común; cada uno la puede utilizar sin perjudicar al otro o a los otros copropietarios, pudiendo mediar acuerdo entre ellos sobre el uso. Esto es lo que ocurrió en el presente caso: la copropietaria, hermana del esposo, acordó con éste que la vivienda

sería utilizada por el matrimonio. Producida la separación conyugal y atribuido el uso de la vivienda a la esposa, tal atribución no se basa en un precario, sino en una copropiedad con uso convenido entre los copropietarios y uso ahora atribuido judicialmente. No hay precario alguno. El título de la esposa, como título judicial, se basa en el título de propiedad del esposo, copropiedad compartida con su hermana con la cual acordaron que el uso sería del matrimonio. En consecuencia, no debe prosperar el desahucio, sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer entre sí los hermanos copropietarios».

El anotador declara que le convence más la argumentación del voto particular. No es infrecuente que tanto el TC y el TS aludan en estos supuestos a la protección constitucional de la familia (art. 39.1 CE) y al derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada (art. 47.1 CE), que aunque sólo se consideren principios económicos y sociales de la legislación permiten, al menos, resolver dudas interpretativas. Se trata, en último término, de cuestiones abiertas sobre las cuales la jurisprudencia no ha dicho todavía la última palabra. No parece que pueda existir, en este punto, una normativa tan dispar en el derecho catalán y en el del CC como trata de resaltar la s. extractada (*G.G.C.*)

64. Procesos matrimoniales: posibilidad de convertir los alimentos acordados en la separación en pensión compensatoria por divorcio: doctrina jurisprudencial.—Deben recordarse los siguientes extremos:

1.º) Esta Sala ha entendido que el desequilibrio económico que da lugar a la pensión compensatoria debe haberse producido en el momento de la crisis matrimonial. Así la STS de 3 de octubre de 2008 dice que es necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en que cuantía (asimismo la STS del Pleno de 19 de enero de 2010), doctrina que se reitera en esta sentencia.

2.º) Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. No se requiere la prueba de la necesidad (SSTS de 17 de octubre y 21 de noviembre de 2008, y 10 de marzo de 2009, entre otras). Por ello, la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria.

3.º) Puede haberse pactado una pensión de alimentos para uno de ellos, la cual desaparecerá con el divorcio, a no ser que se haya acordado un contrato de alimentos que los cónyuges pueden pactar, ejercitando su autonomía, al amparo de los arts. 1791 y ss. CC. Pero si no existió desequilibrio en el momento de la ruptura no podrá reclamarse más tarde pensión compensatoria en el divorcio.

4.º) Si uno de los cónyuges se ha reservado el derecho a reclamar pensión compensatoria en un procedimiento posterior —como ocurre en este caso—, o si se produce un pacto sobre alimentos, tal pacto puede ocultar el desequilibrio ya existente, que se va a poner de relieve con toda

crudeza cuando se extinga dicho derecho. Por tanto, no se trata de que el desequilibrio se produzca por la pérdida del derecho a los alimentos, sino que existiendo ya en el momento de la separación, había quedado oculto por el pacto de alimentos. Debe confirmarse la doctrina de esta Sala según la cual el desequilibrio necesario para que nazca el derecho a reclamar la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura y no deben tenerse en cuenta los hechos que haya tenido lugar entre la separación y el divorcio.

5.º) A los efectos de determinar la existencia del desequilibrio, en el momento de la ruptura deben aplicarse los parámetros recogidos en STS de 19 de enero de 2010.

6.º) Es válido el pacto entre los cónyuges en cuya virtud la esposa se reservó el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un procedimiento posterior, puesto que estaba ejerciendo su derecho a reclamarla y más teniendo en cuenta que recibía alimentos de su marido. Es renunciable el derecho a solicitar la pensión compensatoria, y de derecho dispositivo y no puede negarse que fue ejercido por la esposa cuando en la separación decidió reservarlo para reclamarlo posteriormente.

7.º) Procede declarar como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que genera el derecho a pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener aquélla. (**STS de 9 de febrero de 2010**; ha lugar.) (Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.)

NOTA.—El recurso se basa en el interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria de la AA.PP. sobre el tema. La doctrina parece estar actualmente de acuerdo en el carácter no alimenticio de la pensión o prestación (*ex post* Ley 2005) compensatoria. Así lo afirma de entrada Lacruz (*Elementos* IV, ed. 2002, a cargo de Rams Albesa, pág. 113: «la prestación impuesta por este precepto no es ni indemnizatoria por la ruptura, ni alimentaria»). Y también lo reconoce Martínez de Aguirre (*Curso*, IV, *Derecho de familia*, 2007, pág. 187: «está claro que la compensación no tiene carácter alimentario, no procede de una eventual subsistencia de la obligación de alimentos tras el divorcio, pero tampoco se identifica con la obligación de alimentos subsistente entre los cónyuges separados»). Todo ello sin perjuicio de las críticas que ambos autores dirigen a la regulación legal de la figura con base en otros argumentos que aquí no procede invocar. La s. extractada parece dejar a salvo la subsistencia de los efectos de un contrato de alimentos entre los cónyuges *ex arts.* 1791 y ss. CC, incluso aunque ulteriormente medie divorcio entre ellos. Pero tal pacto no parece ser de uso frecuente en la actualidad entre cónyuges en conflicto, a diferencia de las renunciaciones pactadas anticipadamente, de importación norteamericana que han merecido amplia atención por parte de la doctrina y hasta por algún legislador autonómico. El tratamiento de la reserva del derecho a pensión compensatoria que aquí se ha hecho, parece correcto y ha servido al TS para encontrar una solución equitativa en el caso eludiendo las even-

tuales consecuencias que podrían derivarse de una radical incompatibilidad entre la prestación alimenticia y la compensatoria en caso de divorcio (*G. G. C.*)

65. Separación matrimonial: pensión compensatoria: criterios interpretativos: desequilibrio patrimonial.—La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración a las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso su situación anterior al matrimonio para poder determinar si ésta ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el art. 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia; y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal.

Aplicando estos criterios al caso, debe decidirse por confirmar la sentencia recurrida y negar la pensión compensatoria solicitada por la recurrente en reconvencción, con base en los siguientes argumentos:

1.º La recurrente no ha sufrido ningún perjuicio por el hecho de haber contraído matrimonio, ya que su capacidad de trabajo se ha mantenido intacta a lo largo del mismo, tal como lo demuestra su hoja laboral; 2.º La dedicación a la familia no le ha impedido trabajar cuando así lo ha considerado conveniente o cuando ha encontrado oportunidades laborales en el mercado de trabajo; 3.º, el régimen ha sido el de gananciales, lo que ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos, de modo que los dos inmuebles de que son titulares lo son por mitad; 4.º El divorcio no le ha ocasionado ninguna pérdida en su capacidad laboral pues se encuentra en la misma situación en que se hallaba durante el matrimonio; y 5.º El derecho a la pensión compensatoria no es un derecho de alimentos, sino que está basado en la existencia de desequilibrio vinculado a la ruptura por lo que debe demostrarse este elemento y es irrelevante la concurrencia de necesidad.

Se declara como doctrina jurisprudencial que para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y, entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio (**STS de 19 de enero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

NOTA.—Después de las Leyes matrimoniales de 2005 parece que una de las cuestiones más debatidas en las crisis matrimoniales va a consistir en la existencia misma, la cuantía y su duración,

de la pensión o prestación compensatoria, siendo dictada esta s. extractada por nueve magistrados lo que puede considerarse pronunciada en pleno y con propósito de fijación de doctrina legal. El supuesto, hasta cierto punto resulta sencillo: Matrimonio de larga duración (celebrado en 1969), sin hijos, bajo el régimen de gananciales, en la ruptura marido con modesta pensión mensual por incapacidad permanente (de 944,20 euros) y mujer carente de ingresos aunque con variada y persistente actividad laboral durante la unión, que solicita, por vía de reconversión en proceso de separación, pensión compensatoria en cuantía de la mitad de la percibida por el marido. Mientras el Juzgado de Primera Instancia en 2004 accede a este punto, la Audiencia Provincial en 2005, lo deniega argumentando que la hoja de la vida laboral de la mujer llega hasta mayo de 2003, y de existir en el caso desequilibrio la causa directa, eficiente y determinante *per se*, no es el cese de la convivencia por causa de la separación, sino por las vicisitudes laborales de la esposa, a las que no ampara el art. 97 CC, en tanto que la percepción del marido proviene de una pensión por incapacidad permanente total en cantidad simplemente digna para atender a sus propias necesidades frente a la esposa que no consta padezca enfermedad o secuela invalidante; la pensión compensatoria no es mecanismo igualador de economías dispares, y de existir hipotéticamente desequilibrio, la causa determinante no sería el cese de la convivencia por la separación matrimonial sino por la situación laboral de la esposa que ha quedado demostrado y admitido que conoce ampliamente el mundo laboral.

La s. extractada (cuya doctrina la STS de 9 de febrero de 2010 considera punto clave de hermenéutica), al rechazar el recurso de casación, confirma el fallo de la Audiencia Provincial, lo que necesariamente no implica aceptar *in complexu* la argumentación de esta última, pero resulta que alguno de los argumentos un tanto sorprendentes de la Sala 1.^a han obligado a ésta a emplear razones no menos inhabituales; así el FD6.^a alude literalmente a que *la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges*. Y aunque ello pudiera parecer una errata de redacción (bastaría introducir *la ruptura* de la convivencia, para hacer más comprensible la frase transcrita), sucede que el FD7.^o vuelve a insistir en que *la recurrente no ha sufrido ningún perjuicio por el hecho de haber contraído matrimonio*. Así resulta que para saber si procede pensión hay que remontarse incluso al periodo anterior al matrimonio, no bastando con saber si el desequilibrio se ha producido al tiempo de la ruptura. Parece un tanto singular que al casarse los cónyuges tengan que declarar sobre si el matrimonio va a traducirse en ganancia o pérdida patrimonial para ambos o para alguno de ellos (¿no suele decirse que los casados *reducen* gastos al hacer vida común?). Aquel argumento tendría alguna mayor fuerza si hubiera regido la separación de bienes o la participación en las ganancias. En el caso concreto la negativa a pensión se basa, más bien, en razones de equidad dada la modestia del único ingreso de la pareja todavía unida en matrimonio. ¿Obliga la ley siempre a compartir la

pobreza? ¿tendría apoyo legal la esposa para solicitar alimentos?
(G. G. C.)

66. Unión de hecho: doctrina jurisprudencial.—Sobre la unión de hecho o matrimonio de hecho o convivencia *more uxorio* no hay discusión jurisprudencial: Es la convivencia con análoga afectividad a la matrimonial, sin la celebración formal del matrimonio, que no es antijurídica, sino extrajurídica, y produce o puede producir efectos personales, económicos o de filiación. La jurisprudencia ha mantenido la no aplicación de la normativa sobre el matrimonio, pero sí la apreciación de una comunidad de bienes siempre que se deduzca de la voluntad de los convivientes y la protección a la parte más débil de la relación evitando injustos perjuicios. Así la STS de 17 de enero de 2003 contempla el caso de una larga convivencia, tras la que se reconoce a la mujer una parte de los bienes que se habían adquirido durante la vida en común. Pero no es éste el caso presente. Según los hechos probados, la convivencia originada aproximadamente en 1997, con intermitencias y separaciones, y nacimiento de un hijo común, no llegó a constituir una comunidad económica, y se extinguió firmando un documento privado el 10 abril 2001, en el que reconocen la imposibilidad de continuar la vida en común, antes de la adquisición de aquel boleto comprado con dinero exclusivo del demandado; cuando el 12 mayo 2001 recayó el premio de 791.697.961 pts. ya no había convivencia, ni comunidad, ni atisbo alguno de una participación por parte de la mujer.

Efectos de la ruptura consensuada: no ha lugar a repartir un premio de la Lotería Primitiva del que resultó agraciado uno de los miembros después de consumada la ruptura.—En caso de matrimonio regido por la sociedad de gananciales, las ganancias obtenidas en el juego son bienes gananciales, como lo declaró la STS de 22 de diciembre de 2000; pero en caso de unión de hecho tan sólo sería común si se acreditara la existencia de una comunidad de bienes, y en el presente caso no se acreditó tal comunidad cuando había convivencia y, además, cuando se obtuvo la ganancia no había ya ni siquiera convivencia. El documento de 10 de abril de 2001 es tajante a este respecto al establecer domicilios independientes, reconociendo cada uno la vida privada del otro, y además se ha decidido romper toda relación económica al pactar que se dan por zanjadas todas las cuestiones económicas.

Defecto del recurso.—Como dijo la STS de 30 de septiembre de 2009, el recurso evidencia una petición de principio al pretender que esta Sala se constituya en Sala de instancia, entrando a valorar nuevamente la prueba, lo cual está vedado al recurso de casación en el que no cabe *hacer supuesto de la cuestión*, y no respetar los hechos probados y las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia, o soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquéllos.

Enriquecimiento injusto.—Su alegación no es aceptable en este recurso de casación ya que no fue la *actio petendi* ejercitada ni se alegó como fundamento de la demanda. Lo menciona la s. de apelación porque fue invocado por el demandado al recurrir contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que le condenó a compartir por mitad el premio de la Primitiva. A mayor abundamiento, no cabe apreciar un enriquecimiento injusto en la obtención de un premio de lotería por quien había sido su pareja de hecho y

ya no lo era al tiempo del premio, y con el cual nunca había llegado a formar una comunidad de bienes (**STS de 4 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar por más que resultan llamativos los hechos básicos cuando la veleidosa fortuna se hace presente al agraciar al varón con un premio de la Primitiva cuya cuantía se acerca a los 800 millones de la antiguas pts. transcurridos un mes y dos días después de romper definitivamente, con ciertas formalidades documentales, una unión de hecho poco consolidada, al parecer, —pese al nacimiento de un hijo común— y que apenas había durado cuatro años. El triunfo de la mujer en primera instancia —cuya argumentación no se transcribe—, condenando al varón a la entrega de la mitad del premio, alentaría, sin duda, las expectativas de aquélla. Pero en un plazo inferior a seis años se han desvanecido con una contundente s. de la Sala 1.ª, confirmando la de la Audiencia Provincial, que parece irrefutable. Cabe preguntarse si, de no haber mediado la ruptura formal ¿se hubieran repartido, de hecho, el premio ambos miembros de la pareja? ¿hubiera servido para consolidar la unión? En todo caso, la situación económica del hijo común podría beneficiarse indirectamente del premio, por la vía de la reclamación de alimentos al padre mejorado de fortuna, si lo ha reconocido, aunque este tema no se discute. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

67. Sucesión en bienes troncales: causante que ha perdido la vecindad vizcaína: ley aplicable.—El hecho de que la ley aplicable a la sucesión sea el Derecho común en virtud de la vecindad civil del causante, de acuerdo con los arts. 9.1 y 16 CC, no excluye los derechos derivados de la troncalidad reconocidos en la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco. La troncalidad vincula los bienes al tronco familiar del que proceden limitando su transmisión por actos *inter vivos* y *mortis causa*. De acuerdo con esta naturaleza, el régimen de derechos que derivan de la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable con carácter general a las transmisiones que se produzcan sobre tales bienes. Si se trata de transmisiones *mortis causa*, la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable a la sucesión.

Este principio se halla reflejado en el art. 23 LDCFPV, en el que se apoya la s. recurrida, el cual, después de establecer que los derechos y obligaciones de la troncalidad corresponden a todos los que tengan vecindad civil en Vizcaya, añade que por esencia de la troncalidad, la pérdida de la vecindad vizcaína no supone restricción alguna en los derechos y deberes de cualquier naturaleza derivados de la misma. En efecto, siendo la vecindad civil del causante el criterio determinante del régimen de sucesiones, este precepto comporta que la troncalidad operará como excepción cuando resulte aplicable el Derecho común a una sucesión por haber perdido el causante la vecindad civil vizcaína, siempre que concurren los restantes requisitos para la

efectividad de los derechos y deberes derivados de la troncalidad. Por derechos y deberes deben entenderse las limitaciones impuestas por el principio de troncalidad y la facultad de exigir su efectividad por los legitimados.

En el caso examinado no se discute en casación que el bien inmueble objeto del proceso tiene carácter troncal desde el punto de vista objetivo; la sucesión del causante se rige por el Derecho común, pero los bienes del patrimonio hereditario de carácter troncal siguen afectos a los derechos y deberes derivados de la troncalidad, dado que el causante tenía originariamente vecindad civil vizcaína y estos derechos y deberes no se extinguieron por la pérdida de dicha vecindad; no es aceptable la afirmación de la parte recurrente de que no se ha probado la vecindad civil vizcaína, al menos originaria, de quienes hacen valer sus derechos troncales, pues la s. recurrida declara probada esta vecindad de acuerdo con los documentos presentados con la demanda; no afecta a esta afirmación la afirmación de la s. de que la excepción de falta de legitimación activa debía desestimarse por no haberse planteado en la primera instancia; el carácter erróneo de esta afirmación no empeece la certeza de la conclusión ni del argumento en que principalmente se apoya (**STS de 11 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

68. Testamento: nulidad de cláusulas: incongruencia *extra petita*.—Como dice la STC 194/205, de 18 de julio, se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones; conceptos reiterados por esta Sala en SSTS de 13 de mayo de 2002, 29 de septiembre y 17 de noviembre de 2006. En el presente caso la acción va dirigida a la nulidad o ineficacia de sendas cláusulas testamentarias, y, sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial no entra en la cuestión, sino que resuelve sobre la existencia de una deuda y sobre la imputación de la donación (en la que, además, yerra, porque el que fue donatario es ahora heredero universal), extremos que no fueron objeto de la litis. Se ha infringido el art. 218.1 Lec. y el art. 120.1 CE.

Legado de liberación en pago de legítima.—Estimado el recurso procede entrar en el análisis de las acciones ejercitadas, y la primera de ellas se refiere a la nulidad de la cláusula 4.^a del testamento, la cual no es inválida ni ineficaz, al no contravenir norma alguna, ni es un caso expresamente previsto en el CC. Es un caso de atribución, como pago de la legítima, mediante un legado de liberación, observándose el art. 815 CC; es decir, que la deuda realmente existe o que sea inferior, supuesto que contempla el art. 870 CC al establecer que tal legado sólo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador. Lo cual no ha sido objeto del presente proceso, y por ello al resolverlo la sentencia de instancia se ha declarado incongruente. La deuda existió, lo cual es reconocido por todos; la parte que esté subsistente se puede discutir y asimismo se puede discutir si la legítima estricta del demandante ha sido perjudicada o si es inoficiosa la donación, pero ello se hará en la partición de la herencia, o en la acción declarativa que corresponda, pero no es objeto de la litis. Por ello se desestima la demanda en este primer extremo.

Cálculo de la legítima: Cómputo de donaciones: no hay colación.—El segundo punto objeto de proceso es la acción de nulidad de la cláusula 6.^o del testamento en cuanto el padre ordena que no se tome en consideración a nin-

gún efecto de su sucesión, la donación de un inmueble que le había hecho a su hijo heredero universal. Este extremo debe ser estimado, no ya en la forma incongruente que ha hecho la s. de instancia, sino como contravención a la indisponibilidad de la legítima y a la norma imperativa de los arts. 813 y 818 CC. En efecto, la donación *inter vivos* se tomará en consideración, por más que lo quiera evitar el causante, para calcular el *donatum* que, con el *relictum* determina el patrimonio hereditario cuya tercera parte constituye la legítima estricta, que en el presente caso el demandante percibirá en cuantía de la mitad de ese tercio, o sea un sexto de la herencia.

La previsión que pretende imponer el causante no es de dispensa de colación, sino de exclusión total del cómputo de la herencia; aunque se considerara que se trataba de un caso de dispensa, hay que recordar la doctrina jurisprudencial (SSTS de 21 de abril de 1990, 28 de mayo de 2004 y 14 de diciembre de 2005) según la cual todas las donaciones, colacionables o no, deberá incluirse en el cómputo del *donatum* al efecto del cálculo de la legítima. En su consecuencia, se debe declarar la ineficacia de la cláusula sexta por la razón esencial de la falta de poder de disposición del causante sobre la fijación de la legítima y por la imperatividad de las normas que la regulan, y en este único sentido se debe estimar la demanda (**STS de 21 de enero de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Se presentan con alguna complejidad y cierta oscuridad. En 1991 un padre otorga testamento en favor de sus dos hijos, Carlos José y Enrique, en el que pretextando desafección en el primero desde que contrajo matrimonio, le otorga la legítima estricta, al tiempo que nombra heredero universal al segundo. Su desafección a aquél aparece abiertamente al utilizar la fórmula, un tanto rebuscada, de un legado de liberación para atribuirle la legítima, mientras que su preferencia por el segundo se muestra paladinamente al pretender que no se le compute al calcular la legítima una donación de un piso para lo que invoca un supuesto *animus donandi* del abuelo. Abierta la sucesión del padre surge el inevitable litigio entre los hermanos, no bien planteado procesalmente y peor resuelto en la instancia, que obliga al TS a recordar las nociones elementales sobre el cálculo de la legítima (*G. G. C.*)

DERECHO MERCANTIL

69. Contrato de suministro. Doctrina del *aliud pro alio* y su aplicabilidad a los contratos mercantiles.—En la compraventa mercantil sólo existe el remedio del saneamiento cuando el vendedor ha entregado una mercancía no conforme con la calidad estipulada en el contrato, pues la jurisprudencia admite en relación con los contratos mercantiles el ejercicio de acciones por incumplimiento en caso de entrega de *aliud pro alio* [una cosa por otra]. [...] En la compraventa de cosa genérica la cualidad pactada

determina la individuación de la cosa debida de forma que toda entrega de cosa de menor calidad es un *aliud pro alio*.

La doctrina *aliud pro alio*, aplicable a los contratos mercantiles de suministro [STS de 23 de enero de 2009, RC núm. 1086/2004], es aplicable en los casos en los que el defecto del producto suministrado consiste en un defecto de calidad de suficiente gravedad para poder ser considerado como determinante de un incumplimiento del contrato, pues en este supuesto no estamos en presencia de un vicio oculto en la cosa entregada, sino de un incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato.

Esta Sala, en la jurisprudencia más reciente, viene declarando que la voluntad de incumplimiento se demuestra por la frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren [...] las legítimas aspiraciones de la contraparte» [SSTS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre de 2006, 31 de octubre de 2006 y 22 de diciembre de 2006, entre otras]; y exige simplemente que la conducta del incumplidor sea grave [STS de 13 de mayo de 2004], admitiendo el «incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida [...] la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria utilización [del bien objeto del mismo...] según los términos convenidos» (STS de 15 de octubre de 2002), cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 [2. b]), cuando se «priva sustancialmente» al contratante «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato».

Caducidad de la acción.—Uno de los supuestos de incumplimiento que abren paso a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC, susceptible también de ser contemplado bajo el principio de la identidad e integridad del pago (art. 1166 CC), es el de entrega de cosa distinta o *aliud pro alio*, que se produce cuando el objeto entregado por el vendedor es inhábil para el cumplimiento de su finalidad [SSTS, entre otras, de 26 de octubre de 1987, 29 de abril de 1994, 10 de julio de 2003, 28 de noviembre de 2003, 21 de octubre de 2005, 15 de noviembre de 2005, 14 de febrero de 2007 y 23 de marzo de 2007]. La acción de saneamiento por vicios ocultos no presupone necesariamente un incumplimiento sustancial de la obligación de entrega, pues ésta tiene por objeto la cosa vendida en el estado en que se hallare al tiempo de la perfección del contrato (artículo 1468 I CC) y, en consecuencia, la acción por incumplimiento cuando existe un *aliud pro alio* no está sujeta al plazo de caducidad de las acciones edilicias [SSTS de 10 de mayo de 1995, 30 de noviembre de 1972; 29 de enero de 1983, 23 de marzo de 1983; 20 de febrero de 1884; 12 de febrero de 1988, 2 de septiembre de 1998, 12 de abril de 1993, 14 de octubre de 2000, 28 de noviembre de 2003, 15 de diciembre de 2005]. Mediante esta doctrina se remedian los abusos en que se traduciría la aplicación excluyente de la acción de saneamiento, pues las acciones rehibitoria y *quanti minoris* [en cuanto menos], sujetas al plazo de caducidad establecido en el art. 1486 CC, resultan inaplicables en aquellos supuestos en que la demanda no se dirija a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos, sino las derivadas por defectuoso cumplimiento al haber sido hecha la entrega de cosa distinta o con vicios que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina [STS 29 de septiembre de 2008 RC núm. 3861/2001].

De estos hechos se infiere que no puede aplicarse la caducidad derivada del artículo 336 CCom. La existencia de un grave incumplimiento de carácter doloso de sus obligaciones contractuales por parte de los demandados encaminado a alterar el resultado del reconocimiento lleva consigo que, de acuerdo con los usos comerciales y la buena fe, el examen de la calidad del carbón realizado por la parte actora en condiciones fraudulentas provocadas por la contraparte no pueda considerarse como índice apto para presumir según la ley la aceptación de la calidad del carbón suministrado. (STS de 17 de febrero de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En contrato celebrado entre *U.E.F.* y *A.M.B.*, que tenía por objeto el suministro de carbón, se pactó la calidad del carbón, cifrándose entre otros particulares con un porcentaje de cenizas del 32%. Se indicaba también, en cuanto al precio, que sería el resultante de aplicar la fórmula que en el propio contrato se establecía. Se señalaba que en el caso de que las calidades medias mensuales realmente entregadas no fuesen las mencionadas en el propio contrato, se aplicaría el precio conforme a la fórmula que se establecía, en la que se contemplaba el porcentaje medio de cenizas con un criterio decimal.

La *U.E.F.* ejercitó acción de reclamación de cantidad por importe de 8.002.703,35 euros; más la cantidad de 16.065,27 euros en concepto de gastos, así como los intereses desde la querrela interpuesta. La demanda se dirigía contra *A.M.B.* y subsidiariamente contra *U.M.B.*, perteneciente al mismo grupo económico. En apoyo de sus pretensiones invocó el artículo 1101 CC en relación con el artículo 1124 CC por el doloso incumplimiento por parte de la demandada principal del contrato de suministro de carbón, al haber suministrado la demandada el carbón de forma irregular en su propio beneficio y en perjuicio de la actora. El carbón suministrado tenía un contenido mucho más alto de cenizas y por tanto tenía menor poder calorífico y era un carbón de inferior calidad. A esto se llegó por las maquinaciones, que, en connivencia con empleados de la Eléctrica, dieron lugar a que el fraude no fuera detectado en un principio e indujeron a la actora a abonar mayor precio que el que correspondía a la calidad del carbón realmente suministrado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, que en consiguiente fue desestimada por la Audiencia Provincial de Madrid. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso entendiendo que el comprador no es árbitro de su exclusiva voluntad de rechazar la mercancía si no se ha probado que ésta es inadmisibles por viciosa. (*M. L. K.*)

70. Contratos de abanderamiento de estaciones de servicio.—En los denominados contratos de abanderamiento de estaciones de servicio la parte demandante es arrendataria de las estaciones de servicio propiedad de la compañía abastecedora en exclusiva de productos petrolíferos, percibiendo ésta una comisión por las ventas. La pretensión de que tales contratos que se estuvieron ejecutando pacíficamente durante la vigencia del Reglamento CEE núm. 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, se transformen

en unos contratos diferentes por aplicación del Reglamento núm. 2790/99, sin pedir la nulidad de los inicialmente celebrados por su incompatibilidad con el art. 81 CE es de todo punto inviable porque, como se señaló en las referidas sentencias de esta Sala, ese cambio de régimen no está previsto en los contratos, hasta el punto que en éstos se configura como facultad exclusivamente de la compañía abastecedora, y tampoco es la consecuencia derivada de una contravención del Derecho comunitario, hoy de la Unión, pues la consecuencia procedente sería la nulidad, nunca pedida en la demanda, y no el cambio de régimen o, con más exactitud, la imposición a la demandada-recurrida de un régimen diferente del pactado.

Causas de nulidad. Derecho comunitario.—Lo antedicho no queda desvirtuado ni por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los requisitos para que contratos próximos o similares a los aquí litigiosos queden exentos de la sanción de nulidad prevista en el art. 81 CE (hoy art. 101 TFUE) ni por la jurisprudencia de esta Sala sobre la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, jurisprudencia esta última invocada en el tercer motivo del recurso, pues la doctrina de esta Sala verdaderamente aplicable al caso es la que en litigios sobre contratos similares a los aquí examinados se muestra contraria a la apreciación de oficio de la nulidad al margen de las pretensiones iniciales de las partes y, más todavía, a que en el recurso de casación se plantee un litigio diferente del planteado en primera instancia [STS 30-6-09 (RJ 2009, 4704), en rec. 369/05, FJ 6.º, que cita las SSTS de 2-6-00 (RJ 2000, 5092), 15-3-06 (RJ 2006, 5612) y 6-10-06 (RJ 2006, 6649)].

La técnica de los Reglamentos de exención por categorías, que obedece a las previsiones del apdo. 3 del art. 81 CE para salvar de la prohibición de su apdo. 1 determinadas categorías de acuerdos por los beneficios generales que pueden reportar, determina la nulidad, conforme al apdo. 2 del mismo artículo, de los acuerdos o contratos que no cumplan las condiciones requeridas para su exención, nulidad que a su vez producirá unas determinadas consecuencias pero no autoriza a los contratantes a invocar ni el Tratado ni los Reglamentos a su conveniencia para modificar contratos vigentes únicamente en lo que les favorezca y, por tanto, rompiendo unilateralmente el equilibrio de intereses presente en el momento de la celebración de esos mismos contratos. (**STS de 24 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La actora pretende que tres contratos consecutivamente celebrados en 9 de mayo de 1989, 1 de agosto de 1989 y 1 de marzo de 1990 sobre otras tantas estaciones de servicio pertenecientes entonces a C. y hoy a la demandada-recurrida BP, los cuales se estuvieron ejecutando pacíficamente durante la vigencia del Reglamento CEE núm. 1984/83 de la Comisión, se transformen en unos contratos diferentes por aplicación del Reglamento núm. 2790/99 pero sin pedir la nulidad de los inicialmente celebrados por su incompatibilidad con el art. 81 CE. Así mismo, la actora pide la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la diferencia global existente entre el precio efectivamente abonado por las estaciones de servicio gestionadas por la actora y la medida de los precios semanales ofrecidos por otros operadores en régimen de compra en firme o reventa a otras estaciones de servicio de similares características

según el número de litros vendidos en cada una de las estaciones de servicio de la demandante desde el 1 de junio de 2000, fecha de entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 2790/99 de la Comisión.

Desestimada la demanda en ambas instancias e interpuesto el recurso de casación por la demandante, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (M. L. K.)

71. Aplicación analógica de las normas sobre liquidación de contrato de agencia a un contrato de distribución: no procede. Se estima.–

Afirman las mismas en ellos que se ha producido la infracción del artículo 4 CC, al haber aplicado analógicamente la Audiencia Provincial a la liquidación de la relación de distribución las normas sobre régimen jurídico del contrato de agencia (Ley 12/1992, de 27 de mayo). La sentencia de 15-10-2008 puso de manifiesto las diferencias existentes entre los contratos de agencia y distribución, destacadas por la doctrina y la jurisprudencia –«se afirma que, así como el distribuidor compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propios, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial, el agente promueve y, en su caso, concluye la venta de los productos del empresario, por cuenta y en nombre del mismo, a cambio de una comisión»–. Precisamente la consecuencia de esas diferencias es la improcedencia de aplicar, de un modo automático, los artículos de la Ley 12/1992 a la liquidación de la relación contractual de distribución, cual si fuera cierta una igualdad jurídica esencial, la cual, como regla, no existe –sentencias de 21-03-2007 y 28-04-2008–. No es, por lo tanto, correcto recurrir a la analogía para aplicar a la liquidación del contrato de distribución las normas de la Ley 12/1992, sin tomar antes en consideración las circunstancias concurrentes en la relación entre las partes y las características del mercado relevante. (STS de 10 de marzo de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–La demandante, C.E., S.A., y las demandadas, M.C., S.p.A. y P.C.E., S.L., estaban vinculadas por dos relaciones jurídicas al tiempo de interponer aquella su demanda.

Por virtud de una de dichas relaciones, C.E., S.A. que había sido distribuidora en exclusiva de los productos elaborados por M.C., S.p.A., convino con ésta, el treinta y uno de diciembre de dos mil uno, en extinguir el vínculo contractual de distribución que, durante años, les había unido y en establecer una reglamentación específica para la liquidación del mismo. La otra relación, denominada por las partes de depósito, almacenamiento y distribución de productos, había nacido de un contrato que celebraron, C.E., S.A. y P.C.E., S.L., representada por M.C., S.p.A.

C.E., S.A. alegó en su escrito de demanda que este último contrato, todavía en vigor, no había sido cumplido por ninguna de las demandadas y que ambas se habían beneficiado con el incremento de clientela generado por su actuación de distribuidora en cumplimiento del primer contrato. Con ese antecedente pretendió la condena de las dos demandadas a indemnizarle por «la utilidad o beneficio dejado de percibir» a consecuencia del incumplimiento del contrato de depósito, almacenamiento y distribución,

Las sentencias de ambas instancias estimaron la demanda, en lo sustancial. Ambas demandadas recurren la sentencia de apelación. (S. M. S.)

72. Contrato de distribución comercial. Remuneración de la distribuidora.—Para entrar a resolver el problema planteado debe centrarse la discusión en dos temas que no han sido objeto de este recurso de casación, pero que son indispensables para una correcta resolución del mismo. 1.º Nos encontramos ante un contrato de distribución y no de agencia, por lo que se debe tener en cuenta que la sentencia de 26 de marzo de 2008 en relación con la aplicación analógica de las normas de la ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia al contrato de distribución dice que «son muchas las sentencias de esta misma Sala favorables a la aplicación de tal precepto [art. 28] al contrato de distribución cuando, como en el caso examinado, se declare probada la creación por el distribuidor de una clientela de la que se aprovechará en exclusiva el concedente». Así se ha considerado en la sentencia recurrida, por lo que es procedente examinar cómo debe calcularse el monto de la indemnización por este concepto, que es lo verdaderamente discutido. 2.º La propia sentencia citada, así como la de 27 de noviembre de 2006, entre otras, considera que dicha aplicación analógica se efectúa «no tanto del art. 28 de la Ley de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia cuanto de su idea inspiradora», porque como afirma la sentencia de 15 de enero de 2008, la aplicación analógica del citado art. 28 se realiza «[...] por la gran similitud o identidad de razón entre el contrato de agencia y el de distribución en punto a la aportación de nuevos clientes o el incremento de operaciones por el agente o el concesionario» y más teniendo en cuenta, según la propia sentencia, la relativa frecuencia con que estos contratos se concluyen de forma oral o bien no se ha pactado ninguna regla para la liquidación de las relaciones entre las partes en el momento de la finalización del contrato, como acontece en el presente caso.

En consecuencia, no pueden aplicarse automáticamente al cálculo de la indemnización por clientela las reglas que se entienden infringidas y que se centran en la determinación del sistema de remuneración del agente, contenido en el art. 11 de la citada ley, en el que se prevé o bien una remuneración fija o bien una comisión, puesto que nada de ello concurre en el contrato de distribución. Como afirma la sentencia de 22 de junio de 2007, este tipo de indemnización en los contratos que ahora nos ocupan «constituye una verdadera laguna en la regulación de la extinción de las relaciones de concesión mercantil», que debe resolverse integrando la voluntad de las partes, pero que en el caso de que no exista, «el operador jurídico carece de una respuesta explícita que ha de buscar en último término por medio de la analogía». Dicha sentencia viene a entender que la remuneración en el contrato de distribución vendría constituida por la diferencia del precio de compra y el precio de reventa, que retribuye la concreta operación, dejando aparte el problema del valor de la cartera de clientes que no es objeto de este recurso. Por ello no tiene razón la recurrente cuando pretende que el cálculo debe efectuarse sobre los descuentos que ha realizado la concedente en la venta de cada una de las remesas, sobre lo que se denomina en el peritaje aceptado por ambas partes, como «precio de tarifa» y constituye un sofisma el argumento usado en este motivo relativo a que si se calcula como se está propugnando, se está introduciendo la cuestión de las relaciones del concesionario

con los terceros clientes, porque aquí de lo que se trata es de la remuneración por la creación de clientela, que es precisamente ajena al contrato inicial entre concedente y concesionario o distribuidor. Por todo ello debe aceptarse lo decidido por la Sala sentenciadora en la sentencia recurrida, que coincide, además, con lo dictaminado por el perito, en un peritaje propuesto por una de las partes y aceptado por la demandante. **(STS de 22 de febrero de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—En el marco de un contrato verbal de distribución comercial, HII, S.L. vendía herramientas de corte y otros productos industriales de MI, S.L. —después, KI, S.L.— con carácter preferente a cambio de la obtención de descuentos en la compra para su reventa. MI, S.L. interpuso demanda con la que solicitó la resolución del contrato por considerar que HII, S.L. había distribuido productos de la competencia, así como el pago de una serie de suministros e indemnización del daño producido.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Getxo desestimó la demanda mediante sentencia de 8 de octubre de 2003, tras constatar la inexistencia de exclusiva y que HII, S.L. no había incumplido el contrato. La sentencia estimó la reconvenición formulada por la distribuidora con la que solicitó, entre otros pedimentos, indemnización por clientela. Interpuesto recurso de apelación por parte de KI, S.L., la sentencia de 21 de marzo de 2005 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia lo estimó en parte. A diferencia de la sentencia de 8 de octubre de 2003, la Audiencia Provincial calculó el importe de la indemnización por clientela a partir de la ganancia obtenida por la distribuidora en la reventa de los productos —o margen medio bruto de venta—, en lugar de atender al importe medio anual de las compras realizadas por la misma a la demandante en los últimos cinco años. HII, S.L. recurre en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Véase el comentario de la sentencia de Ana Tatiana Arroyo Vendrell, CCJC, septiembre-diciembre 2010, vol. 84, 2010, pp. 1817-1832. La autora coincide con el criterio empleado por el Alto Tribunal para calcular el *quantum* de la indemnización por clientela y lamenta que las instancias inferiores no tuvieran en cuenta las características del contrato de distribución en el caso concreto. (*J. M. B. S.*)

73. Contrato de distribución en exclusiva. Indemnización por clientela a la distribuidora. Plazo de prescripción.—Así planteado, el motivo debe ser desestimado porque la jurisprudencia de esta Sala sobre el contrato de distribución no permite la solución propuesta en el motivo. La sentencia de 22 de julio de 2008 consideró que la aplicación analógica del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia como fundamento de una indemnización por clientela al concesionario demandante no era inadecuada, y sin embargo rechazó que la acción para reclamar dicha indemnización estuviera sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el art. 31 de la misma ley, ya que el contrato de concesión era diferente del de agencia y no cabía por ello un «traslado mecánico» de la normativa de éste a aquél, pues otras muchas

sentencias que allí se citan señalan que la indemnización por clientela no es exclusiva del contrato de agencia ya que, según las circunstancias, puede ser apreciada en determinados contratos atípicos. Esta improcedencia de aplicar el referido art. 31 a las acciones indemnizatorias fundadas en un contrato de distribución resulta también de la sentencia del Pleno de los magistrados de esta Sala de 15 de enero de 2008, pues aunque no aborde el problema de la prescripción de las acciones indemnizatorias sí analiza toda la jurisprudencia anterior sobre la indemnización o compensación por clientela en el contrato de distribución para, además de insistir en la improcedencia de una aplicación mimética o automática de la Ley del Contrato de Agencia, acabar declarando que el fundamento de tal compensación o indemnización se encuentra en el art. 1258 CC, de suerte que la aplicación analógica no es tanto la del art. 28 de aquella ley cuanto la de su idea inspiradora, lo que permite atender a unos criterios plasmados normativamente sobre los presupuestos y la cuantificación de dicha indemnización o compensación. En suma, si el contrato de distribución es un contrato nominado pero atípico, no cabe aplicar a las acciones derivadas del mismo un plazo de prescripción establecido por una ley especial para el contrato típico que ésta regula, y en consecuencia el plazo de prescripción de las acciones indemnizatorias derivadas del contrato de distribución no podrá ser otro que el general o residual de quince años establecido en el art. 1964 CC. **(STS de 16 de febrero de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.— M, S.A. vendía barnices y colorantes para el cuidado de madera en exclusiva para las Islas Baleares en el marco de un contrato de distribución por tiempo indefinido. Tras cuatro años de vigencia del contrato, la actividad comercial de M, S.A. fue reemplazada por la actividad de otra sociedad a instancia de la empresa fabricante de los productos, ACI, S.C.A. Al parecer, el administrador de la nueva sociedad era un antiguo comercial —el que tenía una mayor cartera de clientes— que había cesado su relación laboral con la distribuidora. El cese tuvo lugar un mes antes de que la fabricante comunicara a M, S.A. el desistimiento del contrato de distribución.

Frente al desistimiento del contrato sin previo aviso ni justa causa, M, S.A. interpuso demanda con la que solicitó la resolución del contrato y que se condenara a la fabricante, S.C.A., y su filial en España ACE, S.L., al pago de una indemnización por clientela.

La sentencia de 24 de enero de 2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Palma de Mallorca estimó la demanda. El Juzgado desestimó la reconvención formulada con la que las demandadas reclamaron que se condenara a la distribuidora al pago de una cantidad por productos suministrados y no pagados. Interpuesto recurso de apelación por parte de las demandadas, la sentencia de 20 de julio de 2005 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Baleares lo estimó parcialmente y condenó a las demandadas al pago de una cantidad inferior. ACI, S.C.A. y ACE, S.L. recurren en casación, entre otros motivos, por entender prescrita la acción de indemnización por clientela ejercitada por la demandante y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. *(J. M. B. S.)*

74. Hipoteca constituida en perjuicio de los acreedores del quebrado: infracción del artículo 878 CCO.—El argumento relativo a que la hipoteca no se constituyó en perjuicio de los acreedores confunde el perjuicio objetivamente causado con la intención de causarlo, siendo el perjuicio exigido por la actual jurisprudencia el objetivo y procediendo por tanto la nulidad cuando los actos impugnados se hubieran realizado «con perjuicio» de los acreedores, el resto de los argumentos no viene sino a corroborar que se intentó beneficiar a un acreedor, I.A.Q., S.A., en detrimento de los demás. El que se intentara continuar la actividad industrial de matadero no excluye que los actos encaminados a tal finalidad perjudicaran al conjunto de los acreedores.

Infracción del artículo 34 LH por haberse acordado la nulidad de hipoteca constituida en garantía del precio de la cesión del crédito pese a la condición de tercero hipotecario de la recurrente: no se aprecia.—junto a la línea rigorista que aplica los efectos de la retroacción de la quiebra en contra de quien adquirió bienes o derechos confiado en la publicidad del Registro de la Propiedad y a su vez inscribió su derecho, existe otra línea, especialmente representada por la STS 14-6-00, favorable a la plena efectividad del art. 34 LH, y otras más recientes, cuyo exponente más destacado es la STS 13-12-05, que considera aplicable el art. 34 LH cuando el titular del derecho inscrito no traiga causa directa del quebrado. Al considerar a I.A.Q., S.A. como acreedora que se coloca «en una posición de ventaja y privilegio al tener garantizado su crédito con una garantía hipotecaria que, de no ser por los efectos de la retroacción antes reseñada, resultaría inatacable para los demás acreedores, mediante una operación que, teniendo como precedente el «negocio interpuesto» de aportación de las fincas a la sociedad, se hace «en beneficio de un acreedor», en detrimento de todos los demás «y en un momento en el que se encontraba en una situación de sobreesimiento general en el cumplimiento de sus obligaciones», siendo el requisito de la buena fe indispensable para gozar de la protección que dispensa el art. 34 LH (STS 17-2-05), resulta además que, dándose con toda evidencia el perjuicio también apreciado por la STS 27-9-07 en la transformación de un crédito ordinario en privilegiado mediante su garantía con hipoteca, en el presente caso el carácter oneroso de la propia hipoteca constituida sobre las fincas queda notablemente desdibujado a la vista de lo que materialmente se acordaba en el negocio formalmente denominado de cesión de crédito, ya que no sólo se estaba garantizando mediante la hipoteca una deuda del quebrado, y no de la sociedad hipotecante, lo que priva de protección al tercero por faltar la onerosidad igualmente exigida por el art. 34 LH, como esta Sala acordó en su sentencia de 24-02-2005, sino que además dicha deuda se decía anterior y, en definitiva, lo que venía a garantizarse no era sino el mero aplazamiento parcial de su pago, y todo ello valorando entonces en 72 millones de pesetas las mismas fincas que pocos meses antes se habían valorado en menos de 10 millones de pesetas al ser aportadas a I. S.L. (STS de 8 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Los dos recursos de casación interpuestos versan sobre los efectos de la retroacción de una declaración de quiebra y se interponen por las partes demandadas contra la sentencia de apelación que, desestimando los recursos de apelación interpuestos por estas mismas partes litigantes y acogiendo el interpuesto por la sindicatura de la quiebra demandante, amplió la estimación de la demanda acordada en primera instancia y declaró nulas, en aplica-

ción del art. 878 CCo, no sólo la aportación de cuatro fincas por el comerciante individual quebrado y su cónyuge a una sociedad limitada asimismo demandada y la nulidad de una hipoteca posteriormente constituida sobre dichas fincas a favor de una sociedad anónima igualmente demandada, sino también, aunque sólo en parte, la cesión, por la sociedad anónima demandada a la sociedad limitada codemandada, de unos créditos que aquélla decía tener frente al quebrado, cesión en garantía de la cual se había constituido la hipoteca ya declarada nula por la sentencia de primera instancia, acordando la sentencia de apelación que la sociedad anónima codemandada reintegrara a la masa de la quiebra el importe de los pagos que en ejecución de sentencia se acreditaran como correspondientes a la cesión de créditos documentada en una determinada escritura pública. De las dos partes demandadas-recurrentes, una está integrada por el comerciante individual quebrado, su cónyuge y la sociedad limitada a la que aportaron las referidas fincas; la otra es la sociedad anónima en cuyo favor se hipotecaron las mismas fincas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Recurrida por ambas partes en apelación, la Audiencia Provincial desestimó ambos recursos. (S.M.S.)

DERECHO PROCESAL

75. Imposibilidad de revisar los hechos probados en casación.—Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 28 de noviembre de 2007, 21 de noviembre y 11 de diciembre de 2008 y 15 de junio de 2009), ha declarado que la casación no es una tercera instancia ni permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho. La LEC ha reforzado el carácter extraordinario del recurso de casación limitado a los aspectos sustantivos, pues reserva el recurso de casación para la comprobación de la correcta aplicación del derecho sustantivo a la cuestión de hecho. Todo lo relativo a la prueba, incluyendo su valoración, constituye una cuestión procesal cuyo conocimiento se encuentra reservado al recurso extraordinario por infracción procesal.

Escrito de interposición del recurso de casación: estructura.—El escrito de interposición de un recurso de casación exige una estructura ordenada y con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente. Esta exigencia se traduce no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en el rechazo de motivos en los que se mezclen cuestiones de hecho y de derecho, sustantivas o procesales, heterogéneas entre sí. (STS de 22 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don C. interpone demanda contra una Caja de Ahorros cuya cuestión principal versa sobre si debía tenerse por subsistente o, por el contrario, por válidamente extinguido, el aval

otorgado por el actor para afianzar el crédito contraído con la Caja por una mercantil, de la que aquél era su consejero delegado.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando parcialmente la demanda. Formulado recurso de apelación por la entidad demandada, la Audiencia Provincial revoca la sentencia y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (*M. C. C. M.*)

76. Alcance del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa reconocido en el artículo 24.2 CE.—El contenido del derecho constitucional a no sufrir indefensión posee tres notas características. En primer lugar, ha de ser pertinente. Tal derecho implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a realizar una actividad probatoria de carácter ilimitado, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para reclamar cualquier tipo de prueba que quieran. De tal modo que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las pruebas que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas que tengan una relación con el supuesto que ha de decidirse. Si no fuera así, se alargaría de forma indebida el proceso o serían objeto de discusión cuestiones ajenas a su finalidad, conculcándose el también derecho constitucional de las otras partes a tener un proceso sin dilaciones indebidas. La segunda característica es la diligencia. Es necesario, por una parte, que la parte legitimada haya solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento. Es decir, sólo goza de valor constitucional la indefensión imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, aquella causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, quedando excluida del ámbito del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan. En tercer lugar, el derecho a no sufrir indefensión ha de ser relevante. Ha de acreditarse por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no es admitida o practicada es decisiva para la defensa, esto es, que hubiera podido tener influencia decisiva en la resolución del pleito al ser susceptible de alterar el fallo a favor del recurrente. (**STS de 23 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una entidad mercantil dedicada a la construcción ejercita una acción de protección civil del derecho al honor y a la propia imagen, que tiene como fundamento la remisión por el demandado, propietario de una de las viviendas de una urbanización cuya promotora es dicha entidad, de una carta al resto de los vecinos, en la que comunica la situación penosa y peligrosa de las instalaciones de las viviendas que habían adquirido, relacionando una serie de defectos que según él existen en las citadas viviendas. Además, en dicha carta se imputa a la demandante la falsificación de un documento oficial y el cobro excesivo e injustificado en los gastos de las escrituras y provisiones de fondos de los propietarios. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando la demanda, que es confirmada por la sentencia de Apelación. A su

juicio no hay en dicha carta contenido ofensivo, insultante o injurioso que integre una intromisión ilegítima en el derecho al honor o la imagen de la demandante. Contra la sentencia dictada en segunda instancia la entidad actora interpone recurso extraordinario por infracción procesal. El motivo se fundamenta en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la entidad recurrente, por haberle sido denegada la aportación de prueba documental en la audiencia previa y la declaración de uno de los testigos propuestos, así como no haberle sido admitidas algunas de las preguntas que intenta formular en su momento al demandado y a los testigos que sí son admitidos, siendo tales pruebas relevantes para la resolución del proceso. (*Alma R. G.*)

