

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXII, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2019



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
E IGUALDAD

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Catedrático de Derecho civil

Dirección

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

Secretaría

NIEVES FENOY PICÓN

Profesora Titular de Derecho civil (acreditada como Catedrática Universidad).
Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Barcelona

M.ª PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Santiago de Compostela

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho
civil (acreditada como Profesora Titular
de Universidad).

Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Pablo Olavide

PEDRO DEL OLMO GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO

Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Málaga

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA

Profesora Titular de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

ANTONI VAQUER ALOY

Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Lleida

Consejo Asesor

XABIER BASOZABAL ARRUE

Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad de Navarra

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

ANA CAÑIZARES LASO

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Málaga

ESTHER GÓMEZ CALLE

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO GÓMEZ POMAR

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Pompeu Fabra

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Murcia

JOSÉ M.ª MIQUEL GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

M.ª ÁNGELES PARRA LUCÁN

Magistrada del Tribunal Supremo

ANTONIO PAU PEDRÓN

Registrador de la Propiedad

M.ª JOSÉ SANTOS MORÓN

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

IGNACIO SOLÍS VILLA

Notario

TEODORA F. TORRES GARCÍA

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Valladolid

Colaboradores honorarios: Mariano Alonso Pérez, Jorge Caffarena Laporta, Gabriel García Cantero, Antonio Gordillo Cañas, Vicente Guilarte Zapatero, Antonio Gullón Ballesteros, José Ángel Martínez Sanchiz, José Poveda Díaz, Luis Puig Ferriol, Evelio Verdera y Tuells.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

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

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXII, FASCÍCULO IV
Octubre-diciembre, 2019

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2019

<http://cpage.mpr.gob.es>

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

NIPO (AEBOE): 043-19-100-7 (edición en papel)
043-19-099-4 (edición en línea, pdf)
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0 (edición en papel)
051-15-003-6 (edición en línea, pdf)
ISSN: 0210-301X (edición en papel)
2659-8965 (edición en línea, pdf)
Depósito Legal: M-125-1958

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

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
M. ^a Teresa MARTÍN MELÉNDEZ: «El ejercicio de los derechos de atribución preferente y sus consecuencias en la liquidación y la partición de la sociedad de gananciales: una propuesta <i>de lege ferenda</i> »	1059
Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ: «Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción»	1133
Javier MARTÍNEZ CALVO: «La mediación familiar: un análisis comparativo de las regulaciones italiana y española»	1203
Estudio jurisprudencial	
Luz M. MARTÍNEZ VELENCOSO: «La partición de la herencia. Un estudio jurisprudencial»	1247
Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea	
Por Marta OTERO CRESPO, Julia AMMERMAN YEBRA	1331
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
BAAIJ, C. J. W.: «Legal integration and Language Diversity. Rethinking Translation in EU Lawmaking», por Tomás Rubio Garrido	1405
JANSEN, Nils/ZIMMERMANN, Reinhard (eds.): «Commentaries on European Contract Laws», por Antoni Vaquer Aloy	1410
MASSAGUER, José: «Acciones y procesos de infracción de derechos de propiedad intelectual», por Antoni Rubí Puig	1415
REDINHA, Maria Regina/GUIMARÃES, Maria Raquel/FERNANDES, Francisco Liberal (eds.): «The Sharing Economy. Legal Problems of a Permutations and Combinations Society», por Francesc Fradera Fabregas	1418
SAINZ-CANTERO CAPARROS, M. ^a Belén/MARTOS CALABRÚS, M. ^a Angustias: «La sucesión en el pasivo hereditario y la liquidación de la herencia tras la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria», por Teodora F. Torres García	1424
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M. ^a del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRATE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Sebastián LÓPEZ MAZA, Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUITIÁN	1435
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
SENTENCIAS, AÑO 2018	
Por Ramón CASAS VALLÉS, Rosa MÉNDEZ TOMÁS	1461

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, José María MARTÍN FABA, Verónica NEVADO CATALÁN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO

1517

El ejercicio de los derechos de atribución
preferente y sus consecuencias
en la liquidación y la partición de la sociedad
de gananciales: una propuesta *de lege ferenda*

MARÍA TERESA MARTÍN MELÉNDEZ

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid

RESUMEN

En este trabajo se abordan los derechos de atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 CC, desde un punto de vista dinámico, es decir, de su puesta en práctica. Aunque su ejercicio supone una modalidad de la partición de los gananciales, su existencia influye también en las operaciones liquidatorias en sentido estricto, anteriores a la división, razón por la que, además de tratar cuestiones relativas a la forma de ejercitar estos derechos, se aborda el alcance de su existencia en el pago de las deudas a acreedores de la sociedad, de las deudas de la sociedad hacia los cónyuges e, incluso, de los esposos entre sí. No obstante, en cuanto operación particional, el grueso de este estudio se dedica a las consecuencias de su ejercicio a la hora de formar los lotes, distinguiendo según el tipo clase de bienes y dedicando una especial atención a la posibilidad de pago de los posibles excesos en metálico y, en el caso de la vivienda, a su compatibilidad con el legado de derecho de habitación del artículo 822 CC. Tras hacer una personal tarea interpretativa de las normas en vigor en relación a todas las materias tratadas, como colofón, se hace una propuesta de lege ferenda, con la que se pretende aclarar y mejorar la regulación actual.

PALABRAS CLAVE

Sociedad de gananciales. Derechos de atribución preferente. Liquidación. Partición. Vivienda habitual. Explotación económica. Empresa. Pago de excesos en metálico. Legado de derecho de habitación. Discapacitado.

The exercise of preferential allotment rights and its consequences in the liquidation and partition of the marriage community property: a *lege ferenda* proposal

SUMMARY

*In this work the preferential allotment rights included in articles 1406 and 1407 (Spanish Civil Code) are addressed from a dynamic point of view, i.e. from its practical implementation. Despite the fact that their exercise supposes a way of the partition of marriage community property, its existence itself also has an impact on the liquidation operations previous to the division, for this reason, in addition to dealing with questions related to the ways of exercising these rights, the paper also approaches the scope of its existence as a way of payment of debts to creditors of the company, debts of the company towards the spouse, and even among both spouses themselves. However, as an operational division, most of this study is devoted to the consequences of its exercise at the time of forming the lots, distinguishing according to the type of asset class and paying special attention to the possibility of payment of excesses in cash and, in the case of living house, its compatibility with the right of residence included in article 822 (Spanish Civil Code). As a conclusion, after a personal interpretation of the laws in force in relation to all the above-mentioned matters discussed, a *lege ferenda* proposal is made with the objective of clarifying and improving the current regulation.*

KEY WORDS

Marriage community property. Preferential allotment right. Liquidation. partition. Main residence. Economic exploitation. Company. Payment of excess in cash. Legacy of right of residence. Disabled.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Forma y momento de ejercicio del derecho de atribución preferente.*—III. *Derecho de atribución preferente y liquidación en sentido estricto.* A. Derecho de atribución preferente y pago a los acreedores de la sociedad de gananciales. B. Derecho de atribución preferente y pago de indemnizaciones y reintegros debidos a los cónyuges. C. Derecho de atribución preferente y créditos personales entre esposos en el momento de la liquidación.—IV. *La atribución preferente como operación particional: el límite del haber del adjudicatario.* A. Planteamiento. B. Constitución de un derecho de uso o habitación. B.1 Aspectos generales. B.2 En especial, su compatibilidad con la donación o legado de derecho de habitación del artículo 822 CC. C. Posibilidad de pagar el exceso sobre el haber en dinero. C.1 Casos en que procede. C.1.a El segundo inciso del artículo 1407 CC. C.1.b Finalidad del derecho de atribución preferente del artículo 1406, núm. 2 CC. C.1.c Análisis de las posturas doctrinales al respecto. C.1.d Nuestra interpretación particular. C.2 Forma de pago del exceso. D. Cónyuge titular de derechos de atribución preferente sobre distintos bienes.—V. *Propuesta de lege ferenda.*—VI. *Conclusiones.*—VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la sociedad de gananciales y, más concretamente, al tratar su disolución y liquidación (Libro IV, Título III, Capítulo 4.º, Sección 5.ª, artículos 1392 a 1410 CC), se regula el derecho de atribución preferente (arts. 1406 y 1407 CC)¹, el cual, en cuanto derecho potestativo de configuración jurídica², permite a su titular conformar, total o parcialmente, el contenido de su lote, al facultarlo para decidir la inclusión en el mismo de ciertos bienes comunes³. Se trata de bienes con los que el cónyuge tiene una especial vinculación y cuya adjudicación implica la satisfacción de intereses personales o de afección considerados dignos de tutela por el ordenamiento jurídico⁴, intereses que durante el régimen colmaban dichos bienes y que, tras su disolución, se pretende facilitar que sigan haciéndolo de igual modo. Estos bienes se recogen en el artículo 1406 CC y son: los de uso personal de extraordinario valor, el local en que hubiera ejercido su profesión, la explotación económica que hubiera gestionado efectivamente⁵ y la vivienda habitual en

¹ Ya tratamos, con carácter general, de estos derechos en: MARTÍN MELÉNDEZ, 2010b, pp. 1549 ss., y MARTÍN MELÉNDEZ, 2010b, pp. 1551 ss.

Sobre los antecedentes históricos de los derechos de atribución preferente del Código civil español en otras normativas vigentes en el momento de su introducción por Ley de 13 de mayo de 1981 –Compilación de Aragón de 8 de abril de 1967 (art. 58), Código civil francés, que los introduce en la comunidad legal por Ley de 13 de julio de 1965 (arts. 1471, 1475, p. 2, 1476 y, por remisión de éste, arts. 831 ss.), y Código civil belga, que los incluye a través de la reforma de 14 de julio de 1976 (arts. 1446 y 1447)–, *vid.*: RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, pp. 729 ss. En la actualidad, en el Derecho aragonés, las adjudicaciones preferentes se recogen en el artículo 267.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; *vid.* sobre este precepto: SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, 2016, pp. 132 ss.

² *Vid.*, entre otros, RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 1061; EVANGELIO LLORCA, 2005, p. 684; MORALEJO IMBERNÓN, 2013, p. 1895.

³ Sobre el carácter necesariamente ganancial de los bienes objeto de derecho de atribución preferente, quedando, por tanto, excluido el mismo respecto a los bienes privativos, *vid.* las SAP Asturias 11 de junio de 1996, AC 1998\6138, 11 de junio de 1998, AC 1998\1297 y 10 de enero de 2003, JUR 2003\39899.

⁴ *Vid.* Díez-PICAZO, 1984b, p. 1801. Igualmente, confróntese BENAVENTE MOREDA, *CCJC*, 1999, pp. 785 y 786, ofreciendo un compendio de la opinión de la mejor doctrina. En la jurisprudencia, *vid.*, por ejemplo, en este mismo sentido, refiriéndose al local profesional: STS de 30 de diciembre de 1998, RJ 1998\9763: «El artículo 1406 del CC contiene una efectiva atribución preferencial a fin satisfacer intereses personales-profesionales y preservar los consecuentes económicos, que podrían quedar gravemente afectados, si por consecuencia de la partición ganancial se priva a los cónyuges de continuar el ejercicio de la actuación profesional desarrollada en el espacio físico construido en que se venía practicando».

⁵ Sobre la posibilidad de que sea objeto del derecho de atribución preferente, no la empresa o explotación en sí, sino las acciones y participaciones cuando la misma tiene forma de sociedad, *vid.* MARTÍN MELÉNDEZ, *RCDI*, 2015, pp. 3169 ss., donde defendemos la respuesta afirmativa y analizamos minuciosamente la cuestión y su problemática en los distintos tipos de sociedades.

caso de fallecimiento del otro esposo⁶. Con su adjudicación se conseguirá atender, respectivamente, el interés en la continuación en el uso de esos bienes personales, en el ejercicio de la profesión o empresa, o en seguir desarrollando la vida en el espacio que constituye la residencia habitual⁷.

La efectividad fundamental de los derechos de atribución preferente se sitúa en la partición, momento en el que deja de ser una mera expectativa y se convierte en un verdadero derecho subjetivo⁸ cuyo ejercicio supondrá la imputación del bien preferentemente atribuible en la cuota del beneficiario y originará una modalidad de la partición que permitirá excluir el principio de igualdad

⁶ Hay algún autor, como LINACERO DE LA FUENTE, 2016, p. 264, que critica que el derecho de atribución preferente de la vivienda se limite a los casos de muerte del otro cónyuge. No obstante, no es necesario que el fallecimiento haya sido la causa de la disolución de la sociedad de la sociedad de gananciales, sino que también existirá derecho de atribución preferente sobre la vivienda en favor del viudo cuando el fallecimiento del otro acació antes de la liquidación. En este sentido: SAP Asturias 11 de junio de 1998, AC 1998\1297.

Lo que de ningún modo cabrá será alegar el artículo 1406, núm. 4 CC para su aplicación a la partición de la herencia, puesto que sólo será aplicable en la liquidación y partición de la sociedad de gananciales. *Vid.* en este sentido: SAP La Coruña, 8 de febrero de 2011, AC 55\2011; SAP La Coruña, 20 de abril de 2012, Roj: SAP C 1111/2012 - ECLI: ES: APC:2012:1111.

Hay sentencias que han considerado que existe derecho de atribución preferente sobre la vivienda habitual, además de en favor del viudo, en beneficio del esposo al que se le haya atribuido el uso de la misma como consecuencia de la separación o el divorcio (STS 3 de enero de 1990, RJ 1990\31, STS 14 de junio de 1993, RJ 1993\4832, SAP Barcelona 15 septiembre de 1998, AC 1998\9028) o simplemente alegando razones de justicia material (SAP Navarra, 17 de enero de 2000, AC 2000\3308), lo cual consideramos inadmisibles (así, STS 16 de diciembre de 1995, RJ 1995\9144, STS 10 de noviembre de 1997, RJ 1997\7892, STS 16 de febrero de 1998, RJ 1998\868, STS 9 de mayo de 2007, RJ 2007\3561; STS 4 de abril de 2008, RJ 2008\2944, Roj: STS 2926/2008 - ECLI: ES: TS:2008:2926, que citando la STS de 27 de junio de 2007, afirma contundentemente que «la adjudicación en liquidación de la sociedad de gananciales no debe estar necesariamente ligada a la atribución del uso efectuada en la sentencia que pone fin a la crisis familiar, por ser otros los criterios que rigen las dos situaciones»). *Vid.* en contra de esta posibilidad.: MONTERO AROCA, 2014, pp. 510 y 511; RIVERA FERNÁNDEZ, 2010, p. 515. Por su parte, REBOLLEDO VARELA, 2010, pp. 100 ss., estima, refiriéndose a los casos en los que se ha atribuido el uso de la vivienda en virtud del artículo 96 CC, que no existe derecho de atribución preferente en favor del beneficiario del uso, pero que la asignación a éste es un criterio razonable de adjudicación; la misma opinión expresa en: REBOLLEDO VARELA, 2013a, pp. 9946 y 9947; en sentido semejante, en: REBOLLEDO VARELA, 2018, p. 168, aludiendo al «fin de evitar la prolongación de conflictos innecesarios, salvo que concurren hechos que justifiquen una decisión diferente».

Además, por su parte, la Ley 22/2003, de 10 de julio, Concursal, establece otro derecho de atribución preferente referido a la vivienda habitual, para caso distinto de la disolución de la sociedad de gananciales por muerte de un cónyuge, y así, en su artículo 78.4 establece: «Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso».

⁷ Recogiendo el requisito de la habitualidad y destacando que «el número 4 del artículo 1406 del Código Civil, constituye una norma que trata de completar la especial protección de la vivienda familiar, recogida, entre otros, en los artículos 90 y 1.320 del mismo texto legal», *vid.* SAP Madrid, 21 de noviembre de 2012, AC 722\2012, Roj: SAP M 19344/2012 - ECLI: ES: APM:2012:19344.

⁸ *Vid.* RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 990.

cualitativa propio de la misma (art. 1061 CC, por remisión del art. 1410 CC)⁹. No obstante, su presencia ha de ser tenida en cuenta en los momentos anteriores al reparto y adjudicación de bienes entre los partícipes, esto es, en la comunidad posganancial, pues es presupuesto evidente para que el derecho de atribución preferente consiga su finalidad, que el objeto sobre el que recae siga presente en la masa a dividir en el momento en que los bienes gananciales van a repartirse y, por tanto, haya «sobrevivido» a la liquidación en sentido estricto y, más concretamente: al pago de las deudas a terceros, al abono de los reintegros y reembolsos debidos por la sociedad de gananciales a los cónyuges, y al abono de deudas personales de un esposo a favor del otro en el momento de la liquidación. Es también obvio que esta supervivencia tendrá mayores posibilidades si el cónyuge al que la Ley le concede estos derechos ha manifestado su voluntad de ejercitarlos antes de que se proceda a la partición, lo que lleva a preguntarse por la forma y el momento en que tal voluntad puede manifestarse. Por eso, el grueso de este trabajo se dividirá en tres partes: una referente al mismo ejercicio de los derechos de atribución preferente, otra a su juego en la liquidación en sentido estricto, y otra a la atribución preferente como operación particional, prestando aquí especial atención al problema del límite del haber del beneficiario; por último, tras haber abordado todo ello, estaremos en condiciones de hacer nuestra propia propuesta *de lege ferenda*.

Antes de comenzar con el primero de los puntos indicados, ha de advertirse que creemos, siguiendo en este punto a Rams Albesa, que el ejercicio del derecho de atribución preferente por un esposo en relación a un determinado bien, no implica que, si en el patrimonio a dividir existen otros de la misma naturaleza que el elegido, haya de incluirse necesariamente uno de ellos en el haber del otro cónyuge como consecuencia del principio de igualdad cualitativa, ya que ello supondría que el beneficiario del derecho de atribución preferente tendría no solo la facultad de configurar su lote, sino también el del otro esposo. Lo que

⁹ *Vid.* sobre la aplicación de este principio a la partición de la comunidad posganancial, la STS 14 de febrero de 2013, RJ 2013\2572, y las que ésta cita. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entiende que el artículo 1061 CC tiene un carácter más bien facultativo u orientativo, no imperativo. *Vid.* STS 15 de marzo de 1995, RJ 1995\2654 o STS 16 de enero de 2008, RJ 2008\5, entre muchas otras. Por su parte, REBOLLEDO VARELA, 2010, pp. 76 y 77, critica este criterio basándose en los posibles desequilibrios cuantitativos derivados de revalorizaciones o depreciaciones de los bienes inventariados, acaecidos por haberse fijado su valor antes de llevarse a cabo la liquidación, por eso, aboga por «volver a una interpretación restrictiva del precepto manteniendo la igualdad cualitativa de los lotes, lo que en muchas ocasiones solamente se puede solucionar a través de la enajenación de los bienes o de adjudicaciones pro indiviso a las que se pondrá término de acuerdo con el artículo 404 CC».

ocurre es que, tal y como señala el citado autor, «el atributario tiene, por su derecho, la precedencia legal para detraer de la masa común neta e integrarlo en su lote el bien o bienes para los que exclusivamente se le reconoce tal derecho» y, «detráido el bien, el turno debe pasar a la otra parte hasta que se compense, al menos, el valor de lo detráido por el atributario»¹⁰. Dentro de esta línea, nosotros nos decantamos, más concretamente, en favor de que el otro esposo o parte solo pueda elegir bienes hasta el valor de los adjudicados preferentemente al beneficiario del derecho que estudiamos, no más.

II. FORMA Y MOMENTO DE EJERCICIO DEL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE

Pues bien, el derecho de atribución preferente deberá ser ejercitado por el cónyuge en el que se den las circunstancias requeridas en cada uno de los números del artículo 1406 CC, pudiendo oponerlo siempre a la otra parte¹¹. Ha de destacarse que, en nuestra opinión, no pueden ser titulares de este derecho los herederos de los esposos, ni por adquirirlo por vía hereditaria, puesto que es intransmisible¹², ni por su condición de partícipes en la masa ganancial a repartir. Esto último, no solo en el caso de los bienes de uso personal o en el de la vivienda habitual del viudo, en los que es más evidente que las circunstancias y el fin del derecho reclaman que se trate de un cónyuge, sino también en el del local profesional o la explotación económica, incluso cuando se trate de un heredero que ejerció su profesión en el local o gestionó efectivamente la empresa ganancial, y pretenda hacer valer su preferencia frente al supérstite que ni ejercía la profesión en el local, ni gestionaba efectivamente la explotación. Nuestra postura se basa, principalmente, en dos razones¹³: 1.ª El artículo 1406 CC sólo se refiere a los esposos («cada cónyuge»), y lo hace porque sólo a ellos pretende proteger para que la disolución de la sociedad de gananciales, que hasta entonces había regido su matrimonio, no

¹⁰ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 996.

¹¹ No existe en nuestro Código civil, la distinción que existe en el Código civil francés (art. 1476) entre derechos de atribución preferente de derecho (que sólo caben cuando la causa de disolución ha sido el fallecimiento de un esposo) y derechos de atribución preferente cuya oportunidad será decidida por el Juez (lo son siempre los que puedan surgir en los casos de disolución por divorcio y separación de cuerpos o de bienes), puesto que, utilizando dicha terminología, en el español siempre serán de derecho.

¹² Vid. SAP Asturias 11 de junio de 1998, AC 1998\1297.

¹³ Esta cuestión la tratamos más ampliamente en MARTÍN MELÉNDEZ, *RCDI*, 2015, pp. 56 ss.

les perjudique desde el punto de vista de la continuación de su medio de vida; 2.^a El criterio que sirve para determinar la preferencia en la adjudicación (ejercicio de la profesión en el local y gestión efectiva de la explotación) sólo justifica ésta si los posibles adjudicatarios tienen la misma condición, es decir, si los dos son cónyuges, en cuyo caso, como los dos son iguales, se da preferencia a quien tiene una vinculación especial con el bien en cuestión por haber llevado a cabo cierta actividad en él o respecto de él; pero cuando uno de los sujetos de la partición es un heredero y el otro un esposo, ya no partimos de dos sujetos de igual condición entre los que sólo pueda discriminarse legalmente por razón de la actividad llevada a cabo en relación al bien, sino ante dos sujetos esencialmente diferentes (cónyuge / heredero), tanto desde el punto de vista de su condición personal (lo que es evidente), como desde la perspectiva patrimonial, puesto que uno ya era titular del local o de la explotación ganancial junto con el causante, antes de la disolución de la sociedad e, igualmente lo era del dinero o los bienes (en cuanto gananciales) utilizados tiempo atrás para la adquisición del local o la fundación o adquisición de la empresa, mientras el otro (el heredero), no. Por ello, un heredero no puede estar legitimado para decidir unilateralmente que un bien ganancial (el local o la explotación) le sea adjudicado a él, con preferencia sobre el esposo supérstite¹⁴.

El derecho de atribución preferente se hará valer a través de una declaración de voluntad unilateral y recepticia dirigida al otro esposo o, en su caso, a los herederos del esposo fallecido. Si éstos son los hijos comunes del matrimonio y el viudo es quien ostenta su patria potestad, la declaración se dirigirá al defensor judicial nombrado para la liquidación de la sociedad de gananciales y la herencia, ante la contraposición de intereses existente entre ellos.

Si se nombró contador-partidor de la herencia del esposo premuerto, es discutible si bastará comunicárselo sólo a éste o si también habrá de hacerse lo mismo con los herederos. A favor de esta última opción, Garrido de Palma¹⁵ –aplicando analógicamente la negativa dada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de noviembre de 1960, a que el contador-partidor pueda proceder de acuerdo con el viudo a la conmutación *ex* artículo 839 CC–, ha alegado que una cosa es estar facultado para realizar una serie de operaciones matemáticas basadas en un inventario y un avalúo, y

¹⁴ No obstante, *vid.*, defendiendo que los derechos de atribución preferente del art. 1406, núm. 2 y núm. 4 CC pueden ser ejercidos por los herederos que cumplan los requisitos exigidos por el precepto: RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, pp. 753 y 756 a 758.

¹⁵ *Vid.* GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 164, nota 307.

otra, llevar a cabo, sin contar con los herederos (sobre todo, los legitimarios), unas operaciones que pueden implicar una sensible variación en la composición del caudal hereditario. Por nuestra parte, creemos necesario destacar las importantes diferencias que existen entre la conmutación del artículo 839 CC y los derechos de atribución preferente, fundamentalmente –en lo que aquí nos interesa–, la que atañe al carácter facultativo de la conmutación para los herederos, frente al carácter imperativo que tiene el derecho de atribución preferente una vez que su titular ha decidido ejercitarlo, para el otro cónyuge o los herederos del premuerto; por ello, pensamos que la declaración realizada sólo al contador-partidor será correcta, sin perjuicio de que éste deba cerciorarse de que se dan los requisitos exigidos para que el viudo sea titular del derecho de atribución preferente y sin perjuicio de que si los herederos estiman que no concurren éstos, puedan impugnar la partición una vez practicada. Además, creemos que el contador-partidor podrá aceptar la adjudicación, al cónyuge titular del derecho de atribución preferente, de los bienes objeto de la misma, aunque superen su haber, abonando la diferencia en dinero (art. 1407 CC), dado que el contador-partidor puede hacer uso del artículo 1062, p. 1.º CC, con el límite de su párrafo 2.º¹⁶, límite que en nuestro caso, al menos cuando se trata de la vivienda habitual o el local profesional, no existe. Lo mismo habrá que decir cuando el contador-partidor se haya designado en el procedimiento judicial de liquidación de la sociedad de gananciales, pudiéndose citar a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1992¹⁷, que para el ejercicio del derecho de atribución preferente exige la notificación «al otro cónyuge o al contador-partidor»¹⁸.

Esta declaración ha de ser expresa y puede revestir cualquier forma aunque, a los efectos probatorios, será conveniente que sea fehaciente. Señala, además, la doctrina¹⁹ que es aconsejable que conste descrito detalladamente el bien sobre el que ha de recaer la adjudicación, así como un principio de prueba del nexo existente entre éste y el sujeto favorecido y, si los bienes cuya adjudicación preferente se pretende son varios y pueden superar el haber del beneficiario, el orden de preferencia.

Por lo que se refiere al momento en que ha de practicarse la declaración, puede ser cualquiera que sea anterior a la formación

¹⁶ Vid. Díez-PICAZO/GULLÓN, 2018b, p. 286.

¹⁷ RJ 1992/4391.

¹⁸ Téngase presente, cuando la liquidación se hace judicialmente, la posibilidad de formular oposición a la partición realizada por el contador-partidor, que puede llevarle a modificar las operaciones divisorias (art. 787.1, 2 y 3 LEC) y la de impugnar la sentencia (art. 787.5, p. 2.º LEC).

¹⁹ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, pp. 823 y 824; EVANGELIO LLORCA, 2005, p. 685.

de los lotes. Tal y como pone de manifiesto claramente Rams Albesa, «se deberá considerar que la petición se ha formulado en tiempo oportuno: uno, en momento coetáneo al de la petición que ponga fin a la situación de indivisión que se sigue a la conclusión de la sociedad de gananciales; dos, inmediatamente después de formado inventario y antes de proceder a la configuración del plan liquidatorio, y tres, y por último, al tiempo de confeccionar los correspondientes lotes o hijuelas»²⁰, siendo el más adecuado el segundo, pues permite conocer al potencial adjudicatario preferencial los datos que se desprenden del inventario y, a quien vaya a practicar la partición, contar con tal adjudicación a la hora de preparar el plan liquidatorio²¹. Nunca podrá ejercerse una vez que se haya practicado la partición de los gananciales²².

Cuando la liquidación de la sociedad de gananciales se hace judicialmente, el artículo 810.2 LEC establece que, concluido el inventario, la solicitud de liquidación, que puede ser presentada por cualquiera de los cónyuges, «deberá acompañarse de una propuesta de liquidación que incluya el pago de las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge y la división del remanente en la proporción que corresponda, teniendo en cuenta, en la formación de los lotes, las *preferencias* que establezcan las normas civiles aplicables», expresión esta última que alude, sin duda, a los derechos de atribución preferente, de donde se deduce que en este momento puede llevarse a cabo la declaración de querer ejercer el derecho del artículo 1406 CC. No obstante, creemos que puede hacerse después, por ejemplo, en la comparecencia ante el Secretario Judicial (Letrado de la Administración de Justicia) a que se refiere el artículo 810.3 LEC. o, si no se llega a un acuerdo se designa contador-partidor (art. 810.5 LEC.), mientras el mismo no lleve a cabo las operaciones divisorias, puesto que el artículo 785.1 LEC, dice que «se pondrán a disposición de éste y de los peritos cuantos objetos, documentos y papeles necesiten para practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario».

²⁰ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 826.

²¹ Vid.: RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 828. Pone de manifiesto este mismo autor (*op. cit.*, p. 827), que el primero de los momentos indicados es totalmente desaconsejable, pues incitará a los otros sujetos de la partición a una valoración al alza de los bienes respecto de los cuales se manifiesta el propósito de detraer preferentemente y se formulará la petición sin haber podido madurar la decisión con los datos suficientes; respecto al último momento, reconoce que es el ordinario (*op. cit.*, p. 832). Le sigue, REBOLLEDO VARELA, 2013b, p. 9951.

²² Vid.: SAP La Coruña, 20 de abril de 2012, Roj: SAP C 1111/2012 - ECLI: ES: APC:2012:1111.

Si la disolución de la sociedad de gananciales tuvo lugar como consecuencia de la nulidad del matrimonio o de la separación o el divorcio judicial, tal y como indican Gardeazábal del Ríó y Sánchez González²³, el derecho de atribución preferente «se podrá ejercitar desde que se interponga la oportuna demanda solicitando las medidas provisionales previstas en el Código civil, o en cualquier otro escrito anterior a la citación para la sentencia, siempre que se pida al Juez la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. En otro caso, deberá solicitarse con el escrito inicial del incidente de ejecución de sentencia, o en cualquier otro escrito anterior a la conclusión del incidente»

Por otra parte, hay quien ha entendido²⁴ que en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, será aplicable el artículo 1004 CC, por existir identidad de razón, de modo que podría requerirse al viudo para que manifieste, cuando reúne los requisitos para ello, si quiere ejercer o no el derecho de atribución preferente, si bien no sería aplicable el plazo del artículo 1005 CC (precepto considerado por este autor antes de ser modificado por Ley 15/2015, 2 de julio) por su carácter restrictivo y por referirse necesariamente a una acción judicial, mientras que la notificación puede ser extrajudicial. Por nuestra parte, independientemente de que no vemos la utilidad de la *interpellatio in iure* si no se establece un plazo para contestar (quizá se entienda por los defensores de esta tesis que puede fijarse otro), tampoco vemos una similitud entre la manifestación del llamado sobre si acepta o repudia la herencia y la declaración de uno de los esposos (en este caso, el viudo) de si va a ejercer o no el derecho de atribución preferente, más allá de que pueda haber sujetos que puedan tener interés en conocer su decisión, pero ocurre que este interés, en el que reposaría el fundamento de la aplicación analógica del artículo 1004 en relación con el 1005 CC, tiene una relevancia muy distinta en un caso y en otro. En efecto, en nuestra opinión, además de tratarse de supuestos de hecho totalmente distintos, tiene mucha mayor trascendencia para los terceros interesados el que el llamado a una herencia acepte o repudie (ser llamado a la herencia en lugar del repudiante, posibilidad de acrecimiento en los coherederos, intereses de los acreedores particulares del llamado...), que el manifestarse sobre una cuestión puramente particional; a ello se une que, de no existir el artículo 1005 CC, el llamado a la herencia, en principio, tendría treinta años para manifestar si acepta o repudia (art. 1016 CC), y durante ese tiempo, todas las cuestiones indicadas estarían pen-

²³ Vid.: GARDEAZÁBAL DEL RÍO/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2015, p. 654.

²⁴ Vid.: GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 171 y 172.

dientes de su decisión, todo lo cual justifica la *interpellatio*. Frente a ello, en nuestra hipótesis no se trata de que el esposo declare que acepta su parte en la comunidad postganancial (puesto que ya es partícipe en ella sin necesidad de aceptación alguna y se sabe desde un principio que su participación asciende a la mitad de la misma), ni de que dependa de su comunicación el que pueda comenzarse con la liquidación o la partición, sino que se trata, simplemente, de que manifieste si ejercerá su derecho a que un bien se incluya en su haber, a lo que hay que añadir que, en la práctica, ya tiene un plazo predeterminado para ello, pues deberá hacer su declaración como máximo, en el momento en que se vayan a configurar los lotes, deduciéndose del propio ordenamiento jurídico y la pura lógica, la solución del problema de cómo ha de procederse si no lo hace, pues llegado ese momento sin haber dicho nada al respecto, podrá practicarse la partición conforme a las reglas generales (art. 1061 CC). Además, en relación con lo anterior, ha de destacarse que cuando se trata del ejercicio de los derechos de atribución preferente, los propios sujetos afectados por la decisión del viudo (los herederos) tienen la posibilidad de controlar el tiempo en que éste deberá manifestar su voluntad, pidiendo la partición de la comunidad postganancial, puesto que, como máximo, antes de la elaboración de los lotes, tendrá que manifestarse y, si no lo hace, se entenderá que opta por una partición ordinaria; tal posibilidad no la tienen los interesados en la aceptación o renuncia a la herencia y a la espera de la decisión del llamado, razón por la que la *interpellatio in iure* adquiere un especial significado en dicha sede, del que carece en la nuestra. Por último, mientras que la aceptación o renuncia a la herencia son decisiones que (salvo la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario, si se manifestó la aceptación pura y simple) una vez adoptadas y manifestadas, excluirán la opción no elegida, lo cual hará útil a la *interpellatio* para los terceros interesados, en el caso de la manifestación de no desear ejercer positivamente el derecho de atribución preferente respecto a uno de los bienes del artículo 1406 CC como consecuencia de la *interpellatio*, ello no implica que éste vaya a tener un determinado destino en cuanto a su atribución a los herederos, puesto que, a la postre, cabe que, como consecuencia de la realización de las propias operaciones particionales, dicho bien termine incluyéndose en el lote de éstos, o repartido en cuotas entre las partes, o vendido y repartido el precio o, incluso, en el del viudo que fue titular del derecho de atribución preferente, lo que indica que la *interpellatio in iure* aplicada a nuestro supuesto no asegura ningún resultado en las operaciones

particionales y, por tanto, no prestaría una utilidad semejante a la que consiguen los artículos 1004 y 1005 CC aplicados al caso para el que están previstos. Pero, aún podemos añadir otro argumento: si se aceptara aquí la *interpellatio in iure*, ¿acaso no habría que aceptarla en cualquier otra hipótesis en que una de las partes antes de realizar la partición, quisiera saber si la otra está interesada en un bien concreto, o cuál es su posición sobre cierto aspecto que se abordará en aquélla? Todo ello hace más que discutible que esté justificado restringir la libertad del viudo beneficiario del derecho de atribución para adoptar su decisión en el momento que crea oportuno, siempre que sea antes de proceder a la partición. En definitiva, creemos que el interés a proteger con una hipotética *interpellatio in iure* aplicada al ejercicio de los derechos de atribución preferente, no justifica la aplicación analógica de los artículos 1004 y 1005 CC, por ser de mucha menor entidad que el atendido con dichas normas, ser mucho menor el periodo de tiempo a transcurrir para conocer la decisión del viudo o, al menos, estar en la mano de los propios interesados el controlar ese tiempo con su propia petición de partición y, por último, ser mucho menor la utilidad que obtendrían con ello los herederos, pues no asegura el destino que tendrá el bien en las operaciones particionales. Por otra parte, no estimamos que la posibilidad de una *interpellatio in iure* notarial, introducida por la Ley 15/2015, modifique estos planteamientos, pues el fundamento para rechazar en estos casos aplicación analógica es, como se ha visto, sustantivo, no simplemente formal: a nuestro entender, no existe la identidad de razón que reclama el artículo 4.1 CC.

En cuanto al carácter revocable o irrevocable de la declaración relativa al derecho de adquisición preferente, no hay unanimidad²⁵. Nosotros creemos que será irrevocable, tanto para garantizar la seriedad de la declaración, como para dar seguridad a la otra parte, y ello con independencia del tiempo en que se haya realizado, ya que, en principio, el interesado puede esperar hasta el momento mismo de practicar el reparto y nada le exige precipitarse, y porque, por tener que tratarse necesariamente de un cónyuge,

²⁵ Así, GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 168, considera que tiene carácter revocable, mientras que GARDEAZÁBAL DEL RÍO/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2015, p. 653, estima que podrá revocarse hasta que no se consume la adquisición mediante la definitiva adjudicación. Por su parte, RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 835, entiende que no cabrá la renuncia cuando la solicitud de la atribución preferencial se hizo en el momento mismo de procederse a la realización de la partición propiamente dicha, con conocimiento de la cuantía del haber del adjudicatario y del valor del bien atribuible, pues su aceptación supondría ir contra los propios actos, causando constante e injustificada inseguridad a la otra parte, pero en el resto de los casos sí que debería aceptarse. REBOLLEDO VARELA, 2013b, p. 9952, cree que es irrevocable, siendo nosotros de su misma opinión.

lo normal será que tenga conocimiento suficiente del patrimonio a repartir, sea cual sea el momento en que se manifieste, lo que viene favorecido por la vigencia durante el régimen del artículo 1383 CC, que obliga a los cónyuges a informarse recíproca y periódicamente, sobre sus actividades económicas. Por otra parte, el realizar la partición sin tener presente esta declaración determinará la anulabilidad de aquella²⁶.

El derecho de atribución preferente es renunciable, renuncia que puede hacerse expresamente, en cualquier momento a partir de la disolución de la sociedad de gananciales, que es cuando este derecho nace, o tácitamente, sin realizar ninguna declaración al respecto y aceptando la partición realizada conforme a los artículos 1061 y 1062 CC²⁷. En cuanto a la posibilidad de renuncia anticipada, entendiendo por tal la anterior a la disolución de la sociedad de gananciales, estimamos que no cabe, pues ello supondría realmente una modificación encubierta del régimen económico del matrimonio; sin embargo, estamos de acuerdo con Martínez Sanchiz²⁸, cuando señala que cabría tal renuncia si se lleva a cabo dentro de una liquidación anticipada realizada como consecuencia de la remisión del artículo 1410 CC a las normas de las herencias y concretamente en este caso, al artículo 1056, p. 1 CC, siempre que la renuncia se refiriera a bienes concretos y se integrara en un pacto entre cónyuges a través del cual éstos llevaran a cabo de acuerdo la liquidación y la partición de todo o parte del patrimonio ganancial. Otra cosa será la renuncia a la existencia de derechos de atribución preferente en la sociedad de gananciales de unos cónyuges concretos, la cual podrá ser pactada por los esposos en capitulaciones matrimoniales, tanto antes de contraer matrimonio como durante la vigencia del régimen siempre que se respete el artículo 1328 CC, y más concretamente, «la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge».

Por último, como ocurre con el resto de las adjudicaciones derivadas de la liquidación y partición de la sociedad de gananciales, las que tienen su origen en el ejercicio de un derecho de atribución preferente no tienen eficacia retroactiva²⁹, de modo que los frutos, productos o beneficios producidos durante la comunidad postganancial, incrementarán ésta o se repartirán entre los cónyuges, excónyuges o herederos, conforme a las normas generales, sin que el adjudicatario pueda reclamarlos para sí por el hecho de ser titular de tal derecho de atribución.

²⁶ Vid. GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 168.

²⁷ Vid. Díez-PICAZO, 1984b, p. 1801.

²⁸ Vid. MARTÍNEZ SANCHIZ, *RDN*, 1986, p. 289.

²⁹ En este sentido, por ejemplo, VIVAS TESÓN, 2018, p. 352.

III. DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE Y LIQUIDACIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

A) DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE Y PAGO A LOS ACREEDORES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

En la liquidación de la sociedad de gananciales, los créditos de los terceros contra la sociedad tienen preferencia para ser satisfechos antes que los de los cónyuges contra la misma (arts. 1399 y 1403 CC)³⁰, de modo que el primer obstáculo que debe superar el bien al que se refiere el derecho de atribución preferente para llegar a ser atribuido a su titular, es el de la posibilidad de ser utilizado para pagar a los acreedores de la sociedad³¹. Efectivamente, en el caso de que no haya metálico suficiente para satisfacerlos, tal y como se desprende del artículo 1401 CC, podrán realizarse adjudicaciones de bienes gananciales en pago o para pago, siempre que no haya oposición a ello por parte de alguno de los partícipes o de los acreedores, caso en que se procederá a su enajenación, y entre dichos bienes puede estar el que debería, en principio, ser objeto de atribución preferente en la partición. Pues bien, en estos supuestos estimamos que, siempre que de ello no surja perjuicio para el resto de los partícipes, habrá de tratarse de hacer compatibles dichas adjudicaciones o ventas con el derecho de atribución preferente³², para lo cual, lógicamente, ha de haberse manifestado por su titular su voluntad de ejercerlo, ya en un momento anterior, ya en el momento de decidir los bienes que se darán en pago o para pago o los bienes que se venderán para obtener numerario, pero no después de haberse adjudicado o vendido el bien objeto de una hipotética atribución preferente. La pretensión de la otra parte en el sentido de que sean dados o enajenados precisamente los bienes preferentemente atribuibles, cuando puede acudir a otros sin que ello le cause perjuicio, incurrirá en abuso de derecho³³. Observa Rebolledo Varela³⁴, en opinión que compartimos, que la necesidad de respetar en lo posible los derechos de atribución preferente a la hora de hacer frente al pago de las deudas gananciales, es predicable sin problema cuando la elección de los bienes afec-

³⁰ Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 512 ss.

³¹ Vid. SAP Lérida, 6 de julio de 2000, JUR 246727

³² Tal y como hace el artículo 265.3 del Código de Derecho Foral de Aragón, que establece que si «fuera necesario vender o dar en pago bienes consorciales, se respetarán, en tanto sea posible» los derechos de adjudicación preferente.

³³ Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 537.

³⁴ Vid. REBOLLEDO VARELA, 2010, p. 97, nota 137; REBOLLEDO VARELA, 2013b, p. 9951.

tados se plantea entre los cónyuges, pero si son los propios acreedores quienes proceden al embargo de bienes gananciales para conseguir el pago de sus créditos, éstos solo deberán atenerse al orden establecido en el artículo 592.2 LEC., en el cual no se hace alusión alguna a los derechos de atribución preferente; no obstante, este mismo autor indica que es posible que pueda alegarse para evitar el embargo del bien o bienes objeto de atribución preferente, la exigencia del artículo 592.1 LEC., de que la enajenación cause la menor onerosidad al ejecutado.

Por consiguiente, si hay otros bienes gananciales utilizables para, de una forma u otra, satisfacer a los acreedores, habrá que acudir a ellos y no al que sea objeto de la atribución preferencial, pero si no es así, el derecho a cobrar de los acreedores prevalecerá sobre el del esposo titular del derecho que estudiamos, de acuerdo con el principio «antes es pagar que partir». No obstante, el cónyuge interesado en la atribución preferencial podrá evitar tal desenlace satisfaciendo la obligación de la sociedad con sus propios bienes (art. 1158 CC), debiéndose distinguir tres supuestos distintos:

1. La obligación ganancial satisfecha por el esposo titular del derecho de atribución preferente era carga de la sociedad (art. 1362 CC) y, por tanto, definitivamente común. En esta hipótesis tendrá derecho a ser compensado por la masa de bienes gananciales, ya sea por la vía del artículo 1403 CC, puesto que tendría un derecho de reintegro por lo que pagó, a satisfacer, en principio, mediante el abono de dinero (lo cual, dadas las circunstancias de falta de liquidez que constituyen el presupuesto del pago efectuado por el esposo, no podrá darse, salvo que se venda precisamente el bien cuya salida de la masa ganancial se ha querido evitar); ya (en general, si es que cuenta con el acuerdo del otro esposo o, de no ser así, si no existe dinero ganancial para pagarle, que es lo que ocurre aquí) recibiendo un plus en la partición por el valor de la mitad de la obligación satisfecha al tercero, plus que se añadiría a su cuota incrementando el valor de su lote, lo que tiene gran importancia al poder hacer posible que el objeto de la atribución preferente quepa íntegramente en la hijuela del beneficiario³⁵. Esta solución podría apoyarse en varios argumentos³⁶: a) Que los derechos de atribución preferente deben

³⁵ Disentimos, por tanto, de la opinión de RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 962, cuando, en términos generales, afirma que si el esposo titular del derecho de atribución preferente, satisface aquélla con su propio peculio, adquiere «a su favor anticipadamente el derecho de uso o la propiedad de los bienes gananciales atribuibles». En nuestra opinión, estamos ante una operación particional, de modo que el esposo acreedor adquirirá el uso o la propiedad cuando se le adjudiquen en la partición.

³⁶ Ya nos referimos a estos argumentos, si bien tratando otras cuestiones en MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 539 y 540.

ser respetados en lo posible y entra dentro de lo posible adjudicar en pago al esposo convertido en acreedor de la comunidad postganancial, el bien preferentemente atribuible, de modo que la negativa a tal adjudicación constituiría un abuso de derecho; b) Que, específicamente para los casos del local profesional y la vivienda habitual, el artículo 1407, segunda parte CC, determina que si el valor de estos bienes o el del derecho de uso o habitación constituido sobre ellos, excede del valor del haber del adjudicatario, éste debe pagar el exceso en dinero, lo cual puede servir para apoyar que el titular del derecho de atribución preferente que ya ha pagado en dinero al acreedor de la sociedad de gananciales, pueda exigir que su crédito frente a la comunidad postganancial se satisfaga mediante la adjudicación del bien preferentemente atribuible en la parte en que el valor de éste exceda del de su haber; c) Que, tal y como sostiene Rams Albesa, en el régimen de participación en las ganancias, el artículo 1432 CC, con el mismo fundamento que justifica los derechos de atribución preferente, permite que el crédito de participación se pague, no en dinero, sino en bienes concretos, no solo cuando existe acuerdo de los interesados, sino también cuando lo decide el Juez a petición del deudor, protegiéndose así «la continuidad y la estabilidad de la profesión, modo de vida e incluso nivel económico del cónyuge que en el momento de la liquidación resulte deudor del otro o de los herederos»³⁷; no obstante, pensamos que este argumento, no tiene mucho peso, ya que se extrae de un régimen económico muy diferente al de gananciales y está pensado para un supuesto muy distinto. Para acabar con este apartado, hemos de decir que no cabe aplicar analógicamente el artículo 1405 CC, estimando que si un esposo satisface una obligación de la sociedad de gananciales, se convierte en acreedor personal del otro por la mitad de lo pagado, ya que el precepto ahora citado está pensado para cuando el cónyuge deudor no paga voluntariamente (es decir, no quiere o no puede pagar), lo cual no ocurre aquí, pues en nuestro caso el cónyuge no titular del derecho de atribución preferente sí que está dispuesto a pagar al tercero acreedor de la sociedad mediante la dación en pago o para pago, o la venta del bien ganancial preferentemente atribuible, y después tampoco se opondría a pagar al esposo que pagó al acreedor, mediante lo obtenido con la venta de dicho bien.

2. La obligación de la que había de responder la sociedad era carga definitiva del esposo no titular del derecho de atribución preferente, y el cónyuge titular la pagó voluntariamente para evitar el peligro de que el bien preferentemente atribuible saliera del patrimonio ganancial a repartir, si no la pagara su cónyuge. En este caso

³⁷ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 984.

será este esposo que debía soportar definitivamente la deuda, quien deberá indemnizar por la totalidad con sus bienes al esposo titular del derecho de atribución preferente que pagó, lo que implicaría que podría entrar en juego el artículo 1405 CC, pues el verdadero deudor era aquél y no la sociedad de gananciales. Nos referiremos a ello más adelante, cuando tratemos del derecho de atribución preferente y los créditos personales entre esposos

3. Si, por último, la obligación era carga definitiva del esposo que pagó (titular del derecho de atribución preferente), aunque fuera de responsabilidad ganancial, nada se le deberá y ningún plus en la partición deberá recibir.

B) DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE Y PAGO DE INDEMNIZACIONES Y REINTEGROS DEBIDOS A LOS CÓNYUGES

Tal y como establece el artículo 1403 CC, una vez «pagadas las deudas y cargas de la sociedad se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge». Aunque, en principio, tales derechos de crédito a favor de cada cónyuge y a cargo de la sociedad han de abonarse en dinero y por su importe actualizado (art. 1398.2 y 3, y art. 1358 CC), a falta de éste cabrá acudir, como en el caso anterior, a daciones en pago o para pago con el acuerdo de ambos esposos, o a la venta de bienes para pagar, con lo que podemos encontrarnos con idéntico problema al señalado más arriba, problema que ha de resolverse de igual manera, es decir, tratando de hacer compatibles tales daciones o ventas con el derecho de atribución preferente cuya intención de ejercicio haya sido manifestada por el esposo titular del derecho de atribución³⁸. Además, deberemos tener en cuenta quién es el esposo acreedor, puesto que si es el propio titular del derecho de atribución preferente, podrá acordar con el otro añadir al valor de su cuota en la masa líquida a dividir, el valor de lo que se le debe por reintegros e indemnizaciones, basándonos en los mismos argumentos ya expresados en el

³⁸ Solución ésta recogida por el artículo 265.3 del Código de Derecho Foral de Aragón. En el Derecho francés, el artículo 1470, p. 2 Code civil, establece: «S'il présente un solde en faveur de l'époux, celui-ci a le choix ou d'en exiger le paiement ou de prélever des biens communs jusqu'à due concurrence» y, a continuación, su artículo 1471, determina: «Les prélèvements s'exercent d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur les meubles, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté. L'époux qui opère le prélèvement a le droit de choisir les meubles et les immeubles qu'il prélèvera. Il ne saurait cependant préjudicier par son choix aux droits que peut avoir son conjoint de demander le maintien de l'indivision ou l'attribution préférentielle de certains biens», con lo que, aunque da una solución distinta a la del CC español a la satisfacción de las deudas de la sociedad con los cónyuges, también opta por respetar los derechos de atribución preferente en lo posible.

apartado primero del epígrafe anterior, lo que, tal y como vimos, en ocasiones le podrá llevar a conseguir que el objeto de la atribución preferente no rebase el valor de su haber en la partición, siendo trasladable aquí lo mismo que dijimos sobre la necesidad de causa justificada de la negativa del otro esposo, so pena de apreciar abuso de derecho en su actuación.

C) DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE Y CRÉDITOS PERSONALES ENTRE ESPOSOS EN EL MOMENTO DE LA LIQUIDACIÓN

Si, en el momento de la liquidación, uno de los cónyuges es acreedor personal del otro y éste se niega a pagarle, el artículo 1405 CC le faculta para exigir que su crédito le sea satisfecho adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente³⁹. El pago en bienes comunes requiere que no exista numerario ganancial⁴⁰ y supondrá que el acreedor tome de más de los bienes gananciales el equivalente de su crédito –que formará un plus en su lote-, y que el deudor lo tome de menos⁴¹. La satisfacción de esta forma de ese derecho de crédito se sitúa, por tanto, en la partición, sin que el cónyuge acreedor tenga, en principio, derecho a elegir los bienes que le han de ser adjudicados en ese concepto⁴²; no obstante, la existencia de un derecho de atribución preferente en la liquidación de la sociedad de gananciales implicará que la actitud injustificada del esposo no titular del mismo que no haga posible la adjudicación al titular, deberá considerarse como constitutiva de abuso de derecho. Así, a los efectos de nuestro estudio, habrá que distinguir según el esposo acreedor sea a su vez el titular del derecho de atribución preferente o no lo sea. Si es también el titular del derecho de atribución preferente, exigiendo el pago en bienes comunes del artículo 1405 CC conseguirá un plus sobre el valor de su lote y, por tanto, la posibilidad de que el bien objeto de atribución preferente le sea adjudicado por completo; si el cónyuge acreedor no es el titular del derecho de atribución preferente, sino

³⁹ *Vid.* sobre el artículo 1405 CC: MARTÍN MELÉNDEZ, 2010a, pp. 1548 ss., y MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 536 y 537.

⁴⁰ *Vid.* GARCÍA URBANO, 1991, p. 796.

⁴¹ *Vid.* Díez-PICAZO, 1984a, p. 1800; RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 1032; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2016, p. 292. De forma muy diferente se regula esta cuestión en el Derecho francés, en el que el artículo 1470 del Code civil, determina: «Après le partage consommé, si l'un des deux époux est créancier personnel de l'autre... il exerce sa créance sur la part qui est échue à celui-ci dans la communauté ou sur ses biens personnels», pero añadiendo su artículo 1471, p. 1 que «Les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre ne donnent pas lieu à prélèvement...».

⁴² *Vid.* GARCÍA URBANO, 1991, p. 796; PÉREZ GARCÍA, 2012, p. 1193.

que lo es el deudor, por una parte, el lote de éste se verá reducido, lo que puede hacer que el bien objeto de atribución no le sea finalmente adjudicado por completo por exceder del valor residual de su haber y, por otra, habrá de tratarse en lo posible que entre los bienes que sean adjudicados en el plus del lote del acreedor no se encuentre el que sea objeto de atribución preferente, para hacer compatibles ambos derechos.

En conclusión, podemos decir que la falta de numerario ganancial para pagar a los terceros acreedores de la sociedad, la existencia de reintegros e indemnizaciones debidos por la sociedad de gananciales a uno de los esposos, o la presencia de créditos personales entre cónyuges no pagados al liquidarse la sociedad, pueden, según los casos, facilitar o dificultar el juego de los derechos de atribución preferente, si bien siempre ha de tratarse de compatibilizar los derechos de unos y otros.

IV. LA ATRIBUCIÓN PREFERENTE COMO OPERACIÓN PARTICIONAL: EL LÍMITE DEL HABER DEL ADJUDICATARIO

A) PLANTEAMIENTO

De la dicción literal del artículo 1406 CC, parece desprenderse que los bienes que enumera en sus cuatro apartados podrán adjudicarse al cónyuge titular del derecho de atribución preferente, siempre que su valor no exceda el de su haber en la partición (se incluirán «hasta donde éste alcance», dice el citado precepto). Por tanto, si el bien preferentemente atribuible vale menos o igual que el haber del esposo interesado, podrá serle adjudicado sin mayor problema. Ahora bien, ¿qué ocurrirá si el valor del bien al que se refiere el derecho de atribución preferente que se pretende ejercitar supera el del haber de quien pretende que le sea adjudicado preferentemente? ¿El alcance del haber al que se refiere el artículo 1406 CC es un límite insoslayable que implica que si el valor de dicho bien lo supera, no cabrá llevar a cabo la atribución preferente?⁴³

La cuestión aparece resuelta de forma expresa por el Código civil en el artículo 1407 cuando se trata del local profesional (art. 1406, núm. 3 CC) y la vivienda habitual (art. 1406, núm. 4 CC), a través

⁴³ En el Derecho aragonés no nos encontramos con este problema, ya que el artículo 267.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, no establece el límite del haber del adjudicatario.

de dos vías, debiéndose advertir que la primera puede seguirse con carácter general y no solo en los supuestos de exceso del valor del bien sobre el haber:

1. Posibilitando, si así lo desea el esposo, que esos bienes en vez de ser atribuidos en propiedad, lo sean mediante la constitución de un derecho de uso o de habitación, cuyo valor, por definición, será inferior al del dominio⁴⁴.

2. Permitiendo abonar al otro esposo o sus herederos la diferencia entre el valor del derecho de uso o habitación o del bien y el valor del haber, «en dinero».

Pero, estas soluciones que el artículo 1407 CC recoge para la vivienda y el local profesional de los números 3 y 4 del artículo 1406 CC, ¿serán aplicables también a los bienes de uso personal de su número 1 y a la explotación económica de su número 2? De todo ello nos ocuparemos en las líneas siguientes.

B) CONSTITUCIÓN DE UN DERECHO DE USO O HABITACIÓN

B.1 Aspectos generales

Como hemos dicho, el artículo 1407 CC en su primera parte, otorga al cónyuge titular del derecho de atribución preferente sobre la vivienda que fuera su residencia habitual o el local en el que hubiese ejercido su profesión, la facultad de optar entre que dichos bienes le sean atribuidos en propiedad o constituyendo a su favor un derecho de uso (en el caso del local o, según un sector doctrinal, también de la vivienda⁴⁵) o un derecho de habitación (en el caso de la vivienda)⁴⁶, refiriéndose entonces la posibilidad del abono del exceso de valor en dinero aludida en su segunda parte, tanto al supuesto en que se haya optado por la propiedad como al de que se haya optado por el uso o la habitación y fueran estos derechos los que superaran el valor del haber. Ha de observarse que esta opción no queda limitada a los casos en que el valor de la vivienda o el local superen el del haber del esposo beneficiario del derecho de atribución preferente, sino que también se concede cuando su valor es inferior, ya que el artículo 1407 CC hace depender solamente de

⁴⁴ Esta facultad no se reconoce en el artículo 267.2 del Código del Derecho Foral de Aragón.

⁴⁵ Vid. CABEZUELO ARENAS, *CCJC*, 2009, p. 593. Contra O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, p. 1511.

⁴⁶ Vid. STS 20 de mayo de 1993, RJ 1993\3809.

«su elección» la consistencia de la adjudicación, sin hacer distinciones al respecto. Ahora bien, la facultad de exigir y, en consecuencia, imponer, la constitución de un derecho real limitado sobre esos bienes, se refiere exclusivamente a los derechos de uso y habitación, no a otros tipos de derechos reales (como podría ser el usufructo) salvo, claro está, que se hubiera previsto en capitulaciones o se acuerde en el momento⁴⁷, lo que justifican algunos autores, porque el uso y la habitación no permiten transmitir su goce a un tercero⁴⁸, justificación que nos parece totalmente acertada por dos razones: la primera porque, como hemos dicho al principio de este trabajo, la finalidad de los derechos de atribución preferente es permitir la continuidad en la satisfacción de ciertos intereses, la cual quedaría defraudada si los bienes o derechos se transmitieran inmediatamente o poco tiempo después de su adjudicación, con lo que el uso y la habitación impedirán de raíz que se de esta hipótesis; y la segunda, que una cosa es que el otro esposo o sus herederos tengan que soportar al cónyuge adjudicatario como titular de un derecho real, y otra que, por voluntad de éste, no solo se vean privados del uso de esos bienes, sino que además tengan que soportar que los use un tercero. También se ha alegado, a nuestro parecer correctamente, que los derechos entre los que se ha de decidir, si se ejerce la opción, van dirigidos solamente a satisfacer las necesidades más perentorias del esposo y su familia, no otras que no lo sean, aparte de que suponen limitar al máximo los poderes del beneficiario⁴⁹.

Por otro lado, el ejercicio de esta facultad de optar cuando se hace a favor de la constitución del correspondiente derecho real limitado indicado en el precepto, tiene una importante consecuencia en la naturaleza de la partición, puesto que respecto a estos bienes no será, como ocurre en general⁵⁰, meramente especificativa o determinativa de derechos, sino que tendrá carácter constitutivo⁵¹, debiéndose valorar el nuevo derecho de uso o habitación creado, cuyo valor se detraerá del de la propiedad que es adjudicado a la otra parte⁵².

En cuanto al tiempo en que puede ejercitarse esta opción, estimamos que será posible hacerlo junto con la declaración de querer

⁴⁷ Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, p. 1512.

⁴⁸ Vid. GARDEAZÁBAL DEL RÍO/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2015, p. 654.

⁴⁹ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, pp. 1016 y 1017, seguido por EVANGELIO LLORCA, 2005, p. 696.

⁵⁰ Vid., entre otras, STS 8 de octubre de 1990, RJ 1990\7482; STS 28 de septiembre de 1993, RJ 1993\6657; STS 25 de febrero de 1997, RJ 1997\1328; STS 11 de octubre de 1999, RJ 1999\7324, o RDGRN 28 de febrero de 1992, RJ 1992\2881, RDGRN 6 de febrero de 2008, RJ 2008\637.

⁵¹ En este sentido, RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 1016.

⁵² Vid. en este sentido, REYES LÓPEZ, 2004, p. 184.

ejercitar el derecho de atribución preferente, lo que nos remite a los tres momentos a los que aludimos más arriba. No obstante, si se hace esta declaración sin ejercer la opción, creemos que se podrá emitir otra posteriormente manifestando el deseo de que lo que se atribuya preferentemente sea el uso o la habitación, siempre que esta segunda tenga lugar antes de haber hecho los lotes⁵³. En el caso de que el beneficiario declare querer ejercitar el derecho de atribución preferente sobre el local o la vivienda, pero no especifique nada más, habiendo llegado ya el momento de hacer el reparto, habrá que entender⁵⁴ que desea que la adjudicación sea en propiedad. Una vez que se ha optado por el uso o la habitación, se plantea la posibilidad de revocación de tal opción por parte del esposo que la ejercitó, respecto a lo cual entendemos que ha de responderse negativamente, para dar seguridad a la otra parte y por exigencias de seriedad de la propia declaración⁵⁵.

También es claro el Código civil respecto a que la posibilidad de opción que se concede al esposo titular del derecho de atribución preferente cuando los bienes objeto del mismo son el local o la vivienda (si la disolución fue por muerte del otro cónyuge) no existe cuando se trata de la empresa o de los bienes de uso personal, puesto que el artículo 1407 CC la refiere en su texto solo a los supuestos de los números 3 y 4 del artículo 1406 CC, discriminación que creemos totalmente justificada. Así, respecto a los bienes de uso personal, siendo en principio bienes muebles –tal y como se desprende de poner en relación el 1406, núm. 1 CC con el artículo 1346, núm. 7 CC–, es implantable la habitación, y el uso se manifiesta poco adecuado porque, tal y como señala Garrido De Palma⁵⁶, se trata de bienes en cierto grado consumibles y que no producen frutos, pero sobre todo porque su goce se inserta en la esfera íntima de la persona, lo que reclama su propiedad. En cuanto a la empresa, la habitación es igualmente rechazable dado el propio concepto y finalidad de la habitación, sin embargo, el uso, merece que nos detengamos un poco más. En efecto, según el artículo 524 CC el uso solo da «derecho a percibir los frutos de la cosa ajena... que basten a las necesidades del usuario y de su familia» y,

⁵³ Sin embargo, REBOLLEDO VARELA, 2013b, p. 9952, estima que cuando se hace la declaración de querer ejercitar el derecho de atribución preferente, ha de concretarse también la modalidad de adjudicación que se pretende.

⁵⁴ Tal y como hace GARCÍA URBANO, 1993b, p. 800.

⁵⁵ En este sentido, la SAP Asturias, 2 de febrero de 2018, AC 70297\2018, afirma que estamos ante «un derecho de opción que la Ley le atribuye no una simple facultad, y que en caso de ejercitar este derecho, la opción que la misma realiza, en este caso, con la constitución de un derecho de uso y habitación, es irrevocable e inatacable, por lo que el resto de los herederos deben pasar por ella».

⁵⁶ *Vid.* GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 178.

tal y como pone de manifiesto Rams Albesa al estudiar este último precepto y puede deducirse del artículo 526 CC, «la necesidad que se contempla como objeto de protección jurídica en el uso no es el compendio de las necesidades primarias del ser humano y de su familia de modo general, sino aquéllas que se relacionan directamente con la producción del fundo objeto del derecho»⁵⁷, siendo el cubrir esa necesidad la medida y límite del disfrute⁵⁸. Pues bien, en relación con este requisito de que los frutos de la cosa sirvan para satisfacer directamente alguna necesidad del ser humano en general y del usuario en particular, entiende Lacruz⁵⁹ que el derecho de uso «puede comprender bienes muebles e inmuebles, pero no los llamados bienes inmateriales, que dan frutos civiles (dinero) y no son susceptibles de aquella aplicabilidad directa a la satisfacción de alguna necesidad humana» y que «por la misma razón parece imposible un uso de empresa comercial (porque no da sino dinero); sí, en cambio, el de una hacienda industrial o agrícola, porque da productos»; por su parte, Garrido De Palma, en general, niega que quepa constituir un derecho de uso sobre una explotación pues el fruto de la misma es en todo caso dinero y éste, *in natura*, no sirve para satisfacer necesidades humanas⁶⁰. En nuestra opinión, la explotación económica, tiene siempre como finalidad la de intermediar en el mercado de bienes o servicios para obtener dinero; habrá casos, como ocurre en el de la explotación puramente comercial (por ejemplo, un establecimiento dedicado a la venta de electrodomésticos), en que esto será más evidente, pero también cuando estemos ante una explotación agrícola, ganadera o industrial, el fin último perseguido será ése, pues no se agotará con la obtención de los distintos frutos o productos, sino con la introducción en el mercado de los mismos a cambio de dinero. Por consiguiente, como el dinero no sirve en sí mismo para satisfacer ninguna necesidad, pensamos que no cabe constituir un derecho de uso sobre una explotación económica. Lo que sí cabría en ciertos casos, con-

⁵⁷ Vid. RAMS ALBESA, 1991, p. 1386. Vid. también, LACRUZ BERDERJO, 2009, p. 82, según el cual «el uso de un bien –por ejemplo, una finca rústica– no autoriza a percibir tantos frutos como, vendidos, basten para conseguir el dinero suficiente para atender a las diversas necesidades vitales del usuario: alimentación en sentido estricto, vestido, habitación, cuidados médicos, esparcimiento, mobiliario, etc.», sino solo la cantidad suficiente para satisfacer la necesidad a la que sirve cada tipo de fruto, y añade que «los frutos que el usuario recoge en la cantidad justa, según sus necesidades, le pertenecen en plena propiedad; por eso tiene derecho a consumirlos en especie, o venderlos, o también a regalarlos: lo que legitima la apropiación no es el empleo real que vaya a darse a los bienes, sino que éstos se puedan emplear en satisfacer una necesidad real y se perciban en la cantidad precisa para ello, y no más». En este mismo sentido se manifiesta ALBALADEJO, 2010, pp. 554 y 555.

⁵⁸ Como dice Díez-PICAZO/GULLÓN, 2005, p. 366: «El usuario disfruta para satisfacer una necesidad y no puede obtener beneficios más allá; éste es el límite de su derecho».

⁵⁹ Vid. LACRUZ BERDERJO, 2009, p. 81.

⁶⁰ Vid. GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 178.

cretamente cuando la base de la explotación está construida por bienes fructíferos o que sirven para fabricar productos, es constituir un derecho de uso sobre estos bienes independientemente de estar integrados en la explotación, pero eso ya no es un derecho de uso sobre la explotación como tal.

Establecido en el primer inciso del artículo 1407 CC que el titular del derecho de atribución preferente puede exigir que se le adjudique la vivienda habitual o el local profesional en propiedad o constituyéndose a su favor un derecho de habitación o de uso respectivamente, a su elección, y derivándose de ello que esta opción no es posible –como hemos visto, justificadamente–, cuando se trata de los bienes de uso personal o de la explotación económica, resultará que en los supuestos de los números 1 y 2 del artículo 1406 CC, el cónyuge solo podrá exigir la adjudicación en propiedad, sin perjuicio de que de común acuerdo pueda realizarse la adjudicación constituyendo otro tipo de derecho en su beneficio. Ahora bien, ha de advertirse que el término «propiedad» que utiliza este artículo 1407 CC y que hemos trasladado como única opción a los supuestos de los números 1 y 2 del artículo 1406 CC, no ha de entenderse en sentido estricto, sino como el derecho que tuviera la sociedad de gananciales sobre el bien de que se trate⁶¹, teniendo siempre en cuenta la regulación del derecho en cuestión. Así: la adjudicación del arrendamiento del local de negocio o de industria⁶² al cónyuge que lo gestionó, figurando como arrendatario el otro esposo, se realizará de acuerdo con las normas de la cesión de la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 4.3 y art. 32 LAU), aunque si la causa de la disolución de la sociedad de gananciales, fue la muerte o declaración de fallecimiento, se aplicarán las normas de la subrogación *mortis causa* (art. 33 LAU); la atribución preferente del arrendamiento de la vivienda habitual a favor del cónyuge viudo habiendo figurado como arrendatario el esposo fallecido, deberá llevarse a cabo conforme a las normas sobre subrogación por muerte del arrendatario de la misma Ley⁶³ (art. 16 LAU, modi-

⁶¹ Son también de esta opinión GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 170; GARCÍA URBANO, 1993b, p. 802.

⁶² Tal y como ponen de manifiesto SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2015, p. 316, recogiendo en nota 28 varias sentencias sobre ello: «La jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo tiene declarado que la distinción entre los arrendamientos de local de negocio y los de industria o negocio es absolutamente diáfana, dado que mientras que en los primeros se cede el elemento inmobiliario, es decir, un espacio construido y apto para que en él se explote el negocio, en los segundos el objeto contractual está determinado por una doble composición integradora, por un lado el local, como soporte material y, por otro, el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, conformando un todo patrimonial».

⁶³ *Vid.* sobre la atribución del arrendamiento: RAGEL SÁNCHEZ, 2017a, pp. 824 y 825; RAGEL SÁNCHEZ, 2017b, pp. 1437 y 1438; REBOLLEDO VARELA, 2010, p. 92 y 93,

ficado por LO 4/2013, de 4 de junio); si lo que existía era un derecho de usufructo ganancial éste será el que se adjudique al adjudicatario preferente⁶⁴...

B.2 En especial, su compatibilidad con la donación o legado de derecho de habitación del artículo 822 CC

El p. 4 del artículo 822 CC, precepto redactado por la Ley 4/2003, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, declara compatible, tanto el derecho de propiedad, como el derecho de habitación recayente sobre la vivienda habitual, atribuido al viudo por la vía de los artículos 1406 y 1407 CC, con el derecho de habitación correspondiente al legitimario discapacitado⁶⁵ que convivió en la misma con el cónyuge causante, conforme a los p. 1 y 2, del citado precepto⁶⁶.

poniendo de manifiesto, conforme a la doctrina de la STS 3 de abril de 2009, RJ 2009\2806, que «el derecho de arrendamiento de la vivienda no se incluye en el activo de la sociedad conyugal y ninguna adjudicación se realiza de él dentro del procedimiento de liquidación», mientras que el arrendamiento de local sí que podrá ser ganancial o privativo y, en el primer caso, le serán de aplicación los derechos de atribución preferente (*vid.*, además, refiriéndose concretamente al local, REBOLLEDO VARELA, 2013a, p. 9941). Nosotros no estamos de acuerdo con ello en relación a la vivienda habitual, aunque ésta sea la posición del Tribunal Supremo, puesto que creemos que el derecho de arrendamiento, tanto de la vivienda, como del local de negocio, puede tener carácter ganancial o privativo, ya celebran el contrato los dos esposos o uno solo (como estimaba, entre otros, LACRUZ BERDEJO, 1989, p. 431, sin que veamos justificado admitirlo en un caso y no en el otro, dado que el derecho de arrendamiento tiene la misma naturaleza en ambos; otra cosa será que exista dificultad para hallar el criterio determinante de su carácter ganancial o privativo, o resolver el problema de su valoración y que sea necesario atenerse, en todo caso, a lo previsto por la LAU o el artículo 96 CC; adviértase que si el arrendamiento de la vivienda familiar celebrado por un esposo siempre es privativo, también lo será el derecho de retracto derivado de él (art. 25 LAU) y, en caso de ser ejercitado, igualmente lo será la vivienda, aunque sea pagada con dinero común (art. 1346.4 CC). Ya tratamos esta cuestión en MARTÍN MELÉNDEZ, *RCDI*, 1996, pp. 1061 ss. No obstante, no es nuestra postura la que defiende hoy la gran mayoría de la doctrina, que insiste en la imposibilidad de que el arrendamiento de vivienda tenga carácter ganancial, pudiéndose ver como ejemplo de ella, ARGELLICH COMELLES, *RDC*, 2016, pp. 125 ss.

En cuanto a la posibilidad de que el arrendamiento de local de negocio celebrado por un cónyuge sea ganancial, es clara la STC 6 de diciembre de 1989, *BOE* 7 de noviembre de 1989, o STS 20 de enero de 1996, RJ 1997\116. Como ejemplo en la doctrina, *vid.* MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2001, p. 373, que afirma que si el arrendamiento se concertó durante la vigencia de la sociedad de gananciales, a costa de bienes privativos o comunes, será ganancial, y si se concertó antes de aquélla, será privativo.

⁶⁴ *Vid.* sobre el arrendamiento de negocio y el usufructo de negocio: SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, 2015, pp. 316 ss. y 321 ss., respectivamente.

⁶⁵ En cuanto al concepto de discapacitado, conforme a la disposición adicional cuarta del CC, añadida por el artículo 13 de la Ley 4/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, ha de estarse al concepto definido por el artículo 2.2 de esta última.

⁶⁶ *Vid.* DOMÍNGUEZ LUELMO, 2010a, p. 942, que entiende que en estos casos «ambos derechos deben coexistir, siendo la situación similar a la que existía en el momento de fallecer el causante... aunque puede producirse un conflicto de intereses entre ambos titulares». También se refiere a esta coexistencia, independientemente de que se opte por la

El artículo 822 CC, aparte de la donación, recoge dos tipos de legado de derecho de habitación: el del artículo 822, p. 1 CC que tiene carácter voluntario y deriva de la disposición del cónyuge causante, y el del párrafo 2, que tiene origen legal, puesto que se atribuye por ministerio de la Ley al legitimario discapacitado conviviente que lo necesite, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente⁶⁷, con lo que la norma tiene un carácter dispositivo⁶⁸. En cuanto a los requisitos necesarios para que pueda constituirse este derecho de habitación y comunes a ambos casos, serían la condición de discapacitado y de legitimario (ya sea, descendiente, ascendiente o cónyuge) del legatario, y la convivencia con el testador en la época inmediatamente anterior al fallecimiento de éste⁶⁹; además, en el caso del legado legal, se exige, que el legatario tenga necesidad de vivienda, lo que implica que queden excluidos los legitimarios discapacitados que tengan derecho sobre una vivienda antes del fallecimiento del causante o como consecuencia de una disposición *mortis causa*⁷⁰.

Pues bien, a pesar de la simplicidad con que se despacha el párrafo 4 del citado al 822 CC, lo cierto es que suscita dudas de interpretación importantes con relación a los derechos de atribución preferente. Lo primero que llama la atención es que, con independencia de que el causante pueda donar o legar un derecho de habitación sobre un bien de su exclusiva propiedad, la compatibilidad del derecho de habitación de los párrafos 1 y 2 del artículo 822 CC, correspondiente al legitimario discapacitado, con los de los artículos 1406 y 1407 CC, implica que los bienes a los que entonces se refiere son necesariamente gananciales. Esto quiere decir, centrándonos en el artículo 822, p. 1 CC, que tanto la donación hecha por el esposo premuerto, como el legado contenido en su testamento, afectan a una vivienda de tal naturaleza; naturaleza ganancial que debería impedir, por una parte, que un esposo por sí solo pudiera hacer actos de disposición a título gratuito sin el consentimiento del otro (arts. 1322, p. 2 y 1378 CC) y, por otra, que el legado fuera eficaz desde el punto de vista de suponer la adquisición del derecho de habitación sobre la vivienda por el legatario, aunque ésta no hubiera sido adjudicada a la herencia del testador (frente a lo establecido en

propiedad o por el uso o habitación: O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, p. 844; EVANGELIO LLORCA, 2005, p. 697.

⁶⁷ Vid. FUENTESECA, 2004, p. 1757.

⁶⁸ Vid. BUSTO LAGO, 2013a, p. 1148.

⁶⁹ Tal y como señalan TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016b, p. 372, la discapacidad y la convivencia se apreciarán en el momento de la apertura de la sucesión, no en el de la donación o el del otorgamiento del testamento.

⁷⁰ Tal y como expone RAGEL SÁNCHEZ, 2004, p. 4029.

el art. 1380 CC⁷¹). Sin embargo, frente a ello, de una primera lectura parece desprenderse que el artículo 822, p.1 en relación con el p. 4 CC está permitiendo al esposo causante contravenir las normas citadas, haciendo donaciones válidas y eficaces de un bien ganancial sin contar con el consentimiento del otro esposo, y legados sobre bienes comunes eficaces en cuanto tales⁷² aunque el bien afectado termine siendo adjudicado al lote del viudo, lo cual es más llamativo si tenemos en cuenta que las normas vulneradas son fundamentales y básicas en el régimen de la sociedad de gananciales. Por esta razón, en nuestra opinión, ha de tratarse de conjugar las normas del régimen económico del matrimonio con lo establecido en el artículo 822 CC de modo que aquéllas sean respetadas en lo posible. De acuerdo con ello resultará que:

1. Aunque el cónyuge titular de un bien privativo, puede disponer a título gratuito sin el consentimiento del otro (teniendo en cuenta, cuando se trata de la vivienda familiar, el artículo 1320 CC, que exige el asentimiento del esposo no titular y que, por otra parte, no impide tal disposición si no se priva del uso de la misma a la familia⁷³), no creemos que el artículo 822 CC suponga facultar a un esposo para disponer a título gratuito de los derechos sobre la vivienda habitual ganancial, por sí solo, sino que, en todo caso, para hacer la donación del derecho de habitación requerirá el consentimiento (no simple asentimiento) del otro cónyuge, que después resultará ser el viudo⁷⁴. Así las cosas, pensamos que lo que desde este punto de vista quiere decir el artículo 822, p. 4 CC, es que, realizada la donación del derecho de habitación con el consentimiento de ambos esposos en favor del legitimario discapacitado de uno de ellos (o, en su caso, de los dos), fallecido éste (o cualquiera de ellos, en el segundo supuesto), el legitimario discapacitado podrá seguir disfrutando de su derecho de habitación, independientemente de que en la partición la vivienda sea adjudicada en propiedad o en uso o habitación, por la vía de los artículos 1406 y 1407 CC, al viudo, o no lo sea y vaya a parar al lote de los hered-

⁷¹ *Vid.* sobre este artículo, aplicable también por analogía al legado de cosa perteneciente a la comunidad postganancial, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, 2013, pp. 1370 ss.; DOMÍNGUEZ LUELMO, ADC, 1990, pp. 794 ss., que en pp. 828 y 829, sostiene que la disposición testamentaria de un bien ganancial, debe ceder ante el derecho de atribución preferente.

⁷² En este sentido, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2014, p. 152, que entiende que estamos ante una excepción al artículo 1380 CC, ya que «el espíritu de la norma no puede estar en dejar en manos de la decisión del cónyuge viudo la subsistencia de la institución del legado de habitación, si bien creo que debería haberlo previsto el legislador, en el sentido ya expuesto en cuanto a la aplicación del artículo 813 CC»; RIVERA FERNÁNDEZ, 2016, p. 871, para el que «el artículo 822 establece un excepción a la solución dada por el artículo 1380 CC».

⁷³ *Vid.* STS 6 de junio de 1993, RJ 1993\4466.

⁷⁴ En este sentido, también: RAGEL SÁNCHEZ, 2013, p. 6108.

ros del difunto. Dicho de otra manera: el hecho de que se haya donado válidamente el derecho de habitación al legitimario discapacitado, no impedirá al esposo superviviente ejercer su derecho de atribución preferente.

2. Respecto al legado del derecho de habitación sobre vivienda ganancial, como hemos dicho, éste solo debería ser eficaz con relación a tal objeto, y no simplemente como legado del valor del mismo, si la vivienda o, al menos, el derecho de habitación, fuera adjudicado en el lote de los herederos del esposo causante premuerto (art. 1380 CC), lo cual dependerá de que en la partición de los gananciales, no sea adjudicado al viudo, ya que la liquidación y la partición de la sociedad de gananciales, tanto lógica como temporalmente, son anteriores a la liquidación y partición de la herencia⁷⁵. Si esto es así, si el esposo superviviente, basándose en el artículo 1406, núm. 4 CC, solicita la adjudicación en su haber, de la vivienda habitual, ya no podría ser eficaz *in natura* el legado instituido por el esposo causante en favor del legitimario discapacitado y debería entenderse legado su valor (art. 1380 CC⁷⁶). Sin embargo, el artículo 822, p. 4 CC dispone de forma imperativa («no impedirá la atribución») e incluyendo sin matizaciones todos los supuestos previstos en los dos primeros párrafos («lo dispuesto en los dos primeros párrafos»), que «coexistirán» los derechos del legitimario y del viudo, lo que significa que el legado será eficaz en cuanto referido al derecho de habitación aunque recaiga sobre la vivienda habitual adjudicada en la liquidación de los gananciales al cónyuge superviviente, ya en propiedad, ya en uso o habitación. ¿Cómo explicar esta situación? Obsérvese que no estamos ante un legado de cosa ajena, en el que el heredero tiene la obligación de adquirir lo legado para entregárselo al legatario (art. 861 CC), ya que, por una parte, la vivienda ganancial pertenecía, aunque en comunidad germánica, al testador cuando hizo el testamento y hasta el momento de su muerte y, por otra, el discapacitado adquirirá el derecho de *habitación*, por vía sucesoria y directamente del causante, sin que los herederos tengan que adquirirlo de manos del superviviente adjudicatario, lo que a su vez contraveniría lo establecido por el artículo 1380 CC («se entenderá legado el valor»). Expuesto así el problema, nosotros no pensamos, como hace un sector doctrinal⁷⁷, que si la propiedad de la vivienda es adjudicada

⁷⁵ Vid., recientemente, por ejemplo, RDGRN 29 de junio de 2017, BOE 25 de julio de 2017. En la doctrina, vid. ABASCAL MONEDERO, *RDP*, pp. 409 ss.

⁷⁶ Vid. REQUEIXO SOTO, 2016, pp. 1229 y 1230.

⁷⁷ Vid. DÍAZ ALABART, 2014, p. 870; RAGEL SÁNCHEZ, 2013, p. 6108; NOGUERA NEBOT, *RDUNED*, 2006, p. 488; BUSTO LAGO, 2013a, p. 1148; MONASTIER MORALES, 2014, p. 836, si bien propone, para evitar la compensación al legatario del artículo 1380 CC, recurrir al artículo 3.1 CC y a la tutela judicial efectiva, «en pro del sujeto más necesitado de protección, ante la posibilidad (no deseable pero posible) de un fraude de Ley».

preferentemente al viudo, haya de aplicarse el artículo 1380 CC y, como consecuencia de ello, haya de entenderse legado el valor del derecho de habitación, puesto que esto contradice el tenor del artículo 822, p. 4 CC que, como hemos dicho, clara e imperativamente dice que los derechos derivados de los artículos 1406 y 1407 CC coexistirán con el derecho de habitación donado o legado voluntaria o legalmente al legitimario discapacitado. En nuestra opinión, a través de este legado, se está permitiendo al esposo que tiene un legitimario discapacitado que convive con él en la vivienda habitual, configurar, por anticipado (obviamente, puesto que en el momento en que se vaya a partir el patrimonio ganancial, él ya habrá muerto), el lote que les ha de corresponder a sus sucesores en la partición del patrimonio ganancial, igual que se lo permitirá al supérstite a través de los derechos de atribución preferente; pero, a diferencia de lo que ocurre cuando los dos esposos viven y en ambos se dan los requisitos exigidos para ser titular de un derecho de atribución preferente sobre el mismo bien, que es que ninguno tendrá preferencia para la adjudicación⁷⁸, en el caso del artículo 822, p. 1 CC, las dos preferencias se respetarán, de modo que si el supérstite opta por la propiedad de la vivienda, la recibirá gravada por el derecho de habitación, y si opta por el derecho de habitación, éste coexistirá con el del discapacitado. De este modo, incluido el derecho de habitación en el lote del premuerto, podrá ser eficaz el legado *establecido* por el causante. Por tanto, la eficacia del legado de habitación es doble: primero, supone ejercer un derecho de configuración de los lotes en la partición de los gananciales, y segundo, una disposición de última voluntad a título singular, todo lo cual se justifica en aras de la protección del discapacitado, objetivo de la Ley 41/2003.

3. Cuando es la propia Ley la que atribuye el derecho de habitación al discapacitado, dicha asignación ha de justificarse en el deseo del legislador de atender especialmente al legitimario conviviente cuando está necesitado de vivienda⁷⁹. También aquí entendemos que el derecho de habitación se adjudicará en el lote del

⁷⁸ *Vid.*, refiriéndose a un caso en el que ambos esposos gestionaban efectivamente una explotación económica de un taxi, SAP Castellón, 13 de septiembre de 2016, AC 102\2016, negando la existencia el derecho de atribución preferente en favor de cualquiera de los esposos.

⁷⁹ En cuanto a cuándo existe necesidad de vivienda, *vid.* DÍAZ ALABART, 2014, pp. 873 y 874, según la cual: «Evidentemente, existirá siempre que el discapacitado no tenga otra vivienda a su disposición y carezca de los medios económicos suficientes para dedicarlos a cubrir dicha necesidad (en arrendamiento o adquiriéndola), también puede darse aunque tenga una vivienda pero que por su situación o características no sea la adecuada para sus necesidades. ¿Se puede decir que hay necesidad si tiene varias viviendas aunque ninguna se adecue? La respuesta es dudosa ya que siempre puede enajenar alguna y con ello poner en condiciones otra de ellas. Creo que en estos casos será también importante ver cuál es la situación de los demás legitimarios».

premuerto, aunque esta vez por voluntad de la Ley, y desde allí irá a parar al legitimario discapacitado en situación de necesidad. Además, en estos casos, si el supérstite opta por la propiedad de la vivienda, la recibirá con el gravamen del derecho de habitación en favor del discapacitado, y si opta por el derecho de uso o habitación, deberá compartir la vivienda con éste, de modo que el heredero o legatario (si se dan los requisitos del artículo 1380 CC) que resulte ser adjudicatario de la vivienda o, mientras se realiza la partición de la herencia, el conjunto de los herederos, la recibirá gravada con el derecho del viudo y del discapacitado.

En todos los supuestos expuestos, es posible que surjan desavenencias entre el viudo y el legitimario discapacitado que no hagan posible en la práctica el disfrute de sus respectivos derechos⁸⁰, lo cual se dará, sobre todo, cuando el legitimario discapacitado no sea un descendiente común del fallecido y el viudo. Ante ello, lejos de defender que habría que restringir la aplicación del artículo 822, p. 4 CC a los casos en que el supérstite sea progenitor del legitimario discapacitado, en los cuales puede haber problemas igualmente, creemos que se hará necesaria la intervención del juez para que éste establezca medidas que puedan facilitar la convivencia o reparta temporalmente el uso de la vivienda, si es que los interesados no llegan a un acuerdo⁸¹. También se ha hecho alusión a la posibilidad de que las dificultades surjan por ser las necesidades habitacionales de los titulares del derecho de habitación, «incompatibles con la estructura o superficie de la vivienda»⁸²; nosotros creemos que esto no puede ser inconveniente, puesto que, dado que tanto el viudo como el legitimario discapacitado, por las propias exigencias de los requisitos de aplicación de los artículos 1406, núm. 4 y 822 CC, ya convivían con anterioridad con el fallecido en la misma vivienda, se trataría de que continuaran en ella de la misma manera que lo hacían antes e, incluso, con más espacio físico aún, puesto que el cónyuge causante, ya no habitará con ellos.

En cuanto a la no computación del derecho de habitación para el cálculo de las legítimas⁸³ a que se refiere el p. 1 del artículo 822 CC directamente, y el p. 2 del mismo precepto, por referencia al primero («en las mismas condiciones»), cuando juegan los derechos de

⁸⁰ De ello se hace eco la doctrina. Es, por ejemplo, el caso de MONESTIER MORALES, 2014, p. 336.

⁸¹ Punto este en el que coincidimos con, RAGEL SÁNCHEZ, 2013, p. 6109.

⁸² Vid. BUSTO LAGO, 2015, p. 225; BUSTO LAGO, 2013a, pp. 1148 y 1149.

⁸³ Vid. una perspectiva general sobre ello, en TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2012a, p. 44.

atribución preferente⁸⁴, hemos de hacer también alguna observación⁸⁵. Se trata de que, en nuestra opinión: 1. Cuando el derecho de habitación recayente sobre vivienda ganancial fue donado por ambos cónyuges, habrá de descontarse del valor de la vivienda adjudicada en propiedad al viudo, el valor del derecho de habitación donado al legitimario discapacitado y, si el viudo opta por otro derecho de habitación conforme al artículo 1407 CC, el valor de éste será descontado del valor de la propiedad incluida en el lote de los herederos del esposo premuerto; por otra parte, lo que dejará de computarse para el cálculo de la legítima (art. 822, p. 1 en relación con el artículo 818 CC) será la mitad del valor del derecho de habitación donado al legitimario discapacitado, puesto que la donación la hicieron ambos esposos y a ambos pertenecía la vivienda. 2. Cuando se trata de legado, puesto que el viudo no tiene por qué soportar los deseos del causante de favorecer al legitimario discapacitado de éste a costa de la vivienda habitual, el derecho de habitación y su valor deberá ser tenido en cuenta al hacer la partición de los gananciales, descontándose del de la propiedad de la vivienda cuando el viudo optara por ésta y computándose en el lote adjudicado a los sucesores del causante; pero este valor no se tendrá en cuenta para el cómputo de las legítimas en la sucesión del cónyuge premuerto (art. 822, p. 1 CC) y, por tanto, quedará fuera del *relictum* a los efectos de determinar la base para calcular aquéllas y el discapacitado tendrá que imputarlo en la suya. 3. Cuando es la propia Ley la que atribuye el derecho de habitación, de la misma manera que indicamos más arriba, se tendrá en cuenta su valor en la partición de los gananciales, puesto que el supérstite no tiene por qué

⁸⁴ Aclara RAGEL SÁNCHEZ, 2013, p. 6100, que la no computación para el cálculo de las legítimas «significa que el derecho de habitación constituido por donación o legado no se sumará a la reunión ficticia de los bienes relictos y los bienes donados. La computación y el cálculo de la legítima, de todas las legítimas, se efectuarán sin tener en cuenta el valor del derecho de habitación donado o legado. Así... si los legitimarios son dos hijos y uno de ellos es discapacitado, el derecho de habitación donado anteriormente en favor de este último no se sumará al *relictum* a la hora de hacer la reunión ficticia de los bienes hereditarios. Y como el valor del derecho de habitación no se tuvo en cuenta a la hora de calcular la legítima, la vivienda atribuida al hijo no discapacitado, cuando sea aquella sobre la que recae el derecho de habitación de su hermano tendrá que soportar este gravamen, que no se restará del valor económico del inmueble». Igualmente, *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, 2004, p. 4024. Por su parte, MONASTIER MORALES, 2014, p. 334, entiende que «no solo el legado no será objeto de computación, sino que el mismo queda también exento de cualquier otra operación para el cálculo de la legítima como la imputación o, en su caso, la colación de los legados existiendo herederos forzosos, salvo disposición en contrario del testador (art. 1037)». *Vid.* también TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016a, p. 372.

⁸⁵ Dice DÍAZ ALABART, 2014, p. 872, al referirse a este tema: «En la legítima del discapacitado... no se computa este derecho adquirido, lo que disminuye la legítima de todos los legitimarios (incluido el propio discapacitado). Ahora bien lo justo es que la carga se distribuya entre todos proporcionalmente, luego el adjudicar la propiedad o el uso de la vivienda al cónyuge viudo habrá de hacerse tomando en consideración al disminución objetiva del valor de ese derecho por mor del derecho de uso del discapacitado».

soportar la necesidad de vivienda del legitimario del esposo fallecido, pero no se computará para el cálculo de las legítimas en la sucesión de éste, tal y como resulta, en nuestra opinión, de la propia letra del artículo 822, p. 2 CC, al decir que el derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la Ley «en las mismas condiciones» que las expresadas en el p. 1 del mismo precepto.

Hasta ahora hemos tratado este tema pensando que el legitimario discapacitado es una persona distinta del viudo, pero, ¿qué ocurrirá si el legitimario discapacitado es precisamente el cónyuge supérstite? También aquí tendremos que distinguir según los casos: 1. Siendo la vivienda ganancial, es obvio que no podremos encontrarnos con una donación en vida del derecho de habitación, puesto que la facultad constitutiva del mismo ya está integrada en el derecho de propiedad del que era titular el que después será el viudo, junto a su cónyuge, futuro causante. 2. Si se trata de un legado en favor del supérstite, apoyándose en el artículo 1406, núm. 4 y el 1407 CC, éste podrá exigir la atribución de la propiedad de la vivienda habitual en la liquidación de la sociedad de gananciales, la cual será incluida en su lote, descontando de su valor, el del derecho de habitación, el cual irá a parar a la hijuela correspondiente a los sucesores del causante, desde donde pasará, como consecuencia del legado, al patrimonio del esposo legatario, pero esta vez, sin tener en consideración su estimación económica a la hora de calcular las legítimas. Sin embargo, el viudo no podrá optar por el derecho de habitación conforme al artículo 1407 CC, por la sencilla razón de que, como ya hemos dicho, la Ley atribuyó al causante la facultad de configurar, mediante la institución de un legado de derecho de habitación, el lote correspondiente a sus sucesores, incluso, frente al otro esposo, por lo que recibirá el legado por el mismo mecanismo y con el mismo resultado que el explicado anteriormente, y no se tendrá en cuenta para el cálculo de las legítimas. 3. Si es la propia Ley la que atribuye el derecho de habitación al viudo discapacitado, por darse en él la situación de necesidad de la vivienda y no haberlo excluido o dispuesto otra cosa el esposo premuerto, de acuerdo con el artículo 822, p. 2 CC, que dice que la atribución se hará «en las mismas condiciones» previstas en el artículo 822, p. 1 CC, deberemos concluir que se entenderá incluido el derecho de habitación en el haber del premuerto por su valor y, desde allí, pasará al patrimonio del supérstite, sin tenerlo en cuenta para el cálculo de las legítimas, todo ello, sin perjuicio de que el viudo pueda solicitar la atribución preferente de la propiedad de la vivienda, en los mismo términos que apuntamos más arriba.

C) POSIBILIDAD DE PAGAR EL EXCESO SOBRE EL HABER EN DINERO

C.1 Casos en que procede

C.1.a EL SEGUNDO INCISO DEL ARTÍCULO 1407 CC

Vista la primera parte del artículo 1407 CC, y habiendo concluido que no puede aplicarse a los bienes de uso personal y a la empresa, podemos pasar a tratar la segunda, cuyo tenor literal creemos conveniente reproducir. Concretamente dice: «Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero»⁸⁶.

Independientemente de reprobar su poco cuidada redacción –al decir «superara al de haber», en lugar de «superara al del haber», o hablar de «los bienes o el derecho», en lugar de «el bien o el derecho» o «los bienes o los derechos»–, estimamos que esta regla se refiere solo a los supuestos de atribución preferente de los números 3 y 4 del artículo 1406 CC. Otra cosa sería, si en vez de estar unida al inciso primero del artículo del que forma parte con un punto y seguido, estuviera separada de él a través de un punto y aparte, pues eso nos serviría para interpretar que «los bienes» de que habla son todos los del 1406 CC y no solo la vivienda y el local profesional. Ello no obstante, hay quien⁸⁷ extiende sin más esta norma a los bienes de uso personal y a la explotación económica, dando por supuesto que es así, pero la mayoría de la doctrina entiende que este precepto se refiere sólo a la vivienda y al local y lleva a cabo una contundente crítica de la misma⁸⁸ por encontrar totalmente injustificado que no se haya establecido, en general, para todos los supuestos del artículo 1406 CC⁸⁹.

Realmente, la cuestión, tratándose de los bienes de uso personal, tiene poca importancia práctica dado su escaso valor en com-

⁸⁶ Vid. STS 1 de julio de 1991, RJ 1991/5314 o SAP Badajoz 26 de marzo de 2007, AC 2007\1312.

⁸⁷ Vid. DÍEZ-PICAZO / GULLÓN, 2018a, p. 206; GONZÁLEZ GARCÍA, 2017, p. 206.

⁸⁸ No así MORALEJO IMBERNÓN, 2013, p. 1897, que encuentra justificados los aspectos diferenciales en la regulación de los números 3 y 4 del artículo 1406 CC por los «especialísimos fines a que sirven los apartados 3 y 4... (continuación de la actividad profesional y mantenimiento de la vivienda en la que el cónyuge habita)»

⁸⁹ Vid. LACRUZ BERDEJO, 1989, p. 536; RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, pp. 1012, 1017, 1021 ss., recordando que en los ordenamientos en los que se admiten los derechos de atribución preferente, el pago en dinero se admite como regla general; GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 182 ss.; MARTÍNEZ SANCHIZ, *RDN*, 1986, p. 315; FONSECA, *RDP*, 1986, pp. 19 y 35; MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2001, p. 374; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 270; PÉREZ GARCÍA, 2012, pp. 1200 y 1203; GARDEAZÁBAL DEL RÍO/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2015, p. 655; FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, 2006, p. 96.

paración, en términos generales, con el total del lote, pero cobra gran relevancia cuando se plantea respecto de la explotación, entendiendo la misma como «conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular, con destino a la producción o mediación de bienes o servicios, con vistas a la obtención de una ganancia»⁹⁰ o, más sencillamente y según decíamos en otro lugar, como «conjunto de elementos de valor económico de los que se sirve el empresario para desarrollar su actividad, es decir, la empresa en sentido objetivo»⁹¹. Y decimos que tiene mayor importancia la cuestión en este caso, porque el valor de la explotación económica ganancial⁹² superará a menudo el del haber del esposo que pretende su adjudicación. Por ello, en las siguientes líneas estudiaremos este tema básicamente desde el punto de vista de la explotación económica y, como la solución del problema planteado ha de tener como guía la finalidad del derecho de atribución preferente, comenzaremos por hacer unas aclaraciones sobre el objetivo del artículo 1406, núm. 2 CC en particular, para pasar a continuación a analizar las distintas opiniones existentes en la doctrina, y terminar exponiendo la que nosotros proponemos.

C.1.b FINALIDAD DEL DERECHO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE DEL ARTÍCULO 1406, NÚM. 2 CC

Como indicamos más arriba, en general, la finalidad que justifica los derechos de atribución preferente es satisfacer ciertos intereses personales o de afección del cónyuge titular de los mismos. Pues bien, cuando hablamos de la explotación económica ese interés personal o de afección es, concretamente, el interés en la continuación del ejercicio de la empresa o, dicho de otra manera (utilizando las palabras del propio artículo 1406, núm. 2 CC, en su actual redacción), el interés en continuar dedicándose a la «gestión efectiva»⁹³ de la explotación, lo que no es más que facilitar al espo-

⁹⁰ *Vid.*: O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, p. 1511.

⁹¹ *Vid.* MARTÍN MELÉNDEZ. *RCDI*, 2015, pp. 3180 ss., donde profundizamos en esta cuestión. *Vid.* en el mismo sentido: STS 20 de noviembre de 2000, ROJ: STS 8428/2000 - ECLI: ES: TS:2000:8428. Hablando de explotación en sentido amplio, *vid.* la SAP Córdoba, 2 de junio de 2018, JUR 2018\218901. Negando la existencia de explotación en el caso, *vid.* SAP Sevilla, 29 de septiembre de 2014, AC 428\2014.

⁹² Sobre la determinación del carácter ganancial de la explotación, *vid.* RIVERA FERNÁNDEZ, *RDF*, 2008, p. 75 ss.

⁹³ Haber gestionado efectivamente la explotación, es requisito imprescindible para ser titular del derecho de atribución preferente sobre la misma. *Vid.* STS 9 de mayo de 2008, RJ 2008\2970, cuya doctrina es seguida por SAP Soria, 4 de septiembre de 2014, JUR 2014\256642. Refiriéndose a la posibilidad de continuar en la gestión efectiva tras la partición a pesar de los problemas de salud del esposo: SAP Lugo, 2 de diciembre de 2016, AC 480\2016; Roj: SAP LU 788/2016 - ECLI: ES: APLU:2016:788. Se refiere a la posibi-

so proseguir con su trabajo y medio de vida, tal y como hasta entonces lo venía haciendo⁹⁴.

Tratándose de satisfacer este interés, la Ley faculta a quien lo ostenta para exigir que le sea atribuida la titularidad de la explotación, de donde se seguirá, siempre que ésta no exceda del valor de su lote: 1. Por un lado, que no se aplicará el artículo 1061 CC, evitándose así tanto su división y adjudicación por partes iguales al cónyuge gestor y al no gestor o herederos de éste⁹⁵ (como exigiría el principio de igualdad cualitativa de los lotes si no hubiera otras explotaciones en el patrimonio ganancial), como las injerencias de estas personas en la gestión empresarial derivadas de su cotitularidad; 2. Por otro, que si la explotación es indivisible o desmerece mucho por la división, tampoco podrá llegar a acudirse al párrafo 2.º del artículo 1062 CC, cuya aplicación supondría, normalmente, el fin de la actividad económica del esposo que, durante quizá mucho tiempo, mientras duró la sociedad de gananciales, dedicó todo su trabajo y esfuerzo a sacar adelante la empresa ganancial; 3. Por último, y como resultado más evidente, se impedirá que la explotación sea incluida enteramente en el lote del cónyuge no gestor o sus herederos.

Por consiguiente, la atribución de la explotación al esposo en el que concurren los requisitos del artículo 1406, núm. 2 CC es el medio para conseguir el fin perseguido que es la continuación de la actividad del esposo en la empresa, y este medio conlleva, entre otras consecuencias, la de la conservación de la unidad de la explotación; sin embargo, ésta no constituye el fin pretendido por el precepto⁹⁶, que atiende más a la situación personal del cónyuge concreto, que a los efectos que en la economía general⁹⁷ puedan tener las disoluciones de las sociedades de gananciales en las que

lidad de continuar con la gestión de la explotación ganadera, la SAP Córdoba, 24 de febrero de 2005, JUR 2005\145083

⁹⁴ Del mismo modo que el fin del derecho de atribución preferente del artículo 1406, núm. 2 CC, sobre el local, es la continuidad en el ejercicio de la profesión. *Vid.* SAP Murcia, 10 de junio de 2011, JUR 2011\266399.

⁹⁵ En caso de disolución de la sociedad de gananciales por muerte del cónyuge no gestor de la explotación.

⁹⁶ En sentido contrario a lo que nosotros pensamos, el Tribunal Supremo ha declarado que éste (conservación de la empresa como unidad económica) es el fundamento del derecho potestativo del artículo 1406, núm. 2 CC. *Vid.* STS 28 de mayo de 1992, RJ 1992\4391, según la cual: «... la preferencia o privilegio que otorga el derecho potestativo del núm. 2.º del art. 1406... ha de buscarse en la conservación de la empresa como unidad económica, de la que no forma parte aquel elemento que ha sido erradicado o excluido de la misma, dato que, con acierto, considera la Audiencia fundamental para aplicar las normas generales de la partición». Igualmente, SAP La Coruña, 20 de febrero de 2009, AC 77\2009.

⁹⁷ No ocurre esto en el Derecho francés, en el que la finalidad de los derechos de atribución preferente –nacidos en el derecho de sucesiones (art. 831 ss. *Code civil*), de donde pasaron al derecho de familia y, más concretamente, a la *communauté légale* (arts. 1471, 1475, p. 2 y art. 1476 *Code civil*)–, es conservar la unidad de la explotación.

exista una empresa ganancial. No obstante, este efecto provocado por el medio elegido por el legislador para satisfacer el interés personal del esposo gestor de la explotación en continuar con su gestión, se ha revelado de tanta importancia que –conforme al criterio de la realidad social del tiempo en que se aplican las normas del artículo 3 CC–, no podemos perderlo de vista a la hora de interpretar el derecho de atribución preferente que estudiamos, si bien, repetimos, la finalidad que ha de tenerse por prioritaria para resolver los distintos problemas que nos podamos encontrar en la aplicación de los artículos 1406, núm. 2 y 1407 CC, es la de continuidad del esposo al frente de la explotación⁹⁸, que ha de considerarse manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 C y del derecho al trabajo recogido en el artículo 35.1 de la misma norma fundamental⁹⁹. A corroborar lo que acabamos de decir, contribuye, en nuestra opinión, el hecho de que la unidad en la titularidad de la explotación en el sentido de evitar la comunidad por cuotas sobre la misma, no es un objetivo prioritario a conseguir, tampoco dentro de la regulación de la sociedad de gananciales en general, tal y como lo demuestra la evolución sufrida por el texto del artículo 1347, núm. 5 CC desde el Proyecto de 4 de octubre de 1978 hasta su redacción definitiva fruto de una enmienda a la redacción del Proyecto de 14 de septiembre de 1979¹⁰⁰. En efecto, mientras el artículo 1342 CC, que

⁹⁸ Esta misma opinión ya la sostuvimos en: MARTÍN MELÉNDEZ, *RCDI*, 2015, p. 3171. Postura semejante es defendida también por otros autores que han tratado el tema. Así: RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, pp. 765 y 788; MARTÍNEZ SANCHEZ, *RDN*, 1986, p. 294.

Otros, hablan de ambas finalidades sin considerar una de ellas como principal, siendo el caso de: GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 30; Díez BALLESTEROS, 1997, p. 401; GARCÍA URBANO, 1993a, p. 798; FONSECA, *RDP*, 1986, p. 114; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 256; refiriéndose al caso específico de la explotación agrícola, MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2001, p. 363; PÉREZ GARCÍA, 2012, pp. 1196 y 1197. A ellos podríamos añadir a O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, p. 1510, que considera como fundamento del precepto, «el reconocimiento legal del principio de libertad empresarial y profesional, así como del de conservación y continuidad de la empresa».

Otros, se refieren sólo a la finalidad de posibilitar la continuación al frente de la explotación por parte del esposo que la gestionó. Es el caso de: MORALEJO IMBERNÓN, 2013, p. 1896.

Por su parte, SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, 2016, p. 129, defiende que la finalidad del artículo 1406, núm. 2 CC es facilitar que no se divida la explotación económica, con lo que se asegura la continuidad de la empresa bajo la misma dirección, lo que nos lleva a entender que coloca como primer objetivo, la conservación de la empresa indivisa; y GUILLÉN CATALÁN, 2017, p. 868, considera que el fin general del artículo 1406 es «mitigar los riesgos de división de determinados bienes».

Por último, si bien refiriéndose únicamente al derecho de adjudicación preferente aragonés del artículo 85.2.c de la Ley 2/2003, de las Cortes de Aragón, de régimen económico matrimonial y viudedad, equivalente al actual artículo 267-2.c del Código Foral de Derecho de Aragón, MARTÍNEZ CORTÉS, 2005, p. 322, sólo reconoce como finalidad la conservación de la empresa con independencia de los avatares del matrimonio.

⁹⁹ *Vid.* GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 13 y 30.

¹⁰⁰ *Vid.*, sobre la elaboración parlamentaria del artículo 1347 CC, TORRALBA SORIANO, 1984, pp. 1603 y 1604.

era el que enumeraba los bienes gananciales en el primer proyecto citado, establecía en su número 5, velando por alcanzar una titularidad unitaria de la empresa, que serían gananciales «Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la formación de la empresa concurre capital privativo y capital común, la cualidad del bien dependerá del mayor importe de uno u otro, sin perjuicio de los derechos de reembolso», y esta misma idea se mantenía, si bien cambiando la redacción, en el artículo 1347, núm. 5 CC del citado Proyecto de 1979 que determinaba que serían gananciales «5.º Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas, en su mayor parte, de bienes comunes», en la redacción que pasó a ser el texto vigente, fruto de la enmienda 324 del Grupo Socialista, al criterio de la procedencia mayoritaria de los fondos empleados en la fundación de la empresa o explotación en caso de concurrencia de fondos de distinta naturaleza, le sustituye el de la subrogación real con la consiguiente constitución de una comunidad romana o por cuotas, fruto de la remisión al artículo 1354 CC.

También se ha traído a colación¹⁰¹ para defender que el fin propio del artículo 1406, núm. 3 CC es mantener la unidad de la explotación, la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en sus apartados I y II, en los que, haciendo gala de una pésima técnica jurídica repite el siguiente párrafo: «Por último, se introducen modificaciones en el Código civil vigente en tres aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc.». Esos tres, llamados «aspectos» a que se refiere, son los artículos 1056, p. 2¹⁰², 1271, p. 2 y 1406, núm. 3 CC. Pues bien, no creemos que lo declarado en el fragmento reproducido sea suficiente para funda-

¹⁰¹ Vid. SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, 2016, p. 129.

¹⁰² Este artículo se reforma para aclarar las dudas que había suscitado la redacción de 1981 y, así, sustituye la enumeración de tipos de explotación que se hacía anteriormente («explotación agrícola, comercial o industrial»), que la doctrina había considerado que tenía simple carácter ejemplificativo, por una expresión más general («explotación económica») y lo mismo hace con la proposición referida a la actividad que debía desarrollar el esposo beneficiario («que hubiera llevado con su trabajo»), aclarando que ha debido dedicarse a gestionar efectivamente la explotación («que hubiera gestionado efectivamente»). Vid. sobre ello, MARTÍN MELÉNDEZ, *RCDI*, 2015, pp. 3176 ss.

mentar que el fin del 1406, núm. 3 CC es el de mantener la unidad de la empresa y no el de posibilitar al esposo gestor continuar con su actividad al frente de la misma. Ello, en primer lugar porque, a pesar de que se habla de los tres artículos sin hacer distinción, solo los dos primeramente citados encajarían dentro de la descripción que hace la Exposición de Motivos («dotarla [a la unidad productiva] de instrumentos que permitan *diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión* más adecuada de la empresa»), puesto que cuando se habla de que estamos ante instrumentos que facultan al emprendedor para diseñar *durante su vida la sucesión* de la empresa, es lógico pensar que se está refiriendo a facultar para ordenar la sucesión por causa de muerte del empresario, lo cual no es el caso del artículo 1406, núm. 3 CC, pues incluso aunque la disolución de la sociedad de gananciales tuviera lugar por muerte del otro esposo, la liquidación y partición del patrimonio ganancial, a la que afectan los derechos de atribución preferente, se colocarían en un momento anterior al de la sucesión hereditaria, y estaríamos hablando de la sucesión del cónyuge no empresario, no de la del empresario beneficiario del derecho de atribución sobre la explotación y, si se tratara de la muerte del esposo empresario, no existiría derecho de atribución preferente a favor del otro, ni tampoco de los herederos del fallecido; por otra parte, y deduciéndolo de lo anterior, el artículo 1406, núm. 3 CC encajaría simplemente en la alusión a «aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia»; y, por último, insistimos, aunque la consecuencia de que el esposo beneficiario consiga que se adjudique la empresa por entero en virtud del artículo 1406, núm. 3 CC, sea que se mantenga la unidad de la empresa, esto no quiere decir que el objetivo principalmente perseguido sea ese, pues el verdadero sentido de la norma que estudiamos ha de hallarse poniéndolo en conexión, en primer lugar, con el resto del precepto en el que aparece recogida, y de él lo que se desprende es que de lo que se trata es de proteger a la persona del cónyuge, no a la empresa (igual que tampoco se pretende mantener la unidad de la vivienda, del local o de los bienes de uso personal en los otros apartados del artículo 1406 CC). Ahora bien, una vez que el empresario, gracias al derecho de atribución preferente, haya conseguido mantenerse al frente de la explotación, podrá organizar la sucesión de la misma.

En conclusión, todo ello pone de manifiesto que el legislador en todos estos casos relativos a la explotación económica ha pensado más en términos de lo que puede ser más justo o apropiado para cada cónyuge, que en otros más abstractos y generales (economía del país) que prescindan de las personas de los esposos. Por consi-

guiente, la interpretación teleológica del artículo 1406, núm. 2 CC, exigirá que ante todo tengamos presente como finalidad primordial perseguida por el precepto, la continuidad del esposo en la gestión de la empresa, y que pongamos en segundo término y supeditado a aquélla, el mantenimiento de la unidad de la empresa o la continuidad o supervivencia de ésta en sí misma.

C.1.c ANÁLISIS DE LAS POSTURAS DOCTRINALES AL RESPECTO

Sobre el problema de que el valor de la explotación sobrepase el del haber del esposo, en la doctrina encontramos básicamente dos posiciones: la de los que entienden que, a falta de acuerdo, dado que el artículo 1407 CC es inaplicable a la explotación económica, no cabe imponer el pago del exceso en dinero cuando de ella se trata¹⁰³, ni reconocerse el derecho de atribución preferente¹⁰⁴, y la de aquellos que intentan buscar una alternativa que nos permita aplicar la misma solución del inciso segundo del artículo 1407 CC¹⁰⁵.

Dentro de esta última postura, a su vez, habría distintas vías para llegar a fundamentarla. Así, en primer lugar, aquella que, partiendo de que el artículo 1410 CC remite a las normas sobre «partición y liquidación de la herencia» en todo lo no previsto especialmente en la regulación de la sociedad de gananciales en materia de «adjudicaciones a los partícipes»¹⁰⁶, busca entre sus preceptos alguno que recoja el pago del exceso en dinero y que sea aplicable a la división de la comunidad posganancial cuando el objeto atribuible sea la explotación económica. En este sentido, dentro del Libro III, Título III, Capítulo VI, Sección 2.^a («De la partición») del Código civil, encontramos dos artículos a los que se podría acudir: el artículo 1056, p. 2 (partición por el propio testador para mantener indivisa una explotación económica o el control de una

¹⁰³ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 1000, 1020 y 1021; DE LOS MOZOS, 1984, p. 513; GARCÍA URBANO, 1993b, p. 800; PÉREZ GARCÍA, 2012, pp. 1194, 1200 y 1203; LASARTE ÁLVAREZ, 2016, p. 231; MORALEJO IMBERNÓN, 2015, p. 192; VIVAS TESÓN, 2018, p. 351; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ, 2016, p. 293.

¹⁰⁴ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 1025: «no puede reconocerse el nacimiento de un verdadero derecho subjetivo en favor de quien la norma designa como potencial atributario cuando el bien atribuible, siendo de aquellos a los que se refieren los apartados 1.º y 2.º del artículo 1406, tiene un valor reconocido por las partes superior a la cuota que corresponde al atributario en la partición, es decir, el atributario en estas circunstancias no puede exigir que se le incluya en su lote o hijuela el bien de uso personal... o la explotación que hubiera llevado el atributario con su trabajo»; VIVAS TESÓN, 2018, p. 351.

¹⁰⁵ A ellos se une, aunque sin profundizar en el tema: NAVARRO FERNÁNDEZ, 2005, p. 289, refiriéndose en particular a la explotación agrícola. Igualmente, RODRÍGUEZ APARICIO/AGUSTÍN TORRES, BICAM, 1999, p. 53, o SEBASTIÁN CHENA, 2016, p. 165.

¹⁰⁶ Vid. sobre el alcance de la remisión del artículo 1410 CC: MARTÍN MELÉNDEZ, 1995, pp. 10 ss.

sociedad de capital) y el artículo 1062, p. 1 (cosa indivisible o que desmerezca mucho por la división).

En cuanto al artículo 1056, p. 2 CC, aparte de suponer una excepción al principio de que la legítima ha de pagarse en bienes de la herencia, cabe decir como principales rasgos¹⁰⁷ que lo separan del artículo 1407, inciso segundo CC, que lo que en él básicamente está en juego es la protección de las legítimas¹⁰⁸ y ello es cuestión ajena a los derechos de atribución preferente, y que la finalidad que persigue es la mantener la unidad de la explotación («preservar indivisa»), ya sea para velar por el interés de la familia, ya para asegurar la conservación de la empresa, dentro de una circunstancia de cambio de titularidad de ésta¹⁰⁹, no permitir a quien la creó y gestionó continuar al frente de la misma, objetivo fundamental del artículo 1406.2 CC; igualmente, su aplicación supone la exclusión de la comunidad hereditaria¹¹⁰ sobre la explotación o paquete de acciones afectados, cosa que no ocurre con los bienes objeto de atribución preferente en general, que pertenecen a la comunidad posganancial hasta su adjudicación¹¹¹; a esto se une lo que es más importante desde nuestro punto de vista, y es que en el propio ámbito de aplicación del artículo 1056, p. 2 CC, si el testador no dispone expresamente la posibilidad de pago del exceso en dinero, dicho pago, salvo común acuerdo, no cabe, por mucho que haya realizado la adjudicación de la explotación o el paquete de acciones a alguno de sus legitimarios¹¹² (tal y como se desprende de este precepto cuando dice que «Si no se hubiera establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su

¹⁰⁷ Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, 2010b, pp. 1151 ss.

¹⁰⁸ Concretamente, tal y como manifiesta PÉREZ ESCOLAR, ADC, 2007, p. 1665, en los supuestos del artículo 1056, p. 2 CC, la legítima se aparta de la regla general que la configura como *pars bonorum*, y sume la de *pars valoris valorum*, puesto que los legitimarios no adjudicatarios adquieren un derecho de crédito que, hasta que se satisfecho, estará garantizado con los bienes de la herencia que quedan afectos a dicho pago como consecuencia del artículo 806 CC, de donde se deduce, en opinión apoyada por TORRES GARCÍA, 2006, pp. 202 y 203, que la legítima no queda convertida en un simple derecho de crédito.

¹⁰⁹ Vid. TORRES GARCÍA, 2008, p. 1661. También se refiere al fin de conservación de la empresa, entre muchos otros: DOMÍNGUEZ LUELMO, 2010b, p. 1151, o PÉREZ ESCOLAR, ADC, 2007, p. 1665. Por su parte, RUEDA ESTEBAN, 2005, p. 218, después de analizar el significado de las expresiones «interés de la familia» y «conservación de la empresa», recogidas en el precepto, se refiere finalmente al fin de mantener indivisa la empresa, sea cual sea el motivo del testador.

¹¹⁰ Vid. TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2012b, p. 130; TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016b, p. 463; DOMÍNGUEZ LUELMO, 1989, p. 47; MARTÍNEZ ESPÍN, 2013, pp. 1425 y 1427.

¹¹¹ No obstante, entiende TORRES GARCÍA, 2008, p. 1670, que en los casos del artículo 1056, p. 2 CC, si existe aplazamiento, hasta que no se pague a los legitimarios, no tendrá efectividad la adjudicación hecha por el testador.

¹¹² Vid. RUEDA ESTEBAN, 2005 p. 237; TORRES GARCÍA, 2008, p. 1662; TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2012b, p. 131; Díez-PICAZO/GULLÓN, 2018b, p. 174; MARTÍNEZ ESPÍN, 2015, p. 106.

legítima en bienes de la herencia»), lo que traído a nuestra hipótesis implicaría que, dado que la Ley (que es la que sustituye en nuestro caso al testador) no ha establecido la posibilidad de pago en metálico, éste no será posible salvo que exista acuerdo de todos los interesados. Todo ello hace que no estimemos suficiente este artículo para contradecir lo que se desprende expresamente del tenor literal del artículo 1407 CC en su segundo inciso, que es que solo cabe el pago del exceso en dinero si los bienes son la vivienda habitual y el local profesional, y tampoco para prescindir de la solución que, en nuestra opinión, se desprende del artículo 1406 CC, como más adelante veremos.

Por lo que se refiere al artículo 1062 CC, sería aplicable solo al caso de que el bien atribuible preferentemente que excede del haber, fuera indivisible o desmereciera mucho con la indivisión. Entonces la aplicación de este precepto a la partición de la sociedad de gananciales supondría que, el cónyuge titular del derecho de atribución preferente podría exigir la adjudicación de la explotación pagando el exceso en metálico, pero si el esposo no titular o sus herederos, no están de acuerdo con esta adjudicación, cualquiera de ellos podría pedir su venta (de todo el bien) en pública subasta con admisión de licitadores extraños. Sin embargo, a pesar de ello, basándose en este artículo algunos autores¹¹³ han defendido que si la explotación es indivisible cabrá *en todo caso* la adjudicación al esposo gestor de la misma compensando en metálico a la otra parte la diferencia respecto al haber, sin que pueda oponerse la otra parte, basándose en que el resultado de la aplicación del artículo 1062, p. 2 CC (es decir, de la celebración de la subasta a la que llevaría la negativa del cónyuge o herederos a tal adjudicación) sería para éstos el mismo que el de la sola puesta en práctica de su primer párrafo, es decir, que el de la atribución al esposo pagando en metálico el exceso (recibir dinero), puesto que debe serles indiferente de quién proceda éste (del cónyuge o de un tercero); por tal motivo, se llega a afirmar¹¹⁴ que la pretensión de

¹¹³ Vid.: LÓPEZ SÁNCHEZ, *RJC*, 1983, p. 615. También llega a la misma conclusión GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 184 y 185, si bien se basa, no solo en el artículo 1062 CC, sino también en los artículos 821, 822, 829, 401 y 1056 CC en general, el cual es seguido por Díez BALLESTEROS, 1997, p. 415, por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 270, por REYES LÓPEZ, 2004, p. 185, y por GARDEAZÁBAL DEL RÍO/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2015, pp. 655 y 656; también, GARCÍA CANTERO, 1995, p. 104, o SEBASTIÁN CHENA, 2016, p. 165. Vid. igualmente, alegando el artículo 1062 CC, SAP Salamanca, 17 de diciembre de 2010, Roj: SAP SA 641/2010 - ECLI: ES: APSA:2010:641.

¹¹⁴ Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, *RJC*, 1983, p. 615; REBOLLEDO VARELA, 2010, p. 99, que, tal y como se deduce de su remisión a las pp. 88, 89 y 90, entiende que habrá abuso de derecho si la valoración que se hace del bien, con relación a la cual está dispuesto a compensar el cónyuge adjudicatario, «es ajustada la realidad del mercado y la forma de pago de la compensación es al contado o a corto plazo, sin dilaciones ni inseguridades de futuro cobro».

celebración de subasta por el cónyuge del gestor de la explotación o sus herederos, podría ser calificada de abuso de derecho conforme al artículo 7, núm. 2 CC. De este modo, concluyen que cuando se trate de la vivienda o el local (o de los derechos de habitación o uso) y éstos superen el haber, cabrá imponer la adjudicación pagando el exceso en metálico, no sólo cuando dichos bienes sean indivisibles, sino también cuando no lo sean, mientras que sólo cabrá adjudicar preferentemente la explotación o los bienes de uso personal que excedan del valor del haber del adjudicatario si éstos son indivisibles o desmerecen mucho con la indivisión. Ante ello, nosotros podemos decir: primero, que no creemos que actúe abusivamente el partícipe que opta por la venta en pública subasta, pues aunque de ella obtenga también dinero, es lógico que quiera tener la oportunidad de obtener más de lo que el otro cónyuge le ofrece –aunque previamente haya sido valorado el bien– y nada impide a este último concurrir también a la subasta y mantener la explotación en su poder si es que está dispuesto a pagar lo mismo que el tercero mejor postor; se trata de un derecho que le concede la Ley a ese partícipe precisamente para esos supuestos y su ejercicio sería abusivo en todos los casos, no solo en este; segundo, que el resultado al que lleva la aplicación del artículo 1062 CC en sus dos párrafos, cuando el otro partícipe no está de acuerdo con la aplicación del párrafo primero (la celebración de la subasta), es muy diferente al del pago del exceso sobre el haber en dinero del artículo 1407 CC y, por consiguiente, no cabe alegar, como hacen estos autores, la similitud de las consecuencias a que lleva la aplicación de éste y la de los artículos 1410 y 1062 CC; en relación con esto último, piénsese que el esposo no titular del derecho de atribución, puede preferir que en su lote haya más dinero y menos bienes gananciales de los que se incluirían en el mismo para compensar la parte del valor de la empresa que cabe en el haber del cónyuge empresario, de modo que esos bienes gananciales se repartan entre los dos y no le sean adjudicados solo a él junto con el dinero que compensa el exceso, y esto lo conseguirá a través de la subasta, poniéndose más aún de manifiesto que oponerse a la adjudicación preferente y exigir la subasta no tiene por qué suponer ningún abuso; tercero, que no creemos que haya necesidad de acudir ni al artículo 1410, ni al artículo 1062 CC, ante la solución que ofrece el propio artículo 1406 CC. No obstante, hay también quien¹¹⁵, para evitar las consecuencias derivadas de la aplicación del p. 2 del artículo 1062 CC, defiende que solo sería aplicable su p. 1.º, pero nosotros pensamos que si se entiende que puede acu-

¹¹⁵ Vid. MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2001, pp. 374 ss.

dirse a este artículo, su aplicación deberá ser hecha por entero, sin obviar una de sus partes sólo porque no se corresponda con la solución que pretendemos justificar.

Otro camino seguido¹¹⁶ para alcanzar el objetivo propuesto es acudir, no solo a los dos artículos citados (arts. 1056, p. 2 y 1062, p. 1 CC) y afectados por la remisión del artículo 1410 CC, sino también a otros dentro del derecho de sucesiones que contemplan la posibilidad de pago de excesos en dinero en distintos supuestos – concretamente, al artículo 821 (legado de finca que no admita cómoda división), artículo 829 (mejora en cosa determinada), artículos 841 y ss. («Pago de la porción hereditaria en casos especiales»)¹¹⁷-, para concluir que de todos estos preceptos en su conjunto, se desprende que el pago en metálico es una solución, en cierto modo, general, para cuando el bien atribuido o atribuible excede de la parte que corresponde al adjudicatario, lo que podría justificar su aplicación a nuestra hipótesis a través de la analogía *iuris*, incluso prescindiendo del alcance de la remisión del artículo 1410 CC. No obstante, a nosotros esta vía nos parece rechazable porque no puede acudir a la analogía *iuris* ni *legis*, cuando no existe vacío legal para el caso concreto, que es lo que, en nuestra opinión, ocurre aquí.

Por último, en cuanto a la aplicación analógica del propio artículo 1407, inciso 2.º CC a los supuestos no previstos por él mismo, propuesta por algún autor¹¹⁸, entendemos que debe ser rechazada también por el carácter excepcional de este precepto (art. 4.2 CC)¹¹⁹, que lo hace inaplicable a los casos que no prevé¹²⁰.

C.1.d. NUESTRA INTERPRETACIÓN PARTICULAR

Vistos los argumentos esgrimidos a favor de que el cónyuge pueda *imponer* la adjudicación en su haber de los bienes a que se refieren los números 1 y 2 del artículo 1406 CC, obligándose a pagar el exceso en dinero, a pesar de no estar contemplados estos

¹¹⁶ Vid. GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 184 y 185

¹¹⁷ Vid. sobre los artículos 821, 829 y 841 ss. CC, TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2012b, pp. 128 ss.

Incluso, respecto a los artículos 841 ss. CC, TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016b, pp. 474 y 475, entienden que la aplicación extensiva de estos preceptos en cuanto a la posibilidad de pago en metálico de la legítima de descendientes, requiere, además de que los bienes queden en manos de los descendientes, que exista previsión al respecto del testador, lo que en nuestro caso supondría exigir que la Ley hubiera previsto expresamente el pago en metálico de los excesos sobre el haber también cuando se trate de la explotación, lo cual no ocurre.

¹¹⁸ Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, *RJC*, 1983, p. 615.

¹¹⁹ Vid. sobre la interpretación de las normas y la analogía, GARCÍA RUBIO, 2002, pp. 149 ss.

¹²⁰ Estamos de acuerdo en este punto con RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 1009, que no cree aplicable el artículo 1407 CC a otros casos distintos de los del 1406, números 3 y 4 CC

supuestos por el artículo 1407 CC, y los reparos que nos sugieren, pasaremos a exponer nuestra opinión al respecto, que no es otra que no admitirlo por las razones que expondremos.

Ante todo, hemos de comenzar diciendo que nosotros, como buena parte de la doctrina, creemos que no hay razón alguna que justifique dar un trato diferente a la explotación y al local, ya que en ambos casos está en juego la continuidad del esposo en su trabajo (fin perseguido por el derecho de atribución preferente en los dos supuestos), pero aún de forma más drástica en el caso de la explotación puesto que sobre ella recae la actividad del que la gestiona y muchas veces ella misma es fruto de su propia dedicación y esfuerzo: es su creación. Incluso creemos que, desde otro punto de vista, podríamos alegar otra razón por la que la explotación debería haberse incluido en el segundo inciso del artículo 1407 CC, ya que podemos encontrar semejanza entre la relación que une la explotación y el cónyuge gestor y la que une al profesional con los instrumentos necesarios para el ejercicio de su profesión a que se refiere el artículo 1346, núm. 8 CC declarándolos privativos aunque fueran adquiridos con fondos comunes, supuesto en el que el cónyuge sería deudor de la sociedad de gananciales por el caudal satisfecho (art. 1346, último párrafo, CC). Todo esto, en definitiva, hace que la explotación esté más vinculada a la persona que el local profesional, lo que debería haber conducido al legislador a establecer la posibilidad de pago del exceso en dinero, también de forma expresa, para la empresa con el fin de facilitar que ésta quede en manos de quien la gestionó. Sin embargo, y aunque lo lamentamos, no es así.

Dicho esto, creemos, por una parte, que no puede pretenderse que la norma que determina un artículo que excluye de forma totalmente consciente e intencionada determinados supuestos de su ámbito de aplicación, pueda aplicarse a los mismos, tal y como ocurre con el artículo 1407, inciso 2.º CC en relación con las hipótesis de los números 1 y 2 del artículo 1406 CC; y, por otra, que para resolver el problema planteado no cabe acudir a las normas sobre la liquidación y partición de las herencias, pues éstas solo se aplican a la partición de la sociedad de gananciales en lo no previsto por las que específicamente la regulan y, en nuestro caso, el propio 1406 CC está dando la solución. En efecto, este precepto consagra el derecho del cónyuge en el que se den los requisitos para ser titular de un derecho de atribución preferente, a imponer, frente al principio de igualdad cualitativa de la partición del artículo 1061 CC y como excepción al mismo, que en su lote sea incluido el bien al que su derecho se refiere y, además, a que ese bien le sea atribuido *hasta donde su haber alcance*, esto último sin distin-

guir si el bien es divisible o indivisible. Por tanto, el haber determina no solo el límite más allá del cual, en principio, no existe derecho de atribución preferente, sino también la línea hasta donde ese mismo derecho ha de ser respetado, como mínimo, con independencia de la naturaleza del bien. Obsérvese que el artículo 1406 CC no dice que se tendrá sólo el derecho de atribución preferente «si» el bien no supera el haber, ni emplea expresiones más dudosas como que el derecho existirá «en tanto» el valor del bien no exceda del haber¹²¹, sino que directa y claramente dice que se tendrá *derecho a que le sea atribuido hasta* donde alcance el haber, y ello incluye, no solo el caso en el que el valor del bien sea igual o menor que el del lote, sino también aquél en el que lo supere, supuesto en el que, inevitablemente, sólo podrá ser atribuida una cuota del mismo. Esto quiere decir que, tratándose de las hipótesis de los números 1 y 2 del artículo 1406 CC (pues solo a las de los números 3 y 4 se refiere el artículo 1407 CC), siempre que no se vaya más allá del haber, el titular del derecho de atribución preferente puede imponer a la otra parte la inclusión del bien de que se trate en su lote; más allá, requerirá el acuerdo de los demás sujetos de la partición, que podrán acceder a ello si lo desean a cambio de la correspondiente compensación en dinero. Como consecuencia de todo esto, si dicho acuerdo no existe, el titular del derecho de atribución preferente, si el bien es divisible, podrá exigir que le sea atribuida la porción física o material del bien que pueda caber en su lote (por ejemplo, si se trata de una empresa constituida por varias explotaciones y alguna o algunas de ellas pueden continuar con su actividad económica por separado de las demás, sin que las separadas ni las restantes sufran traumas de importancia, podrá incluirse en su lote la o las explotaciones que puedan caber en él: todas las que quepan o alguna de las que quepan); si el bien es indivisible (por ejemplo, empresa constituida por una sola explotación) el titular del derecho de adjudicación preferencial podrá exigir igualmente que su derecho sea respetado hasta colmar su haber, pero esta vez lo que se incluirá en él será una cuota abstracta del bien en cuestión, debiéndose adjudicar la cuota restante al otro esposo o sus

¹²¹ Tal y como hace, por ejemplo, si bien dentro del ámbito del derecho de sucesiones y tratando de la legítima del viudo, el artículo 257.1 de la Ley 2/2007, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, según el cual: «En tanto no exceda de su cuota usufructuaria, el cónyuge viudo podrá optar por hacerla efectiva sobre la vivienda habitual, el local en donde ejerciera su profesión o la empresa que viniera desarrollando con su trabajo». Obsérvese que dice «en tanto», no «en cuanto», lo cual hubiera sido muy diferente, puesto que introduciría la posibilidad de entender que con la última expresión citada se incida cantidad. *Vid.*, al respecto, SAP Pontevedra, 18 de febrero de 2016, AC 83\2016; Roj: SAP PO 122/2016 - ECLI: ES: APPO:2016:122, en la que se niega al viudo tal derecho, precisamente por exceder del valor de su haber.

herederos. Por tanto, en este último caso la atribución se llevará a cabo mediante la constitución de una comunidad romana por cuotas que en adelante se regirá por las normas de los artículos 392 y ss. CC, entre los que se encuentra el artículo 404 CC que permitirá a cualquiera de los condueños exigir posteriormente la venta del bien en pública subasta con el consiguiente reparto de su precio, subasta en la que, si lo desea, el adjudicatario preferente (igual que el otro esposo) puede participar para conseguir la totalidad del bien, teniendo en cuenta, además, que en caso de venta de la cuota del otro partícipe, a un extraño, jugará a su favor el derecho de retracto del artículo 1522 CC¹²². Para apoyar la posibilidad de atribuir preferentemente solo la parte del bien ganancial que quepa en el haber, podemos traer a colación que si la comunidad romana estuviera constituida previamente, existiendo ya durante la vigencia del régimen, entre la sociedad y un esposo, la parte ganancial también sería preferentemente atribuible y, si el esposo titular del derecho de atribución preferente y, por ello, adjudicatario, no fuera el copropietario, se mantendría la situación de comunidad y el posible ejercicio de la acción de división¹²³. Es verdad que el artículo 786.1 LEc., establece que el contador partidor «procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas», pero, tal y como ha indicado la doctrina, el verbo «procurará» no excluye que puedan adjudicarse bienes pro indiviso al realizar la partición, siempre que ello no se convierta en «solución

¹²² No creemos que sea aplicable a la hipótesis que analizamos el artículo 1067 CC, referido al retracto entre coherederos, con base en la remisión del artículo 1410 CC, ya que dicho precepto se refiere al caso de enajenación de cuota en el patrimonio hereditario por uno de los coherederos antes de haberse realizado la partición, mientras que aquí, además de no estar ante la enajenación del derecho sobre la comunidad posganancial, sino de una cuota de un bien concreto, ya se ha practicado la partición y, por tanto, estamos en un momento posterior en que la posibilidad de ejercer el derecho de retracto del artículo 1067 CC ya ha desaparecido. Contra GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 184 y 185. *Vid.* SAP La Coruña, 27 de abril de 2007, JUR 2007\280626, que declara que el derecho de retracto del artículo 1067 CC se extingue con la partición.

¹²³ *Vid.* sobre el caso de vivienda habitual en parte privativa y en parte ganancial: RAGEL SÁNCHEZ 2017a, pp. 828 y 829, que rechaza que toda la vivienda pueda ser objeto de atribución preferente, y se plantea como posibles soluciones, la atribución preferente de la cuota ganancial (que nosotros creemos acertada) y la de acudir, a través del artículo 1410 CC, al artículo 821 CC, del que resultaría que, cuando la parte ganancial fuera igual o superior a la mitad del valor de la vivienda, ésta debería atribuirse por entero al esposo titular del derecho de atribución preferente y ello, si éste no es el condueño, implicaría disponer de una parte de la vivienda que pertenece a la herencia del cónyuge fallecido y no a la comunidad posganancial, lo que nos parece totalmente rechazable, además de que estimamos que al artículo 821 CC no llega la remisión del artículo 1410. *Vid.*, igualmente, RAGEL SÁNCHEZ, 2017b, pp. 1444 y 1445. En la jurisprudencia, la STS 16 de marzo de 2007, RJ 2007\1861, resuelve un caso en el que se solicita por la viuda la atribución preferente de una vivienda perteneciente en comunidad romana al marido fallecido y, en un porcentaje ínfimo (uno por ciento), a la sociedad de gananciales, negando la petición, si bien en el caso, no existía realmente tal derecho por no darse sus requisitos. *Vid.* sobre esta sentencia, el comentario de CABEZUELO ARENAS, *CCJC*, 2009, pp. 585 ss.

natural» pues la finalidad de la liquidación es la división (art. 1401 CC), lo que implica que sólo de forma excepcional y motivada se podrían hacer en el cuaderno particional adjudicaciones de bienes gananciales en régimen de indivisión¹²⁴; y eso (excepción y justificación) es lo que concurre en nuestro caso, con el refuerzo que supone que esa excepcionalidad y esa motivación que justifican la adjudicación pro indiviso, aparecen recogidas expresamente por la Ley al constituir el derecho de atribución preferente hasta donde alcance el haber. Además, hay que tener en cuenta que el artículo 1061 CC –precepto que justifica la facultad de solicitar la venta en pública subasta que se concede por el artículo 1062, p. 2 CC al esposo que se opone a la adjudicación al otro compensando el exceso en dinero–, según ha determinado la jurisprudencia, no es imperativo¹²⁵, lo que supone un argumento más a favor de nuestra posición, en cuanto que haría posible proceder a la adjudicación de cuotas indivisas de la explotación de distinta entidad, como forma de dividir la comunidad posganancial, incluso aunque no estuvieran legalmente recogidos los derechos de atribución preferente.

A primera vista, podría pensarse que la solución que aquí proponemos lleva al mismo resultado que la de acudir al artículo 1062, p. 2 CC a través del artículo 1410 CC, sin embargo no es así. Expongamos las diferencias que surgen de seguir una postura u otra:

1. Si se opta por aplicar el artículo 1062 CC, ante la inexistencia de acuerdo sobre la adjudicación del bien al esposo titular del derecho de atribución preferente pagando el exceso en dinero, los demás bienes gananciales serán repartidos entre los dos lotes siguiendo el principio de igualdad cualitativa de la partición del artículo 1061 CC y el bien indivisible se venderá en pública subasta, de modo que el precio obtenido se repartirá por mitad entre las dos partes implicadas. Por tanto, la aplicación del artículo 1062, p. 2 CC, lleva a que tanto el esposo titular del derecho de atribución preferente como el otro cónyuge o sus herederos reciban por igual dentro de su lote bienes gananciales (en lo posible, de la misma naturaleza, calidad y especie, art. 1061 CC) y dinero.

Frente a ello, si se opta por la solución que proponemos, se respetará el derecho de atribución preferente y se mantendrá la excepción a la igualdad cualitativa de la partición del artículo 1061 CC que la Ley ha querido posibilitar con el artículo 1406 CC. Por consiguiente, el esposo titular del derecho de atribución preferente

¹²⁴ Vid. en este sentido REBOLLEDO VARELA, 2010, pp. 77 a 80, y REBOLLEDO VARELA, 2018, p. 169.

¹²⁵ Vid. STS 3 de enero de 1990, RJ 1990\31; STS 14 de junio de 1993, RJ 1993\4832.

verá colmado su lote con la cuota del bien objeto de la misma que quepa en él y el otro o sus herederos recibirán todos los demás bienes gananciales y una cuota de aquel bien, proporcional a lo que resta para completar su haber.

Por tanto, la composición de los haberes será muy diferente: en un caso (art. 1062, p. 2 CC), bienes gananciales y dinero por igual; en el otro (arts. 1406 y 404 CC), uno recibe solo una cuota del bien objeto de la atribución preferente y otro, otra cuota de éste y los demás gananciales.

2. La distinta forma en que terminan configurándose los lotes a que nos lleva cada uno de esos dos caminos, tiene gran trascendencia respecto a la subasta a través de la cual el esposo titular del derecho de atribución preferente (también el otro si lo desea, aunque lo vemos mucho menos probable) puede llegar a hacerse con la totalidad del bien:

Si se aplica el artículo 1062 CC, el esposo en quien se cumplieran los requisitos de la atribución preferente, para poder hacerse con el bien en la subasta –siempre, claro está, que sea el mejor postor–, deberá pagar al otro esposo o sus herederos la mitad del precio del remate.

Sin embargo, si se aplica el artículo 1406 y el artículo 404 CC, el cónyuge adjudicatario preferente para llegar a ser propietario de la totalidad del bien, siendo el mejor postor, deberá pagar al otro esposo o sus herederos solamente la parte del precio del remate que sea proporcional a la cuota de éstos que, por regla general, será menor que la mitad.

3. Por último, cuando se aplica el artículo 1062, p. 2 CC, la finalidad de la subasta será poder continuar con la partición de la masa indivisa mediante la sustitución del bien indivisible por dinero, el cual se subrogará en el lugar de aquél y será lo que se reparta para completar los lotes; mientras que si se aplica el artículo 1406 CC y seguidamente el artículo 404 CC, cuando se lleve a cabo la subasta, la partición ya habrá quedado concluida en un momento anterior mediante la adjudicación –por lo que al bien indivisible se refiere– de una cuota del mismo en cada lote y, por consiguiente, el bien objeto de la venta ya no formará parte de una masa a dividir en la que cada bien individual pertenece en régimen de comunidad germánica a ambos cónyuges (o cónyuge, por un lado, y herederos del premuerto, por otro), sino que estaremos ante un bien que pertenecerá en régimen de comunidad ordinaria y por cuotas, a esos sujetos

Vistas las diferencias entre la aplicación del artículo 1406 y del 1062, p. 2 CC, la importancia de éstas se incrementa si el bien indi-

visible al que nos referimos es una explotación económica, dado lo elevado de su valor.

Nuestra propuesta tiene, en este punto, varias ventajas frente a la vía del artículo 1062, concretamente:

- Respetar el derecho de atribución preferente, que es lo que la Ley quiere sin excepción cuando el esposo beneficiario así lo desea.

- Facilitar que el cónyuge empresario se haga con la totalidad de la explotación (pues el dinero que tendrá que pagar al otro esposo o sus herederos será normalmente mucho menos que la mitad de su valor), evitando que ésta termine en manos extrañas.

- Conseguir el fin que el legislador consideró digno de protección al introducir el artículo 1406, núm. 2 CC que, como vimos, era el mantenimiento del esposo al frente de la explotación, tal y como venía haciéndolo antes de la disolución de la sociedad de gananciales; incluso, tratándose de una explotación económica, la misma situación de comunidad creada sobre ella, antes de llegar a la venta de la misma en la subasta, podrá posibilitar que el esposo gestor pueda seguir con su labor de gestión efectiva tras la disolución del régimen de gananciales, si tenemos en cuenta que lo normal será que su cuota en la explotación sea bastante mayor que la del otro cónyuge (art. 398 CC), puesto que ocupará todo su haber, mientras que el lote del otro esposo estará integrado además por otros bienes.

Aunque en las líneas anteriores nos hemos referido especialmente al caso de la explotación económica, a los bienes de uso personal de extraordinario valor también les será aplicable el artículo 1406 CC con el mismo significado, pero hay que reconocer que será muy extraño que el valor de un bien de uso personal de un cónyuge supere el de su haber.

Por tanto, lo establecido en el artículo 1407 CC, inciso segundo, para el local y la vivienda (posibilidad de adjudicación directa de todo el bien –o en su caso, derecho– aunque su valor supere el del haber, pagando el exceso en dinero) es una excepción a lo determinado en general en el artículo 1406 CC cuando el valor del bien excede el del haber (adjudicación de la parte física del bien que quepa en el mismo si es divisible, o de la cuota abstracta que lo cubra si es indivisible) y ambos (arts. 1406 y 1407 CC) son excepciones diferentes a lo dispuesto en los artículos 1061 y 1062 CC

Por otra parte, dado que la explotación está constituida por muy diversos elementos que, organizados por el empresario, forman una unidad, no creemos que pueda separarse de ella el local en el

que se asienta, de modo que éste pudiera adjudicarse por la vía del artículo 1406, núm. 3 y el 1407 CC, mientras que al resto de la explotación se le aplicara el artículo 1406, núm. 2 CC; a ello ha de unirse que lo que convierte al local en «profesional» en el sentido del artículo 1406, núm. 3 CC, es el ejercicio en él de una «profesión», lo cual no es nuestro caso y hace a estos preceptos (arts. 1406, núm. 3 y 1407 CC) inaplicables al local en el que se asienta la explotación¹²⁶. No obstante, hay autores que, tratándose de una oficina de farmacia, aplican el artículo 1406, núm. 3 CC al local y el 1406, núm. 2 a la explotación farmacéutica, independizando aquél de ésta¹²⁷, con lo cual no estamos de acuerdo por las razones que acabamos de exponer puesto que creemos que en la actualidad la oficina de farmacia es ante todo una explotación comercial.

Por último, en cuanto a la necesidad de que el pago del exceso sobre el haber sea en dinero, la justificación de esta exigencia estaría, tal y como ponen de manifiesto Gardeazábal del Río y Sánchez González¹²⁸, en evitar la introducción de bienes extraños en la liquidación, lo que supondría el problema de tener que valorarlos¹²⁹. Según estos mismos autores, en los casos en que se trate de disolución *mortis causa* cuando al supérstite le competan derechos en la herencia, debería admitirse el pago en bienes hereditarios, pues en ese caso no existirían los inconvenientes apuntados, ya que sobre las valoraciones deberán entenderse de todos modos los interesados; sin embargo, en nuestra opinión, también aquí se requeriría acuerdo de los afectados, pues no tienen por qué verse

¹²⁶ Sin embargo, estima que el local se atribuirá por el 1406, núm. 3 CC, SÁNCHEZ RUBIO GARCÍA, 2016, p. 130, según el cual la preferencia del artículo 1406, núm. 3 CC «recae sobre la explotación económica o negocio en cuanto tal, con independencia de la titularidad del local en el que esté instalado... aunque si el local... tiene carácter ganancial, podrá ejercitarse la preferencia al amparo del número 3 del propio artículo 1406», citando a continuación la STS 28 de mayo de 1992, RJ 1992/4391. Aparte de las razones que apuntamos en el texto, no nos parece apropiado traer a colación esta sentencia pues, aunque el marido que quería que se le adjudicara un local junto con otros dos establecimientos integrantes de la explotación de electrodomésticos, alegando simultáneamente los números 2 y 3 del artículo 1406 CC, lo cierto es que el Tribunal Supremo deniega la adjudicación con base únicamente en el 1406, núm. 2 CC, por haber sido abandonado el citado local desde 1983 y no formar desde esa fecha una unidad de explotación del negocio de electrodomésticos, con lo que realmente está dando por hecho que el local forma parte integrante de la explotación y se atribuye preferentemente junto con ella merced al artículo 1406, núm. 2 CC

¹²⁷ Vid. CERDÁ OLMEDO, RDN, 1985, p. 99. Por su parte, RAMS ALBESA, RGLJ, 1987, p. 366, incluye el establecimiento farmacéutico en el artículo 1407 CC, y por consiguiente, en el artículo 1406, núm. 3 CC

¹²⁸ Vid. GARDEAZÁBAL DEL RÍO/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2015, p. 656.

¹²⁹ Vid., sin embargo, SAP Murcia, 8 de marzo de 2001, AC 140\2001, Roj: SAP MU 777/2001 - ECLI: ES: APMU:2001:777, que en el caso de atribución preferente a la esposa de una nave industrial constitutiva del local en el que venía ejerciendo su profesión, declara que «por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1407 CC y dado que el valor de la nave industrial supera al del haber del cónyuge adjudicatario, viene éste obligado a abonar al otro cónyuge la diferencia en dinero o mediante otros bienes».

obligados a aceptar adjudicaciones en bienes distintos al dinero si no les interesa.

C.2 Forma de pago del exceso

Volviendo a los supuestos previstos por el artículo 1407 CC (local profesional y vivienda habitual), el pago del exceso en dinero estimamos que, salvo acuerdo de los cónyuges o del cónyuge y los herederos, deberá hacerse al contado en el momento de hacer las adjudicaciones, y ello ya se piense que estamos ante una operación puramente liquidatoria que no genera derecho de crédito alguno¹³⁰, ya se estime que sí surge tal derecho pero del silencio del precepto haya de deducirse que han de aplicarse las reglas generales y, en consecuencia, el artículo 1113 CC¹³¹. Esto es lógico si tenemos en cuenta que la finalidad de la liquidación de la sociedad de gananciales es dejar resueltas, no solo las relaciones entre terceros y el patrimonio común, sino también las relaciones entre los patrimonios privativos y el patrimonio ganancial e, incluso, en ciertos casos, las existentes entre los patrimonios privativos entre sí, tal y como acredita el artículo 1405 CC, por lo que habrá de procurarse que de la propia partición no surjan nuevas relaciones pendientes de un cumplimiento posterior en el tiempo; a ello se unen razones de carácter puramente personal, evidentes cuando la causa de la disolución ha sido la separación o el divorcio y existen desavenencias entre los esposos. Obsérvese también que, a diferencia de lo que ocurre con los herederos en relación a los bienes que recibirán de su causante, cuando se trata de hacer la partición del patrimonio ganancial y la causa de conclusión de la sociedad de gananciales fue distinta de la muerte de uno de los cónyuges, los adjudicatarios no son llamados a algo que no les perteneciera ya con anterioridad, sino que la partición se refiere a bienes que desde

¹³⁰ Vid. FONSECA, *RDP*, 1986, p. 36.

¹³¹ Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, p. 1018, aunque él estima que hubiera sido preferible que se hubiera permitido el aplazamiento (con el límite de los tres años del artículo 1431 CC), facultando al no atributario para exigir la constitución de una garantía real suficiente sobre el bien atribuido y fijando tipos de interés corrientes en el mercado en función de la duración del plazo; MARTÍNEZ SANCHIZ, *RDN*, 1986, p. 315, que considera que sería desmesurado imponer atribución preferente más un plazo para el pago del exceso, aunque ello podría paliarse estableciendo un régimen de garantías. Sin embargo, RAGEL SÁNCHEZ, 2017a, pp. 826 y 827, es de la opinión de que el artículo 1407 CC «como no... indica que el abono en dinero sea al contado, permite que el pago pueda quedar aplazado cuando así lo acuerdan los partícipes o lo decide el Juez» y que «es preferible que lo decida el Juez, pues cuando el aplazamiento es fruto únicamente del acuerdo... podría ser impugnado a través de una acción revocatoria o pauliana por los acreedores privativos del cónyuge acreedor, por haber sido realizado en fraude o perjuicio de sus derechos»; igualmente RAGEL SÁNCHEZ, 2017b, pp. 1442 y 1443.

antes de la disolución ya les pertenecían; en este sentido, sustituir la entrega de una cantidad de dinero en el mismo momento de la partición, por un derecho de crédito a cobrar en el futuro, supondría un perjuicio para el esposo acreedor, en relación a su situación anterior a la disolución, en cuanto que él durante el régimen habría sido (junto con el otro esposo) titular, por regla general, de derechos reales sobre ciertos bienes (vivienda y local) y, como consecuencia de la partición, pasaría a ser un simple acreedor de dinero, el cual solo podría ser exigido por él cuando se cumpliera el plazo; es decir, estaríamos ante un empeoramiento de la situación para el esposo acreedor que no sufre el heredero cuando se trata de la partición de la herencia, y que hace que el aplazamiento tenga un cierto carácter de «privación» que ha de tratarse de evitar. A ello podríamos añadir que conceder un aplazamiento en el pago supone obligar a un esposo (precisamente el que menos bienes va a recibir de la sociedad de gananciales) a financiar al otro (el que va a recibir más), lo cual carece de justificación salvo que la Ley lo hubiera establecido así.

Tal y como se deduce de todo lo anterior, no creemos aplicables a los excesos sobre el haber originados por el ejercicio de los derechos de atribución preferente de los números 3 y 4 del artículo 1406 CC, otros preceptos en los que se contempla la posibilidad de pago aplazado de excesos en dinero, tales como los artículos 1056, p. 2 (cinco años), 844 en relación con el artículo 841 (un año), o 1431 (tres años), todos del Código civil; no obstante haremos un pequeño comentario sobre ellos con el objeto de poner de manifiesto otras objeciones a su aplicación. Así, concretamente:

– El artículo 1056, p. 2 CC, aunque es una norma que podría estar incluida en la remisión del artículo 1410 CC, hay que tener en cuenta que se refiere solo a la «explotación económica» o al paquete de «control de una sociedad de capital o grupo de éstas», y precisamente el caso de la explotación no está contemplado por el artículo 1407 CC a los efectos de admitir su atribución preferente por entero cuando su valor excede del haber, mediante el pago del exceso en dinero, lo que, ya de entrada, nos impediría aplicar este precepto. No obstante, incluso si hiciéramos abstracción del tipo de bien para el que está concebido, tampoco creemos que la aplicación a nuestra hipótesis del artículo 1056, p. 2 CC llevara a fundamentar la posibilidad de aplazamiento en los casos en los que el artículo 1407 CC admite el pago del exceso en dinero (local profesional y vivienda habitual), ya que en el supuesto previsto por el citado precepto el testador es el único dueño de la explotación o las

acciones que adjudica¹³², y ello le permite hacer la partición excluyendo la situación de comunidad hereditaria¹³³ y decidir (o, en su caso, el contador designado por él) que quepa aplazamiento en el pago del exceso, mientras que en los supuestos del 1407 CC, el bien es ganancial y, por tanto, pertenece a ambos cónyuges conjuntamente, lo que supone que sólo por la voluntad del esposo beneficiario del derecho de atribución preferente, no podrá imponerse el pago aplazado del saldo, por mucho que la Ley le haya otorgado tal derecho de atribución, de donde se sigue que, dado el silencio legal sobre el aplazamiento –pues solo la Ley podría haber establecido otra cosa en nuestro caso, haciendo el papel que en el artículo 1056, p. 2 CC, hace el testador–, se requerirá el acuerdo de todos los titulares para que éste quepa. Por tanto, lo que habrá que concluir es que este precepto, realmente, lo que apoya es la imposibilidad del pago aplazado si no existe acuerdo, no lo contrario. De todos modos, hemos de insistir en la no aplicabilidad desde un principio, del artículo 1056, p. 2 CC

– En cuanto al artículo 1431 CC¹³⁴, hay que decir que, a diferencia del anterior, carece de la base que le ofrecería la existencia de un precepto como el artículo 1410 CC que, mediante una remisión, pudiera hacer aplicables al régimen de gananciales las normas del régimen de participación. Además, es un artículo que está pensado para un régimen económico muy distinto al de gananciales, del que no surgen bienes comunes a repartir y en el que, por definición (art. 1411 CC), al final habrá (salvo el caso en el que los

¹³² Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, 2013, p. 1424, que afirma que si se trata de bienes gananciales, cabría su partición «efectuado por los testadores [los cónyuges] mediante testamentos iguales y simultáneos (STS 21 de diciembre de 1998, RJ 1998, 9756)»; si no, la eficacia de la norma particional, quedaría supeditada a que «el bien inmueble se atribuya al testador en la división de la sociedad de gananciales (STS 14 de julio de 2008, RJ 3361)». En este mismo sentido se expresan TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2012b, p. 132.

¹³³ A pesar de ello, tal y como sostiene, DOMÍNGUEZ LUELMO, 2010b, p. 1152, «los legitimarios deben participar de las alteraciones de valor de la explotación económica hasta que se fije la cuantía que deben percibir. El hecho de que queden excluidos *ab initio* de la comunidad hereditaria no supone ningún obstáculo para defender que el importe de lo adeudado se refiere a un valor variable, referido al que tenga la explotación económica en el momento en que se realice la liquidación. Hasta ese momento existe una deuda de valor a cargo del adjudicatario, valor que opera en sustitución de la cuota legitimaria a que va referido». Igualmente en TORRES GARCÍA/DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016b, p. 472. Vid. también, sobre la base de la anterior redacción del artículo 1056, p. 2 CC, DOMÍNGUEZ LUELMO, 1989, pp. 171 y ss.

¹³⁴ A favor de su aplicabilidad, vid. GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 188 y 189, que aunque se refiere también a los artículos 844 ss. CC, aboga por la aplicación analógica del artículo 1431 CC, puesto que éste requiere justificación para el aplazamiento, y reconoce que habrá casos en los que lo aconsejable será denegarlos (por ejemplo, si mediante imputaciones sucesivas se ha hecho atraer a un lote todos los bienes), por lo que habrá que tener en cuenta las circunstancias; PÉREZ GARCÍA, 2012, p. 1204, y GARCÍA URBANO, 1993b, p. 802; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2002, cree que el Juez podría fijar un plazo (art. 1431 CC) con las pertinentes garantías, si ello está justificado conforme a la finalidad de la norma.

patrimonios de los dos cónyuges hayan experimentado el mismo incremento durante su vigencia o hubiesen disminuido) un crédito de participación a pagar en dinero (art. 1427 CC), de modo que no se trata de adjudicar a uno de los esposos (o herederos) dinero cuyo pago pueda aplazarse, en vez de bienes (que es lo que nos estamos planteando con los derechos de atribución preferente)¹³⁵, sino simplemente de aplazar el pago de ese dinero que por la misma naturaleza del régimen, se debe, todo lo cual conduce a que no puedan adjudicarse bienes en pago del crédito de participación dentro del régimen del mismo nombre, salvo acuerdo o decisión del Juez a petición fundada del deudor (art. 1432 CC). Frente a ello, en la liquidación de la sociedad de gananciales no sólo cabe la adjudicación de bienes comunes, sino que ello pertenece a su propia esencia, siendo el pago del exceso en dinero, algo totalmente excepcional que lo sería todavía más si se pudiera imponer el aplazamiento. Aun así, y a pesar de sus propias peculiaridades, el artículo 1431 CC sólo permite el aplazamiento en el régimen de participación si existen «dificultades graves para el pago inmediato», lo cual hace pensar que en la partición de la comunidad posganancial no habría justificación para admitir ese aplazamiento y aplicar analógicamente el citado precepto de carácter excepcional dentro del propio régimen al que se refiere.

– En cuanto al artículo 844 CC, en relación con los artículos 841 y 842 CC, su supuesto de hecho resulta más parecido al nuestro en cuanto que, como el pago en metálico de la legítima es una facultad y tiene carácter opcional, deja en manos sólo del hijo o descendiente favorecido por el testador con todos o parte de los bienes hereditarios, el que finalmente los demás legitimarios reciban su cuota hereditaria en bienes o en dinero¹³⁶, igual que en nuestro caso dependería del titular del derecho de atribución preferente, exigir o no la adjudicación del local profesional o la vivienda por entero, pagando el exceso en dinero. Pero, aparte de que este artículo tampoco resulta cubierto por la remisión del artículo 1410 CC, podemos hacer aquí la misma objeción que poníamos al artículo 1056 CC, relativa a la diferencia que existe entre repartir algo que ya pertenecía a los partícipes por su condición de cónyuges y sobre lo que éstos ya tenían derecho, y algo que se les atribuye *ex*

¹³⁵ Tal y como señala, ÁLVAREZ OLALLA, 2013, p. 1912, respecto al régimen de participación, «el pacto capitular o previo a la disolución, por el que se estableciese que el pago se haría mediante la adjudicación de concretos bienes de los cónyuges introduciría un matiz comunitario –de comunidad diferida– siendo necesaria una mayor limitación en las facultades dispositivas de ambos cónyuges sobre sus bienes, que nos impediría hablar propiamente de régimen de participación».

¹³⁶ *Vid.* BUSTO LAGO, 2013b, p. 1171.

novo, lo que impediría la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 841 CC

En conclusión, pensamos que, teniendo en cuenta la regulación actual de los derechos de atribución preferente, no cabe aplazar el pago del exceso de la adjudicación. No obstante, *de lege ferenda* podría permitirse que, solo en casos excepcionales, a falta de acuerdo, el Juez, a su prudente arbitrio pero dentro de un límite legal, teniendo en cuenta la situación de ambos esposos, autorizase un aplazamiento moderado si se dan especiales circunstancias y siempre que el que resultase deudor ofreciera garantías suficientes; el crédito, debería, además devengar intereses hasta su pago. Si no se diera esta excepcionalidad, el cónyuge que no tuviera dinero suficiente en el momento de partir, debería desistir de la atribución por entero del bien o buscar otras vías de financiación procedente de un tercero, ya sea éste una entidad crediticia o un particular¹³⁷.

Por último, hay que tener en cuenta que, en caso de que la disolución de la sociedad de gananciales haya sido la muerte o declaración de fallecimiento de un esposo, y se realicen a la vez la liquidación y partición de la sociedad y la partición de la herencia, podrá compensarse el exceso con una menor adjudicación de dinero hereditario¹³⁸ o, según algunos autores, lo que nos parece más discutible, de bienes hereditarios¹³⁹. A ello hemos de añadir concretando lo anterior que, cuando se trate de la atribución preferente de la vivienda familiar, el pago del exceso puede resultar de la aplicación al mismo de la cantidad resultante de la capitalización del usufructo correspondiente al viudo sobre la herencia de su esposo fallecido¹⁴⁰; lo mismo podríamos decir del local, cuando la causa de la disolución de la sociedad de gananciales hubiera sido la muerte de uno de los esposos, y el otro hubiera ejercido en él su profesión.

¹³⁷ En la prolija regulación que hace el Código civil francés, encontramos supuestos en los que, como consecuencia de la remisión a las normas del Derecho de sucesiones (art. 1476, p. 1 *Code Civil*), cabe aplazamiento de uno (art. 832.1, p. 5 *Code civil*) o de hasta diez años (art. 832.4, p. 2 *Code Civil*) en el pago del exceso, pero su artículo 1476, p. 2 deja claro que cuando la causa de la disolución fue el divorcio o la separación de cuerpos o bienes, la atribución preferencial nunca será de derecho y puede decidirse siempre que se pague al contado.

¹³⁸ En este sentido, la RDGRN de 2 de marzo de 2015, *BOE* de 21 de marzo de 2015, número 69, considera bien realizada una partición en la que la viuda (a la que el causante había dejado en testamento el usufructo de su herencia) ejercita su derecho de atribución preferente sobre la vivienda habitual ganancial, y como ésta vale más que su cuota en el patrimonio común, el exceso se compensa con parte del valor de capitalización de su usufructo hereditario, razón por la que a la viuda se le adjudica finalmente, la vivienda y una cantidad de dinero.

¹³⁹ *Vid.*, en este sentido, GARDEAZÁBAL DEL RÍO/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2015, p. 656.

¹⁴⁰ *Vid.*, a este respecto, RDGRN de 2 de marzo de 2015, *BOE* de 21 de marzo de 2015.

D) **CÓNYUGE TITULAR DE DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE SOBRE DISTINTOS BIENES**

Puede ser que un mismo cónyuge sea titular de varios derechos de atribución preferente a la vez sobre bienes comprendidos en distintos apartados del artículo 1406 CC. Así ocurrirá, por ejemplo, si la sociedad de gananciales se disolvió por muerte y el viudo que gestionó la explotación ganancial pretende que le sean adjudicados con preferencia en su haber la explotación, la vivienda en la que tenía la residencia habitual y los bienes de su uso personal de extraordinario valor. También cabe que un mismo cónyuge tenga distintos derechos de atribución preferente recayentes sobre bienes de un mismo tipo, como acontecerá si gestionó varias empresas o existen varios bienes de su uso personal de extraordinario valor. Pues bien, conforme a lo visto anteriormente, si todos los objetos (en propiedad o, si se trata del local o la vivienda, en su caso, en derecho de uso o habitación) valen en su conjunto menos o igual que el haber de dicho esposo, si él lo desea le deberán ser adjudicados todos ellos o, si lo prefiere, solo algunos, alguno o ninguno. Ahora bien, ¿qué ocurre si no caben todos en el haber porque su valor conjunto es mayor? En nuestra opinión, en principio y salvo lo que diremos seguidamente sobre la vivienda habitual y el local, según se desprende del artículo 1406 CC, podrá exigir que se le adjudiquen todos los que quepan juntos por entero y además uno que exceda del haber siempre que una parte de él quede incluida en éste, por dicha porción, puesto que tiene derecho a completar su haber con los bienes o derechos preferentemente atribuibles hasta agotarlo («hasta donde éste alcance», dice el artículo 1406 CC), de modo que si, por ejemplo, el que se incluye en el lote en último lugar es una explotación indivisible, se le adjudicará solo la cuota de la misma que quepa en la parte del haber que todavía no esté cubierta, con las consecuencias que vimos más arriba (posibilidad de ejercer la acción de división del artículo 404 CC si no se llega a un acuerdo sobre el pago del exceso en dinero).

Ahora bien, es posible que el orden de inclusión en el lote de los distintos bienes sea determinante para que el esposo pueda obtener la adjudicación de todos los que pretende, valiéndose de que el último le pueda ser adjudicado solo en una cuota o, incluso, pensando que la parte del último que exceda de la cuota, podrá compensarla en dinero (caso de la vivienda y del local). Así, por ejemplo, si el haber vale 10, y el esposo viudo es titular de un derecho de atribución preferente sobre una empresa indivisible que vale 12 y otro sobre la vivienda habitual que desea recibir en

propiedad que vale 2, si se incluye en su haber en primer lugar la explotación, ya no podrá adjudicársele también preferentemente la vivienda, pero si se incluye primero la vivienda y después la empresa, podrá conseguir que le sean adjudicados preferentemente la vivienda por entero y la cuota de la explotación que todavía quepa en su haber. Ante ello, las preguntas que se nos plantean son las siguientes: ¿puede, en estos casos, el esposo titular de varios derechos de atribución preferente elegir el orden en que los bienes objeto de éstos han de incluirse en su haber o, no? Y, si hay algún bien que por sí solo lo supera, ¿podrá pretender que se le atribuya primero otro u otros que sí quepan, y finalmente el que por sí solo lo excede aunque únicamente en la cuota que entre en lo que reste del haber, o, incluso, si ese bien que excede del haber e incluye en último lugar es la vivienda habitual o el local profesional, conseguir que se le adjudique también él por entero, pagando el exceso en dinero?, o, ¿en ese caso tendrá que elegir entre el que excede del haber y los demás? Teniendo en cuenta que ninguno de los autores que hemos consultado realiza una interpretación parecida a la que nosotros hacemos del artículo 1406 CC, cabe decir que Garrido de Palma¹⁴¹ entiende que el esposo puede elegir libremente el orden en que los bienes o derechos preferentemente atribuibles se incluirán en su lote, sin plantearse inconveniente alguno; por su parte, Rams y Fonseca¹⁴², basándose en que lo que se desprende del artículo 1407 CC («Si el valor de los bienes o el derecho superara...») es que lo que ha de superar el valor del haber para que pueda pagarse el exceso en dinero es el valor del bien de los números 3 y 4 CC (o, en su caso, del derecho de uso o habitación), entienden que si uno de los bienes o, en el caso de la vivienda y el local, derechos, supera por sí solo el haber, deberá ejercitarse el derecho atribución preferente relativo a éste en primer lugar, lo que supondrá no ejercitar los demás, salvo que se prescinda del primero.

Por nuestra parte, teniendo presente el tenor literal del artículo 1407 CC, pero también el del 1406 CC, pensamos que la regla general ha de ser que el esposo pueda elegir el orden de inclusión en su lote de los bienes atribuibles preferentemente siempre con el límite del valor de su haber, de modo que podrá quedar incluida solo una cuota del último que se haya elegido, incluso cuando éste por sí solo exceda del valor del haber. Así, por ejemplo, si el valor del haber es 15, el valor de explotación indivisible es 20 y el valor del objeto

¹⁴¹ Vid. GARRIDO DE PALMA, 1985, p. 174, nota 328.

¹⁴² Vid. RAMS ALBESA, *RCDI*, 1985, pp. 999, 1000, 1012 y 1013; FONSECA, *RDP*, 1986, p. 35.

de uso personal es 1, si se coloca primero la explotación, no podrá ejercer su derecho sobre el bien de uso personal, pero si lo hace al revés, sí, aunque la cuota de la explotación que se incluirá en su lote será menor. Ahora bien, si uno de los bienes respecto del cual se puede y se quiere, junto con otros, ejercitar el derecho de atribución preferente por un esposo, es el local profesional o la vivienda habitual, siempre habrá que empezar por la inclusión de éstos en el lote y, si el local o la vivienda vale más que éste, abstenerse de ejercitar los demás (a no ser, obviamente que prefiera ejercitar los otros y quedarse sin local o sin vivienda), pues el artículo 1407 CC, impone y, por consiguiente, posibilita, el pago del exceso en dinero solo cuando «el valor de los bienes [entendiendo por tales, solo el local o la vivienda, no los demás del artículo 1406 CC] o el derecho [de uso o habitación], superara el del haber [íntegro, no de parte de él] del cónyuge adjudicatario»; por consiguiente, si la vivienda o el local (o los derechos de uso o habitación), individualmente, valen más que el haber, solo podrá adjudicarse preferentemente, esa vivienda o ese local o ese derecho. Si la vivienda y el local (o los derechos citados), por separado no superan el haber, pero juntos, sí, del tenor literal del artículo 1407 CC («Si el valor de los bienes... superara el del haber»), parece desprenderse que cabría ejercitar los dos, en cuyo caso será indiferente el orden que elija para incluirlos en su lote, pues siempre habrá de pagar la diferencia en dinero y la cuantía de ésta no se verá afectada por dicha prelación; creemos que esto es así, aparte de porque la letra del artículo 1407 CC hable de «los bienes», porque al Código le merecen la misma consideración la vivienda y el local, y por eso, lo mismo dará que se atribuya uno de ellos cuando excede por sí solo del haber, compensando en dinero la diferencia, que se atribuyan los dos, cuando juntos lo exceden, siempre que el último incluido en el lote quepa en él en parte, pues se trata de que el supuesto sea semejante al de un solo bien (local o vivienda) que excede del haber.

Puede ser que, siguiendo esta interpretación y siendo los bienes preferentemente atribuibles la vivienda o el local, uno de los esposos consiga que todos los bienes gananciales queden incluidos en su lote, y el otro reciba solo dinero, pero pensamos que esto es lo que se deriva de artículo 1407 CC, que en estos casos ha permitido las compensaciones en metálico privativo configurándolas como una excepción al artículo 1061 CC, razón por la que no puede alegarse este último precepto para evitar la aplicación del propio artículo 1407 y, con él, del 1406 CC. Sin embargo, no es esta la postura del Tribunal Supremo que, basándose precisamente en el artículo 1061 CC, ha denegado la adjudicación al mismo esposo de los dos únicos inmue-

bles gananciales (vivienda habitual y local en el que ejercía la profesión)¹⁴³. Nosotros no estamos de acuerdo con ello, no solo por la argumentación que acabamos de exponer, sino porque creemos que si se sigue la tesis del Tribunal Supremo, tampoco sería admisible la adjudicación preferente de uno solo de esos bienes (vivienda o local) cuando es el único existente en el patrimonio ganancial, lo cual puede ocurrir con cierta frecuencia cuando se trata de la vivienda habitual y el viudo pretende su atribución, y sin embargo la admisión de dicha adjudicación preferente, con base en el artículo 1407 CC, no parece suscitar dudas. Entonces, ¿por qué ha de plantear menos problema este caso del único bien, que aquel en que los bienes son varios? ¿Qué más da que el «todo» esté constituido por un solo bien que por una pluralidad de bienes? A esto se une que si lo que no se permite es que «todos» los bienes (vivienda y local, o vivienda y varios locales, o, varios locales) vayan a parar al lote de un esposo, nos encontraríamos con un nuevo inconveniente cuando no son adjudicados preferentemente todos, que sería tener que determinar hasta qué cuantía se podría superar el haber del adjudicatario a través de las atribuciones preferentes para que se pudiera considerar respetado el artículo 1061 CC. También ha de tenerse en cuenta que los derechos de atribución preferente no se basan en el mero capricho del esposo beneficiario, sino en la presencia de intereses legítimos cuya existencia ha de demostrarse y que el ordenamiento jurídico quiere proteger, y esto el Código civil lo ha hecho de una forma especial cuando los bienes son la vivienda habitual y el local. Por último, queremos recordar que el artículo 1056, p. 2 CC (entre las normas de la partición de las herencias), permite la compensación en metálico, como excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, permitiendo que toda ella sea satisfecha en dinero a los demás legitimarios, con posible aplazamiento de hasta cinco años, y también permiten esto el artículo 841 y 844 CC, (fuera ya de las normas relativas a la partición de las herencias), esta vez con un posible aplazamiento de un año; no vemos por qué ha de plantear más problemas la admisión de la solución que proponemos para nuestro caso (atribución preferente de todos los bienes –vivienda y local o locales– a un esposo, con compensación en dinero) que la que resulta de estos otros preceptos, si también la postura que defendemos resulta del dictado de la Ley. De todos modos, el hecho de que el pago de la compensación o exceso haya de hacerse en el

¹⁴³ *Vid.* STS 28 de noviembre de 2007, RJ 2007\8652. Sigue la posición del Tribunal Supremo en esta sentencia, SEBASTIÁN CHENA, 2016, p. 165, y REBOLLEDO VARELA, 2013a, p. 9938.

momento de la partición, dificultará que nos encontremos con frecuencia con supuestos como el indicado

Expuesta nuestra interpretación, creemos, no obstante, que sería positivo que, en general, el haber no constituyera límite para la atribución preferente de los bienes con los que el esposo tiene especial vinculación y con los que se satisface un interés digno de tutela jurídica, siempre que se compense en dinero el exceso a la otra parte, para la cual esos bienes carecen de ese significado.

V. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Una vez estudiados los preceptos relativos al ejercicio de los derechos de atribución preferente y vistos los problemas que plantean, estamos en condiciones de hacer una propuesta de redacción de estos artículos que trate de paliar en lo posible las dudas que suscitan y, si puede ser, mejorar su regulación¹⁴⁴.

En nuestra opinión, la ordenación de esta materia ha de referirse a dos aspectos: la determinación del objeto de los derechos de atribución preferente y el problema de los excesos sobre el haber. Ambos temas han de tratarse separadamente, sin que sea correcto abordar cuestiones relativas a uno de ellos cuando se está regulando el otro. Por eso, y dado que en el Código civil existen dos artículos dedicados a la ordenación de los derechos de atribución preferente, podríamos mantener ambos, pero dedicando cada uno de ellos a uno de esos aspectos. De este modo, en nuestra propuesta el artículo 1406 CC se dedicaría a los posibles objetos del citado derecho, y el artículo 1407 CC, a solucionar los

¹⁴⁴ Por su parte, la Asociación de Profesores de Derecho Civil, ha realizado una propuesta, en la que, debido a la nueva estructura de Código civil y la remuneración de artículos que lleva a cabo, los vigentes artículo 1406 y 1407 CC, actualmente en el Libro IV, pasan a refundirse en un solo precepto, el artículo 264-44 CC, del Libro II. Concretamente dice la norma que se propone por la citada asociación:

«Artículo 264.44. *Derechos de inclusión preferente en el haber de cada cónyuge.*

1. Cada cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:

- a) Los bienes de uso personal no incluidos en el artículo 264.3.1.g.
- b) La explotación económica que gestione efectivamente.
- c) El local donde haya ejercido su profesión.
- d) En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tenga la residencia habitual.

2. En los casos de los incisos c) y d) puede el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación.

3. Si el valor de los bienes o el derecho supera al del haber del cónyuge adjudicatario, debe éste abonar la diferencia en dinero.»

supuestos en los que el bien o el derecho o los bienes o los derechos exceden el valor del haber.

Por otra parte, en la redacción que proponemos hemos tratado de que aparezca claramente expresado:

1. Que el haber de cada cónyuge no es límite inexpugnable si se trata de ejercer los derechos de atribución preferente, puesto que, siempre que se pueda compensar al otro esposo pecuniariamente, ha de facilitarse que sean adjudicados a cada uno los bienes que han tenido y tienen una especial vinculación con él y con los que se satisfacen ciertos intereses que el ordenamiento jurídico ha considerado dignos de especial protección. Esto nos lleva a omitir de la redacción actual del artículo 1406 CC, primer inciso, la expresión «hasta donde éste [su haber] alcance».

2. Que si con la atribución se busca satisfacer ciertos intereses, es preciso, para que quede justificada, que éstos sigan satisfaciéndose en adelante. Por ello, en la nueva redacción del artículo 1406 CC que proponemos, se hace alusión a que la adjudicación se realiza «con el fin de que pueda seguir sirviéndose de ellos en el futuro»¹⁴⁵. En el ámbito fiscal nos encontramos también con exigencias de este tipo. Concretamente, la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, *del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, en su artículo 20, apartado 2, letra c y apartado 6, establece para las transmisiones *mortis causa* e *inter vivos*, la reducción de un 95 por ciento o más (si así se establece por la Comunidad Autónoma correspondiente) de la base imponible del valor de las empresas individuales, negocios profesionales y participaciones en entidades objeto de la transmisión, al cónyuge, descendientes o adoptados del fallecido o donante, pero exige que la adquisición se mantenga durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante o a la escritura de la donación; lo mismo se establece para la vivienda habitual, en caso de transmisiones *mortis causa*, viéndose favorecido en este caso, además de los sujetos apuntados, el pariente colateral conviviente mayor de 65 años¹⁴⁶.

3. Que existe una verdadera vinculación entre el cónyuge y el bien desde el punto de vista temporal, puesto que el objetivo de estos derechos es «favorecer la continuidad en el uso de determinados bienes»¹⁴⁷ para conseguir diversos fines. Por ello, se proponen

¹⁴⁵ *Vid.*, SAP Lugo, 2 de diciembre de 2016, AC 480\2016; Roj: SAP LU 788/2016 - ECLI: ES: APLU:2016:788, refiriéndose a la posibilidad que tiene el esposo de seguir ocupándose de la gestión efectiva de la explotación en el futuro, a pesar de su problemas de salud.

¹⁴⁶ *Vid.* sobre ello FERNÁNDEZ AMOR, 2016, pp. 228 ss.

¹⁴⁷ *Vid.* GARRIDO DE PALMA, 1985, pp. 177 ss.; FONSECA, *RDP*, 1986, p. 120; BENAVENTE MOREDA, *CCJC*, 1999, p. 789; RAGEL SÁNCHEZ, 2017a, pp. 824 y 826, con cita de la STS 28 de mayo de 1992, RJ 1992\439, respecto a la explotación, y STS 30 de

expresiones como «venga gestionando» o «venga ejerciendo», que implican una concatenación en esa vinculación entre pasado, presente y futuro. En cuanto a los «bienes de uso personal» y la «vivienda donde tuviese la residencia habitual», el carácter netamente «personal», en los primeros, muestra de por sí la existencia de ese vínculo¹⁴⁸, y la «habitualidad» en la segunda, supone una permanencia que parte de un momento anterior (en la vigencia de la sociedad de gananciales) y, desde el actual, se proyecta intencionalmente hacia momentos posteriores¹⁴⁹.

4. Que, puesto que el artículo 1406 CC, ha de referirse al objeto sobre el que pueden recaer los derechos de atribución preferente, es este precepto el que debe aludir a la posibilidad de que la adjudicación sea, a elección del beneficiario, en propiedad o constituyendo un derecho de uso o habitación (para los casos del local y la vivienda, respectivamente), puesto que será la propiedad, o el derecho de uso o el derecho de habitación constituidos al efecto, los que se incluirán preferentemente en el haber del cónyuge beneficiario que así lo solicite; por ello, se añade un apartado segundo al artículo 1406 CC que recoge esta opción. Igualmente, ha de quedar claro que el derecho de uso se refiere al local y que el derecho de habitación se refiere a la vivienda habitual.

5. Que, dado que existe debate en la doctrina sobre el carácter revocable o irrevocable de la declaración relativa al ejercicio del derecho de atribución preferente, ha de aclararse esta cuestión e inclinar-

diciembre de 1998, RJ 1998\9763, respecto al local profesional. Con toda claridad dice esta última: «Para que la atribución preferente prospere ha de referirse al local donde se hubiera venido ejerciendo la profesión... al que le corresponda la nota de la habitualidad profesional, independientemente de su idoneidad que... es de carácter subjetivo. El ejercicio del derecho de preferencia se excluye para supuestos de ocupaciones accidentales o provisionales, aunque se pretenda por propio interés convertirlas en definitivas y consolidarlas por medio de su atribución patrimonial y es lo que sucede en la cuestión que nos ocupa».

¹⁴⁸ Vid. SAP Orense, 27 de noviembre de 2012, AC 440\2012, según la cual: «Cuan- do la norma alude a los bienes de uso personal se está refiriendo a aquellos con los que el cónyuge interesado haya tenido un estrecho contacto, que incluso pertenezca al ámbito de su intimidad y que no hayan sido usados por el otro consorte, lo que no es el caso, durante el período de convivencia conyugal».

¹⁴⁹ Vid. BENAVENTE MOREDA, *CCJC*, 1999, pp. 790 ss., en las que afirma, refiriéndose al local profesional, que es necesario que la profesión se ejerza en el mismo durante la vigencia de la sociedad conyugal y se extienda más allá del momento de la disolución (durante la comunidad posganancial) y partición, y que si de forma inmediatamente posterior a ésta, el bien atribuido deja de estar afecto al destino determinante de la atribución, se estaría vulnerando el criterio de paridad de lotes del artículo 1061 CC En relación con la explotación económica, exigiendo que se pretenda continuar en la gestión efectiva tras la partición, *vid.*: REBOLLEDO VARELA, 2013a, p. 9940. Igualmente, respecto a esta continuidad en su uso, referida a la vivienda que fuera residencia habitual, *vid.* CABEZUELO ARENAS, *CCJC*, 2009, pp. 595 ss. Sin embargo, encontramos alguna sentencia disonante en este punto, así, SAP Asturias 11 de junio de 1998, AC 1998\1297, que recoge como requisito de aplicación del artículo 1406, núm. 4 CC, que la vivienda «hubiera sido residencial habitual u hogar familiar de los cónyuges, aunque no lo sea en el momento de la participación o liquidación de la masa ganancial».

se, a nuestro parecer, en favor de la irrevocabilidad. Lo mismo ha de hacerse respecto a la facultad de optar entre el derecho de propiedad o el de uso o habitación, en los casos del local y la vivienda habitual, respecto a la cual opción creemos que ha de determinarse además la posibilidad de reservarse el ejercicio de la misma para un momento posterior a la manifestación genérica de querer ejercitar el derecho de atribución preferente sobre estos bienes, o hacerlo simultáneamente, en todo caso con carácter irrevocable.

6. Que siempre que se pueda compensar el exceso en metálico, no debe discriminarse según el tipo de bien o derecho al que se refiera la atribución preferente, aunque no quepa en el haber, pues ha de facilitarse su ejercicio, sin que exista razón para discriminar entre local profesional y explotación económica. En consecuencia, se propone una redacción del artículo 1407 CC que deje claro este aspecto en su primer apartado.

7. Que, igualmente, siempre que se compense económicamente al otro esposo, el titular de varios derechos de atribución preferente ha de poder ejercitar todos o parte de ellos, sin límite alguno, lo cual se recoge en el apartado segundo del artículo 1407 CC

8. Que el pago de la diferencia en metálico deberá hacerse necesariamente en el momento de la partición, al contado, pero el Juez, excepcionalmente, teniendo en cuenta las circunstancias, siempre que se presten garantías suficientes, podrá establecer un plazo moderado para que el esposo beneficiario de la atribución compense al otro o sus herederos, teniendo especial cuidado en que ello no cause perjuicio a este último o últimos. Este plazo deberá generar intereses legales, y proponemos que sea de cinco años como máximo por parecernos suficiente y no excesivamente perjudicial para el otro esposo, además de por ser el considerado en otros preceptos de nuestro Código civil, pero obviamente, podría fijarse otro que se estimara más conveniente por el legislador o determinar que el Juez sea también quien lo concrete, a la vista del supuesto que se le presente. Igualmente, el Juez podrá fijar las condiciones o la forma en que se hará dicho pago atendiendo a las circunstancias. Esto se recogería en un apartado tercero del artículo 1407 CC en el que debería recalcar especialmente el carácter excepcional de esta decisión judicial. Si el esposo adjudicatario preferente no puede o no quiere cumplir tales requisitos, deberá acudir a la financiación de un tercero para cumplir con su obligación de pago al contado.

De este modo, nuestra propuesta es la que sigue:

«Artículo 1406. 1. Cada cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su haber con el fin de que pueda seguir sirviéndose de ellos en el futuro:

- a. Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1346.
- b. La explotación económica que venga gestionando efectivamente.
- c. El local donde venga ejerciendo su profesión.
- d. En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.

2. Si el bien sobre el que recae el derecho de atribución preferente es el local profesional o la vivienda habitual podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuya en propiedad o que se constituya sobre él a su favor un derecho de uso o habitación respectivamente.

3. El ejercicio de los derechos de atribución preferente se llevará a cabo mediante una declaración de voluntad irrevocable dirigida a la otra parte. En los casos del local profesional o la vivienda habitual, la facultad de opción recogida en el apartado anterior podrá realizarse junto con la declaración de querer ejercitar el derecho de atribución o, si en ese momento se la reserva de forma expresa, posteriormente.

Artículo 1407. 1. En todos los casos del artículo precedente, si el valor del bien o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero.

2. Si un mismo cónyuge fuera titular de varios derechos de atribución preferente sobre distintos bienes, podrá ejercitar uno, varios o todos independientemente de su valor individual o conjunto, siempre que compense pecuniariamente al otro esposo el exceso sobre su haber.

3. El pago del exceso en dinero, deberá hacerse en el momento de la adjudicación, salvo que las partes acuerden otra cosa. De forma totalmente excepcional el Juez, teniendo en cuenta las circunstancias y la situación de ambos esposos, podrá, siempre con las suficientes garantías, conceder un plazo que no excederá de cinco años, para efectuar el pago de todo o parte del exceso, así como determinar la forma en que se hará dicho pago en el plazo fijado. Las cantidades aplazadas devengarán el interés legal.»

VI. CONCLUSIONES

Una vez finalizado nuestro estudio y sin perjuicio de que hayamos abordado otras muchas cuestiones, las conclusiones más importantes que podríamos destacar son las siguientes:

1. Los derechos de atribución preferente son derechos facultativos de configuración jurídica, cuya puesta en práctica conlleva

una excepción al principio de igualdad cualitativa de la partición (arts. 1061 y 1410 CC).

2. Sólo pueden ser titulares de los derechos de atribución preferentes los cónyuges, no los herederos.

3. Los derechos de atribución preferente se harán valer a través de una declaración de voluntad expresa, unilateral y recepticia dirigida al otro esposo o, en su caso, a los herederos del esposo fallecido. Esta declaración es irrevocable y ha de hacerse antes de que se vaya a proceder a la formación de los lotes.

4. Los derechos de atribución preferente son renunciables, expresa o tácitamente.

5. La atribución preferente es una operación particional, pero su existencia influye en la liquidación de la sociedad de gananciales en sentido estricto, en cuanto que en ella ha de tenerse en cuenta su existencia para evitar en lo posible que, cuando sea necesario enajenar bienes comunes para pagar los créditos de terceros o de un cónyuge frente a la sociedad, se acuda a los que constituyen su objeto, so pena de poder incurrir en abuso de derecho.

6. En los supuestos del artículo 1405 CC, cuando no exista numerario ganancial y se acuda a la adjudicación de bienes comunes, la existencia de un derecho de atribución preferente implicará que la actitud injustificada del esposo no titular del mismo que no haga posible la adjudicación al titular, deberá considerarse como constitutiva de abuso de derecho.

7. La regla general que se desprende del artículo 1406 CC, es que el haber de cada cónyuge constituye el límite hasta donde pueden ser adjudicados los bienes objeto de atribución preferente. No obstante, y solamente cuando se trata de la vivienda habitual o el local profesional (no si estamos ante una explotación económica o un bien de uso personal de extraordinario valor), si se supera dicho límite, el beneficiario puede conseguir la atribución del bien por entero, imponiendo a la otra parte la compensación pecuniaria del exceso. Éste deberá pagarse al contado, sin que quepa aplazamiento alguno, salvo acuerdo.

8. Cuando el objeto de la atribución preferente es la vivienda habitual o el local profesional, el beneficiario puede elegir entre su adjudicación en propiedad (entendida en sentido amplio, es decir, como el derecho que ostentara la sociedad de gananciales sobre el bien), o mediante la constitución de un derecho de uso (sobre el local) o de habitación (sobre la vivienda), en cuyo caso la partición tendrá una naturaleza constitutiva, no simplemente determinativa. No cabe exigir la constitución de otros derechos diferentes a los expresados, como podría ser un usufructo.

9. Tratándose de la vivienda y el local profesional, la opción por el derecho de uso o habitación podrá hacerse junto con la declaración de querer ejercitar el derecho de atribución o en un momento posterior, pero siempre anterior a la partición; si llegado ese momento, no se ha concretado la opción, se entenderá que se elige la propiedad. Manifestada la opción, ésta es irrevocable.

10. El artículo 822, p. 4 CC declara compatible el derecho de habitación sobre la vivienda habitual ganancial, donado o legado voluntariamente o por ministerio de la Ley (en este supuesto, si existe necesidad), al legitimario discapacitado conviviente con el donante o testador, con los derechos de atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 CC. En caso de donación, ésta requerirá el consentimiento de ambos esposos y supondrá, que fallecido el cónyuge, su legitimario discapacitado podrá seguir disfrutando de su derecho de habitación, independientemente de que en la partición la vivienda sea adjudicada en propiedad o en uso o habitación, por la vía de los artículos 1406 y 1407 CC, al viudo, o no lo sea y vaya a parar al lote de los herederos del difunto. En cuanto al legado voluntario de derecho de habitación, éste tiene una doble eficacia: primero, supone ejercer un derecho de configuración de los lotes en la partición de los gananciales por parte del testador y, segundo, una disposición de última voluntad a título singular. Cuando se trata del legado legal del derecho de habitación, entendemos que, como en el supuesto anterior, éste se adjudicará en el lote del premuerto, aunque esta vez por voluntad de la Ley y, desde allí, irá a parar al legitimario discapacitado en situación de necesidad. El derecho de habitación donado o legado al legitimario discapacitado no se computará para el cálculo de las legítimas.

11. La finalidad del derecho de atribución preferente recayente sobre la explotación económica, es posibilitar al esposo que la gestionó continuar haciéndolo en el futuro y, solo indirectamente, en un segundo plano, la conservación de la empresa.

12. Cuando la explotación económica excede del haber y es indivisible, no cabe que el beneficiario de la atribución preferente imponga la adjudicación por entero a su favor, pagando el exceso en dinero a la otra parte; para ello se requeriría el acuerdo de todos los partícipes. Por tanto, no creemos aplicables, ni por vía de la remisión del artículo 1410 CC, ni por la vía de la aplicación analógica, otras normas del Derecho de sucesiones que facultan para el pago de los excesos en metálico. En nuestra opinión, conforme al artículo 1406 CC, el titular del derecho de atribución puede exigir que le sea atribuida la cuota de la explotación que quepa en su haber, de modo que la restante será adjudicada a la otra parte,

creándose una situación de indivisión o comunidad romana, de la que se podrá salir, si es que no se acuerda otra cosa, a través del ejercicio de la acción de división del artículo 404 CC. Lo mismo puede decirse cuando el bien objeto de atribución preferente que excede del valor del haber de su beneficiario sea un bien de uso personal de extraordinario valor.

13. Si un esposo tiene varios derechos de atribución preferente sobre distintos bienes y todos ellos en su conjunto no caben en su haber, en principio, según se desprende del artículo 1406 CC, podrá exigir que se le adjudiquen todos los que quepan juntos por entero y además uno que exceda del resto del haber siempre que una parte de él quede incluida en éste, puesto que tiene derecho a completar su haber con los bienes o derechos preferentemente atribuibles hasta agotarlo. Además, como regla general, el esposo puede elegir el orden de inclusión en su lote de los bienes atribuibles preferentemente siempre con el límite del valor de su haber, de modo que podrá quedar incluida solo una cuota del último que se haya elegido, incluso cuando éste por sí solo exceda del valor del haber. Ahora bien, si uno de los bienes respecto del cual se puede y se quiere, junto con otros, ejercitar el derecho de atribución preferente por un esposo, es el local profesional o la vivienda habitual, creemos, basándonos en el artículo 1407 CC, que siempre habrá que empezar por la inclusión de éstos en el lote y, si el local o la vivienda vale más que el haber, abstenerse de ejercitar los demás (a no ser, obviamente que prefiera ejercitar los otros y quedarse sin local o sin vivienda).

14. Sería conveniente dar una nueva redacción a los artículos del Código civil que regulan los derechos de atribución preferente para aclarar las dudas más importantes que la actual suscita y ampliar las posibilidades de pago del exceso sobre el haber en dinero, de modo que no sólo quepa cuando se trate de la vivienda habitual y el local profesional, sino también cuando el objeto del derecho de atribución preferente sea la explotación económica gestionada por el esposo o un bien de uso personal de extraordinario valor.

(Estudio concluido en julio de 2018.)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS 3 de enero de 1990, RJ 1990\31.

STS 8 de octubre de 1990, RJ 1990\7482.

STS 1 de julio de 1991, RJ 1991/5314.

STS 28 de mayo de 1992, RJ 1992 / 4391.

STS 20 de mayo de 1993, RJ 1993\3809.
STS 14 de junio de 1993, RJ 1993\4832.
STS 28 de septiembre de 1993, RJ 1993\6657.
STS 6 de junio de 1993, RJ 1993\4466.
STS 14 de junio de 1993, RJ 1993\4832.
STS 15 de marzo de 1995, RJ 1995\2654.
STS 16 de diciembre de 1995, RJ 1995\9144.
STS 20 de enero de 1996, RJ 1997\116.
STS 25 de febrero de 1997, RJ 1997\1328.
STS 10 de noviembre de 1997, RJ 1997\7892.
STS 16 de febrero de 1998, RJ 1998\868.
STS 21 de diciembre de 1998, RJ 1998, 9756.
STS 30 de diciembre de 1998, RJ 1998\9763.
STS 11 de octubre de 1999, RJ 1999\7324.
STS 20 de noviembre de 2000, ROJ: STS 8428/2000 - ECLI:
ES: TS:2000:8428.
STS 16 de marzo de 2007, RJ 2007\1861.
STS 9 de mayo de 2007, RJ 2007\3561.
STS 28 de noviembre de 2007, RJ 2007\8652.
STS 16 de enero de 2008, RJ 2008\5.
STS 4 de abril de 2008, RJ 2008\2944.
STS 14 de julio de 2008, RJ 3361.
STS 3 de abril de 2009, RJ 2009\2806.
STS 9 de mayo de 2008. RJ 2008\2970.
STS 14 de febrero de 2013, RJ 2013\2572.

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Asturias, 11 de junio de 1996, AC 1998\6138.
SAP Barcelona, 15 septiembre de 1998, AC 1998\9028.
SAP Asturias, 11 de junio de 1998, AC 1998\1297.
SAP Barcelona, 15 septiembre de 1998, AC 1998\9028.
SAP Navarra, 17 de enero de 2000, AC 2000\3308.
SAP Lérida, 6 de julio de 2000, JUR 246727.
SAP Murcia, 8 de marzo de 2001, AC 140\2001.
SAP Asturias, 10 de enero de 2003, JUR 2003\39899.
SAP Córdoba, 24 de febrero de 2005, JUR 2005\145083.
SAP Badajoz, 26 de marzo de 2007, AC 2007\1312.
SAP La Coruña, 27 de abril de 2007, JUR 2007\280626.
SAP La Coruña, 20 febrero de 2009, AC 77\2009.
SAP Salamanca, 17 de diciembre de 2010, Roj: SAP SA
641/2010-ECLI: ES: APSA:2010:641.
SAP La Coruña, 8 de febrero 2011, AC 55\2011.

- SAP Murcia, 10 de junio de 2011, JUR 2011\266399.
 SAP La Coruña, 20 abril de 2012, Roj: SAP C 1111/2012 -
 ECLI: ES: APC:2012:1111.
 SAP Madrid, 21 de noviembre de 2012, AC 722\2012.
 SAP Orense, 27 de noviembre de 2012, AC 440\2012.
 SAP Soria, 4 de septiembre de 2013, JUR 2014\256642.
 SAP Sevilla, 29 de septiembre de 2014, AC 428\2014.
 SAP de Pontevedra, 18 de febrero de 2016, AC 83\2016.
 SAP Castellón, 13 de septiembre de 2016, AC 102\2016.
 SAP Lugo, 2 de diciembre de 2016, AC 480\2016.
 SAP Córdoba, 2 de junio de 2018, JUR 2018\218901.
 SAP Asturias, 2 de febrero de 2018, AC 70297\2018.

RESOLUCIONES DE LA DGRN

- RDGRN 28 de febrero de 1992, RJ 1992\2881.
 RDGRN 6 de febrero de 2008, RJ 2008\637.
 RDGRN 2 de marzo de 2015, *BOE* 21 de marzo de 2015.
 RDGRN 29 de junio de 2017, *BOE* 25 de julio de 2017.

BIBLIOGRAFÍA

- ABASCAL MONEDERO, P. J.: «La liquidación del régimen económico-matrimonial como operación previa a la partición de la herencia», *RDP*, mayo, 2002, pp. 409 ss.
- ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho civil, III, Derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2010.
- ARGELLICH COMELLES, C.: «La naturaleza ganancial o privativa del arrendamiento de la vivienda familiar», *RDC*, vol. II, núm. 4, 2016, pp. 125 ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, P.: «Capítulo V. Del régimen de participación. Artículos 1411 a 1434», *Comentarios al Código civil*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1899 ss.
- BENAVENTE MOREDA, P.: «Sentencia de 30 de diciembre de 1998. Oposición a las operaciones divisorias de bienes gananciales realizadas por el contador-partidor dirimente. Atribución preferente de local profesional ganancial», *CCJC*, núm. 50, abril-agosto 1999, pp. 781 ss.
- BUSTO LAGO, J. M.: «Sección 5.ª De las legítimas. Artículos 806 a 822», *Comentarios al Código civil*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013a, pp. 1114 ss.
- «Sección 8.ª Pago de la porción hereditaria en casos especiales. Artículos 841 a 847», *Comentarios al Código civil*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013b, pp. 1169 ss.
- «Legítimas y reservas», *Manual de Derecho civil, sucesiones*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Bercal, Madrid, 2015, pp. 207 ss.

- CABEZUELO ARENAS, A. L.: «Sentencia de 16 de marzo de 2007 (RJ 2007\1861)», *CCJC, Familia y Sucesiones*, Director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 585 ss.
- CERDÁ OLMEDO, M.: «La oficina de farmacia y el régimen de gananciales», *RDN*, julio-diciembre, 1985, pp. 63 ss.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: «Aspectos controvertidos del legado de habitación previsto en el artículo 822 del Código civil», *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García*, Coordinadora M. Herrero Oviedo, Directores A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio, La Ley, 2014, pp. 143 ss.
- DE LOS MOZOS, J. L.: «Artículos 1404 a 1407», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, Dirigidos por M. Albaladejo, t. XVIII, vol. 2.º, artículos 1344 a 1410 del Código civil*, EDERSA, 1984, pp. 497 ss.
- DÍAZ ALABART, S.: «La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones», *Estudios de Derecho de Sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García*, Coordinadora M. Herrero Oviedo, Directores A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio, La Ley, 2014, pp. 848 ss.
- DÍEZ BALLESTEROS, J. A.: *La empresa individual en el régimen de gananciales*, Montecorvo, Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Artículo 1405», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Vol. II*, Tecnos, Madrid, 1984a, pp. 1800 y ss,
— «Artículo 1406», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, Vol. II*, Tecnos, Madrid, 1984b, pp. 1801 ss.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil, III, Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, Tecnos, Madrid, 2005.
— *Sistema de derecho civil, IV, T. I, Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 2018a.
— *Sistema de derecho civil, IV, T. 2, Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2018b.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989.
— «La disposición testamentaria de bienes gananciales (Régimen jurídico)», *ADC*, tomo XLIII, fasc III, julio-septiembre, 1990, pp. 794 ss.
— «Artículo 822», *Comentarios al Código civil*, Director A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010a, pp. 941 ss.
— «Artículo 1056», *Comentarios al Código civil*, Director A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010b, pp. 1149 ss.
- EVANGELIO LLORCA, R.: «Sección Quinta. De la disolución y liquidación de gananciales (II)», *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Coordinadores J. Rams Albesa. y J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 596 ss.
- FERNÁNDEZ AMOR, J. A.: «Régimen fiscal de la sucesión hereditaria: determinación de la deuda tributaria y gestión del impuesto sobre sucesiones y donaciones», *Tratado de Derecho de sucesiones, T. II (Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, Directora M. C. Gete-Alonso y Calera, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1213 ss.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: «Empresa familiar y régimen sucesorio», *Empresa familiar y sociedad mercantil (Especial referencia a la sociedad limitada nueva empresa)*, Cámara, Madrid, 2006, pp. 89 ss.
- FONSECA, R.: «Las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código civil», *RDP*, enero 1986, pp. 8 ss. (I parte) y febrero 1986, pp. 107 ss. (II parte).

- FUENTESECA, C.: «Aspectos sucesorios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, T. I*, Coordinadores J. M. González Porras, y F. P. Méndez González, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 1743 ss.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Transmisión *mortis causa* de la empresa familiar», *La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la IIMP*, Director V. M. Garrido de Palma, Civitas, Madrid, 1995, pp. 97 ss.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: *Introducción al Derecho civil*, Cálamo, Barcelona, 2002.
- GARCÍA URBANO, J. M.: «Art. 1405», *Comentario al Código civil, II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 796 ss.
- «Art. 1406», *Comentario al Código civil, II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993a, pp. 798 ss.
- «Art. 1407», *Comentario al Código civil, II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993b, pp. 799 ss.
- GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F., y Sánchez González, J. C.: «La sociedad de gananciales», *Instituciones de Derecho privado, Vol. IV, Familia, T. 2*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 295 a 661.
- GARRIDO DE PALMA, V. M., y otros.: *La disolución de la sociedad conyugal (Estudio específico de las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código civil)*, Reus, Madrid, 1985.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «Régimen económico de gananciales (II)», *Curso de Derecho civil IV, Derechos de familia y sucesiones*, Coordinador F. J. Sánchez Calero, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 187 ss.
- GUILLÉN CATALÁN, R.: «La empresa familiar: su planificación testamentaria como instrumento de conservación», *Derecho de Sucesiones*, Directoras J. Alventosa del Río y M. E. Cobas Cobiella, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 823 ss.
- LACRUZ BERDERJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil, III, Derechos reales, vol. 2.º, Derechos reales limitados, Situaciones de cotitularidad, Bienes inmateriales*, Dykinson, Madrid, 2009.
- *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, fasc. 2.º, Bosch, Barcelona, 1989.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil, VI, Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.: «Sociedad de gananciales II. Cargas y responsabilidades», Administración. Disolución y liquidación», *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios*, Directora M. Linacero de la Fuente, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 237 ss.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, M. Á.: «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13-5-1981», *RJC*, 1983, núm. 3, pp. 585 ss.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- «Desistimiento y vencimiento del arrendamiento de vivienda en caso de matrimonio (art. 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos)», *RCDI*, mayo-junio 1996, Núm. 634, pp. 1037 ss.
- «Artículo 1405», *Comentarios al Código civil*, Director A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010a, pp. 1548.
- «Artículo 1406», *Comentarios al Código civil*, Director A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010b, pp. 1549 ss.

- MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: «Artículo 1407», *Comentarios al Código civil*, Director A. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010c, pp. 1551 ss.
- «Derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales», *RCDI*, noviembre-diciembre 2015, núm. 752, pp. 3169 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «Capítulo 10. La sociedad de gananciales», *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, Coordinador C. Martínez de Aguirre Aldaz, Edisofer, Madrid, 2016, pp. 249 ss.
- MARTÍNEZ CORTÉS, J.: «La sucesión de la empresa familiar en el Derecho civil aragonés», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Coordinadores M. Garrido Melero y J. M. Fugaró Estivill, Coordinador especial V. M. Garrido de Palma, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 305 ss.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «Sección 2.^a De la partición. Artículos 1051 a 1067», *Comentarios al Código civil*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1418 ss.
- «Partición y colación», *Manual de Derecho civil, sucesiones*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Bercal, Madrid, 2015, pp. 99 a 127.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. I.: *Tratado de Derecho de sucesiones (Ab ovo usque ad mala)*, La Ley, Madrid, 2013.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. Á.: «Influencia del Derecho público sobre el Derecho de familia», *RDN*, 1986, abril-junio, pp. 7 ss.
- MILLÁN SALAS, F.: «La atribución preferente de la explotación agrícola en la liquidación de la sociedad de gananciales», *RGLJ*, III época, 2001, núm. 2, abril-junio, pp. 361 ss.
- MONASTIER MORALES, J. L.: «Los discapacitados y el legado de habitación», *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Directora M. C. García Garnica, Coordinador R. Rojo Álvarez-Manzaneda, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 317 ss.
- MONTERO AROCA, J.: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MORALEJO IMBERNÓN, N.: «Sección 5.^a De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Artículos 1392 a 1410», *Comentarios al Código civil*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1880 ss.
- «La sociedad de gananciales (Continuación)», *Manual de Derecho civil, Derecho de Familia*, Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Bercal, Madrid, 2015, pp. 183 ss.
- NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.: *Introducción al Derecho agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- NOGUERA NEBOT, T.: «El legado del derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código civil», *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, pp. 471 ss.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- PÉREZ ESCOLAR, M.: «Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento futuro», *ADC*, tomo. LX, fasc. IV, octubre-diciembre 2007, pp. 1641 ss.
- PÉREZ GARCÍA, M. J.: «Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales», *Derecho de familia*, Coordinadora G. Díez-Picazo Giménez, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 1187 ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «El derecho de habitación establecido a favor del legionario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, T. II*, Coordinadores J. M. González Porrás, y F. P. Méndez González, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4017 ss.

- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Artículo 822», *Comentarios al Código civil*, t. V (arts. 819 a 1052), Director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 6095 ss.
- *El régimen de gananciales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017a.
- «La sociedad de gananciales (5). La disolución de la comunidad de gananciales. Capítulo 26», *Tratado de Derecho de familia*, vol. III, *Los regímenes económicos matrimoniales* (I), Dirigidos por M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas, Thomson Reuters Aranzadi, 2017b, pp. 1271 ss.
- RAMS ALBESA, J.: «Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales. (Régimen y naturaleza)», *RCDI*, 1985, pp. 727 ss. (I) y pp. 927 ss. (II).
- «La oficina de farmacia en la sociedad de gananciales», *RGLJ*, 2.^a época, núm. 3, septiembre 1987, pp. 357 ss.
- «Art. 524», *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1384 ss.
- REBOLLEDO VARELA, Á. L.: «Las controversias sobre adjudicaciones y pago de deudas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales: aspectos sustantivos del artículo 810 LEC», *El Derecho de Familia ante la crisis económica, La liquidación de la sociedad legal de gananciales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 13 ss.
- «Artículo 1406», *Comentarios al Código civil, T. VII (Arts. 1265 a 1484)*, Director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013a, pp. 9937 ss.
- «Artículo 1407», *Comentarios al Código civil, T. VII (Arts. 1265 a 1484)*, Director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013a, pp. 9949 ss.
- «Aspectos liquidatorios de la vivienda familiar en los distintos regímenes económicos-matrimoniales», *25 años impulsando el Derecho de familia. Ponencias del XXV encuentro de la AEFA, Madrid, febrero de 2018*, Asociación Española de Abogados de Familia, Sepin, Madrid, 2018, pp. 125 ss.
- REQUEIXO SOTO, X.: «Clases de legados», *Tratado de Derecho de sucesiones, T. I (Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, Directora M. C. Gete-Alonso y Calera, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1193 ss.
- REYES LÓPEZ, M. J.: «Economía del matrimonio y empresa familiar», *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Coordinadora M. J. Reyes López, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 97 ss.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.: «Recorrido práctico sobre el activo de la sociedad legal de gananciales», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 40, julio-septiembre, 2008, p. 23 ss.
- *La sociedad legal de gananciales. Criterios de aplicación práctica*, Dilex, Madrid, 2010.
- «Artículo 822», *Código civil comentado, Volumen III, Libro III, De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Artículos 609 a 1087)*, Directores A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 869 ss.
- RODRÍGUEZ APARICIO, J. A., y Agustín Torres, C.: «La empresa familiar y el Derecho civil: aspectos matrimoniales y sucesorios», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 12, 3.^a época, mayo 1999, pp. 39 ss.

- RUEDA ESTEBAN, L.: «La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código civil», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. IV, *Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar*, Coordinadores M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 205 ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.: «Tema 6. La sociedad de gananciales», *Instituciones de Derecho privado*, t. IV, *Familia*, vol. 2.º, Coordinador general J. F. Delgado de Miguel, Coordinador especial V. M. Garrido de Palma, Civitas, Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A.: *Disolución y Liquidación de Regímenes Matrimoniales*, Ed. Reus S. A, Madrid, 2016.
- SEBASTIÁN CHENA, M. S.: *La liquidación de la sociedad de Gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.
- TORRALBA SORIANO, V.: «Art. 1347», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pp. 1602 ss.
- TORRES GARCÍA, T. F.: «Legítima, legitimarios y libertad de testar (Síntesis de un sistema)», *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia 2006, pp. 173 ss.
- «Una aproximación al artículo 1056. II Código civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa)», *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. II, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 1653 ss.
- TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «La legítima en el Código civil (I)», *Tratado de legítimas*, Coordinadora T. F. Torres García, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 21 ss.
- «La legítima en el Código civil (II)», *Tratado de legítimas*, Coordinadora T. F. Torres García, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 87 ss.
- «La legítima en el Código civil (I)», *Tratado de Derecho de sucesiones*, t. II, (*Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*), Directora M. C. Gete-Alonso y Calera, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 355 ss.
- «La legítima en el Código civil (II)», *Tratado de Derecho de sucesiones*, t. II, (*Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*), Directora M. C. Gete-Alonso y Calera, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 417 ss.
- VIVAS TESÓN, I.: *El reparto de bienes y deudas entre cónyuges en situación de crisis matrimonial*, Bosch, Barcelona, 2018.

Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción

JUAN PABLO PÉREZ VELÁZQUEZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil
(Acreditado a Profesor Contratado Doctor)
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

A mi hijo Juan Pablo Misael

RESUMEN

En la práctica testamentaria la fiducia sucesoria ha gozado de escaso éxito. La falta de tradición y arraigo junto a una redacción manifiestamente mejorable han propiciado que el contenido del artículo 831 del Código civil sea prácticamente letra muerta. No obstante ello, consideramos que se trata de una institución que ofrece un amplio abanico de posibilidades que, adecuadamente delimitadas por la voluntad del testador –convenientemente informado y asesorado–, puede resultar eficaz para satisfacer sus necesidades, según sus circunstancias personales, familiares y patrimoniales le aconsejen diferir su última voluntad; en definitiva, la distribución o la partición de su herencia. La fiducia sucesoria exige, como premisa esencial, tener plena confianza en la actuación futura del fiduciario, alter ego del testador después de su óbito. En el presente trabajo se analizan las razones de su poca plasmación en la práctica testamentaria, así como algunos de los aspectos que mayores debates han generado en la doctrina –requisitos, facultades y límites del fiduciario–, y también algunas propuestas que de lege ferenda puedan resultar útiles para revitalizarla.

PALABRAS CLAVE

Derecho de sucesiones. Testamento. Fiducia sucesoria. Cautela socini. Testador. Fiduciario. Heredero y legítima.

About the meagre use of section 831 of the Civil code. Difficulties of its current wording

ABSTRACT

In the testamentary practice succession fiduciary has enjoyed little success. The lack of tradition and rooting together with a clearly improvable wording have led to the content of section 831 of the Civil Code being practically dead letter. Nevertheless, we consider that it is an institution that offers a wide range of possibilities that, properly delimited by the testator's will –conveniently informed and advised–, can be effective to meet his needs, when his personal, family and patrimonial circumstances advise him to defer his last will; in short, the distribution or the partition of his inheritance. The succession fiduciary requires, as an essential premise, to have full confidence in the future performance of the fiduciary, alter ego of the testator after his death. In the present paper we analyze the reasons for its low representation in the testamentary practice, as well as some of the aspects that have generated most debates among the doctrine –requirements, faculties and limits of the fiduciary–, as well as some proposals that lege ferenda can be useful to revitalize it.

KEY WORDS

Law of successions. Will. Succession fiduciary. Socini caution. Testator. Trustee. Successor and legal portion of inheritance.

SUMARIO: 1. Planteamiento.–2. La azarosa vida de la fiducia sucesoria en nuestro Código civil: de su redacción original a su hipertrofia actual.–3. Fiducia sucesoria versus usufructo universal vitalicio con cautela socini: ¿Dos caminos para un mismo objetivo?–4. Naturaleza jurídica y ubicación sistemática en el Código civil.–5. Falta de arraigo y desconocimiento tanto teórico como práctico de su utilidad.–6. Delimitación del fiduciario y sus requisitos antes y después de producirse el fallecimiento del causante. 6.1 Personas a quienes se pueden atribuir las facultades fiduciarias. 6.2 Repercusión de las situaciones de crisis matrimonial en la subsistencia de la delegación. 6.3 Extinción de la delegación por las causas previstas en el párrafo quinto del artículo 831 CC. 6.4 Otras posibles causas de extinción de la delegación por la pérdida presunta de la *fides* que la fundamenta.–7. *Facultades del fiduciario*. 7.1 Consideraciones generales. 7.2 Liquidación unilateral del régimen económico matrimonial. 7.3 Designación de herederos y legatarios. 7.4 Desheredación e indignidad.–8. *Límites subjetivos de las facultades del fiduciario*.–9. *Límites objetivos de las facultades del fiduciario*. 9.1 Consideraciones generales. 9.2 Respeto a las legítimas estrictas de los descendientes comunes. 9.3 La no alteración del régimen de las legí-

timas de los descendientes no comunes del causante.—10. *Conclusiones.*—11. *Anexo con modelo de testamento con fiducia sucesoria.*— *Bibliografía.*

1. PLANTEAMIENTO

Desde hace algunos años hemos venido pasando de puntillas por el artículo 831 CC, no sabemos si ahuyentados por su farragosa y reglamentista redacción, por su desmesurada longitud, o por su defectuosa técnica legislativa, a lo que debe añadirse su escasa puesta en escena en la práctica testamentaria. Con motivo del Seminario «Derecho y fiscalidad de las sucesiones *mortis causa* en España: una perspectiva multidisciplinar», celebrado en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, los días 18 y 19 de marzo de 2015, nos propusimos realizar un estudio sobre la «delegación de la facultad de mejorar» con el objetivo de analizar tanto las novedades introducidas por su vigente redacción —por ejemplo, que solo se puedan conferir sus facultades mediante testamento—, como las dudas que ha venido a resolver explícitamente —por ejemplo, que las facultades concedidas al fiduciario comprendan no solo el tercio de mejora sino también el de libre disposición, o que puedan ser beneficiarios los hijos y cualquier otro descendiente, siempre que sean comunes del testador y del fiduciario—. Sin alejarnos de nuestra idea inicial —realizar un trabajo puramente doctrinal—, hemos creído de interés prestar especial atención al estudio de la aplicación en la práctica de nuestra figura, a mejor decir, a su exigua aplicación. Abordamos seguidamente nuestro objetivo, no sin antes dejar constancia de nuestra disconformidad con la denominación tradicional de «delegación de la facultad de mejorar», que consideramos incompleta al contener el precepto que la cobija un amplio haz de facultades no agotadas con la delegación del tercio de mejora —*rectius* también del tercio de libre disposición—, siendo preferible la nomenclatura «fiducia sucesoria», o incluso la de «fiducia testamentaria», por ser más acordes con el fundamento y las posibilidades de la institución.

Resulta llamativo cómo un artículo que goza de tan escasa aplicación práctica, cuente con tan gran amplitud de estudios doctrinales, ya sean sobre su primitiva redacción (vigente desde el 14 de

agosto de 1889 hasta el 8 de junio de 1981)¹, de la intermedia (vigente desde el 9 de junio de 1981 hasta el 19 de noviembre de 2003)², o sobre la actualmente vigente (desde el 20 de noviembre de 2003)³. Por tal motivo trataremos en este trabajo de detectar las aporías que presenta la actual redacción de un precepto, tan objeto de soluciones doctrinales dispares, como huérfano de una doctrina jurisprudencial sólida⁴.

El análisis de la fiducia sucesoria nos ha generado sensaciones contrapuestas. En los años que llevamos asesorando la formalización de testamentos, nunca hemos acudido a las facultades que permite dicha institución, ni siquiera planteado sus posibles bondades; nos queda la duda de si algunas de las personas asesoradas hubieran visto mejor satisfechos sus deseos y necesidades haciendo uso de dicha figura⁵. La práctica testamentaria enseña que el testamento debe aspirar a ser un traje a la medida, que exige una confesión por parte del testador, que éste se desnude exponiendo sus circunstancias personales, familiares y patrimoniales para poder confeccionarle correctamente ese traje. Aun siendo conscientes de que la figura comporta peligros y riesgos –como algunos otros tipos de testamentos– y exige una elevada dosis de confianza en la persona del fiduciario-comisionado (generalmente el cónyuge viudo, aunque en la actualidad se le pueden conferir las facultades a cualquier persona con la que se tenga descendencia común), consideramos que es un

¹ ALPAÑÉS, *RGLJ*, 1953, pp. 273-331; DÍAZ FUENTES, *ADC*, 1965, pp. 877-909; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1973, pp. 67-70; y SECO CARO, 1960.

² BERMEJO PUMAR, 2001; DÍEZ GÓMEZ, *RDN*, 1982, pp. 405-424; LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, 1993, pp. 380-383; SAPENA TOMÁS, 1988, pp. 907-985; y VALLET DE GOYTISOLO, 1982, pp. 403-428 y 1991, pp. 2054-2060.

³ ALBALADEJO GARCÍA, *RDP*, 2005, pp. 3-22; BUSTO LAGO, 2009, pp. 476-488; CÁMARA LAPUENTE, 2016, pp. 906-920; FLORENSA I TOMÀS, 2005, pp. 117-141; GARCÍA PRESAS, *AFDU*, 2009, pp. 229-247; GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, pp. 57-112; GARRIDO DE PALMA, *RJN*, 2012, pp. 353-372; LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVARRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA, 2009, pp. 344-349; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, pp. 1115-1152; MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, pp. 969-1002; MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2006, pp. 403-434; ROCA GUILLAMÓN, 2004, pp. 4279-4301; ROMERO-GIRÓN DELIETO, *RJN*, 2006, pp. 221-231; RUEDA ESTEBAN, *RJN*, 2013, pp. 325-404; 2014; y 2015, pp. 1305-1378; SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, pp. 263-279; y SIERRA PÉREZ, *RdPat*, 2007, pp. 89-114.

⁴ La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12.ª) de 30 diciembre de 2015, ponente D. José Luis Díaz Roldán (JUR 2016\54122), a fecha actual es la única resolución de una Audiencia sobre la fiducia sucesoria. Una vez remitido el presente trabajo y aceptada su publicación por el Consejo de Redacción del Anuario de Derecho Civil, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1.ª) en fecha 24 de mayo de 2019, en ponencia del Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno (JUR 2019\169066), ha dictado sentencia desestimando el recurso de casación y, en su consecuencia, confirmando la precitada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid.

⁵ Coincidimos con SEDA HERMOSÍN al afirmar que la institución ha sido poco empleada en la práctica por tratarse de una institución desconocida y con poco arraigo en los territorios de Derecho Común, *ASN*, 2006, p. 266.

instrumento que, en determinadas situaciones, puede resultar muy aconsejable. Por ejemplo, para reforzar la autoridad y posición del fiduciario en el muy frecuente supuesto en el que los progenitores quieran dejarse mutuamente hasta la muerte del último de ellos el mayor poder posible sobre el patrimonio familiar –considerado como una unidad– sin participación de los hijos; o, cuando las circunstancias personales de alguno de los hijos o demás descendientes sean acreedoras de una mayor protección, bien por encontrarse en una situación de vulnerabilidad o debilidad, o incluso con la capacidad judicialmente modificada, o, porque sin estar declarados en tal estado civil, sufran cualquier enfermedad física o psíquica, o adicciones dañinas. La casuística puede ser muy amplia.

Nuestro estudio se ha estructurado en tres partes y un anexo. La primera se centra en el origen y evolución del artículo 831, deteniéndonos en las funciones o finalidades que inicialmente se pretendían alcanzar con su figura, y la metamorfosis de su redacción, contemplando las principales novedades y aclaraciones de la redacción vigente. En la segunda se analizará por qué hasta ahora se ha impuesto en la práctica el testamento del usufructo universal vitalicio combinado con la cautela *socini*, y si el mismo fin o fines que se persiguen con dicho modelo de testamento, o incluso mayores y de forma más eficaz, se podrían lograr con la fiducia sucesoria. La tercera parte, la central de nuestro trabajo, está enfocada a las aporías que presenta la actual redacción, así como al análisis de sus posibles soluciones. Por último, se incluye un anexo con un modelo de testamento redactado con la institución objeto de estudio.

2. LA AZAROSA VIDA DE LA FIDUCIA SUCESORIA EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL: DE SU REDACCIÓN ORIGINAL A SU HIPERTROFIA ACTUAL

El origen prelegislativo del vigente artículo 831 se encuentra en el artículo 663 del Proyecto de Código civil de 1851: «Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo o viuda que no ha repetido matrimonio, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto»⁶. El propio García Goyena, al comentar dicho precepto,

⁶ Destaca GARCÍA RUBIO la rigurosidad de los requisitos para la aplicación de la primitiva fiducia sucesoria al señalar que: «1) era preciso que la delegación se pactara precisamente en capitulaciones (escasamente utilizadas en buena parte de los territorios de

justificaba su introducción afirmando que «en casi todos los contratos o capitulaciones matrimoniales de las provincias de Fueros solía ponerse una cláusula autorizando al cónyuge sobreviviente, en caso de haber muerto intestado su consorte, para que pudiera disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos que quedaran de aquel matrimonio, dando a uno más o menos que a otro. Esta facultad era de suma importancia, atendida la legislación foral, por lo que venía a ser casi nominal la legítima de los hijos. Sin embargo, los efectos de la cláusula eran muy saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaría. El amor de padre o madre, el más puro e intenso de los buenos afectos, merece bien esta distinción. Por estas consideraciones se ha consignado en el artículo la loable costumbre de las provincias de Fueros, esperando que se generalizarán los mismos felices resultados»⁷. Posteriormente, tanto el Anteproyecto de Código civil de 1888 como la redacción definitiva de 1889 adoptaron una redacción en términos muy similares a la contemplada en el Proyecto de 1851.

En las palabras de García Goyena se observa que con la fiducia sucesoria se pretendía injertar en el Código una institución cuyas bondades se habían puesto ampliamente de manifiesto en algunos Derechos forales y cuyo fin era el fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo y el mantenimiento de la paz familiar⁸. En la doctrina recaída sobre la finalidad de origen del artículo 831, Alpañés destacó que «constituye un poderoso instrumento en manos del viudo o la viuda para conservar la cohesión familiar y su continuación a través de las múltiples circunstancias cambiantes en que la vida de una familia labradora se desenvuelve. Evita fundamentalmente la igualitaria distribución del llamamiento legal... Si partimos de la base –cierta– de que el fraccionamiento de los caseríos es un peligro que hay que evitar a todo trance por exigirlo así de consuno circunstancias económicas y sociales, habrá de convenir en que los llamamientos igualitarios intestados no tienen que tener

Derecho común), 2) que el delegante muriese intestado, 3) que el viudo permaneciese en ese estado, 4) que los hijos mejorados fuesen comunes, 5) que se respetasen las legítimas y las mejoras hechas por el delegante». *ADC*, 2008, p. 63.

⁷ GARCÍA GOYENA, 1974, p. 357.

⁸ Advierte DÍAZ FUENTES que, aunque el artículo 831 CC tenga una inspiración inequívocamente foralista «no constituye, sin embargo, una reproducción de los sistemas que le sirvieron de precedentes. En realidad, constituye una figura autónoma, elaborada bajo el designio de provocar la aproximación de los regímenes vividos en el área nacional y mantenida después por inercia legislativa, pero cuya afinidad con aquéllos se destaca más por los fines y resultados pretendidos que por las fórmulas jurídicas concretas de realizarlos», *ADC*, 1965, p. 880.

lugar. La elección del heredero es, sin embargo, problema cuya solución requiere y presupone un perfecto conocimiento de las condiciones personales de los hijos, el cual no puede tener efecto en la edad temprana; si se hiciese cuando todos los hijos son pequeños no cabe duda que, al menos, la elección es ciega, puesto que al llegar a edad madura puede muy bien ocurrir que el designado no presente aptitudes para continuar al frente del caserío, o que, teniéndolas, carezca de vocación para ello y sea llamado para otras actividades. En cualquier de ambos supuestos se ve bien clara la posibilidad de que el patrimonio se destruya. Y es precisamente este efecto perjudicial el que el artículo 831 pretende evitar y el fundamento de la concesión al cónyuge viudo de facultad tan importante y anómala dentro de la sistemática del Código civil. El viudo o viuda queda facultado para hacer la mejora y distribución cuando los hijos han llegado a manifestar sus condiciones y aptitudes; en su mano queda la posibilidad de acertar plenamente»⁹. En la misma línea, afirma Seco Caro que «puede mantenerse unido el patrimonio indivisible familiar, evitarse la disgregación de la propiedad territorial o de establecimientos y empresas mercantiles e industriales, quedar fortalecido el poder familiar y la posición del cónyuge viudo en relación con los hijos, alcanzar una distribución equitativa de la herencia del difunto sin testamento y evitar en muchos casos la intervención judicial en los problemas de distribución de la herencia»¹⁰. Por su parte, Díaz Fuentes señala que entre los propósitos del artículo 831 se encuentra «el de diferir, aun hasta después del óbito del causante, la designación del elegido para continuar en la explotación familiar, haciendo recaer sobre el viudo su nombramiento, en previsión de que al fallecimiento del *de cuius* acontezca antes de poder los descendientes revelar sus respectivas aptitudes para ser preferidos»¹¹. Para Rueda Esteban «la finalidad del precepto, está en evitar que se abra la sucesión legal si el difunto no ha dejado testamento. La repartición proporcional de la herencia podría llevar, especialmente en el campo y en la sociedad agrícola de la época, a la disgregación de una finca rústica, que a lo más podía sustentar a uno de los herederos»¹².

Como ha puesto de manifiesto la doctrina¹³, el originario artículo 831 fue escasamente empleado en la práctica, lo cual venía condicionado en gran medida por el hecho de que solo pudieran

⁹ ALPAÑÉS, *RGLJ*, 1953, pp. 289-290.

¹⁰ SECO CARO, 1960, p. 215.

¹¹ DÍAZ FUENTES, *ADC*, 1965, p. 884.

¹² RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 226.

¹³ *Vid.*, FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 122; ROCA GUILLAMÓN, 2004, p. 4281; y SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, p. 266.

atribuirse sus facultades mediante capítulos matrimoniales –poco frecuentes en los territorios de Derecho común–, y que éstos solo se pudieran otorgar, hasta la reforma en el año 1975 del artículo 1315, antes de contraer matrimonio.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (*BOE* núm. 119, de 19 de mayo de 1981), reformó el artículo 831 dándole una nueva redacción: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante. Si no se hubiese señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes».

Dicha reforma, sin afectar a las finalidades que se pretendían alcanzar con su redacción originaria, introdujo tres importantes modificaciones: la supresión del requisito de que el otorgante tuviera que fallecer intestado, por lo que la fiducia podía conferirse tanto en supuestos de sucesión testada como intestada o legal; que las facultades fiduciarias pudieran otorgarse tanto en capítulos matrimoniales como en testamento; y el establecimiento de un plazo para que el fiduciario pudiera ejecutar sus facultades¹⁴. Coincidimos con García Rubio cuando afirma que «a pesar de que la nueva regulación favorecía teóricamente el uso de la fiducia, ampliando sus posibilidades, siguió siendo una institución poco conocida por los destinatarios y escasamente utilizada en la práctica, lo que ha impedido la elaboración de un cuerpo jurisprudencial sólido y estable que permita que la figura tenga unos perfiles lo suficientemente nítidos como para hacer aconsejable su utilización»¹⁵.

El vigente artículo 831 se debe a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapaci-

¹⁴ *Vid.*, sobre las modificaciones introducidas por la reforma de 1981, ALBALADEJO GARCÍA, *RDP*, 2005, p. 4; Díez Gómez, *RDN*, 1982, p. 418; GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 64; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, pp. 1119-1120.

¹⁵ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 64. En la misma línea, SEDA HERMOSÍN indica que «aunque la redacción de 1981 permitía un amplio juego en la atribución de la facultad de fiducia sucesoria, lo cierto es que la institución ha sido poco empleada en la práctica (y en ello tenemos no poca responsabilidad los Notarios); primero, por la falta de tradición, siendo una institución desconocida y nada arraigada; y segundo, para quienes nos hemos acercado a ella, porque planteaba graves problemas que, en cierto modo, aunque no todos ni de forma satisfactoria, se han venido a solventar con esta última reforma», *ASN*, 2006, p. 266.

dad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003) que le ha dado una redacción farragosa, desmesurada y reglamentista. De forma gráfica, Florensa i Tomàs indica que «desde el punto de vista formal, la modificación ha producido la hipertrofia del artículo, pasando de tener dos párrafos a tener once, repartidos en seis apartados»¹⁶.

Según su Exposición de Motivos, la nueva redacción pretende «insertar una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad» ofreciendo «al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí». Lo cierto es que la Ley 41/2003 ni ha creado una nueva figura, ni le ha otorgado una nueva finalidad al artículo 831 –*nihil novum sub sole*–, puesto que con las anteriores redacciones también se podían proteger a los hijos en los que concurriera algún tipo de discapacidad, al igual que a cualquier otro¹⁷. En el fondo, creemos que subyace en la *mentis legislatoris* subrayar, posiblemente con ánimo de impulsar de futuro la fiducia sucesoria, que se trata de un instrumento útil para proteger patrimonialmente a los descendientes particularmente necesitados¹⁸. Podría también utilizarse para mejorar al hijo que asumiera los cuidados del hermano con discapacidad, dejándole a éste solo su legítima estricta.

No obstante lo anterior, debe destacarse la introducción de las siguientes novedades:

– Solo se pueden conceder las facultades fiduciarias en testamento¹⁹, por lo que se configura la fiducia como unilateral y esencialmente revocable.

¹⁶ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 118.

¹⁷ Como indica CÁMARA LAPUENTE, la última reforma del artículo 831 «en realidad tan solo reelabora la tradicionalmente denominada «delegación de la facultad de mejorar» sin establecer reglas específicas sobre los discapacitados, a cuya defensa puede servir tanto como para otras múltiples finalidades», 2016, p. 907.

¹⁸ Vid., FLORENSA I TOMÀS, 2005, pp. 117-119; ROCA GUILLAMÓN, 2004, pp. 4283-4284; y SIERRA PÉREZ, *RdPat*, 2007, pp. 92-93.

¹⁹ Subraya FLORENSA I TOMÀS, que «la reforma de 2003, sorprendentemente, prescindió de las capitulaciones a la hora de deferir la fiducia sucesoria. No creo que se deba a un olvido del legislador, sino a una clara intención de desterrar toda idea de pacto en torno a las

– El fiduciario podrá satisfacer las legítimas y demás disposiciones del causante tanto con bienes gananciales como privativos del causante o del fiduciario.

– El plazo para ejecutar las facultades conferidas, en caso de tener que realizarse *inter vivos*, será el que se le haya concedido y, en su defecto, el de dos años a contar desde la apertura de la sucesión o, en su caso, de la emancipación del último de los hijos comunes. Las facultades también se le pueden atribuir para que las realice en su testamento, en cuyo caso tendrá toda su vida para llevarlo a cabo, siendo recomendable en estos supuestos que el causante-comitente contemple en su testamento el reparto de sus bienes para el caso de que el fiduciario-comisionado fallezca intestado o incluso testado, pero sin ejercer las facultades conferidas. Como es lógico, en el supuesto de que no hubiera sido contemplada esa situación por el causante-comitente, y el fiduciario-comisionado no hubiera ejercitado sus facultades, se abriría la sucesión legal del primero.

– Las disposiciones que realice el fiduciario de bienes específicos y determinados atribuirán al beneficiario, por el mero hecho de la aceptación, además de la propiedad, la posesión civilísima de los bienes, salvo que se establezca lo contrario.

– Corresponde al fiduciario la administración de los bienes sobre los que penden las facultades fiduciarias.

– Ni el régimen de las legítimas de los descendientes no comunes ni las disposiciones del testador resultarán afectadas por el nombramiento del fiduciario, que tendrá poderes para intervenir en nombre de los descendientes comunes en los actos de ejecución relativos a dichas disposiciones o legítimas.

– A diferencia de las redacciones anteriores, en las que el fiduciario tenía que ser forzosamente el cónyuge viudo, ahora se le pueden conferir las facultades fiduciarias a cualquier persona con la que se tenga prole en común²⁰. Esta última novedad conlleva, como ha indicado Florensa i Tomàs, que en la actualidad la fiducia no pueda sustentarse en el vínculo matrimonial, y que sea la relación de confianza existente entre ambos progenitores la que sirva de fundamento a la institución²¹.

instituciones sucesorias, en las que dicha fuente de la delegación de la facultad de mejorar aparecía como un incómodo intruso, desde la perspectiva del artículo 1271.2 Cc», 2005, p. 123. Como pone de relieve RIVAS MARTÍNEZ, en relación al elemento formal o vehículo de la concesión de la fiducia, «la fuente de la delegación se ha encontrado siempre en la *autonomía de la voluntad*. Sin embargo, las distintas vicisitudes legislativas han modificado la forma de encauzar esa voluntad, iniciándose a partir de la voluntad bilateral (capitulaciones matrimoniales), pasando por un período de coexistencia de ambas (testamento y capitulaciones), para acabar ahora en una voluntad unilateral (testamento)», 2009, p. 1593.

²⁰ *Vid.*, ALBALADEJO GARCÍA, *RDP*, 2005, pp. 21-22; FLORENSA I TOMÀS, 2005, pp. 123-124; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1120.

²¹ FLORENSA I TOMÀS, 2005, pp. 139-140.

Además de las novedades anteriores, la nueva redacción del artículo 831²² ha venido a admitir explícitamente algunos aspectos sobre los que un amplio sector de la doctrina ya se había pronunciado positivamente al comentar el precepto²³:

- Los beneficiarios de las disposiciones del fiduciario pueden ser tanto los hijos como los descendientes posteriores.
- La fiducia no agota su alcance en el tercio de mejora, sino que también incluye el de libre disposición.
- No es obstáculo para esta institución, que tanto el testador como el fiduciario tengan descendientes no comunes.

No obstante lo anterior, y en cierto modo debido a la propia complejidad de la institución, no son pocas las cuestiones que todavía –y en una prolongada espera de pronunciamientos judiciales que contribuyan a clarificar las dudas interpretativas y las lagunas que aún presenta– no han sido abordadas²⁴. Así, a modo de ejemplo, se pregunta Seda Hermosín qué ocurre cuando los cónyuges están separados de hecho; cuando el fiduciario ha sido privado de la patria potestad de los hijos (a lo que responde que la fiducia debería darse por extinguida); y por último, cuando contrae nuevo matrimonio –que salvo dispensa del fiduciante conlleva la pérdida de las facultades fiduciarias–, que posteriormente es declarado nulo (a lo que también responde que debe mantenerse la extinción de las mismas por el mero hecho de haber quebrado la confianza)²⁵.

3. FIDUCIA SUCESORIA VERSUS USUFRUCTO UNIVERSAL VITALICIO CON CAUTELA SOCINI: ¿DOS CAMINOS PARA UN MISMO OBJETIVO?

Como hace unos años puso de manifiesto el notario Díez Gómez²⁶, la gran mayoría de matrimonios que acuden a las notarías

²² Como acertadamente subraya GARCÍA RUBIO, criticando la nueva redacción del artículo 831 CC, «desde un punto de vista estrictamente formal el artículo 831 ha pasado a ser un farragoso entramado de normas ordenadas en seis números que pretendidamente recogen las soluciones a los problemas que la doctrina había planteado con el texto anterior, tomando partido en la respuesta a cuestiones discutidas. Como decisión de técnica legislativa no creo que haya sido la mejor opción pues, por más párrafos que se incluyan, la regulación expresa de la institución que nos ocupa siempre será incompleta, debiendo interpretarse e integrarse en relación con todo el sistema sucesorio del CC», *ADC*, 2008, p. 61.

²³ *Vid.*, ALBALADEJO GARCÍA, *RDP*, 2005, p. 22; y ROCA GUILLAMÓN, 2004, p. 120.

²⁴ Como indica CÁMARA LAPUENTE «la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, reformuló el precepto con los seis apartados que ahora lo integran, tratando de dar respuesta a los múltiples problemas que se habían debatido doctrinalmente, resolviendo algunos, callando sobre otros y creando muchas cuestiones nuevas de difícil resolución unívoca», 2016, p. 907.

²⁵ SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, pp. 269-271.

²⁶ Díez GÓMEZ, *RDN*, 1982, p. 410.

para otorgar testamento llegan con una idea que pronto se desvanece por efecto del respeto obligatorio a la legítima de los descendientes. Su deseo es testar «el uno para el otro y a la inversa», de forma que en lo patrimonial, cuando fallezca el primero, todo continúe igual hasta que se produzca el óbito del cónyuge viudo²⁷. En la mayoría de los casos, ocurre lo que con ciertas dosis de lamento afirma Sapena Tomás²⁸, también notario: «lo cómodo es orillar el problema remitiéndoles al modelo ordinario». Es decir, el testamento en el que se instituye herederos por partes iguales a los descendientes y se establece un legado del usufructo universal vitalicio a favor del cónyuge viudo combinado con la cláusula o cautela socini –testamento «*prêt à porter*»–²⁹. Siendo también frecuente que la anterior disposición se transforme, a elección del viudo, en un legado alternativo entre el usufructo universal vitalicio o el tercio de libre disposición en pleno dominio más su cuota legal usufructuaria³⁰.

La cuestión que cabe plantearse es la siguiente: ¿quedan los testadores plenamente satisfechos con el otorgamiento del testamento *prêt à porter*? Seguramente, en muchas ocasiones, dicha opción será la «más fácil», puesto que establecer la fiducia sucesoria también exige la concurrencia de ciertas circunstancias que se expondrán a continuación.

Desde luego, si lo que los cónyuges (o en los supuestos de personas no casadas con descendencia común) desean es que sus patrimonios permanezcan como uno solo y al fallecimiento del último se reparta entre sus descendientes por partes iguales, bien

²⁷ En la misma línea, señala MARTÍNEZ SANCHIZ que «en nuestras notarías es un lugar común el matrimonio bien avenido que viene a encargar su testamento con las ideas clarísimas: «Lo mío, tuyo; y lo tuyo, mío; y después a los hijos». Algunos se quedan atónitos cuando se les informa de la legítima filial, pero, en general, se conforman, pues: ¿qué no se va hacer por los hijos?», 2014, p. 971.

²⁸ SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, pp. 269-271.

²⁹ Sobre la *cautela socini*, entre otros, *vid.*, PÉREZ VELÁZQUEZ, *RdPat*, 2014, pp. 473-492.

³⁰ Modelo de testamento básico con *cautela socini*: «Primera.–Lega a su cónyuge, don XXXX, alternativamente y a su elección, o bien el usufructo universal y vitalicio de toda su herencia, relevándole de las obligaciones de hacer inventario y de prestar fianza, o bien el tercio de libre disposición en pleno dominio y, además, su cuota legal usufructuaria, facultándole, en cualquiera de los supuestos, para tomar, por sí mismo, posesión de lo legado. Segunda.–En el remanente de sus bienes instituye por sus únicos y universales herederos por partes iguales a sus tres hijos don XXXXX, doña XXXX y don XXXX, a los que sustituye vulgarmente para los casos de premoriencia o incapacidad, por sus respectivos descendientes. Tercera.–Ordena el testador que mientras viva su esposa, y a no ser que ésta lo consienta, no se efectúe la partición de su herencia. Ordenando asimismo que, si alguno de sus hijos o nietos exigiere su legítima o pidiera la intervención judicial en vida de su madre, perderá lo que le corresponda en los tercios de mejora y libre disposición de su herencia, que acrecerá al que acate fielmente su última voluntad reflejada en este testamento. Cuarta.–Revoca expresamente todas las disposiciones de última voluntad anteriores a la presente». Se pueden consultar distintos modelos de testamentos con *cautela socini* en OLIVA BLÁZQUEZ, PÉREZ VELÁZQUEZ y CADENAS OSUNA, 2018, pp. 69 ss.

adjudicándoselos como acuerden, o en pro indiviso para, por ejemplo, proceder posteriormente a su venta, consideramos que el testamento estableciendo el usufructo universal vitalicio con cautela *socini* cumple con dicha voluntad sin mayores alardes. Debe tenerse presente que la fiducia sucesoria, repetimos, exige una gran dosis de confianza en el fiduciario. Además, el fiduciario debe tratarse de una persona cabal y difícilmente influenciable, o de lo contrario, pueden generársele importantes conflictos, no solo internos sino también familiares, como las presiones a las que puede verse sometido por los potenciales beneficiarios de sus decisiones. La decisión sobre el destino del patrimonio se le está delegando al cónyuge o progenitor sobreviviente. Y ello, además, de que si la administración de los bienes sobre los que penden las facultades corresponden al fiduciario, en el supuesto de que se trate, por ejemplo, de una entidad mercantil de cierto volumen, exigiría unos conocimientos empresariales de los que puede carecer. En definitiva, lo que pretendemos poner de relieve es que no en todos los matrimonios o personas con descendencia común se dan los requisitos –personales o psicológicos, o incluso profesionales o de conocimiento en el supuesto de que la administración de los bienes los requiera– que una institución como la fiducia requiere para cumplir mínimamente con el fin perseguido por el testador.

No obstante, es indudable que la fiducia sucesoria también tiene un perfil de testadores *ad hoc*, puesto que las finalidades u objetivos a los que sirve incluye, además del mismo que el testamento con usufructo universal vitalicio con cautela *socini*³¹, otros a los que a continuación haremos referencia.

Si retrocedemos a los orígenes de la institución en nuestro Código civil, lo que cautivó a García Goyena³² fue que dicha fórmula mantenía el respeto y la dependencia de los hijos hacia el cónyuge viudo y se conservaba así la disciplina doméstica manteniendo la paz familiar. Posteriormente, Alpañés³³ nos cuenta que en su época de notario en Asturias empleaba la figura para que el viudo pudiera conservar la cohesión familiar y así permitir que, en los supuestos de que una persona enviudara joven y con una descendencia aún pequeña, pudiera esperar a que sus hijos alcanzaran una edad madu-

³¹ RUEDA ESTEBAN afirma que «la finalidad que se obtenía antiguamente con la figura combinada de la concesión del usufructo universal con la *cautela socini* y la obligación de la facultad de mejorar se consigue actualmente en mayor medida con la institución compleja de la fiducia sucesoria del artículo 831 CC», 2015, p. 1320. Por su parte, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA afirma, en relación al artículo 831 CC, que «el precepto está contemplando una situación que es bastante frecuente en la práctica, en familias bien avenidas: los bienes no se reparten hasta que muere el segundo de los progenitores», *ADC*, 2005, p. 1123.

³² GARCÍA GOYENA, 1974, p. 357.

³³ ALPAÑÉS, *RDP*, 1953, pp. 273 ss.

ra para ver quién de ellos reunía las mejores condiciones o aptitudes para hacerse cargo de la explotación agrícola, evitando una mala gestión de la misma o incluso que una distribución igualitaria entre todos los hijos hiciera poco rentable dicha actividad.

A los tradicionales objetivos o finalidades, a raíz de la última reforma, se le añadió, aunque más bien se subrayó –puesto que, como ya se ha afirmado, con la regulación anterior también se podía emplear con dicha finalidad–, la de servir de instrumento de protección de los hijos con discapacidad. A las anteriores finalidades, añade Roca Guillamón³⁴ que en ocasiones puede asumir la función de «reequilibrio de la situación patrimonial de los hijos, de acuerdo con sobrevenidas circunstancias». También permite la consideración a efectos sucesorios del patrimonio familiar como uno. Por su parte, Florensa i Tomàs suma una interesante finalidad, «la posibilidad de que el cónyuge superviviente sea quien determine el destino de parte de la herencia de su cónyuge difunto le puede garantizar una mejor atención en la última etapa de su vida, sobre todo si él es el discapacitado y, en general, según su grado de dependencia»³⁵.

De todos los anteriores objetivos o finalidades a los que sirve la fiducia sucesoria se puede extraer que su esencia se encuentra en que permite diferir en el tiempo la distribución y partición de la herencia, no precipitándolas cuando las circunstancias así lo aconsejen. Dichas circunstancias pueden ser las anteriores y todas aquellas que puedan imaginarse (hijos inmaduros, con facilidad para derrochar el dinero, con problemas de adicciones, etc...). También puede resultar un instrumento útil para intentar solucionar situaciones que puedan presentarse en el futuro. Se pueden consignar como ejemplos: poder mejorar al descendiente que cuide al cónyuge viudo, o para ayudar al que siendo padre de familia numerosa tenga problemas económicos, o sin tenerlos, no tiene ingresos suficientes para mantenerla de forma adecuada.

Ya se ha indicado que hacer uso de esta institución aconseja confianza en el fiduciario, y que se trate de una persona con determinación y difícilmente influenciable. A ello debe añadirse que sea relativamente joven, pues poco sentido tendría que un testador de avanzada edad nombrara fiduciario a su cónyuge de la misma edad para que pueda proteger, por ejemplo, a un hijo discapacitado, si, dadas sus expectativas de vida, lo podría hacer directamente el testador *ab initio*.

Por tanto, insistimos en que las circunstancias personales, familiares y patrimoniales del testador, junto con la idoneidad del fidu-

³⁴ ROCA GUILLAMÓN, 2004, p. 4284.

³⁵ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 119.

ciario, deben ser concienzudamente valoradas por el profesional que asesore el testamento. Como subrayó en su día Sapena Tomás, el artículo 831 «supone un reto para el jurista a quien se pide consejo sobre la fórmula más conveniente para testar de consuno los cónyuges bien avenidos»³⁶. Al respecto, afirma Rueda Esteban que «la fórmula de la transcripción en el testamento no deberá ser sencilla, pues la complejidad de las actuaciones y la variedad de posibilidades que presenta hace que su carácter profundamente técnico exija una redacción de la cláusula testamentaria, cuando menos ajustándose a las exigencias de la letra del artículo 831 CC, y si es posible matizando y desarrollando muchas posibilidades que el texto del artículo deja abiertas»³⁷.

La casuística puede ser muy amplia. Seda Hermosín señala que se puede «evitar el inadecuado reparto de los bienes a que obligaría la prematura muerte de uno de los cónyuges, dejando en manos del otro que, una vez crecidos los hijos, situados en el seno de sus respectivas familias, y vista la evolución del patrimonio familiar, distribuya los bienes de la manera más adecuada posible»³⁸. Por su parte, Garrido de Palma cuenta como en el año 1975, recién modificado el artículo 1315 CC, autorizó una escritura de capitulaciones matrimoniales posnupciales –en la que concurría la circunstancia de que el marido se encontraba aquejado de una grave enfermedad–, donde los cónyuges «recíprocamente acudieron al 831... Como existía una hija drogadicta y de vida disipada, se la desheredó –había tenido para con los padres actitudes *non gratas* y vivía desordenadamente, por decirlo con términos suaves–, pero se facultó al supérstite para que siguiera atendiéndola, alimentándola, cuidando su salud, y si se recuperaba *levantar* la desheredación»³⁹.

El objetivo o fin en el que coinciden las dos formas de testar que se vienen comentando, se pone de relieve en los supuestos en los que los cónyuges desean que sus patrimonios permanezcan como uno solo, y al fallecimiento del último se reparta entre los hijos. Ahora bien, si el destino de los bienes, una vez adjudicados a los hijos, es venderlos, posiblemente el testamento básico con cautela socini sea más adecuado por su sencillez. Pero, pensemos en un matrimonio que tiene dos hijos, que no existen bienes gananciales, y que el patrimonio de cada uno es una finca urbana que

³⁶ SAPENA TOMÁS, 1988, p. 982.

³⁷ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1320. En el mismo sentido, indica ROMERO-GIRÓN DELIETO que «el artículo 831 abre tal abanico de posibilidades y plantea tales problemas y alternativas que no creemos posible una fórmula sencilla para su transcripción en un testamento, al menos mientras no haya una elaboración consolidada de la doctrina o jurisprudencia sobre el precepto», *RJN*, 2006, p. 222.

³⁸ SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, pp. 265-266.

³⁹ GARRIDO DE PALMA, *RJN*, 2012, p. 355.

heredaron de sus respectivos padres. Si la familia llega al acuerdo de que el inmueble del padre sea para un hijo y el de la madre para el otro, dicho objetivo se conseguiría de forma más ágil disponiendo el cónyuge viudo, lógicamente facultado por el otro, que un bien será para un hijo y otro para el otro. Lo anterior viene a significar, como afirma García Rubio, «la consideración del patrimonio de ambos cónyuges como un todo unitario a efectos sucesorios, vieja aspiración en nuestra literatura jurídica y que supone, a mi entender, el paso adelante más significativo de la nueva regulación. Sobremanera se consagra la posibilidad de una atribución o mejorar en cosa ajena como vehículo de satisfacción de un derecho sucesorio»⁴⁰. En estos supuestos, la práctica habitual es que cada testador le deje el bien al hijo que corresponda con la obligación de que éste le pague la legítima en efectivo metálico al otro.

4. NATURALEZA JURÍDICA Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN EL CÓDIGO CIVIL

De forma aséptica puede afirmarse que la vigente redacción del artículo 831 CC contempla como supuesto de hecho que un cónyuge concede en su testamento al otro cónyuge amplias facultades para que configure su sucesión, o por lo menos parte de ella, disponiendo mejoras, atribuciones y adjudicaciones de bienes del testador en favor de hijos o descendientes comunes⁴¹. Dicho supuesto de hecho se hace extensivo, siendo una novedad introducida por el legislador en el año 2003, a las personas con descendencia común que no estén casadas entre sí. Debe quedar claro que el comitente no está testando por el causante, sino solo cumpliendo o ejecutando una disposición *mortis causa* del premuerto⁴².

Como ya se ha indicado, la institución consagrada en el artículo 831 CC solo puede otorgarse en testamento y tiene su fundamento en la *fides* o absoluta confianza que un progenitor tiene en el otro. Todo ello ha llevado a la doctrina a afirmar con acierto que nos

⁴⁰ GARCÍA RUBIO, ADC, 2008, p. 83. En el mismo sentido se pronuncia GARRIDO DE PALMA al señalar que resulta interesante «en supuestos en que ambos cónyuges tenían claro que *lo de ellos* era un patrimonio y que sus descendientes –menor de edad, discapaz, enfermedad..., empresa familiar– iban a necesitar por el fallecimiento, muchas veces prematuro de uno de ellos, que existiera una regencia. Y me he percatado de que, ajustado al supuesto real y sus circunstancias, puede considerarse más adecuada y aconsejable que el usufructo universal, vía *cautela Socini*, en casos», RJN, 2012, p. 356.

⁴¹ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 119.

⁴² Como indica RUEDA ESTEBAN, el fiduciario «no testa por el premuerto aunque ejerza facultades por él delegadas; como la concesión de la facultad de distribuir la herencia, semejante a la que tendría el propio causante», 2015, p. 1315.

encontramos ante una institución fiduciaria, y concretamente ante una fiducia sucesoria o, tal vez más correctamente fiducia testamentaria por ser dicho instrumento de última voluntad la única forma de otorgarla⁴³. Entre otros autores, Roca Guillamón afirma que «la naturaleza de fiducia sucesoria es la que mejor se adapta a la realidad de la delegación de la facultad de mejorar, como se comprueba advirtiendo que solo cuando ha fallecido el cónyuge delegante puede hacer uso de la facultad el delegado, y ello con mayor razón hoy, cuando suprimida la posibilidad de hacerlo en capitulaciones matrimoniales, ha quedado el testamento como único vehículo a través del cual canalizar la delegación»⁴⁴.

El testamento es el cauce prefijado por el fiduciante para transferir al fiduciario las facultades de configuración jurídica de la sucesión mortis causa de su caudal relicto. Como afirma acertadamente Cámara Lapuente, cuando se delegan las facultades de la fiducia sucesoria «el fenómeno sucesorio se descompone en varios momentos y declaraciones de voluntad distintas: en primer lugar, la voluntad del causante que delega, habiendo dispuesto o no de parte de la herencia y acotando o no el círculo de posibles beneficiarios, los criterios de distribución, los bienes comprendidos en la delegación, etc.; en segundo lugar, la declaración de voluntad propia del fiduciario sobre el patrimonio ajeno, ejecutando la encomienda a su arbitrio dentro de los límites fijados por el testador, bien mediante manifestación de quiénes deben ser los beneficiarios de la herencia del causante y su participación, bien, adicionalmente, realizando la distribución o partición concreta de los bienes; o, en palabras del art. 831, mejorando, adjudicando o atribuyendo estos, en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos y por cualquier título o concepto sucesorio»⁴⁵.

Resulta llamativo, dentro de la sistemática y de los principios que inspiran el Derecho sucesorio del Código civil, el haz de facultades que permite delegar el artículo 831 CC en favor del fiduciario. Tanto que, de forma muy gráfica, Martínez Sanchiz llega a afirmar que «desde un principio, el 831 se percibe como una nota desafinada, un instrumento de raíz foral, que rompe la armoniosa concepción del cuerpo legal en el que se aloja»⁴⁶.

Como prueba del carácter de cuerpo extraño o precipitado injerto de la fiducia sucesoria en el Código civil, se argumenta que contradice con mayor o menor intensidad varios de sus artículos, y no

⁴³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2015, p. 1122; ROCA GUILLAMÓN, 2004, p. 4285; RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1318 y 1331; y SAPENA TOMÁS, 1988, p. 917.

⁴⁴ ROCA GUILLAMÓN, 2004, p. 4285.

⁴⁵ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 908.

⁴⁶ MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, p. 981.

precisamente artículos menores⁴⁷. El tenor literal del artículo 831 CC –«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior...»– se presenta proclamándose como una excepción al artículo 830 CC que formula la facultad de mejorar como una característica personalísima: «La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro». Pero como ya se ha afirmado, los actuales contornos de la fiducia sucesoria en el Código civil exceden con mucho de la facultad de mejorar, pudiendo el fiduciario ordenar la sucesión del fiduciante disponiendo de los tercios de mejora y libre disposición, adjudicaciones, atribuciones y particiones por cualquier título o concepto sucesorio. Dicho abanico de facultades nos conduce a calificarla como un negocio de configuración jurídica de la sucesión *mortis causa* de una persona, que supone una excepción material al carácter personalísimo del testamento consagrado en el artículo 670 CC: «El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente»⁴⁸.

Como ya se ha afirmado, el fiduciario no está testando por el fiduciante, sino que «está investido de un poder de configuración jurídica sobre el complejo patrimonial que constituye la herencia del difunto y sus facultades derivan de una declaración de voluntad del premuerto»⁴⁹. La intervención del fiduciario no adquiere protagonismo en el momento del fiduciante otorgar testamento, lo que supondría una excepción al principio del personalismo formal. Por ello, debe matizarse que el artículo 831 CC constituye una excepción al principio del personalismo material formulado con carácter general en el artículo 670 y del que el artículo 830 es una muestra⁵⁰. La interferencia del fiduciario en la sucesión del

⁴⁷ DÍAZ FUENTES afirma que el artículo 831 representa «una desviación legal del régimen de los artículos 670 y 830,... El artículo 831 presenta una institución totalmente anómala en nuestro Derecho común, no solo en el aspecto histórico, por carecer de precedentes en el Derecho castellano tradicional, sino aun en el marco de nuestro vigente ordenamiento positivo, para cuyos principios sustentadores constituye aquella norma una verdadera subversión jurídica», *ADC*, 1965, p. 877.

⁴⁸ Ya en el año 1953, entre los primeros trabajos de la figura que venimos analizando, ALPAÑÉS, en relación a la primigenia redacción del artículo 831 con facultades más limitadas que las posibilidades actuales, afirmaba que «el artículo 831 constituye un caso en que no se cumple respecto del testamento y de la designación de heredero el personalísimo que caracteriza a la institución; no solo la facultad de mejorar, sino la de distribuir la herencia del cónyuge primeramente fallecido queda cometida con toda libertad al viudo que no contraiga ulteriores nupcias», *RGLJ*, 1953, p. 283.

⁴⁹ RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 448.

⁵⁰ *Vid.*, CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 908; GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 67; y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1122.

fiduciante, como afirma López Beltrán de Heredia, «se produce por un reenvío a una voluntad ajena al negocio sucesorio (autorizando a una persona para que después de la muerte del causante pueda designar sucesor, establecer la porción de bienes en la que la sucesión ha de tener lugar o decidir sobre la eficacia de las disposiciones del causante)»⁵¹.

Por la amplitud de las facultades que pueden ser encomendadas al fiduciario y de la condición de heredero, en los supuestos de ser el designado cónyuge viudo, la fiducia sucesoria también supone una excepción parcial del párrafo primero del artículo 1057 CC: «El testador podrá encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos»⁵². Ello se explica porque las facultades que se le atribuyen al fiduciario exceden de las de un mero contador partididor que se limita a partir la herencia del testador⁵³. Además, no puede ser designado contador partididor un heredero; mientras que en la fiducia sucesoria, en la que en la mayoría de los supuestos el cónyuge viudo será el destinatario del encargo, sí se da la condición de heredero. Y ello, sin olvidar aquellos supuestos en los que siendo el fiduciario una persona con la que se tenga descendencia común, pueda también ser nombrada heredera en el tercio de libre disposición, con o sin adjudicación del usufructo universal y vitalicio en pago de dicho tercio.

Algunos autores han afirmado que el artículo 831 CC también constituye una excepción al párrafo segundo del artículo 1271 CC⁵⁴: «Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056» al contemplar a la fiducia sucesoria como una excepción a la prohibición de los pactos sucesorios. Consideramos que la actual fisonomía de la fiducia se aleja de su posible identificación con un pacto sucesorio por los siguientes argumentos: fiduciante y fiduciario no quedan vinculados por el otorgamiento de las facultades fiduciarias en el testamento; no confiere ningún tipo de

⁵¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1122.

⁵² CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 908; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1118; RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1314-1315; y VALLET DE GOYTISOLO, 1991, p. 2054-2055.

⁵³ En este sentido, VALLET DE GOYTISOLO afirma que el artículo 831 CC «permite conferir unas facultades que exceden de las previstas en términos generales por el art. 1057.1, pues faculta para un contenido que abarca: la facultad de mejorar, es decir, la de determinar porciones desiguales en que hayan de suceder los hijos comunes, tanto respecto al tercio de mejora como al de libre disposición, y la de distribuir, según el prudente arbitrio del propio delegado, los bienes del difunto, implicando un poder parcial más amplio que la simple facultad de hacer la partición referida al contador partididor, en términos generales en el art. 1057.1 CC», 1991, pp. 2054-2055.

⁵⁴ MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2006 p. 410.

derecho sobre la herencia futura; además, el fiduciante continúa pudiendo disponer tanto *inter vivos* como *mortis causa* de todo su patrimonio; y la comisión que constituye la fiducia sucesoria tiene eficacia *post mortem*, por lo que no producirá, si los tienes que producir, sus efectos hasta el óbito del fiduciante causante⁵⁵.

Una vez que se ha analizado el supuesto de hecho que formula el artículo 831 CC, así como su naturaleza jurídica, debemos subrayar que poco ha contribuido a la puesta en práctica de la institución su ubicación sistemática en el Código civil. El legislador situó al artículo 831 desde su origen en la «Sección 6.^a De las mejoras» como una excepción a la prohibición de delegar o encomendar a otra persona la facultad de mejorar consagrada en el artículo 830. Como se ha indicado, el alcance de la figura es mucho más amplio, no circunscrito a la mera facultad de mejorar, pudiendo disponer también del tercio de libre disposición, distribuir y adjudicar bienes, y realizar la partición y administración de la herencia. Por tanto, ni en su redacción primigenia, donde la extensión de sus facultades creaba dudas interpretativas, ni con la redacción actual, en la que dicha amplitud suscita menos interrogantes, su incardinación como excepción al artículo 830 CC no parece la más adecuada; de la misma forma que tampoco parece correcta su tradicional nomenclatura como delegación de la facultad de mejorar, que reiteramos no dibuja el alcance real de la figura. Por todo ello, consideramos que lo aconsejable sería que su incardinación se llevase a cabo a continuación del artículo 670 CC, como una excepción al principio del personalismo material que preside el Derecho sucesorio de nuestro Código. Sin duda, como es sabido, una ubicación sistemática coherente coadyuva a comprender mejor las instituciones⁵⁶.

5. FALTA DE ARRAIGO Y DESCONOCIMIENTO TANTO TEÓRICO COMO PRÁCTICO DE SU UTILIDAD

Ya se ha afirmado que cuando García Goyena justificaba la inclusión de la fiducia sucesoria en la sistemática del Código, hacía hincapié en que pretendía introducir una institución cuyas bonda-

⁵⁵ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 908. Ya, incluso, con la redacción anterior a la del año 2003, que permitía la concesión de las facultades fideicomisarias en capitulaciones matrimoniales, ESPEJO LERDO DE TEJADA, afirmaba que el artículo 831 CC no formulaba ningún tipo de pacto sucesorio, puesto que siempre podrían ser revocadas unilateralmente aunque no fuera en capítulos matrimoniales, lo que argumenta en el carácter revocable que se deriva de que dicho precepto respeta las disposiciones del fiduciante testador, por lo que, como es lógico, el fiduciario no podría ejecutar la fiducia sucesoria contra la última voluntad del testador, 1999, p. 75.

⁵⁶ GARCÍA RUBIO, 2010, p. 950; y RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1318.

des se habían puesto ampliamente de manifiesto en algunos Derechos forales y cuyo fin era el fortalecimiento de la posición del cónyuge viudo y el mantenimiento de la paz familiar. A lo anterior, debe añadirse, como pone de manifiesto Rueda Esteban, que Don Florencio también perseguía «dar satisfacción a los foralistas mediante la inclusión en el texto unificado de Código Civil de una figura tan propia de los territorios forales como esta facultad de distribuir, que resultaba un guiño, mediante la incorporación al sistema de Derecho civil común de una figura semejante a la fiducia sucesoria aragonesa»⁵⁷.

El injerto foráneo, como lo calificó Díaz Fuentes⁵⁸, no agarró hasta el punto de que, como indica Martínez Sanchiz⁵⁹, nació lastrado, o, como afirma Rueda Esteban⁶⁰, su letra nació casi muerta.

Las razones de la falta de arraigo de la fiducia sucesoria en los territorios de Derecho común, son varias: en primer lugar, el hecho de que en su redacción originaria solo pudieran atribuirse sus facultades mediante capítulos matrimoniales y que éstos solo se pudieran otorgar, hasta la reforma en el año 1975 del artículo 1315 CC, antes de contraer matrimonio. Momento que, como pone de manifiesto Rivas Martínez, «era poco oportuno para tomar una decisión de este tipo»⁶¹. A la anterior exigencia, debe añadirse, como señala López Beltrán de Heredia, que «en los territorios de Derecho común no había costumbre de hacer capitulaciones matrimoniales (salvo en lugares muy concretos y aislados)»⁶². En segundo lugar, el requisito de que el otorgante, además, tenía que fallecer intestado, ya que su principal finalidad era evitar los efectos igualitarios que se producían con la sucesión legal⁶³. A las anteriores razones, debe sumarse una no menos importante, la de que la sistemática del Derecho sucesorio del Código civil pivota sobre una concepción amplia de la legítima, que se caracteriza por su intangibilidad cualitativa, además de la cuantitativa, y ello chocaba y sigue chocando con la plena operatividad de la fiducia sucesoria.

Aunque las posteriores modificaciones de la redacción del artículo 831 CC, a las que ya hemos hecho referencia, trataron de revitalizarla, lo cierto es que apenas ha tenido aplicación práctica⁶⁴.

⁵⁷ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1318.

⁵⁸ DÍAZ FUENTES, *ADC*, 1965 p. 879.

⁵⁹ MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, p. 1318.

⁶⁰ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1314.

⁶¹ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1581.

⁶² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1118.

⁶³ Sobre la falta de arraigo de la fiducia sucesoria *vid.*, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1118; MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, pp. 977-978; RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1314; y RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1581.

⁶⁴ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 58; MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, pp. 977-978; y RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1581.

A la falta de arraigo *ab initio* debe añadirse cierto desconocimiento tanto teórico como práctico de su utilidad, a lo que debe sumarse que se trata de una institución que, siendo añeja en el Código, es casi virgen en pronunciamientos jurisprudenciales que le otorguen certidumbre interpretativa, por lo que en la práctica se plantean graves problemas sobre sus exactos límites y muchos interrogantes de difícil solución pacífica⁶⁵. Una de las grandes virtudes de la que gozan los documentos que autorizan los notarios, es la seguridad jurídica, teniendo gran transcendencia en el testamento, capital manifestación de la autonomía de la voluntad, de la última voluntad, ya sea patrimonial o espiritual de una persona. Máxime cuando se trata de un documento sobre cuyo sentido o interpretación, como resulta evidente, no puede consultarse con el que la emitió. Por ello, hasta cierto punto, es comprensible que el Notario, o el Letrado al que se le pida asesoramiento testamentario, dude sobre la idoneidad de aconsejar el otorgamiento de un testamento con las facultades del artículo 831. En este sentido, Díez Gómez afirma que «la institución no es conocida por el público y que los notarios no nos atrevemos a aconsejarla»⁶⁶; por su parte, Martínez Sanchiz indica que «es la típica norma que ahuyenta a los prácticos por su incertidumbre interpretativa»⁶⁷. También, Seda Hermosín subraya que «la institución ha sido poco empleada en la práctica...: primero por la falta de tradición, siendo una institución desconocida y nada arraigada; y segundo, para quienes nos hemos acercado a ella, porque planteaba graves problemas»⁶⁸. Afirma Urrutia Badiola que «resulta curioso comprobar como en una época en la que existe una cierta fascinación por instrumentos sucesorios de la *Common Law* tales como el trust, la fiducia sucesoria sea, sin embargo, para muchos operadores jurídicos, una gran desconocida»⁶⁹.

Curiosamente, los notarios que han abordado su análisis confiesen sus bondades y asumen su responsabilidad en su poca puesta en práctica⁷⁰. Así, Rueda Esteban afirma que «una parte importante de la insuficiente utilización, les corresponde a los profesionales del derecho, y especialmente a los Notarios, que por su proximidad y especial función en los momentos de organizar la sucesión y los protocolos familiares, deben fomentar la utilización de estas instituciones»⁷¹.

⁶⁵ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 58; y RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1581.

⁶⁶ DÍEZ GÓMEZ, *RDN*, 1982, p. 409.

⁶⁷ MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, p. 971.

⁶⁸ SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, p. 266.

⁶⁹ URRUTIA BADIOLA, 2008.

⁷⁰ RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 256; y SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, p. 266.

⁷¹ RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 256.

No obstante las dificultades que conlleva nuestra figura, es pensamiento común entre los notarios que la mayoría de los matrimonios bien avenidos desean dejarse recíprocamente el mayor poder posible sobre el patrimonio familiar al que consideran como una unidad, más aún si se encuentran casados en régimen de gananciales⁷², y que dicho objetivo se alcanza de forma más satisfactoria y eficaz «con la delegación que permite el artículo 831 junto con otras posibilidades sucesorias, como pueden ser el usufructo universal, la prohibición de dividir la herencia dentro de los límites legales, el albaceazgo, la facultad del artículo 1.056 C.c. y, sobre todo, la del 841»⁷³.

En aras de lograr un punto de equilibrio entre las dificultades y bondades que presenta la fiducia sucesoria, debe subrayarse que su proliferación en la práctica dependerá, dado el alto componente técnico que presenta la institución, de la implicación y trabajo en la planificación testamentaria de los operadores jurídicos, principalmente de Notarios y Letrados, pues, como afirma Rueda Esteban, «la fórmula de la transcripción en el testamento no deberá ser sencilla, pues la complejidad de las actuaciones y variedad de posibilidades que presenta hace que su carácter profundamente técnico exija una redacción de la cláusula testamentaria, cuando menos, ajustándose a las exigencias de la letra del art. 831 CC, y si es posible, matizando y desarrollando muchas posibilidades que el texto del artículo deja abiertas»⁷⁴.

6. DELIMITACIÓN DEL FIDUCIARIO Y SUS REQUISITOS ANTES Y DESPUÉS DE PRODUCIRSE EL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE

6.1 PERSONAS A QUIENES SE PUEDEN ATRIBUIR LAS FACULTADES FIDUCIARIAS

El fiduciario –también denominado con los términos de delegado, comisionado o actuante–, es la persona a la que se le atribuyen las facultades fiduciarias. Ya se ha dicho que la fiducia sucesoria contempla como supuesto de hecho que un cónyuge concede en su testamento al otro cónyuge amplias facultades para que configure su sucesión, o por lo menos parte de ella, disponiendo

⁷² Díez Gómez, *RDN*, 1982 p. 410; Garrido de Palma, *RJN*, 2012, p. 356; y Romero-Girón Deleito, *RJN*, 2006, p. 222.

⁷³ Díez Gómez, *RDN*, 1982, p. 410.

⁷⁴ Rueda Esteban, 2014, p. 309.

mejoras, atribuciones y adjudicaciones de bienes del testador en favor de hijos o descendientes comunes. El requisito de que el fiduciario descansa en la persona del otro cónyuge deriva del apartado primero del artículo 831 CC al disponer que «podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento». Desde la primitiva redacción del precepto, la condición de fiduciario había sido exclusividad del cónyuge viudo sobreviviente, situación que ha variado con la nueva redacción del año 2003. El apartado sexto del artículo 831, como cláusula de cierre de la norma, dispone que «las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí». Parece que el legislador, con más de veinte años de retraso, ha recogido el guante lanzado en su día por Díez Gómez cuando afirmaba que «*de lege ferenda* podría defenderse la extensión de la facultad de delegar en favor de la madre de los hijos del disponente, no solo en los casos de nulidad y divorcio sino en los de descendencia extramatrimonial, puesto que el fundamento de la institución puede pensarse que es, más que la *afectio maritalis*, la confianza que se deriva de que el comisario sea padre o madre de los llamados a heredar»⁷⁵.

Por ello, la condición de fiduciario puede recaer tanto en el cónyuge como en cualquier persona con la que se tenga descendencia común, aunque no hayan contraído matrimonio. En otras palabras, el requisito para ser designado fiduciario es tener la condición de coprogenitor con el testador.

No obstante el tenor literal del apartado sexto del precepto, la doctrina se encuentra dividida en cuanto a la extensión que deba darse al supuesto de hecho de las personas con descendencia común, aunque no estén casadas entre sí. Una parte de la doctrina sostiene que la descendencia en común no es suficiente para que pueda constituirse válidamente el encargo fiduciario, exigiendo que haya existido convivencia entre los progenitores. Así, Rueda Esteban afirma que «la norma presupone una relación de hecho con una cierta duración temporal. La pareja de hecho, si es una relación análoga al matrimonio, implicará forzosamente algo de convivencia, o al menos una *afectio maritalis*. Un matrimonio en el que no exista una comunidad de vida básica no se corresponde con la idea de la institución. Por lo tanto, con la pareja de hecho ocurre lo mismo, pero *de facto*. La confianza que supone la fiducia tiene su base en esa convivencia, y cuando ésta se rompe la delegación pierde su efecto, porque lógicamente ha desaparecido la confianza... es necesario un elemento espiritual de *afectio maritalis* que conforma y

⁷⁵ Díez Gómez, *RDN*, 1982, p. 415.

completa la convivencia *more uxorio* y que determina la existencia de una relación de confianza que en el matrimonio se supone y en la unión de hecho debe reunir los requisitos dichos»⁷⁶.

Parece que dicho autor construye el fundamento de la fiducia sucesoria sobre el triángulo formado por la confianza, la descendencia común y la *affectio maritalis*, haciendo depender la confianza no solo de la prole en común, sino también de la convivencia. Afirma que el artículo 831 «se fundamenta en la relación de confianza existente entre los progenitores de una descendencia común, por lo que no basta exclusivamente la existencia de esa descendencia, sino que debe ir acompañada de una *affectio maritalis*»⁷⁷.

Consideramos que la actual redacción del artículo 831 CC ofrece indicios suficientes para afirmar que la *affectio maritalis* o incluso su sucedáneo, en forma de convivencia *more uxorio*, no constituyen un requisito de la fiducia sucesoria y ni siquiera de la confianza en la que la misma se fundamenta. El elemento espiritual que reclama Rueda Esteban deriva de que el fiduciario es progenitor del llamado a heredar, lo que supone, en palabras de García Goyena «el amor de padre o madre, el más puro e intenso de los buenos afectos»⁷⁸. Los reflejos de la pérdida de protagonismo de la *affectio maritalis* a los que nos hemos referido, se encuentran no solo en el tenor literal del apartado sexto, sino también en la posibilidad de que por efecto de la autonomía de la voluntad del fiduciante pueda subsistir el encargo fiduciario aunque se hubiera producido la nulidad, el divorcio, la separación legal o de hecho de los que un día fueron cónyuges, o la ruptura de los que mantuvieron una relación de hecho con o sin convivencia marital.

Otro sector de la doctrina, al que nos adherimos, sostiene que la mera descendencia en común con el causante es requisito suficiente de validez del encargo fiduciario, sin necesidad de que fiduciante y fiduciario hayan sido pareja de hecho o haya existido una convivencia *more uxorio* o cuasi marital. Por todos, García Rubio sostiene que el apartado sexto del artículo 831 «para nada reclama que los sujetos con descendencia común que pueden protagonizar

⁷⁶ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1324. En la misma línea, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA indica que «termina el artículo 831 CC diciendo que «Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí.» Del tenor literal del precepto tendremos que concluir que no es preciso que los progenitores con descendencia común sean una pareja de hecho, con los requisitos de estabilidad que ello implica. Puede pensarse que bastará que tengan descendencia común, aunque jamás hayan convivido. Sin embargo, si hemos sostenido con relación a los cónyuges que no deben estar separados ni de hecho ni judicialmente, habremos de sostener que el precepto se refiere a una pareja de hecho, que no esté separada en el momento de la muerte de uno de sus miembros», ADC, 2005 p. 1152.

⁷⁷ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1322.

⁷⁸ GARCÍA GOYENA, 1974, p. 357.

nuestra figura hayan convivido juntos; como señalan algunos autores, simplemente han de existir los hijos comunes y la confianza en lo que el otro progenitor decida, aunque no exista pareja»⁷⁹.

Después de haber delimitado quién puede ser nombrado fiduciario, consideramos de interés esbozar tres apreciaciones que pueden contener ciertos tintes *de lege ferenda*:

– El apartado sexto del artículo 831 CC tal vez se lo podría haber ahorrado el legislador cambiando en el resto del articulado la expresión «cónyuge» por la de «coprogenitor», o indicando en el apartado primero que «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al coprogenitor como fiduciario en testamento, para que fallecido el testador...», y en el resto del articulado emplear la expresión «fiduciario». Además, entiendo que se encuentra mal concordado puesto que remite en bloque –con el peligro que ello conlleva al no tratarse de dos realidades idénticas–, al supuesto de dos personas con descendencia común, a unas disposiciones –los apartados primero a quinto– que construyen un régimen legislativo sobre el presupuesto de un matrimonio preexistente. Lo anterior supone que tengan que aplicarse de forma forzada las referencias a la sociedad de gananciales a la posible existencia de bienes de ambos progenitores en régimen de comunidad ordinaria, por no decir que el legislador presume que todos los matrimonios se casan en régimen legal de gananciales.

– Con la redacción actual queda claro que el fiduciario, sea cónyuge o no, haya convivido con el testador o no, será siempre una persona con la que se tenga descendencia común, es decir, es un encargo unipersonal. Planteamos un supuesto que a primera vista pudiera parecer de laboratorio, pero que podría darse perfectamente en la práctica. Pensemos en el siguiente ejemplo: un empresario joven y próspero al que se le diagnostica una enfermedad terminal, teniendo cuatro hijos menores de edad, o incluso unos mayores de edad y otros menores. Se encuentra divorciado de dos matrimonios, teniendo dos hijos del primero y otros dos del segundo. Dicho señor tiene dos empresas con un capital social y volumen de negocio similares, y su deseo es que los cuatro hijos hereden por partes iguales, pero que los del primer matrimonio hereden la «Empresa A», y los del segundo la «Empresa B». Desea también que cada una de dichas empresas sean dirigidas por el que mejores actitudes presenten para ello. ¿Por qué no podrían ser designadas fiduciarias, encargadas exclusivamente de designar el director de la empresa, las respectivas madres de sus hijos? Máxi-

⁷⁹ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 72. En el mismo sentido *vid.*, CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 910; FLORENSA I TOMÁS, 2005, p. 127; y RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1587.

me cuando las capacitaciones pueden valorarse no de forma caprichosa por sus ex cónyuges, sino fijadas por criterios objetivos como la obtención de mejores niveles de estudio, o de la más íntegra formación para dirigir la empresa. A ello habría de añadirse, que del acierto en la elección del futuro director de la empresa podría depender la viabilidad futura de la misma.

– Al hilo de la anterior apreciación, coincidimos con García Rubio cuando afirma que el apartado sexto del artículo 831 CC «menciona a las personas (no casadas entre sí) que tengan, no hijos comunes, sino «descendencia común», lo que literalmente autorizaría la delegación hecha, por ejemplo, por el abuelo materno a favor del padre de sus nietos, con quien no está casado y con quien comparte descendencia común. No creo que esta sea la voluntad del legislador, que simplemente trata de equiparar a todos los efectos la posición de su viudo y de los hijos nacidos de esa unión matrimonial con la del núcleo familiar compuesto por la persona con quien tuvo hijos sin contraer matrimonio y esos mismos hijos. Fuera de esos supuestos, no cabe la delegación»⁸⁰.

Entiendo que sería razonable plantearse la extensión de la condición de fiduciario a otras personas, o mejor, a parientes por consanguinidad. Si pensamos en el ejemplo arriba descrito, ¿por qué no puede ser el abuelo o la abuela quién designe el futuro director de las empresas? ¿Es superior la confianza que se tiene en un cónyuge o ex cónyuge que la que se puede tener en un padre o una madre, abuelos de los beneficiados por la fiducia? A colación de ello, en relación a la regulación de las instituciones fiduciarias en los Derechos civiles autonómicos, ya ha indicado Cámara Lapuente que, en algunos, son designados fiduciarios «ciertos parientes en favor de los descendientes del *de cuis*, con una clásica finalidad familiar, algunos han ampliado el círculo de posibles fiduciarios y beneficiario incluso a cualquier persona (Aragón, Navarra, Mallorca y Menorca)»⁸¹.

6.2 REPERCUSIÓN DE LAS SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL EN LA SUBSISTENCIA DE LA DELEGACIÓN

Tradicionalmente se ha debatido por la doctrina la repercusión o incidencia del vínculo matrimonial sobre las facultades fiduciarias⁸². Es decir, si la subsistencia del vínculo matrimonial al momen-

⁸⁰ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, pp. 72-73.

⁸¹ CÁMARA LAPUENTE, 2016, pp. 907-908.

⁸² Entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, *RDP*, 2005, pp. 6-8; DÍEZ GÓMEZ, *RDN*, 1982, pp. 414-416; y SAPENA TOMÁS, 1988, pp. 918-923

to de producirse el óbito del fiduciante, constituye un presupuesto válido y esencial para que el fiduciario pueda ejecutar su encargo. El artículo 831 CC, en su redacción del año 2003, sí ha regulado en su párrafo quinto los efectos extintivos que determinadas alteraciones de las circunstancias del viudo producen sobre el encargo fiduciario, pero ha guardado silencio sobre los efectos que la separación –legal o de hecho–, el divorcio y la nulidad del matrimonio tienen sobre la fiducia. Problema que parece incrementarse con la posibilidad prevista en el apartado sexto de conceder las facultades fiduciarias al progenitor con el que se tiene descendencia común.

Centrándonos en los problemas generados por las crisis matrimoniales previas al momento de producirse el fallecimiento del testador, tenemos que distinguir dos situaciones:

La primera sería que el fiduciante, una vez producido la separación –legal o de hecho–, el divorcio o la nulidad, le confiriera las facultades fiduciarias al cónyuge separado –de hecho o legal– o excónyuge. Designación que pondría de manifiesto que dichas circunstancias no han hecho mella en la confianza que tiene depositada en su persona. Esta situación no parece plantear problema alguno, puesto que en la actualidad la fiducia sucesoria pivota sobre la relación de confianza entre dos personas con descendencia común. No podrán quedar orilladas las personas en dichas circunstancias respecto de las que sin haber existido nunca vínculo matrimonial, tienen descendientes comunes (art. 831.6.º)⁸³.

La segunda situación –que divide a la doctrina–, se plantea cuando las crisis matrimoniales se producen en el lapso de tiempo que va desde la designación testamentaria del fiduciario hasta el momento de la apertura de la sucesión. Partimos de la base de que el testador no ha previsto expresamente estas circunstancias en el testamento, ya que de haberlo hecho su voluntad soberana habría de ser puntualmente respetada.

Para un amplio sector de la doctrina, la separación legal, el divorcio y la nulidad del matrimonio son causas de extinción de la fiducia⁸⁴. En el caso de la separación legal, sostiene Martínez San-

⁸³ Entre otros, RIVAS MARTÍNEZ afirma que «parece admisible defender y aceptar la validez y subsistencia de la facultad testatoria realizada a favor del excónyuge o del cónyuge separado, pues puede mantenerse, como se ha dicho, que el fundamento de la institución más que la *afectio maritalis*, está en la confianza que se deriva del hecho o circunstancia de que el comisario sea padre o madre de las personas llamadas a heredar... hay que aceptar con base en el principio de autonomía de la voluntad, que el testador pueda establecer en su testamento que su excónyuge o su cónyuge separado puedan mantener la fiducia sucesoria, aunque su matrimonio no continúe por nulidad, divorcio o separación», 2009, p. 1589. En el mismo sentido, entre otros, MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2006, p. 413; y SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, p. 269.

⁸⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, pp. 1123-1124; MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, pp. 979-980; MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2006, pp. 412-413; RUEDA ESTEBAN, 2015,

chiz que queda extinguida la delegación argumentando que «avala esta conclusión el sentido común, ante la pérdida de confianza que pone de manifiesto, así como la revocación de los consentimientos respectivos, admitida la demanda (artículo 102-2) y la privación de la legítima al cónyuge viudo conforme al artículo 834 del Código civil: la separación judicial rompe el *favor viduitatis*»⁸⁵. En lo que no coinciden los autores que defienden el efecto extintivo de la separación legal sobre la fiducia es en qué ocurre en los supuestos en los que tras la separación se produce la reconciliación legal prevista en el artículo 84 CC. Por su parte, Rueda Esteban se pronuncia a favor de que la fiducia sucesoria «recobra la vigencia en el caso de reconciliación de los legalmente separados, pues el vínculo matrimonial aún permanece, salvo que el concedente la hubiere revocado en otro testamento. Tenemos como argumentos de analogía el artículo 102 CC, que determina que, admitida la demanda de separación, quedan revocados los poderes concedidos entre cónyuges, el artículo 106 CC, por el que el procedimiento judicial, si hay reconciliación, se vuelve a la situación anterior, salvo la revocación de poderes y consentimientos; y en contra, el artículo 84 CC, que establece que, en caso de reconciliación, se deja sin efecto lo resuelto hasta entonces»⁸⁶. En cambio, autores como Martínez Sanchiz sostienen que «el artículo 84 del Código civil: no reviven el régimen matrimonial de gananciales ni los poderes; sin embargo, el cónyuge recuperará su derecho a legítima. Hay, entonces, una neta separación entre los efectos ya producidos por la separación judicial y los posteriores a la reconciliación como la percepción de la legítima. Si sostenemos, como hago, que la separación judicial extingue la delegación, ésta no revive si no es por medio de un nuevo testamento»⁸⁷.

Afirma Rueda Esteban, entre otros, que, en caso de divorcio, «ya que el matrimonio queda disuelto, la facultad se extingue y no es posible ejercerla»⁸⁸ a lo que añade que la reconciliación posterior –obviamente se refiere a la reconciliación en términos coloquiales o afectivos puesto que jurídicamente la reconciliación solo es posible en los supuestos de los cónyuges separados, pero no en los divorciados en los que el vínculo matrimonial se ha disuelto–, «no produce efectos legales ni se recupera la fiducia extinguida, si bien los divor-

pp. 1322-1323; y SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, pp. 267-269.

⁸⁵ MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, pp. 979-980.

⁸⁶ RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1322-1323.

⁸⁷ MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, p. 979.

⁸⁸ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1322.

ciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio (artículo 88 CC), y, por consiguiente, volver a concederse la facultad»⁸⁹.

En la misma línea de los supuestos de separación legal y divorcio, cuando un matrimonio es declarado nulo también se extingue la fiducia, lo que no excluye, como ya hemos indicado, que dicha anomalía del matrimonio sea salvada expresamente por el testador. Como indica López Beltrán de Heredia no «cabe la delegación si el matrimonio fue anulado, aunque el cónyuge facultado sea el «cónyuge de buena fe», los efectos del matrimonio putativo no alcanzan a la delegación»⁹⁰.

Mayores dificultades plantea la subsistencia de la fiducia cuando al fallecer el fiduciante se encontraba separado de hecho del fiduciario. Para la corriente doctrinal que se muestra a favor de la extinción de la delegación en los supuestos de crisis matrimoniales, también ocurre lo mismo en los supuestos de separación de hecho. Así López Beltrán de Heredia afirma que «el carácter *intuitu personae* de la institución parece quebrarla cuando se pierde la confianza o fiducia en el otro cónyuge (cfr. arts. 102 y 106 CC); por analogía habría que aplicar la misma solución a la separación de hecho»⁹¹. Por su parte, Martínez Sanchiz llega a la misma conclusión tomando como principal argumento «la incongruencia de que sea fiduciario quien no puede ser legitimario (artículo 834 del C.c.). Esta incongruencia no es solo legislativa, afecta directamente al testamento del premuerto otorgado con antelación a la separación, por lo que normalmente reconocerá la legítima del otro esposo; resultará entonces patente el error del testador que dispuso la fiducia respecto de un cónyuge que reputaba legitimario, es decir, no separado; error que determina, en mi opinión, la extinción sin más de la fiducia»⁹². Por último, Rueda Esteban, aunque parece inclinarse a favor de considerar extinguida la fiducia en los supuestos de separación de hecho, insiste en «que se trata de una cuestión que se resolverá con la acreditación de la falta de confianza y por lo tanto se extinguirá la fiducia por falta de presupuesto previo... Desde el punto de vista probatorio, en el caso de separación de hecho entre los cónyuges o de ruptura de la convivencia entre la pareja de hecho, si la separación de hecho consta en documento público fehaciente no habrá dudas, y estará revocada la facultad. En otro caso, entendemos que si el fundamento de la institución es la relación de confianza, esta queda igualmente quebrada con la separación de hecho, si bien se plantea un problema evidente de prueba que judicialmente podría

⁸⁹ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1322.

⁹⁰ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1124.

⁹¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1124.

⁹² MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, p. 980. *Vid.*, también RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1323.

ser establecida»⁹³. Resulta curioso que dicho autor sostenga que se trata de una cuestión que se resolverá con la acreditación de la falta de confianza, y no contemple como acreditación de la ratificación tácita de la confianza el hecho de que el fiduciante no haya revocado el testamento en el que delegaba la fiducia.

Para un sector doctrinal minoritario, al que nos adherimos, la delegación de las facultades fiduciarias subsisten aunque se haya producido la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio. Consideramos que el argumento principal para defender la persistencia de la fiducia se encuentra en el fundamento mismo de la institución, en la confianza, a lo que debe añadirse la soberana autonomía de la voluntad. Si el fiduciante concedió libremente dichas facultades al fiduciario, y una vez producida la situación de crisis matrimonial no ha revocado dicha delegación, debe entenderse que la confianza, no en cuanto a su condición de persona de vida en común, sino por su idoneidad y buen juicio como coprogenitor, no ha mutado. A lo anterior debe añadirse que si el párrafo quinto del artículo 831 CC permite que el testador al delegar las facultades fiduciarias pueda dispensar las causas de extinción de las mismas –dispensa que pone claramente de manifiesto el poder de configuración jurídica del fiduciante sobre su propia delegación–, con mayor vigor se podría sustentar su subsistencia cuando producida cualquier situación de crisis matrimonial, el fiduciante pudiendo revocar dichas facultades mediante un testamento posterior, no lo hace. Entre los autores que con mayor solvencia han defendido la subsistencia de la delegación a pesar de los avatares del matrimonio, García Rubio subraya que «la posición contraria no resulta coherente con la posibilidad de que se reconozca la delegación en favor de cualquier padre o madre de la descendencia común, aunque delegante y delegado no se hallaran casados entre sí y aunque no hubiera existido ningún tipo de convivencia entre ambos... no puede aplicarse a este supuesto la tesis mantenida por una parte importante de nuestra doctrina según la cual el artículo 767.1 del CC justificaría la ineficacia de la disposición a favor del cónyuge por quedar desprovista de causa en la medida en que el matrimonio y el mantenimiento de la convivencia conyugal son, por regla general, causa o motivo de las disposiciones testamentarias hechas a favor del esposo o esposa en situación de paz conyugal. Y ello lo creo no solo porque el «beneficio» testamentario previsto en el artículo 831 del CC no supone necesariamente la institución del cónyuge como heredero o legatario del testador, sino porque, aunque esta circunstancia adyacente se diera, la delegación trae su causa en la convicción del testador sobre la idoneidad del delega-

⁹³ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1323.

do para desempeñar su función, y no en la pacífica convivencia matrimonial (o extramatrimonial)»⁹⁴.

Por lo que respecta a las personas separadas de hecho, siendo congruentes con la postura que sostenemos, si pudiendo el cónyuge delegante revocar el testamento no lo hace, nada nos invita a pensar que ha perdido la confianza en su todavía cónyuge, aunque se encuentren separados *de facto*, confianza que continúa apoyándose en los mismos factores que en su día, de forma libre y voluntaria, llevaron al fiduciante a delegar las facultades sucesorias.

Por último, debemos plantearnos qué ocurre en los supuestos de parejas de hecho o de convivencia cuasi marital. Rueda Esteban indica que «la pareja de hecho, si es una relación análoga al matrimonio, implicará forzosamente algo de convivencia, o al menos una *affectio maritalis*. Un matrimonio en el que no exista una comunidad de vida básica no se corresponde con la idea de la institución. Por lo tanto, con la pareja de hecho ocurre lo mismo, pero *de facto*. La confianza que supone la fiducia tiene su base en esa convivencia, y cuando ésta se rompe la delegación pierde su efecto, porque lógicamente ha desaparecido la confianza»⁹⁵. Un paso más da Martínez Sanchiz que distingue entre dos destinatarios de la delegación; a saber, la «realizada a la pareja, y la otorgada a quien no lo es. En el primer caso, la fidelidad en el sentido expresado por el artículo 831-5 deviene un requisito para el mantenimiento de la delegación, si no media previsión en contrario. No se necesitará, en cambio, esta última previsión, si la delegación recae desde el principio en un progenitor ni casado ni conviviente, sin que sea obstáculo el hecho de que lo haya estado o sido antes»⁹⁶.

En nuestra opinión, y siempre apoyándonos en la confianza generada por la existencia de descendencia en común y en la autonomía de la voluntad del fiduciante, resulta hasta cierto punto casi perverso distinguir entre personas casadas, personas que mantienen una relación *more uxorio* y personas que únicamente tienen dos o más hijos en común sin que haya existido ningún tipo de convivencia, supuesto este último ciertamente complicado, aunque no nos olvidemos de que de un embarazo pueden nacer más de un hijo. Además de los posibles tintes discriminatorios que se pudieran generar entre las distintas realidades, inevitablemente los diversos tratamientos legales crean inseguridad y acaban desnaturalizando la institución en cuestión. Hemos afirmado en muchas ocasiones que con la actual redacción del artículo 831 CC la delegación de las

⁹⁴ GARCÍA RUBIO, ADC, 2008, p. 88.

⁹⁵ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1324.

⁹⁶ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1324.

facultades fiduciarias se fundamentan en la confianza entre los progenitores y, en palabras de Florensa i Tomàs «es la progenitura, y no el matrimonio, el hecho que permite construir sobre él la relación de confianza y que ésta sea tomada en consideración por el Derecho (institución fiduciaria) para fundamentar la delegación *mortis causa* de facultades para favorecer a un descendientes común»⁹⁷.

6.3 EXTINCIÓN DE LA DELEGACIÓN POR LAS CAUSAS PREVISTAS EN EL PÁRRAFO QUINTO DEL ARTÍCULO 831 CC

Tanto en la primitiva como en la intermedia redacción del artículo 831 CC, se exigía como un requisito de validez para el ejercicio de las facultades delegadas, que el fiduciario permaneciera viudo. En definitiva, *a sensu contrario*, contraer nuevas nupcias constituía una causa de extinción de la fiducia. El vigente artículo 831 CC consagra tres causas de extinción de las facultades transferidas, disponiendo en su párrafo quinto que «las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa».

Cuando la cesación de la fiducia estaba circunscrita exclusivamente a contraer nuevas nupcias, Alpañés subrayaba que «su fundamento debe buscarse no en el establecimiento de una a modo de sanción al cónyuge que convoca a segundas nupcias, sino más bien en un deseo de evitar que los nuevos afectos y vínculos que este segundo matrimonio ha hecho surgir, puedan hacer una elección menos ajustada. Si el recuerdo del cónyuge premuerto se ha atenuado en el sobreviviente es natural que se le prive de un derecho de elección que de él deriva»⁹⁸. La inclusión como causa de extinción de la fiducia de que el cónyuge viudo mantenga una relación *more uxorio* o cuasi marital, la justifica Florensa i Tomàs en que «la actualización de la norma exigía que ésta no fuera defraudada a través de evitar el matrimonio y estableciéndose, por el contrario, una convivencia *more uxorio*»⁹⁹. En relación tanto a las anteriores causas de extinción como al nacimiento de un hijo no común, estima Rueda Esteban que «una de las razones para pensar que se pierde la confianza es que el supérstite se «distrae» de su actuación como fiduciario por tener una pareja nueva (de hecho o matrimonio) que necesita de su atención. Una mera relación esporádica no distraerá tanto,

⁹⁷ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 140.

⁹⁸ ALPAÑÉS, *RGLJ*, 1953 p. 315.

⁹⁹ FLORENSA I TOMÀS, 2005, pp. 128-129.

pero es evidente que un hijo distrae absolutamente»¹⁰⁰. En definitiva, el legislador establece tres causas de extinción que presume que de haber sido conocidas por el fiduciante hubieran hecho flaquear la confianza que tenía depositada en el fiduciario, permitiéndose, eso sí, que el fiduciante pueda dispensar dichas causas de extinción¹⁰¹.

Es fundamental distinguir el momento en el que se produzca cualquier de las causas extintivas anteriores. Si el fiduciario ejerció todas o algunas facultades antes de convocar a nuevas nupcias o relación análoga, o tener un hijo no común, no se invalidará lo actuado, puesto que la extinción de la fiducia únicamente tiene efectos *ex nunc*. En cambio, no podrá usar las facultades delegadas después de acaecida cualquiera de las anteriores circunstancias, salvo, lógicamente, si hubieran sido dispensadas¹⁰².

Lo anterior nos plantea un problema, no menor, que apunta García Rubio cuando afirma que «la extinción de la facultad de delegación puede llegar a perjudicar, precisamente, a los hijos comunes»¹⁰³. Si cuando se produce cualquiera de las causas de extinción el fiduciario no hubiera ejecutado ninguna de las facultades, en principio no habría problemas, siempre que el fiduciante hubiera previsto en su testamento dicha inacción de su *alter ego* y hubiera ordenado un plan B para su herencia, o incluso no habiéndolo previsto, su herencia nunca quedaría huérfana por acción de la sucesión legal. En cambio, si el fiduciario hubiera ejecutado parcialmente sus facultades, al haber programado, por ejemplo, ir atribuyendo bienes a sus respectivos descendientes comunes al ir cumpliendo determinada edad o alcanzado un concreto nivel de madurez o de estudios, la interrupción de la programación de dichas adjudicaciones a mitad de ejecución, y la entrada en acción de la voluntad «suplente del testador» o de la sucesión legal podría traducirse en un reparto injusto de la herencia, o extraño a la voluntad real de fiduciante causante. Ello podría llevar no solo a perjudicar a los hijos o descendientes comunes, sino también a los no comunes, e incluso a la sucesión en general, puesto que puede que se hubieran alcanzado acuerdos entre los posibles beneficiarios de la herencia (pagos de legítimas mediante bienes hereditarios o no, o mediante efectivo metálico), o incluso con acreedores del causante o de los herederos que pueden quedar frustrados al extinguirse el encargo fiduciario.

¹⁰⁰ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1326.

¹⁰¹ Como afirma CÁMARA LAPUENTE, las causas de extinción de la fiducia parecen partir de «que una nueva relación afectiva análoga o el nacimiento sobrevenido de un hijo no común pone en riesgo la posición del fiduciario como garante de buen arbitrio en la comunidad de intereses con el finado», 2016, p. 910.

¹⁰² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, pp. 1125-1126; RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1325; y SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, pp. 269-270.

¹⁰³ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 89.

Pensemos en el supuesto de que se hubiera acordado que determinado bien fuera para el hermano que cuidara del miembro de la familia afectado por una enfermedad o discapacidad, y después de hacerlo se extinguiera la fiducia antes de que el fiduciario hubiera adjudicado dicho bien al hijo cuidador. Tal vez una solución a la situación que contemplamos podría ser que la ejecución parcial de las facultades fiduciarias quedasen condicionadas a que el fiduciario hubiese ejecutado completamente la delegación.

En relación a la eficacia de las causas de extinción, el fiduciario –recuérdese que puede ser cualquier persona con la que se tenga descendencia en común, sea o no cónyuge o pareja de hecho– perderá las facultades delegadas cuando contraiga posteriores nupcias o conviva maritalmente con otra persona del mismo o distinto sexo, con independencia de las vicisitudes que pueda sufrir en el futuro dichas situaciones. Si con posterioridad el matrimonio se separa, o disuelve mediante el divorcio, es declarado nulo o vuelve a enviudar, o cesa la convivencia marital, no se reactivarán las facultades¹⁰⁴. Lo mismo debe subrayarse respecto a la descendencia posterior, si con posterioridad el hijo no común fallece.

Respecto al alcance de que el fiduciario haya tenido algún hijo no común, debe destacarse la apreciación de Florensa i Tomàs al decir que «se cumplirá el hecho obstativo siempre que el hijo no común del conferido haya nacido con posterioridad al fallecimiento del causante-testador, pero también cuando haya nacido con anterioridad a dicho fallecimiento, o incluso antes del otorgamiento del testamento, si el nacimiento era desconocido por el causante-testador desde ese momento y hasta su muerte»¹⁰⁵.

En relación al momento en que dichas causas se producen, existe consenso en que su eficacia extintiva se encuentra condicionada a que sean posteriores al fallecimiento del fiduciante, salvo el nacimiento de un hijo no común tenido con anterioridad, pero desconocido por el fiduciario¹⁰⁶. Y ello se justifica en que si se habían producido con anterioridad al fallecimiento, el fiduciante podía haber cambiado el testamento, cuestión que como indica Cámara Lapuente «ocasionaría dificultades probatorias salvo que el causante, para evitar este problema, haga constar su conocimiento en el propio testamento»¹⁰⁷. Coincidimos en que si el fiduciante conocía que el designado fiduciario había contraído matrimonio o relación análoga y no revocaba el testamento, no debe existir ningún problema para la subsistencia de la delegación. ¿Pero, qué ocurriría si dichas circuns-

¹⁰⁴ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1325; y SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, p. 271.

¹⁰⁵ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 129.

¹⁰⁶ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 910; y FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 129.

¹⁰⁷ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 910.

tancias no son conocidas por el fiduciante? Florensa i Tomàs afirma que el fiduciante «siempre puede revocar la delegación otorgando nuevo testamento; la única excepción a la regla general vendría determinada por el desconocimiento del hecho obstativo»¹⁰⁸, que es el nacimiento de un hijo no común. Es decir, se exceptiona la regla general en atención al desconocimiento por parte del fiduciante de que el fiduciario había tenido prole no común, ante lo que hemos de preguntarnos ¿es de menor categoría el desconocimiento de que el fiduciario convive con una persona o que incluso se ha casado?

Finaliza el párrafo que estamos comentando introduciendo otra novedad respecto a las redacciones anteriores, al indicar que «salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa». Establece la posibilidad de que el testador pueda dispensar, entendemos que todas o algunas, las causas de extinción de la vigencia de las facultades delegadas. Con la posibilidad de dispensa de las causas de cesación, como afirma Cámara Lapuente se está «haciendo primar correctamente [la] relación de confianza entre comitente y fiduciario y potenciando la autonomía de la voluntad»¹⁰⁹. Sobre la dispensa se discute en la doctrina si la misma debería ser siempre expresa¹¹⁰, o si también sería válida la dispensa tácita o incluso presunta de la interpretación del testamento¹¹¹. Consideramos que dependerá de si se tratan de hechos conocidos o no por el testador en el momento de otorgar testamento, de forma que los conocidos –y por tanto anteriores al día del otorgamiento del testamento– podrían ser dispensados tanto de forma expresa, como tácita e incluso presunta por la interpretación del testamento, aunque lo lógico e ideal es que al testar se deje constancia expresa de la dispensa. En cambio, respecto a las causas extintivas que puedan darse en el futuro, nos plantea más dudas adoptar una concepción amplia de las posibilidades de la dispensa tácita o presunta. Principalmente de la primera, ya que la dispensa presunta derivada de una adecuada interpretación del testamento puede resultar un mecanismo bastante útil para averiguar la voluntad real del testador. También podría ser un argumento en defensa ya no solo de admitir la dispensa presunta, sino también la tácita, acudir al principio *favor testamenti*. Coincidimos con García Rubio cuando afirma que «hubiera sido preferible que la voluntad expresa del delegante funcionase al revés, esto es, que permaneciese la facultad a pesar del matrimonio, de la relación de hecho, o del nuevo hijo, salvo disposición en contrario»¹¹². Resultaría excesivo presumir, como regla general, que el hecho de

¹⁰⁸ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 129.

¹⁰⁹ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 910.

¹¹⁰ RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1325-1326; y SEDA HERMOSÍN, ASN, 2006, p. 270.

¹¹¹ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 129; y GARCÍA RUBIO, ADC, 2008, p. 90.

¹¹² GARCÍA RUBIO, ADC, 2008, p. 90.

que se produzca cualquiera de las tres circunstancias extintivas repercute automáticamente en la confianza que el fiduciante depositó en su día en el fiduciario, máxime cuando ni el nuevo cónyuge ni la nueva pareja, y tampoco el descendiente no común, adquieren derecho alguno sobre la herencia del fiduciante. Recuérdese que el fiduciario es un mero ejecutor de la voluntad del fiduciante.

6.4 OTRAS POSIBLES CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA DELEGACIÓN POR LA PÉRDIDA PRESUNTA DE LA FIDES QUE LA FUNDAMENTA

En el epígrafe anterior nos hemos limitado al análisis de las tres causas de extinción de la delegación que expresamente fórmula el artículo 831 CC. Dada la sensibilidad de la figura que se aborda, cabe plantearse si tales causas de cesación constituyen un *numerus clausus*, o si, por el contrario, podrían extenderse los efectos extintivos a otros supuestos que pudieran presentarse.

En esta línea, Seda Hermosín, acertadamente, se cuestiona si se extinguiría la fiducia en aquellos supuestos en los que el cónyuge –a lo que tendríamos que añadir el coprogenitor– hubiera sido privado de la patria potestad de los hijos comunes, respondiendo «que en tal caso se extingue la facultad de fiducia sucesoria, porque si el fundamento de la institución es la relación de confianza, ¿cómo no va a quebrarse la relación de confianza respecto del progenitor que pierde la patria potestad? Si su conducta merece el reproche social y de los poderes públicos, con mayor razón merece el reproche del otro progenitor»¹¹³. Añade Rueda Esteban «que pérdida no es suspensión, ni de la titularidad ni del ejercicio, ya que la persona que por su enfermedad o accidente se ve imposibilitada durante un tiempo del ejercicio de la patria potestad, no pierde por esto ninguna confianza»¹¹⁴. Debe diferenciarse entre la privación total de la patria potestad –por ejemplo, el ingreso del progenitor en prisión, o la falta de asistencia y cuidado, que provocarían la extinción de la fiducia, y que consideramos que aunque pueda recuperarse ya ha supuesto la quiebra de la confianza y por tanto la extinción definitiva de la fiducia–, de la extinción parcial o suspensión temporal, en la que tendrían cabida los supuestos de enfermedad o incapacidad, que habrían de analizarse caso por caso para llegar a la conclusión de si la misma supone también la cesación de la fiducia. La casuística puede ser muy amplia; además ya no se trataría solo de evaluar si dicha situa-

¹¹³ SEDA HERMOSÍN, ASN, 2006, p. 270. En la misma línea, GARCÍA RUBIO, ADC, 2008, pp. 90-91; y RUEDA ESTEBAN, 2014, pp. 409-410.

¹¹⁴ RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 410.

ción, más o menos temporal, supondría la pérdida de la confianza entendida en el sentido de una leal ejecución de la delegación, sino que podría afectar a su propia aptitud. Todo lo anterior, sin descartar que el testador hubiera previsto dichas circunstancias y las hubiera dispensado, o, como señala Seda Hermosín, que «la atribución de la facultad por el progenitor concedente sea posterior a la privación de la patria potestad, supuesto éste de puro laboratorio»¹¹⁵. Dicho autor circunscribe la cuestión a la pérdida de la patria potestad de los hijos comunes de fiduciante y fiduciario, pero ¿qué ocurriría si el fiduciario hubiera perdido la patria potestad de hijos no comunes por no asistirlos o no prestarles alimentos, o incluso por haberlos maltratados? Parece que poca confianza se debe tener en dichas personas, ya sean hijos comunes o no comunes los que padezcan el incumplimiento de los más elementales deberes inherentes a la paternidad.

Otra cuestión que la doctrina ha subrayado es el efecto extintivo que sobre la fiducia produce que el cónyuge hubiera sido justamente desheredado o declarado indigno¹¹⁶. Así, López Beltrán de Heredia afirma que «si el cónyuge facultado ha sido justamente desheredado o declarado indigno parece que no reúne las cualidades imprescindibles para el ejercicio de la delegación, por lo tanto también deberá tener la capacidad debida para suceder a su consorte»¹¹⁷. Respecto a la primera posibilidad, parece contradictorio que el testador desherede a su cónyuge y lo designe fiduciario. No obstante, creo que la solución a dicha improbable circunstancia debe solucionarse, una vez más, acudiendo a la confianza y a la autonomía de la voluntad. Pueden darse varios escenarios: a) si el testador en el mismo testamento que deshereda al cónyuge, a renglón seguido lo designa fiduciario, no tenemos ninguna duda de que dicha desheredación no afecta a la fiducia. Debe tenerse presente que la delegación no otorga título sucesorio alguno al fiduciario, más si cabe, pudiendo ser el designado un mero coprogenitor sin vínculo matrimonial o de pareja de hecho, por lo tanto, no llamado a la herencia, salvo por posibles atribuciones con cargo al tercio de libre disposición. El supuesto anterior sería un claro ejemplo de confianza expresamente manifestada por el testador al designarlo fiduciario pese a haberlo desheredado. Pensemos, por ejemplo, en el párrafo primero del artículo 855 CC que formula como causa de desheredación «haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales». No consideramos incompatible desheredar al cónyuge por incumplir el deber conyugal de ser fiel, y a continuación nombrarlo

¹¹⁵ SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, p. 271.

¹¹⁶ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1124; MILLÁN SALAS, *RGLJ*, 2006, p. 432; y RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1328-1329.

¹¹⁷ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1124.

fiduciario. Ser mejor o peor cónyuge no tiene nada que ver con ser mejor o peor padre o madre. b) Otra posibilidad sería que el testador dispusiera en un primer testamento la delegación en favor del cónyuge, y en un testamento posterior lo desheredara sin hacer ninguna referencia expresa a la subsistencia o no de la fiducia. Si en el segundo testamento revoca todas las disposiciones de última voluntad anteriores el problema quedaría solventado. Pero ¿qué ocurriría si no fuera así? Entendemos que si pudiendo haberla dejado sin efecto en el testamento posterior, no lo hizo, nada hace indicar que haya perdido la confianza. c) Una última posibilidad, sería que en un primer testamento desheredará al cónyuge y en otro posterior le delegue las facultades fiduciarias. Por los mismos argumentos expuestos, consideramos que tampoco tendría ningún efecto extintivo sobre la fiducia. Además, debe indicarse que en cualquiera de los tres supuestos anteriores se produciría cierta discriminación en función de que el fiduciario fuera cónyuge o no, puesto que las causas de desheredación solo afectan a los legitimarios.

Por lo que respecta a la indignidad, Rueda Esteban afirma, apoyándose en el artículo 462 del Código de Derecho Civil de Aragón, que «imposibilita al fiduciario para el ejercicio de la delegación con independencia de cuando fuera el momento de producción de la causa: cualquiera que sea ese tiempo, al tiempo de la apertura de la sucesión, antes o después, la indignidad extingue la delegación»¹¹⁸. Consideramos que la indignidad producirá la extinción de la fiducia dependiendo del momento en el que la misma se produzca en relación con el otorgamiento del testamento. Será inocua a la fiducia si el fiduciante la conocía cuando otorgó testamento por aplicación del artículo 757 CC, lo que como es lógico plantea los correspondientes problemas de prueba. Si la causa de indignidad se produce con posterioridad al otorgamiento del testamento, su configuración como sanción o pena civil, dado el carácter reprobable de la conducta, nos inclinan a decantarnos en favor de su consideración como causa de extinción de la fiducia, dejando siempre a salvo que el fiduciario indigno pueda acreditar que el testador le había perdonado, prueba que entendemos que exige, tal y como preceptúa el artículo 757 CC, su plasmación en documento público.

Iniciábamos el presente epígrafe planteándonos si las causas de cesación de la delegación previstas en el artículo 831 CC constituían un *numerus clausus* o no. Consideramos que la respuesta a dicha cuestión es que no son *numerus clausus*. Con independencia de que se prevean expresamente más o menos causas extintivas, la confianza, como esencia de la fiducia sucesoria, no puede permanecer inal-

¹¹⁸ RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1328-1329.

terable o impermeable ante los avatares de la conducta o de las circunstancias del fiduciario. El principal problema radica en que resulta imposible prever un listado completo de circunstancias posteriores al óbito del delegante, que presumiblemente hicieran pensar que de haberlas conocido hubieran supuesto la pérdida de la confianza en el fiduciario. Además de la pérdida de la patria potestad o de la concurrencia de alguna causa de indignidad, podría ocurrir que el fiduciario fuera declarado en concurso de acreedores, o pródigo por una mala gestión de sus negocios o patrimonio, adolecer de alguna enfermedad grave o situación de incapacidad con posterioridad a la extinción de la patria potestad –habiendo adquirido ya todos los hijos la mayoría de edad–. O ser condenado por delitos que, llevando o no aparejados penas privativas de libertad, puedan hacer dudar de la idoneidad para ejecutar o seguir ejecutando el encargo fiduciario.

De lo anterior colegimos que la redacción del apartado quinto debería ser modificada. Al tratarse de una institución basada en la confianza, puede ocurrir que los supuestos que contempla no la alteren y que otros no contemplados sí, resultando además ciertamente difícil jugar a adivinos de lo que haría tambalearse la confianza que el fiduciante depositó en el fiduciario. Una solución podría ser que se dejará la contemplación de qué supone o no la pérdida de la confianza en el fiduciario a la autonomía de la voluntad del fiduciante manifestada en el testamento, lo que exige ser conscientes de las circunstancias que de producirse en el futuro extinguirían la delegación, y al no poder ser previsibles todas, introducir como cláusula de cierre el estándar de la persona razonable. Es decir, la delegación quedaría extinguida en los supuestos expresamente establecidos por el fiduciante en el testamento y en todas aquellas circunstancias que, presumiblemente, hubieran motivado que una persona sensata, de diligencia normal y de razonabilidad media, perdiera la confianza en el fiduciario. *De lege ferenda* el tenor literal de un futuro apartado quinto podría ser: «Las facultades conferidas al fiduciario cesarán por las causas expresamente señaladas por el fiduciante y en aquellas no previstas que, de haberlo sido, hubieran supuesto la pérdida de confianza de una persona razonable».

7. FACULTADES DEL FIDUCIARIO

7.1 CONSIDERACIONES GENERALES

El apartado primero del artículo 831 CC dispone que «podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el

testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar». De su lectura se desprende la amplitud de facultades que pueden ser delegadas al fiduciario para que pueda configurar, total o parcialmente, la herencia del fiduciante¹¹⁹.

Dichas facultades comprenden la posibilidad de realizar mejoras tanto con el tercio de mejora como con el de libre disposición, adjudicar y atribuir bienes; y partir la herencia¹²⁰. Como afirma Vallet de Goytisolo, se «habilita al sobreviviente, para, de una parte fijar el *quantum* de la cuota sucesoria y, de otra, señalar los bienes que deban integrar cada cuota»¹²¹. Debe quedar claro que el fiduciario puede disponer mejoras sin atribuir bienes, limitándose a desigualar entre los llamados a la herencia sin designar bienes concretos; o puede atribuir bienes sin que dichas asignaciones supongan heredar más, ser mejorado¹²². La amplitud de dichas facultades estará siempre sometida a su modulación por el fiduciario, si bien coincidimos con el precitado autor –mutando el término *distribuir* de la redacción anterior por los de *adjudicar* o *atribuir* de la actual–, cuando afirma que «de expresarse solamente que se concede la facultad de distribuir, debe entenderse comprendida la de mejorar, a menos que ésta resulte expresamente excluida o si el finado ya la hubiere agotado»¹²³.

En definitiva, el fiduciario ocupa una situación similar a la del fiduciante, ya que como indica García Rubio, la sucesión que ejecuta goza de la naturaleza de «una verdadera partición sometida a las mismas exigencias que si fuera realizada por el causante»¹²⁴. Como consecuencia de lo anterior, dicha partición se encuentra sometida a las mismas reglas que si la hubiera realizado el fiduciante: las previstas en el artículo 1056 CC. Sin embargo, al no tratarse de un contador partidor, no le resulta aplicable el artícu-

¹¹⁹ Sobre las facultades del fiduciario *vid.*, entre otros, CÁMARA LAPUENTE, 2016, pp. 913-915; FLORENSA I TOMÁS, 2005, pp. 131-133; GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, pp. 91-98; RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1331-1334; y VALLET DE GOYTISOLO, 1991, pp. 2056-2058.

¹²⁰ Pese a que a primera vista pudiera parecer redundante que se faculte al fiduciario para adjudicar y partir, coincidimos con LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA cuando afirma que «para encontrar alguna diferencia entre «adjudicar» que es un acto particional y «partir», puede entenderse que adjudicar se refiere a bienes concretos de la herencia, sin realizar una partición completa del haber relicto y la posibilidad de «partir» se refiere al reparto completo de la herencia, adjudicando todos los bienes, completando el pago de las correspondientes cuotas», *ADC*, 2005, p. 1126.

¹²¹ VALLET DE GOYTISOLO, 1991, p. 2056.

¹²² SAPENA TOMÁS, 1988, pp. 943-944.

¹²³ VALLET DE GOYTISOLO, 1991, p. 2056.

¹²⁴ GARCÍA RUBIO, 2010, p. 951. *Vid.*, también CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 909; RUEDA ESTEBAN, 2014, pp. 441-442; y SAPENA TOMÁS, 1988, p. 947.

lo 1057 CC, ni los artículos 1061 y 1062 CC respecto a la obligación de igualdad y de lotes homogéneos, ni los artículos 1071.1.º y 1075 CC relativos a la evicción y rescisión por lesión¹²⁵.

Deben aclararse dos cuestiones. Primera: una cosa es afirmar que el fiduciario tiene facultades similares al fiduciante, y otra muy distinta, que su posición se identifique plenamente con el mismo, puesto que como analizaremos, tiene limitadas sus facultades por las propias disposiciones e instrucciones del testador fiduciante, ya que, como se ha dicho, se trata de un *alter ego* de éste y su actuación se encuentra en mayor o menor medida guionizada por el mismo. Segunda: cuando el fiduciante, en cumplimiento de la delegación, adjudica o atribuye totalmente o parcialmente bienes, está realizando actos de naturaleza particional imputables a la herencia del fiduciante, sin que en ningún momento dichas atribuciones puedan ser calificadas como donaciones del fiduciante y mucho menos del fiduciario ejecutor¹²⁶.

En los epígrafes siguientes nos vamos a centrar en el análisis de varias cuestiones controvertidas en torno a las facultades del fiduciario que han recibido respuestas dispares por parte de la doctrina. A saber: ¿Puede el cónyuge viudo liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales? ¿Puede el fiduciario designar herederos y legatarios? ¿Qué facultades tiene el fiduciario respecto a la desheredación e indignidad?

7.2 LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

En el presente epígrafe analizaremos si el fiduciario tiene facultades para liquidar unilateralmente la sociedad de gananciales disuelta tras el fallecimiento del fiduciante, como operación preparticional, para, posteriormente, ejecutar las facultades fiduciarias. El apartado primero del artículo 831 CC finaliza incluyendo entre las adjudicaciones o atribuciones de bienes que pueda realizar el fiduciario «las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar». Incluso, en relación con las anteriores redacciones del artículo 831, en las que nada se decía de los bienes de la sociedad conyugal, se ha debatido por la doctrina el papel del fiduciario respecto a la liquidación o no de la sociedad de gananciales¹²⁷. Antes de referirnos a las diferentes posicio-

¹²⁵ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 913; y RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1331-1333.

¹²⁶ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 909.

¹²⁷ Respecto a la cuestión que planteamos, CÁMARA LAPUENTE indica que «existen respuestas antagónicas antes de la reforma de 2003 y ésta no ha hecho sino enturbiar más

nes doctrinales al respecto, debemos criticarle al legislador, tanto al del año 1981 como al del 2003, a éste con más motivo, por ser del siglo XXI, que presuman que todos los matrimonios se encuentren sometidos al régimen de gananciales; o, lo que sería más grave, desconocer que los regímenes económicos matrimoniales de separación de bienes y de participación también son objeto de liquidación una vez producida su disolución. A lo que, si añadimos que la regulación de la fiducia sucesoria se extiende a las personas que sin vínculo matrimonial ni relación análoga de ningún tipo tengan descendientes comunes, y por tanto, existe la posibilidad de que hayan bienes comunes en pro indiviso ordinario, la literalidad del precepto podría ser «las que tengan por objeto bienes comunes de los progenitores», o, incluso, «las que tengan por objeto bienes comunes de los progenitores pendientes de liquidación».

Un sector de la doctrina, con el que coincidimos –López Beltrán de Heredia¹²⁸, Florensa i Tomàs¹²⁹, García Rubio¹³⁰ y Rivas Martínez¹³¹, entre otros–, se ha pronunciado sobre la absoluta falta de facultades del fiduciario para otorgar unilateralmente la liquidación de la sociedad de gananciales, y la indispensable concurrencia de los descendientes –comunes y no comunes–; y en el caso de la existencia de prole menor de edad o con capacidad judicialmente modificada, con la presencia de los correspondientes representantes legales, en cualquiera de sus formas tutores, defensores judiciales, etc. Por ello, la liquidación de la sociedad de gananciales –como la de cualquier otro régimen económico o de bienes en comunidad– tendrá que formalizarse según las reglas generales previstas en el Código civil.

Como afirma Florensa i Tomàs «la premisa de la que parte el legislador es que, a pesar de que se pueden adjudicar bienes de la sociedad conyugal, su liquidación todavía no se ha practicado, precisamente porque debe seguir las normas generales de la partición y liquidación de la sociedad conyugal, esto es, debiendo liquidarse con la intervención del cónyuge viudo y los hijos comunes y no comunes del causante y, si alguno de ellos es menor o incapacitado, con las representaciones legales pertinentes»¹³².

Considera excesivo López Beltrán de Heredia, que si se acepta que el fiduciario está facultado para liquidar unilateralmente la

la cuestión al señalar que el cónyuge puede realizar adjudicaciones o particiones “incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar”, 2016, p. 914.

¹²⁸ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, pp. 1134-1135.

¹²⁹ FLORENSA I TOMÀS, 2005, pp. 132-133.

¹³⁰ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 96.

¹³¹ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, pp. 1606-1608.

¹³² FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 133.

sociedad de gananciales, se pueda dar «la circunstancia de que en el cónyuge viudo confluirían las condiciones de partidor, miembro de la sociedad de gananciales (extinta y no liquidada) y representante de la herencia yacente, en su condición de administrador»¹³³. Dicha autora también propone como argumento una lectura a *contrario sensu* del apartado cuarto del artículo 831 CC cuando establece que «el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones», por lo que «cuando no se den estas circunstancias el cónyuge fiduciario no representará a sus hijos comunes, por lo que tendrá que contar con éstos»¹³⁴.

También puede ser argumento a favor de la postura que venimos defendiendo, la interpretación gramatical del precepto: «las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar». Se autoriza expresamente al fiduciario a atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta, pero pendiente de liquidación, por lo que como indica Rivas Martínez «la norma admite que solo puede llegar hasta ahí, pero niega que pueda actuar más allá de este tope o limitación»¹³⁵.

Otro sector doctrinal, con representantes como Sapena Tomàs¹³⁶, Garrido de Palma¹³⁷ y Rueda Esteban¹³⁸, buscando una solución que posibilite que el fiduciario pueda proceder a la liquidación de la sociedad conyugal sin la concurrencia de los descendientes del fiduciante, sostiene que podrá otorgar la liquidación de la sociedad conyugal siempre que en el testamento se haya nombrado un contador partidor específicamente para dicha operación. Por lo que la liquidación sería practicada por el fiduciario y el contador o contadores partidores *ad hoc*¹³⁹. Incluso, Rueda Esteban trata de buscar más autonomía al fiduciario, sosteniendo que «se debe fomentar la interpretación amplia del artículo 831 CC en aras de lograr una forma de liquidación unilateral para los casos de la fiducia sucesoria. Por esto, creemos que el 831 CC, en su espíritu y en la intención de su redactor, pretende que el fiduciario tiene ciertas atribuciones a favor

¹³³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1135.

¹³⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1135.

¹³⁵ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1607.

¹³⁶ SAPENA TOMÀS, 1988, p. 957.

¹³⁷ GARRIDO DE PALMA, *RJN*, 2012, p. 363.

¹³⁸ RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1349-1351.

¹³⁹ Concluye RUEDA ESTEBAN que «ajustándonos a la doctrina y jurisprudencia estrictas no se puede liquidar la sociedad de gananciales en modo total y absoluto, sin contar con los legitimarios y herederos del premuerto, como no sea aplicando la solución notarial de nombrar un contador partidor específico para esta función», 2015, p. 1350.

de hijos y descendientes comunes con bienes procedentes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, consistentes en, por sí solo, ordenar que determinado bien ganancial forme parte del caudal relicto y por lo tanto se realice una especie de liquidación parcial respecto de los gananciales»¹⁴⁰.

A pesar de que carecemos de una doctrina jurisprudencial consolidada que clarifique los muchos interrogantes que plantea la fiducia sucesoria, la cuestión que venimos abordando ha sido tratada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12.ª) de 30 diciembre de 2015¹⁴¹, si bien no en el sentido que hemos defendido. Dicha sentencia considera que en la *litis* planteada el fiduciario tenía facultades para liquidar la sociedad de gananciales sin necesidad de concurrencia de los dos hijos del fiduciante. Los argumentos que esgrime son los siguientes:

El primero es que «el apartado 1 del artículo 831, al enumerar las facultades que podrán conferirse al cónyuge viudo señala, entre otras «adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar», de lo que claramente se infiere la posibilidad de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por fallecimiento del causante».

No podemos compartir esta argumentación por no observar la claridad que alega. Como ya hemos afirmado, una interpretación gramatical del precepto nos lleva a afirmar que autoriza expresamente al fiduciario a atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta, pero pendiente de liquidación, por lo que el precepto solo admite que atribuir o adjudicar bienes, pero con la limitación de no poder liquidar.

El segundo es que «los contadores partidores de la herencia están facultados para liquidar la sociedad de gananciales disueltas por muerte del causante sin intervención de los herederos (STS 17-10-2002 y 18-7-2012). Partiendo de esta premisa, en el caso que nos ocupa en el cónyuge fiduciario, como se desprende del testamento otorgado por el causante, concurre no solo la condición de albacea universal, sino además la de contador partidor, que se establece en la siguiente disposición: «el testador, faculta expresamente a su esposa para que pueda hacer la partición hereditaria y adjudicaciones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal, si existieren, y aunque estuviera sin liquidar».

¹⁴⁰ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1350.

¹⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12.ª) de 30 diciembre de 2015, ponente D. José Luis Díaz Roldán (JUR 2016\54122).

Siendo evidente que para la realización de la partición de la herencia es preciso previamente realizar la liquidación de la sociedad de gananciales, pero expresamente el propio testador faculta a su cónyuge a que realice dicha liquidación de la sociedad de gananciales al disponer que «si el cónyuge viudo considera procedente para la partición de la herencia y la liquidación de la sociedad de gananciales (...)», lo que implica una autorización expresa para llevar a cabo dicha liquidación, no desvirtúa para nada la facultad concedida la disposición testamentaria por la que el causante, en caso de que el cónyuge viudo considerase procedente para dicha liquidación el auxilio de un contador partidor «designa para dicho cargo a los citados don Juan Pedro y don Ángel, conjuntamente y en defecto de alguno de ellos, a don Clemente», pues, aunque no existe en nuestro Derecho la figura de contador partidor «auxiliar», lo cierto es que el contador partidor designado por el causante es su cónyuge viudo, y la intervención de los contadores partidores referidos se limita a una función, si se quiere, de ayuda o asesoramiento de éste, por tanto, es el propio cónyuge quien lleva a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta.

La resolución judicial que se viene comentando, basándose en dos sentencias del Tribunal Supremo, afirma que los contadores partidores pueden liquidar la sociedad de gananciales sin intervención de los herederos, y a renglón seguido, que en el cónyuge viudo no solo concurre la condición de albacea sino también la de contador partidor, lo que deriva de las amplias facultades que le otorga el fiduciante. Coincidimos con la afirmación de que los contadores partidores pueden liquidar la sociedad de gananciales sin intervención de los herederos, y precisamente por ello discrepamos del anterior razonamiento de la sentencia. Y ello por los siguientes argumentos: a) La sentencia transcribe la cláusula primera del testamento donde se indica que «lega a su cónyuge doña Gracia, en pleno dominio, el tercio de libre disposición de su herencia, en lo que no se haya aplicado a cubrir donaciones formalizadas en vida por el titular, con cuyo legado quedará también pagada de la cuota legal usufructuaria que le asigna el Código Civil» (en dicha resolución, dada la amplitud de facultades particionales delegadas al cónyuge viudo, se le atribuye la condición de contador partidor). Por un lado, coinciden en la persona del fiduciario la condición de albacea y contador partidor; y por otro, la de legatario del tercio de libre disposición, en cuyo pago considera el testador incluido el de su cuota legitimaria, lo que lo coloca en una situación híbrida entre legatario de cuota alícuota y legatario de una cuota usufructuaria. A ello, debe añadirse, en lo que respecta a la liquidación de ganancia-

les, su condición de miembro de la misma. Esta múltiple condición nos parece excesiva y perjudicial para proteger los diferentes intereses económicos de los implicados y pone en entredicho la necesaria imparcialidad del contador partidor. No somos ajenos a que la prohibición contenida en el artículo 1057.1.º CC de no poderse encomendar la partición a un heredero, para un sector de la doctrina es inocua cuando se trata de ejercitar las facultades fiduciarias del artículo 831 CC. Entre otros, afirma Carballo Fidalgo que tal prohibición «se ve exceptuada por el artículo 831, en cuanto permite la delegación al viudo de facultades más amplias y comprensivas de la partición de los bienes del causante («adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar»), plenamente compatibles con su eventual participación en la herencia a título de heredero o de usufructuario de cuota»¹⁴². b) En la sentencia se subraya que pese a la existencia de dos contadores partidores expresamente nombrados en el testamento, a los que denomina auxiliares, «es el propio cónyuge quien lleva a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta». Tal absoluta unilateralidad en la liquidación de los gananciales ha sido rechazada de plano por todos los autores que han abordado esta materia, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto.

El último razonamiento de la sentencia es que «debe resaltarse que las amplias facultades que otorga el artículo 831 del Código Civil al cónyuge fiduciario, constituyen una verdadera delegación que, de las suyas propias, realiza el propio causante, por lo que puede afirmarse que cuando en el ejercicio de esta delegación el fiduciario ejecuta sus disposiciones, ocupa el lugar que corresponde al testador, asumiendo plenamente sus competencias y facultades, pero teniendo en cuenta que, como declara la STS de 7 de septiembre de 1998 «el objeto de una partición hereditaria solo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de gananciales no lo son (...)», ello no impide que se permita al testador delegar el ejercicio de la partición de los bienes de su propiedad al cónyuge viudo, que de esta manera queda autorizado a practicar la liquidación de la sociedad de gananciales». No coincidimos con el anterior razonamiento. Es cierto que cuando en el ejercicio de las facultades delegadas el fiduciario ejecuta sus disposiciones ostenta el lugar del fiduciante, pero dicho cargo entendemos que se encuentra limitado por lo que el propio fiduciante puede hacer, como que por sí mismo no puede liquidar uni-

¹⁴² CARBALLO FIDALGO, 2011, p. 1737.

lateralmente la sociedad de gananciales. Por tanto, si el fiduciante no puede hacer algo por sí mismo, no va a poder ceder o delegar a otra persona dicha facultad, que, insistimos, no tiene (*nemo dat quod non habet*).

La parte apelante, además, solicita que se declare la nulidad de la liquidación argumentando «la existencia de una autocontratación indebida, al ser efectuada por el cónyuge unilateralmente, pese a la concurrencia de intereses opuestos a los de aquellos». Tal petición no es acogida por la Audiencia afirmando que «existen diversas posturas opuestas en la doctrina científica al determinar si la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta practicada por el cónyuge viudo es un supuesto de autocontratación, estimamos que no es así por la sencilla razón de que, como ya ha sido también expresado, se trata de una facultad concedida al cónyuge fiduciario por el artículo 831 del Código Civil». Por nuestra parte, consideramos que no solo se da un supuesto de autocontratación y concurrencia de intereses opuestos, sino además de una múltiple representación. La viuda fiduciaria interviene como parte de la sociedad de gananciales, contadora partidora, legataria de parte alícuota y como madre de los dos hijos legitimarios. Es difícil encontrar una persona en la que concurren tantas condiciones, y que con ello no surjan problemas. Podríamos, incluso, llegar a admitir que la fiduciaria otorgue facultades o autorización para gestionar los intereses del difunto, pero entendemos que los intereses en juego en la liquidación de gananciales no son los de los cónyuges, sino los del cónyuge superviviente y los herederos del difunto. Dicho interés se concreta claramente en la protección de sus expectativas hereditarias que, como mínimo, son de su legítima. Por ello, debemos concluir que en la liquidación de gananciales tienen que intervenir dichos herederos, y por supuesto los representantes legales cuando existen hijos menores de edad o con capacidad judicialmente modificada. En modo alguno, podría sostenerse que pueda intervenir el defensor judicial de un hijo menor cuando exista contraposición de intereses con el progenitor titular de la patria potestad, y no intervenga el hijo que goza de plena capacidad de obrar.

Por último, siguiendo con nuestro comentario a la sentencia, hemos de realizar una puntualización en torno a lo que podríamos definir como «la salud o la buena salud de la partición hereditaria»; salud que tiene una importante repercusión en la de la familia implicada en estos procesos (hermanos, cuñados, primos, sobrinos, etc...). En la escritura de liquidación de gananciales otorgada por la viuda y los dos contadores partidores «auxiliares», posteriormente rectificadas, queda fijado el caudal hereditario del fiduciante

en la cantidad de 3.337.821,08 €, siendo la legítima estricta del recurrente la cantidad de 556.303,51 €. Una vez cuantificadas una serie de donaciones realizadas por la sociedad de gananciales a favor de la única hermana y una sobrina del recurrente, queda fijado el caudal hereditario, actualizado con el IPC, en la cantidad 7.685.232,90 €, siendo la legítima estricta del recurrente la cantidad 1.280.872,15 €. La diferencia entre la legítima estricta calculada según la liquidación de gananciales realizada por la fiduciaria y la establecida en la sentencia es de más del doble. Resulta ciertamente llamativo que no hubieran sido computadas las donaciones dinerarias en favor de la hija y nieta de los cónyuges de cantidades superiores a los 6.000.000 €. Ello nos lleva a concluir que sería aconsejable que en la liquidación de la sociedad de gananciales –o de cualquier otro régimen o comunidad de bienes– intervengan todos los interesados, ya que además de servir para templar los intereses contrapuestos, garantizaría, por lo menos en principio, que el posterior proceso sucesorio no fuera viciado *ab initio* por la preterición, más o menos intencional, de bienes, derechos y acciones, e incluso deudas.

7.3 DESIGNACIÓN DE HEREDEROS Y LEGATARIOS

En el apartado primero del artículo 831 CC se indica que el fiduciario podrá ejecutar las facultades delegadas «por cualquier título o concepto sucesorio o particiones». No conocemos otros títulos o conceptos sucesorios que la institución de heredero y la designación de legatarios, lo que podría incluso ampliarse al heredero *ex re certa*, legatario de parte alícuota, o cualquier otra nomenclatura o título propio del hábitat sucesorio (heredero o legatario puro o simple, sometido a condición, término o modo, prelegatario, etc.)¹⁴³. Dicho tenor literal parece entrar en contradicción con el artículo 670 CC, que no solo prohíbe testar por otra persona sino también designar herederos o legatarios o dejar su designación sin efecto.

Lo anterior plantea la duda de si la condición de heredero o legatario, en definitiva, el título sucesorio, debe haber sido prefijado por el fiduciante al otorgar testamento, limitándose la actuación del fiduciario a realizar mejoras, atribuir o adjudicar bienes sobre las personas previamente designadas; o si por el contrario, el fiduciario tiene plenas facultades para designar herederos o legatarios siempre respetando las instrucciones o disposiciones realizadas por el fiduciante.

¹⁴³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1127.

A favor de que el fiduciario pueda determinar la condición de heredero o legatario de los sucesores del causante, se pronuncia López Beltrán de Heredia afirmando que dicha «interpretación parece ser más acorde con el sentido literal de la frase y con el análisis conjunto del precepto»¹⁴⁴. También, García Rubio, al indicar que «el comisionado, de no haberlo hecho el causante en su testamento, podrá determinar el título de heredero o legatario de los descendientes favorecidos, que en todo caso serán sucesores del causante»¹⁴⁵. En sentido contrario se pronuncia Rueda Esteban para quien la designación de herederos y legatarios es una facultad exclusiva del testador fiduciante, ya que lo contrario sería convertir la comisión del 831 CC en una auténtica herencia de confianza¹⁴⁶.

Nos posicionamos, en la misma línea que las profesoras López Beltrán de Heredia y García Rubio, a favor de considerar que el fiduciario, salvo voluntad del fiduciante, tendrá facultades para designar herederos y legatarios, pues nos resulta una distonía que una partición adolezca de personas con dicha condición, fundamentalmente la de heredero. Además, si se está confiando la partición de la herencia al fiduciario, qué inconveniente existe para que los beneficiarios ostenten una u otra condición; no tendría mucha lógica que pudiera elegir qué hijos heredan más o menos cuota hereditaria y no pudiera designarlos herederos o legatarios. Tampoco coincidimos con Rueda Esteban cuando afirma que «los hijos y descendientes serán herederos en la proporción que resulte de la distribución hecha por el cónyuge fiduciario, sin que sea necesario decirlo así expresamente en el testamento del causante para entender efectuada la institución de heredero»¹⁴⁷. Y ello porque supondría presumir que el causante considera a todos los hijos como herederos, aunque sean en porciones diferentes, o que dichas atribuciones o adjudicaciones del fiduciario suponen una tácita designación de heredero; o que, por último, se produzca un supuesto de herencia sin heredero en la que todo el patrimonio se haya repartido entre legatarios, que responderán de las deudas del causante.

En apoyo de nuestra postura, además de la interpretación gramatical autorizada por el artículo 3.1.º CC de la expresión «por cualquier título o concepto sucesorio o particiones», si acudimos al

¹⁴⁴ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1127.

¹⁴⁵ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 92. Por su parte, CÁMARA LAPUENTE, no planteándose expresamente las dudas que podría suscitar la cuestión, afirma que ««por cualquier título o concepto sucesorio» (ha de entenderse que también mediante atribuciones en vida del fiduciario aunque merezcan la calificación sucesoria oportuna, como legados o instituciones hereditarias que deben entenderse derivadas directamente del causante», 2016, p. 912.

¹⁴⁶ RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 482.

¹⁴⁷ RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 259.

criterio denominado «sistematización del contexto interpretativo y finalidad jurídica de la norma», la condición de heredero, fundamentalmente, y la de legatario, en menor medida, son indiscutibles en el sistema sucesorio español. Además de ello, si se tiene en cuenta que la finalidad de la fiducia sucesoria es diferir en el tiempo la partición hereditaria, para su debido cumplimiento resulta necesario designar o señalar la condición que ostentan los beneficiarios de la misma.

Habiéndose afirmado que el artículo 831 CC constituye una excepción al principio del personalismo material que formula con carácter general el artículo 670 CC, lo que conlleva a que el fiduciario no esté testando por el fiduciante, sino que, en función de la mayor o menor amplitud de las facultades delegadas por el mismo, dispone sobre el caudal hereditario del difunto, y salvo disposición en contra del mismo, difícilmente podrá cumplir su comisión si no puede denominar las adjudicaciones o atribuciones que lleva a cabo con un título sucesorio. El testador, al otorgar un testamento concediendo facultades fiduciarias, ordena un reenvío a una voluntad ajena para que ejecute una sucesión, y esa interferencia del fiduciario en la sucesión del fiduciante no debe quedar limitada, salvo voluntad del fiduciante, a distribuir sin designar a título de qué se realiza la atribución.

7.4 DESHEREDACIÓN E INDIGNIDAD

En la doctrina existen discrepancias respecto a las facultades que tiene el fiduciario en relación a la desheredación y la indignidad de los legitimarios del fiduciante.

Respecto a la desheredación, Sapena Tomàs afirma que «la cuestión no es clara cuando precisan declaración voluntaria del viudo (las de los números 1.º y 2.º del art. 853), aunque por las mismas razones que justifican la disposición libre de la herencia se puede mantener la efectividad de la desheredación»¹⁴⁸. Si bien la doctrina mayoritaria sostiene que la posibilidad de desheredar es personalísima del testador e indelegable, así García Rubio¹⁴⁹, Rivas Martínez¹⁵⁰, Cámara Lapuente¹⁵¹, Garrido de Palma¹⁵² y Rueda Esteban¹⁵³, algunos se muestran partidarios de que el fiduciario expresamente facultado por el fiduciante pueda, una vez

¹⁴⁸ SAPENA TOMÀS, 1988, pp. 963-964.

¹⁴⁹ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, pp. 74-75.

¹⁵⁰ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1609.

¹⁵¹ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 912.

¹⁵² GARRIDO DE PALMA, *RJN*, 2012, p. 355.

¹⁵³ RUEDA ESTEBAN, 2015, p. 1330.

observada la conducta posterior o arrepentimiento del desheredado, dejar la desheredación sin efecto. Así, Garrido de Palma habla «de levantar la desheredación»¹⁵⁴. En la misma línea, Rivas Martínez se muestra partidario de que «el mantenimiento y subsistencia de esa desheredación testamentaria puede dejarse al arbitrio del cónyuge superviviente. Tanto es así, que puede el causante condicionar los efectos de la desheredación a la valoración que pueda hacer el fiduciario delegado de la conducta posterior del desheredado, dejando a su arbitrio la apreciación del arrepentimiento y, en consecuencia, el perdón oportuno»¹⁵⁵. Por nuestra parte, apoyándonos en que la posibilidad de desheredar es personalísima e indelegable, consideramos que el fiduciario ni puede desheredar ni dejar sin efecto la desheredación dispuesta por el fiduciante. A lo anterior, habría que añadir que, si el fiduciante sufrió una acción acreedora de la desheredación, y así lo plasmó en su testamento, se plantea la duda de si producido su fallecimiento, y por tanto cristalizada la acción, pueda ser perdonada o levantada por persona distinta de quien la padeció.

Por lo que respecta a la indignidad, Sapena Tomàs sostiene que «si el difunto tuvo conocimiento de ellas y pudiendo hacerlo no las dispensó, el fiduciario no podrá contrariar su presunta voluntad, cual si expresa fuere, por tratarse de *disposiciones del causante*; pero si murió sin saberlas ni dispensarlas, el viudo, que luego las conoce, puede excusarlas en decisión que forma parte del encargo familiar que ha recibido»¹⁵⁶. No compartimos que el fiduciario pueda o no rehabilitar al indigno en función de que el fiduciante conociera o no la causa de indignidad. Siguiendo el mismo razonamiento que hemos aplicado a la desheredación, si la rehabilitación del indigno es una facultad personalísima del fiduciante e indelegable y exclusiva del mismo, no tendrá el fiduciario facultad alguna al respecto. Como afirma Rueda Esteban «las causas de indignidad son legales, por lo que producen sus efectos con independencia de la decisión del fiduciario y en relación exclusivamente al conocimiento de ellas que tuviese el testador. Por lo tanto, si existía una causa de indignidad y el testador había rehabilitado al indigno no será modificada la situación por la fiducia. Si se incurrió en indignidad y no hubo rehabilitación por el testador, no cabrá tampoco que lo haga el fiduciario, puesto que de una facultad personalísima se trata»¹⁵⁷.

¹⁵⁴ GARRIDO DE PALMA, *RJN*, 2012, p. 355.

¹⁵⁵ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1609.

¹⁵⁶ SAPENA TOMÀS, 1988, pp. 963-964.

¹⁵⁷ RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1330-1331. *Vid.*, GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, p. 75.

8. LÍMITES SUBJETIVOS DE LAS FACULTADES DEL FIDUCIARIO

Las facultades del fiduciario están limitadas desde un punto de vista subjetivo a un determinado círculo de personas. El apartado primero del artículo 831 CC establece que las facultades conferidas podrán realizarse «a favor de los hijos o descendientes comunes». A diferencia de sus anteriores redacciones, que únicamente hacían referencia «a los hijos comunes», con las discrepancias que ello suscitaba en la doctrina en relación a si debían considerarse incluidos los descendientes de ulterior grado¹⁵⁸, la actual despeja toda duda al señalar como potenciales beneficiarios –sujetos pasivos de la fiducia–, a los hijos y descendientes. Se trata, como afirma Alpañés, de «una disposición *incertus ex certis personis*»¹⁵⁹, pero siempre con la cualidad de ser descendientes, de primer o ulterior grado, comunes a fiduciante y fiduciario¹⁶⁰.

En la actualidad, si ponemos en conexión la expresión «a favor de los hijos o descendientes comunes» del vigente artículo 831 CC con las facultades de mejorar formuladas en los artículos 823 CC¹⁶¹ y 824 CC¹⁶², no nos cabe duda de que el fiduciario, siempre que no contradiga la voluntad del fiduciante, podrá mejorar a cualquier descendiente de segundo o ulterior grado, existiendo o no hijos, es decir, descendientes de primer grado¹⁶³.

También debe quedar claro que la existencia de descendientes no comunes no supone un obstáculo al ejercicio de las facultades del fiduciario, ya que dejando aparte los supuestos que pudieran suponer la extinción de la fiducia, es perfectamente posible la ejecución de la comisión cuando coexistan hijos no comunes e hijos comunes. Así lo contempla expresamente el apartado cuarto del artículo 831 CC: «la concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descen-

¹⁵⁸ ALPAÑÉS, *RGLJ*, 1953, pp. 306-308.

¹⁵⁹ ALPAÑÉS, *RGLJ*, 1953, p. 306.

¹⁶⁰ EGUSQUIZA BALMASEDA, 2015, p. 134; CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 912; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1129; y RUEDA ESTEBAN, 2014, p. 423.

¹⁶¹ Artículo 823 CC: «El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima».

¹⁶² Artículo 824 CC: «No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes».

¹⁶³ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 912; y RUEDA ESTEBAN, 2014, pp. 425-426.

dientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones. Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge superviviente hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido». Ahora bien, que dicha coexistencia no impida el ejercicio de las facultades fiduciarias, no debe hacernos olvidar que los únicos y exclusivos destinatarios de tales facultades sean los descendientes comunes¹⁶⁴.

Por lo que respecta a los beneficiarios o sujetos pasivos de la fiducia, queda claro, con la actual redacción, que tendrán que cumplir siempre la condición de ser descendientes comunes de fiduciante y fiduciario. Pero, sobre esta cuestión, al igual que de otras muchas de la figura que analizamos, se nos plantea la duda sobre lo que el artículo 831 CC podría, o debería permitir y no lo hace¹⁶⁵. Debe destacarse que en la actualidad el concepto de familia se ha flexibilizado. Por ello, nos planteamos si podría introducirse en una futura redacción que también pudieran ser beneficiarios los hijos no comunes, máxime ahora que el fundamento de la fiducia se ha focalizado en la confianza y no en el matrimonio. El fiduciario no dispone de sus bienes, sino que ejecuta un encargo del testador. Si existiera la posibilidad apuntada, sería lógico pensar que en la mayoría de los casos el fiduciario pudiera tratar de beneficiar a los hijos comunes en detrimento de los no comunes, pero ahí es donde debe entrar la voluntad del testador para fijar o modelar la actuación del fiduciario estableciendo límites y condiciones.

La cuestión de incluir como potenciales beneficiarios de las facultades fiduciarias a los descendientes no comunes ya ha sido tomada en consideración por algunos autores que, incluso con la redacción actual, sostienen que dicha posibilidad no está vetada. Al respecto, afirma Albaladejo García, «que la inclinación del superviviente a favor de sus hijos y del causante más que a los solo del causante, es éste el llamado a tomar medidas para evitar que dé lugar a injusticias, pero si a pesar de todo confió la facultad al superviviente, sin más tomar esas ciertas medidas de protección a los hijos solo suyos, es que tendría seguridad y daría por bueno de antemano lo que haría su viudo, amén de que puesto el difunto a estar sometido a la influencia de su cónyuge, hasta pudo éste convencerle de que él mismo hiciese la mejora a favor de los hijos comunes»¹⁶⁶. En la misma línea, Rivas Martínez afirma que si bien una interpretación

¹⁶⁴ CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 912; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1129; y RUEDA ESTEBAN, 2014, pp. 423-424.

¹⁶⁵ EGUSQUIZA BALMASEDA, 2015, p. 137.

¹⁶⁶ ALBALADEJO GARCÍA, *RDP*, 2005, p. 6.

estrictamente literal del apartado cuarto del artículo 831 CC no parece permitir la inclusión de los descendientes no comunes, «en situaciones matrimoniales de absoluta confianza entre el causante y su cónyuge sobreviviente, no se aprecia inconveniente alguno para que pueda delegarse esa facultad, cuando es precisamente el propio testador el que conoce de primera mano la verdadera situación familiar y la concordia entre el viudo y los hijos no comunes. Todo depende de la confianza que el testador tenga en el sentido de la justicia y equilibrio de su cónyuge por lo que creemos, que nada obsta para que el causante pueda hacer las disposiciones y mejoras que crea oportunas a favor de ellos»¹⁶⁷. Reiteramos nuestra coincidencia con dichos autores en que el artículo 831 CC debería permitir que fueran potenciales beneficiarios los hijos no comunes, pero en modo alguno coincidimos con que la actual redacción lo permita. Rivas Martínez llega incluso a admitir que puedan ser beneficiarios de las facultades fiduciarias no solo los descendientes no comunes, sino incluso terceros extraños¹⁶⁸.

9. LÍMITES OBJETIVOS DE LAS FACULTADES DEL FIDUCIARIO

9.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Las facultades del fiduciante se encuentran limitadas en un doble nivel o sentido: por los límites legales y por los establecidos por el fiduciante o límites voluntarios¹⁶⁹.

En lo que respecta a los límites o imperativos legales, resulta lógico que las facultades del fiduciario, como *alter ego* del fiduciante, se encuentren restringidas en la misma medida en que lo estarían para éste al otorgar testamento, lo que obliga a poner en conexión al artículo 831 con las demás normas del Código civil. De modo ejemplificativo pueden enumerarse: el sistema legitimario, con especial hincapié tanto en la intangibilidad cuantitativa como en la cualitativa; reservas hereditarias; inoficiosidad y reducción de las donaciones, etc.

A los anteriores límites legales, se añade que las facultades del fiduciario, como ejecutor de la herencia del fiduciante, quedan

¹⁶⁷ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, pp. 1604-1605.

¹⁶⁸ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1605.

¹⁶⁹ Sobre los límites legales y voluntarios de las facultades del fiduciario, *vid.*, entre otros: ALPAÑÉS, *RGLJ*, 1953, pp. 313-314; DÍAZ FUENTES, *ADC*, 1965, pp. 903-904; RIVAS MARTÍNEZ, 2009, pp. 1600-1606; RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1334-1342; SAPENA TOMÁS, 1988, pp. 959-961; y SEDA HERMOSÍN, *ASN*, 2006, pp. 274-276.

sometidas a la voluntad, a las disposiciones del mismo. Éstas pueden presentarse en forma de disposiciones testamentarias (por ejemplo: legados con cargo al tercio de mejora o de libre disposición, o incluso de ambos, en favor de algún hijo o descendiente, o en el caso de la parte libre en favor de un tercero); o fuera del testamento, ya tengan la naturaleza de actos *inter vivos* (por ejemplo: donaciones colacionables o no), o de actos *mortis causa* (por ejemplo: promesa de mejorar o no mejorar). En definitiva, el fiduciario debe tener siempre muy presente la voluntad del premuerto –en general–, y los actos dispositivos ya sean *inter vivos* o *mortis causa* –en particular–. El margen de maniobra del fiduciario queda circunscrito allí donde no ha llegado la voluntad del fiduciante.

Al hilo de los límites que han sido descritos, y dadas las amplias facultades que se le pueden delegar al fiduciario, tal vez podría tomarse como punto de partida una redacción que podríamos denominar de «máximos», es decir, más que fijar qué puede hacer el fiduciario, indicar lo que le está vetado. De tal forma que la regla sería que el fiduciario tuviera como límites los derivados de la relación entre el artículo 831 con las normas imperativas del Código civil, que ya hemos denominado «límites legales», y los límites derivados de la autonomía de la voluntad del testador (donde podrá modelar o configurar la forma en la que desea que su *alter ego* ejecute su última voluntad)¹⁷⁰. Por ello, algunos apartados del actual precepto podrían desaparecer al quedar integrados dentro de los límites anteriores.

9.2 RESPETO A LAS LEGÍTIMAS ERICTAS DE LOS DESCENDIENTES COMUNES

En lo que respecta a las legítimas de los descendientes comunes, debe realizarse una lectura conjunta del apartado primero del artículo 831 CC («podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes... incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar»), con el párrafo primero del apartado tercero («el cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos»), y, por último, con el párrafo tercero del

¹⁷⁰ Como afirma FLORENSA I TOMÀS, «el verdadero límite en el ejercicio de las facultades delegadas lo determinará el mismo causante, a través de su voluntad manifestada en el testamento. Si bien se mira, y excepción hecha del origen legal de la intangibilidad de las legítimas, la norma se limita a proteger la autonomía privada del causante», 2005, p. 136.

apartado tercero («se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes solo al cónyuge que ejercite las facultades»).

De los anteriores apartados pueden destacarse tres aspectos:

a) El fiduciario, al ejecutar la comisión, tendrá que respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes. Desde el nacimiento del artículo 831 CC ha estado siempre presente la referencia al respeto de la legítima. En su originaria redacción, y en su reformulación del año 1981, se decía «sin perjuicio de las legítimas». Aunque pudiera parecer *prima facie* como una repetición innecesaria de la protección de la legítima que como criterio general formula nuestro Código civil, Alpañés lo justificaba afirmando que «de una parte, el deseo del legislador de poner siempre de manifiesto ese necesario respeto a la cuota legitimaria de los herederos forzosos; de otra, dejar bien patente la diferencia entre este precepto, ínsito en nuestro Código civil, y el foral de donde trae causa, en el cual las legítimas tienen entidad mucho menor no solo en orden a su cuantía, sino en relación a su forma de pago; por eso el legislador se ha cuidado mucho de imponer esa limitación»¹⁷¹. En la misma línea, Rivas Martínez señala que «lo que hace esta norma es recordar al intérprete que las legítimas de los no beneficiados, son un muro insalvable en la actuación del supérstite»¹⁷². Como ya ha resaltado la doctrina¹⁷³, es la primera vez que el Código civil recoge la expresión «legítima estricta», previamente consolidada en la doctrina y en la jurisprudencia. Las sucesiones en las que solo concurren descendientes comunes son las que conceden mayor protagonismo a las facultades fiduciarias, ya que únicamente han de ser respetadas las legítimas estrictas¹⁷⁴.

b) Por lo que respecta a la forma de pago de la legítima, es decir, a la naturaleza de los bienes con los que se satisface dicha porción, además de con los bienes privativos del causante, los apartados anteriores autorizan el pago con «bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar» y «con bienes pertenecientes solo al cónyuge que ejercite las facultades». Que la norma autorice el pago de la legítima con bienes del fiduciario o con bienes de la sociedad de gananciales disuelta sin liquidar, probable-

¹⁷¹ ALPAÑÉS, *RGLJ*, 1953, p. 303.

¹⁷² RIVAS MARTÍNEZ, 2009, p. 1601.

¹⁷³ Entre otros CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 917; y GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008 *op. cit.*, p. 98.

¹⁷⁴ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 135.

mente representa como afirma, entre otros, García Rubio «la novedad más trascendente de la reforma del precepto en 2003 y supone que, en este caso, la legítima es claramente *pars valoris*»¹⁷⁵, por lo que en definitiva el derecho de crédito en el que se concreta la legítima puede ser satisfecho mediante efectivo metálico o con bienes, ya sean o no hereditarios.

En relación a que el fiduciario pueda pagar las legítimas, o cualquier disposición testamentaria del fiduciante, con cargo a sus propios bienes o con bienes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, coincidimos con López Beltrán de Heredia cuando afirma que «el precepto parece estar pensando en una partición conjunta de los bienes de ambos cónyuges, que se llevará a efecto a la muerte del último de ellos»¹⁷⁶. Y sin ser ajenos a que incluso en los supuestos de partición conjunta pueden generarse problemas, consideramos que si la ejecución de las facultades fiduciarias no se van a realizar en testamento, la posibilidad de pagar legítimas o cualquier otro derecho sucesorio en vida del fiduciario con bienes propios o de la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada presenta problemas de difícil solución. Pensemos en que posteriormente el fiduciario tiene más descendientes, o que su patrimonio sufre una importante merma acompañada de que pagó derechos hereditarios de sus primeros hijos con bienes privativos, de lo que se puede derivar que a su fallecimiento no queden bienes suficientes para cubrir las legítimas de los hijos posteriores. A ello, podría añadirse que futuros acreedores del fiduciante pudieran esgrimir que al pagarse derechos hereditarios procedentes de la herencia del fiduciante con bienes del fiduciario, se han menoscabados sus legítimas expectativas de cobro. Aunque el pago de los derechos hereditarios con bienes propios del fiduciario o gananciales no esté limitado a los supuestos de partición conjunta a la muerte del fiduciario, es el escenario en el que lo consideramos más aconsejable.

c) La cuestión de si el fiduciario puede aplazar la entrega de la legítima estricta de los descendientes comunes hasta que cumpla el plazo establecido por el fiduciante o el supletorio de dos años legalmente establecido para ejercer las facultades fiduciarias, divide a la doctrina. El artículo 831 CC guarda silencio sobre la posibilidad de tal aplazamiento, que sumado a la locución «respetar las legítimas estrictas» lleva a autores como Cámara Lapuente¹⁷⁷, García

¹⁷⁵ GARCÍA RUBIO, 2010, p. 951. *Vid.*, también, CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 917; FLORENSA I TOMÁS, 2005, p. 135; y RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1338-1339.

¹⁷⁶ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1146.

¹⁷⁷ CÁMARA LAPUENTE, 2016, pp. 917-918.

Rubio¹⁷⁸, López Beltrán de Heredia¹⁷⁹ y Rivas Martínez¹⁸⁰, con los que coincidimos, a manifestarse en contra de dicho aplazamiento. De la misma forma que el legislador establece expresamente que se puedan pagar dichas legítimas con bienes de la sociedad de ganancias disuelta pero no liquidada o con bienes propios del fiduciario, lo que supone una importante excepción al principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima, podía haber dispuesto dicho aplazamiento; y al no haberlo hecho y encontrándonos con la legítima como una figura capital en la materia, lo más razonable parece no presumir que se puede aplazar su pago. Además, una cosa es delegar o comisionar al fiduciario la ejecución de la herencia y otra estrangular los derechos legitimarios mínimos de los descendientes. Y ello, dejando aparte que el testador hubiera podido combinar el artículo 831 CC con el 1056.2.ª CC, lo que permite, porque expresamente lo contempla, el aplazamiento del pago de la legítima cuando se persigue «la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas». Otro sector de la doctrina, integrado por notarios como Garrido de Palma¹⁸¹, Martínez Sanchiz¹⁸², Romero Girón-Deleito¹⁸³ y Rueda Esteban¹⁸⁴, se pronuncia favorablemente al aplazamiento del pago. No somos ajenos a que el aplazamiento del pago de la legítima impregna de mayor fuerza o eficacia a la fiducia, y posiblemente sea lo que echen de menos dichos notarios en su práctica profesional para aconsejar la figura, pero no encontramos argumentos para defender otra excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima. Por mucho que actualmente pueda discutirse nuestro sistema de legítimas, es el que tenemos. No será posible el aplazamiento salvo en aquellos supuestos en los que legalmente se sancionen excepciones a la intangibilidad cualitativa de la legítima.

En la misma línea que se sostiene en este trabajo se ha pronunciado la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12.ª) de 30 diciembre de 2015 afirmando que «no puede diferirse *sine die* a que el cónyuge viudo ejecute la fiducia para que los descendientes comunes que sean legitimarios puedan percibir la legítima estricta a la que tienen derecho». La Audiencia apoya dicha afirmación acudiendo a dos criterios. En primer lugar, a la interpreta-

¹⁷⁸ GARCÍA RUBIO, *ADC*, 2008, pp. 108-109.

¹⁷⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1147.

¹⁸⁰ RIVAS MARTÍNEZ, 2009, pp. 1601-1602.

¹⁸¹ GARRIDO DE PALMA, *RJN*, 2012, p. 369.

¹⁸² MARTÍNEZ SANCHIZ, 2014, pp. 995-998.

¹⁸³ ROMERO GIRÓN-DELEITO, *RJN*, 2006, pp. 223-224.

¹⁸⁴ RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1339-1341.

ción gramatical de la locución «resulten suficientemente satisfechas». Así, razona que «debe tenerse en cuenta que el vocablo «satisfechas», según el Diccionario de la Real Academia es un tiempo del verbo satisfacer, que proviene del latín *satisfacere*, que significa pagar enteramente lo que se debe. Por lo que indudablemente si el límite impuesto por el citado artículo al fiduciario es el respetar las legítimas, y en él se fija que se entenderán respetadas cuando sean satisfechas, la interpretación gramatical no puede ser otra que el legislador se refiere a cuando [las legítimas estrictas] sean pagadas por entero». Y en segundo lugar, al criterio que el Tribunal Supremo denomina de «sistematización del contexto interpretativo y finalidad jurídica de la norma»: «por cuanto, aunque en el sistema sucesorio recogido en el Código Civil uno de los principios que lo rigen es la reconocida e indiscutible soberanía de la voluntad del testador en la disposición *mortis causa* de su patrimonio, verdadero fundamento de la sucesión testada que se basa en el principio de la propiedad privada y en el principio de la autonomía de la voluntad, ambos reconocidos en la Constitución Española, artículo 33.1 y deducidos del artículo 658, primer párrafo, primer inciso, del Código Civil, dicho principio no tiene un carácter absoluto, pues tiene el límite establecido a la facultad de disponer *mortis causa*, en el artículo 808 del expresado Código, que es la legítima, que es intangible cuantitativamente y cualitativamente, conforme añade el artículo 813». En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Número 86 de Madrid de fecha 1 de abril de 2013 objeto del recurso de apelación, se admitió que el aplazamiento del pago de la legítima pudiera durar toda la vida del fiduciario si optaba por ejercitar las facultades fiduciarias en su testamento. Tal interpretación del artículo 831 CC no es correcta para la Audiencia, ya que «implica la imposición de un gravamen contrario al artículo 813, párrafo segundo del Código Civil». Concluye la Audiencia, que «aunque el precepto guarda silencio al respecto, debe entenderse que dicha legítima estricta deberá ser abonada una vez abierta la sucesión, y fijado su importe»¹⁸⁵.

9.3 LA NO ALTERACIÓN DEL RÉGIMEN DE LAS LEGÍTIMAS DE LOS DESCENDIENTES NO COMUNES DEL CAUSANTE

En lo que respecta a las legítimas de los descendientes no comunes, el párrafo primero del apartado cuarto del artículo 831 CC

¹⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12.ª) de 30 diciembre de 2015, ponente D. José Luis Díaz Roldán (JUR 2016\54122).

dispone que «la concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común». A diferencia de la concurrencia con los hijos comunes, donde el fiduciario deberá respetar las legítimas estrictas, en lo que respecta a los no comunes, se señala en el precepto que el ejercicio de las facultades sucesorias no podrá alterar el régimen de las legítimas.

Es pacífico en la doctrina que el pago de la legítima de los hijos no comunes no puede ser aplazado; y que la misma debe ser pagada con bienes hereditarios, ya que la posibilidad del fiduciario de pagarla con bienes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada y con bienes propios queda limitada a los supuestos de los descendientes comunes¹⁸⁶.

En cambio, se discute en la doctrina el alcance que tiene la locución «no alterará el régimen de las legítimas» respecto a si el fiduciario tiene que respetar la estricta o la amplia. Para Albaladejo García, el fiduciario no tiene «más límite que el de la legítima corta de todos los descendientes» sin distinguir entre comunes y no comunes¹⁸⁷. Por su parte, Florensa i Tomàs sostiene que la delegación de las facultades fiduciarias no afecta a los descendientes no comunes que «tendrán derecho a la legítima amplia»¹⁸⁸. En el mismo sentido, López Beltrán de Heredia indica que se tiene que «respetar la legítima larga de los descendientes no comunes, con lo cual le queda al cónyuge viudo la posibilidad de disponer de la parte del tercio de mejora correspondiente a los hijos o descendientes comunes y de la parte del tercio de libre disposición no utilizado por el testador»¹⁸⁹. Estimamos más adecuada una tercera opinión doctrinal que introduce una importante matización respecto a los dos autores anteriores. La matización es que, a falta de disposición expresa del fiduciante en el testamento, los derechos legitimarios de los descendientes no comunes no quedan limitados a su porción de legítima estricta, sino que se extienden a su legítima amplia o larga. En este sentido, García Rubio afirma que la opción que «en verdad no altera el régimen de las legítimas de los descendientes no comunes y que supone el respeto *tout court* a la legítima de éstos; según esta tercera opción –siempre a falta de atribuciones del causante– los tercios de legítima estricta y de mejora habrán de distribuirse iguali-

¹⁸⁶ Entre otros, CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 919; y RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1336-1337.

¹⁸⁷ ALBALADEJO GARCÍA, *RD*, 2005, p. 6.

¹⁸⁸ FLORENSA I TOMÀS, 2005, p. 135.

¹⁸⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ADC*, 2005, p. 1129.

tariamente entre los descendientes comunes y no comunes; el delegado podrá mejorar a todos o a algunos de los comunes con el tercio de libre disposición y con la parte del de mejora que hubiera correspondido a esos mismos sujetos, pero en ningún caso con la de los comunes»¹⁹⁰.

10. CONCLUSIONES

Llevado a cabo un recorrido por las diversas redacciones del artículo 831 CC; realizado el estudio de su naturaleza jurídica, y valoradas las distintas opiniones de la doctrina científica en torno al mismo, consignamos, entre otras y en extracto, las siguientes conclusiones:

I. La falta de arraigo de la fiducia sucesoria en los territorios de Derecho de Común, su defectuosa técnica legislativa, y que, aun siendo una figura añeja en el Código, es casi virgen en pronunciamientos judiciales que le otorguen certidumbre interpretativa, plantea graves problemas sobre sus exactos límites y muchos interrogantes de difícil solución pacífica.

II. En la práctica testamentaria –como fórmula cómoda– se ha impuesto entre los cónyuges el otorgamiento de los testamentos con usufructo universal vitalicio combinado con la *cautela socini*. Mas si lo que se pretende es la contemplación del patrimonio de ambos cónyuges –o personas con descendencia común– como un todo unitario a efectos sucesorios, dicha finalidad se puede alcanzar de forma más satisfactoria mediante la fiducia sucesoria. Con la ventaja de que ésta permite diferir en el tiempo la distribución y partición de la herencia, no precipitándolas cuando las circunstancias así lo aconsejen. Son muchos los casos, en que, de ser debidamente aplicada, favorecería los intereses de determinados tipos de testadores.

III. Las circunstancias personales, familiares y patrimoniales del testador, junto con la idoneidad del fiduciario, deben ser concienzudamente valoradas por el profesional que asesore el testamento.

IV. La actual redacción del artículo 831 CC resulta farragosa, desmesurada y reglamentista.

V. Ofrece la redacción del vigente precepto indicios suficientes para afirmar que la *affectio maritalis* o incluso su sucedáneo, en forma de convivencia *more uxorio*, no constituyen un requisito de la fiducia sucesoria y ni siquiera de la confianza en la que la misma se fundamenta.

¹⁹⁰ GARCÍA RUBIO, ADC, 2008, p. 101. *Vid.*, en similares términos, CÁMARA LAPUENTE, 2016, p. 919; y RUEDA ESTEBAN, 2015, pp. 1336-1337.

VI. La delegación de las facultades fiduciarias subsisten, salvo voluntad contraria del fiduciante, aunque se haya producido la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio. El argumento principal para defender la persistencia de la fiducia se encuentra en el fundamento mismo de la institución, en la confianza, a lo que debe añadirse la soberana autonomía de la voluntad del testador.

VII. Las causas de cesación de la delegación de facultades previstas en el precepto, no deben ser consideradas *numerus clausus*. La confianza, como esencia de la fiducia sucesoria, no puede permanecer inalterable o impermeable ante avatares de otras conductas o circunstancias del fiduciario.

VIII. El fiduciario carece de facultades para otorgar unilateralmente la liquidación de la sociedad de gananciales. Es indispensable la concurrencia de los descendientes –comunes y no comunes–; y en el caso de la existencia de prole menor de edad o con capacidad judicialmente modificada, con la presencia de los correspondientes representantes legales. La liquidación de la sociedad de gananciales –como la de cualquier otro régimen económico o de bienes en comunidad– tendrá que formalizarse según las reglas generales previstas en el Código civil.

IX. El fiduciario, salvo voluntad del fiduciante, tendrá facultades para designar herederos y legatarios, pues resultaría una distonía que una partición adoleciera de personas con dicha condición, fundamentalmente la de heredero.

X. Partiendo de que la posibilidad de desheredar es personalísima e indelegable, el fiduciario ni puede desheredar ni dejar sin efecto la desheredación dispuesta por el fiduciante. Si la rehabilitación del indigno es una facultad personalísima del fiduciante e indelegable y exclusiva del mismo, tampoco tendrá el fiduciario facultad alguna al respecto.

XI. Relacionada la expresión «a favor de los hijos o descendientes comunes» del artículo 831 CC con las facultades de mejorar formuladas en los artículos 823 CC y 824 CC, el fiduciario, siempre que no contradiga la voluntad del fiduciante, podrá mejorar a cualquier descendiente de segundo o ulterior grado, existiendo o no hijos. La existencia de descendientes no comunes no supone un obstáculo al ejercicio de las facultades del fiduciario.

XII. Las facultades del fiduciante se encuentran limitadas en un doble nivel o sentido: por los límites legales y por los establecidos por el fiduciante o límites voluntarios. Dadas las amplias facultades que se le pueden delegar al fiduciario, se ha propuesto como punto de partida una redacción que podríamos denominar de

«máximos», es decir, más que fijar qué puede hacer el fiduciario, indicar lo que le está vedado.

XIII. El fiduciario, al ejecutar la comisión, tendrá que respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes. Es la primera vez que el Código civil recoge la expresión «legítima estricta». Constituye una importante novedad que la norma autorice el pago de la legítima con bienes del fiduciario, o con bienes de la sociedad de gananciales disuelta sin liquidar. La legítima, por tanto, se concreta en un derecho de crédito que puede ser satisfecho mediante efectivo metálico o con bienes, ya sean o no hereditarios.

XIV. No debe ser factible la posibilidad de aplazar la entrega de la legítima estricta de los descendientes comunes por parte del fiduciario hasta que se cumpla el plazo establecido por el fiduciante, o el supletorio de dos años legalmente establecido para ejercer las facultades fiduciarias. De la misma forma que el legislador ha establecido expresamente que se puedan pagar dichas legítimas con bienes de la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, o con bienes propios del fiduciario, lo que supone una importante excepción al principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima, podía haber dispuesto dicho aplazamiento. Al no haberlo hecho, no parece presumible que se pueda aplazar su pago: una cosa es delegar o comisionar al fiduciario la ejecución de la herencia, y otra estrangular los derechos legitimarios mínimos de los descendientes.

XV. El pago de la legítima de los hijos no comunes no puede ser aplazado. La misma debe ser pagada con bienes hereditarios, ya que la posibilidad del fiduciario de pagarla con bienes de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada y con bienes propios, queda limitada a los supuestos de los descendientes comunes. A falta de disposición expresa del fiduciante en el testamento, los derechos legitimarios de los descendientes no comunes no quedan limitados a su porción de legítima estricta, sino que se extienden a su legítima amplia o larga.

XVI. Por último, se han formulado diversas propuestas de *lege ferenda*, desarrolladas y justificadas en sus epígrafes correspondientes. Entre otras, las siguientes:

a) En cuanto a la ubicación del precepto que nos ocupa, consideramos que lo aconsejable sería que su incardinación se llevase a cabo a continuación del artículo 670 CC, como una excepción al principio del personalismo material que preside el Derecho sucesorio en nuestro Código.

b) El apartado sexto del artículo 831 CC tal vez se lo podría haber ahorrado el legislador cambiando en el resto del articulado la

expresión «cónyuge» por la de «coprogenitor», o indicando en el apartado primero que «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al coprogenitor como fiduciario en testamento, para que fallecido el testador...», y en el resto del articulado emplear la expresión «fiduciario».

c) Sería razonable plantearse la extensión de la condición de fiduciario a otras personas, o mejor, a parientes por consanguinidad, en función del paradigma de la confianza.

d) Por lo que respecta a los beneficiarios de la fiducia, podría introducirse que también pudieran ser designados los hijos no comunes.

e) La delegación en favor del fiduciario debe quedar extinguida en los supuestos expresamente establecidos por el fiduciante en el testamento y en todas aquellas circunstancias que, presumiblemente, hubieran motivado que una persona sensata, de diligencia normal y de razonabilidad media, perdiera la confianza en el fiduciario. *De lege ferenda* el tenor literal de un futuro apartado quinto podría ser: «Las facultades conferidas al fiduciario cesarán por las causas expresamente señaladas por el fiduciante y en aquellas no previstas que, de haberlo sido, hubieran supuesto la pérdida de confianza de una persona razonable».

f) El apartado primero del artículo 831 CC finaliza incluyendo entre las adjudicaciones o atribuciones de bienes que pueda realizar el fiduciario «las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar», proponiéndose por nuestra parte que dicha literalidad sea sustituida por «las que tengan por objeto bienes comunes de los progenitores», o, incluso, «las que tengan por objeto bienes comunes de los progenitores pendientes de liquidación».

11. ANEXO CON MODELO DE TESTAMENTO CON FIDUCIA SUCESORIA

A los meros efectos prácticos, como ejemplo de una de sus muchas posibilidades, se propone el siguiente modelo de testamento con la concesión de facultades fiduciarias¹⁹¹:

«Primera. La testadora ordena su sucesión previendo dos posibles escenarios que dependerán de que su viudo, en vida o tras

¹⁹¹ *Vid.* también los modelos de testamentos propuestos por Díez GÓMEZ, *RDN*, 1982, pp. 423-424; MARTÍNEZ ORTEGA, INFANTE GONZÁLEZ DE LA ALEJA y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, 2013, pp. 243-244; ROMERO-GIRÓN DELIETO, *RJN*, 2006, pp. 229-231; y RUEDA ESTEBAN, 2014, pp. 799-804.

su fallecimiento, en su propio testamento, hubiera hecho uso o no de las facultades previstas en el artículo 831 del Código civil en los términos que se determinan en la siguiente cláusula.

Segunda. En el caso de que el cónyuge de la testadora hiciera uso de las facultades recogidas en el artículo 831 del Código civil, y que la testadora expresamente le atribuye, su sucesión se regirá por las siguientes reglas:

1. Lega a su cónyuge, a quien autoriza a tomar por sí mismo posesión de dichos legados, el tercio de libre disposición de su herencia en pleno dominio y el usufructo vitalicio de los tercios de mejora y de legítima estricta.

Respecto al legado de usufructo, no deberá formar inventario ni prestar fianza, y si dicho usufructo recayera sobre dinero es su voluntad que se repute usufructo de cosa consumible, de manera que el usufructuario podrá hacer uso de ese dinero, sin perjuicio de que a la extinción del usufructo se deba abonar el importe del dinero consumido a los herederos de la testadora.

Si alguno de los legitimarios no aceptare que su legítima estricta quede gravada con el legado de usufructo ordenado en favor del cónyuge viudo, perderá su parte en el tercio de mejora que acrecerán a los conformes; y si no fuera aceptado por ningún legitimario, la testadora lega a su viudo el tercio de libre disposición en pleno dominio y el usufructo viudal del tercio de mejora, al que se aplicarán las disposiciones anteriores de recaer sobre dinero.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula anterior, concede expresamente a su cónyuge todas las facultades que el artículo 831 del Código civil atribuye al cónyuge fiduciario y las reglas ordenadas en el presente testamento, prevaleciendo en caso de duda la interpretación más favorable al cónyuge viudo fiduciario, cuyas facultades se interpretarán extensivamente, dado que la testadora confía plenamente en él y desea que sea él quien, como quiera y cuando quiera, reparta sus bienes entre los hijos comunes.

3. Instituye como sus únicos herederos a sus cinco citados hijos, correspondiendo al viudo-fiduciario el decidir en qué porción van a heredar; elección que podrá realizar nominalmente o adjudicando bienes de distinto valor a cada heredero; por lo que podrá desigualar y correlativamente mejorar a los distintos herederos.

4. En pago de la porción hereditaria que el viudo-fiduciario haya elegido, podrá adjudicar bienes concretos a los herederos cuando estime conveniente, incluso retardando su entrega hasta la apertura de su último testamento, una vez que se hubiera producido su fallecimiento. Asimismo, no será necesario que atribuya o adjudique a la vez a todos los herederos bienes hereditarios, pudiendo hacerlo en distintos momentos, incluso dilatando la entrega a alguno de ellos, o de parte de los bienes a su fallecimiento. Si considera el viudo que alguno de los bienes que debe adjudicar son bienes indivisibles o que desmerecen mucho por la división, podrá hacer uso del artículo 1062 del Código civil decidiendo quien deba ser el adjudicatario de la totalidad del bien y quién deba indemnizar a los demás condueños con su equivalente

en dinero, incluso cuando el adjudicatario del bien fuese el mismo viudo-fiduciario.

5. Se autoriza al cónyuge viudo para que los bienes que reciban los herederos lo sean con las cargas, modos o gravámenes que estime convenientes; en particular el que pueda excluir a los herederos de la administración y disposición de los bienes adjudicados, hasta que el heredero o herederos afectados adquieran la edad que considere el fiduciario, teniendo en cuenta que esta administración si desea imponerla, podrá recaer incluso sobre la parte de legítima estricta que correspondiera al gravado, que si no lo aceptara verá reducida su participación en la herencia a su legítima estricta, acreciendo su parte a los demás legitimarios que aceptaran el gravamen, o que no se les hubiera impuesto ninguno.

6. Corresponderá al cónyuge viudo decidir qué bienes o derechos del caudal hereditario van a integrar cada uno de los distintos tercios, incluso los que recaerán sobre aquellos tercios en los que el cónyuge sobreviviente ostente un derecho de usufructo o los que compondrán el tercio de libre disposición que la testadora ha legado a su favor.

7. Concede expresamente al viudo-fiduciario la posibilidad de ejercitar todas las facultades permitidas en el artículo 831 del Código civil, y por tanto la ejecución de la fiducia en su propio testamento, por lo que no se ejecutará hasta que fallezca su viudo. Por consiguiente, es voluntad de la testadora que el plazo de que goce el cónyuge sobreviviente para el ejercicio de sus facultades sea toda su vida.

8. Mientras las facultades conferidas al cónyuge sobreviviente no hubieran sido ejercitadas por el mismo, corresponderá al viudo la administración de la herencia.

9. El único límite a las facultades conferidas en los números anteriores es el respeto de las legítimas estrictas de los herederos forzosos, que podrán satisfacerse, además del resto de la porción hereditaria de los herederos, con bienes propios del mismo, o adjudicando bienes concretos a algunos de los legitimarios imponiéndoles la obligación del pago en metálico de las legítimas de sus coherederos forzosos en los términos del artículo 1056.2.º y 841 y siguientes del Código civil. En todo caso, para facilitar el cálculo de la legítima estricta, recomienda al viudo que con independencia del momento que haga uso de las facultades conferidas, dentro de los tres primeros meses tras la muerte del testador efectúe por sí mismo un inventario y tasación de los bienes.

10. Es voluntad de la testadora que el viudo fiduciario pueda ejercitar por sí solo todas las facultades mencionadas y las omitidas que resulten del artículo 831 del Código civil, incluso disolver, valorar, adjudicar, e imponer la indemnización en metálico a los condueños adjudicatarios de los bienes que en proindiviso, o incluso cuando en el ejercicio de estas facultades estuviera interesado el viudo-fiduciario. Pero para facilitar su labor, siempre que lo estime conveniente, podrá solicitar el asesoramiento de Doña XXXXXXXX a la que nombra albacea contadora-partidora.

Tercera. Como segundo posible escenario, si el cónyuge sobreviviente fallece sin haber hecho uso en vida, o en su propio testamento, de las facultades reguladas en el artículo 831 del Código civil en los términos que resultan de las cláusulas anteriores, es voluntad de la testadora que, sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula primera, sean instituidos como sus únicos y universales herederos sus cinco hijos Don XXX, Doña XXX, Doña XXX, Don XXX y Doña XXX, a quienes sustituye vulgarmente para los casos de premoriencia, indignidad y repudiación, por sus respectivas estirpes de descendientes.

Cuarta. Lo dispuesto a favor de su cónyuge quedará sin efecto si a la muerte de la testadora concurriera nulidad, divorcio, separación judicial o de hecho, salvo las facultades del artículo 831 del Código civil.

Quinta. Si alguno de los legitimarios impugna judicialmente este testamento o el ejercicio de las facultades por el viudo-fiduciario o reclamare antes de su ejercicio su legítima, quedará en todo caso, fuere cual fuere el pronunciamiento judicial, reducida su participación en la herencia a lo que por legítima estricta le correspondiera, acreciendo su parte a los demás legitimarios cumplidores con la última voluntad de la testadora.

Sexta. Revoca expresamente todas las disposiciones de última voluntad anteriores a la presente.»

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: «El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona», *Revista de Derecho Privado*, 2005, pp. 3-22.
- ALPAÑÉS, E.: «La delegación de la facultad de mejorar», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1953, pp. 273-331.
- BERMEJO PUMAR, M. M.: *El artículo 831 del Código civil*, Madrid, 2001.
- BUSTO LAGO, José M.: «TEMA IX. Limitaciones dispositivas del causante: legítimas y reservas», en *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2009, pp. 414-529.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: «Comentario al artículo 831», en *Código Civil Comentado*, volumen II, 2.ª edición, 2016, pp. 906-920.
- CARBALLO FIDALGO, M.: «Comentario al artículo 1057», en *Código Civil Comentado*, volumen III, 1.ª edición, 2011, pp. 1735-1742.
- DÍAZ FUENTES, A.: «Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa», *Anuario de Derecho Civil*, 1965, pp. 877-909.
- DÍEZ GÓMEZ, A.: «El nuevo artículo 831 del Código civil», *Revista de Derecho Notarial*, 1982, pp. 405-424.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M. Á.: *Sucesión Mortis Causa de la Familia Reconstituida (De la Reserva Vidual a la Fiducia Sucesoria)*, Navarra, 2015.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La Sucesión Contractual en el Código Civil*, Sevilla, 1999.
- FLORENSA I TOMÀS, C. E.: «La facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente por el testador: el nuevo artículo 831 CC», en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, 2005, pp. 117-141.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cate-

- dra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: «La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar», *Anuario de Derecho Civil*, 2008, pp. 57-112.
- «Comentario al artículo 831», en *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010, pp. 949-951.
- GARRIDO DE PALMA, V. M.: «Actualidad de la fiducia sucesoria del art. 831 del Código Civil», *Revista Jurídica del Notariado*, 2012, pp. 353-372.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Derecho de Sucesiones* (II), Barcelona, 1973.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVARRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J.: *Derecho de Sucesiones*, 5.ª edición, Barcelona, 1993.
- *Elementos de Derecho Civil. V Sucesiones*, 4.ª edición (revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa), Madrid, 2009.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C.: «El artículo 831 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, 2005, pp. 1115-1152.
- MARTÍNEZ ORTEGA, J. C., INFANTE GONZÁLEZ DE LA ALEJA, J. R., y RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, R.: *El testamento y la herencia. IV La Oficina Notarial*, Barcelona, 2013.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J. Á.: «El artículo 831 y el favor viduitatis», en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Madrid, 2014, pp. 969-1002.
- MILLÁN SALAS, F.: «La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2006, pp. 403-434.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., y CADENAS OSUNA, D.: *Tratado teórico práctico del testamento notarial abierto*, Barcelona, 2018.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P.: «Alcance y límites de la prohibición testamentaria de que los herederos acudan a la intervención judicial en la *cautela socini*: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2014 (RJ 2014, 3116)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2014, pp. 473-492.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J.: *Derecho de sucesiones. Común y foral*, tomo II, Madrid, 2009.
- ROCA GUILLAMÓN, J.: «Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (notas al artículo 831 del Código civil; Ley 41/2003)», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, Madrid, 2004, pp. 4279-4301.
- ROMERO-GIRÓN DELIETO, J.: «El nuevo artículo 831 CC: la fiducia sucesoria. Una aplicación práctica», *Revista Jurídica del Notariado*, 2006, pp. 221-231.
- RUEDA ESTEBAN, L.: «Algunos aspectos sobre el ejercicio de la comisión o encargo hecho en virtud del artículo 831 CC: ejecución de la delegación y de la fiducia», *Revista Jurídica del Notariado*, 2013, pp. 325-404.
- *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil: auténtica fiducia sucesoria en Derecho civil común*, Madrid, 2014.
- «Parte quinta: Artículo 831 del Código civil: auténtica fiducia sucesoria en Derecho civil común», en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V Sucesiones, volumen 1.º, 2.ª edición, Navarra, 2015, pp. 1305-1378.
- SAPENA TOMÁS, J.: «La fiducia conyugal (Artículo 831 del Código Civil)», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen VIII, Madrid, 1988, pp. 907-985.

- SECO CARO, E.: *Partición y mejora encomendada al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960.
- SEDA HERMOSÍN, M.: «Facultad de fiducia sucesoria del art. 831 del Código Civil», *Academia Sevillana del Notariado*, 2006, pp. 263-279.
- SIERRA PÉREZ, I.: «La fiducia sucesoria en Derecho Común: el artículo 831 del Código Civil en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2007, pp. 89-114.
- URRUTIA BADIOLA, A. M.: «La fiducia sucesoria, ¿una institución con futuro?», <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/sucesiones/la-fiducia-sucesoria-una-institucion-con-futuro>, 2008.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «Comentario al artículo 831 del Código civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XI, 2.^a edición revisada y aumentada, Madrid, 1982, pp. 403-428.
- «Comentario al artículo 831 del Código civil», en *Comentario del Código Civil*, tomo I, Madrid, 1991, pp. 2054-2060.

La mediación familiar: un análisis comparativo de las regulaciones italiana y española¹

JAVIER MARTÍNEZ CALVO

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza

Profesor de Derecho civil,

Universidad San Jorge

RESUMEN

En el marco de la progresiva ampliación de la libre autonomía de la voluntad de los particulares, la mediación familiar está adquiriendo un papel cada vez más relevante en muchos Estados europeos. Sin embargo, tanto el ordenamiento jurídico italiano como el español cuentan con una escasa regulación acerca de esta figura, por lo que han sido las doctrinas de uno y otro país las encargadas de abordar algunos aspectos clave que giran en torno a ella, como su concepto y los principios en los que se sustenta, los presupuestos para que las partes puedan ser derivadas a mediación familiar, el papel que juega el menor dentro del proceso, los momentos en los que se puede recurrir a esta técnica, los supuestos en los que está excluida o las formas en las que puede terminar el proceso de mediación familiar.

PALABRAS CLAVE

Mediación familiar. Derecho de familia. Derecho comparado. Menores. Neutralidad. Voluntariedad.

¹ Este artículo ha sido elaborado con ocasión de la realización de una estancia de investigación en Bologna (Italia), cofinanciada por la Universidad de Zaragoza, Fundación Bancaria Ibercaja y Fundación CAI (ref. CH 11/17) y el Ministerio de Educación (beca erasmus +). Así mismo, el trabajo se enmarca en el seno del Proyecto de Investigación MINECO: DER2016-75342-R «Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores», IIPP. Sofía De Salas Murillo/M.^a Victoria Mayor del Hoyo; y del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón «Ius Familiae», IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

Family mediation: a comparative analysis of the Spanish and Italian regulations

ABSTRACT

In the framework or the progressive expansion of individuals' autonomy, family mediation is gaining an increasingly important role in many European states. However, both Italian legal system and Spanish legal system have a poor regulation on this figure, for what doctrines of both countries have addressed some key aspects that revolve around it, as its concept and the principles on which is based, the requirements in order for parties can be referred to family mediation, the role played by the minor child within the process, the moments in which it's possible to resort to this technique, the assumptions in which it's excluded or the ways in which family mediation process can end.

KEY WORDS

Family mediation. Family Law. Comparative Law. Children. Neutrality. Voluntariness.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Marco legal y evolución normativa de la mediación familiar.*–3. *Concepto y principios de la mediación familiar.*–4. *Presupuestos para que el juez pueda derivar a las partes a mediación y alcance del principio de voluntariedad.*–5. *El papel del menor en el proceso de mediación familiar.*–6. *Momentos en los que se puede llevar a cabo la mediación familiar y posible duración de la misma.*–7. *Supuestos en los que está excluida la mediación familiar.*–8. *Finalización del proceso de mediación familiar.*–9. *Conclusiones.*– *Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

La libre autonomía de la voluntad de los particulares se está abriendo camino progresivamente en el Derecho civil de la mayoría de Estados europeos, y los ordenamientos de Italia y España no son una excepción. Aunque es verdad que en el caso del Derecho de familia el principio de la autonomía de la voluntad está atenuado, no es menos cierto que los particulares cuentan con un extenso poder de decisión para regular algunas cuestiones de índole familiar. Además, no es infrecuente que prefieran regirse por sus propios acuerdos, protegiendo así con mayor eficacia sus intereses y convicciones. Basta

observar el elevado número de rupturas matrimoniales que se solventan por mutuo acuerdo entre las partes².

La mediación familiar puede jugar un importante papel en esta progresiva ampliación de la libre autonomía de la voluntad, pues como es bien sabido, constituye una técnica que busca precisamente facilitar que las partes alcancen sus propios acuerdos en la regulación de sus relaciones familiares. Entre las ventajas que plantea la mediación familiar se ha señalado que permite que se cree un clima de confianza entre las partes³ y que sean protagonistas de la resolución de sus propios conflictos⁴, así como una mayor rapidez del proceso y una reducción de los costes⁵, a lo que hay que añadir una contribución al descenso en la saturación de los tribunales⁶. Además, la mediación suele dar lugar a acuerdos más duraderos y con un grado de cumplimiento más satisfactorio⁷. Por último, debemos tener en cuenta que cualquier decisión que se adopte en Derecho de familia deberá estar presidida por el interés superior del menor y, al respecto, no cabe duda de que utilizar la mediación familiar para promover la cooperación entre los progenitores favorecerá dicho interés⁸, quitando dramatismo a la ruptura matrimonial e intentando en la medida de lo posible que sea menos traumática para el menor.

En las siguientes líneas voy a llevar a cabo un estudio acerca de la regulación de la mediación familiar en el Derecho italiano, atendiendo a aspectos tales como su origen normativo y regulación actual, su concepto y los principios en los que se sustenta, los supuestos que deben concurrir para que el juez pueda derivar a las partes a mediación, el papel que juega el menor dentro del proceso, los diferentes momentos en los que se puede recurrir a esta técnica, los supuestos en los que está excluida o las formas en las que puede terminar el proceso de mediación familiar. Todas estas cuestiones serán puestas en relación con la regulación existente en nuestro propio Derecho. No en vano, la mayoría de los problemas que se plantean en los ordenamientos italiano y español son semejantes.

² Si atendemos a los últimos datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, correspondientes al año 2017, en España el 77,2% de los divorcios y el 83,8% de las separaciones se solventaron por la vía del mutuo acuerdo (Fuente: www.ine.es/prensa/ensd_2017.pdf, fecha última consulta: 26/09/2018).

³ Vid. BATÀ y SPIRITO, *Famiglia e Diritto*, 2010, p. 1056.

⁴ Vid. BELFORTE, *Informazione Psicologia Psicoterapia Psichiatria*, 2001, p. 82.

⁵ Vid. COY FERRER, *Pedagogía social*, 1986, pp. 37-38; RAMÍREZ GONZÁLEZ, 2003, p. 37; AGUILAR CUENCA, 2006, p. 96; VALERO MATAS, *RIPS*, 2010, p. 91; BERTONI, 2011, p. 12; MEI, *La Nuova Procedura Civile*, 2014, p. 11; y CHIESI, *Geopunto*, 2016, p. 21.

⁶ Vid. ARCH MARÍN, *Papeles del Psicólogo*, 2010, p. 184.

⁷ Vid. MARTÍN y PORCIANT, *Rivista italiana di Educazione Familiare*, 2009, p. 41; BERTONI, 2011, p. 12; y DALFINO, *Giurisprudenza Italiana*, 2012, pp. 6-7.

⁸ Vid. ORTEGA GUERRERO, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2002, p. 103; y CLEMENTE DÍAZ, 2014, p. 121.

2. MARCO LEGAL Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Conviene comenzar este apartado con una breve referencia a algunos textos que han ido surgiendo en el ámbito de la Unión Europea y que, aun careciendo de valor normativo directo, han impulsado la implementación de la mediación familiar en muchos de los Estados Miembros. El primero de ellos es la Recomendación R (98) sobre Mediación Familiar, aprobada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea el 21 de enero de 1998⁹. En dicha Recomendación se aconseja a los Estados Miembros instituir y promover la mediación familiar en aquellos países donde no existe. Posteriormente se aprobó el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, de abril de 2002¹⁰. Apenas un año más tarde entró en vigor el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹¹, cuyo artículo 55.e) impone la cooperación de las Autoridades Centrales para «facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios y facilitar, con este fin, la cooperación transfronteriza». El último texto europeo que cabe mencionar es la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre algunos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles¹², aunque lo cierto es que se refiere a la mediación en general, y no recoge ninguna referencia específica a la mediación familiar.

Centrándome ya en el Derecho italiano, se refiere por primera vez a la mediación en 1988 con ocasión de la aprobación del *Codice del Processo Minorile* –d. P. R. 448/88–¹³. Sin embargo, las previsiones recogidas en dicha norma se circunscriben al ámbito de la mediación penal¹⁴.

⁹ Vid. https://e-justice.europa.eu/content_legal_context_of_crossborder_mediation-386--maximize-es.do (fecha última consulta: 27/09/2018).

¹⁰ Vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52002DC0196> (fecha última consulta: 27/09/2018).

¹¹ Vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32003R2201> (fecha última consulta: 27/09/2018).

¹² Vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133251> (fecha última consulta: 27/09/2018).

¹³ Vid. <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/06/23/codice-del-processo-penale-minorile-ed-giugno-2014> (fecha última consulta: 08/10/2018).

¹⁴ Vid. CHIARAVALLOTI, *Tigor*, 2014, p. 77.

observamos el año sucesivo de Milán, la primariedad de la mediación familiar por un lado, y el rol de las partes. *Ancora –Gea–*¹⁵. Como puede deducirse fácilmente, el juez no puede jugar un papel objetivo y progresivo en la ampliación de la autonomía de la voluntad, a través de acciones que consisten en una técnica relacional en procedimientos que facilitan que las partes alcancen sus propios acuerdos en la regulación de sus relaciones familiares. Entre las ventajas que plantea la mediación familiar se ha señalado que permite que se cree un clima de confianza entre las partes¹⁶ que se va reforzando a lo largo de una década, en concreto a la entrada en vigor de la Ley 4/2005, de 28 de agosto de 1997, que llevaba por título «Disposizione per la promozione al processo di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza». En el artículo 4.º 1.º y de dicha norma incluye la mediación familiar entre los servicios de apoyo y asesoramiento a las familias, con el objeto de que puedan superar los conflictos que vayan apareciendo en sus relaciones personales. En el último deberemos tener en cuenta que cualquier decisión que se adopte en Derecho de familia deberá estar presidida por el interés superior del menor y, al respecto, no cabe duda de que utilizar la «*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*»¹⁷ introduce por primera vez una referencia a la mediación familiar en el *Codice Civile* italiano. En concreto el artículo 342 ter.º, que regula el establecimiento y contenido de los órdenes de protección, prevé que el juez podrá establecer la intervención de los servicios sociales o de un centro de mediación familiar, así como de asociaciones que tengan como fin el apoyo y el acogimiento de mujeres y menores o de otros sujetos que resulten víctimas de abusos o maltratos.¹⁸

En las siguientes líneas voy a llevar a cabo un estudio acerca de la regulación de la mediación familiar en el Derecho italiano, atendiendo a aspectos tales como su origen normativo y regulación actual, su concepto y los principios en los que se sustenta, los presupuestos que deben concurrir para que el juez pueda derivar a las partes a la mediación, el papel que juega el menor de edad en el proceso, los diferentes momentos en los que se puede recurrir a esta técnica, los presupuestos en los que es susceptible de que el juez derive a las partes a la mediación para la adopción de las medidas atinentes a la ruptura matrimonial.¹⁹ Posteriormente regulada por el Decreto Legislativo n.º 151

¹⁵ Vid. <http://www.associazionegea.it/> (fecha última consulta: 29/09/2018).
¹⁶ Vid. MARZARRO, *Diritto & Diritti*, p. 11, y CHIRAVALLEO, *Igor*, 2014, p. 78.

¹⁷ Vid. <http://www.camera.it/parlam/leggi/972851.htm> (fecha última consulta: 29/09/2018).
¹⁸ Vid. *Informe de Estadística de España* de 2017, en España el 77,25% de los divorcios se pacta por acuerdo de los protagonistas, a través de la mediación familiar, en el 83,8% de los casos.

¹⁹ Vid. BELFORTE, *Informazione Psicologia Psicoterapia Psichiatria*, 2001, p. 82.

²⁰ Vid. *Giurisprudenza Italiana*, 2006, p. 3708.
²¹ Vid. *Giurisprudenza Italiana*, 2011, p. 12; y DALFINO, *Giurisprudenza Italiana*, 2012, pp. 6-7.

²² Vid. *Giurisprudenza Italiana*, 2007, p. 3000.
²³ Vid. *Giurisprudenza Italiana*, 2007, p. 3000.

de 28 de diciembre de 2013²³ trasladó dicha previsión al artículo 337 octies.2 del *Codice Civile*, que reproduce exactamente el contenido que recogía el viejo artículo 155 sexies.2.

No obstante, la referencia a la mediación familiar en el artículo 337 octies.2 del *Codice Civile* es muy sucinta, pues se limita a prever los presupuestos que deben darse para que el juez pueda derivar a las partes a mediación familiar, dejando fuera aspectos tales como la definición de mediación familiar o los profesionales que pueden desempeñar el rol de mediador familiar –formación con la que deben contar, etc.–.

En el ámbito del Derecho Regional, ha ido surgiendo algún intento de llevar a cabo un desarrollo normativo de todas estas cuestiones. Así, en el año 2008 la *Regione Lazio* promulgó la Ley n. 26, de 24 de diciembre²⁴, que llevaba por título «*Norme per la tutela dei minori e la diffusione della cultura della mediazione familiare*». Sin embargo, la citada norma fue declarada inconstitucional por la *Corte Costituzionale* italiana en su Sentencia núm. 131 de 15 de abril de 2010²⁵. El motivo del recurso y de su posterior declaración de inconstitucionalidad fue que la *Regione Lazio* se había extralimitado en sus competencias al introducir una nueva figura profesional –la del mediador familiar–, pues en virtud del artículo 117.3 de la *Costituzione* italiana la competencia para ello pertenece en exclusiva al Estado, pudiendo las Regiones únicamente prever aspectos relativos a la realidad de su propio territorio²⁶.

En el año 2009, se promulgó la Ley n. 69, de 18 de julio, de «*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*»²⁷, que a través de su artículo 60 encargó al gobierno que en el plazo máximo de seis meses desde su entrada en vigor elaborara un Decreto Legislativo que regulara de forma específica la mediación. El objetivo de dicho mandato no era otro que trasponer al Derecho italiano la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo,

i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.»

²³ Vid. <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/01/08/14G00001/sg> (fecha última consulta: 29/09/2018).

²⁴ Vid. goo.gl/hZKia1 (fecha última consulta: 29/09/2018).

²⁵ Vid. Corte Cost., 15 aprile (Vid. <https://www.cortecostituzionale.it/action/SchedaPronuncia.do?anno=2010&numero=138>, fecha última consulta: 03/10/2018).

²⁶ La *Corte Costituzionale* señaló que «la potestà legislativa regionale nella materia delle professioni deve rispettare il principio secondo il quale l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e titoli abilitanti, è riservata, per il suo carattere necessariamente unitario, allo Stato, rientrando nella competenza delle Regioni la disciplina di quelli aspetti che presentano uno specifico collegamento con la realtà regionale».

²⁷ Vid. <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2009/06/19/009G0069/sg> (fecha última consulta: 29/09/2018).

En el ordenamiento español la situación es semejante a la que hemos visto que existe en el Derecho italiano. Las únicas referencias a la mediación familiar que encontramos en nuestra normativa civil fueron introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio³⁶. En su Exposición de Motivos hace referencia expresa a la mediación como procedimiento adecuado para resolver las diferencias entre los padres en cuanto al ejercicio de sus potestades³⁷, y en su Disposición final tercera anuncia una futura ley de mediación³⁸. Sin embargo, pese a la mención explícita a la mediación familiar, continúa sin existir una regulación específica de dicha figura en el Derecho positivo estatal³⁹. Además, las previsiones incluidas en la Ley 15/2005 son de índole estrictamente proce-

titulado «Mediazione familiare»; y *Disegno di legge n. 2203/2010*, di «Istituzione e regolamentazione della figura professionale del mediatore familiare» (vid. <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/35444.htm>, fecha última consulta: 29/09/2018).

³⁶ Vid. *BOE* núm. 163, de 9 de julio de 2005.

³⁷ La Exposición de Motivos 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, señala que «(...) con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo y, en especial, garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral(...)».

³⁸ La Disposición final tercera anuncia una futura ley de mediación en los siguientes términos: «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas».

³⁹ En el ámbito autonómico sí encontramos una extensa regulación de la mediación familiar. La primera fue Cataluña con la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña (vid. *BOE* núm. 91, de 16 de abril de 2001) –modificada por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado (vid. *BOE* núm. 198, de 17 de agosto de 2009)–; y después le siguieron Galicia, con la Ley 4/2001, de 31 de mayo, de mediación familiar de Galicia (vid. *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 2001); Valencia con la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de mediación familiar de la Comunidad de Valencia (vid. *BOE* núm. 303, de 19 de diciembre de 2001); Canarias con la Ley 15/2003, de 8 de abril, de mediación familiar de Canarias (vid. *BOE* núm. 134, de 5 de junio de 2003) –modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio (vid. *BOE* núm. 177, de 26 de julio de 2005)–; Castilla La Mancha con la Ley 4/2005, de 24 de mayo, de mediación familiar de Castilla La Mancha (vid. *BOE* núm. 203, de 25 de agosto de 2005); Castilla y León con la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León (vid. *BOE* núm. 105, de 3 de mayo de 2006); Baleares con la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de las Islas Baleares (vid. *BOE* núm. 303, de 20 de diciembre de 2010) –modificada por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Islas Baleares (vid. *BOE* núm. 16, de 19 de enero de 2011)–; la Comunidad de Madrid con la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid (vid. *BOE* núm. 153, de 27 de junio de 2007); Asturias con la Ley 3/2007, de 23 de marzo, de mediación familiar del Principado de Asturias (vid. *BOE* núm. 170, de 17 de julio de 2007); el País Vasco con la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar en el País Vasco (vid. *BOE* núm. 212, de 3 de septiembre de 2011); Andalucía con la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (vid. *BOE* núm. 80, de 2 de abril de 2009); Aragón con la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón (vid. *BOE* núm. 169, de 15 de julio de 2011); y Cantabria con la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (vid. *BOE* núm. 99, de 26 de abril de 2011).

En el ámbito de la mediación familiar, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece en su artículo 1707 que la mediación familiar puede ser utilizada para resolver los conflictos de las partes en el proceso de separación o divorcio, siempre que no exista riesgo de violencia de género o de daño a los menores. El primer objetivo de la mediación familiar es la búsqueda de un acuerdo que permita la convivencia pacífica de las partes y el bienestar de los hijos. Entre las ventajas que plantea la mediación familiar se encuentran: la reducción de costes económicos, la mayor rapidez del proceso y una reducción de los conflictos de los padres. Además, la mediación familiar suele dar lugar a acuerdos más duraderos y con un grado de cumplimiento más satisfactorio. Por último, debemos tener en cuenta que cualquier decisión que se adopte dentro de la familia deberá estar presidida por el interés superior del menor y, al respecto, no cabe duda de que utilizar la mediación familiar para promover la cooperación entre los progenitores favorece dicho interés.

CONCEPTO Y PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

El concepto de mediación familiar se define como el proceso de ayuda a las partes para resolver sus conflictos de forma pacífica y voluntaria, con la asistencia de un mediador profesional. Los principios que rigen la mediación familiar son: la voluntariedad, la confidencialidad, la imparcialidad y la cooperación.

En las siguientes líneas voy a llevar a cabo un estudio acerca de la regulación de la mediación familiar en el ámbito de la mediación familiar.⁴⁶ La única aproximación a una definición de mediación que encontramos en el Código Civil italiano es su definición en el ámbito del derecho de familia, el papel que juega el menor dentro del proceso, los diferentes supuestos en los que se puede recurrir a esta técnica, los supuestos en los que está excluida y las formas en las que puede terminar el proceso de mediación familiar. Todas estas cuestiones serán puestas en relación con la regulación existente en nuestro propio Derecho. Como en el caso de los problemas de la familia en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea, en línea con la previsión de la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio por el sistema nacional de mediación familiar. Véase el artículo 27 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio por el sistema nacional de mediación familiar. Véase el artículo 27 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio por el sistema nacional de mediación familiar.

⁴⁶ Véase el artículo 27 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio por el sistema nacional de mediación familiar. Véase el artículo 27 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio por el sistema nacional de mediación familiar. Véase el artículo 27 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio por el sistema nacional de mediación familiar. Véase el artículo 27 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio por el sistema nacional de mediación familiar.

recoge en el Capítulo XI del Libro IV del *Codice Civile*, que lleva por título «*Della Mediazione*», cuyo artículo 1754 define la figura del mediador como la persona que pone en contacto a dos o más partes para la conclusión de un negocio, sin estar vinculada a ellas por ningún tipo de relación de colaboración, de dependencia o de representación⁴⁷. No obstante, como ha puesto de manifiesto algún autor, la definición que proporciona el *Codice Civile* poco tiene que ver con la concepción actual de esta figura⁴⁸.

Con carácter general, la doctrina italiana ha definido la mediación como un proceso en el que dos o más partes se dirigen a un tercero neutral e imparcial –el mediador– con objeto de reducir la posible conflictividad que pueda existir entre ellas, restablecer la comunicación y tratar de alcanzar un acuerdo⁴⁹.

Si atendemos a nuestro ordenamiento, el artículo primero de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, nos proporciona el siguiente concepto de mediación: «se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador». Partiendo de ello, nuestra doctrina ha definido la mediación como un proceso extrajudicial dirigido por un tercero imparcial en el que se pretende que las partes puedan acercar posturas y tratar de llegar a un acuerdo por sí mismas sobre el conflicto que se plantee⁵⁰.

En cualquier caso, las definiciones anteriores se refieren a la mediación en un sentido amplio, siendo necesario establecer un concepto específico para aquellos supuestos en los que este la mediación se utiliza para resolver los conflictos que pueden crearse en el ámbito familiar. El Derecho italiano no ofrece un concepto específico de mediación familiar –tampoco el Derecho español⁵¹–, por lo que ha

⁴⁷ «È mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza.»

⁴⁸ Vid. FAVA, Giovanna, 2012, p. 796.

⁴⁹ Vid. CANALE, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 2; BAUER, 2011, p. 14; FAVA, 2012, p. 790; CALLEGARI, *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, p. 449; CHIARAVALLI, *Tigor*, 2014, p. 76; RENOLDI, *Commercialisti & Mediazione*, núm. 2, 2015, p. 11; VILLANI, *Osservatorio Costituzionale*, 2015, p. 1; e IRTI, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2016, p. 1.

⁵⁰ Vid. CURBELO HERNÁNDEZ y DEL SOL FLOREZ, *Portularia*, 2010, p. 35.

⁵¹ Sí lo hace el Derecho aragonés en la Disposición transitoria séptima del Código del Derecho Foral de Aragón (vid. BOE núm. 67, de 29 de marzo de 2011): «Se entiende por mediación familiar el servicio especializado consistente en un procedimiento extrajudicial y voluntario para la prevención y resolución de conflictos familiares en el ámbito del Derecho privado que afecten a menores de edad derivados de la ruptura de la pareja, en el que la persona mediadora, de una manera neutral, imparcial y confidencial, informa, orienta y asiste a las partes en conflicto para facilitar la comunicación y el diálogo entre las mismas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas».

sobre la adopción de un método de resolución de conflictos matrimoniales respecto a la mayor participación de los miembros de la familia. Entendido que la mediación familiar puede jugar un papel importante en el progreso de la aplicación de la ley por parte de la voluntad de las partes, como es bien sabido, constituye una técnica que busca precisamente facilitar que las partes alcancen sus propios acuerdos en la regulación de sus relaciones familiares. Entre las ventajas que plantea la mediación familiar se ha señalado que permite que se cree un clima de confianza entre las partes⁵² y que sean protagonistas de la resolución de sus propios conflictos⁵³ así como una mayor rapidez del proceso y una reducción de los costes⁵⁴ a lo que hay que añadir una contribución al descenso de la saturación de los tribunales⁵⁵. Además, la mediación suele dar lugar a acuerdos más duraderos y con un grado de cumplimiento más satisfactorio⁵⁶. Por último, debemos tener en cuenta que cualquier decisión que se adopte en Derecho de familia deberá estar presidida por el interés superior del menor y, al respecto, no cabe duda de que utilizar la mediación familiar para promover la cooperación entre los progenitores favorecerá dicho interés, quitando dramatismo a la ruptura matrimonial e intentando en la medida de lo posible que sea menos traumática para el menor.

En el análisis que me voy a hacer en este artículo voy a centrar especialmente en la hipótesis de la mediación familiar en el Derecho italiano, atendiendo a los aspectos de mediación que de tener carácter pareigial la solución familiar, es un buen punto de partida para que el juez pueda dar una respuesta adecuada al papel que juega el menor dentro del proceso de diferentes momentos que se han ido desarrollando a lo largo de los últimos años que está excluido del funcionamiento que puede tener que el proceso de mediación familiar. Todas estas cuestiones serán aquí, bien en relación con la regulación existente y en cuestión de Derecho. No se van a tratar la mayoría de los problemas que se plantean en los ordenamientos italiano y español son semejantes.

En el análisis que me voy a hacer en este artículo voy a centrar especialmente en la hipótesis de la mediación familiar en el Derecho italiano, atendiendo a los aspectos de mediación que de tener carácter pareigial la solución familiar, es un buen punto de partida para que el juez pueda dar una respuesta adecuada al papel que juega el menor dentro del proceso de diferentes momentos que se han ido desarrollando a lo largo de los últimos años que está excluido del funcionamiento que puede tener que el proceso de mediación familiar. Todas estas cuestiones serán aquí, bien en relación con la regulación existente y en cuestión de Derecho. No se van a tratar la mayoría de los problemas que se plantean en los ordenamientos italiano y español son semejantes.

⁵² Vid. CESANA, PORRI, y SALA, *Famiglia, persone e successioni*, 2008, p. 4; y FERRAJOLI, *La famiglia italiana*, 2008, p. 17. Véase también el informe de la Comisión de la Unión Europea sobre el divorcio, *La Unión Europea y el divorcio*, 2008, p. 17. Véase también el informe de la Comisión de la Unión Europea sobre el divorcio, *La Unión Europea y el divorcio*, 2008, p. 17. Véase también el informe de la Comisión de la Unión Europea sobre el divorcio, *La Unión Europea y el divorcio*, 2008, p. 17.

⁵³ Vid. CONTE, *La mediazione familiare*, 2008, p. 17. Véase también el informe de la Comisión de la Unión Europea sobre el divorcio, *La Unión Europea y el divorcio*, 2008, p. 17. Véase también el informe de la Comisión de la Unión Europea sobre el divorcio, *La Unión Europea y el divorcio*, 2008, p. 17.

⁵⁴ Vid. CONTE, *La mediazione familiare*, 2008, p. 17. Véase también el informe de la Comisión de la Unión Europea sobre el divorcio, *La Unión Europea y el divorcio*, 2008, p. 17. Véase también el informe de la Comisión de la Unión Europea sobre el divorcio, *La Unión Europea y el divorcio*, 2008, p. 17.

⁵⁵ Vid. BERTONI, *La mediazione familiare*, 2008, p. 17. Véase también el informe de la Comisión de la Unión Europea sobre el divorcio, *La Unión Europea y el divorcio*, 2008, p. 17. Véase también el informe de la Comisión de la Unión Europea sobre el divorcio, *La Unión Europea y el divorcio*, 2008, p. 17.

En cuanto a los principios de la mediación, la legislación italiana no los recoge expresamente, pero pueden extraerse del contexto normativo. Así, la doctrina italiana ha señalado los siguientes: voluntariedad⁵⁸, imparcialidad⁵⁹, neutralidad⁶⁰, confidencialidad⁶¹ y buena fe⁶². En términos semejantes se ha pronunciado la doctrina de nuestro país⁶³. Además, algunos autores han propuesto otro: el carácter personalísimo⁶⁴.

El principio de voluntariedad es el que suele generar mayores controversias, por lo que me referiré a él de forma específica en el siguiente apartado.

En cuanto a los principios de imparcialidad y de neutralidad, como ha puesto de manifiesto la doctrina, no son sinónimos. Así, el primero se refiere a una cualidad personal del mediador y se sustancia en la ausencia de un conflicto de intereses respecto a las partes o al objeto de la controversia, mientras que el segundo atiende al rol que juega el mediador en el procedimiento de mediación, que no puede expresar su punto de vista acerca del conflicto y menos aún posicionarse en favor de ninguna de las partes⁶⁵. El principio de neutralidad nos permite distinguir la mediación de otras técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos, en las que no existe dicha neutralidad⁶⁶. Así, no cabe hablar de neutralidad propiamente dicha en el caso de la figura de la *negoziatore assistita* –introducida en el ordenamiento italiano mediante el Decreto-Ley n. 132, de 12 de septiembre de 2014, de «*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*»⁶⁷, que fue convertido en Ley, con alguna modificación, a través de la Ley n. 162,

⁵⁸ Vid. BELFORTE, *Informazione Psicologia Psicoterapia Psichiatria*, 2001, p. 83; ANSALDO, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 2; BUGETTI, *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 4; TROISI, *Convegno «Persona e comunità familiare»*, 2012, p. 6; FERESIN, ANASTASIA y ROMITO, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 2017, p. 15; y BIANCA, 2017, p. 189.

⁵⁹ Vid. OCCHIOGROSSO, XXV *Convegno nazionale AIMMF «Minori, familia, persona: quale giudice?»* 2006, p. 13; y DANOVÍ, *Famiglia e diritto*, 2015, p. 1051.

⁶⁰ Vid. OCCHIOGROSSO, XXV *Convegno nazionale AIMMF «Minori, familia, persona: quale giudice?»* 2006, p. 13; y CORRADO, *Tredimensioni*, 2011, p. 263.

⁶¹ Vid. OCCHIOGROSSO, XXV *Convegno nazionale AIMMF «Minori, familia, persona: quale giudice?»* 2006, p. 13; CANALE, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 7; CALLEGARI, *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, p. 461; DANOVÍ, *Famiglia e diritto*, 2015, p. 1051; y VIRTUOSO, *Diritto & Diritti*, 2017, p. 4.

⁶² Vid. OCCHIOGROSSO, XXV *Convegno nazionale AIMMF «Minori, familia, persona: quale giudice?»* 2006, p. 13.

⁶³ Vid. ORTUÑO MUÑOZ, 2009, p. 377; LÓPEZ SAN LUIS, 2009, p. 392; y LOZANO MARTÍN y VENEGAS MEDINA, 2017, p. 148.

⁶⁴ LÓPEZ SAN LUIS, 2009, p. 392.

⁶⁵ Vid. VIRTUOSO, *Diritto & Diritti*, 2017, p. 3.

⁶⁶ Vid. DALFINO, *Giurisprudenza Italiana*, 2012, p. 2.

⁶⁷ Vid. <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/09/12/14G00147/sg> (fecha última consulta: 29/09/2018).

debe de evitarse en el proceso de mediación familiar, ya que es el papel que juega el menor dentro del proceso, los diferentes momentos en los que se puede recurrir a esta técnica, los supuestos en los que está excluida o las formas en las que puede terminar el proceso de mediación familiar. Todas estas cuestiones serán puestas en relación con la regulación existente en nuestro propio Derecho en el momento de escribir los problemas que se plantean en los ordenamientos italiano y español son semejantes.

65 Vid. D'AMARO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, p. 6; IRI, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2016, pp. 28-30.

66 Vid. ANSALDO, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 1; GHERARDUCCI, 2011, p. 21-.

67 En el caso de España, el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil establece que el juez puede derivar a la parte interesada el papel que juega el menor dentro del proceso, los diferentes momentos en los que se puede recurrir a esta técnica, los supuestos en los que está excluida o las formas en las que puede terminar el proceso de mediación familiar. Todas estas cuestiones serán puestas en relación con la regulación existente en nuestro propio Derecho en el momento de escribir los problemas que se plantean en los ordenamientos italiano y español son semejantes.

68 Vid. ANSALDO, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 1; GHERARDUCCI, 2011, p. 21-.

69 Vid. ANSALDO, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 1; GHERARDUCCI, 2011, p. 21-.

70 Vid. ANSALDO, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 1; GHERARDUCCI, 2011, p. 21-.

71 Vid. ANSALDO, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 1; GHERARDUCCI, 2011, p. 21-.

72 Vid. ANSALDO, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 1; GHERARDUCCI, 2011, p. 21-.

73 Vid. ANSALDO, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 1; GHERARDUCCI, 2011, p. 21-.

74 Vid. ANSALDO, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 1; GHERARDUCCI, 2011, p. 21-.

75 Vid. ANSALDO, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 1; GHERARDUCCI, 2011, p. 21-.

76 Vid. ANSALDO, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 1; GHERARDUCCI, 2011, p. 21-.

ceso judicial, no podrá ser beneficiaria del pago de las costas judiciales –art. 13.1–⁷⁸. Ya hemos visto en el apartado anterior que, pese a que la doctrina mayoritaria considera que el Decreto Legislativo n. 28, de 4 de marzo de 2010⁷⁹ no es aplicable a la mediación familiar, existe otro sector doctrinal que es partidario de su aplicación cuando el objeto de la mediación sea llegar a acuerdos sobre materias de libre disposición para las partes, por lo que con base en ésta última interpretación, sí cabría que el mediador formulase una propuesta de solución, si bien limitada a estas materias concretas.

Por último, el principio de confidencialidad, que vincula tanto al mediador como a las partes –así como a los representantes que les asistan, si están presentes–, supone que la información obtenida en el proceso de mediación no puede ser revelada ni utilizada fuera de éste, ni si quiera en la vía judicial en caso de que no se alcance un acuerdo y sea necesario acudir a ella⁸⁰.

4. PRESUPUESTOS PARA QUE EL JUEZ PUEDA DERIVAR A LAS PARTES A MEDIACIÓN Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 337 octies.2 del *Codice Civile* italiano, son tres los presupuestos que deben concurrir para que las partes puedan ser derivadas a mediación familiar con el fin de adoptar las medidas relativas a la ruptura de la pareja: que el juez lo estime conveniente, que haya escuchado previamente a las partes y que éstas muestren su consentimiento a participar en mediación⁸¹.

Por tanto, el primer presupuesto exige que el juez valore las circunstancias concurrentes en el caso concreto y que, a la vista de ellas, considere conveniente derivar a las partes a mediación⁸². Para ello, deberá atender a aspectos como la probabilidad de que las

⁷⁸ «Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo.»

⁷⁹ Vid. http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.data PubblicazioneGazzetta=2010-03-05&atto.codiceRedazionale=010G0050&elenco30giorni=false (fecha última consulta: 29/09/2018).

⁸⁰ Vid. CANALE, *Rivista di Diritto Processuale*, 2010, p. 7; CALLEGARI, *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, p. 461; y VIRTUOSO, *Diritto & Diritti*, 2017, p. 4.

⁸¹ Vid. SPADARO, *Famiglia e Diritto*, 2008, p. 1; CILIBERTO, *Famiglia e Diritto*, 2009, p. 1; FAVA, 2012, p. 799; CHIARAVALLOTI, *Tigor*, 2014, p. 81; y D'ADAMO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, p. 3.

⁸² Vid. CILIBERTO, *Famiglia e Diritto*, 2009, p. 1; y FAVA, 2012, p. 799.

phstas puedat ealcanzá numero de l no púras ond ad mtrial es n l i se i st ad
o existan p o m e d e l a s u e r d o e n t r e l a s p a r t e s ².

En la mediación familiar puede jugar un importante papel en esa progresiva ampliación de la libre autonomía de la voluntad pues como es bien sabido, constituye una técnica que busca precisamente facilitar que las partes alcancen sus propios acuerdos en la medida que cabe entender que en esta fase las partes también deben ser informadas acerca de la figura de la mediación familiar y, en concreto, sobre aspectos tales como el rol que juega el mediador, los tipos de mediación posibles, los costes, las ventajas que puede tener de judicializar el proceso para someterse a mediación, etc.⁸⁵ Además, la obligación de informar a las partes acerca de la posibilidad de someter sus controversias a mediación familiar se extiende también a los abogados que des representen⁸⁶ más satisfactorio⁷. Por último, ú l t i m o s r a i n e c e s a r i o u n m a n e r o d e l a s p a r t e s i n o e n q u e a l l o p e r a m d e n t e i t a l i a n f a m i l i a d e b d a p a r t i c i p a r s i d i a p o p r i o c o r d e s u p e r i o r d e l m e j o r e s t o d a s p e c t o , v o d u c a n e a d u d a d e q u e l p ú d z a d e l j u e d e l i n f a m i l i a r p a s a l p a r t e d e v a l i z a r o p a d o c i o n e n t r e l a s p a r t e s p i v o r a s e n e l c a r t í d i o d i n t e r e s s e q u e p u e d a d r a m a t i z a r a l a s p a r t e s l a b i n a t r i m o n i a l e s i n t e n d e n o n l a m e d i d a d e l o n o s i b i l i t a t e n t a m e n t e t r a u m a t i c a p a r a e l m e n o r .

En las siguientes líneas voy a llevar a cabo un estudio acerca de la participación en la mediación familiar que puede evocar en cualquier momento⁸⁴. Por tanto, el juez puede recomendar la mediación, pero nunca imponerla⁸⁵. De hecho, si atendemos a la jurisprudencia italiana, cuando los jueces derivan a las partes a mediación es siempre con el consentimiento de estas.⁸⁶

En los diferentes momentos en los que se puede recurrir a esta técnica, los sujetos a los que está excluida o las formas en las que puede terminar el proceso de mediación familiar. Todas estas cuestiones serán

puestas en relación con la regulación existente en nuestro propio Derecho. No en vano, la mayoría de los problemas que se plantean en los ordenamientos italiano y español son semejantes.

⁸⁴ Vid. FANELLI, *Famiglia, persone e successi*, 2008, p. 3.
⁸⁵ Vid. FAVA, 2012, p. 799.
⁸⁶ «Nel accordo si dà: atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare» che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori. Des. Fam. n.º 2000 (ep. Esp. n.º 1367). En los 2008, pod. 80 (188, 8% de Famiglia e Divorzio, 2008) [ve d i f i c a t i o n i p o r i l F o r m i g i d i , p a r t o n a e u e r d e s f r u i n 2 6 0 8 , p w e j n e S a s p r e n s a / E n s t - 0 9 1 7 @ d e s i a o h a G l i n i a i c o n d i l l a : p 6 / 6 9 / 2 0 1 8) .

⁸⁸ WILD, *Handy-Briefe für Familienmitglieder*, 2006, p. 3.
⁸⁹ WILD, BERNARDO, *Nifon Giannis Psidohzgi C Psile Gempan Pstah 2006*, p. 101, y p. 82. ILLIBERTO, *Nah Ktia Fitrino P2009 gias chira d 986* pp. 67. FERRAZZINI, *Dir. Civ. 2014*, p. 2003. BARRACLOUGH, *CA 2017*, p. 88. CA, 2006, p. 96; VALERO MATAS, *RIPS*, 2010, p. 91; BERTONI, 2011, p. 12.
⁹⁰ Mili. *L. A. N. l. o. l. a. r. e. z. e. a. d. e. m. e. i. 2. e. n. 2014* [p. 12097 (mid. sh. t. q. p. // www. n. 2014 / p. 21 / app. giur. spr. v. d. n. a. a. n. p. M. d. e. f. 83 / P. p. e. N. 6. d. d. / P. 6. z. o. / d. e. p. , 12014. q. t. i. l. i. d. c. o. n. s. u. l. t. a. : 27 / 09 / 2018) , 26 maggio 2008, n.º 11379 / P. r. o. v. v. v. p. e. r. s. o. n. e. i. n. t. e. r. n. a. t. i. o. n. a. l. e. / E. S. / 17. 7. 6. 0. d. e. 9 / F. a. h. i. g. a. t. o. e. A. 2009 / 1890 ; F. e. s. n. o. c. e. l. 2011 / p. d. o. d. 2 / f. e. c. d. a. d. i. n. s. i. n. C. o. n. s. i. s. t. e. n. z. a. 2010 / 1818 / a. y. 2011 / n.º p. p. o. 2010 (vid. https://www.personeinternazionale.it/risultato/ES/17.7.6.0.d.e.9/FahigatoeA2009/1890; Fesnoce12011/p.dod2/fecda.d.in.s.in.Consistenz2010/1818) a. y. 2011 / n.º p. p. o. 2010 (vid. https://www.personeinternazionale.it/risultato/ES/17.7.6.0.d.e.9/FahigatoeA2009/1890; Fesnoce12011/p.dod2/fecda.d.in.s.in.Consistenz2010/1818) .

El hecho de que la participación en mediación familiar no se configure como un requisito obligatorio ha llevado a la doctrina dominante a considerar que el juez no debe tener en cuenta la negativa de una de las partes a participar en mediación⁹¹, y que, por tanto, no resulta de aplicación lo previsto en el artículo 8.5 del Decreto Legislativo n. 28, de 4 de marzo de 2010⁹², que establece precisamente que la negativa a participar en mediación debe ser valorada por el juez junto al resto de pruebas⁹³. No obstante, también existe alguna opinión discordante⁹⁴, que personalmente comparto, puesto que la parte que rechaza participar en mediación familiar está mostrando, cuanto menos, una actitud negativa hacia el diálogo, lo que creo que debería ser tenido en cuenta por el juez –salvo que acredite que existe alguna razón que desaconseja la mediación en el caso concreto–.

El carácter voluntario de la mediación familiar en el Derecho italiano no ha estado exento de discusión y han sido varios los intentos del legislador de introducir la obligatoriedad de participar en mediación familiar. De hecho, durante todo el *iter* parlamentario de la elaboración de la reforma de 2006 estuvo presente la idea de establecer la mediación familiar como una fase obligatoria del proceso –hasta el punto de exigir que las partes aportaran junto a la demanda de separación o divorcio una certificación emitida por un centro de mediación–, pero en la última fase dicha regla fue eliminada⁹⁵. Además, el *Disegno di legge n. 957/2008, di «Modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di affidamento condiviso»*⁹⁶, sustituida por el *Disegno di legge n. 2254/2010, di «Nuove norme sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati»*⁹⁷, también pretendía establecer el carácter obligatorio de la mediación familiar, llegando a proponer que la participación en mediación se configurase como un requisito para poder interponer la correspondiente demanda de separación o divorcio⁹⁸. Sin embargo, tampoco prosperó. Posteriormente, el artículo 5.1 del Decreto Legislativo n. 28, de

⁹¹ Vid. BUGETTI, *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 5; y BIANCA, 2017, p. 189.

⁹² Vid. http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.data_Pubblicazione_Gazzetta=2010-03-05&atto.codiceRedazionale=010G0050&elenco30giorni=false (fecha última consulta: 29/09/2018).

⁹³ «Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile.»

⁹⁴ Vid. OCCHIOGROSSO, *XXV Convegno nazionale AIMMF «Minori, familia, persona: quale giudice?»* 2006, p. 22.

⁹⁵ Vid. DE FILIPPIS, 2006, p. 75; y FEBBRAJO, 2008, p. 180.

⁹⁶ Vid. <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/32138.htm> (fecha última consulta: 29/09/2018).

⁹⁷ Vid. http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=16&id=00525400&part= doc_dc&parse=no (fecha última consulta: 29/09/2018).

⁹⁸ Vid. D'ADAMO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, p. 2.

en estos supuestos¹⁰⁴. Además, parece que el objetivo de dicha intervención no es tanto la adopción de las medidas relativas a la ruptura matrimonial, sino tratar de reducir la conflictividad existente entre las partes.

En nuestro Derecho común tampoco está prevista la posibilidad de que el juez imponga a las partes la obligación de asistir a mediación familiar, pese a que sí se contempló introducirla durante la tramitación parlamentaria 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 divorcio¹⁰⁵. Al respecto, tanto el Grupo Parlamentario Popular¹⁰⁶ como el de Coalición Canaria¹⁰⁷ presentaron enmiendas solicitando que junto a la demanda de separación o divorcio fuera necesario presentar un documento con los acuerdos alcanzados en mediación familiar, o, en su defecto, un informe que acreditara que ambas partes habían participado en un proceso de mediación. Pero ambas enmiendas terminaron siendo rechazadas¹⁰⁸.

Hay quien ha considerado que, en aquellos supuestos en los que existan hijos menores que puedan verse afectados por el resultado de la controversia, el juez podría compeler a las partes a participar en mediación familiar amparándose en el artículo 158.4 del Código Civil¹⁰⁹, que le faculta para adoptar las decisiones que considere oportunas con objeto de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios, aunque, a mi modo de ver, resulta una interpretación algo forzada.

¹⁰⁴ Vid. FAVA, 2012, p. 798.

¹⁰⁵ Vid. BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

¹⁰⁶ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-16-8 de 15/03/2005, enmiendas núm. 76 y núm. 78, presentadas por el Grupo Parlamentario Popular, mediante las que pretendía introducir el siguiente contenido en los arts. 81 –para los supuestos de separación– y 86 –para los de divorcio– del Código Civil: «en caso de que existan hijos menores, a la demanda se acompañará el Plan de Responsabilidad Parental aprobado tras la mediación familiar o, si no se ha logrado un acuerdo, el informe de la mediación familiar que versará sobre la evolución en la negociación y de las causas detalladas que han impedido el acuerdo sobre el Plan de Responsabilidad Parental, así como el posicionamiento de ambos cónyuges en la negociación».

¹⁰⁷ Vid. BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-16-8 de 15/03/2005, enmienda núm. 55, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria: «en el caso de que existan hijos menores, habrá de acompañarse el informe de la mediación familiar parental conteniendo las circunstancias de las negociaciones y por el contrario, en su caso, las causas que hubieran impedido el acuerdo parental».

¹⁰⁸ Las enmiendas núm. 76 y núm. 78 del Grupo Parlamentario Popular fueron rechazadas en por el Congreso de los Diputados en su sesión núm. 79 (votación 50), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 136 votos a favor, 176 en contra y 14 abstenciones –vid. DS. Congreso de los Diputados Núm. 84 de 21/04/2005–; y la enmienda núm. 55 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en la sesión núm. 79 (votación 40), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 131 votos a favor, 181 en contra y 13 abstenciones –vid. DS. Congreso de los Diputados núm. 84 de 21/04/2005–.

¹⁰⁹ Vid. en este sentido, ORTUÑO MUÑOZ, *RJCyL*, 2013, p. 7.

En cualquier caso, ninguna de las normativas anteriores prevé cuales serían las consecuencias de una hipotética negativa de las partes a asistir a una sesión informativa de mediación pese a la imposición del juez. En ese caso cabe entender que se continuará con el procedimiento judicial, pues debe garantizarse en todo caso el derecho a la tutela judicial efectiva¹¹⁹ –art. 24.1 CE–.

Cabría pensar también en la posibilidad de establecer la obligación de participar en una sesión informativa sobre mediación como una fase más del procedimiento judicial –con independencia de que el juez lo estime o no conveniente–, como viene proponiendo ya algún autor¹²⁰. Incluso no estaría de más reflexionar seriamente sobre la posibilidad de eliminar por completo el carácter voluntario de la mediación en los procedimientos de ruptura matrimonial cuando entre otras cuestiones se dirime la guarda y custodia de los hijos menores, obligando a las partes a que acudan a un número mínimo de sesiones¹²¹. Téngase en cuenta que el mantenimiento del carácter voluntario de la mediación supone otorgar un derecho de veto al progenitor que no quiera moverse de su posición de desacuerdo¹²², aun en aquellos casos en los que quede patente que la participación de los padres en un proceso de mediación es lo más conveniente al interés superior del menor. Y es que, si partimos de que el principio *favor filii* debe presidir cualquier decisión que se adopte en materia de Derecho de familia¹²³ y que no debe claudicar en favor de cualquier otro interés, no tiene mucho sentido supeditarlo a que uno u otro progenitor esté o no de acuerdo con participar en un procedimiento de mediación familiar. Lo que sí debe excluirse en todo caso es la posibilidad de forzar a las partes a continuar con el proceso si no lo desean o a alcanzar un acuerdo¹²⁴ –aunque la actitud de cada una de las partes en el proceso de mediación podrá ser también tenida en cuenta por el juez–.

la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, tras la redacción que pretendía darle el artículo 5.2 del Anteproyecto.

¹¹⁹ Vid. en este sentido: Fiscalía General del Estado, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio*. goo.gl/hbKD8n (fecha última consulta: 06/04/2018), p. 22.

¹²⁰ Vid. PÉREZ VALLEJO, AC, 2009, p. 1904.

¹²¹ Ello no supondría una situación nueva en nuestro Derecho sustantivo, ya que por ejemplo en el ámbito de los procesos laborales se establece preceptivamente la necesidad de celebrar un acto de conciliación con anterioridad a la interposición de acciones judiciales –vid. art. 63 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (vid. BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011)–.

¹²² Vid. GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, *RJCyL*, 2006, p. 98.

¹²³ Vid. Epígrafe 4.

¹²⁴ Vid. GARCÍA-LONGORIA SERRANO, *Portularia*, 2004, pp. 261-268; VIVAS TESÓN, 2005, p. 759; ORTUÑO MUÑOZ, *RJCyL*, 2013, p. 8; y ARGUDO PÉREZ, 2013, p. 277.

públicos o privados debidamente registrados¹³¹, a los que deberán adscribirse los profesionales de la mediación¹³².

5. EL PAPEL DEL MENOR EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

El ordenamiento jurídico italiano sitúa el interés superior del menor – *l'interesse del minore* – como el criterio fundamental al que debe atenderse en la adopción de cualquier decisión en materia de familia¹³³, al igual que hace nuestro Derecho estatal¹³⁴ y autonómico¹³⁵. De acuerdo a ello, el interés superior del menor se configura como el fin último y, por tanto, criterio rector del Derecho de familia¹³⁶, y, como no puede ser de otra manera, se extiende también al propio proceso de mediación¹³⁷.

¹³¹ Vid. artículo 16 del Decreto Legislativo núm. 28, de 4 de marzo de 2010 (*vid.* http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2010-03-05&atto.codiceRedazionale=010G0050&elenco30giorni=false, fecha última consulta: 29/09/2018).

¹³² Vid. SILLA, 2011, p. 32.

¹³³ Vid. artículos 158, 252, 268, 273, 279, 316, 317 bis, 321, 324, 336, 336 bis, 337 ter, 337 quater, 337 sexies y 337 octies del *Codice Civile*.

¹³⁴ En cuanto al Código Civil, encontramos en él numerosas referencias al principio de interés superior del menor: art. 20.2.a), art. 90.b), art. 92.4, art. 92.8, art. 94, art. 103.1, art. 137, art. 149, art. 154, art. 156, art. 159, art. 161, art. 163, art. 170.2, art. 172.4, art. 172.8, art. 173.3, art. 173.4.4.º, art. 173 bis 2.º, art. 174.2, art. 176.1, art. 304, etc. Como no podía ser de otra manera, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (*vid.* *BOE* núm. 15, de 17 de enero de 1996), también recoge el principio del interés superior del menor en sus artículos 2, 4 y 11.2.a). También lo menciona la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 749.2, 775.1 y 5 y 777.8 (*vid.* *BOE* núm. 163, de 9 de julio de 2005). Incluso el Código Penal lo recoge en sus artículos 149.2, 153 y 173.2 (*vid.* *BOE* núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

¹³⁵ Por poner algunos ejemplos, el Código del Derecho Foral de Aragón (*vid.* *BOE* núm. 67, de 29 de marzo de 2011) se refiere al interés superior del menor en los artículos 5.4, 5.6, 60.1, 60.2, 60.3, 64, 74.1, 76.2, 77.5, 80.2, 80.5, 89.2, 90.1, 90.2, 76.5; etc. El Código Civil de Cataluña (*vid.* *BOE* núm. 203, de 21 de agosto de 2010) lo recoge en los siguientes artículos: 211-6.1, 212-2.3, 222-14.2, 228-8, 233-3.1, 233-5.3, 233-6.6, 233-8.3, 233-10.2, 233-11.3, 233-15 b), 233-21.3, 235-16.3, 235-24, 235-34.3, 235-36.2, 235-39, 235-44.1 c), 235-44.2 f), 235-44.4, 235-45.2 a), 235-46, 235-47.4, 235-50, 235-51.2, 236-2, 236-5.1, 236-7, 236-10, 236-15.2, 236-15.3, 236-28.1, 240-7.3, etc. –además, también lo recoge el artículo 5 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (*vid.* *BOE* núm. 156, de 28 de junio de 2010)–. La Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres (*vid.* *BOE* núm. 87, de 12 de abril de 2011) se refiere al interés superior del menor en sus artículos 1.2, 3.2, 3.3 y 3.4. Y, finalmente, la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (*vid.* *BOE* núm. 176, de 24 de julio de 2015), en sus artículos 3.2 y 3, 5.2.a).3, 5.11, 8.1, 9.1, 2, 3 y 6, 11.4 y 5 y 12.1, 3 y 4.

¹³⁶ Vid. MONTARULI, *Giurisprudenza Italiana*, 1996, p. 3; MERELLO, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2003, p. 8; DE FILIPPIS, 2006, p. 67; y NAPOLI, *Diritto di famiglia e delle persone*, 2009, p. 3.

¹³⁷ Vid. BUGETTI, *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 2.

dan afectarles, tal y como se establece en la normativa internacional¹⁴⁸ y europea¹⁴⁹; así como en nuestra legislación estatal¹⁵⁰ y autonómica¹⁵¹. De acuerdo a ello, en aquellos supuestos en los que el propio menor solicite ser oído, la regla general es que debe practicarse la audiencia¹⁵², y solo podrá denegarse, mediante resolución motivada, si se constata que es contraria a su interés¹⁵³ –art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor^{154–155}.

Pero los mayores problemas se plantean en aquellos casos en los que el menor no solicita participar en el proceso de mediación. Tradicionalmente, se han utilizado dos criterios para determinar cuándo debe oírse al menor: la suficiencia de juicio¹⁵⁶ –que se identifica con la capacidad natural del menor de entender y que-

¹⁴⁸ Vid. Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 –arts. 5 y 12.1 y 2– (vid. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, fecha última consulta: 29/09/2018).

¹⁴⁹ Vid. Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 25 de enero de 1996 –art. 3 b)– (vid. <https://www.humanium.org/es/convenio-europeo-sobre-el-ejercicio-de-los-derechos-de-los-ninos/>, fecha última consulta: 29/09/2018), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 –art. 24.1– (vid. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf, fecha última consulta: 29/09/2018) y Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental –arts. 41 y 42– (vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32003R2201>, fecha última consulta: 29/09/2018). Incluso llegó a estar previsto en el proyecto de Constitución Europea –art. II-85.1– (vid. https://europa.eu/european.../treaty_establishing_a_constitution_for_europe_es.pdf, fecha última consulta: 29/09/2018).

¹⁵⁰ Vid. arts. 92.2, 92.6, 154.3, 156.2, 158.1.6 y 159 Cc., arts. 770.4 y 777.5 Lec., arts. 2.5.a) y 9.1 y 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (vid. *BOE* núm. 15, de 17 de enero de 1996) y art. 85.1 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (vid. *BOE* núm. 158, de 3 de julio de 2015).

¹⁵¹ Por poner algunos ejemplos, el Código del Derecho Foral de Aragón (vid. *BOE* núm. 67, de 29 de marzo de 2011) se refiere al Derecho del menor a ser oído en sus arts. 6, 76.4 y 80.2.c), el Código Civil de Cataluña (vid. *BOE* núm. 203, de 21 de agosto de 2010) en los arts. 211-6.2 y 236-11.4 –también lo menciona e art. 5.4 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (vid. *BOE* núm. 156, de 28 de junio de 2010)–, la Ley Foral navarra 3/2011 (vid. *BOE* núm. 87, de 12 de abril de 2011) en el art. 3.3.d) y la Ley del País Vasco 7/2015 (vid. *BOE* núm. 176, de 24 de julio de 2015) en los arts. 3.2 y 9.3.d).

¹⁵² Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, 2013, p. 78; y NÚÑEZ ZORRILLA, *Persona y Derecho*, 2015, p. 86.

¹⁵³ Aunque esta previsión se refiere a los procedimientos judiciales o administrativos, parece recomendable extenderla también al ámbito de la mediación familiar (vid. en este sentido: ALGABA ROS, *Indret*, 2017, p. 20).

¹⁵⁴ Vid. *BOE* núm. 15, de 17 de enero de 1996.

¹⁵⁵ En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 11 de octubre de 2016 –*Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias vs. España*– (TEDH 2016\72), condenó al Estado español por haber denegado la audiencia de dos menores de once y trece años que solicitaron ser oídos.

¹⁵⁶ Lo cierto es que el término «juicio» está comenzando a ser sustituido por el de «madurez» –vid. arts. 154.3, 156.2 y 161.1 CC, tras la nueva redacción que les ha dado la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (vid. *BOE* núm. 180, de 29 de julio de 2015)–.

derivar elaleyamiento de da rupturasmatrialdias que séndi-
 venton poroturenerdo dotre las partes²⁵⁵ diferencia más importan-
 te dnamediación fronelsaque de jurgasue limportante papel de esta
 de progresiva la midesón de la libe avoda omfiedia del juicio, que es
 eno e obicar satedu b onstó u y l u n a p f i c a i q u e d e b u s a t o p r e s e n
 t a e l a f u c i l i t a r l a q u e l a s p a r t e s a l c a n e n e l s u p r o p i o s f e c t o s d e l a
 r e g u l a c i ó n d e s u s r e l a c i ó n e s f a m i l i a r e s . E n t e r o a m a r e n t a j a s e s p e
 c i a l m e n t e l a m e d i a c i ó n f a m i l i a r s e h e s e ñ a l a d a q u e p e r m i t e q u e s e
 e s e c u e l e m e n t e d e c o n f i a n z a e n t r a l a s p a r t e s l a q u e s e n p r o f e s i o n i s
 t a s d e l a r e s o l u c i ó n d e s u s p r o p i o s c o n f l i c t o s c o s í c o m o a s a m a y o r
 e n t e n d e r d e l p r o c e s a m e n t e u n a r e d u c i ó n d e l o s c o s t a s ²⁵⁶, a l o s t u e h a y
 q u e a ñ a d a c o n l a e n t r a d a e n v i g o r d e l a L e y O r g a n i c a 8 / 2 0 1 5,
 d e 2 5 d e j u l i o . A d e m á s l a m e d i a c i ó n s u e l e d a r l u g a r a a c h e r d o s m á s
 d u r a d e r o s y c o n u n g r a d o d e c u m p l i m i e n t o m á s s a t i s f a c t o r i o ²⁵⁷. P o r
 ú l t i m o , d e b e m o s t e n e r e n c u e n t a q u e c u a l q u i e r d e c i s i ó n q u e s e
 a d o p t e e n D e r e c h o d e f a m i l i a d e b e r á e s t a r m e d i a d a p o r e l i n t e r é s
 s u p e r i o r d e l m e n o r ²⁵⁸ y e n r e s p e c t o d e l a r e d a c c i ó n b r e v e m e n t a d e l a
 L e y d e E n j u i c i a m i e n t o C i v i l ²⁵⁹ q u e , a u n q u e s e r e f i e r e a l o s p r o -
 c e d i m i e n t o s j u d i c i a l e s , e n o n o e s o b i c u e n t a s u e x t e n s i ó n a l p r o c e -
 d i m i e n t o m a t r i m o n i a l e s t a b l e c i e n d o e n l a m e d i a c i ó n d e o n a l m e n o r e n l o s
 p r o c e s o s d e r u p t u r a m a t r i m o n i a l c u a n d o c o n t a r a c o n s u f i c i e n t e
 e n l a s s i g u i e n t e s l i n e a s : v o y a l l e v a r a c a b o u n e s t u d i o a c e r c a d e
 j u i c i o y , e n t o d o c a s o , c u a n d o l u e r a m a y o r d e d o c e a ñ o s . S i n
 e m b a r g o , e s t a m a t e r i a s e v i ó a f e c t a d a p o r d o s r e f o r m a s , l l e v a d a s a
 c a b o a t r á v e s d e d o s l e y e s : l a L e y 1 5 / 2 0 0 5 , d e 8 d e j u l i o , p o r l a
 a c t u a l , s u c o n c e p t o y l o s p r i n c i p i o s e n l o s q u e s e s u s t e n t a , l o s p r e s u -
 p u e s t o s d e b e n c o n c u r r i r p a r a q u e e l j u e z p u e d a d e r i v a r a l a s p a r t e s
 e n m a t e r i a d e s e p a r a c i ó n y d i v o r c i o ²⁶⁰ y l a L e y 1 3 / 2 0 0 9 , d e 3 d e
 n o v i e m b r e , d e r e f o r m a d e l a l e g i s l a c i ó n p r o c e s a l p a r a l a i m p l a n t a -
 c i ó n d e l a n u e v a O f i c i n a J u d i c i a l ²⁶¹. L a p r i m e r a d e e l l a s i n t r o d u j o
 e n e l a r t í c u l o 7 7 1 5 d e l a L e y d e E n j u i c i a m i e n t o C i v i l , r e l a t i v o a
 l o s p r o c e d i m i e n t o s d e m e d i a c i ó n f a m i l i a r . T o d a s e s t a s c u e s t i o n e s s e r á n
 p u e s t a s e n r e l a c i ó n c o n l a r e g u l a c i ó n e x i s t e n t e e n n u e s t r o p r o p i o
 D e r e c h o . N o e n v a n o , l a m a y o r í a d e l o s p r o b l e m a s q u e s e p l a n t e a n
 e n l o s o r d e n a m i e n t o s i t a l i a n o y e s p a ñ o l s o n s e m e j a n t e s .

VIA, GORRIENA, DEKLE, *La Ley*, 2007, p. 1109; y BERRICAL LANZAROT, *La Ley Derecho de Familia*, 2015, p. 8.

²⁵⁵ Si véntele mos a los últimos (SILVANO, *op. cit.*, 2010), por el Tribunal Navarro de Euzkadi 2015, por los ponentes Cano 2015 e R. España 2017 y de los otros dos (SILVANO, *op. cit.*, 2010; y *Intervención*, 2015) se refirieron por la vía del mutuo acuerdo (Fuente: www.ine.es/prensa/ensd12011vipd10e.htm última actualización 26/09/2015).

²⁵⁶ VIA, BERRICAL LANZAROT, *op. cit.*, 2007, p. 1056.

²⁵⁷ VIA, BERRICAL LANZAROT, *op. cit.*, 2007, p. 1056.

²⁵⁸ Véase el informe de los pedagogos y psicólogos de la escuela de la psicoterapia Psiquiatría, 2001, p. 82.

²⁵⁹ Véase el informe de los pedagogos y psicólogos de la escuela de la psicoterapia Psiquiatría, 2001, p. 82.

²⁶⁰ Véase el informe de los pedagogos y psicólogos de la escuela de la psicoterapia Psiquiatría, 2001, p. 82.

²⁶¹ Véase el informe de los pedagogos y psicólogos de la escuela de la psicoterapia Psiquiatría, 2001, p. 82.

²⁶² Véase el informe de los pedagogos y psicólogos de la escuela de la psicoterapia Psiquiatría, 2001, p. 82.

la referencia a un concreto límite de edad, por lo que aparentemente la suficiencia de juicio pasó a ser el único criterio que debía valorarse; y en segundo lugar, parece que suprimió también la obligatoriedad de oír a los menores que tuvieran suficiente juicio –pasando a tener carácter potestativo–, ya que de acuerdo al mencionado precepto, solo se les debe oír «(...) cuando se estime necesario (...)»¹⁶⁵. Respecto a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, modificó el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –relativo a los procedimientos contenciosos– a través del punto 343 de su artículo 15, pasando a disponer que se oirá al menor «(...) cuando se estime necesario (...)», aunque termina con una expresión –«(...) en todo caso, a los mayores de doce años»– que, como enseguida vamos a ver, ha dado lugar a algunos problemas hermenéuticos.

La corriente doctrinal mayoritaria ha entendido que, tras las mencionadas reformas, solo existe obligación de escuchar al menor cuando tenga suficiente juicio y se estime necesario, y ello con independencia de que el procedimiento sea contencioso o de mutuo acuerdo¹⁶⁶ –que habrían pasado a tener el mismo tratamiento legal–. Ésta es la interpretación que ha llevado a cabo la Fiscalía General del Estado a través de su Circular 3/2009¹⁶⁷ y es por la que parece haberse decantado también el Tribunal Constitucional¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Durante la tramitación 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, surgieron amplios debates parlamentarios sobre el modo en el que debía regularse el derecho del menor a ser oído, y fueron varios los Grupos Parlamentarios que presentaron enmiendas solicitando que se mantuviera la regla tradicional de que el juez oyera al menor cuando tuviera suficiente juicio y, en todo caso, cuando fuera mayor de doce años (*vid.* BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-16-8 de 15/03/2005; enmienda núm. 81, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y enmienda núm. 42, presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds). Sin embargo, ninguna de las mencionadas enmiendas prosperó: la enmienda núm. 81 del Grupo Parlamentario Popular fue rechazada por el Congreso de los Diputados en la sesión núm. 79 (votación 50), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 136 votos a favor, 176 en contra y 14 abstenciones (*vid.* DS. Congreso de los Diputados núm. 84 de 21/04/2005); y la enmienda núm. 42 del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds en la sesión núm. 79 (votación 41), celebrada el 21 de abril de 2005, por un total de 135 votos a favor, 175 en contra y 16 abstenciones (*vid.* DS. Congreso de los Diputados núm. 84, de 21/04/2005).

¹⁶⁶ *Vid.* MORENO VELASCO, *La Ley*, 2010, p. 1437; VIÑAS MAESTRE, *Indret*, 2012, p. 13; BERROCAL LANZAROT, *La Ley Derecho de Familia*, 2015, pp. 3-5; y CAMPO IZQUIERDO, *La Ley Derecho de Familia*, 2015, p. 7.

¹⁶⁷ *Vid.* Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009, de 10 de noviembre: «(...) la audiencia del menor que tenga suficiente juicio no se configura ahora como imperativa sino como susceptible de modulación por el juez a través del inciso que subordina la decisión a que se estime necesario» (*vid.* goo.gl/9UuU8D, fecha última consulta: 30/10/2018).

¹⁶⁸ De hecho, el Tribunal Constitucional ya se había posicionado en favor de esta interpretación incluso antes de la reforma llevada a cabo a través de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial –*vid.* STC 139/2008, de 26 de mayo (JUR 2008\139) y STC 163/2009, de 29 de junio de 2009 (RTC 2009\163)–.

observar a la vez de un modo de actuación más tradicional, en la que los sujetos involucrados en el conflicto de intereses se enfrentan directamente, sin la intervención de un tercero. En este sentido, la mediación familiar puede ser considerada como una alternativa a la litigación, en la que las partes involucradas en el conflicto de intereses se enfrentan directamente, sin la intervención de un tercero. En este sentido, la mediación familiar puede ser considerada como una alternativa a la litigación, en la que las partes involucradas en el conflicto de intereses se enfrentan directamente, sin la intervención de un tercero.

En las siguientes líneas se va a analizar la evolución de la mediación familiar en el Derecho italiano, con especial atención a los aspectos que se han mencionado en el apartado anterior. Para ello, se va a analizar la evolución de la mediación familiar en el Derecho italiano, con especial atención a los aspectos que se han mencionado en el apartado anterior. Para ello, se va a analizar la evolución de la mediación familiar en el Derecho italiano, con especial atención a los aspectos que se han mencionado en el apartado anterior.

¹⁶⁹ Vid. PÉREZ VALLEJO, 2012, p. 1342; y ZAERA NAVARRETE, *AJI*, 2015, p. 808.

¹⁷⁰ *Silenzio del nonno* los últimos datos estadísticos por el Instituto Nacional de Estadística, correspondientes al año 2011, en España, p. 97, 2% de los divorcios y 0,8% de las separaciones. Véase también el artículo 152 de la Ley de Regulación de la Mediación Familiar, de 15 de junio de 2005, que establece la mediación familiar como una alternativa a la litigación, en el artículo 152 de la Ley de Regulación de la Mediación Familiar, de 15 de junio de 2005, que establece la mediación familiar como una alternativa a la litigación.

¹⁷¹ *Vid.* el artículo 152 de la Ley de Regulación de la Mediación Familiar, de 15 de junio de 2005, que establece la mediación familiar como una alternativa a la litigación.

juicio o sean mayores de doce años. Sin embargo, si vamos a las mencionadas normas, observamos que ni la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 –art. 12– ni la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor –art. 9– establecen dicha obligación¹⁷⁵. En cualquier caso, un tiempo después el Tribunal Supremo comenzó a suavizar su postura y, en su Sentencia de 10 de julio de 2015 (RJ 2015\2564), admitió la posibilidad de que pueda prescindirse de la audiencia del menor cuando se considere que su práctica es innecesaria e intrascendente¹⁷⁶.

A mi modo de ver, resulta acertada la supresión de la obligatoriedad de escuchar en todo caso a los menores que tengan suficiente juicio o sean mayores de doce años. Y es que, aun cuando reconozco que la participación del menor en el proceso de mediación puede tener algunas ventajas –como el hecho de que se vea involucrado en las decisiones que se adopten y sienta que sus intereses están representados¹⁷⁷–, cabe plantearse si es en realidad conveniente someter al menor a una situación que sin duda puede acarrearle altos niveles de estrés¹⁷⁸. Además, no podemos obviar que la mediación tiene carácter confidencial, por lo que la participación de un tercero –en este caso el menor– podría quebrar dicho principio¹⁷⁹. Una forma de superar ambos inconvenientes podría ser que el menor no participe de forma directa en el proceso de mediación, sino a través de especialistas debidamente cualificados que, tras entrevistarse con él, pudieran trasladar al mediador su opinión, para que éste a su vez se la haga llegar a las partes.

¹⁷⁵ Aunque es cierto que el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, presume que el menor que tenga más de doce años cuenta ya con capacidad de juicio, en ningún momento dice que exista obligación de escuchar en todo caso a los mayores de doce años.

¹⁷⁶ Vid. STS de 10 de julio de 2015: «(...) la aparente contradicción entre el CC y la LEC es aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre los Derechos del Niño, que permiten al juez prescindir de la práctica de estas pruebas, en aras al interés superior del menor, motivando su razonamiento. En el caso que nos ocupa, entiende la Sala que la medida fue denegada de forma motivada, pues consideró que su práctica era innecesaria e intrascendente en relación al cambio o la determinación del progenitor custodio o al establecimiento de un nuevo sistema de guarda y que tal denegación, por tanto, no afectaba a la esfera personal y familiar del menor».

¹⁷⁷ Vid. DURÁN AYAGO, *Meridiam*, 2012, p. 20; y IBÁÑEZ LÓPEZ y GARCÍA LONGORIA, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 2016, p. 24.

¹⁷⁸ Además de otros perjuicios, como el alto coste emocional o el conflicto de lealtades al que puede enfrentarse.

¹⁷⁹ Téngase en cuenta que, como pone de manifiesto VÁZQUEZ DE CASTRO, «existe una tendencia de los menores a divulgar información e, incluso, a fantasear sobre la misma. Es conveniente suministrarles la información estrictamente necesaria y de manera comprensible por ellos. Además, será conveniente transmitir y obtener el compromiso y complicitad sobre el carácter reservado de la información que reciben y de la que suministran en la mediación» (vid. VÁZQUEZ DE CASTRO, *RDF*, 2015, pp. 106 y 109).

obsEnvaruell qhivadcasón muros sidentrupturas maatmbocstablaper se gbls
 abstin por sntu que uabla que las patesh cada caso concreto a la
 conLanmediación de la ijar bus de jugas ma nportante el pdeces o sta
 mediación ampliación de la libre autonomía de la voluntad, pues
 conCuan bien se sldo consétiyatunqé elica que busca i precisa l
 mente facilita ducilas, parte que aban sus propias gaus da a tala
 Eaplación lde sus res lta i óncas familiares pEparacón nstojás gva
 plante la mediación familiar participa dende que pccoste, que se
 eeque nral im de ncción pve nte del pccado r que de an p pofesio
 tas de la resolución de sus propios conflictos, así como pna mayor
 rapidez del proceso y una reducción de los costes. A lo que, pare
 ce eañid un b l e que en las primeras fases de la saturación de los
 tribunales. Además, la mediación suele dar lugar a acuerdos más
 duraderos y con un grado de cumplimiento más satisfactorio.⁷ Por
 último, debemos tener en cuenta que cualquier decisión que se
 adopte en Derecho de familia deberá estar presidida por el interés
 superior del menor y, al respecto, no cabe duda de que utilizar la
 mediación familiar para promover la cooperación entre los proge
 nitores favorece dicho interés,⁸ quitando dramatismo a la ruptu
 ra matrimonial e intentando en la medida de lo posible que sea
 menos traumática para el menor. En el mismo de forma conjunta
 con sus progenitores.

En las siguientes líneas voy a llevar a cabo un estudio acerca de
 la regulación de la mediación familiar en el Derecho italiano, aten
 diendo a aspectos tales como su origen normativo y regulación
 actual, su concepto y su finalidad, así como el momento en el que se
 puede recurrir a esta técnica, el papel que juega el menor dentro del proceso,
 los diferentes momentos en los que se puede recurrir a esta técnica, los
 supla mediación familiar pceda en las ligan en cual quier pcedente
 de n pcedimnto de de ncción de la par. Jaldás lectus euss thamp lustrán
 pde la posibilidad de acudir a la mediación existente a r que pvo p p p
 Durecho. No está vacante la mayan p d de e ptable ma gnos e p la tona
 se p la o ider a med i o n t i a n n e y e s p a ñ o l e x i s t a n d o j e n t e s . doctrina ita-

²⁸⁰ Si Entende sientalio smétipares el atos d pcedido p a r e l o m i s t i q u e N a c i o n a l d e E s t a d i s t i c a ,
 d o m i n o p o d d i e n t e s h a l l i n o 2017 e n o y e s p a ñ o l e l 37. 36 b d e l o s d i r e c t o r i o s e y l a l 33 y 34 d e l a i s t a d i c a p
 p a r e n t a l s y s e t a s l m e d i a c i o n a p d o p t a r f r a s l e l m o d u r a d e l a c o n v i n e n t e e n l a l e y 5 / 2017 d e d e s d
 d a s j u n d 0 1 7 p d e f e a b r i l ó n l i m a s c o n s t a t a v 26/09/2018 a n t i l e s , a t r a v é s d e l a c u a l e s t a b l e c í a l a
 p o s i b i l e p a r t i c i p a c i ó n d e l m e n o r e n l e l p r o c e s o , 30 h e p i a t 0 6 6 . c o n c a r á c t e r p o t e s t a t i v o y
 s u p e d i t a b i l a E p e r f o r t p o g e n i t o r e s d n e s d i v e r t i n g i a t a l s j e c o m p a r i e f e i c e b e l a r r a n 2001 l i g u n s a u t o r
 (v i d . V á z q u e z o b e t e m e r o P R I D e 2011 S o c i o l . 11986. 109) 37-38; RAMÍREZ GONZÁLEZ, 2003,
 p. 37; AGUILAR BENEKE DÍAZ 2006, GARCÍA ALLENDE GÓMEZ, RIVERA SÁNCHEZ DE BUSTOZ, CIBRI
 P O L I T I C A 2016, NÚM 9 a P r o c e d u r a C i v i l e , 2014, p. 11; y CHIESI, Geopunto, 2016, p. 21.

⁶⁸² V i d a l a r e f e r e n c i a s p e r t a n e n t e s d e l a R e v i s t a I t a l i a n a d e D e r e c h o y C i e n c i a
 P o l í t i c a , 2011 M a r t 24 y B O R C I A N T , R i v i s t a i t a l i a n a d i E d u c a z i o n e F a m i l i a r e , 2009, p. 41;
 B E R T O N I , 2011 B i l l e r e d e D i r i t t o C o n t r o l l a t o p r o d u c t a l i t a t i o n a r 2011 P p e r i o d i c a , 2001, p. 82;
 A N S Á L D V I A N O R T E G Á C I N P E R R A Z A R S i c i l i p d o m g i e n t i t a i 2010 E c g u l y , F o r e r s o n o 2002 d i p m e d i o y
 G L 2011 E n t e B i y d 2016 M o , 1 R i v i s t a d i D i r i t t o P r o c e s s u a l e , 2015, p. 4.

liana tanto opiniones a favor¹⁸⁴ como en contra¹⁸⁵ –lo mismo ocurre en nuestra propia doctrina¹⁸⁶–.

No obstante, lo habitual es que se acuda a mediación familiar para acordar los efectos que regirán la ruptura conyugal una vez que ya se haya adoptado la decisión de disolver el matrimonio, o durante cualquier momento a lo largo de la tramitación judicial del procedimiento de ruptura, dando lugar a la denominada mediación intrajudicial¹⁸⁷ –*mediazione endoprocedurale*–¹⁸⁸. Obviamente, si las partes llegan a un acuerdo a través de la mediación una vez que el procedimiento ya está en marcha, éste dejará de ser contencioso para pasar a ser consensual¹⁸⁹.

Incluso cabe recurrir a mediación familiar cuando el procedimiento se encuentra en fase de apelación¹⁹⁰, puesto que el propio artículo 359 del *Codice di Procedura Civile*¹⁹¹ admite la aplicación a la fase de apelación de las reglas previstas para la primera instancia¹⁹².

En el Derecho español también se admite que las partes acudan a mediación familiar una vez que el procedimiento está en marcha. A tal efecto, nuestra normativa procesal prevé expresamente en el artículo 770.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la posibilidad de que las partes soliciten la suspensión del procedimiento para someterse a mediación y tratar de alcanzar una solución amistosa¹⁹³. Aunque es una cuestión que estaba abarcada ya

¹⁸⁴ Vid. BELFORTE, *Informazione Psicologia Psicoterapia Psichiatria*, 2001, p. 82; CESANA, PORRI, y SALA, *Famiglia, persone e successioni*, 2008, p. 4; CORRADO, *Tredimensioni*, 2011, p. 3; MAZZAMUTO, *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2013, pp. 115 y 116; D'ADAMO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, p. 3; y EMILI, *Psico-Pratika*, 2016, p. 3.

¹⁸⁵ Vid. TROISI, *Famiglia e Diritto*, 2008, p. 9; FAVA, 2012, p. 791; y CHIARAVALLOTTI, *Tigor*, 2014, p. 78.

¹⁸⁶ A modo de ejemplo, se muestran a favor de esta posibilidad: COY FERRER, *Pedagogía social*, 1986, p. 41; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2010, p. 173; y DELGADO DEL RÍO, 2010, p. 266; mientras que se posiciona en contra: ARÉVALO FUENTES, *Lex Nova*, 2007, p. 26.

¹⁸⁷ PÉREZ VALLEJO define la mediación intrajudicial como aquella que «se desarrolla en el marco de la tramitación de un procedimiento judicial en curso, sea cual sea el momento procesal en que se encuentre, o cuando ya ha recaído sentencia» –*vid.* PÉREZ VALLEJO, AC, 2009, p. 1897–. *Vid.* también CASTILLEJO MANZANARES, 2007, p. 388; CRUZ GALLARDO, 2012, pp. 139-140; y ARGUDO PÉREZ, 2013, p. 293.

¹⁸⁸ Vid. IMPAGNATIELLO, *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 4; e IRTI, *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2016, p. 2.

¹⁸⁹ Vid. FAVA, 2012, p. 797.

¹⁹⁰ Vid. D'ADAMO, *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, p. 4.

¹⁹¹ Vid. <http://www.gazzettaufficiale.it/anteprema/codici/proceduraCivile> (fecha última consulta: 27/09/2018).

¹⁹² «Nei procedimenti d'appello davanti alla Corte o al tribunale si osservano, in quanto applicabili, le norme dettate per il procedimento di primo grado davanti al tribunale (...).»

¹⁹³ Los ordenamientos aragonés, catalán y vasco también han previsto expresamente la posibilidad de que las partes soliciten la suspensión del procedimiento para someterse a mediación. El Código del Derecho Foral de Aragón (*vid.* BOE núm. 67, de 29 de marzo

obsecuación del legado o número de tripulantes. Matrimonios de fin de vida
 vicario civil que a través de la tutela de los hijos se solicita la suspensión de
 cual que mediación familiar puede jugar un importante papel en esta
 progresiva ampliación de la libre autonomía de la voluntad del pro
 como es bien sabido, se constituye una técnica que busca precisamente
 hacer el artificio que las partes alcanzan sus propios acuerdos de
 que las partes lleguen a un acuerdo durante el transcurso del proce
 dilante la mediación familiar se ha señalado que permite que se
 cree un clima de confianza entre las partes³ y que sean protagonistas
 de la resolución de sus propios conflictos⁴, así como una mayor
 rapidez del proceso y una reducción de los costes⁵, a lo que hay
 que añadir una contribución al descenso en la saturación de los
 tribunales. Además, a la falta de mención expresa en nuestra norma
 tiva, la doctrina ha considerado que también puede acudir a
 verdaderos y, con un grado de cumplimiento más satisfactorio⁶. Por
 último, debemos tener en cuenta que cualquier decisión que se
 adopte en Derecho tal y como hemos visto que ocurre en el caso del
 Derecho italiano.

El plazo máximo para el que puede suspenderse el procedimiento
 es de sesenta días, art. 770.7 Lec. en relación al art. 19.4 Lec.⁷
 Transcurrido dicho plazo sin que las partes hayan alcanzado un
 acuerdo, podrá reanudarse el proceso judicial, siempre que así lo
 solicite alguna de las partes. En este sentido, el artículo 1702 de
 la ley de la Unión de la Comunidad de Castilla-La Mancha establece
 el plazo máximo de diez días a contar desde aquí en el que la acción
 no debe ser objeto de suspensión en las que se trate de la tutela
 de los hijos que debe de justificarse para que se pueda proceder a la
 suspensión, el plazo que juega en estos casos es el de los treinta días
 diferentes momentos en los que se puede recurrir a esta técnica, los
 supuestos en los que está excluido en las formas en las que puede ter
 minar el proceso de mediación familiar. Todas estas cuestiones serán
 puestas en relación con la regulación existente en nuestro propio
 Derecho. No en vano, la mayoría de los problemas que se plantean
 en los ordenamientos italiano y español son semejantes.

que no cabe hablar de suspensión pues ello supondría una
 Si atendemos a los últimos datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística,
 correspondientes al año 2017, en España el 77,2% de los divorcios y el 83,8% de las sepa
 raciones corresponden a un artículo 78.3 del Código Civil (Cataluña www.inec.es/pre2018/datos2018), lo que sitúa a España en un nivel superior al de la Ley del País Vasco 7/2015 (vid. BOE
 núm. 3176 de 24 de mayo de 2015) y al artículo 6310, p. 1056.

⁴⁹⁴ Vid. B. M. BARRERA ZAPATA, *Agencia de Psicología Psiquiátrica*, 2001, p. 82.

⁴⁹⁵ Vid. C. G. FERRER GARCÍA, *Partidos*, R. D. 2009/9864 pp. 37-38; RAMÍREZ GONZÁLEZ, 2003,
 p. 37; AGUIAR CASTIENGA, *Mediación Familiar*, 2007, p. 69; RIPS, 2010, p. 91; BERTONI, 2011,
 p. 12; *Mediación Familiar*, *Revista de Derecho de la Universidad de Sevilla*, 2016, p. 16; respon
 sabilidad de la familia, *Revista de Derecho de la Universidad de Sevilla*, 2016, p. 16; www.inec.es/pre2018/datos2018
 g/2e5U0qzfdhxtm1n1pCocvsk1e, 27/09/2018) *aportación de los hijos a la vida cotidiana* (2009) *sex*
 de la ley de la Unión de la Comunidad de Castilla-La Mancha, 2010, p. 1056. secretario judicial
 -del que se trata de la suspensión de la acción de la ley de la Unión de la Comunidad de Castilla-La Mancha, 2010, p. 1056.
 Anteproyecto de ley de la Unión de la Comunidad de Castilla-La Mancha que pretendía dar al art. 770.6 Lec. -.

interpretación excesivamente forzada de la norma¹⁹⁸, que se limita a señalar que el juez podrá aplazar la adopción de las medidas atinentes a la ruptura para que las partes puedan someterse a mediación familiar –art. 337 octies.2 del *Codice Civile*–¹⁹⁹. Ello supone que, en el momento de derivar a las partes a mediación, el juez debe fijar una fecha para que éstas vuelvan a comparecer y digan si han alcanzado o no un acuerdo²⁰⁰. Pues bien, el *iter* temporal que transcurra entre el momento de la derivación de las partes a mediación y la celebración de dicha comparecencia será el tiempo máximo que puede durar la mediación²⁰¹ –aunque no se excluye que el juez pueda derivar de nuevo a las partes a mediación si considera que con un mayor número de sesiones es factible que lleguen a un acuerdo²⁰²–.

Por último, el papel de la mediación no tiene por qué concluir con el acuerdo final por el que se convengan las diferentes cuestiones referentes a la ruptura de la pareja, sino que puede seguir resultando útil también después de la ruptura para garantizar el buen funcionamiento de las medidas acordadas, tal y como han puesto de manifiesto las doctrinas italiana²⁰³ y española²⁰⁴. A tal efecto, el desarrollo de varias sesiones de mediación posruptura permitirá a las partes intercambiar información sobre cómo cada una de ellas percibe que los hijos están afrontando la ruptura de la pareja, ayudando a los progenitores a desarrollar adecuadamente las medidas acordadas e incluso resolviendo de forma consensuada las diferentes desavenencias que vayan surgiendo. En este sentido, la Ley del País Vasco 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores²⁰⁵, prevé la posibilidad de que en el propio convenio regulador se incluya el compromiso de las partes de acudir a mediación familiar con carácter previo al ejercicio de acciones judiciales, con objeto de resolver

¹⁹⁸ Vid. TROISI, *Famiglia e Diritto*, 2008, p. 3; SPADARO, *Famiglia e Diritto*, 2008, p. 3; e IMPAGNATIELLO, *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 4.

¹⁹⁹ «Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.»

²⁰⁰ Vid. SPADARO, *Famiglia e Diritto*, 2008, p. 1.

²⁰¹ Vid. IMPAGNATIELLO, *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 4.

²⁰² Vid. FANTETTI, *Famiglia, persone e successioni*, 2008, p. 3; SPADARO, *Famiglia e Diritto*, 2008, p. 1; y CHIARAVALLI, *Tigor*, 2014, p. 81.

²⁰³ Vid. ANSALDO, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2008, p. 2.

²⁰⁴ Vid. JUSTICIA DÍAZ, 2009, p. 407; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2010, p. 167; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, 2011, pp. 135 y 137; RODRÍGUEZ SANTERO, *Mediatio*, 2014, p. 100; y VÁZQUEZ DE CASTRO, *RDF*, 2015, p. 83. Vid. también: SAP de Barcelona de 14 de diciembre de 2011 (JUR 2012\21752), que recomienda a las partes que asistan a mediación para garantizar el correcto funcionamiento del régimen de guarda y custodia establecido.

²⁰⁵ Vid. BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

los distintos problemas que se plantean en las relaciones familiares, como el divorcio, la custodia de los hijos, la mediación familiar, etc.

Muy importante es el papel que juega el juez en el proceso de mediación familiar. El juez debe tener un rol activo y no solo pasivo, como el de un mero espectador. Su función es la de facilitar el diálogo entre las partes y ayudarles a encontrar soluciones que sean beneficiosas para todos. El juez debe actuar como un mediador y no como un juez tradicional.

SUPUESTOS EN LOS QUE ESTA EXCLUIDA LA MEDIACION FAMILIAR

En las siguientes líneas voy a llevar a cabo un estudio acerca de la regulación de la mediación familiar en el Derecho italiano. En este estudio voy a analizar los casos en los que la mediación familiar no es posible, como en el caso de la violencia doméstica, la violencia de género, etc.

³⁰⁸ Véase el informe del Observatorio de la Violencia de Género, publicado por el Ministerio de Justicia en 2011. Véase también el informe de la Comisión de la Verdad sobre la Violencia de Género, publicado en 2012. Véase también el informe de la Comisión de la Verdad sobre la Violencia de Género, publicado en 2013.

³⁰⁹ Véase el informe de la Comisión de la Verdad sobre la Violencia de Género, publicado en 2012. Véase también el informe de la Comisión de la Verdad sobre la Violencia de Género, publicado en 2013.

de un centro de mediación familiar, así como de asociaciones que tengan como fin el apoyo y el acogimiento de mujeres y menores o de otros sujetos que resulten víctimas de abusos o maltratos²¹². Aunque la norma no aclara si el recurso a la mediación familiar constituye una alternativa a la orden de protección o ambas medidas son compatibles, la doctrina ha considerado que la solución más correcta es la segunda²¹³.

La situación es diversa en nuestro ordenamiento, pues el artículo 87 ter.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial²¹⁴ –con la redacción que le fue dada por el artículo 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género²¹⁵–, excluye expresamente la mediación familiar en aquellos supuestos en los que concurra violencia doméstica o de género entre las partes²¹⁶, al igual que han hecho también los Derechos autonómicos²¹⁷.

La doctrina mayoritaria ha aplaudido dicha decisión²¹⁸, por las siguientes tres razones: en primer lugar, porque la mediación implica la desjudicialización del procedimiento, lo que podría suponer un impedimento para realizar una eventual denuncia por parte del progenitor que sea objeto de violencia de género; en segundo término, porque el proceso se centra más en el presente y en el futuro que en el pasado, algo que puede ser especialmente ventajoso para el supuesto agresor; y por último, porque el modelo de responsabilidad compartida en el que se basa la mediación tiene el efecto de culpabilizar a las mujeres de la violencia que sufren.

No obstante, también hay quien opina que podría ser positivo que las partes acudieran a mediación en los supuestos en los que exista violencia intrafamiliar, ya que ello podría contribuir a reducir el conflicto y evitar así la reincidencia del presunto agresor en sus conductas violentas²¹⁹. A mi modo de ver, aunque la intención

²¹² «Il giudice può disporre, altresì, ove occorra l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattamenti.»

²¹³ Vid. IMPAGNATIELLO, *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 3.

²¹⁴ Vid. BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

²¹⁵ Vid. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004.

²¹⁶ El fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (vid. goo.gl/2e5Uqa, fecha última consulta: 27/09/2018) también pretendía excluir expresamente la mediación familiar en aquellos supuestos en los que existiera violencia de género –vid. art. 5.1 del Anteproyecto, en la redacción que pretendía dar al artículo 2.2 de la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles–.

²¹⁷ A modo de ejemplo, el Código del Derecho Foral de Aragón (vid. BOE núm. 67, de 29 de marzo de 2011) recoge esta cuestión en el quinto párrafo de su artículo 78 y el Código Civil de Cataluña en su artículo 233-6.1.

²¹⁸ Vid. CASAS, 2012, p. 158.

²¹⁹ Vid. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, 2011, p. 700.

obstáculos de la vida cotidiana de los menores de consuevanos matris y otros que se ven afectados por cuestiones de custodia entre las partes,² si bien es cierto que la mediación familiar puede jugar un importante papel en esta progresiva ampliación de las actuaciones de la familia, que a veces con un buen uso, constituyen una vía de solución muy apropiada de manera fácil y rápida para las partes al considerar sus propias necesidades y la necesidad de sus relaciones futuras de violencia física o psicológica planteada la mediación familiar se ha señalado que para además, se presume limitada a lo que deberá tratarse de los que se opongan a los protagonistas de la resolución de sus propios conflictos.⁴ Parece como una mayor rapidez del proceso bien que reduce el costo de los mismos, a la que hay que añadir una contribución familiar al proceso en la satisfacción de los trabajos.⁶ Además de la mediación, se debe dar lugar a los procesos más dirigidos y en un grado de cumplimiento más satisfactorio.⁷ Por último, debemos tener en cuenta que cualquier decisión que se adopte en el ámbito de la familia deberá estar presidida por el interés superior del menor y, al respecto, no cabe duda de que utilizar la mediación familiar para promover la cooperación entre los progenitores favorecerá dicho interés,⁸ quitando dramatismo a la ruptura.

FINALIZACIÓN DEL PROCESO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

En las siguientes líneas voy a llevar a cabo un estudio acerca de la regulación de la mediación familiar en el Derecho italiano, atendiendo a aspectos tales como su origen normativo y regulación actual, su concepto y los principios en los que se sustenta, el procedimiento judicial, salvo que el juez perciba que todavía resulta posible que las partes alcancen un acuerdo y decida derivar al previamente a mediación,²²¹ ya hemos visto en el sexto apartado de este trabajo que el supuesto de mediación es ampliamente aceptado. En el supuesto de que las partes hayan llegado a un acuerdo la doctrina italiana ha señalado que deberán presentarlo ante el juez para que pueda proceder a su homologación,²²² tras comprobar que no resulta contrario al interés superior de los hijos menores²²³ —en caso de que los haya—. Téngase en cuenta que hasta el momento en que se usen los datos de dicho informe del Estado correspondientes al año 2017,²⁴ en España el 77,2% de los divorcios y el 83,8% de las separaciones se celebraron por la vía del mutuo acuerdo (Fuente: www.ine.es/prensa/ensd_2017.pdf, fecha última consulta: 26/09/2018).

²²⁰ VILVA BARRAL Y SERRANO, M. A., *Mediación Familiar*, 2010, p. 1056.
²²¹ VILVA BARRAL RIBÓ, *Famiglia e Diritto*, 2008, pp. 310 y 311.
²²² VILVA BARRAL RIBÓ, *Famiglia e Diritto*, 2008, pp. 310 y 311.
²²³ AGUIRRE SAN CHIESA, D., *La Mediazione Familiare*, 2010, p. 19.
²²⁴ VILVA BARRAL RIBÓ, *Famiglia e Diritto*, 2008, pp. 310 y 311.
²²⁵ VILVA BARRAL RIBÓ, *Famiglia e Diritto*, 2008, pp. 310 y 311.
²²⁶ VILVA BARRAL RIBÓ, *Famiglia e Diritto*, 2008, pp. 310 y 311.

En el caso del Derecho español, si el proceso termina con acuerdo entre las partes, éste se deberá formalizar por escrito²²⁵ y se levantará el Acta final de mediación, como exige el artículo 22.3 de la Ley 5/2012, de 6 de junio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles²²⁶.

Al igual que ocurre en el Derecho italiano, para que el Acta final de mediación goce de fuerza ejecutiva deberá presentarse ante la autoridad judicial para su aprobación²²⁷. De hecho, los Derechos aragonés, catalán y vasco han previsto expresamente la necesidad de que el acuerdo alcanzado entre las partes cuente con aprobación judicial –art. 78.4 del Código del Derecho Foral de Aragón²²⁸, art. 233-6.5 del Código Civil de Cataluña²²⁹ y art. 6.4 de la Ley del País Vasco 7/2015^{230_231}.

En todo caso, como nos recuerda la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 21 de febrero de 2007²³², el Acta final de mediación no tiene naturaleza de convenio regulador²³³. Por ende, antes de presentar el acuerdo alcanzado ante la autoridad judicial para su homologación, será necesario que se le dé forma de convenio regulador.

9. CONCLUSIONES

El Derecho italiano ha ido recogiendo algunas referencias a la mediación familiar desde finales de los años noventa, pero no fue hasta la entrada en vigor de la Ley núm. 54, de 8 de febrero de 2006, cuando se comenzó a dar un verdadero impulso a esta figura. Actualmente se regula en el artículo 337 octies.2 del *Codice Civile*, que se limita a prever los presupuestos que deben darse para que el

²²⁵ Vid. LÓPEZ SAN LUIS, 2009, p. 392.

²²⁶ Vid. BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

²²⁷ Vid. PARRA LUCÁN, y LÓPEZ AZCONA, 2012, p. 181.

²²⁸ Vid. BOE núm. 67, de 29 de marzo de 2011.

²²⁹ Vid. BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

²³⁰ Vid. BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015.

²³¹ También el fallido Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia (vid. goo.gl/2e5Uqa, fecha última consulta: 27/09/2018) pretendía introducir este requisito en nuestro Derecho común a través de las modificaciones que sus artículos 1.2 y 5.1 hubieran introducido en los artículos 91.3 del Código Civil y 2.2 de la Ley 5/2012, respectivamente. Este aspecto fue criticado por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto de fecha 16 de septiembre de 2013, en el que recomendó la reforma del Anteproyecto en el sentido de que la aprobación judicial solo se exigiera cuando así lo requiriera la legislación civil o procesal –vid. Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de la Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación y Divorcio*, goo.gl/nRG3EH (fecha última consulta: 14/04/2018), p. 90–.

²³² Vid. SAP de Barcelona de 21 de febrero de 2007 (JUR 2007\204497).

²³³ Vid., en este mismo sentido, ARGUDO PÉREZ, 2013, p. 294.

que se pueda derivar de cualquier parte de una ruptura de una familia, los jueces fuera de los juzgados de familia, que se derivan de esta figura y que han debido ser honrados si por familia o por parte de un juez importante y así en esta progresiva implementación de la figura instantánea de la familia, que en los últimos años ha ido ganando terreno en la práctica, que busca precisamente facilitar que las partes actúen en sus propios acuerdos de la regulación de sus relaciones familiares. Entre las ventajas que plantea la mediación familiar de la familia es el permitir que se sea en un clima de confianza entre las partes³, que se sean protagonistas de la resolución de sus propios conflictos⁴, así como una mayor rapidez del proceso y una reducción de los costes⁵, lo que hay que añadir una contribución a la sanación de la familia, que es un proceso alternativo a la vía judicial, que puede dar lugar a acuerdos más duraderos y a un grado de cumplimiento más satisfactorio⁷.

Por último, debemos tener en cuenta que cualquier decisión que se adopte en Derecho de familia deberá estar presidida por el interés superior del menor y, al respecto, no cabe duda de que utilizar la mediación familiar para promover la cooperación entre los progenitores favorece dicho interés, quitándole el dramatismo de la ruptura matrimonial, e intentando, a la medida de lo posible que sea menos traumática para el menor.

En las siguientes líneas voy a llevar a cabo un estudio acerca de la regulación de la mediación familiar en el Derecho italiano, atendiendo a aspectos tales como su origen normativo y regulación actual, su concepto y los principios en los que se sustenta, los presupuestos que deben concurrir para que las partes puedan ser derivadas a mediación familiar con el fin de adoptar las medidas relativas a la ruptura de la familia; que el juez lo estime conveniente, que haya diferentes momentos en los que se puede recurrir a esta técnica, los presupuestos en los que está excluida o las formas en las que puede terminar el proceso de mediación familiar. Todas estas cuestiones serán planteadas en relación con la regulación existente en nuestro propio Derecho, pero nunca imponerla. Ello, pese a los reiterados intentos del legislador italiano y español son semejantes.

De acuerdo al *Codice Civile* italiano, son tres los presupuestos actual, su concepto y los principios en los que se sustenta, los presupuestos que deben concurrir para que las partes puedan ser derivadas a mediación familiar con el fin de adoptar las medidas relativas a la ruptura de la familia; que el juez lo estime conveniente, que haya diferentes momentos en los que se puede recurrir a esta técnica, los presupuestos en los que está excluida o las formas en las que puede terminar el proceso de mediación familiar. Todas estas cuestiones serán planteadas en relación con la regulación existente en nuestro propio Derecho, pero nunca imponerla. Ello, pese a los reiterados intentos del legislador italiano y español son semejantes.

En nuestro Derecho, como un tiempo, no está prevista la posibilidad de que el juez imponga la mediación familiar a las partes, sino que se derivan de esta figura y que han debido ser honrados si por familia o por parte de un juez importante y así en esta progresiva implementación de la figura instantánea de la familia, que en los últimos años ha ido ganando terreno en la práctica, que busca precisamente facilitar que las partes actúen en sus propios acuerdos de la regulación de sus relaciones familiares.

En nuestro Derecho, como un tiempo, no está prevista la posibilidad de que el juez imponga la mediación familiar a las partes, sino que se derivan de esta figura y que han debido ser honrados si por familia o por parte de un juez importante y así en esta progresiva implementación de la figura instantánea de la familia, que en los últimos años ha ido ganando terreno en la práctica, que busca precisamente facilitar que las partes actúen en sus propios acuerdos de la regulación de sus relaciones familiares.

desde las propias instancias judiciales se les pueda proponer que hagan uso de dicha figura. Además, hay algunas normas autonómicas que, aun sin obligar a las partes a participar en mediación, sí admiten que el juez pueda acordar su asistencia a una sesión informativa sobre dicha figura

Tanto el ordenamiento jurídico italiano como el español sitúan el interés superior del menor como el criterio fundamental al que debe atenderse en la adopción de cualquier decisión en materia de Derecho de familia, lo que se extiende también al proceso de mediación familiar. Sin embargo, ni la doctrina italiana ni la española consiguen ponerse de acuerdo acerca de la conveniencia de que el menor participe directamente en el proceso de mediación familiar, existiendo opiniones tanto a favor como en contra.

La mediación familiar puede tener lugar en cualquier momento del procedimiento de ruptura de la pareja, e incluso se ha planteado la posibilidad de acudir a mediación con carácter preventivo antes de que éste se inicie y así poder evitar una separación o un divorcio innecesario. Ahora bien, mientras que en el caso del Derecho español el procedimiento judicial quedará en suspenso mientras se sustancie el proceso de mediación familiar, en el caso del Derecho italiano, la doctrina dominante ha considerado que no cabe hablar de suspensión, puesto que el *Codice Civile* se limita a señalar que el juez podrá aplazar la adopción de las medidas atinentes a la ruptura para que las partes puedan someterse a mediación familiar. Ello supone que, en el momento de derivar a las partes a mediación, el juez debe fijar una fecha para que éstas vuelvan a comparecer y digan si han alcanzado o no un acuerdo. Además, el papel de la mediación no tiene por qué concluir con el acuerdo final por el que se convengan las diferentes cuestiones referentes a la ruptura de la pareja, y tanto la doctrina italiana como la española han puesto de manifiesto que la mediación puede seguir resultando útil también después de la ruptura para garantizar el buen funcionamiento de las medidas acordadas.

Con carácter general, la doctrina italiana se opone al uso de la mediación familiar en supuestos de violencia intrafamiliar, pese a que la ley no la prohíbe expresamente y, en ocasiones, incluso parece favorecerla. De hecho, el *Codice Civile* italiano faculta al juez al que se le solicite el establecimiento de una orden de protección para que disponga la intervención de un centro de mediación familiar. La situación es diversa en nuestro ordenamiento, pues el artículo 87.ter.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, excluye expresamente la mediación familiar en aquellos supuestos en los que

observa el elevado índice de depósitos matrimoniales que se siguen haciendo por parte de los dos de las partes homoclas.

En el proceso de mediación familiar puede tener un papel protagonista la mediación de la familia. En el primer caso, la voluntad puede ser el punto de partida, mientras que en el segundo caso, la parte que se encuentra en una situación de vulnerabilidad puede ser la que impulse el proceso. En cualquier caso, la mediación familiar debe ser un proceso que sea protagonizado por las partes³ y que sean protagonistas de la resolución de sus propios conflictos⁴, así como una mayor rapidez del proceso y una reducción de los costes⁵, a lo que hay

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CUENCA, J. M.: *Con mamá y con papá*, Almuzara, 2006.

ALDANA ROS, M.: «El acuerdo de mediación familiar en su singularidad», *Revista de Derecho de Familia*, 2009, núm. 1, pp. 1-10.

ARCH MARÍN, M.: «Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: implicaciones para las recomendaciones de guarda y custodia», *Papeles del Psicólogo*, revista del Colegio Oficial de Psicólogos, vol. 31, núm. 2, 2010 (ejemplar extraordinario), pp. 1-10.

ARGÜERO, E.: «La mediación familiar en la Derecha italiana: un estudio de familias en crisis», *Lex Nova*, enero-marzo, 2007, pp. 26-27.

ARGÜERO PÉREZ, J. L.: «Mediación familiar y relaciones entre padres e hijos», en: *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: un modelo a exportar*, coord. por J. L. Argüero Pérez, Zaragoza, 2009, pp. 1-10.

BASILE, M.: «Mediazione familiare», en: *Codice della famiglia*, coord. Michele, Giuffrè, Milano, 2009, 2.ª ed., pp. 2510-2522.

BATA Y SPIRITO, G.: «La mediación familiar en el procedimiento de separación de los cónyuges», *Revista de Derecho de Familia*, 2009, núm. 1, pp. 1-10.

BATA Y SPIRITO, G.: «La mediación familiar en el procedimiento de separación de los cónyuges», *Revista de Derecho de Familia*, 2009, núm. 1, pp. 1-10.

BATA Y SPIRITO, G.: «La mediación familiar en el procedimiento de separación de los cónyuges», *Revista de Derecho de Familia*, 2009, núm. 1, pp. 1-10.

BATA Y SPIRITO, G.: «La mediación familiar en el procedimiento de separación de los cónyuges», *Revista de Derecho de Familia*, 2009, núm. 1, pp. 1-10.

BATA Y SPIRITO, G.: «La mediación familiar en el procedimiento de separación de los cónyuges», *Revista de Derecho de Familia*, 2009, núm. 1, pp. 1-10.

- contesto operativo –et. al.* Astorina, Maria Rita y Mezzabotta, Claudia–, Milano, 2011, pp. 23-28.
- BUGETTI, M. N.: «Mediazione familiare e affidamento condiviso: disciplina, prassi e dubbi interpretativi», *Famiglia e Diritto*, núm. 4, 2011.
- CALLEGARI, A.: «Gestione dei conflitti e mediazione», *Diritto e questioni pubbliche*, núm. 13, 2013, pp. 444-495.
- CAMPO IZQUIERDO, Á. L.: «El menor en el proceso», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 7, 2015, pp. 1-16.
- CANALE, G.: «Il Decreto Legislativo in materia di mediazione», *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 3, 2010.
- CASAS VILA, G.: «Las paradojas de la mediación familiar: unir para separar», en: *La Custodia Compartida a Debate* –ed. Picontó Novales, Teresa–, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, núm. 56, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 155-165.
- CASTILLEJO MANZANARES, R.: *Guarda y custodia de los hijos menores: las crisis matrimoniales y de parejas de hecho: procesos declarativos especiales en la LEC*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2007.
- CECI, C.: «Osservazioni sulla mediazione familiare», *Psicologia e giustizia*, núm. 2, 2011.
- CERVILLA GARZÓN, M. D.: «Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar», *Revista de derecho de familia*, Núm. 44, 2009, pp. 45-62.
- CESANA, C., PORRI, L., y SALA, M.: «Gli accordi di mediazione familiare», *Famiglia, persone e successioni*, núm. 7, 2008.
- CHIARAVALLOTI, S.: «La mediazione familiare come strumento alternativo di risoluzione dei conflitti», *Tigor: Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, núm. 1, 2014, pp. 75-85.
- CHIESI, L.: «Il punto sulla mediazione civile e commerciale», *Geopunto*, núm. 68, 2016.
- CILIBERTO, C.: «Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione», *Famiglia e Diritto*, núm. 3, 2009.
- CLEMENTE DÍAZ, M.: *Aspectos psicológicos y jurídicos de la guarda y custodia de los hijos*, Editorial Síntesis, Madrid, 2014.
- CORRADO, S.: «La mediazione familiare come strumento per restare in mezzo ai conflitti», *Tredimensioni*, núm. 8, 2011, pp. 262-269.
- COSMELLI, G.: «Ancora in tema di illegittimità della mediazione civile c.d. obbligatoria: sugli effetti dei comunicati-stampa della Corte costituzionale (Osservazioni a Coste cost., sent. n. 272/2012)», *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 1, 2013.
- COY FERRER, A.: «La guarda y custodia en los casos de separación y/o divorcio», *Pedagogía social: revista interuniversitaria*, núm. 2, 1986, pp. 37-43.
- CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, La Ley, Madrid, 2012, 1.^a ed.
- CUOMO ULLOA, F.: «Mediación civil e comercial – Il punto sulla proposta del mediatore», *Giurisprudenza Italiana*, núm. 3, 2017.
- CURBELO HERNÁNDEZ, E. A., y DEL SOL FLOREZ, H.: «Trabajo Social y Mediación Familiar: un enfoque para la protección del menor en el proceso mediador. Orientaciones para la práctica profesional en los supuestos de ruptura de pareja», *Portularia: Revista de Trabajo Social*, vol. X, Núm. 2, 2010.
- D'ADAMO, D.: «La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie», *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 2, 2015.
- DALFINO, D.: «Il “futuro passato” della mediazione civile in Italia», *Giurisprudenza Italiana*, núm. 1, 2012.
- DANOVI, F.: «Crisi della familia e giurisdizione: un progressivo distacco», *Famiglia e diritto*, núm. 11, 2015, pp. 1043-1052.

Observarse Belafino número de rupturas matrimoniales que se solventan por medio de acuerdo entre las partes.²

DE LA IGLESIA MONTE, M. L.: «El derecho a ser escuchado y la madurez del menor: su protección judicial en la esfera familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 759, 2017, pp. 345-360.

DE LUCA, G.: «La custodia y el acogido: la guarda e custodia del episodio de facilitar que ambas partes alcancen sus propios acuerdos en la regulación de sus relaciones familiares». Entre las ventajas del diálogo», *Meridiano*, núm. 60, 2012, pp. 16-23.

EMILI, F.: «Psicología e Famiglia: la mediazione familiare», *Psico-Pratika*, núm. 125, 2016.

FANFANI, F. R.: «La mediazione familiare nel procedimento di separazione e divorzio», *Processo per una riduzione del costo*, 2008, a lo que hay que añadir la mediación contribuida a través de la liquidación de los tribunales», *6. coord. Sesta, Michele y Arcieri, Alessandra*, UTET, Giuridica, 2017, pp. 780-811.

FEBBRAIO, T.: «Crisi della famiglia e diritto alla «bigenitorialità»», *L'affidamento del figlio dopo la separazione*, 2006, núm. 1, 2008.

FERRAJO, L.: «Regolamento della mediazione civile e commerciale», *I focus del diritto*, núm. 1, 2017, pp. 13-18.

FERRAJO, L.: «Regolamento della mediazione civile e commerciale», *I focus del diritto*, núm. 1, 2017, pp. 13-18.

GARCÍA GONZÁLEZ, B.: «La mediación familiar en el Derecho italiano, atendiendo a aspectos tales como su origen normativo y regulación actual», su concepto y los principios en los que se sustenta y sus presupuestos que deben ponderarse para que el juez pueda optar por la mediación, el papel que juegan la dirección del proceso de los diferentes momentos en los que se puede recurrir a esta vía», *vol. IX*, núm. 2, 2004, pp. 261-268.

GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M.: «Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005», *pueden ser regulados con la Ley 15/2005*, núm. 1, 2006, pp. 10-13.

GOIRIE, A.: «Los acuerdos de custodia del menor: el criterio de autonomía», *correspondiente al proceso de España*, *72* *Diálogo de la Ley*, núm. 6823, 2007, pp. 55-57, pp. 100-104.

IMPAGNATO, M.: «La mediazione familiare nel tempo della «mediazione finalizzata alla conciliazione civile e commerciale»», *2009*, núm. 3, 2011: BERTONI, 2011, p. 12; y DALFINO, *Giurisprudenza Italiana*, 2012, pp. 619-620.

- JUSTICIA DÍAZ, M. D.: «Los hijos ante el proceso de divorcio de sus padres y su papel en la mediación familiar», en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* –dir. García Garnica, María de Carmen–, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1.ª ed., pp. 403-416.
- LÓPEZ CONTRERAS, R. E.: «Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido», *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 13, núm. 1, 2015, pp. 51-70.
- LÓPEZ JARA, M.: «Aspectos procesales de la guarda y custodia compartida», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 11, 2016, pp. 1-15.
- LÓPEZ SAN LUIS, R.: «La mediación familiar como instrumento para la adopción de la guarda y custodia compartida», en: *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja* –dir. García Garnica, María de Carmen–, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1.ª ed., pp. 387-402.
- LOZANO MARTÍN, A., y VENEGAS MEDINA, M. M.: «Mediación familiar y custodia compartida: una mirada al presente que posibilita el mañana», en: *La custodia compartida en España* –coords. Venegas Medina, María del Mar y Becerril Ruiz, Diego–, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 137-152.
- MARTÍN, P., y PORCIANT, L.: «Nella stanza di mediazione: una prima valutazione dell'efficacia della mediazione familiare», *Rivista italiana di Educazione Familiare*, núm. 2, 2009, pp. 35-45.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres», en: La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar, *Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2010, pp. 133-176.
- «Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio», en: *Curso de Derecho Civil (IV): Derecho de familia* – coord. Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos–, Edisofer, 2016, 5.ª ed., pp. 187-222.
- MARZARIO, M.: «La natura della mediazione familiare: endofamiliare ed esofamiliare», *Diritto & Diritti*, gennaio 2010.
- «Prefazione e postfazione alla mediazione familiare», *Filodiritto*, 2014.
- MAZZAMUTO, P.: «Mediazione familiare e affidamento condiviso», *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol. XI, 2013, pp. 109-121.
- MEDINA SUÁREZ, I.: «Mediación familiar, garantía para custodias compartidas satisfactorias», *Apuntes de Psicología*, vol. 34, núm. 2-3, 2016, pp. 277-280.
- MEI, A.: «La mediazione familiare e la convenzione di negoziazione assistita in presenza di figli nei procedimenti consensuali di separazione, divorzio e modifiche: due modi diversi di risolvere la crisi», *La Nuova Procedura Civile*, núm. 6, 2014.
- MERELLO, S.: «I rapporti personali tra genitori e figli», *Diritto di famiglia e delle persone*, fasc. 3, 2003, pp. 1-17.
- MEZZABOTTA, C.: «Come si diventa mediatori», en: *La mediazione civile: Novità normative e contesto operativo* –et. al. Astorina, Maria Rita y Mezzabotta, Claudia–, Milano, 2011, pp. 39-43.
- MONTARULI, V.: «L'interesse del minore nell'affidamento, tra responsabilità e libertà», *Giurisprudenza Italiana*, 1996, fasc. 4, pp. 1-12.
- MORENO VELASCO, V., y GAUDET, J.: «La problemática del uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida: reflexión comparativa España y EEUU», *La Ley*, núm. 7179, 2009, tomo 3, pp. 1763-1766.

Observa el elevado número de rupturas matrimoniales de secol-
ventas por mutuo acuerdo en ambas partes.

NANNIPERI, L.: «Instituzionale della mediazione civile e commerciale obbli-
gatoria: l'eccesso di delega assorbe ogni altro profilo». *Forum di quaderni
costituzionali*, 24 febbraio 2013.

Como es bien sabido, constituye una técnica que busca precisa-
mente facilitar que las partes alcancen sus propios acuerdos en la

regulación de sus relaciones familiares. Entre las ventajas que
NOVALI, R.: «La mediazione familiare alla luce del D. Lgs. 4 de marzo de 2010
n. 28». *Rivista di psicologia criminale*, núm. 3, 2011, pp. 3-7.

La mediación familiar puede llegar un importante papel en esta
progresiva ampliación de la libre autonomía de la voluntad, pues
NÚÑEZ ZORRILLA, C.: «El interés superior del menor en las últimas reformas
de la resolución de sus propios conflictos, así como una mayor
rapidez del proceso», una reducción de los costos, y lo que hay
que añadir una contribución al descenso en la saturación de los
tribunales. Además, la mediación suele dar lugar a acuerdos más
dútiles y con un grado de cumplimiento más satisfactorio. Por
último, debemos tener en cuenta que cualquier decisión que se
adopte en Derecho de familia deberá estar presidida por el interés
superior del menor y el respeto, como ya se ha dicho, a la autonomía
de la voluntad de las partes.

Ortega Guerrero, I.: «El principio del interés superior del niño en las situaciones
de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Euro-
pea», *Psicopatología clínica, Legal y forense*, vol. 1, núm. 1, 2002, pp. 9-18.

En el ámbito de la mediación familiar, el interés superior del menor
debe ser el eje central de la actuación, como ya se ha dicho, a la autonomía
de la voluntad de las partes.

Ortega Guerrero, I.: «El principio del interés superior del niño en las situaciones
de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Euro-
pea», *Psicopatología clínica, Legal y forense*, vol. 1, núm. 1, 2002, pp. 9-18.

En el ámbito de la mediación familiar, el interés superior del menor
debe ser el eje central de la actuación, como ya se ha dicho, a la autonomía
de la voluntad de las partes.

Ortega Guerrero, I.: «El principio del interés superior del niño en las situaciones
de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Euro-
pea», *Psicopatología clínica, Legal y forense*, vol. 1, núm. 1, 2002, pp. 9-18.

En el ámbito de la mediación familiar, el interés superior del menor
debe ser el eje central de la actuación, como ya se ha dicho, a la autonomía
de la voluntad de las partes.

Ortega Guerrero, I.: «El principio del interés superior del niño en las situaciones
de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Euro-
pea», *Psicopatología clínica, Legal y forense*, vol. 1, núm. 1, 2002, pp. 9-18.

En el ámbito de la mediación familiar, el interés superior del menor
debe ser el eje central de la actuación, como ya se ha dicho, a la autonomía
de la voluntad de las partes.

Ortega Guerrero, I.: «El principio del interés superior del niño en las situaciones
de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Euro-
pea», *Psicopatología clínica, Legal y forense*, vol. 1, núm. 1, 2002, pp. 9-18.

En el ámbito de la mediación familiar, el interés superior del menor
debe ser el eje central de la actuación, como ya se ha dicho, a la autonomía
de la voluntad de las partes.

Ortega Guerrero, I.: «El principio del interés superior del niño en las situaciones
de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Euro-
pea», *Psicopatología clínica, Legal y forense*, vol. 1, núm. 1, 2002, pp. 9-18.

En el ámbito de la mediación familiar, el interés superior del menor
debe ser el eje central de la actuación, como ya se ha dicho, a la autonomía
de la voluntad de las partes.

Ortega Guerrero, I.: «El principio del interés superior del niño en las situaciones
de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Euro-
pea», *Psicopatología clínica, Legal y forense*, vol. 1, núm. 1, 2002, pp. 9-18.

En el ámbito de la mediación familiar, el interés superior del menor
debe ser el eje central de la actuación, como ya se ha dicho, a la autonomía
de la voluntad de las partes.

Ortega Guerrero, I.: «El principio del interés superior del niño en las situaciones
de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Euro-
pea», *Psicopatología clínica, Legal y forense*, vol. 1, núm. 1, 2002, pp. 9-18.

En el ámbito de la mediación familiar, el interés superior del menor
debe ser el eje central de la actuación, como ya se ha dicho, a la autonomía
de la voluntad de las partes.

Ortega Guerrero, I.: «El principio del interés superior del niño en las situaciones
de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Euro-
pea», *Psicopatología clínica, Legal y forense*, vol. 1, núm. 1, 2002, pp. 9-18.

En el ámbito de la mediación familiar, el interés superior del menor
debe ser el eje central de la actuación, como ya se ha dicho, a la autonomía
de la voluntad de las partes.

Ortega Guerrero, I.: «El principio del interés superior del niño en las situaciones
de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Euro-
pea», *Psicopatología clínica, Legal y forense*, vol. 1, núm. 1, 2002, pp. 9-18.

En el ámbito de la mediación familiar, el interés superior del menor
debe ser el eje central de la actuación, como ya se ha dicho, a la autonomía
de la voluntad de las partes.

Ortega Guerrero, I.: «El principio del interés superior del niño en las situaciones
de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Euro-
pea», *Psicopatología clínica, Legal y forense*, vol. 1, núm. 1, 2002, pp. 9-18.

- SERRANO GARCÍA, J. A.: «Título II: De las relaciones entre ascendientes y descendientes», en: *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia* –dir. Delgado Echeverría, Jesús; coords. Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio–, Gobierno de Aragón, 2015, pp. 157-230.
- SERVETTI, G., y BUFFONE, G.: «Conciliazione e mediazione nel proceso di familia. L'esperienza del Tribunale di Milano», *Questione Giustizia*, núm. 1, 2015, pp. 156-160.
- SILLA, A.: «La reforma introducida dall'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, e il decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 28», en: *La mediazione civile: Novità normative e contesto operativo* –et. al. Astorina, Maria Rita y Mezzabotta, Claudia–, Milano, 2011, pp. 28-32.
- SOLÉ RESINA, J.: «La guarda y custodia tras la ruptura», en: *Custodia comparada: derechos de los hijos y de los padres* –Gete-Alonso y Calera, María del Carmen y Solé Resina, Judith–, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, 1.ª ed., pp. 91-143.
- SPADARO, G.: «La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio», *Famiglia e Diritto*, núm. 2, 2008.
- TISCINI, R.: «L'esito positivo della mediazione civile e commerciale del d. lgs. N. 28/2010: il verbale di accordo, tra requisiti formali e pregi/difetti sostanziali», *Judicium*, 9 novembre 2011.
- TOMMASEO, F.: «La gestione dei conflitti coniugali tra autonomía privada e giurisdizione», *Famiglia e Diritto*, núm. 11, 2015.
- TROISI, C.: «La mediazione familiare nell' applicazione della recente legge sull'affidamento condiviso», *Famiglia e Diritto*, núm. 3, 2008.
- «Prospettive comparatistiche della mediazione familiare», *Convegno «Persona e comunità familiare»*, Salerno, 2012.
- UTRERA GUTIÉRREZ, J. L.: «La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incidencia en los procesos de familia», *La Ley*, núm. 7996, 2013, tomo 1, pp. 1202-1205.
- VALERO MATAS, J. A.: «La inclusión de los niños en el proceso de mediación familiar: reflexiones desde el caso neozelandés», *Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas (RIPS)*, vol. 9, núm. 1, 2010, pp. 89-100.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: «El papel de los hijos menores en el proceso de mediación familiar», *Revista de derecho de familia*, núm. 67, 2015, pp. 79-115.
- VILLANI, M.: «Brevi note sull'attuale assetto della mediazione civile obbligatoria», *Osservatorio Costituzionale*, aprile 2015.
- VIÑAS MAESTRE, D.: «Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura: Especial referencia a la guarda», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2012.
- VIRTUOSO, I.: «La mediazione in Italia e Spagna: i principi informativi dell'istituto», *Diritto & Diritti*, luglio 2017.
- ZAERA NAVARRETE, J. I.: «La audiencia del menor en los procesos de crisis matrimonial. Comentarios a la STS núm. 413/2014, de 20 de octubre», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, pp. 793-810.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja: Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2013.

La partición de la herencia. Un estudio jurisprudencial

LUZ M. MARTÍNEZ VELENCOSO
Catedrática de Derecho civil
Universitat de València

RESUMEN

En el presente trabajo se lleva a cabo un estudio de la partición de la herencia a través del análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos años sobre esta materia. Para una mejor comprensión del Derecho de sucesiones se debe tener en cuenta las finalidades que cumplen sus instituciones, y su enmarque en unas circunstancias de tiempo y de lugar. El estudio de la jurisprudencia resulta especialmente útil en este ámbito, puesto que las instituciones del Derecho de sucesiones, más que en cualquier otra rama del Derecho, son un producto de la continuada labor de adecuación efectuada por los juristas a través de la historia (Vallet de Goytisolo). Son varias las cuestiones objeto de estudio, una de ellas es sobre el tratamiento jurisprudencial del principio favor partitionis. Se analizan también supuestos de nulidad de la partición. Se discute, asimismo, si en la partición pueden quedar comprendidos reintegros y compensaciones recíprocas entre los herederos. Otros temas tratados son la denominada colación voluntaria o impropia, la rescisión por lesión, la aplicación de la doctrina de los propios actos en la partición o la posibilidad de la usucapión ordinaria de los bienes hereditarios.

PALABRAS CLAVE

Partición de la herencia. Jurisprudencia. Favor partitionis. Rescisión por lesión. Colación.

The testamentary partition. A case law analysis

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyse the testamentary partition through case law, taking into consideration the Judgments of the Supreme Court of the last years on this matter. For a better understanding of the Law of succession, the purposes of its institutions must be taken into account and the circumstances of time and place. The study of case law is particularly useful in this area, since the institutions of the Law of succession, rather than in any other branch of law, are a product of the continued work of adaptation carried out by jurists over time (Vallet de Goytisolo). The topics discussed are several, one of is the treatment in case law of the principle favor partitionis, also cases of nullity of the partition. It is discussed, moreover if in the partition can be included reimbursements and reciprocal compensation between heirs. Other matters covered are the so-called voluntary or improper collation, rescission on grounds of injury, the application of the doctrine of the own acts in the partition or the possibility of the ordinary prescription of the inherited assets.

KEYWORDS

Testamentary partition. Case-law. Favor partitionis. Rescission on grounds of injury. Collation.

SUMARIO: *Introducción.* 1. Eficacia de la partición y *favor partitionis*. 1.1 Error en la partición. Omisión de bienes o valores conforme al art. 1079 CC. STS (Sala 1.^a) 3 de noviembre de 2014. 1.2 Omisión del bienes o valores en la partición. STS (Sala 1.^a) 20 de enero de 2012. 1.3 Caducidad del cargo de albacea. Consentimiento de los herederos. STS (Sala 1.^a) 13 de marzo de 2012. 2. Validez del negocio particional y fijación del derecho de usufructo vitalicio. STS (Sala 1.^a) 30 de octubre de 2013. 3. Efectos de la partición. Atribución al coheredero de la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se le hayan adjudicado. Procedencia de la acción de desahucio por precario. STS (Sala 1.^a) 28 de mayo de 2015. 4. Causante hipotecante no deudor y partición de la herencia. Pago por la comunidad hereditaria de deuda propia de un heredero. STS (Sala 1.^a) 26 de febrero de 2016. 5. Nulidad del cuaderno particional. Imposibilidad jurídica del objeto. STS (Sala 1.^a) 12 de febrero de 2016. 6. Nulidad del cuaderno particional. Naturaleza personalísima del cargo de contador partidor. STS (Sala 1.^a) 6 de mayo 2013. 7. Nulidad de la partición. Partición convencional. Hijo incapacitado no representado por el tutor. Necesaria intervención judicial. STS (Sala 1.^a) 18 de octubre de 2012. 8. Pago que trae causa del complemento o rectificación de la partición de la herencia de sus padres. STS (Sala 1.^a) 18 de diciembre de 2012. 9. Rescisión por lesión. STS (Sala 1.^a) 14 de mayo de 2014. 10. La colación en la partición de la herencia. Obligación de constituir antes de las adjudicaciones objeto del

cuaderno particional, un fondo por importe de los bienes colacionables. STS (Sala 1.ª) 13 de marzo de 2014. 11. Reducción incorrecta de legados en la partición. Nulidad de la reducción y no de la partición. STS (Sala 1.ª) 4 de mayo de 2016. 12. La doctrina de los actos propios en la partición. Partición practicada siguiendo los dictados de las cláusulas testamentarias. STS (Sala 1.ª) 25 de abril de 2018. 13. Usucapión de los bienes hereditarios y compensación del heredero preterido en la partición. STS (Sala 1.ª) 21 de febrero de 2019. 14. Partición de la herencia por contador partidor, alcance de la facultad de rectificar errores o complementar. Colación de donación remuneratoria. STS (Sala 1.ª) 20 de julio de 2018.—*Bibliografía*.

INTRODUCCIÓN

La partición pone fin a la situación de comunidad, mediante la misma se atribuye a cada uno de los coherederos la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se le hayan adjudicado.

Sobre la naturaleza jurídica de la partición, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia¹ defienden su naturaleza traslativa, siguiendo a la doctrina francesa. Según esta tesis, al fallecimiento del causante los herederos no tienen derecho a una cuota parte de cada uno de los bienes indivisos, puesto que sobre esos bienes considerados individualmente solo tienen un derecho indeterminado. La partición fijará y delimitará este derecho que existe desde el principio y que tiene su origen en la propia transmisión hereditaria².

Son varias las cuestiones que sobre la partición se abordan en este trabajo dedicado al estudio de esta institución jurídica mediante el análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo de los últimos ocho años sobre esta materia. Dadas las características de la obra, las cuestiones abordadas en este trabajo no son todas las que plantea la partición hereditaria, se trata de aquellas que han suscitado mayor litigiosidad y han sido sometidas a la decisión del Alto Tribunal.

Entre las cuestiones analizadas, conviene destacar en primer lugar, el tratamiento jurisprudencial del principio *favor partitionis*. Este principio que inspira las normas que regulan la partición en el Código civil, aboga por considerar válida toda partición mientras

¹ SSTs 21 de julio de 1986, 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991, 3 de febrero de 1999, 28 de mayo de 2004 y 12 de febrero de 2007. Conforme a la doctrina jurisprudencial que se contiene en estas sentencias, el principal efecto de la partición es la atribución al coheredero o legatario de parte alcuota, la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se le hayan adjudicado.

² PLANIOL, RIPERT, 1928, p. 738. En la doctrina española *vid.* ROCA SASTRE, 1998, p. 668. La partición provoca «la transformación de las particiones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto, en titularidades, concretas sobre bienes determinados».

no se demuestre una causa de nulidad. En consecuencia, la partición debe mantenerse siempre que sea posible, sin perjuicio de las adiciones o rectificaciones precisas. Por ello, el único supuesto de ineficacia de la partición específicamente regulado en el Código civil es el de rescisión por lesión en más de la cuarta parte en el artículo 1074 CC³. El artículo 1077 CC tiene también su fundamento en el principio *favor partitionis*. Conforme a este precepto el demandado por rescisión «podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición». Este precepto no impide que la rectificación de la lesión pueda realizarse sin acudir a los tribunales. Esto es precisamente lo que sucede en el caso de la STS de 18 de diciembre de 2012 analizada en este capítulo.

En el caso de que hayan dejado de incluirse en la partición algunos bienes o valores, se debe proceder al complemento de la misma con los bienes o valores omitidos, conforme al artículo 1079 CC. Así, en la STS de 3 noviembre de 2014 se conceptúa como un supuesto de complemento o adición de la partición del artículo 1079 CC cuando las operaciones de valoración de los bienes se han llevado a cabo incorrectamente. En este caso en concreto, se discute sobre la naturaleza de un fondo de inversión como ganancial o privativo.

Por otro lado, en el caso de la STS de 20 de enero de 2012 se omiten en la partición inicial algunos bienes del causante. Se valoran, además, los efectos que debe producir una cláusula de renuncia de derechos efectuada por los coherederos una vez practicada la partición.

Sobre la aplicación del principio *favor partitionis* versa también la STS de 13 de marzo de 2012. En este caso la partición practicada por el albacea tiene lugar cuando se había producido la caducidad de su cargo. No obstante, habiendo consentimiento de los coherederos, sería válida como partición convencional sobre la base del mencionado principio.

En la STS de 12 de febrero de 2016 se desestima la nulidad de la partición por imposibilidad del objeto. Uno de los argumentos para ello es precisamente el principio *favor partitionis*. Por el contrario, se sanciona con la nulidad la partición en la STS de 6 de mayo de 2013, puesto que la misma había sido realizada sin el concurso del contador-partidor nombrado expresamente por el testador para realizar las operaciones particionales. Al mismo resultado se llega en la anterior STS de 18 de octubre de 2012, debido a la no participación en la misma del tutor o, habiendo conflicto de intereses, del defensor judicial cuando un menor o incapacitado es legitimario.

³ Sobre esta cuestión se pronuncia la analizada en este capítulo STS de 14 de mayo de 2014.

En otro apartado del capítulo se analiza la validez del negocio particional y la fijación del derecho de usufructo vitalicio en la STS de 30 octubre de 2013. En esta sentencia se refiere el Tribunal Supremo a la validez estructural del acuerdo verbal por el que se concretaba y se incluían en el usufructo vitalicio determinados bienes objeto de litigio.

Por otro lado, sobre el ejercicio de la acción de desahucio por precario por uno de los coherederos frente a los demás se pronuncia la STS de 28 mayo de 2015. Esta sentencia se pone en conexión con la anterior STS de 20 de enero de 2014 en la que se fija como doctrina en interés casacional (por la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias) que la esposa del causante, instituida legataria del usufructo universal de la herencia tiene legitimación para el ejercicio de la acción de desahucio por precario frente a los instituidos herederos, hijos del causante.

En la STS de 26 de febrero de 2016 se debate sobre un supuesto de pago por la comunidad hereditaria de una deuda propia de un heredero, especialmente sobre si se puede considerar como un pago hecho por un tercero. Se discute, asimismo, si en la partición pueden quedar comprendidos reintegros y compensaciones recíprocas entre los herederos, respondiéndose afirmativamente a esta cuestión.

Por otro lado, en la STS de 13 de marzo de 2014 el testador establece en el testamento determinadas normas sobre cómo debe realizarse la colación, lo cual es perfectamente lícito, conforme se desprende de la sentencia analizada.

Por su parte, en la STS de 4 de mayo de 2016 se plantea la cuestión acerca de cómo se debe articular la intangibilidad cuantitativa de la legítima, como un supuesto de ineficacia de la partición o mediante el ejercicio de la acción de complemento de la legítima. El Tribunal Supremo resuelve la cuestión en el segundo sentido.

A continuación, la STS de 25 de abril de 2018 versa sobre la interesante cuestión de la aplicación de la doctrina de los actos propios en la partición. En este caso, la eficacia de la partición realizada por el contador partidor designado por uno solo de los cónyuges pasa por la intervención de los herederos del cónyuge premuerto, puesto que aquél no confirió facultad alguna al albacea que finalmente procedió a realizar la partición. Circunstancia que no se dio, puesto que solamente uno de los coherederos prestó su consentimiento. No obstante, en opinión del tribunal, la pretensión de la demandante no debe prosperar debido a su conducta contraria a los propios actos.

Sobre un problema de preterición de un heredero forzoso en la partición de la herencia se pronuncia la STS 21 febrero 2019, así como sobre el alcance de la misma. Esta Sentencia resulta de inte-

rés puesto que se resuelve sobre si el título *pro herede* es un justo título para la usucapión ordinaria de los bienes hereditarios, a lo que se responde afirmativamente.

Por último, es objeto de estudio la STS 20 julio 2018, donde las cuestiones que son objeto de debate son en primer lugar, si cabe la posibilidad de que el contador partidor pueda hacer una nueva partición en el supuesto, como sucede en el caso, de que se declare la validez de la donación de unas participaciones sociales, cuando la partición se realizó como si la donación no hubiese tenido lugar. La segunda cuestión tiene que ver con la colación de la donación, siendo discutido si son colacionables las donaciones remuneratorias y si el causante puede revocar en su testamento la dispensa de colación que expresamente manifestó en la donación.

1. EFICACIA DE LA PARTICIÓN Y *FAVOR PARTITIONIS*

El *favor partitionis* es un principio general del Derecho que tiene un fundamento de tipo práctico. Mediante su aplicación se trata de evitar una nueva partición que ocasionaría inconvenientes a los herederos y a los terceros que con ellos hubiesen contratado de buena fe.

Este principio guarda relación con otros, como el de seguridad jurídica y con el de «lo válido no debe viciarse por lo inválido». Específicamente en el ámbito del Derecho de sucesiones, el principio analizado está próximo al principio de la primacía de la voluntad del testador, de la intangibilidad de las legítimas, de la proporcionalidad de las adjudicaciones a las cuotas hereditarias, así como de la posible igualdad cualitativa entre lotes⁴. Este principio es objeto, en la terminología de Vallet de Goytisolo, de varias concreciones, como vamos a analizar en estas Sentencias del TS.

1.1 **Error en la partición. Omisión de bienes o valores conforme al artículo 1079 CC. STS (Sala 1.ª) 3 noviembre 2014 (RJ 2014, 6863)**

Según preceptúa el artículo 1079 CC, en cuanto que supuesto de error en la partición tipificado legalmente: «La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos».

⁴ Sobre este tema en la doctrina *vid.* VALLET DE GOYTISOLO, ADC, 1990, pp. 5-24.

Esta norma encuentra su fundamento, según se desprende de la doctrina jurisprudencial que interpreta aquel precepto, en el principio de conservación de la partición o *favor partitionis*.

En el caso de la Sentencia comentada, más que la omisión de bienes en sí, se plantea un posible error en la valoración o conceptualización de un fondo de inversión, dando lugar a distintos resultados según el mismo se considerase como ganancial o privativo. En opinión de Vallet de Goytisolo, después de realizar un estudio jurisprudencial sobre la cuestión, la expresión «valores» del artículo 1079 CC debe interpretarse de tal forma que procede la partición adicional cuando las operaciones de valoración de los bienes hereditarios se hayan realizado erróneamente en perjuicio de los coherederos.

Según se desprende de la Sentencia comentada, el causante era cotitular, junto con su viuda y una hija, de un fondo de inversión. La viuda y sus otros hijos interponen demanda frente a la hija cotitular solicitando la división del fondo, con base en unos porcentajes al considerar que el mismo tenía naturaleza ganancial. Por su parte, considera la demandada que el fondo debe dividirse en partes iguales al no tener tal naturaleza.

El Juzgado de Primera instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso considerando que la acción ejercitada era una acción de división de la cosa común.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto. Uno de los motivos del recurso de casación es el de la infracción del artículo 1079 CC, en relación al principio de *favor partitionis* o conservación de la partición hereditaria.

En opinión del recurrente, siendo el origen del dinero con el que se configuró el fondo ganancial, tras liquidarse la sociedad corresponde la mitad del caudal a la viuda y el resto del dinero debe distribuirse conforme a la voluntad del causante.

El motivo debe ser estimado, a juicio del Tribunal, «(e)n relación a los motivos planteados, conforme a la sentencia de Primera Instancia, y en la línea del voto particular suscrito, debe señalarse que, en relación a las cuentas, depósitos o fondos de inversión, la doctrina jurisprudencial de esta Sala no da un valor determinante o concluyente, por sí sola, a la titularidad bancaria de los mismos ya respecto de la condición de propietarios de los partícipes, o bien, respecto del reparto o de su distribución igualitaria, pues en ambos casos habría que estar al título material que causaliza dicha adquisición o atribución patrimonial. En el presente caso, no cabe duda, conforme a la prueba practicada y al propio reconocimiento de la demandada, acerca de la

naturaleza ganancial del meritado fondo y de su transmisión mortiscausa por la que, realizándose previamente la correspondiente liquidación de la sociedad legal de gananciales, la distribución del mismo deberá responder, en el presente caso, a los criterios distributivos contemplados en el testamento del causante; tal y como expresamente contempla la cláusula tercera de la citada escritura de aceptación y adjudicación de la herencia respecto a cualesquiera otros bienes o créditos pertenecientes al caudal hereditario.

Dicha consideración, por lo demás (motivo segundo del recurso), viene reforzada por la aplicación del criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos (*favor contractus*) que la doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre otras, SSTS 15 de enero de 2013 [núm. 827/2012 (RJ 2013, 2276)] y 30 de junio de 2014 [núm. 333/2014 (RJ 2014, 3526)], ya aplica, no solo como canon hermenéutico, sino como principio informador de nuestro sistema patrimonial comportando, entre otros aspectos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del acto o contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitándose el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica.

Valoración que resulta extensible a la proyección de dicho principio en el Derecho de sucesiones, particularmente referido al *favor testamenti* y al *favor partitionis*, como ámbitos conexos a la voluntad testamentaria (675 del Código Civil), SSTS de 30 de octubre de 2012 [núm. 624/2012 (RJ 2013, 2274)] y de 4 de enero de 2013 [núm. 785/2012 (RJ 2013, 4590)]. Todo ello conforme a la interpretación sistemática, entre otros, de los artículos 764, 814 y 1080 del Código Civil».

1.2 Omisión del bienes o valores en la partición. STS (Sala 1.ª) 20 de enero de 2012 (RJ 2012, 1899)

Se plantea en este caso el problema de la necesidad de llevar a cabo una partición adicional al quedar omitidos en la partición inicial algunos bienes del causante, conforme al artículo 1079 CC. Es presupuesto esencial para la aplicación de tal precepto la existencia de algún tipo de elemento patrimonial que pertenece a la herencia y siendo omitido, se encuentra en estado de indivisión⁵. Una de las cuestiones debatidas en la presente Sentencia es acerca del valor que se debe conceder a una cláusula de renuncia de derechos efectuada por los coherederos una vez practicada la partición. No es

⁵ Sobre este tema *vid.* GUILARTE ZAPATERO, ADC, 1966, pp. 55-80.

posible la renuncia a realizar una partición adicional conforme al artículo 1079 CC. Ahora bien, una vez que hubiesen aparecido esos nuevos bienes, los herederos pueden renunciar a los mismos, que es cuestión distinta a la renuncia a la partición adicional.

Los hechos que toma como referencia la Sentencia comentada podrían resumirse del siguiente modo:

El causante, D. Celestino, quien fallece en estado de viudo, deja como herederos a tres hijos, Cándido, don Luis Carlos y don Florentino y premuerto su hijo don Carlos Alberto, quedando tres hijos de esté: don Norberto, don Leoncio y don José Pedro, el testador deja a estos la parte que correspondería a su padre.

Trascurrido un año del fallecimiento del causante, todos ellos otorgan ante notaria escritura de aceptación y adjudicación de herencia, practicándose la partición del patrimonio hereditario. En esta última escritura consta una cláusula que es de gran importancia en este caso: «con las adjudicaciones efectuadas, todos los comparecientes se dan por íntegramente pagados de sus respectivos derechos, por lo que respecta a los inmuebles de que se trata, sin que tengan nada que reclamarse, al ser de idéntico valor lo recibido, a lo que les correspondía en el proindiviso disuelto. Asimismo, todos y cada uno de ellos, renuncian a cualquier derecho que por cualquier título pudiesen tener sobre la total propiedad de los pisos cuyas cuotas partes han sido adjudicadas a los otros comuneros, así como los derechos expectantes que pudieren tener sobre las otras porciones de las fincas no adjudicadas a ellos, de los que no existe título conocido».

Dos años más tarde dos de los nietos Leoncio y don José Pedro, venden a Norberto las participaciones de la adjudicación de los bienes hereditarios.

El causante, 20 años antes de su fallecimiento, había adquirido en documento privado de compraventa, un inmueble y unas participaciones indivisas de otros inmuebles, el documento se elevó a documento público. Dichos bienes no habían sido incluidos en la partición.

Don Norberto formuló demanda frente a todos los coherederos interesando la adición de la herencia de estos últimos bienes y participaciones indivisas: el bien, dividido en cuatro cuotas-parte y las participaciones indivisas a las que habían sido adjudicatarios de cuotas, con lo cual completarían el pleno dominio. Ello conforme a los pactos y cláusulas alcanzados por todos los interesados, y en concreto, en cuanto a la renuncia a cualquier derecho.

De todos los codemandados, dos se allanan (Cándido y Luis Carlos), dos han renunciado específicamente, una vez iniciado el proce-

so (Leoncio y José Pedro) y se ha opuesto el codemandado Florentino que mantiene que la adición de dichos bienes y participaciones indivisas debe hacerse conforme a la voluntad del causante expresada en su testamento, es decir, por cuartas partes iguales (tres a los hijos y la cuarta parte restante a los nietos que en este momento es uno solo, el demandante, por la renuncia de sus dos hermanos).

El JPI estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, el mismo es desestimado por la AP. El codemandado, único que se opuso a la demanda, formula recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo.

Doctrina (F. J. 2.º y 3.º): «Al entrar en el análisis del recurso de casación debe partirse de la validez de la controvertida cláusula de renuncia, que ha sido transcrita en líneas anteriores, en la que todos los comparecientes (todos los ahora litigantes), tras la partición de herencia, renuncian a cualquier derecho que por cualquier título pudiesen tener sobre lo adjudicado a los demás coherederos, así como los derechos expectantes que pudieran tener sobre otras porciones (o cuotas) que pudieran tener sobre fincas no adjudicadas a cada uno. De este texto se desprenden dos extremos:

- primera: tal renuncia la hacen todos los coherederos; todos, no solo alguno o algunos de ellos;
- segundo: la renuncia no alcanza a bienes que no fueron objeto de la partición; los derechos expectantes vienen referidos a los derechos sobre los bienes y cuotas adjudicadas (“... otras porciones de las fincas...”) a los demás coherederos, no a bienes teóricamente desconocidos y que, por ser ajenos a su conocimiento (no consta que los conocieran) no podían ser objeto de negocio jurídico.

Es decir, todos los coherederos, de común acuerdo, tienen voluntad de zanjar la posible polémica sobre la herencia de su padre y abuelo y así lo expresan. Lo que no expresan, en modo alguno, es una renuncia a bienes futuros: si se admitiera así, debería alcanzar a todos ellos y aparecería la incógnita sobre el destino de tales bienes aparecidos y no conocidos, teóricamente, después.

Partiendo, pues, de la validez de la renuncia que alcanza a todos los coherederos y no alcanza a los bienes aparecidos tras la partición que contiene la renuncia, han de considerarse dos puntos: la partición convencional y la adición a la partición.

La partición convencional la contempla el artículo 1058 del Código civil y es la realizada por los propios interesados, coherederos que forman la comunidad hereditaria que, como negocio jurídico plurilateral, tienen la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente, como recuerda la sentencia de 18 de

marzo de 2008 que añade que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios... Cuya partición convencional solo cabe cuando no la ha realizado el propio testador, soberano de su sucesión (artículo 1056 del Código civil), ni la ha encomendado a un contador-partidor (artículo 1057). Esta partición es la que se ha dado en el presente caso; han sido unos coherederos los que la han practicado; el testador dispuso de su herencia entre sus hijos y nietos en una proporción de cuatro partes, provocando la comunidad hereditaria, no evitándola que hubiera sido así de haber la división y adjudicación a los coherederos del activo hereditario, confiriéndoles la propiedad exclusiva de los bienes que les han sido adjudicados, como dice el artículo 1068 del Código civil y reiteran las sentencias de 28 de mayo de 2004, 3 de junio de 2004, 12 de febrero de 2007, 17 de diciembre de 2007.

En caso de que en la partición, cualquier clase de ella, se hubieran omitido bienes hereditarios, se procede a una partición adicional, que se contempla en el artículo 1079 del Código civil y ha sido objeto de numerosa jurisprudencia (así, sentencias de 22 de octubre de 2002, 11 de diciembre de 2002, 13 de marzo de 2003, 18 de julio de 2005, 12 de junio de 2008) y que presupone que los bienes omitidos no sean de importancia, ya que, de serlo, se produciría la nulidad de la partición y práctica de una nueva (lo que destacan las sentencias 11 de diciembre de 2002 y 19 de octubre de 2009). Es una aplicación del principio del *favor partitionis* (así, sentencias de 13 de marzo de 2003 y 12 de diciembre de 2005). En el presente caso, se ha pretendido en la demanda la práctica de la partición adicional respecto a los bienes contenidos en la escritura de 4 de mayo de 2004. No se ha opuesto la importancia de los mismos, aunque simplemente se haya mencionado y, ciertamente, una nueva partición hubiera evitado problemas y este mismo litigio. Pero no se puede plantear aquí.

Tercero.- De todo lo expuesto en el fundamento anterior, se concluye que la cláusula de renuncia es válida y que su eficacia alcanza a todos los coherederos. Su inevitable consecuencia es que se debe practicar una partición adicional en que los bienes y derechos contenidos en la escritura de 4 de mayo de 2005 se deben partir en cuatro porciones que, conforme a la voluntad del testador, corresponden a sus cuatro hijos: tres *per capita* (Cándido, Luis Carlos y el recurrente Florentino) y una *in stirpes*, que por renuncia de dos de ellos (Leoncio y José Pedro) le corresponde en exclusiva al tercero de los nietos (Norberto) que ha sido el demandante.

Aplicando lo dicho al recurso de casación, se estiman los motivos tercero y cuarto, por entender que se han infringido los artículos 1079

y 1255 del Código civil. El primero de ellos, no en el sentido que se expone en el recurso (que trata de la importancia de los bienes omitidos, que es cuestión nueva) sino en el que se ha mantenido desde la contestación de la demanda, que es la partición de los bienes y derechos “nuevos” conforme a la voluntad del testador, en cuatro partes. El segundo, por cuanto el principio de autonomía de voluntad, en relación con la interpretación, debe aplicarse en la forma que ha sido expuesta. Asimismo, se estima el último de los motivos al considerar que las sentencias de instancia no han respetado la correcta interpretación de la facultad de renunciar, que afecta a facultades que se presupone han entrado en la titularidad del renunciante, como dice la sentencia de 11 de octubre de 2001 y añade la de 23 de noviembre de 2007 (que reitera la de 23 de febrero de 1995) que el sujeto no pudo renunciar a un derecho subjetivo que no había nacido a la vida jurídica, ni podía conocer que se produciría más tarde.

Procede, pues, casar la sentencia, sin que pueda hacerse la declaración que interesa el recurrente en el suplico del recurso de casación, ya que no hubo reconvencción. Sin embargo, queda claro que la renuncia es válida, se aplica en el sentido expuesto y deberá hacerse la partición adicional en la forma que ha sido también expuesta».

1.3 Caducidad del cargo de albacea. Consentimiento de los herederos. STS (Sala 1.^a) 13 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4884)

Se plantea en este caso el problema de la partición practicada por el albacea cuando se había producido la caducidad de su cargo.

De acuerdo con la doctrina contenida en la STS 18 septiembre 2006 (RJ 2006, 8662), la partición realizada por quien ya no tenía reconocidas las facultades necesarias para ello por haber terminado su función está viciada de nulidad.

En el supuesto de hecho de la Sentencia comentada el albacea, don Edmundo, manifiesta cuando tiene lugar la operación particional de adición de fincas en 1999 (cuando la causante falleció en 1988) ante Notario: «por cuya razón el señor compareciente –no obstante hallarse extinguido por caducidad su expresado cargo– manifiesta –bajo su responsabilidad– haber sido encargado por los herederos de adicionar la herencia en cuestión con las fincas referidas. Asume pues la representación no acreditada de los herederos que se dirán, y ante la advertencia que yo notario le hago en relación con tal representación, insiste en este acto que queda pendiente de la oportuna ratificación de los herederos interesados».

No obstante, en este caso se plantea si la partición hecha por un albacea contador-partidor, con su cargo caducado, siendo nulo, puede tener eficacia por el consentimiento –representación o ratificación– de los herederos. De este modo, valdría como partición hecha por los propios herederos.

Esta adición de la causante, D.^a Tatiana se concretó en tres fincas, de escasa importancia económica. Dos de ellas están conformes todos los herederos, incluso la demandante, en que tienen el carácter de bienes gananciales: seis de los hermanos lo ratifican, tres de ellos vendieron sus derechos hereditarios a su hermana Reyes, la demandante en primera instancia, y ésta reconoce, la ganancialidad de los bienes. En relación con la finca a la que niega que pertenezca a sus padres, tanto el Juzgado de Primera instancia, como el de apelación la excluyen de la partición. No anulan esta partición, sobre la base del principio del *favor partitionis* y solamente la excluyen. Interpuesto por la demandante en primera instancia recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo en el único sentido de que no se desestima la demanda contra don Edmundo, por falta de legitimación pasiva.

Doctrina (F. J. 3.º): «El desarrollo del motivo se centra en la adición de la herencia de la madre doña Tatiana y alega dos extremos de los que se discute su base fáctica y jurídica. En primer lugar, la caducidad y en segundo lugar, la falta de representación –ni tampoco ratificación– de los herederos, por la actuación del albacea con el cargo caducado.

La caducidad ha sido tratada. Efectivamente, el albacea contador-partidor practicó la adición de la herencia diez años más tarde; su cargo, evidentemente, estaba extinguido por el transcurso del tiempo. Las sentencias de instancia lo han reconocido, por lo que no aparece infracción alguna en tal sentido; sin embargo, han reconocido la validez y eficacia de tal adición de herencia porque en ella han consentido los herederos e incluso la propia demandante, ahora recurrente, respecto a dos de las fincas incluidas en aquella adición y en la que no aceptó, es decir, no consintió, las sentencias de instancia la han excluido de la partición, pero no la han considerado de entidad suficiente para declarar la nulidad –pretendida en la demanda– de la escritura de adición a la partición de herencia de la madre, doña Tatiana. Y no la han declarado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1079 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial del *favor partitionis*.

Se ha insistido en la última parte del desarrollo de este motivo en la falta de representación del albacea para protocolizar ante notario el cuaderno de adición de la herencia, que se ha mencionado.

Lo cual ha sido reconocido por el propio albacea y ha sido advertido por el notario. Las sentencias de instancia han aceptado tal planteamiento, pero han rechazado su invalidez, por el consentimiento de los herederos, como se ha dicho en líneas anteriores. Todos ellos, incluso la demandante ahora recurrente, aceptaron la adición respecto a dos de las fincas y la tercera, a cuya inclusión ésta se opuso siempre, ha sido excluida sin necesidad de llegar a la declaración de nulidad.

Resulta, pues, el acuerdo de todos los herederos en la partición de la herencia, tanto la de la madre, como la del padre. La primera, porque la demandante se opuso a la inclusión de una finca, que las sentencias de instancia han efectivamente excluido y no han apreciado que ello provoque la nulidad de toda ella; la segunda, porque deriva de la anterior y no tiene causa de nulidad. Y tal acuerdo particional implica tanto la ratificación del albacea (exalbacea respecto a la de la madre) de su actuación en su nombre, como la partición hecha por los propios herederos, a través de aquél, como representante, por su ratificación posterior».

2. VALIDEZ DEL NEGOCIO PARTICIONAL Y FIJACIÓN DEL DERECHO DE USUFRUCTO VITALICIO. STS (SALA 1.^a) 30 DE OCTUBRE DE 2013 (RJ 2013, 7860)

a) *Antecedentes fácticos*

En este caso el objeto de la controversia reside en determinar la titularidad de la comunidad hereditaria sobre determinados cuadros, con el carácter de colección artística, joyas y mobiliario que formaron parte del haber hereditario del causante. Así como también se somete a decisión de los tribunales el valor determinante que se le asigne a la escritura pública de liquidación de la sociedad conyugal y de herencia, suscrito entre el heredero del causante y la que fue su esposa por segundas nupcias, el 24 de marzo de 1980. En esta escritura los bienes anteriormente citados fueron omitidos. Por otro lado, se debe analizar el documento privado de 20 de octubre de 1992, sobre un posible acuerdo verbal entre las partes por el que los objetos reclamados se incluían dentro del usufructo vitalicio que ya tenía reconocido la viuda, pero no así la propiedad de los mismos que pertenecía al heredero del causante.

La comunidad hereditaria insta demanda en ejercicio de acción reivindicatoria sobre una serie de bienes muebles y objetos decorativos. La demandada se opuso a la demanda y formuló reconvencción. El Juzgado de Primera instancia estimó en parte la demanda y desestimó la reconvencción, declarando la titularidad dominical de

la comunidad hereditaria sobre la mitad indivisa de determinados cuadros, condenando a la demandada a restituir al haber hereditario parte de los cuadros o su valor. En opinión del juzgador de instancia, no queda acreditado la existencia de pacto verbal por el que los bienes litigiosos se encuadraran dentro del usufructo vitalicio.

La sentencia de apelación, dando por acreditada la existencia del pacto verbal, estima el recurso de la demandante y desestima el de la demandada. Se considera que estamos ante una colección, como se extrae del examen de la pericial, así como que sí existió el pacto sobre el usufructo de los bienes. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo.

b) *Doctrina*

F. J. 3.º: «En efecto, una vez sentada, tras la prueba practicada, tanto la realidad del carácter de colección de los cuadros objeto de las diferentes reclamaciones, entre otras SSTs de 4 de julio de 2006 (núm. 742, 2006) y 27 de diciembre de 2012 (núm. 774, 2012), así como la validez estructural del acuerdo verbal por el que se concretaba y se incluían en el usufructo vitalicio los objetos de la litis, conforme, a su vez, a la concurrencia lógico-jurídica tanto del testamento del causante, de 13 de febrero de 1970, que instituye heredero universal a su hijo don Victorino, y al meritado cuaderno particional de 24 de marzo de 1980, que no contempla la titularidad y adjudicación de los bienes objeto de la litis, nada cabe objetar a la valoración jurídica que de estos hechos extrae la Audiencia Provincial, pues el alcance y significado de los mismos no puede ser otro que la titularidad dominical de la comunidad hereditaria de don Victorino, no derivándose más derechos para la parte recurrente de los que quedaron comprendidos en orden al usufructo vitalicio de doña Valentina, cuestión que hace inviable el éxito de la acción reivindicatoria ejercitada».

c) *Comentario*

En la Sentencia objeto de comentario, se refiere el TS a «la validez estructural del acuerdo verbal por el que se concretaba y se incluían en el usufructo vitalicio los objetos de la litis». El mencionado acuerdo fue suscrito entre el heredero del causante y la que fue su esposa en segundas nupcias.

El cónyuge viudo, aunque no sea ni heredero ni legatario de parte alícuota, es uno de los sujetos que participan en la partición, ya que tiene interés en algunas de las operaciones particionales que van a practicarse, tales como la valoración de los bienes hereditarios, pudiendo pedir, en su caso, complemento de legítima. Asimismo,

mo, tiene legitimación para solicitar la partición de la herencia a los efectos de que se concrete su derecho sucesorio, es decir, se determinen los bienes concretos sobre los que se proyectará su usufructo, o para que se proceda, si es el caso, a la conmutación del usufructo por uno de los medios de satisfacción de su derecho sucesorio (arts. 839.1 y 840 CC).

A un caso de partición convencional entre los hijos del causante y su viuda se refiere la STS 30 septiembre 1988 (RJ 1988, 6936). La situación litigiosa puede resumirse del siguiente modo: Don Manuel murió en 31 de julio de 1973, en estado civil de casado, por el régimen matrimonial de bienes aragonés, sin constancia de capitulaciones matrimoniales y sin haber otorgado testamento. Su viuda (actora y hoy recurrente) y los hijos del matrimonio (demandados) procedieron a distribuir, mediante distintos pactos, que tuvieron lugar en los años 1975, 1978 y 1979, todos los bienes correspondientes a la sociedad conyugal. La actora pretende, en su demanda, la nulidad de estas particiones. En opinión del TS, siguiendo la argumentación de la Sentencia impugnada «los pactos que se celebraron entre los coherederos, tienen un carácter particional, en los cuales la actora no se desprendió de los bienes que le correspondían, en propiedad, en la herencia de su marido, sino que se dio por pagada, con los que le correspondieron, de su parte en la herencia de su marido por tal concepto, de donde se deduce que los documentos en los que constan aquellos pactos, no contienen pacto sucesorio, ni donación y no requerían, por ello, la formalidad constitutiva del otorgamiento de escritura pública».

Acerca de la interpretación que debe darse al art. 1058 CC, merece destacarse la doctrina jurisprudencial contenida en la STS 18 de marzo de 2008 (RJ 2008, 3515): «No puede desconocerse que el artículo 1.058 del Código Civil atribuye a los herederos mayores de edad que gocen, además, de la libre disposición de sus bienes, la facultad de distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente. Dicha facultad, en palabras de la sentencia de 19 de junio de 1997 (RJ 1997, 5424), es tan amplia que permite a los coherederos realizar actos particionales más allá de los propios divisorios y de lo dispuesto por el causante, con lo que se trata más bien de actos de disposición que de partición. La naturaleza de este hecho –dar ejecución a la distribución del caudal hereditario–, es de relación contractual, al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona con la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, al acomodarse a sus intereses (SS. 3 de enero de 1962 [RJ 1962, 265], 25 de febrero de 1966 [RJ 1966, 852], 21 de mayo de 1966

[RJ 1966, 3815], 18 de febrero de 1967, 8 de febrero de 1996 [RJ 1996, 864] y 12 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 7920]), sin que sea necesario que afecte a todos los bienes, pues puede proyectarse sobre parte de los mismos, subsistiendo una comunidad hereditaria sobre los restantes o llevarse a cabo la definitiva en su momento, que tendrá en cuenta la parcial precedente, y ésta tiene acceso al Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento».

Para la validez de la partición así realizada es necesario que se dé el consentimiento de todos los herederos y del cónyuge viudo⁶.

Por último, en cuanto a la forma, la Sentencia objeto de comentario se refiere a la validez del convenio verbal. En este sentido, la doctrina sostiene que la partición convencional será válida cualquiera que sea la forma que se adopte. No obstante, aunque no es el caso de la Sentencia comentada, será necesario que el negocio conste en escritura pública, para poder inscribir la nueva titularidad en el Registro de la Propiedad⁷.

3. EFECTOS DE LA PARTICIÓN. ATRIBUCIÓN AL COHEREDERO DE LA TITULARIDAD EXCLUSIVA DE LOS BIENES O DERECHOS QUE SE LE HAYAN ADJUDICADO. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE DESAHUCIO POR PRECARIO. STS (SALA 1.ª) 28 MAYO 2015 (RJ 2015, 2270)

a) *Antecedentes fácticos*

Habiéndose procedido a la división judicial de la herencia, en fecha 19 mayo 2006 el contador partidor hizo dos lotes, el A) que

⁶ Conforme se hace constar en la SAP Teruel 30 abril 2002 (JUR 2002, 157223): «Sentado todo lo que antecede y resaltando que la partición tiene un carácter o naturaleza contractual, lo indiscutible, según doctrina del Tribunal Supremo, consolidada desde la ya lejana sentencia de 7 de noviembre de 1935 (RJ 1935, 2168), pasando por la de 23 de marzo de 1968, y los más recientes de 19 de junio de 1997 (RJ 1997, 5656), 3 de febrero de 1999 (RJ 1999, 87) y 22 de junio del 2001 (RJ 2001, 5071), es que requiere y exige inexcusablemente el consentimiento conjunto de todos los interesados en la sucesión, al regir el principio de unanimidad; por lo que “lo evidente es que –si como ocurre en el presente caso– no obtuvo el consentimiento unánime de los herederos” la consecuencia es que no llegó a tener ningún valor jurídico; “que todos han de prestar su consentimiento es consecuencia de que tal requisito es inexcusable para el nacimiento del pacto” (STS 8 de febrero de 1996 [RJ 1996, 864], 20 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8090] y la ya citada de 3 de febrero de 1999), por lo que faltando el consentimiento de uno solo de los interesados en la misma el negocio jurídico es inexistente o radicalmente nulo, conforme a lo prevenido en el artículo 1261, el que tajantemente viene a establecer que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes; 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato, y 3.º Causa de la obligación que se establezca».

⁷ CARBALLO FIDALGO, 2016, pp. 1743-1744.

incluía la vivienda que es objeto de litigio, y el lote B), dejando la elección a uno de los herederos, Don Jacinto, que vivía en la citada vivienda. D. Jacinto eligió el lote B), y siguió ocupando la vivienda, sin pagar renta alguna. La vivienda es adjudicada en pleno dominio a su hermana doña Celia.

No aparece inscrita en el Registro de la Propiedad la adquisición hereditaria de la vivienda, por doña Celia, quien ejercitó demanda de juicio verbal solicitando el desahucio de la misma por parte de su hermano don Jacinto, condenándole a desalojarla y ponerla a su disposición, con apercibimiento de lanzamiento.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia. El TS declara no haber lugar al recurso interpuesto.

b) Doctrina

F. J. 2.º: «La partición o división del caudal hereditario se presenta, como en este caso, cuando concurren más de un heredero o legatario de parte alícuota; es causa de extinción de la comunidad hereditaria.

El efecto que produce –conforme a la doctrina de la naturaleza sustitutiva o especificativa de la partición– es la determinación concreta de qué bienes corresponden a cada uno de los partícipes –herederos o legatarios de parte alícuota– lo que significa la sustitución de la cuota por la titularidad exclusiva sobre los bienes, concretos que le son atribuidos a cada uno. Esta doctrina es la imperante en la jurisprudencia más reciente.

Así, la sentencia de 21 de julio de 1986 “... una vez practicada la partición, aquel derecho abstracto se transforma en el derecho concreto sobre los bienes que a cada heredero se le haya adjudicado”. La de 13 de octubre de 1989 destaca “su función individualizadora”. Y en el mismo sentido, la del 21 de mayo de 1990 que destaca “carácter de especificativa o determinativa de derechos”. Lo mismo la del 5 de marzo de 1991 “la tesis que le asigna carácter determinativo o especificativo de derecho...” es la que “informa la moderna jurisprudencia”. Doctrina que reiteran las sentencias de 3 de febrero de 1999, 28 de mayo de 2004 y 12 de febrero de 2007 (...) Consecuencia de todo lo expresado y de la doctrina jurisprudencial consolidada y conforme al artículo 1068 del Código civil el primer efecto de la partición es la atribución al coheredero o legatario de parte alícuota, la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se le

hayan adjudicado. Es decir, no basta una atribución en el testamento, sino es precisa la adjudicación en la partición».

Por otro lado, en cuanto a la situación de precarista del demandado, en opinión del TS en la Sentencia comentada, «la situación de precarista del demandado y ahora recurrente es evidente. Conforme a lo expuesto en el apartado anterior, éste se halla en clara situación de precario. Tiene la posesión inmediata de la vivienda que ocupa sin ser propietario, sin pago alguno de renta o merced, la cual se adjudicó el dominio a su hermana tras la división judicial del patrimonio hereditario de los padres. Y ésta, su hermana, tiene posesión mediata, como propietaria de la finca, como dispone el artículo 440 del Código civil, posesión denominada “civilísima” que contempla expresamente la sentencia del 21 de octubre de 2008 que dice: “Procedimiento encaminado a proporcionar a quien tiene un título hereditario la posesión de los bienes que le corresponden en la herencia en virtud del *ius possidendi* que dicho título le confiere, pudiendo de este modo hacer notoria la posesión civilísima que adquiere el heredero en virtud de lo dispuesto en el artículo 440 del Código Civil, que declara transmitida a él *ipso iure* la posesión de dichos bienes sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante”».

c) *Comentario*

Esta sentencia hay que ponerla en relación con la STS 20 de enero de 2014 en la que se fija como doctrina en interés casacional (por la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias) que la esposa del causante, instituida legataria del usufructo universal de la herencia tiene legitimación para el ejercicio de la acción de desahucio por precario frente a los instituidos herederos, hijos del causante. En este caso en concreto, la madre había formulado demanda de desahucio contra su hijo que ocupaba la vivienda familiar, dada su condición de usufructuaria vitalicia universal de la herencia de su esposo. La vivienda ocupada por el hijo formaba parte de la sociedad de gananciales configurada con su esposo fallecido.

El Juzgado de instancia desestimó la demanda al entender que, dado que la sociedad de gananciales no había sido liquidada y que la herencia no había sido objeto de partición, el bien litigioso pertenecía a todos los herederos sin distribución de cuotas, no actuando la actora en beneficio de la comunidad hereditaria, sino en el suyo propio.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo estimó sobre la base de que la finca objeto del litigio formaba parte de la sociedad de gananciales constituida entre la demandante en primera instancia y su difunto esposo y que, además, era usufructuaria de su

herencia en virtud del legado otorgado en testamento, que fue objeto de aceptación y adjudicación parcial, por lo que su condición de legataria del usufructo universal la legitimaba para el ejercicio de su pretensión frente al hijo demandado, cuya posesión calificaba de precario por no encontrarse amparada por *comodato* ni ningún título. El TS confirma la Sentencia de la Audiencia.

Merece destacarse la doctrina contenida en el F. J. 2.º de la citada STS de 20 de enero de 2014: «Desde la perspectiva metodológica y conceptual que debe presidir la fundamentación debe señalarse, con carácter preliminar, que la cuestión doctrinal no debe reconducirse, en rigor, a la tradicional polémica con ocasión del desahucio por precario entre coherederos cuando la herencia permanece indivisa; cuestión, por otra parte, ya desarrollada doctrinalmente por esta Sala en las SSTS de 16 de septiembre de 2010 y 28 de febrero de 2013, y precisada conceptualmente en la reciente sentencia de 29 de julio de 2013 (núm. 501/2013).

En efecto, desde la perspectiva analítica enunciada debe resaltarse que de la situación de indivisión, propia de la comunidad hereditaria, no se infiere una fundamentación o razón lógico-jurídica suficiente en orden a explicar la posible correlación o juego de los derechos hereditarios en liza cuando, precisamente, dicha concurrencia de derechos, en sí misma considerada, escape del fenómeno abstractivo de la indivisión por venir alguno de los derechos en liza ya plenamente determinado o concretado.

Esta autonomía o proyección del derecho hereditario ha sido recientemente desarrollada por esta Sala a propósito de la naturaleza y caracterización del *ius delationis* en el curso del fenómeno sucesorio, destacándose la razón de equivalencia y unidad entre ambos. Así, en la Sentencia de 20 de julio de 2012 (núm. 516/2012), en torno a la equivalencia entre la unidad del fenómeno sucesorio y esencialidad del *ius delationis*, se destaca que la fórmula de la renuncia traslativa, a tenor del artículo 1000.1 del Código Civil, comporta una implícita aceptación *ex lege* de la herencia y, por tanto, del *ius delationis*, que no se transmite al haberse ya ejercitado, de forma que dicha aceptación de la herencia es la que causaliza al inmediato negocio de atribución que se realice. En parecidos términos doctrinales, la sentencia de 30 de octubre de 2012 (núm. 624/2012) resalta como la figura del fideicomiso de residuo se integra en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio en el que venga previsto como una proyección de la centralidad y generalidad que presenta la institución de heredero, de suerte que el fideicomisario trae directamente causa adquisitiva del fideicomitente o testador, ya que el fiduciario, a estos efectos, no fracciona la unidad del fenómeno sucesorio sin

transmitir derecho sucesorio alguno que no estuviese ya en la esfera hereditaria del heredero fideicomisario.

Por su parte, en orden a la razón de equivalencia señalada, la sentencia de pleno de esta Sala, de 11 de septiembre de 2013 (núm. 539/2011), precisa que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente.

4. En el presente caso, la inalterabilidad del *ius delationis*, como razón informadora del derecho hereditario, comporta que la legataria del usufructo universal de la herencia ostente la legitimación y atribución de facultades que le infiere el legado como derecho hereditario ya plenamente delimitado y concretado en el curso del fenómeno sucesorio, con independencia de su posible concurrencia con los demás derechos hereditarios que resulten sujetos a la situación de indivisión de la comunidad hereditaria y, por tanto, a su posterior determinación en titularidades concretas sobre bienes determinados a través del cauce particional.

Máxime, en el presente caso, en donde, como señala acertadamente la sentencia de la Audiencia, la constitución del legado responde a una válida disposición testamentaria resultando refrendada por la beneficiaria en una escritura de aceptación y adjudicación parcial de la herencia, el 2 de julio de 2008».

La STS 20 enero 2014 se refiere, como se ha visto, a un supuesto en el que la demandante era legataria de usufructo universal de la herencia y copropietaria del inmueble. Se le reconoce legitimación para ejercitar la acción de desahucio por precario contra un coheredero, su hijo, con independencia de su posible concurrencia con otros derechos hereditarios que resulten de la situación de indivisión de la comunidad hereditaria, teniendo en cuenta la plena determinación

actual de su derecho, conforme a la doctrina jurisprudencial sobre la unidad del fenómeno sucesorio y esencialidad del *ius delationis*.

Por su parte, en la Sentencia objeto de comentario, STS 28 mayo 2015, ya se ha procedido a la partición, con lo que los derechos indeterminados sobre el total contenido de la herencia se individualizan y se transforman en derechos concretos sobre los bienes adjudicados, de modo que la titularidad sobre los mismos deviene en una titularidad ordinaria. De este modo, no hay duda acerca de la legitimación del propietario del bien en cuestión para ejercitar la acción de desahucio por precario frente a cualquiera de los anteriores coherederos que ostenten la posesión del bien.

No obstante, la cuestión que ha dado lugar a soluciones discrepantes en la jurisprudencia es si el coheredero que, antes de la partición y mientras dure la indivisión, posee un bien de la herencia con carácter exclusivo puede ser considerado precarista y por ello, ser demandado por sus coherederos para que cese en este tipo de posesión.

En la jurisprudencia menor se han mantenido dos posturas: a) la de admitir la viabilidad de la acción, puesto que aunque el heredero poseedor no carece de título, éste no justifica una posesión exclusiva; b) la de no admitir el ejercicio de la acción debido a la indeterminación provisional de las titularidades de los coherederos sobre los bienes mientras subsista la situación de indivisión⁸.

Dicha controversia fue resuelta por la STS 16 septiembre 2010 (RJ 2010, 6977), donde en opinión del Alto tribunal, en «el período de indivisión que precede a la partición hereditaria los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realiza, y en este estado de indivisión, ningún heredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria, de manera que la partición tiene carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados, siendo precarista el coheredero en indivisión que hace uso exclusivo».

Esta doctrina es confirmada por la posterior STS 28 febrero 2013 (RJ 2013, 2161) conforme a la cual «(e)n el caso que se examina, el demandado está usando la finca objeto del desahucio de manera excluyente, frente al resto de los coherederos; la finca forma parte de una herencia no dividida, y la demanda pretende recuperar la finca objeto de desahucio para la comunidad hereditaria, motivo por el que concurren los presupuestos fijados por esta Sala, que permiten declarar el desahucio».

⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* GONZÁLEZ VALVERDE, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2015, pp. 1 ss.

Asimismo, conviene reseñar la STS 14 febrero 2014 (RJ 2014, 954), donde se afirma que «el supuesto en cuestión se encuadra metodológicamente en el ámbito de la protección posesoria de las cosas comunes de la herencia durante el periodo de indivisión de la misma (artículos 445 y 450 del Código Civil), de forma que aunque se admite la coposesión, y su tutela, ello no autoriza a ningún coheredero a que posea con carácter exclusivo un bien que pertenece pro-indiviso a la comunidad hereditaria. Lo actuado en este sentido comporta una clara extralimitación objetiva del derecho de posesión del coheredero y como tal un perjuicio o despojo injustificado para el resto de los coherederos. En segundo término, sentado lo anterior, debe señalarse que esta ratio (razón) de la tutela dispensada debe prevalecer e informar el contexto doctrinal debatido. En efecto, en este sentido el recurso práctico hacia la viabilidad en estos supuestos del controvertido desahucio por precario no debe entorpecer la aplicación paulatina de la protección específica de la posesión ya mediante su defensa interdictal o, en su caso, por medio de la acción publiciana, pues el coheredero poseedor no tiene la posición de un mero precarista (sin título alguno, salvo la simple tolerancia)».

4. CAUSANTE HIPOTECANTE NO DEUDOR Y PARTICIÓN DE LA HERENCIA. PAGO POR LA COMUNIDAD HEREDITARIA DE DEUDA PROPIA DE UN HEREDERO. STS (SALA 1.^a) 26 FEBRERO 2016 (RJ 2016, 763)

a) *Antecedentes fácticos*

En el presente caso se había realizado la partición de la herencia por el albacea-contador partidador designado testamentariamente. Uno de los herederos ejercita acción de rescisión por lesión. Los antecedentes fácticos que dan lugar a la demanda podrían resumirse del modo siguiente:

La causante había hipotecado un inmueble de su propiedad para garantizar una deuda del heredero demandante. La comunidad hereditaria, mediante un préstamo concedido por uno de los coherederos, procede a satisfacer la deuda y de este modo cancelar la hipoteca, que recaía sobre el único bien importante existente en el caudal hereditario. Estos elementos (la deuda del coheredero y el pago del importe de la misma) se tienen en cuenta a la hora de realizar la partición por el albacea de modo que finalmente al actor se le adjudica un crédito contra sí mismo por importe de 29.110,91 euros. En la contestación a la demanda los herederos se oponen a la

misma y solicitan reconvencción para que se condene al actor a abonar al resto de los coherederos la cantidad de 26.285,08 euros, en concepto de devolución del préstamo solicitado por la comunidad hereditaria para liberar la finca.

El JPI desestima tanto la demanda como la reconvencción. En opinión del juzgador, de la prueba practicada se deduce que la actuación del albacea-contador partidor fue correcta y no incurrió en mala gestión.

La AP desestima el recurso de apelación de la parte demandante y estima el recurso de los demandados, en lo referente a su reconvencción. De acuerdo con la sentencia de la Audiencia el actor debería pagar a cada uno de sus cuatro hermanos la cantidad de 6.571,27 euros. Según su interpretación, la comunidad no se subroga en los derechos del prestamista, sino más bien el partidor incluye en el activo de la herencia el importe satisfecho para liberar el inmueble, en tanto que forma parte del caudal relicto.

Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo.

b) *Doctrina*

Se contiene en el F. J. 2.º de la Sentencia: «1. La parte demandante, al amparo del ordinal tercero del artículo 477. 2 LEC, interpone recurso de casación que articula en tres motivos.

(...)

Por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser desestimados.

1. Con relación al primer motivo, debe señalarse que la aplicación del artículo 1158 del Código Civil resulta procedente en el presente caso, pues la hipotecante no deudora, a los efectos del citado artículo, tiene la condición de tercero interesado en el cumplimiento de la obligación [entre otras, STS de 3 de febrero de 2009 (núm. 18/2009)]. Posición que concurre en los coherederos que suceden a ésta y realizan el pago.

En esta línea, ha quedado acreditado que dicho pago se hizo en interés de la comunidad hereditaria pues, sin duda, la realización del pago de la deuda, facilitado por un préstamo sin interés de uno de los coherederos, evitó que el inmueble (bien principal de la herencia) disminuyera su valor, dado los elevados intereses de demora que comportaba el impago de la deuda por el actor.

Considerada la validez del pago, tampoco cabe establecer objeción alguna a la actuación particional de la albacea que incluye en

el activo de la herencia el importe satisfecho para liberar la carga del inmueble de la herencia. En efecto, ante los incumplimientos del demandante y constante ya la comunidad hereditaria, la validez y finalidad del pago realizado debe reputarse como un gasto necesario para la preservación del valor del bien principal del haber hereditario, es decir, por razón o interés de la comunidad. Gasto que además trae causa de los préstamos concedidos al coheredero demandante y cuyo pago también le ha sido útil y beneficioso al comportar la citada liberación de la carga que pesaba sobre el bien hereditario. Por lo que, aunque no lo consintiera, el gasto ha sido útil y debe ser a su cargo y responsabilidad, y no del resto de los coherederos (artículos 1063 y 1064 del Código Civil).

De ahí, como declara la sentencia de la Audiencia, que la inclusión de este crédito en el inventario de la herencia resulte ajustada a derecho y acorde con la naturaleza o función de las operaciones particionales, destinadas a resolver patrimonialmente el estado de indivisión de la comunidad hereditaria, con el recurso, como en el presente caso, a la correspondiente operación de liquidación particional del haber hereditario.

Conclusión que también viene destacada por ambas instancias cuando declaran la ausencia de responsabilidad del albacea-contador partidador por haberse ajustado a las facultades conferidas por la testadora, en el marco legalmente establecido. Todo ello, a su vez, en concordancia con el principio de *favor partitionis*.

2. Lo anteriormente expuesto, con relación al primer motivo del recurso, sirve también como fundamento de la desestimación del segundo motivo. En donde la parte recurrente pretende justificar la exclusión del crédito de los coherederos en el activo de la herencia recurriendo, esta vez, al efecto de subrogación en el crédito satisfecho que, según su criterio, se deriva del pago realizado.

Sin embargo, como precisa la sentencia de la Audiencia, este supuesto de subrogación no resulta aplicable al presente caso, en donde la comunidad hereditaria no pretende la subrogación en el crédito pagado, ni compele a la entidad acreedora para ello (artículo 1159 del Código Civil), sino que se limita al pago de la deuda que libera de cargas al bien hereditario y, con ello, a ejercitar el derecho a recuperar las cantidades satisfechas en la medida de la utilidad o beneficio que para el deudor ha reportado el pago realizado; tal y como dispone el inciso final del artículo 1158 del Código Civil que reconoce esta acción de enriquecimiento en favor del *solvens* que paga, incluso con la oposición del deudor, caso que nos ocupa. Pago que, a mayor abundamiento, se realiza respecto de préstamos ya vencidos y sin posibilidad de prórroga alguna; de ahí el efecto extintivo

y liberatorio de la deuda para el coheredero demandante y consiguiente nacimiento de un nuevo derecho de crédito para los restantes con herederos que, dada la naturaleza y finalidad del pago, lo instrumentalizan correctamente en el marco de las operaciones particionales realizadas por el albacea designado.

3. El tercer y último motivo del recurso también debe ser desestimado tanto por la forma con que se formula, como por la cuestión de fondo que plantea.

En el primer aspecto indicado, el motivo se formula con una indebida técnica casacional, mezclando infracciones genéricas de preceptos relativos al ámbito de la interpretación del contrato con la doctrina de los actos propios, todo ello con la cita de una sentencia del Tribunal Constitucional en la que simplemente se contempla la definición de dicha doctrina, sin mayor relación con las circunstancias del caso aquí enjuiciado.

En el segundo aspecto indicado, el recurrente alega que el pago realizado respondió a un acto de liberalidad de los restantes coherederos tendentes a la condonación de la deuda contraída. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina general del pago del tercero, dicha liberalidad debe ser probada y no puede inducirse simplemente del pago realizado, máxime cuando el *solvens* justifica la onerosidad del interés que movió a realizar dicho pago. En esta línea, la sentencia de la Audiencia descarta la condonación de la deuda en el cuaderno particional realizado.

En cualquier caso, y en contra de lo argumentado por el recurrente en este motivo, basta con la lectura del cuaderno particional de 31 de marzo de 2010, particularmente de su apartado quinto relativo a la distribución de los bienes adjudicados, en donde justifica la diferencia de lotes por la necesidad del pago realizado que «generó como activo a favor de la comunidad hereditaria un crédito contra el deudor» precisándose, además, que no se hace partícipe al recurrente de otras partidas de deuda menores por su situación de insolvencia. Crédito en favor de los restantes coherederos que se instrumentaliza en la partición y que ahora no puede desconocer el recurrente pues, precisamente, fue el motivo central de su oposición al cuaderno particional».

c) *Comentario*

De esta sentencia del TS hemos de destacar dos cuestiones principales, una de ellas es el de la determinación de las consecuencias que deba tener el pago por un tercero. En este caso algunos de los participantes en la comunidad hereditaria proceden al

pago de una deuda particular de uno de los herederos en garantía de la cual la causante hipotecó un bien de su propiedad que, abierta la sucesión, pasa a formar parte del *caudal relicto*.

La calificación de la condición del tercero, en cuanto interesado en el pago o no, así como la conducta del propio deudor respecto de ese pago, servirán para esclarecer si el tercero que pagó tiene algún derecho a recuperar lo pagado en su totalidad o en parte.

La segunda cuestión y conectada con la anterior, es si dada la liberación del coheredero deudor, el derecho de crédito surgido para los restantes coherederos (que pagaron) puede instrumentalizarse en el marco de las operaciones particionales realizadas por el albacea designado testamentariamente.

En el caso de la Sentencia objeto de comentario la comunidad hereditaria efectúa el pago con el fin de evitar la ejecución de la garantía hipotecaria constituida por el causante para garantizar el pago de la deuda. Por ello, quien realiza el pago es un hipotecante no deudor, un responsable no deudor. Podría entenderse, entonces, que el tercer hipotecante no deudor es un sujeto interesado en el cumplimiento de la obligación de acuerdo con los artículos 1158.1 y 1210.3 CC.

En este caso el interés vendría representado por el grado de vinculación del sujeto con la obligación que paga, puesto que, ante el impago, el acreedor puede agredir su patrimonio (en el supuesto comentado el hipotecante no deudor puede perder el inmueble como consecuencia de la ejecución de la garantía hipotecaria).

Cuando el tercero pagó en contra de la voluntad del deudor, como es el caso objeto de comentario, queda el recurso a la *actio in rem verso* o de enriquecimiento injusto del artículo 1158.III CC. En el caso de la Sentencia comentada el Tribunal Supremo considera que lo procedente es indemnizar al tercero en la medida en que el pago le hubiera sido útil (efectos del art. 1158.III CC), puesto que el momento que se toma como referencia para formular la oposición es el del pago mismo.

Para justificar el interés en el pago del hipotecante no deudor (que radica precisamente en evitar la ejecución hipotecaria de su inmueble) y considerarlo como un sujeto facultado para pagar, en la Sentencia el Tribunal Supremo trae a colación la anterior STS 3 febrero 2009. En opinión del TS en esta sentencia, el hipotecante por deuda ajena tiene el derecho de subrogación del artículo 1210.3.º CC. Continúa afirmando el TS que, aunque el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago, lo importante es determinar «si tiene interés en el cumplimiento», según el precepto. La sentencia comentada entiende que existe el interés «cuando

de un acto o de una omisión se deriva un beneficio o ventaja o se evita un perjuicio o desventaja; el interés aludido en la norma se refiere al cumplimiento de la obligación; y es procedente comprender tanto el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aun cuando en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquella». La STS 3 de febrero de 2009 considera que el artículo 1210.3 CC contempla un supuesto de subrogación legal, que se produce automáticamente, sin que se precise la voluntad de las personas ligadas por la relación obligatoria.

Por consiguiente, se entiende que la comunidad hereditaria que paga la deuda garantizada con hipoteca tiene la condición de tercero interesado en el cumplimiento de la obligación y dispone de una acción de reembolso.

Una resuelta esta primera cuestión, procede dictaminar a continuación, si el reembolso se puede articular en la partición o si esta acción debería ejercitarse por los coherederos frente al deudor una vez concluida la partición y al margen de la misma. La Sentencia objeto de comentario opta por la primera solución, por un lado, puesto que la partición es una forma de liquidación de la comunidad y el crédito ya estaba en la misma, por otro lado, sobre la base el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (*vid.* STS de 15 de enero de 2013).

En conclusión, en esta Sentencia, el TS interpreta que la liquidación, en cuanto que operación de la partición, podrá comprender, por lo tanto, los gastos generados por la propia partición, pero también reintegros y compensaciones recíprocas entre los coherederos y el pago de las deudas hereditarias.

5. NULIDAD DEL CUADERNO PARTICIONAL. IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DEL OBJETO. STS (SALA 1.ª) 12 FEBRERO 2016 (RJ 2016, 544)

a) *Antecedentes fácticos*

En esta Sentencia se discute acerca de la posible nulidad de cuaderno particional por adjudicación con imposibilidad de objeto.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda principal y estima la demanda reconvenzional. Al declarar la validez del cuaderno particional se declaran válidas las cantidades fijadas en concepto de compensación a cargo de los actores cuyo cupo es de

mayor valor que el del resto de coherederos. El Juzgado de Primera instancia sostiene que cualquiera de las partes podrá instar la modificación en el catastro para que este se ajuste a los dos cupos fijados en el cuaderno particional.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia.

La Audiencia considera que el hecho de que la finca no pueda ser objeto de segregación conforme a la normativa urbanística, en modo alguno convierte el inmueble en ilícito o fuera del comercio, puesto que los herederos a quienes se adjudica la casa pueden disponer y usar de la misma como tengan por conveniente, ostentando un título de propiedad sobre la misma.

El Tribunal Supremo desestima la nulidad de la partición hecha por el contador partidor, solicitada por haber configurado uno de los lotes como cosa imposible, por no ser lícita su segregación ni poder disponer del bien o inscribirlo en el Registro de la Propiedad.

b) *Doctrina*

F. J. 2.º: «2. Como cuestión previa, debe señalarse que en la sentencia de esta Sala que cita el recurrente, esto es, la STS de 26 de julio de 2000 (núm. 791/2000), cuya cuestión nuclear versa sobre la venta de una finca edificada en una parte de su extensión, segregada de otra mayor y cuya superficie no se adecua a la mínima exigible por la normativa aplicable a la zona al tiempo de la celebración del contrato, la referencia que realiza, en orden a la nulidad contractual por ilicitud o imposibilidad jurídica del objeto, responde a un supuesto claramente diferenciable del aquí enjuiciado, tal y como claramente se desprende de su propia argumentación, (párrafo último, del fundamento de derecho cuarto): “[...]»

Por último, en cuanto al tercer submotivo, en el caso que se cuestiona la apreciación de falta de causa, posiblemente el supuesto de autos, en puridad técnica, no encuentre su mejor acomodo en los arts. 1275 y 1261.3.º CC, en cuanto que realmente no se afecta a la función económico-social o práctica de la compraventa (causa objetiva), ni el contrato responde o persigue una finalidad ilícita, como tampoco parece que se dé una hipótesis de afección de un motivo causalizado (que no es supuesto resolutorio, como se afirma en el motivo, sino más bien incardinable en la falsedad de causa del art. 1301 CC), que habría exigido que circunstancias externas al objeto principal del contrato se incorporen a su base como común representación o motivo del contrato concreto. Habida cuenta las circunstancias concurrentes quizás sería mejor solución la de entender

que se da una nulidad contractual por ilicitud o imposibilidad jurídica del objeto (arts. 1271 y 1272), porque la normativa aplicable no permite la segregación de la parcela edificada con la superficie que se segrega, por lo que se trata de una transmisión de una cosa no susceptible de tráfico jurídico. En cualquier (*sic*) concurre la infracción de la normativa urbanística que produce la nulidad contractual (arts. 6.3 y 1255 CC) que aprecia la Sentencia recurrida, sin que se produzca problema alguno en relación con los efectos reintegratorios derivados de la ineficacia al ser similares los de la nulidad radical y los de la nulidad relativa, como señala reiterada jurisprudencia (Sentencias 29 de octubre de 1956, 22 de septiembre de 1987, 30 de diciembre de 1996, 16 de mayo de 2000, entre otras)”.

Hecha esta matización, la argumentación que sustenta la parte recurrente no puede ser compartida por esta Sala, con arreglo a la siguiente fundamentación jurídica.

En primer lugar, porque la delimitación del objeto del contrato, por definición con una carga elevada de ambigüedad, si no se la quiere confundir con otros planos diferenciados de la dinámica contractual (entre otros, prestación del contrato, motivos que informan la causa del mismo o su base negocial y, en su caso, los riesgos derivados), tiene que quedar referenciada jurídicamente de acuerdo con las categorías generales de posibilidad, licitud y determinación que establecen los artículos 1271, 1272 y 1273 del Código Civil, respecto de todos aquellos bienes susceptibles de una valoración económica que corresponda al interés de las partes en la relación jurídica de que se trate.

En esta línea, y en segundo lugar, la aplicación con carácter general de las categorías de posibilidad y determinación no plantea, en el presente caso, ningún problema de interpretación respecto de su aplicación en sede particional. En efecto, los bienes objeto de la partición tienen una existencia actual y, a su vez, se hallan perfectamente identificados o determinados en el cuaderno particional.

Sin embargo, en lo atinente al prisma de la licitud como presupuesto del acto o negocio, supuesto en donde se referencia la imposibilidad del objeto aquí planteada, la aplicación generalizada de este requisito debe ser matizada en el ámbito de la partición hereditaria, al menos como presupuesto de la nulidad de la misma. En este sentido, debe precisarse que, dada la distinta naturaleza y alcance de la partición respecto de la relación contractual, propiamente dicha, la imposibilidad jurídica que afecte a un determinado bien de la partición, como presupuesto de nulidad, tiene una concreta vía de aplicación cuando comporta una vulneración frontal

del principio de igualdad en la conformación de los lotes de la partición (artículo 1061 del Código Civil). Todo ello, de acuerdo a los remedios expresamente previstos por el Código Civil: rescisión por lesión, adicción o complemento y, en su caso, modificación del cuaderno particional.

En tercer lugar, y en concordancia con lo anteriormente señalado, porque ambas instancias aplican correctamente el principio de *favor partitionis* en orden a la validez de la partición realizada.

En esta línea, conviene señalar que tanto la Propuesta de Reforma del Código Civil de la Comisión de Codificación (art. 1303), como los PELC (art. 4:102) y la DCFR (art. II:102), en orden a favorecer la validez del contrato ya trasladan la problemática que se deriva de la imposibilidad jurídica del objeto a otras sedes normativas (caso del incumplimiento del contrato).

Por último, y en cuarto lugar, como con detalle indica la sentencia de primera instancia, porque la imposibilidad del objeto respecto a su posible acceso al Registro de la Propiedad tampoco se da. Pues, de acuerdo a la concentración parcelaria realizada, cabe la posibilidad para la parte demandante de agrupar en una sola parcela, idónea para su inscripción, todas las edificaciones de su titularidad».

c) *Comentario*

Conviene, en opinión del TS en la Sentencia comentada, diferenciar categorías jurídicas. Por lo que se refiere al objeto del contrato el mismo debe ajustarse a las «categorías generales de posibilidad, licitud y determinación que establecen los artículos 1271, 1272 y 1273 del Código Civil». En este caso en concreto no presenta ninguna duda la posibilidad y determinación del objeto, trasladando su aplicación a la sede particional; puesto que los bienes objeto de la partición tienen una existencia actual y se encuentran identificados en el cuaderno particional.

Por otro lado, en lo referente a su licitud, «la aplicación generalizada de este requisito debe ser matizada en el ámbito de la partición hereditaria, al menos como presupuesto de la nulidad de la misma». En este sentido, este requisito se manifiesta en sede particional en el principio de igualdad en la conformación de los lotes de la partición (art. 1061 CC), con la consecuencia, en su caso, no ya de la nulidad, sino de la rescisión por lesión, adicción o complemento de la partición.

Un argumento de peso en este caso para no estimar el recurso de casación es el del *favor partitionis*. En relación con todo lo anteriormente expuesto conviene traer a colación una sentencia anterior del

TS, de 12 de marzo de 2009, en cuyo Fundamento Jurídico 7.º se expone lo siguiente: «Aún en la hipótesis de considerar ejercitada la acción de nulidad, ello no equivale a tener por existentes los presupuestos que permiten su estimación, siendo la decisión de la Audiencia de preservar la eficacia de la partición hecha por el contador partidor dativo, vistas las circunstancias del caso, plenamente conforme con la doctrina de esta Sala. Ello es así porque no puede obviarse que en materia de nulidad, rescisión y hasta modificación de las particiones, predomina, en general, el llamado “principio de conservación” siendo la tónica legal, acusada en el propio articulado de nuestro Código Civil, el evitar, en cuanto ello sea posible, que las particiones se anulen o rescindan, y en el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala, sostenida, entre otras, en las Sentencias de 2 de julio de 1904, 5 de mayo de 1920, 17 de abril de 1933, 17 de abril de 1943, 6 de marzo de 1945, 17 de marzo y 5 de noviembre de 1955, 30 de abril de 1958 y 13 de octubre de 1960, todas ellas mencionadas por la de 25 de febrero de 1969. Consecuencia de ello es la interpretación restrictiva de la nulidad y la rescisión de la partición. Y dado que, según la Sentencia de 14 de mayo de 2003, rec. 2873/1997, “la nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código civil sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico (así, la sentencia de 13 de junio de 1992 lo dice, refiriéndose a ‘las mismas causas que las de los contratos’)”, solo se producirá “cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concorra con vicio del consentimiento o un defecto de capacidad”, lo que no es el caso. Si la omisión de bienes (frutos, rentas e intereses) no es motivo de nulidad, tampoco el segundo de los argumentos expuestos por la parte recurrente, que incide en la tesis de la nulidad radical de la partición por ser contraria a derecho, merece una respuesta estimatoria. Ciertamente, la posibilidad de que la división de dos fincas registralmente independientes tenga lugar como una unidad, mediante la formación de lotes proporcionales a la cuota de cada condómino es cuestión nada pacífica, pues siendo un procedimiento que esta Sala ha admitido en alguna ocasión (así, la Sentencia de 27 de julio de 1994, rec. 3239/1991, que cita la de 31 de octubre de 1989, acepta la formación de lotes en la división de varias fincas o inmuebles indivisibles, “pero que estimados en su conjunto no lo son en cuanto pueden atribuirse de aquella manera a cada uno de los partícipes”, solución que encuentra su razón de ser en que esta Sala no impone la aplicación mecánica del artículo 404 CC, a pesar de que el conjunto no era objeto único de copropiedad sino cada uno de los inmuebles, facilitando a la hora de

materializar la división “una solución armónica con la realidad económica, evitando la subasta pública para salir de la indivisión, que se halla en la formación de lotes, siempre que no haya mucho desmerecimiento”), también en otras ocasiones se ha seguido el criterio contrario, siendo ejemplo de esta última postura la sentencia citada por la parte recurrente, de 30 de julio de 1999, rec. 213/95, que señala que “las únicas formas de proceder al cese de la situación de indivisión en caso de que las cosas en proindivisión sean indivisibles son las previstas en los artículos 404 y 1062 del Código Civil, sin que proceda, en caso de ser varios, como aquí sucede, los bienes poseídos en común, la formación de lotes como dispone el artículo 1061 de citado Cuerpo legal, precepto aplicable únicamente en los supuestos en que exista una comunidad universal de bienes en que los comuneros ostentan una participación indivisa sobre la totalidad del patrimonio en común y no sobre cada uno de los bienes concretos que lo integran”. Ahora bien, véase que la formación de lotes se proscribió para el supuesto concreto en que consta acreditado que las cosas en condominio son indivisibles, no existiendo además aceptación por los partícipes de esta forma de división material, circunstancias ajenas a las del presente caso, pues ni la indivisibilidad ha sido probada (cuestión de hecho que no procede revisar en casación) ni, esto es lo más importante, las demandantes mostraron desde un principio su oposición clara y rotunda a que les fueran adjudicados pisos o locales concretos, en pago de su cuota parte proporcional en la comunidad (...). En consecuencia, y como fácilmente se observa leyendo el resto de la fundamentación jurídica, la demanda no se planteó en términos que permitan de forma inequívoca colegir que se estaba instando la nulidad de la partición por ser contraria al régimen legal aplicable en defecto de pacto, y a la jurisprudencia que se cita como infringida, sino que la intención de las demandantes no iba más allá de lograr una nueva valoración de los bienes y de que fueran incluidos los omitidos, aspectos que nada tienen que ver con la ineficacia radical de la partición por una pretendida vulneración del régimen aplicable, que es lo que ahora se postula en casación, de manera novedosa, excediendo completamente de la materia que constituyó el objeto de debate en primera instancia».

El último argumento empleado para defender la validez de la partición realizada es el recurso a la reinterpretación del Derecho nacional conforme al Derecho armonizado europeo, como sucede en algunas de las últimas Sentencias del Tribunal Supremo, sobre todo en sede contractual.

Esta regla según la cual es nulo el contrato en los supuestos en los que el objeto del contrato sea imposible *ab initio* debe considerarse superada en cuanto que supone un límite injustificado a la autonomía privada. Y es que, en efecto, existen ámbitos de contratación en los que las partes «negocian en entornos de incertidumbre o con limitado conocimiento de la realidad sobre la que contratan. No se ven razones para no reconocer un interés, y que sea útil y legítimo celebrar contratos para poder proteger ese interés, aunque recaiga sobre objetos que más tarde se revelan como inexistentes u originariamente imposibles»⁹.

En esta línea, en el *Draft Common Frame of Reference* la imposibilidad inicial se equipara a la imposibilidad que tiene lugar cuando se ha perfeccionado el contrato, de modo que el contrato no será nulo y los remedios disponibles serán los propios del incumplimiento, como la resolución del contrato o la indemnización de daños y perjuicios¹⁰.

Por último, en el caso de la Sentencia comentada, entiende además el Tribunal Supremo que no existe tal imposibilidad, puesto que es posible inscribir la finca en el Registro de la Propiedad.

6. NULIDAD DEL CUADERNO PARTICIONAL. NATURALEZA PERSONALÍSIMA DEL CARGO DE CONTADOR PARTIDOR. STS (SALA 1.ª) 6 DE MAYO DE 2013 (RJ 2013, 8072)

a) *Antecedentes fácticos*

En este caso se produjo nombramiento de un contador-partidor en las respectivas testamentarias de Jesús Luis y Crescencia, con amplias facultades y prórroga del plazo legal prohibiéndose la intervención judicial de las mismas, con la consecuencia, en otro caso, de quedar reducida la participación en la herencia a la legítima estricta o corta (*cautela soccini*).

En fecha 16 de febrero de 2006 el contador-partidor nombrado procedió a la aceptación del encargo, si bien el mismo no tuvo intervención real en la realización del cuaderno particional. Queda acreditado en el procedimiento que fue en ese momento cuando sus sobriñas, demandantes en primera instancia y recurrentes en casación, lo citaron en la mencionada fecha, para que aceptara el cargo y firmara la propuesta de cuaderno particional que ellas habían preparado.

⁹ RIBOT IGUALADA, *RDC*, 2015, p. 23.

¹⁰ BOSCH CAPDEVILA, 2012, p. 462.

Isabel y Sagrario formularon demanda frente a Carlos José, sobre división de cosa común. El demandado contestó a la demanda y, asimismo, formuló reconvencción en la que solicitaba la declaración de nulidad del cuaderno particional elaborado por el contador-partidor D. Carmelo.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda de división de cosa común y estimó la demanda reconvenccional, declarando la nulidad de las operaciones particionales.

Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto por las demandantes en primera instancia.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Isabel y Sagrario contra la sentencia de la Audiencia Provincial. En cuanto al recurso de casación, se había denunciado infracción de los artículos 904, 905 y 906 CC, en relación con los artículos 1056 y 1057 CC. En opinión de la parte recurrente, la sentencia de Primera Instancia declara como hecho probado que el contador partidor tuvo conocimiento de su nombramiento el 16 de febrero de 2006 y se terminaron las operaciones particionales con la protocolización de la escritura pública de fecha 15 de febrero de 2008, por lo que el cuaderno particional fue realizado dentro del plazo previsto en la Ley, no pudiendo ser impugnado por una inexistente caducidad en el cargo. En el segundo motivo se alega la infracción del 7 CC, ya que la conducta del reconviniendo después de la notificación del cuaderno particional creó la confianza de sus hermanas de que había aceptado la operación realizada.

b) *Doctrina*

Como se expresa en el F. J. 3.º: «2. En relación al presente motivo, conforme a lo ya señalado en el recurso extraordinario por infracción procesal, cabe señalar que la nulidad del cuaderno particional no se deriva del transcurso del plazo legal establecido, incluida su prórroga, desde que el contador partidor aceptó el encargo, sino de la no intervención del mismo en su redacción, hecho que en sí mismo evidencia, como señala la sentencia recurrida, el incumplimiento actual del meritado encargo y, por tanto, su caducidad al tiempo de presentarse la demanda que origina el presente litigio (artículo 910 del Código Civil).

En efecto, el cargo del contador partidor (artículo 1057 y 899 del Código Civil) se acepta a título personal, y salvo disposición contraria del testador, también resulta indelegable (SSTS de 20 de sep-

tiembre de 1999 y 25 de febrero de 2000) y al igual que ocurre con la figura del albacea, cuya normativa resulta aplicable, está sujeto, como deber jurídico, a la responsabilidad derivada por los perjuicios que pudiera ocasionar su ejercicio de forma dolosa o negligente (arts. 1101 ss. del Código Civil).

Dicha caracterización del cargo de contador partidador resulta reforzada cuando, como en el presente caso, el testador conforme a su voluntad testamentaria (art. 675 del Código Civil), hace uso de la *cautela socini* prohibiendo la intervención judicial en su testamentaría, de modo que al legitimario que la promueva ve reducida su parte hereditaria a la legítima estricta o corta, acreciendo la diferencia a los que presten su conformidad con lo realizado por el contador partidador.

3. Respecto al segundo motivo basta señalar que la demanda reconvenicional estuvo precedida de actos inequívocos en orden a la frontal oposición al cuaderno particional realizado, documentos nueve, diez y once de la demanda reconvenicional, de forma que no cabe plantearse los supuestos de aceptación tácita o de la protección de la confianza suscitada en virtud de la doctrina de los actos propios».

c) *Comentario*

Nos encontramos en este caso ante una partición realizada sin el concurso del contador-partidador nombrado expresamente por el testador para realizar las operaciones particionales.

Lo que se discute es si la ineficacia alcanza a la realización del encargo fuera del plazo o a la no realización en absoluto del encargo, decantándose el Tribunal Supremo por esta segunda opción. Ello determina la nulidad de la partición, puesto que una de las características de este cargo es su carácter indelegable, salvo autorización expresa del testador. Lo que no sucede en este caso, donde además el testador había introducido una *cautela socini*, de modo que cualquier intervención judicial en la testamentaría determinaría que el sucesor testamentario recibiese únicamente lo que por legítima le correspondería.

El de contador-partidador es un cargo personalísimo, de modo que el comisario ha de cumplir su misión por sí mismo, aunque no existe obstáculo para que pueda valerse de terceras personas cuando precise de expertos para realizar tareas técnicas¹¹.

Por otro lado, se trata de un cargo voluntario, puesto que debe ser aceptado libremente por el sujeto interesado para desarrollar sus funciones. Una vez aceptado, el cargo deviene irrevocable, y

¹¹ Vid. en la doctrina ESPEJO RUIZ, 2013, p. 90.

solamente podrá eximirse cumpliendo el encargo o acudiendo al juez para que le releve del cargo, si existe justa causa para ello¹².

La doctrina admite la posibilidad de una partición convencional aun cuando el testador haya nombrado un contador –partidor siempre que se dé el consentimiento de todos los coherederos, circunstancia que no se produce en el caso de la Sentencia comentada (como dice el TS «la demanda reconventional estuvo precedida de actos inequívocos en orden a la frontal oposición al cuaderno particional realizado»).

Se refrenda esta tesis en la STS 20 octubre 1992 (RJ 1992, 8090), donde los argumentos para admitir la partición convencional son los siguientes: «a) Si, en términos generales, y salvo supuestos excepcionales (existencia de algún interesado en la partición, que necesite de una protección especial), el nombramiento de contador-partidor se entiende hecho por el testador en beneficio de todos los herederos (para eliminar toda posible contención o litigiosidad entre ellos acerca de la forma de partir) parece evidente que si los herederos (desde luego, todos ellos mayores de edad y con la libre administración y disposición de sus bienes), por existir acuerdo unánime entre ellos (y excluida, por tanto, dicha posible litigiosidad), deciden efectuar, por sí solos, la partición, desaparece la razón justificativa de la intervención del contador-partidor. b) Si los herederos (todos mayores de edad y con capacidad civil plena), con acuerdo unánime, pueden partir la herencia del modo que tengan por conveniente, prescindiendo de las disposiciones del testamento, según reiterada doctrina de esta Sala, (...) es lógico que igualmente puedan hacerlo sin la intervención del contador-partidor (salvo, se repite, que el testador lo haya prohibido expresamente). c) Este es el criterio legislativo que siguen aquellos ordenamientos forales que, en sus previsiones normativas, se han ocupado de la regulación de esta materia»¹³.

7. NULIDAD DE LA PARTICIÓN. PARTICIÓN CONVENCIONAL. HIJO INCAPACITADO NO REPRESENTADO POR EL TUTOR. NECESARIA INTERVENCIÓN JUDICIAL. STS (SALA 1.ª) 18 DE OCTUBRE DE 2012 (RJ 2012, 9722)

a) *Antecedentes fácticos*

En el caso de la sentencia comentada, el padre falleció el 19 de julio de 1990 y la madre el 4 de enero de 2000. En sus respectivos

¹² ESPEJO RUIZ, 2013, p. 92.

¹³ Cfr. ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2013, p. 1723.

testamentos, legaron una finca a su hijo don Victoriano, que había sido declarado incapacitado judicialmente; cada uno la mitad puesto que la misma tenía carácter de bien ganancial. La madre ordenó otro legado a su hijo tutor del anterior, don Justiniano, bajo la condición de que asistiera y cuidara a su hermano incapacitado. Los otros cinco hermanos fueron instituidos herederos por partes iguales.

Tras el fallecimiento de la madre, se creó una comunidad de bienes constituida por los que habían recibido en vida de los padres como donación y por los que formaban el caudal relicto de las herencias, ya que anteriormente la madre era usufructuaria del patrimonio hereditario de su esposo.

En fecha 31 de mayo de 2000 los cinco hermanos herederos (cuatro son los demandantes en la instancia y recurrentes en casación), con exclusión de D. Victoriano, el incapacitado, don Justiniano, D. Maximiliano, doña Julieta, doña Miriam y doña Serafina (esta última, demandada en la instancia y parte recurrida en casación) procedieron a formar cinco lotes que incluían las fincas que habían recibido anteriormente por donación y los bienes relictos de las herencias de los padres, excluyendo los legados.

En fecha 15 de diciembre de 2000 los mismos otorgaron un protocolo de intenciones, que especificaba y completaba el acuerdo anterior.

El 15 de enero de 2001 se efectuó ante notario el sorteo de los lotes para extinguir la comunidad de bienes existente entre los coherederos.

El hermano incapacitado, D. Victoriano, no intervino por medio de defensor judicial, en las operaciones divisorias del patrimonio común.

Tras todo ello, se pretendió otorgar escritura de aceptación y partición de la herencia y adjudicación de los bienes a los cinco hermanos herederos, en ejecución de todos los acuerdos formulados por ellos y plasmados por escrito. No obstante, doña Serafina se negó a ello.

En consecuencia, los otros cuatro hermanos –don Justiniano, don Maximiliano, doña Julieta y doña Miriam– formularon demanda frente a su hermana, doña Serafina, con el objeto de que se declarase la validez de los negocios jurídicos sobre la partición de las herencias de los padres y se la condenara a otorgar la escritura pública para que la partición pudiera tener acceso al Registro de la Propiedad. El JPI desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, el mismo fue desestimado por la AP. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don Justiniano, Don Maximiliano,

Doña Julieta y Doña Miriam, contra la sentencia dictada por la AP, que se confirma.

b) *Doctrina*

F. J 2.º: «Todos los motivos del recurso giran alrededor de la afirmación de que los cinco hijos, sin contar con su hermano, incapacitado, dividieron el dominio de los bienes que eran suyos, lo que es cierto.

Pero lo que también es cierto es que tales bienes procedían del patrimonio del padre y de la madre, por donación, por legado y por herencia; por lo cual era partícipe, mal que les pese, el hermano incapacitado. Y en esta división –verdadera partición convencional– no lo representó el tutor, que era su hermano mayor y, al haber oposición de intereses, era precisa la intervención del defensor judicial. Al no hacerse así, la partición no es válida y fue desestimada la demanda. No puede obviarse que el legitimario puede ser instituido heredero (caso de los cinco hermanos) o no, por más que el Código civil emplea con harta frecuencia el término de “herederos forzosos”; al legitimario se le puede atribuir la legítima por cualquier título, dice el artículo 815 del Código Civil, por lo que, además de herencia, la puede percibir como donación o como legado, que puede ser el caso presente. En todo caso, conforme al artículo 818, es preciso fijarla sumando el *relictum* con el *donatum*».

c) *Comentario*

En esta Sentencia, además de la cuestión principal a la que se ha referido la doctrina jurisprudencial antes citada, se plantean otras cuestiones, como si cabe hacer la partición conjunta de padre y madre, a la muerte de ambos, o si es preciso liquidar previamente la sociedad de gananciales.

Al respecto, se pronuncia a favor de la primera solución con fundamento en anteriores pronunciamientos jurisprudenciales: «sentencias de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3978) y 19 de enero de 2012 (RJ 2012, 307), en el sentido de que es válida y no contravienen norma alguna, el que se haga la partición conjunta de los patrimonios hereditarios del padre y de la madre cuando fallece el último de ellos. Así, la segunda de las citadas sentencias dice: «Ya se ha dicho que sí cabe y que es frecuente en la realidad social, evitando así que tenga que practicarse la de uno y, después, la del otro o bien, lo que puede ser peor, practicar la del primero que fallece con todos los inconvenientes (que pueden ser

graves) para el supérstite (pago de impuestos, atribución de la legítima, etc.). Procesalmente, nada se opone a la acumulación de acciones, como ha sido dicho al resolver y rechazar el motivo segundo del recurso por infracción procesal. Materialmente, solo podría impugnarse si se alegara y probara violación de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima o vulneración del principio de equidad en la correcta formación de lotes o, incluso, adjudicación indiferenciada de bienes sin concretar los tercios de libre disposición y mejora, como es el caso que contempla la sentencia de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 300)».

En segundo lugar, se refiere la Sentencia comentada a la cuestión de la omisión de algún bien en el inventario y partición. Siguiendo la doctrina jurisprudencial que desarrolla el principio de *favor partitionis*, la omisión de un bien, salvo que sea de gran importancia, no anula la partición, sino que da lugar a una partición adicional.

La cuestión fundamental en esta Sentencia versa sobre los efectos que deba tener en la partición la no participación en la misma del tutor o, habiendo conflicto de intereses, del defensor judicial cuando un menor o incapacitado es legitimario. A lo que se responde que la sanción debe ser la nulidad.

La doctrina señala entre las causas de nulidad de la partición, la realizada sin la intervención de defensor judicial en los supuestos de oposición de intereses del menor o incapacitado con sus padres o tutores¹⁴.

Según la nueva redacción del artículo 1060 del Código Civil (modificado por disposición final 1.91 de la Ley 15/2015, de 2 de julio): «Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento».

Por lo tanto, en cuanto a los requisitos, para que el defensor judicial intervenga en la partición, es necesario que exista un conflicto de intereses entre los representantes legales (padres o tutores) y el menor o incapaz. De acuerdo con la doctrina de la DGRN este conflicto de intereses no existe, y, por lo tanto, no se precisa el nombramiento de defensor judicial cuando la partición consiste en transformar la comunidad hereditaria en una comunidad ordinaria

¹⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, p. 345.

sobre todos los bienes de la herencia, proporcional a las respectivas cuotas hereditarias (cfr. Resolución DGRN 2 de agosto de 2012 (RJ 2012, 10387), también Resolución DGRN 23 de mayo de 2012 (RJ 2012, 7938), según esta última, no hay contradicción ni conflicto de intereses en una partición si los bienes se adjudican pro indiviso respetando las normas legales sobre la partición de la herencia). No obstante, sí puede darse ese conflicto de intereses, si la partición, pese a realizarse mediante la atribución de cuotas indivisas, fuese parcial [*vid.* Resolución DGRN de 3 de abril de 1995 (RJ 1995, 3238)].

En segundo lugar, en el caso de darse ese conflicto de intereses y habiéndose nombrado un defensor judicial, será necesaria aprobación judicial de la partición, salvo que en el decreto de nombramiento se hubiese declarado la dispensa de la misma (*vid.* Resolución DGRN de 19 de abril de 2017 (RJ 2017, 1880)).

En cuanto a los efectos, la sentencia objeto de comentario defiende que la sanción debe ser la nulidad. Sin embargo, en la STS 8 de junio de 2011 (RJ 2011, 4400), que resuelve un caso de conflicto de intereses en una partición, aunque realizada por un contador partidario testamentario (no convencional como la Sentencia comentada), apreciando la existencia del conflicto y exigiendo el nombramiento de defensor judicial, se entiende que la omisión de la intervención del defensor judicial determina la anulabilidad del negocio particional. En opinión del TS: «(...) se ha de considerar que la partición efectuada incurre en la nulidad denunciada por la parte actora, en primer lugar por infringir claramente lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil, que determina las formas en que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en el usufructo, sin que lógicamente se puedan atribuir para ello bienes en propiedad sin el consentimiento expreso de todos los herederos, y en segundo lugar, porque faltó el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 1057, párrafo tercero, en cuanto a la formación de inventario por el contador partidario con citación de quien hubiera de ostentar la representación de los menores que, en este caso, siendo patente la posible oposición de intereses con la madre –pues incluso se liquidó allí la sociedad de gananciales que existía entre ésta y el causante– comportaba la necesidad de intervención de un defensor judicial; omisión que efectivamente puede generar anulabilidad, en cuanto pudiera ser subsanada por la conformidad posterior de los herederos y de dicho representante, pero no lo fue en el caso, sin que pueda negarse con carácter general la legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad al coheredero que, como interesado en

la partición, quedaría en otro caso, ante tal omisión, pendiente de una impugnación posterior por no haber sido salvaguardados los intereses de dichos menores»¹⁵.

8. PAGO QUE TRAE CAUSA DEL COMPLEMENTO O RECTIFICACIÓN DE LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA DE SUS PADRES. STS (SALA 1.ª) 18 DE DICIEMBRE DE 2012 (RJ 2012, 11093)

a) *Antecedentes fácticos*

El presente caso plantea la existencia de un error de hecho y de derecho en la transferencia bancaria que D. Guillermo (recurrente en casación), realizó a favor de su hermana por importe de 312.526 euros, el día 5 de enero de 2006.

D. Guillermo interpone demanda en cuyo fundamento fáctico se sostiene que solo se pretendía transferir la cantidad de cinco millones de pesetas, en concepto de mera liberalidad; por lo que no existía, fuera de esta causa, deuda que justificara dicha transferencia, produciéndose un cobro de lo indebido y, en todo caso, una donación frustrada por falta de formalización y aceptación de la donataria. Dicha demanda es desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Interpuesto recurso de apelación, el mismo es desestimado por la Audiencia Provincial, que confirma la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Guillermo y D.ª Concepción contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

¹⁵ A favor de esta interpretación se muestra DOMÍNGUEZ LUELMO, *CCJC*, 2012, pp. 17-18: «Creo que la STS de 8 de junio de 2011, objeto de comentario, merece un juicio parcialmente favorable, solo en cuanto estima que la omisión de la citación para el inventario únicamente da lugar a la nulidad relativa o anulabilidad de las operaciones particionales». Ello porque «considerar nula de pleno derecho la partición realizada sin la previa citación para el inventario resulta excesivo, sobre todo teniendo en cuenta la posibilidad de que exista conformidad de los interesados con las operaciones practicadas. El recurso a la sanción de nulidad de los actos realizados en contra de ley cuando, como es el caso, el artículo 1.057 CC no establece un efecto distinto para el caso de contravención, debe ser interpretado con cierta flexibilidad. Doctrinal y jurisprudencialmente se entiende que no toda disconformidad con una ley cualquiera ha de llevar siempre consigo la sanción extrema de nulidad, sino que ha de tenerse en cuenta la índole y finalidad del precepto legal contrariado [SSTS de 27 de febrero de 1964 (RJ 1964, 1152) y 28 de julio de 1986 (RJ 1986, 4621)]. En la redacción anterior del artículo 1.057 CC era indudable que la finalidad de su último apartado era única y exclusivamente la protección de los menores, ya que, de no existir éstos y ser todos los coherederos mayores de edad, no sería necesario el requisito de la previa citación para el inventario».

b) *Doctrina*

F. J. 2.º: «En efecto, en realidad la extensa formulación de los artículos infringidos y, en consecuencia, los ámbitos sustantivos que se dicen vulnerados, cobro de lo indebido y requisitos para la perfección de las donaciones de bienes muebles, al igual que ocurre con las infracciones denunciadas de los preceptos procesales, se realizan con la finalidad de obtener una revisión de la prueba ya realizada en el extremo esencial del presente caso: la inexistencia de error de hecho y de derecho del recurrente a la hora de realizar la transferencia objeto del litigio. Por contra, ambas Instancias, conforme a una valoración conjunta de la prueba, realizada según las reglas de la sana crítica y con pleno respeto al principio de contradicción, viene a confirmar la plena validez de la transferencia realizada de puño y letra del recurrente y en concepto de “pago que le corresponde”. Pago que trae causa del complemento o rectificación de la partición de la herencia de sus padres respecto de los excesos de adjudicación que indebidamente favorecieron al recurrente, tal y como se desprende de la reunión celebrada el día 4 de enero de 2006, y del dato objetivo de que una de las fincas que el actor se adjudicó resultó vendida por setenta millones de pesetas por encima de su valor de adjudicación. A ello se le suma que difícilmente una persona como el recurrente, habituado al tráfico comercial, y en ocasiones a prestar asesoramiento en el mercado inmobiliario, pueda cometer un error de hecho y de derecho de tamaño envergadura, no solo en la cantidad sino en el concepto; de igual forma que, en todo caso, no resulta creíble el error alegado al consignar la cifra de la transferencia, pues esta no concuerda para nada con los cinco millones (30.050 euros) con los que pretendía gratificar a su hermana.

Sin la base del error, y ante la plena validez de la transferencia realizada, carecen de justificación la alegación del cobro de lo indebido y el posible defecto de la donación realizada, pues representan supuestos diferentes a los aquí valorados, conforme a la práctica de la prueba realizada».

c) *Comentario*

Si hay algún error en la valoración de los bienes, en cuanto al régimen de ineficacia de la partición, conforme sostiene la doctrina, la misma no será anulable, sino que habrá que acudir a las normas sobre rescisión por lesión. Se adopta en la Sentencia comentada la terminología «excesos de adjudicación» propia del Derecho

fiscal, referida a la situación de disolución de patrimonios comunes, en donde uno de los copartícipes recibe bienes por un valor superior a lo que le corresponde según su cuota de participación¹⁶.

En el caso de la Sentencia comentada, el beneficiado por la incorrecta valoración de los bienes procede a la compensación a la coheredera en metálico. Está ejercitando, por tanto, la opción concedida en el artículo 1077 CC. La finalidad del precepto citado es la de evitar las dificultades que se pueden generar con una nueva partición en aquellos casos en los que se da a los bienes de la herencia un valor notablemente inferior. En estos supuestos se faculta al heredero a optar entre una nueva partición o indemnizar el daño que genera la lesión¹⁷. Normalmente será el coheredero que se ha visto beneficiado con la lesión quien compensará a los demás.

Este precepto encuentra su fundamento en el principio *favor partitionis*. En opinión de la doctrina, el artículo 1077 no impide que la rectificación de la lesión pueda realizarse si tener que acudir a los tribunales¹⁸. En consecuencia, cualquiera de los herederos puede corregir la lesión y con ello, evitar la rescisión de la partición.

Sobre el momento en que se puede ejercitar la opción contenida en el artículo 1077 CC se pronuncia la STS 17 mayo 2004 (RJ 2004, 3068), según la cual «(e)l demandado tiene la opción del artículo 1077 por imperativo legal, no depende para su ejercicio de que la sentencia se la reconozca, y el mismo lo podrá efectuar en la fase procesal que le interese, pues el precepto no indica nada al respecto. Por tanto, no hay inconveniente que lo haga en ejecución de sentencia, para evitar una nueva partición».

¹⁶ Estos excesos de adjudicación constituyen hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales (a parte del impuesto de sucesiones), puesto que la Administración tributaria entiende que, además de heredar, los herederos se compran o venden entre sí o se produce una renuncia gratuita a derechos hereditarios; excepto en el caso de compensaciones económicas en el supuesto de que el bien no admita cómoda división, *vid.* STS 28 junio 1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) (RJ 1999, 6133). En opinión del TS en la sentencia citada, «la división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero en proporción a su interés en la comunidad de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha –ni a efectos civiles ni a efectos fiscales– sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente. Lo que ocurre es que, en el caso de que la cosa común resulte por su naturaleza indivisible o pueda desmerecer mucho por su división –supuesto que lógicamente concurre en una plaza de aparcamiento e incluso en un piso (no se trata de la división de un edificio, sino de un piso, art. 401 del Código Civil)– la única forma de división, en el sentido de extinción de comunidad, es, paradójicamente, no dividirla, sino adjudicarla a uno de los comuneros a calidad de abonar al otro, o a los otros, el exceso en dinero –arts. 404 y 1062, párrafo 1.º, en relación éste con el art. 406, todos del Código Civil–. Esta obligación de compensar a los demás, o al otro, en metálico no es un “exceso de adjudicación”, sino una obligación consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común».

¹⁷ COSTAS RODAL, 2005, p. 143.

¹⁸ DEL POZO CARRASCOSA, 2012, pp. 169 ss.

Si no se llega a un acuerdo de modo previo o en el mismo momento del proceso, el remedio restante es el de proceder a la rescisión de la partición.

De acuerdo con el artículo 1077 CC, si se opta por la indemnización, ésta puede hacerse en dinero, o «en la misma cosa en que resultó el perjuicio», es decir, la reparación se efectúa redistribuyendo el objeto de modo que se ponga fin al perjuicio.

En cuanto al *quatum* de la corrección, no debe limitarse a eliminar la lesión, sino que debe poner fin a la totalidad de la lesión.

Al momento de valoración de los bienes para el cálculo de la indemnización se refiere el Considerando 3.º de la STS 21 marzo 1985 (RJ 1985, 1192): «Que en atención al principio del *favor partitionis* o de conservación, manifestado también en la subsidiariedad que a la acción específica atribuye la doctrina, el párrafo primero del artículo mil setenta y siete otorga al heredero demandado el derecho de optar entre la indemnización del daño o consentir que se proceda a nueva partición, pudiendo efectuarse aquélla en numerario o en cosas de la misma naturaleza, especie o calidad en que se ocasionó el perjuicio, de suerte que si elige este término para remediar el acto lesivo, el valor de los bienes a tener en cuenta será el que le corresponda al tiempo en que sean puestos a disposición del agraviado y no el que tuvieron cuando se practicó la partición (...)».

Por lo tanto, se rechaza en el caso enjuiciado que estemos ante un cobro de lo indebido. Conforme a la STS 30 de julio de 2010 (RJ 2010, 6948): «Los requisitos para que pueda prosperar la acción de repetición de lo indebido son los siguientes: 1.º, pago efectivo, hecho con la intención de extinguir la deuda (*animus solvendi*); 2.º, inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y, por consiguiente, falta de causa en el pago, que puede ser indebido subjetivamente; 3.º, error por parte del que hizo el pago, sin distinguir entre el de derecho y el de hecho». En este caso, existe una obligación legal de indemnizar, conforme al artículo 1077 CC, por lo que el pago realizado por el recurrente en casación tuvo una causa¹⁹.

¹⁹ Sí que se aprecia la existencia de enriquecimiento injusto en la STS 5 febrero 2018 (RJ 2018, 397) donde las partes litigantes habían celebrado conjuntamente un contrato de compraventa con el objeto de transmitir a tercero la propiedad de un inmueble. En el mismo se estipula que a cada una de las partes vendedoras corresponde un 50 % de la propiedad, percibiendo, en consecuencia, en dicha proporción la cantidad entregada en concepto de precio. No obstante, existía un documento privado (resultante de unas operaciones particionales) en el que los porcentajes de participación son diferentes (60 %-40 %), por lo que los titulares del 60 % demandan a los demás por entender que existe un enriquecimiento injusto al haber obtenido un importe mayor de lo que les correspondía. Se estima la existencia de un enriquecimiento injusto, «porque, pese a que respecto de terceros pareciera –incluso registralmente– que la propiedad correspondía al 50 %, existía un claro

9. RESCISIÓN POR LESIÓN. STS (SALA 1.ª) 14 DE MAYO DE 2014 (RJ 2014, 2731)

a) *Antecedentes fácticos*

D.^a Amalia había otorgado testamento en fecha 10 de agosto de 1995, en el que nombraba herederos a sus dos hijos (demandados en primera instancia) y legatario a su esposo (demandante) de la cuota usufructuaria que le señala la ley como cónyuge viudo. Nombró además albacea contador-partidor, quien redactó el cuaderno particional que se protocolizó ante notario por los herederos y él mismo, en fecha 1 de abril de 2004.

D. Felicísimo, viudo, entendió que se le había perjudicado en más de la cuarta parte y formuló demanda interesando la declaración de nulidad o subsidiariamente la rescisión de la partición de la herencia que ha sido mencionada, basándose en la infravaloración de los bienes de la misma. Las sentencias de instancia (tanto del Juzgado de Primera Instancia, como de la Audiencia Provincial) estimaron la demanda declarando la rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo y confirma la sentencia de instancia.

b) *Doctrina*

F. J. 2.º: «Antes de analizar los motivos de ambos recursos es preciso ver los conceptos básicos de la rescisión que es la base de la acción ejercitada, con apoyo en el artículo 1074 del Código civil. Tal como expresa la reciente sentencia de 19 febrero 2014

En cuanto a la rescisión por lesión en más de la cuarta parte que contempla el artículo 1074 del Código civil, es el único resto de la acción *ultra dimidium* del Derecho Romano (aparte de los casos de excepción respecto a tutores y ausentes, artículo 1291,1.º y 2.º del Código civil y de la remisión del artículo 1410) que, partiendo de una válida partición, se ha producido una lesión en más de la cuarta parte, conforme al artículo 1074 del Código civil en uno de los coherederos, siempre que se pruebe la valoración defectuosa de los bienes hereditarios, que provoque una desigualdad en contra de la voluntad del causante (sentencia de 6 de abril de 2009), referida al

reconocimiento por los hoy demandados en el sentido de que no era así entre los copartícipes; reconocimiento que tiene pleno valor jurídico mientras no sea impugnado por cualquiera de las causas que invalidan los negocios jurídicos. En definitiva, la acción por enriquecimiento injusto era la adecuada en el caso presente para formular la pretensión de que se trata y el motivo ha de ser rechazado».

tiempo de la adjudicación (sentencia de 17 de septiembre de 2009) que provoque una absoluta desigualdad entre los diferentes herederos (sentencias de 21 de octubre de 2005 y 19 de julio de 2011).

El alma de la partición es la igualdad y si se ha producido una valoración errónea de los bienes hereditarios, es preciso corregirla atribuyendo a cada partícipe la parte que le corresponde, lo que se consigue mediante la acción de rescisión por lesión *ultra dimidium* que provoca la ineficacia de la partición o bien la compensación por parte de los coherederos demandados.

En la acción ejercitada no se plantea la opción entre la nueva partición o indemnizar por la diferencia, que contempla el artículo 1077 del Código civil y tampoco cabría ya que esta Sala tiene dicho que sería preciso que la sentencia hubiera declarado el importe exacto de la lesión, lo cual no ha hecho la sentencia de instancia. Esta, de la Audiencia Provincial, Sección 8.^a, de Madrid, 28 de septiembre de 2011, objeto de los recursos interpuestos, declara expresamente probado que «la lesión excede de lo tolerable, la partición es rescindible» y respecto a la prueba practicada, en relación a la lesión dice literalmente:

En consecuencia, y a modo de resumen, como reiteradamente viene poniendo de manifiesto esta Audiencia Provincial, esa valoración conjunta de la prueba practicada es plenamente lógica y ajustada a derecho, por razón del principio de inmediación y función propia del Juzgador de instancia, debiéndose mantener en esta alzada, de acuerdo con la reiterada doctrina y jurisprudencia (SSTS de 20 de diciembre de 1991, 20 de junio y 21 de julio de 1995, 24 de julio, 4 y 13 de abril de 2001, 27 de mayo de 2007, 15 de abril de 2008 y 25 de febrero de 2011, entre otras) que, sin solución de continuidad, ha dispuesto en lo esencial de los mismos medios probatorios, por la aportación de la documental referida, grabación y visionado del juicio; a esa valoración se le debe otorgar mejor consideración que la interpretación parcial y subjetiva que realiza la parte apelante, dentro de esa prueba documental y pericial referida y declaraciones de las partes, a la que anuda el efecto del artículo 1074 CC citado, en orden a la declaración de rescisión de la partición efectuada».

c) *Comentario*

En esta Sentencia el TS confirma las sentencias de instancia donde se había apreciado la concurrencia de los presupuestos para la rescisión por lesión con cita de la doctrina contenida en la STS 19 febrero 2014 (RJ 2014, 2505).

En el ámbito de aplicación del artículo 1074 CC se incluyen aquellas situaciones en las que un coheredero sufre un perjuicio económico que se deriva de la partición. El fundamento último de la norma citada reside en la preocupación del legislador por que se mantenga la igualdad de los lotes correspondientes a cuotas iguales o la proporcionalidad ente la cuota y el valor del lote.

La lesión se produce cuando existe una desproporción entre la cuota hereditaria del heredero perjudicado y el valor del lote de los bienes que se le adjudican para completar dicha cuota. No obstante, para que la partición sea rescindible es necesario que la lesión sea en más de una cuarta parte. Ello por el principio de conservación de la partición (*favor partitionis*). Dicha cuarta parte se calcula respecto a la cuota que correspondería al interesado. En este sentido, para calcular la cuantía de la lesión se ha de tomar en consideración la diferencia que existe entre el valor de los bienes adjudicados y el valor de la cuota correspondiente al heredero perjudicado.

Para realizar estas operaciones de valoración se ha de estar al valor de los bienes en el momento de la adjudicación y no en el de la muerte del causante. Debe producirse una valoración errónea de los bienes que es la que produce la lesión. Circunstancia que no se produce, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS de 22 de junio de 2015 (RJ 2015, 2540), en el que la partición fue efectuada por contador-partidor designado por la testadora. En el propio cuaderno particional, se hace constar que existe un litigio posesorio sobre una franja de una finca adjudicada a uno de los coherederos.

Es susceptible de rescindirse por rescisión cualquier partición, aunque el artículo 1075 CC restringe a determinados supuestos la posibilidad de exigir la rescisión por lesión en la partición hecha por el testador. La citada STS de 19 de febrero de 2014 admite la posibilidad de rescindir por lesión la partición contractual, sin que a ello obste la prohibición de ir contra los propios actos.

Tiene legitimación activa para el ejercicio de la acción el heredero que sufre la lesión, ya sea testamentario o abintestato, heredero forzoso o heredero voluntario. La legitimación pasiva, los coherederos que salen favorecidos con la lesión. No debe demandarse al contador-partidor.

En cuanto al plazo de ejercicio, es de cuatro años conforme al artículo 1076 CC, plazo de caducidad.

No procede la rescisión por lesión, según preceptúa al artículo 1079 CC cuando la lesión se derive de no haber incluido en la partición algunos bienes o valores de la herencia. En este caso habrá de realizarse una partición adicional con los bienes o valores omitidos.

Son muchas las sentencias que insisten en que la prueba de la lesión incumbe al que pretenda la rescisión: STS 8 de julio de 1992 (RJ 1992, 6267), SAP (Sección 5.^a) Cádiz, 28 de mayo de 2008 (JUR 2008, 233585), SAP (Sección 10.^a) Valencia 6 de febrero de 2008 (JUR 2008, 146265) y más recientemente SAP Madrid (Sección 8.^a) 28 de marzo de 2016 (AC 2016, 1898).

También se pronuncia la Sentencia objeto de comentario sobre la cuestión de la apreciación de la realidad de la lesión y que ésta sea superior a la cuarta parte, que, al ser una cuestión de hecho, corresponde a los tribunales de instancia. Por lo tanto, esta circunstancia no resulta revisable en casación.

Respecto a los efectos de la rescisión, el efecto característico es el de volver a la situación de indivisión propio de la comunidad hereditaria, siempre que el heredero demandado no hubiera ejercitado la facultad de indemnizar que le concede el artículo 1077 CC, a la que nos hemos referido anteriormente. En consecuencia, debe procederse a una nueva división de la herencia teniendo en cuenta el correcto valor de los bienes hereditarios, conforme al momento en que se realiza la partición.

En el caso de que existan bienes inmuebles en posesión de un tercero de buena fe, «se excluyen tales efectos rescisorios a cargo de dicho tercero, pero el causante de la lesión o fraude está obligado a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados» (*vid.* STS 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 8412)).

10. LA COLACIÓN EN LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA. OBLIGACIÓN DE CONSTITUIR ANTES DE LAS ADJUDICACIONES OBJETO DEL CUADERNO PARTICIONAL, UN FONDO POR IMPORTE DE LOS BIENES COLACIONABLES. STS (SALA 1.^a) 13 DE MARZO DE 2014 (RJ 2014, 1493)

a) *Antecedentes fácticos*

D. Mateo Blas falleció en fecha 21 de enero de 2007, habiendo otorgado testamento el 11 de octubre de 2006, en cuya cláusula 2.^a párrafo 16.º indicaba lo siguiente: «*Quiero que se colacionen como bienes hereditarios el 5 por ciento de la empresa Lamaro, de la que mi hijo German Vidal gozó y el departamento de la calle (...) que le doné*». Asimismo, en el citado testamento nombró usufructuaria a su esposa doña Sabina Felicidad y herederos a sus hijos doña Paloma G., doña Francisca Z., don Rodrigo D. y don German V.

Del cuaderno particional llevado a cabo por el contador-partidor y debidamente protocolizado, resulta que el después recurrente en casación quedaba obligado a la colación, ordenada por el testador, mediante la constitución de un fondo ante cualquier entidad bancaria o de ahorro por importe de 895.342,94 euros, cantidad en la que se valoró el total de los bienes colacionables, y en el que necesariamente deberían constar, como usufructuaria vitalicia, la madre y, como nudos propietarios, por iguales partes, los cuatro hermanos, incluido él mismo. Habiéndose constituido en mora, es demandado por uno de los coherederos, solicitando que se le condene al cumplimiento de su obligación. La demanda se desestima en primera instancia, pero la Audiencia provincial condena al demandado a «la inmediata constitución del fondo, a favor tanto de la usufructuaria como de los herederos, siendo de obligado cumplimiento aun cuando uno o varios de los beneficiarios renuncien a su derecho, siempre que al menos uno de los beneficiarios esté interesado en dicho cumplimiento, como ocurre en el supuesto que nos ocupa».

Interpuesto recurso de casación por el obligado a colacionar, se desestima.

b) *Doctrina*

F. J. 3.º en cuanto a la infracción del artículo 482 CC: «Carece de sentido pretender negar a uno de los herederos legitimación para instar el cumplimiento de lo establecido en el cuaderno particional firme, que obliga a todos ellos. Siendo contenido propio del cuaderno particional las operaciones sobre colación de bienes, es claro que en el presente caso se estableció una obligación a cargo del demandado derivada de dicha colación, según la cual quedaba sujeto a la constitución del depósito de que se trata. Por tanto cualquiera de los herederos, en definitiva beneficiario de dicho depósito en cuanto nudo propietario de parte del mismo, ha de estar legitimado para instar el cumplimiento de dicha obligación y ello aunque solo fuera, situándonos en la tesis del recurrente, para que en definitiva la obligación pasara de dicho heredero demandado a la madre usufructuaria».

F. J. 6.º respecto a la infracción del artículo 1057 CC: «(L)a colación, por su propia naturaleza, supone traer a la masa hereditaria aquello que se percibió anticipadamente y que pertenece al caudal en cuanto ha de ser repartido entre todos los herederos, lo que determina que la obligación de cumplir las disposiciones testamentarias respecto de ella y lo señalado en tal sentido por el cuaderno

particional –no recurrido por el obligado a colacionar– resulta exigible desde el momento del fallecimiento del causante y en forma alguna puede quedar tal exigibilidad pendiente de las dudas que pudieran surgir en cuanto a la aplicación de otras disposiciones testamentarias».

c) *Comentario*

Sucede en este caso que el testador impone determinadas normas sobre cómo debe realizarse la colación, lo que es perfectamente lícito, como analizaremos a continuación.

En la jurisprudencia reciente, acerca del alcance que deba darse al concepto de colación merece destacarse la doctrina contenida en la STS 19 febrero 2014 (RJ 2015, 1400): «3. Colación particional y donaciones colacionables: Delimitación de conceptos (artículos 1035 y 818 del Código Civil).

La delimitación señalada tiene por objeto la diferenciación doctrinal de los supuestos de la dinámica sucesoria en los que interviene la noción de colación hereditaria, si bien con distinto alcance o precisión.

En este sentido, la colación que contempla el artículo 818 del Código Civil, en su párrafo segundo: “Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará al de las donaciones colacionables”, fiel a su antecedente en el Proyecto de Código Civil de 1851, que más gráficamente se refería a la agregación del “valor que tenían todas las donaciones del mismo testador” viene referida a las operaciones de cálculo que encierra la determinación del caudal computable a los efectos de fijar las correspondientes legítimas. En este marco, su empleo en la formulación del citado artículo 818 del Código Civil no refiere una aplicación técnica o jurídica del concepto de colación, sino un sentido lato que se corresponde con la noción de colación como mera computación de las donaciones realizadas por el testador para el cálculo de la legítima y de la porción libre que recoge el 818 del Código Civil.

Por el contrario, el empleo de la colación que se infiere del artículo 1035 del Código Civil, sí que refiere una aplicación técnica o jurídica de este concepto basado en la presunta voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos en su recíproca concurrencia a la herencia, sin finalidad de cálculo de legítima, como en el supuesto anterior; todo ello, sin perjuicio de que se haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de colacionar».

El artículo 1036 CC permite al donante eliminar la obligación de colacionar, pero debe hacerse de forma expresa, salvo en el caso

de reducción por inoficiosidad, cfr. STS 13 de julio de 2011 (RJ 2011, 5119). También, conforme a la STS 19 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3084): «Si la donación fuese inoficiosa, no por ello pierde eficacia la dispensa de colación. El artículo 1036 lo que ordena, en consonancia con el carácter imperativo de las normas sobre las legítimas, es que se reduzca la donación, no que toda ella sea colacionable. Salvaguardada la legítima de otros herederos forzosos, y si quedare algún resto, sobre él ha de recaer la dispensa de colación porque nada hay ya que proteger imperativamente. Por tanto, si hubiese inoficiosidad y dispensa de colación, el donatario ha de ver reducida la donación solamente en la medida necesaria para el pago de las legítimas lesionadas.

El que el donante haya declarado no inoficiosa a la que hace con dispensa de colación no impide en absoluto la aplicación de las normas protectoras de la legítima por su carácter imperativo, entre ellas las de reducción de donaciones (art. 636 CC)».

En el caso de la Sentencia comentada el deber de colacionar viene impuesto por el propio testador, de modo que el recurrente en casación debía constituir un fondo ante una entidad bancaria o de ahorro por un determinado importe según la valoración realizada de los bienes colacionables, siendo beneficiarios en cuanto usufructuaria vitalicia, la madre y, como nudos propietarios, por iguales partes, los cuatro hermanos, incluido él mismo. Se trataría de un supuesto de colación voluntaria o impropia, conforme a la doctrina contenida en la STS 10 diciembre 2009 (RJ 2010, 279): «a diferencia de lo que ocurre con las normas sobre imputación legítima, que son imperativas con la finalidad de proteger al legitimario, las normas sobre colación son voluntarias, participando de la naturaleza de la institución de heredero, de modo que si el testador puede hacer la institución de la forma que considere más conveniente, también resulta voluntaria la fijación de normas sobre colación o no de los bienes donados, sobre determinada valoración, distinta de la establecida en el Código civil o cualquier norma sobre institución de heredero que el testador crea conveniente en relación a los intereses buscados. Todo ello sin perjuicio de las legítimas que correspondan»²⁰.

Respecto de la forma de llevar a cabo la colación, el artículo 1047 CC establece que el «donatario tomará de menos en la masa hereditaria

²⁰ En la doctrina *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, 1979, p. 415: «En la colación dispuesta por el causante, deben de colacionar y tener derecho a exigir la colación las personas que él haya establecido, y en las hipótesis y circunstancias para las que haya ordenado la colación». ESPEJO LERDO DE TEJADA, *ADC*, 1992, p. 378: «Colación voluntaria, entiende la doctrina, es la establecida por decisión del causante en un supuesto no expresamente previsto por la ley, o dotándola de unos efectos distintos de los legales».

tanto como ya hubiese recibido». En la colación legal, el legislador únicamente se plantea la hipótesis de que la liberalidad realizada a favor del donatario sea cuantitativamente inferior al valor de su cuota en la herencia, de ahí que establezca que haya de tomar de menos. Sin embargo, no establece el precepto citado que se haya de compensar por el exceso en la situación inversa, salvo que la donación fuese inoficiosa, en cuyo caso se ejercitará la acción de reducción (art. 645 CC).

Sobre esta base, algún sector de la doctrina defiende que no cabe en la colación legal la adjudicación compensatoria en aquellos casos en los que el donatario ha recibido por donación más de lo que le correspondía heredar²¹. No obstante, el TS, en la Sentencia de 17 de marzo de 1989 «establece la devolución a la masa del exceso (no inoficioso) sobre la cuota del colacionante»²². En la doctrina Vallet se había mostrado favorable a esta posibilidad.

Por su parte, siguiendo a la doctrina italiana, opina Espejo Lerdo de Tejada que «parece más aceptable la tesis que considera admisible imponer la colación posteriormente a la donación siempre que se haga en testamento, basándose en que el testador puede gravar con las cargas que desee a sus sucesores, incluso ordenar legados de cosa propia del heredero, y por tanto, puede establecer también la colación»²³. Esta es la situación de la Sentencia comentada, donde el testador impone en el testamento la obligación de colacionar al heredero donatario. Esta obligación fue concretada en el cuaderno particional llevado a cabo por el contador-partidor mediante la constitución de un fondo ante cualquier entidad bancaria o de ahorro por importe de 895.342,94 euros, estableciendo como beneficiarios a la madre (usufructuaria vitalicia), y a los cua-

²¹ «A este problema respondía Lacruz diciendo que «de la estructura y el conjunto de la regulación del instituto se desprende que el donatario nada tomará del *relictum*, pero nada habrá de pagar a los coherederos (...)», citado en ESPEJO LERDO DE TEJADA, *ADC*, 1992, p. 403. *Vid.* asimismo DOMÍNGUEZ LUELMO, 2016, pp. 3175-3176: «Algunos autores consideran que el donatario debe restituir el valor del exceso por entender que se deben proteger las cuotas hereditarias del resto de coherederos. Se dice así que si todos los coherederos tienen derecho a percibir su participación en la cuenta de la partición, es preciso que el donatario colacione materialmente el exceso o entregue la diferencia en metálico al resto de coherederos (con muy diversos matices, se apunta esta solución, aunque de manera confusa en las SSTs 17 de marzo de 1989 [RJ 1989, 2161] y 2 de julio de 2007 [RJ 2007, 3789]). A mi juicio, en cambio, el precepto no contempla la compensación del exceso porque en este caso el coheredero no recibirá nada en el momento de la partición, sin que tenga que abonar el valor del exceso, siempre y cuando la donación no sea inoficiosa, en cuyo caso lo que procede es la acción de reducción (art. 654 CC) y no la colación (STS 18 de octubre de 2007 [RJ 2007, 8625]). Interpretar lo contrario podría llevar a hacer más ventajosa la situación del resto de los coherederos que en los casos de inoficiosidad. Por otro lado, el donatario siempre tendría la posibilidad de repudiar la herencia, eludiendo la necesidad de compensar ningún exceso».

²² ESPEJO LERDO DE TEJADA, *ADC*, 1992, p. 404.

²³ ESPEJO LERDO DE TEJADA, *ADC*, 1992, p. 409.

tro hermanos, incluido al obligado a colacionar (nudos propietarios). Dicha obligación, resultaba, por lo tanto, exigible desde el momento del fallecimiento del causante, según sostiene el Tribunal Supremo en la sentencia comentada.

11. REDUCCIÓN INCORRECTA DE LEGADOS EN LA PARTICIÓN. NULIDAD DE LA REDUCCIÓN Y NO DE LA PARTICIÓN. STS (SALA 1.ª) 4 DE MAYO DE 2016 (RJ 2016, 3857)

a) *Antecedentes fácticos*

D.ª Reyes P., fallecida el 23 de octubre de 2006, soltera y sin descendencia, había otorgado testamento en fecha 10 de agosto de 2005 en el que instituyó heredera a su madre D.ª Fátima V., designó albacea-contador partidor a D. Hipólito L. y nombró legatarios a su madre (prelegado); a su hermano (parte demandada y recurrente en casación) D. Jenaro V., a su otro hermano (también parte demandada y recurrente en casación) D. Ernesto N.; a su sobrina y ahijada (demandante en la instancia y parte recurrente en casación) D.ª Delia Z. y otros muchos legados (quienes no han sido parte en el procedimiento).

La partición de la herencia se protocolizó ante notario el 15 de marzo de 2007 con la participación del albacea, de la heredera Fátima V. y de los legatarios Jenaro V. y Ernesto N.

La legataria, D.ª Delia Z. formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia solicitando la nulidad de determinadas reducciones, así como la corrección del valor atribuido a ciertos bienes y que se declare que es propietaria, como consecuencia de ello, de una serie de cuotas de concretos bienes. Además, también como consecuencia de la partición, se demanda que se condene a los demandados a la entrega de partes alícuotas de unos bienes.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirma la Sentencia recurrida. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

b) *Doctrina*

F. J. 2.º: «Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto de los comuneros (herederos, legatarios y, en su caso, legitimarios) se transforma en el derecho concreto sobre

los bienes que le han sido adjudicados, conforme a la doctrina especificativa de la partición. Así, sentencias de 21 de julio de 1986, 13 de octubre de 1989, 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991, 28 de mayo de 2004, 16 de septiembre de 2010, 26 de enero de 2012, todo ello conforme al artículo 1068 del Código civil.

La partición la puede realizar el propio testador o encomendarla al contador partidor, tal como contempla el artículo 1057 del Código civil, el cual es considerado como un albacea particular cuya misión es llevar a cabo la partición, aplicando normas del albaceazgo, tanto más cuanto en el presente caso en el testamento se le nombró «albacea, comisario, contador-partidor».

La partición judicial, tal como prevé el artículo 1057 del Código civil es una forma subsidiaria y última de hacer la partición, cuando no la haya hecho el testador, ni haya nombrado un contador partidor ni haya acuerdo entre los miembros de la comunidad hereditaria, lo que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil a partir del artículo 782. La partición, como final de la comunidad hereditaria goza del principio del *favor partitionis* o “principio de conservación de la partición” como dice la sentencia de 12 de diciembre de 2005 de la que es interesante transcribir un texto literal:

“... Error en la partición, tomando en cuenta el impacto del «principio de conservación de la partición» y la falta de referencia expresa a las consecuencias del error vicio o del error obstativo, salvo el tratamiento de algunos supuestos especiales, y estima que en el caso se ha producido error en las operaciones particionales, por inexacta representación de la medida o superficie de la finca.

Un error que no ha de llevarse al artículo 1079 CC, dando lugar a complemento o adición de la partición, sino al artículo 1074 CC, lo que se deduce de la letra del precepto, puesto que no es lo mismo la omisión de un valor que la valoración errónea de un bien, y también de la función que en el conjunto del sistema corresponde al artículo 1074 CC, que reserva a la rescisión la lesión en más de la cuarta parte”.

De ello se desprende la dificultad de impugnar la partición y las escasas causas que son admisibles. En primer lugar, no pueden evitarse los casos de nulidad del negocio jurídico (sentencia de 13 de marzo de 2003) como son: la falta de algún elemento esencial (falta de consentimiento o invalidez del testamento); la contravención de norma imperativa o prohibitiva (artículo 6.3 del Código civil), caso del menor o incapacitado sin intervención del defensor judicial con oposición de intereses (sentencia de 18 de octubre de 2012); concurrencia de vicio de consentimiento o defecto de capacidad.

Fuera de estos casos la discusión sobre el valor de otros elementos relativos a la valoración de bienes (aparte de los escasos supuestos del artículo 1079 del Código civil) solo cabe la rescisión cuando ésta es superior a la cuarta parte del valor del patrimonio hereditario. Aparte se halla el artículo 1073 de difícil aplicación, partiendo de la aplicación en su caso del artículo 1291. En la rescisión por lesión hay que atender al valor total de la masa hereditaria para calcular la lesión: en este sentido, sentencia de 8 de marzo de 2001. Así, se dará la lesión por supervaloración de un lote o infravaloración –siempre es más del cuarto– de otro lote, lo que ni siquiera se ha planteado en el presente caso.

2. En el presente caso la partición la realizó el contador partidador nombrado por la testadora, al amparo del artículo 1057 del Código civil y con escasa regulación, lo que ha llevado a la jurisprudencia a aplicar normas del albaceazgo, que en este caso queda solventado porque la testadora lo nombró albacea y contador-partidador. Como tal, la jurisprudencia en ocasiones lo ha asimilado al mandato (sentencia de 19 de febrero de 1962) o al mandato *post mortem* (sentencias de 23 de noviembre de 1974 y 20 de noviembre de 1990). En definitiva, la jurisprudencia mantiene la similitud con el albacea (en el presente caso ya se ha dicho que no hay problema) y todas las teorías se fundamentan en la confianza que en los mismos tiene el testador».

F. J. 3.º, sobre la vulneración de los artículos 1074 y 1079 del Código civil alegando que no cabe la nulidad parcial de la partición y que debería, en su caso, haber interpuesto la acción de rescisión por lesión en más de la cuarta parte, conforme al artículo 1074 del Código civil o la acción de complemento del artículo 1079: «El motivo se desestima, porque el enfoque que hacen los recurrentes no es el de la acción ejercitada ni el que ha estimado la sentencia recurrida.

El suplico de la demanda y el fallo congruente de las sentencias de instancia no parten de la nulidad de la partición, total o parcial. Parten de la inoficiosidad de los legados por razón de la legítima que corresponde a los ascendientes; es decir, no se discute la legítima, que es intangible (art. 817 del código civil) sino que, partiendo de su cuantía indiscutida, se cuestiona la reducción de los legados por ser inoficiosos.

La sentencia recurrida acoge estas pretensiones y no declara la nulidad parcial o la rescisión por lesión de la partición, sino “la nulidad de la reducción por inoficioso del 14,3983 % de los legados atribuidos a la actora...”. Por lo cual, el fallo, congruente con el suplico de la demanda, no entra en la nulidad de la partición, sino

en la nulidad de la reducción, con lo cual no aparece en modo alguno la infracción de los artículos que se mencionan como infringidos, ni de la doctrina jurisprudencial sobre la partición, sino que se ha aplicado correctamente la normativa sobre la inoficiosidad de los legados que da lugar a que mengüen éstos».

Sobre la infracción del principio del *favor partitionis*: «En el presente caso, no se discute tal principio, que ha sido reiterado por la jurisprudencia, pero no se aplica al presente caso en que no se ataca la partición, sino que la acción va dirigida a la inoficiosidad de los legados, que defiende la demandante y es acogida por las sentencias de instancia; por tanto, al no recoger el fallo de la sentencia recurrida, que confirma la de primera instancia, la nulidad de la partición, sino la reducción de los legados, no tiene sentido este principio general en el caso concreto».

c) *Comentario*

Se aborda en este caso la cuestión acerca de cómo debe articularse la intangibilidad cuantitativa de la legítima, como un supuesto de ineficacia de la partición o mediante el ejercicio de la acción de complemento de la legítima. El TS resuelve la cuestión en el segundo sentido.

Conforme se viene sosteniendo en la jurisprudencia, las operaciones de fijación y reducción de legados tienen carácter particional y hasta que no se lleve a cabo la partición no se puede ejercitar la acción de complemento de legítima. Así, conforme a la STS 8 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2023) «no es ontológica, ni jurídicamente, posible pedir el complemento de legítima, conforme al artículo 815 del Código Civil, que es la única acción que ha sido estimada por la sentencia recurrida (el pronunciamiento desestimatorio de todas las demás ejercitadas –entre ellas la de rescisión de la partición por lesión– no ha sido recurrido), supuesta la existencia de mejoras, sin antes conocer el montante del *quantum* o valor pecuniario que, por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento o fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del citado Código, lo que presupone la práctica de las pertinentes operaciones particionales»²⁴.

²⁴ En la doctrina *vid.* KARRERA EGIALDE, *CCJC*, 2012 (BIB 2012\1099): «Antes de proceder a la entrega del legado, de cualquier clase que sea (de cosa propia o de parte alícuota) y sin distinción de régimen, debe verificarse la liquidación y partición de herencia, porque es la única forma de saber si se encuentra dentro de la cuota de la que puede disponer el testador por no perjudicar la legítima de los herederos forzosos».

En la misma línea que la Sentencia objeto de comentario se sitúa la STS 4 de enero de 2012 (RJ 2013, 4590). Como expresa el Tribunal, «(e)l presente caso plantea como cuestión principal, de índole sustantiva y doctrinal, la posible ineficacia de la partición practicada por el albacea contador-partidor, ya derivada de su nulidad, o bien de su rescindibilidad por lesión, en un contexto en el que la asignación o atribución del legitimario impugnante viene expresamente prevista en el testamento del causante como “legado en pago de su legítima estricta”».

Entiende el Tribunal, siguiendo las sentencias de instancia, que «la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima y, con ella, la pretensión de una nueva *cognitio* relativa a computación y valoración del haber hereditario debe realizarse, únicamente, por el marco general de la acción de suplemento de la legítima, artículo 815 del Código Civil, como base para el ejercicio de la acción de reclamación de disposiciones testamentarias que lesionen o “mengüen” la legítima y, en su caso, de la reducción por inoficiosidad de las donaciones, artículo 817 del Código Civil. Esta aplicación técnica, que deriva de nuestro sistema sucesorio, específica y diferenciada, no puede confundirse ni reconducirse al ámbito de la nulidad patrimonial (*sic*) o al de su rescindibilidad por lesión».

Siguiendo, asimismo esta doctrina jurisprudencial, se encuentra la SAP Madrid (Sección 25.^a) 4 de abril de 2014 (AC 2014, 688), que confirma la sentencia de instancia según la cual, estimando parcialmente la demandada interpuesta, declara la nulidad de la reducción por inoficioso del 14,3983 % de los legados atribuidos a la actora en el testamento de D. Inés, habiendo lugar a la corrección en el cuaderno particional del patrimonio hereditario de la causante.

Doctrina: «Al respecto, conforme a la naturaleza jurídica de la partición llevada a cabo, entendemos que están ajustadas a Derecho las rectificaciones que acertadamente precisa la sentencia de la primera instancia, y a mayor abundamiento, hemos de tener en cuenta a los efectos de la única heredera legitimaria instituida en el testamento debatido, que es la madre, ya fallecida, de la causante; «la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima y, con ella, la pretensión de una nueva *cognitio* relativa a computación y valoración del haber hereditario debe realizarse, únicamente, por el marco general de la acción de suplemento de la legítima, artículo 815 del Código Civil, como base para el ejercicio de la acción de reclamación de disposiciones testamentarias que lesionen o «mengüen» la legítima y, en su caso, de la reducción por inoficiosidad de las donaciones, artículo 817 del Código Civil. “Esta aplicación técnica, que deriva de nuestro sistema sucesorio, específica y diferen-

ciada, no puede confundirse ni reconducirse al ámbito de la nulidad patrimonial o al de su rescindibilidad por lesión. Lo que ha ocurrido en este caso, por lo cual la sentencia recurrida debe ser confirmada, al estar ajustada a Derecho y ser conforme con la doctrina jurisprudencial especificada, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo Sala 1.^a, de 4 de enero de 2013, n.º 785/2012 (RJ 2013, 4590), rec. 1261/2010, a cuyo criterio se añaden las numerosas citas doctrinales comentadas a lo largo de la sentencia recurrida y de la presente resolución jurisdiccional de esta Sala”».

Por su parte, la STS 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5891) se refiere a un supuesto de partición practicada por la propia testadora: «En definitiva, en el presente caso hubo una partición hecha por la testadora, que evita la existencia de la comunidad hereditaria, sin perjuicio de que deba hacerse de una parte, resto de sus bienes, prevista y no partida. Y habiéndose practicado la partición testamentaria no cabe dar lugar a la acción ejercitada, que se encamina a obtener el mandato de practicar la partición con todos sus presupuestos y fases e incluso una declaración de bienes que forman el inventario y, finalmente, “se proceda a la aceptación y partición de herencia”: lo primero no tiene sentido y lo segundo ya está hecha, como partición testamentaria. No se ha ejercitado la acción de complemento de legítima que prevé el artículo 815 del Código civil ni consta la base fáctica para entender que se ha perjudicado la misma».

En opinión de Rubio Garrido, comentando la sentencia citada, «hubiese sido conveniente desde un punto de vista forense que el letrado del actor hubiese alegado la lesión cuantitativa de la legítima de su patrocinado; la hubiese demostrado y, por consiguiente, hubiese solicitado el suplemento *condigno*, en lo que es el ejercicio de la acción de complemento del artículo 815 CC. Pero, claro está, ello no conduciría a la nulidad de la partición y práctica de una nueva, que fue el *petitum* excesivo e inapropiado (y, además, único) interesado por el actor»²⁵.

12. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS EN LA PARTICIÓN. PARTICIÓN PRACTICADA SIGUIENDO LOS DICTADOS DE LAS CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS. STS (SALA 1.^a) 25 DE ABRIL DE 2018 (RJ 2016, 3857)

a) *Antecedentes fácticos*

Se discute en este caso acerca de la nulidad instada por uno de los herederos de varias cláusulas del testamento, una de ellas en virtud

²⁵ RUBIO GARRIDO, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009 (BIB 2009\1686), p. 4.

de la cual la testadora nombraba albacea con facultades para liquidar la sociedad conyugal constituida por ella misma y su esposo premuerto. Se solicita, asimismo, la nulidad de la cláusula que contiene la denominada *cautela socini*, en virtud de la cual se «(s)anciona al heredero que no aceptase la precedente disposición, o que fuere promotor de la intervención judicial, o perturbador del normal cumplimiento de las disposiciones testamentarias, con la reducción de sus derechos sucesorios a su porción en el tercio de legítima estricta, pasando, por igual, a los que acataren la voluntad del testador, la parte del disidente en los tercios de mejora y libre disposición». No obstante, esta cuestión queda finalmente fuera de debate en el recurso de casación por no plantearse como motivo de casación, aunque en aplicación de la última jurisprudencia del TS (en concreto de la STS de 21 de abril de 2015), la AP se había pronunciado sobre la validez de la misma, puesto que dado que lo que se cuestiona por el recurrente es la posible nulidad de las operaciones particionales llevadas a cabo por el albacea-contador-partidor, al no versar o combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador, dicha cautela no opera para las nulidades solicitadas por la demandante.

Subsidiariamente se reclama que se declare nula la partición realizada por D. Dimas al no haber procedido a liquidar y adjudicar previamente a la partición hereditaria la liquidación de la sociedad de gananciales.

El JPI dicta sentencia desestimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la AP dicta sentencia desestimatoria, confirmando en su integridad la sentencia del juzgado de primera instancia. Uno de los argumentos para desestimar la demanda reside en la doctrina de los actos propios, puesto que la demandante no había opuesto previamente objeción alguna a la partición practicada por las personas designadas para ello en el testamento, pretendiendo con posterioridad la nulidad de la partición. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia recurrida.

b) *Doctrina*

«La respuesta adecuada a la cuestión jurídica que se plantea requiere analizar, en primer lugar, la eficacia de la partición conjunta realizada por el contador-partidor nombrado por uno solo de los esposos que, además, le facultó para liquidar la sociedad de gananciales. A este respecto deben hacerse las siguientes consideraciones.

a) Cuando la sociedad de gananciales se disuelve por fallecimiento de un cónyuge, la liquidación de la comunidad se presenta como un acto previo necesario para fijar el haber partible, integra-

do por los bienes privativos y los que correspondan al causante en virtud de la liquidación de la comunidad.

La consideración de la liquidación de la sociedad como un presupuesto de la partición de la herencia ha llevado a esta sala a declarar la nulidad de la partición en algunos casos en que la falta de previa liquidación de la sociedad de gananciales daba lugar a alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que debían adjudicarse a cada uno de los herederos (...).

Pero también se ha mantenido la partición cuando, en atención a las circunstancias, los intereses en presencia no se veían vulnerados pese a no mediar previa liquidación de la sociedad de gananciales (...).

b) La liquidación extrajudicial de la sociedad requiere el consentimiento unánime de todos los partícipes. Indudablemente, los dos cónyuges (si están vivos) o, en su defecto, los herederos del premuerto con el viudo y, si también hubiese fallecido este último sin que se hubiera liquidado la sociedad, todos los herederos de uno y otro.

Se ha admitido sin embargo que será válida la liquidación de la sociedad por el contador designado por el premuerto con el viudo o con los herederos de este si también ha fallecido (sentencias de 10 de enero de 1934, 2 de abril de 1996, Rc. 2891/1992, 508/1999, de 8 de junio, y 164/2000, de 25 de febrero).

Incluso, la sentencia 301/2001, de 29 de marzo, en la línea propugnada doctrinalmente, admite que el mismo contador-partidor nombrado por ambos cónyuges puede por sí solo realizar la liquidación de la sociedad de gananciales.

Enlazando este planteamiento con lo expuesto sobre la necesidad de liquidar previamente los gananciales, será posible entonces que el contador-partidor designado por ambos cónyuges practique la partición de ambas herencias sin liquidar previamente los gananciales adjudicando bienes concretos cuando, en atención a las circunstancias del caso, como se ha dicho antes, no se vulneren los intereses en presencia y no se produzcan alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que deben adjudicarse a cada uno de los herederos. Por ejemplo, porque los instituidos son los mismos y en la misma proporción, de modo que el contador puede proceder a repartir el caudal como si se tratase de un solo patrimonio.

c) En el presente supuesto, la disolución de la sociedad se produjo por la muerte del esposo. La esposa, que falleció con posterioridad, había facultado expresamente en su testamento al albacea-contador-partidor no solo para liquidar la sociedad de gananciales, sino

también para partir conjuntamente ambas herencias, en atención a que el contador designado por su marido había fallecido sin realizar ninguna operación y en atención a que los bienes de su difunto marido y los suyos eran esencialmente gananciales.

Es cierto que los instituidos en los dos testamentos son llamados en ambas herencias a las mismas cuotas (la esposa instituyó herederos por mitad a partes iguales a su hijo y a los dos nietos hijos de su hijo premuerto; el esposo, fallecido antes que la testadora, instituyó herederos a sus dos hijos y, por sustitución, a sus descendientes). Sin embargo, puesto que el contador solo fue designado por la esposa, resultaba precisa la intervención en la partición de los herederos del esposo. Ello por cuanto los herederos del esposo ocupan su puesto y el esposo no confirió facultad alguna al albacea que finalmente actuó en orden a partir su herencia.

De acuerdo con lo anterior habría que concluir que la partición realizada por el contador nombrado por D.^a Esmeralda precisaría para su eficacia el consentimiento de los herederos de D. Horacio y, en el caso, únicamente D. Leoncio manifestó su conformidad y su intención de protocolizar el cuaderno.

Sucede sin embargo que, como declaró la Audiencia, confirmando el criterio del Juzgado, al ejercer la acción que da lugar al presente recurso, la demandante va contra sus propios actos.

2. Actos propios y legitimación para impugnar el testamento y la partición.

La Audiencia, confirmando la sentencia del Juzgado, consideró que había actos propios y la recurrente impugna este pronunciamiento alegando que no hubo renuncia a la acción y que la doctrina de los actos propios debe ser interpretada de manera estricta cuando comporta renuncia de derechos.

Conviene advertir, frente a lo que parece entender la recurrente, que, como dijo la sentencia 399/2012, de 15 de junio, la doctrina de los actos propios no requiere un previo esquema negocial o declaración de voluntad negocial que integre a los actos propios. Por el contrario, la aplicación de la doctrina de los actos propios para rechazar una pretensión de nulidad tiene sentido precisamente cuando no existe una voluntad negocial de carácter vinculante, bien bilateral, bien unilateral, señaladamente una renuncia de derechos. En este último caso la renuncia habría extinguido el derecho por voluntad del renunciante, mientras que la regla según la cual no puede venirse contra los propios actos y debe negarse todo efecto jurídico a la conducta contraria es una concreción de la buena fe que rechaza la falta de coherencia de las conductas por la legítima confianza generada en terceros.

Como observa la Audiencia, haciendo suyo el pronunciamiento y la valoración del Juzgado, en el caso: la demandante, al rehusar (junto a su hermano y su madre) firmar el cuaderno, no cuestionó el nombramiento del contador por D.^a Esmeralda, ni que el mismo pudiera llevar a cabo la partición conjunta, ni que en el cuaderno se hubiera incluido la partición de la herencia de D. Horacio, sino que la demandante, junto a su madre y a su hermano, afirmó que no estaba de acuerdo con las valoraciones de algunas fincas y que el albacea no los había convocado; en la conciliación y en el juicio sobre reclamación de honorarios reconocieron al Sr. Dimas como albacea contador y se opusieron al pago por motivos ajenos a su nombramiento y funciones, limitándose a referir errores en la partición o problemas derivados de la normativa sobre unidades mínimas de cultivo; en la carta del abogado previa a la interposición a la demanda se invocaba únicamente la nulidad de la “cautela” del testamento y la imposibilidad de que el contador llevara a cabo una nueva partición por haber transcurrido el plazo previsto en el testamento de D.^a Esmeralda; según la declaración en juicio del perito que auxilió al albacea-contador en la valoración de los bienes, la parte demandante sí tuvo intervención en la liquidación y, sobre todo, con posterioridad, tal y como declara probado la sentencia recurrida, la demandante ha realizado actos de posesión de los bienes adjudicados en el cuaderno.

Por todo ello, el ejercicio de la acción por parte de la demandante dirigido a que se declare la ineficacia de la partición que se realizó siguiendo los dictados de las cláusulas testamentarias de D.^a Esmeralda es contrario a la buena fe, es incoherente con la conducta observada por la parte y perjudica a los demás herederos.

La correcta aplicación de la doctrina de los actos propios implica que no pueda admitirse la pretensión contradictoria con la conducta anterior porque, quien realiza actos que reconocen la eficacia del testamento y de la partición realizada conforme a ella, queda privado de la legitimación para impugnarlos.

Por todo lo anterior, el primer motivo del recurso debe ser desestimado.»

c) *Comentario*

Sobre la doctrina de los actos propios, resulta muy ilustrativa la STS 22 mayo 2003 (RJ 2003, 7148):

«La regla general según la cual no puede venirse contra los propios actos, negando efecto jurídico a la conducta contraria, se asienta en la buena fe o, dicho de otra manera, en la protección a la

confianza que el acto o conducta suscita objetivamente en otra u en otras. El centro de gravedad de la regla no reside en la voluntad de su autor, sino en la confianza generada en terceros, ni se trata de ser una manifestación del valor de una declaración de voluntad negocial manifestada por hechos o actos concluyentes. No es la regla una derivación de la doctrina del negocio jurídico, sino que tiene una sustantividad propia, asentada en el principio de buena fe.

La conducta previa contra la que no se puede ir posteriormente ha de tener ciertos caracteres. La jurisprudencia había ya recogido la necesidad de la relevancia jurídica de la conducta, afirmando que los actos deben ser reveladores de alguna manera del designio de decidir la situación jurídica de su autor, y en cuanto a la significación jurídica del acto anterior es menester que ésta pueda ser valorada objetivamente como índice de una actitud adoptada respecto a la situación jurídica en la cual ha sido realizada.

(...) Los actos propios, para vincular a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar una determinada situación jurídica, causando estado (Sentencias de 30 de septiembre de 1996 [RJ 1996, 6821] y 31 de enero de 1995 [RJ 1995, 291]).»

Particularmente, poniendo en relación lo anteriormente expuesto con la sentencia comentada, de acuerdo con la máxima *contra factum proprium quis venire non potest* no es posible impugnar un negocio irregular cuando el que pretende la impugnación lo ha ejecutado previamente o cuando, de cualquier forma con su comportamiento ha prestado su aceptación al mismo²⁶.

Por ejemplo, en la STS 20 octubre 1992 (RJ 1992, 8090) hubo acuerdo entre coherederos para la transformación de la comunidad hereditaria en un condominio ordinario, prescindiendo de la intervención de los contadores-partidores designados en el testamento. En opinión del TS en la sentencia citada, no puede pedir la nulidad de la partición convenida uno de los herederos concurrentes por haberse prescindido en ella de los contadores-partidores testamentarios cuando él tampoco recabó su intervención.

«(...) ha de agregarse, por un lado, que don Alfonso S. C. (único demandante y ahora recurrente) que, no obstante conocer (desde la muerte de sus padres en 1960 y 1972, respectivamente) el nombramiento de los contadores-partidores, prescindió de los mismos y prestó su consentimiento (junto con el de sus otros seis hermanos) a la partición que, con acuerdo unánime («conformes de toda conformidad»), hicieron mediante el documento privado de fecha 31-12-1972 y ha venido consintiéndola y ajustándose a ella durante más de doce años, no puede, sin violentar el respeto debido a lo pactado (*pacta sunt servanda*; art. 1091 del Código Civil) y sin conculcar la doctrina de los actos propios, tratar ahora de desconocer la eficacia del repetido documento y, por otro lado, que durante

²⁶ Vid. BETTI, 1994, p. 481.

el plazo de vigencia del mandato de los contadores-partidores (que venció en septiembre 1975) ninguno de los herederos, ni siquiera don Alfonso, requirió la intervención de los mismos, habiendo uno de ellos (don César F. R.) declarado en la prueba testifical (folio 499 vuelto de los autos) que «tuvo conocimiento al otorgar testamento los citados esposos que, juntamente con Paulino V. C., había sido designado contador-partidor, y tuvo también conocimiento de que fallecida la madre, los hermanos S. C. habían procedido a poner fin a la Comunidad Hereditaria, al proceder, manteniendo la unidad de la explotación, a fijar la forma en que, entre ellos, se distribuían los bienes heredados de sus padres fallecidos.»

En materia sucesoria la regla implica no solo la vinculación del heredero a los actos de su causante²⁷, sino también una vinculación del heredero a sus propios actos anteriores²⁸.

Otra de las cuestiones que son objeto de discusión en la Sentencia comentada es la de la liquidación de la sociedad de gananciales y partición conjunta realizada por el contador-partidor nombrado por uno de los esposos.

Al respecto, la liquidación de la sociedad conyugal es un presupuesto de la partición de la herencia. Por lo que el TS ha declarado la nulidad de la partición en aquellos casos en que la falta de previa liquidación provocaba alteraciones sustanciales en la integración o valoración de los lotes que debían adjudicarse a cada uno de los herederos.

Por otro lado, conviene tener presente que la liquidación extrajudicial de la sociedad requiere el consentimiento unánime de todos los partícipes (en caso de sucesión *mortis causa*, los herederos del premuerto con el viudo y, si hubiese fallecido este último, todos los herederos de uno y otro). Aunque se ha admitido por la

²⁷ SANTAMARÍA ANSA, *RDP*, 1961, pp. 271 ss.

²⁸ En la anteriormente citada (en punto a la existencia de enriquecimiento injustificado) STS 5 febrero 2018 (RJ 2018, 397) entiende el TS que no nos encontramos ante un supuesto de actuación contraria a los actos propios en la partición: «La doctrina jurisprudencial sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (...). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundadamente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (...).» En este caso en concreto: «La propia relación existente entre la doctrina de la vinculación por los actos propios y el principio de buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7 CC) comporta como exigencia que –en el momento en que se producen los calificados como actos propios– la parte que los realiza ha de tener plena consciencia y conocimiento de cuál es la situación jurídica en la que se desenvuelve, lo que supone la ineficacia como tales de los actos protagonizados por los demandantes por cuanto aún desconocían la existencia del documento privado de fecha 19 de octubre de 1987 o, incluso conociéndolo, cuando meramente hubieran actuado “frente a terceros” según lo establecido en la escritura pública de adición de herencia y conforme a lo publicado por el registro de la propiedad».

jurisprudencia la validez de la liquidación de la sociedad por el contador designado por el premuerto con el viudo o con los herederos de este si también ha fallecido. Incluso podría realizarse por el mismo contador-partidor nombrado por ambos cónyuges.

En el caso de la sentencia comentada, la disolución de la sociedad se produjo por la muerte del esposo. La viuda había facultado expresamente en su testamento al albacea-contador-partidor no solo para liquidar la sociedad de gananciales, sino también para partir conjuntamente ambas herencias.

En consecuencia, concluye el Tribunal que la eficacia de la partición realizada por el contador-partidor pasa por la intervención de los herederos del cónyuge premuerto, puesto que aquél no confirió facultad alguna al albacea que finalmente procedió a realizar la partición, circunstancia que no se dio en el supuesto enjuiciado, donde solamente uno de los coherederos prestó su consentimiento.

No obstante, la pretensión de nulidad de la partición de la demandante no prosperó debido a su conducta contraria a los propios actos.

13. USUCAPIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS Y COMPENSACIÓN DEL HEREDERO PRETERIDO EN LA PARTICIÓN. STS (SALA 1.ª) 21 DE FEBRERO DE 2019 (JUR 2019, 71900)

a) *Antecedentes fácticos*

Versa la presente sentencia sobre un supuesto de preterición de un heredero forzoso en la partición de la herencia y el alcance de la misma.

En cuanto al supuesto de hecho de la Sentencia podría resumirse del siguiente modo:

D.^a Adelaida presentó una demanda contra D. Luciano con base en la acción de petición de herencia tanto de su padre biológico, D. Jesús Ángel, como de su abuelo, D. Marcos, en la que solicitaba la condena del demandado al pago de 170.915,91 €, más los intereses legales desde la interposición de la demanda.

D.^a Adelaida era hija extramatrimonial de D. Jesús A. y fue declarada heredera *ab intestato* del mismo mediante acta de notoriedad de fecha 18 de octubre de 2012. Con anterioridad a este momento, en concreto el 28 de mayo de 1997, mediante escritura de partición de la herencia de D. Jesús A. se adjudicaron a D. Luciano algunos bienes muebles y otros muebles. Dicha escritura fue objeto de adición de herencia por dos nuevas escrituras en 2009.

Por otro lado, el 17 de noviembre de 2006, se otorgó escritura pública de aceptación y adjudicación de la herencia de D. Marcos (abuelo paterno de los herederos abintestato) por la que se adjudicó a D. Luciano un derecho de participación en diversos inmuebles.

Dos son las cuestiones controvertidas en la Sentencia. En primer lugar, si los bienes objeto de la escritura de 1997 habían sido usucapidos por el demandado, circunstancia de interés para dirimir sobre la procedencia de la reclamación hereditaria. En segundo lugar, con relación al pago del derecho hereditario de la demandante, sobre la vivienda de la CALLE000 núm. NUM002 de Madrid (resultante de la escritura de partición de su abuelo D. Marcos). Especialmente sobre si debe realizarse en metálico o mediante la adjudicación de la cuota hereditaria que le correspondía.

b) *Doctrina*

«2. En el presente caso, la demandante no discute que la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales y partición de la herencia de D. Jesús Ángel, de 28 de mayo de 1997, tenga la calificación de justo título a los efectos de la usucapión ordinaria (arts. 1940 y 1952 CC), cuestión por otra parte controvertida en la doctrina civilista. Tampoco discute que dicha escritura determine el *dies a quo* del plazo de prescripción adquisitiva en favor del demandado. Ni se cuestiona la aplicación del artículo 1958 CC en el presente caso, dada la constatación de la ausencia de la demandante en parte del tiempo establecido para la usucapión inmobiliaria ordinaria de los bienes contemplados en la anterior escritura de partición.

3. Partiendo de estos antecedentes jurídicos del pleito, para determinar el cómputo de la prescripción adquisitiva, conforme a los citados artículos 1957 y 1958 CC, debe fijarse, en primer término, el período de usucapión alcanzado durante la fase de presencia de ambas partes (art. 1957 CC). En nuestro caso, dicho periodo se inició el 28 de mayo de 1997, tal y como se ha señalado, de forma que el 28 de mayo de 2005 el demandado contaba con un período de usucapión de 8 años entre presentes, dado que, según la regla tercera del artículo 1958 CC, el primer año de comienzo de la ausencia de la demandante (mayo del 2005), al no ser “entero y continuo”, no se computa. Por lo que al demandado le restaban dos años de prescripción adquisitiva para completar los 10 años.

4. Señalado esto procede, en segundo término, fijar el periodo de extensión de la prescripción adquisitiva entre ausentes, teniendo en cuenta lo dispuesto en la regla segunda del artículo 1958 CC,

por la que “cada dos años de ausencia se computará como uno para completar los 10 del presente”.

En nuestro caso, y sin poder contar el primer año de ausencia por lo ya expuesto, y el último de ausencia por idéntica razón (marzo de 2011), el período abarcó del año 2006 al año 2010, esto es, una extensión del plazo de prescripción de dos años, según lo dispuesto en la citada regla segunda del artículo 1958 CC.

5. Si a los ocho años ya consumados por el demandado, para la prescripción adquisitiva entre presentes, se le suman estos dos años del período de prescripción adquisitiva entre ausentes, el resultado es que el 28 de mayo de 2009 el demandado había consumado la usucapión de dichos bienes, conforme a la partición efectuada el 28 de mayo de 1997. Consumación que es anterior, en todo caso, al reconocimiento de la filiación extramatrimonial de la demandante, declarada por sentencia de 30 de noviembre de 2009, así como a su reclamación extrajudicial de los bienes de la herencia, de 18 de febrero de 2011, por lo que debe concluirse que el demandado había consumado la usucapión ordinaria de los bienes inmuebles contemplados en la escritura de 28 de mayo de 1997.

6. También procede entrar en el examen de lo alegado por el demandado en el motivo cuarto de su recurso de casación.

En dicho motivo, cuestiona el pronunciamiento de la sentencia recurrida, fundamento de derecho decimotercero, que le condena al pago en metálico de la cuota hereditaria que le corresponde a la demandante por su derecho hereditario en la citada de vivienda sita en la CALLE000 núm. NUM002 de Madrid, concretado en el 50 % del valor de la parte de dicha vivienda que ha resultado adjudicado al demandado por razón de la herencia de su padre y de su abuelo. Dicho derecho hereditario no ha sido adjudicado de un modo íntegro o pleno, sino en una parte de la nuda propiedad de la vivienda sujeta al usufructo vitalicio en favor de otra heredera (viuda de un hermano de su padre); por lo que se le obliga a pagar anticipadamente algo que aún no ha recibido, la propiedad plena de una parte del bien adjudicado, haciendo de mejor condición a la demandante frente al resto de los coherederos, que no han recibido en metálico el pago de su cuota, y que deberán soportar las obligaciones tributarias que correspondan a la muerte de la usufructuario, con cargo al heredero demandado.

7. En contra de lo que sustenta la sentencia recurrida, debe precisarse que, en nuestro Derecho de sucesiones, el resarcimiento que prevé el artículo 1080 CC respecto del coheredero que ha resultado omitido o preterido en la partición realizada, esto es, el «pago de la parte proporcional que le corresponda» no comporta

que dicho pago deba realizarse necesariamente y de un modo directo en dinero o en metálico. Pues bajo el entendimiento correcto de dicha regla jurídica, el pago supone “el cumplimiento de la prestación tal y como es y en lo que ella consiste”, es decir, restableciendo la efectividad del derecho hereditario del coheredero preterido conforme a su naturaleza y contenido en la herencia, y guardando la posible igualdad entre los coherederos, tal y como dispone el artículo 1061 CC.

En nuestro caso, el derecho hereditario del demandado, y con él, el de la demandante, quedó configurado o consistió en una cuota de participación en la nuda propiedad de la citada vivienda, que no fue objeto de adjudicación en dinero, por lo que a la demandante preterida le corresponde la titularidad del 50 % de dicha cuota de participación del heredero demandado, sin que proceda alterar, con trato desigual, la naturaleza y consistencia del derecho hereditario objeto de transmisión.»

c) *Comentario*

Son dos, pues, las cuestiones debatidas en esta Sentencia. En primer lugar, se resuelve sobre si el título «pro herede» es un justo título para la usucapición ordinaria de los bienes hereditarios, a lo que se responde afirmativamente.

A) Sobre la usucapición ordinaria en el ámbito sucesorio

Pese a lo dictaminado por el TS en esta sentencia afirmando que la escritura de partición de la herencia tiene la calificación de justo título a los efectos de la usucapición ordinaria, un sector de la doctrina ha sostenido que ni el título de heredero ni la partición pueden considerarse justos títulos para la usucapición ordinaria²⁹. Ello debido a las características propias de la sucesión universal, puesto que el heredero, en cuanto que sucesor del causante, queda facultado

²⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, ADC, 1993, p. 1900: «La posición que aquí se pretende defender es la que considera que ni el título de heredero ni la subsiguiente partición pueden ser considerados justos títulos para la usucapición ordinaria. En este sentido, como se verá, se manifiesta parte de nuestra doctrina y la totalidad de la francesa y la italiana. No discuto en absoluto que el heredero pueda adquirir por usucapición extraordinaria, si concurren sus requisitos, bienes concretos que posee como hereditarios, pero en realidad no pertenecían al causante (en los términos que se examinan *infra* apartado 6). Lo que se pone en tela de juicio es la posibilidad de invocar la adquisición vía sucesión *mortis causa* a título universal, o la adjudicación en la subsiguiente partición de la herencia para beneficiarse de una usucapición abreviada. Es decir, que el título de heredero o la partición sean el justo título que el artículo 1940 C.c. exige para poder *usucapir* en plazos más breves, del mismo modo que, en su caso, sirva a igual finalidad la compraventa o la donación».

para hacer suya la situación y legitimación posesoria que correspondieran al testador, pero no se crea un justo título autónomo³⁰.

No obstante lo anterior, la inhabilidad del título «pro herede» como justo título para la usucapión no comprende otro título de adquisición como es el legado, siendo válido el título *pro legato* para la usucapión ordinaria. Pero no para el supuesto al que se refiere, en otro orden de cosas, la anterior Sentencia del TS de 15 de enero de 2013 (RJ 2013, 2915), sino a otra situación distinta. Pues en el legado de cosa cierta y determinada de un bien de la propiedad del testador, al que se refiere la sentencia citada, el legatario es dueño de la cosa legada desde el momento de la muerte del causante, no siendo necesaria usucapión (podríamos plantearnos que en este caso estamos ante un problema de inexactitud del Registro de la Propiedad).

Tampoco para el supuesto en el que el causante estuviera poseyendo *ad usucapionem* una cosa propiedad de otro, puesto que, si la misma fuera objeto de legado, el legatario continuaría por *successio possessionis* la usucapión que aquel comenzó.

Menos aún en el caso en el que el testador poseía en concepto de dueño una cosa a sabiendas de que no lo era. En el caso de que la legue, el artículo 861 CC establece que ese legado es válido, quedando el heredero obligado a adquirirla para entregarla al legatario (o su valor, de no ser ello posible).

En la hipótesis de que el heredero poseyese la cosa sin conocer su ajeneidad y posteriormente la legase, cuando el heredero cumple la manda y hace entrega de la cosa al legatario, éste no adquiere en virtud del legado. El legatario sumará su tiempo de posesión al de su causante (art. 1969, regla 1.ª CC). La cuestión reside en averiguar si es posible para el legatario *usucapir* ordinariamente, sobre la base de un justo título *pro legato*. A esta cuestión responde Yzquierdo Tolsada afirmativamente sobre la base de la siguiente argumenta-

³⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA, *ADC*, 1993, p. 1915: «Lo que nos interesa destacar es que el heredero no puede invocar su título como justo título de adquisición para la usucapión ordinaria, por razones que derivan de los caracteres propios de la sucesión universal». Con cita de SALVADOR CODERCH, «(e)l autor citado nos remite para ello a la doctrina de Pothier quien ya enseñó que el título pro herede no es un justo título autónomo (en el sentido del art. 1952 CC) y la estima válida hoy, «pues el título de heredero no crea por definición una justificación autónoma de la adquisición, sino que remite al título que eventualmente ya tenía el causante sobre el bien de que se trate». Añade a continuación la autora citada, p. 1916: «Por lo que se refiere a la posesión de los bienes hereditarios, el título de heredero permite continuar la misma posesión que tuviere el causante y con el mismo título (art. 440 CC). El heredero no dispone de un título nuevo que fundamente un *ius possidendi* distinto al que tuviere el causante, sino que el ejercicio del *ius delationis* y la aceptación de la herencia le faculta para hacer suya la situación y legitimación posesoria que correspondieran al difunto; en su caso, le permite el ejercicio de la protección posesoria vía interdictal, sin necesidad de acto material de aprehensión».

En el mismo sentido cfr. YZQUIERDO TOLSADA, *ADC*, 2001, pp. 584-585.

ción: «El artículo 862, párrafo 1.º, establece para el supuesto de ignorancia por el testador de que la cosa que legaba era ajena una solución tajante: la nulidad del legado. Si ello es así, no hay justo título por no haber título válido (art. 1953), y el legatario precisará completar los plazos de la usucapión extraordinaria (...). Pero prefiero pensar que las cosas no han de suceder de tal modo. No tiene sentido afirmar que la nulidad del legado opera frente al verdadero dueño, pues lo que el artículo 862 pretende es solamente liberar al heredero de la obligación de entrega de una cosa que no pertenece a la herencia, y al mismo tiempo ampararle frente a una demanda de saneamiento por evicción, llegado el caso de que el propietario reivindicara con éxito frente al legatario». En opinión del autor, si el heredero no demanda la nulidad del legado, «hay que afirmar el justo título del legatario para la usucapión. (...) [E]l legado es título válido para la usucapión de la cosa no adquirida por aquel a quien se legó. El legatario viene así a adquirir lo mismo que tenía el causante: la posibilidad de *usucapir*. Y la posibilidad la adquiere con título propio y distinto del que su causante tuviera (si lo tenía)»³¹.

B) Omisión de un heredero forzoso en la partición. Efectos

La segunda cuestión viene referida a la omisión de un heredero forzoso en la partición y los efectos de la misma.

En la STS 10 diciembre 2014 (RJ 2014, 6842) se plantea un supuesto de preterición, en este caso intencional, de un heredero forzoso en la partición. En el supuesto contemplado por la citada sentencia, una vez abierta la sucesión, la esposa y la hija extramatrimonial otorgaron escritura pública de aceptación de herencia, liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicación y partición, así como otra escritura de venta de un inmueble de la herencia. El tercer adquirente había inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, entendiéndolo el Alto tribunal que se trataba de un tercero protegido por la fe pública registral.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 10 de diciembre de 2014, el supuesto de hecho entra dentro de la órbita de aplicación del artículo 1080 CC, tratándose de un caso de preterición de un heredero en la partición. El principio *favor partitionis* es un principio que se encuentra en la base de aquel precepto, de modo que en la medida de lo posible debe tenderse a la conservación de la partición siempre que los que participen en la misma actúen de buena fe, circunstancia que se presume *iuris tantum*. No obstante, en este caso en concreto había quedado acredita-

³¹ YZQUIERDO TOLSADA, ADC, 2001, pp. 585-586.

da la mala fe de la esposa y la hija, puesto que conscientemente habían omitido a un heredero forzoso en la partición. La jurisprudencia había sostenido que, habiendo mala fe, la consecuencia debía ser la nulidad absoluta de la partición. Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado la Audiencia Provincial dictamina la nulidad de la partición realizada con preterición de un heredero forzoso de mala fe. En este caso, el Tribunal Supremo, en aplicación de la fundamentación jurídica de la Sentencia considera que «la ineficacia que contempla la sentencia recurrida concuerda sustancialmente con el régimen de rescindibilidad, que se desarrolla respetando la validez de lo ordenado por el testador». Pero pese a modificar la doctrina, la sentencia de la Audiencia Provincial no queda revocada, puesto que el efecto en ambos casos es que se debe realizar una nueva partición (efecto de la rescisión para el Tribunal Supremo, efecto de la nulidad para la Audiencia Provincial).

En el caso de la comentada STS de 21 de febrero de 2019 se trata de una preterición no intencional, que tiene como consecuencia para el coheredero que ha resultado omitido, el pago de la parte proporcional que le corresponda, sin que ello implique que el mencionado pago deba realizarse necesariamente en metálico. Debe restablecerse la efectividad del derecho hereditario del coheredero preterido conforme a su naturaleza y contenido en la herencia, y guardando la posible igualdad entre los coherederos (conforme al art. 1061 CC).

14. PARTICIÓN DE LA HERENCIA POR CONTADOR PARTIDOR, ALCANCE DE LA FACULTAD DE RECTIFICAR ERRORES O COMPLEMENTAR. COLACIÓN DE DONACIÓN REMUNERATORIA. STS (SALA 1.^a) 20 DE JULIO DE 2018 (RJ 2018, 2833)

a) *Antecedentes fácticos*

En este caso el padre realiza en el año 2000 una donación en documento privado a uno de sus hijos de unas participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada, donde expresamente el donante dispensa de la obligación de colacionar. Las participaciones se valoran en 74.388.600 euros.

Posteriormente el padre, donante, niega validez a la citada donación, lo que obliga al hijo a entablar un procedimiento para que judicialmente se declare la validez de la misma. Los tribunales reconocen efectivamente la validez de la donación, entretanto se produjo el fallecimiento del padre.

En 2003 el padre había otorgado testamento ordenando en el mismo que no fuesen colacionables las donaciones hechas a las hijas, pero sí que lo fueran las realizadas en favor de los varones. En 2012, después de haber hecho la partición, la contadora-partidora otorgó una nueva escritura de «rectificación de operaciones particionales» de la herencia del padre, teniendo en cuenta el cambio de circunstancias representado por la firmeza de la sentencia que reconoce la validez de la donación.

Las cuestiones que son objeto de debate en esta sentencia son en primer lugar, si cabe la posibilidad de que el contador partidor pueda hacer una nueva partición en el supuesto, como sucede en el caso, de que se declare la validez de la donación de unas participaciones sociales, cuando la partición se realizó como si la donación no hubiese tenido lugar.

La segunda cuestión tiene que ver con la colación de la donación, siendo discutido si son colacionables las donaciones remuneratorias y si el causante puede revocar en su testamento la dispensa de colación que expresamente manifestó en la donación.

b) *Doctrina*

«La partición pone fin a la comunidad hereditaria y las funciones del contador se agotan cuando otorga la partición. La reserva de la facultad de rectificar errores o complementar, aunque esté dentro del plazo establecido por el testador, no permite al contador hacer una partición nueva, alterando las adjudicaciones ya realizadas.

(...)

3. En el presente caso, la contadora no complementó la partición con nuevos bienes que se hubieran omitido en la partición, ni hizo una mera rectificación respetuosa con las atribuciones de propiedad ya realizadas, sino que hizo una nueva partición alterando de manera unilateral las atribuciones ya realizadas.

Tal y como dice la sentencia de la Audiencia, el cargo de la contadora-partidora quedó extinguido con el otorgamiento de la escritura de partición de 15 de julio de 2005. Ninguno de los preceptos denunciados como infringidos por las recurrentes sirven para desvirtuar esta conclusión si nos atenemos a los hechos probados en la instancia, pues: no hubo partición por el testador (por lo que no hay infracción del art. 1056 CC); sí hubo toma de posesión de los bienes adjudicados en la partición de 2005 (art. 1068 CC) y aceptación por los herederos, por lo que los bienes y derechos ingresaron en el patrimonio de los adjudicatarios, a lo que no se opone la multitud de pleitos entablados entre las partes, en buena

medida dirigidos precisamente a exigir la entrega de lo adjudicado; la escritura de 2012 no se limitó a rectificar errores cometidos en la elaboración de la partición de 2005, sino que modificó sustancialmente las atribuciones ya realizadas, adoptando soluciones diferentes a lo manifestado por el testador, lo que determinó que la propia sentencia de primera instancia en la que se basa el recurso de Luisa-madre, a pesar de considerar que no se había extinguido el cargo, declarara que era parcialmente nula; la necesidad de reinterpretar la voluntad del testador para ajustarla a las consecuencias que derivaban de la sentencia de 2012 que declaró la validez de la donación de 2002 y que no fue tomada en cuenta en 2005 no permitía a la contadora recuperar una función que se había extinguido (por lo que no hay infracción de los arts. 1057, 675, 1056 y 1062 CC), de modo que toda actuación ulterior es incumbencia de los herederos y, en su defecto, del juez. No hay infracción de los artículos 1113, 1050 y 1056 CC porque la partición de 2005 no fue un negocio sujeto a la condición del resultado del pleito iniciado por Luis Miguel-hijo contra su padre acerca de la validez de la donación, ni en ese momento la contienda era sobre la colación de una donación que la contadora no tuvo en cuenta en la partición, ni los herederos lo eran bajo condición.

Extinguido el cargo de contador, su función no podía renacer por el hecho de que, unilateralmente, se reservase la facultad de volver a actuar.

(...)

2. La colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante.

En el presente caso, debemos partir de que la donación es remuneratoria (lo que es discutido por Luisa -madre en su recurso), porque así se estableció en el procedimiento anterior en el que se discutió sobre la validez de la donación.

En principio, esta calificación tiene interés porque es uno de los argumentos utilizados para negar que proceda la colación. Hay que advertir sin embargo, por lo que se dirá a continuación, que a juicio de esta sala resulta irrelevante que la donación sea remuneratoria, porque la colación de la donación remuneratoria depende de la voluntad del causante, que es a la que debe estarse en todo caso.

La colación de la donación remuneratoria es un problema que no está resuelto de manera específica en la ley, es discutido en la doctrina científica y no ha sido zanjado hasta la fecha por la jurisprudencia.

a) El código civil no alude a la colación en las donaciones remuneratorias, ni para decir que no se colacionan ni para impedir

al causante que imponga la colación. El artículo 1041 CC excluye la colación de algunos gastos (alimentos, educación, curación de enfermedad); el causante no puede imponer su colación porque tampoco son liberalidades. El artículo 1042 CC deja en cambio en manos del causante la colación de algunos gastos (por ejemplo, los destinados a dar al hijo una carrera profesional).

b) Por lo que se refiere a la jurisprudencia, las partes han citado en las distintas instancias sentencias a favor y en contra de la colación de las donaciones remuneratorias, pero ninguna de ellas resulta definitiva.

(...)

c) Un sector de la doctrina científica invoca la aplicación del artículo 622 CC, que conduciría a la colación de la donación por lo que exceda de la remuneración.

En el caso, se trata de una petición subsidiaria de las tres recurrentes, que ya la plantearon como tal en sus contestaciones a la demanda. De hecho, la principal dificultad práctica que comporta la aplicación a las donaciones remuneratorias del artículo 622, esto es, cómo determinar la diferencia entre el servicio remunerado y el valor de los bienes donados, se habría tratado de superar por las demandadas mediante la aportación en el juicio de una pericial referida a lo que cobraría un consejero por las gestiones que hizo el hijo en la empresa y por las que se le remuneraría. En ese dictamen, con distintos métodos, se alcanzaban diferentes resultados. La sentencia de apelación no entró a valorar los servicios remunerados porque consideró que no era colacionable, pero la sentencia de primera instancia hizo mención a ese informe.

Pero cabe formular objeciones a la aplicación de la tesis de la naturaleza mixta de estas donaciones en sede de colación, por lo que es descartada por esta sala.

No es de extrañar que tanto las recurrentes (como argumento principal para apoyar su tesis de la colación completa de la donación, incluso por aquellas recurrentes que aceptan como hecho que la donación es remuneratoria) como el recurrido (para negar que proceda la colación en ninguna cuantía) invoquen la jurisprudencia de esta sala que, desde la sentencia del pleno 1394/2007, de 11 de enero, en materia de forma y simulación, ha declarado que el artículo 622 CC se aplica a las donaciones con carga, pero no a las remuneratorias. La citada sentencia expresamente dice que, a pesar de su tenor literal, el artículo 622 «es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que, por definición, artículo 619 CC, no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles». Más recientemente,

la sentencia 828/2012, de 16 de enero de 2013, ha reiterado, en sentido parecido, «que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus donandi* del donante, móvil indiferente jurídicamente para el derecho, que no causa del negocio jurídico».

Podría argumentarse que la forma es indivisible y la colación no, lo que explicaría que en un caso no pudiera aplicarse el artículo 622 y en otro sí. Sin embargo, las razones que se exponen a continuación llevan a concluir que la remuneratoria es una donación que como tal debe tratarse en la sucesión, tanto a efectos de la computación, esto es, del cálculo de la legítima (lo que Luis Miguel-hijo expresamente admite, porque le conviene) como a efectos de su colación.

d) El agradecimiento no se puede fragmentar ni cabe pensar que solo se quiso donar, en su caso, por el exceso. No cabe establecer una proporción entre el valor del servicio y el objeto de la donación, y el donante puede valorar los servicios en lo que quiera, con independencia de su valor objetivo. Por eso no es despreciable el argumento de Luis Miguel-hijo de que su padre hizo la donación asesorado por una consultoría y le donó exactamente las participaciones que le donó porque calculó que esa era la retribución que le correspondía, porque la causa de la donación remuneratoria es indivisible.

e) La causa de la donación es indivisible y responde al ánimo liberal; la remuneración es un móvil subjetivo para hacer la donación, pero no la causa de la donación (art. 1274 CC). Otra cosa sería que, en los casos en los que la remuneración se eleve a motivo causalizado, la existencia de error acerca de la realidad de los servicios, permitiera impugnar la validez de la donación.

f) En la literatura antigua se utilizó como argumento para excluir la procedencia de la colación de la donación remuneratoria la aplicación analógica del artículo 880.5 del código de comercio de 1885, que reputaba fraudulentas las donaciones «que no tengan conocidamente el carácter de remuneratorias», otorgadas después del balance anterior a la quiebra, pero este argumento, que tampoco era definitivo, ha perdido valor. En el vigente artículo 71.2 de la Ley concursal (acciones de reintegración), que presume el perjuicio patrimonial en los pactos de disposición a título gratuito, solo se exceptúan legalmente las liberalidades de uso.

g) El principal argumento en contra de la colación de las donaciones remuneratorias es una aplicación de la misma objeción que los autores que la formulan hacen genéricamente a la propia colación, por la que sin embargo ha optado el legislador, si bien dotándola de un carácter disponible para el causante que hizo la donación.

La idea de que si la donación remuneratoria es expresión de agradecimiento a unos servicios perdería su naturaleza si se computara en la cuota sucesoria, es igualmente afirmada por los críticos respecto de la colación de las donaciones simples, para las que se dice que la colación destruye la esencia de la donación, porque entonces no se enriquecería al donatario, sino que solo se le anticiparía lo que le correspondería cuando el patrimonio del donante se convirtiera en herencia.

Pero, como se ha dicho, es el código civil el que prevé la colación de las donaciones, sin distinción.

h) En el código civil la colación, que no tiene por finalidad proteger la legítima, tiende a procurar una cierta igualdad en lo que han recibido los legitimarios llamados a una cuota. Por eso, en el diseño legal, cuenta con una regulación netamente dispositiva. Por tanto, para concretar en cada caso el alcance de la colación debe estarse a la voluntad del causante.

La peculiaridad en la colación de la donación remuneratoria es que, en función de las circunstancias, puede llegar a interpretarse la voluntad del causante de que no se colacione la donación. Es decir, que aunque el donante/causante no lo ordene expresamente, la referencia a la remuneración de servicios, junto a otros datos, puede revelar la voluntad implícita de que no se colacione. A pesar de que el artículo 1036 CC exige que la dispensa sea expresa, puesto que no son necesarias fórmulas sacramentales, puede ser suficiente una voluntad no ambigua que resulte con claridad de la interpretación de la voluntad. La colación de la donación remuneratoria depende, en definitiva, como la de las donaciones simples, de la voluntad del causante.

i) En el caso, lo que ha sucedido es que el causante dispensó de la colación en el documento privado de donación, pero en el testamento otorgado en escritura pública dijo que las donaciones a los hijos varones eran colacionables. Puesto que en el momento de otorgar testamento solo se había realizado a favor de Luis Miguel-hijo la donación que estamos considerando, es obvio que el testador se estaba refiriendo a ella y, si no la mencionó por su fecha es, precisamente, porque el causante negaba su validez, lo que mantuvo en el proceso iniciado por el hijo contra él así como en una querrela contra el hijo. Declarada por sentencia firme la validez de la donación, es evidente la voluntad testamentaria del causante de que se colacione.

La cuestión, por tanto, es independiente de si la donación es o no remuneratoria y lo que plantea es un problema diferente, el de la revocabilidad de la dispensa de colación.

3. Revocación de la dispensa de colación hecha en el momento de donar.

Esta sala considera que la dispensa de colación hecha en la donación es revocable por el causante. La colación, a diferencia de las acciones de reducción por inoficiosidad, no puede hacer llegar a los demás legitimarios una parte de los bienes donados (art. 1045 CC), pero aumenta la base sobre la que se calcula la participación de los legitimarios llamados a una cuota sin concretar los bienes sobre los que recae (aunque sea la que les corresponda por legítima), con la consecuencia de que el legitimario donatario tomará de menos (art. 1047 CC). En la medida en que supone traer a la masa (en el código civil, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, solo en la comunidad existente con los herederos forzosos) el valor de los bienes donados, la colación modifica la formación de las cuotas sucesorias. Por eso mismo, la dispensa de colación a que se refiere el artículo 1036 CC tiene influencia en la organización de la sucesión y, en consecuencia, es revocable.

Se ha discutido sin embargo en la doctrina científica si la dispensa hecha en la propia donación es revocable.

a) No existe una jurisprudencia consolidada de la sala sobre este asunto.

(...)

b) Un sector de la doctrina científica ha argumentado a favor de la irrevocabilidad que la dispensa hecha en la misma donación adquiere carácter irrevocable por la naturaleza contractual del acto en el que se realiza; sería una dispensa acordada, contractual. También que la dispensa formó parte del negocio lucrativo, que fue aceptado por el donatario como un conjunto y la revocación de la dispensa supone alterar la base de aquel negocio.

c) Frente a estos argumentos, sin embargo, esta sala considera que debe atenderse a la verdadera naturaleza y a la eficacia que el código civil atribuye a la dispensa de colación. La conclusión no puede ser otra entonces que la de la revocabilidad de la dispensa y la necesidad de estar a la última voluntad del causante.

La dispensa es una declaración de voluntad que da lugar a que la partición se deba realizar sin tener en cuenta en ella las liberalidades percibidas en vida por los legitimarios. Se trata, por tanto, de un acto de naturaleza y eficacia *mortis causa*, regido por el principio de la revocabilidad por el que, como opción de política legislativa, se inclina el código civil, tal y como con claridad resulta de los artículos 737 y 1271 CC así como de las escasas excepciones en las que el código acepta la eficacia de un contrato sucesorio

(art. 826, promesa de mejorar en capitulaciones; art. 827, mejora contractual irrevocable; art. 1341, donación en capitulaciones de bienes futuros).

Con independencia de la forma en que se manifieste y del documento que la recoja, la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable. Afirmar que la dispensa formó parte del negocio lucrativo aceptado por el donatario implicaría convertir la dispensa en causa de la donación y sostener que el donatario aceptó la donación por su carácter no colacionable, lo que resulta difícil de imaginar, solo podría dar lugar, en su caso, a plantear bien el error en la aceptación bien la renuncia a la donación. A ello debe sumarse que, sabiendo que la dispensa es un acto unilateral y revocable, el donatario que acepta la donación siempre debe asumir que el causante puede revocar su decisión para privarle, no de la donación, sino de las expectativas que tuviera de recibir más en la sucesión, por lo que una revocación de la dispensa, como la revocación de otro acto dirigido a ordenar la sucesión, nunca puede considerarse que contraría los actos propios.

A efectos prácticos cabe añadir que es ilógico considerar irrevocable la dispensa cuando el causante puede lograr el mismo efecto disminuyendo la cuota de institución del donatario, por ejemplo, mediante donaciones no colacionables a los demás.»

c) *Comentario*

Analicemos por partes cada una de las cuestiones planteadas en esta Sentencia. En primer lugar, en relación con la posibilidad de rectificación de la partición por el propio contador-partidor³². La Sala sigue en este caso el criterio de la Audiencia entendiendo que la rectificación es ineficaz, siguiendo cierta doctrina jurisprudencial según la cual las funciones del contador-partidor acaban con la práctica de la partición no siendo posible una rectificación unilateral de la misma. Ello sin perjuicio de que el contador-partidor se reserve la facultad de rectificar errores o complementarla, aún dentro del plazo fijado por el testador para realizar la partición. Sí que cabe el complemento de la partición por la aparición de nuevos

³² En la doctrina científica *vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA, *ADC*, 2017, p. 59: «¿Cabe que el contador por sí mismo rectifique o complemente la partición que había realizado anteriormente? En principio, las facultades de todo contador-partidor quedan agotadas una vez que ha realizado las operaciones particionales, por lo que posteriormente no puede modificarla, por su exclusiva y unilateral decisión. No obstante, la jurisprudencia suele enlazar esta afirmación con otra: el cese del contador-partidor procede cuando la partición inicialmente practicada ha sido aceptada por los herederos interesados, y, en consecuencia, sí cabe la nueva partición contando con el consentimiento de los mismos (STS 25.4.1994, TOL 1.665.393)».

bienes conforme al art. 1079 CC, pero éste no es el caso enjuiciado por la Sentencia, sino que lo que tiene lugar aquí es la alteración de la partición inicialmente realizada.

En consecuencia, de acuerdo con la Sentencia comentada, el cargo de la contadora-partidora quedó extinguido con el otorgamiento de la escritura de partición de fecha 15 de julio de 2005. Dichas operaciones particionales fueron aceptadas por los coherederos que tomaron posesión de los bienes adjudicados como consecuencia de la partición. Las nuevas circunstancias representadas por la declaración de la validez de la donación de 2002 que no fue tenida en cuenta «no permitía a la contadora recuperar una función que se había extinguido (por lo que no hay infracción de los arts. 1057, 675, 1056 y 1062 CC), de modo que toda actuación ulterior es incumbencia de los herederos y, en su defecto, del juez».

La segunda de las cuestiones planteadas en la Sentencia comentada es acerca del carácter colacionable de la donación remuneratoria de las participaciones sociales que el padre realizó en favor del hijo. La sentencia recurrida en casación entendió que la citada donación no era colacionable, siendo procedente el complemento de la legítima que el hijo demandaba.

Entiende el TS que la donación es colacionable, no siendo necesario el complemento, puesto que el valor de la donación supera el de la cuota hereditaria que debe recibir en concepto de legítima. El carácter colacionable de la donación se defiende en este caso, aunque se trate de una donación remuneratoria.

En la doctrina científica, mayoritariamente, se ha venido entendiendo que la donación se debe colacionar en la cantidad que exceda del valor del servicio prestado³³. No obstante, en la Sentencia comentada, defiende el TS que no debe hacerse distinciones entre la donación remuneratoria y la donación simple, dependiendo, en

³³ ROCA JUAN, 1980, p. 685: «El concepto aparece de los artículos 619 y 622. El mismo carácter de remuneratorias, como hechas en atención de los méritos del donatario o de los servicios prestados al donante, induce a considerar estas donaciones como tácitamente dispensadas de colación. Sin embargo, al no tener el carácter de deuda exigible, y no poder presumirse la dispensa, que ha de ser “expresamente dispuesta” por el donante, habrá que considerarlas colacionables, por aplicación de la regla del artículo 622 *in fine*, en la parte que exceda del valor de los servicios prestados». ALBALADEJO GARCÍA, 1986, *consultado en versión digital*: «En tema de colación y reducción, la aplicación del artículo 622 lleva a concluir que lo mismo las donaciones onerosas, o con carga, que las remuneratorias, están sometidas a colación y reducción solo en la parte en que el valor de lo donado supere el de la carga imputada o el del servicio remunerado». *Vid.* VERDERA IZQUIERDO, *RCDI*, 2008, p. 2066: «La idea que se va imponiendo, y que recoge la jurisprudencia, es que se colacionarán en la cantidad que exceda del valor del mérito o servicio que se compensa o que se ha prestado. Se colacionan los bienes recibidos en la parte en que se ha producido el enriquecimiento y el correspondiente empobrecimiento. Así, la colación no se justifica tanto porque se haya realizado a título lucrativo (art. 1035 del Código Civil), sino porque ha supuesto un enriquecimiento y un empobrecimiento».

todo caso, de la voluntad del causante. «La peculiaridad en la colación de la donación remuneratoria es que, en función de las circunstancias, puede llegar a interpretarse la voluntad del causante de que no se colacione la donación. Es decir, que aunque el donante/causante no lo ordene expresamente, la referencia a la remuneración de servicios, junto a otros datos, puede revelar la voluntad implícita de que no se colacione. A pesar de que el artículo 1036 CC exige que la dispensa sea expresa, puesto que no son necesarias fórmulas sacramentales, puede ser suficiente una voluntad no ambigua que resulte con claridad de la interpretación de la voluntad». Sin embargo, en este caso, aunque el donante dispensase expresamente de la colación en el documento privado de donación, en el testamento otorgado expresamente manifestó que las donaciones hechas en favor de los hijos eran colacionables.

Ello debe conectarse con la siguiente cuestión que es la de la revocabilidad de la dispensa de colación³⁴. A esta cuestión había respondido afirmativamente Vallet de Goytisolo, excepto en el caso de que la donación (donde se dispensa de colación) se contenga en capitulaciones matrimoniales. El TS admite en la Sentencia comentada la posibilidad de revocar la dispensa de colación hecha en el momento de la donación, ello puesto que «[c]on independencia de la forma en que se manifieste y del documento que la recoja, la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable».

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo VIII, vol. 2 (arts. 618-656 CC), Edersa, 1986.
- *Derecho civil. Derecho de Sucesiones*, t. V, v. I, Librería Bosch, Barcelona, 1979.
- BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico*, ed. G. Crifò, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.
- BOSCH CAPDEVILA, E.: «Causas de invalidez del contrato», en AA.VV. coord. Vaquer Aloy, A., *Derecho europeo de los contratos*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 459-545.
- CARBALLO FIDALGO, M.: «Comentario al artículo 1058 CC», en AA. VV. (dir. Cañizares Laso, A., *et alii*), *Código civil comentado*, t. II, Civitas, Madrid, 2016, pp. 1743-1744.
- COSTAS RODAL, L.: *La ineficacia de la partición de la herencia*, Dykinson, Madrid, 2005.

³⁴ LASARTE ÁLVAREZ, *RCDI*, 2012, pp. 1305 ss.

- DEL POZO CARRASCOSA, P.: «Capítulo VI. La partición de la herencia», AA. VV. Gete-Alonso y Calera, M. C. (dir.), *División de la comunidad de bienes*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 169-245.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Comentario al artículo 1047 CC», en AA. VV. (dir. Cañizares Laso, A. *et alii*) *Código civil comentado*, t. II, Civitas, Madrid, 2016, pp. 3175-3176.
- «Comentario a la Sentencia de 8 de junio de 2011», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 89/2012 (BIB 2012\1089), pp. 1 ss.
- ESPEJO RUIZ, M.: *La partición realizada por contador partidor testamentario*, Dykinson, Madrid, 2013.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: «La colación: su ámbito personal y sus efectos: Colación legal y colación voluntaria (A propósito de una Sentencia del Tribunal Supremo)», *Anuario de derecho civil*, vol. 45, núm. 1, 1992, pp. 377-418.
- «La partición realizada por los coherederos. Sus elementos», en AA. VV. coord. Cuenca Casas, M., *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1721-1744.
- «El contador-partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXX-I, 2017, pp. 5-78.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Notas sobre el justo título para *usucapir* y la sucesión *mortis causa*», *Anuario de derecho civil*, vol. 46, n. 4, 1993, pp. 1899-1922.
- GONZÁLEZ VALVERDE, A.: «La viabilidad del desahucio por precario entre coherederos», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 3/2015 (BIB 2015\1398).
- GUILARTE ZAPATERO, V.: «Algunas consideraciones sobre la partición adicional del artículo 1079 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 19, n. 1, 1966, pp. 55-80.
- KARRERA EGIALDE, M. M.: «Comentario a la Sentencia de 19 de julio de 2011», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 89/2012 (BIB 2012\1099).
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: «La esencial revocabilidad de la dispensa de colación hereditaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 731, 2012, pp. 1291-1328.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Derecho de sucesiones*, t. V, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.
- PLANIOL, M.; RIPERT, G.: *Traité pratique de droit civil français. Successions*, t. IV, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1928.
- RIBOT IGUALADA, J.: «La imposibilidad originaria del objeto contractual», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, n. 3, 2015, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, pp. 1-66.
- ROCA JUAN, J.: «Notas sobre la colación», en AA. VV., *Derecho y Proceso*, Universidad de Murcia, 1980.
- ROCA SASTRE, R. M., y ROCA SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, t. V, Bosch, 8.ª ed., Barcelona, 1998.
- RUBIO GARRIDO, T.: «La partición por el testador: algunos aspectos problemáticos al hilo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2008», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8/2009 (BIB 2009\1686), pp. 19-28.
- SANTAMARÍA ANSA, J.: «Legitimación del sucesor hereditario para la impugnación de actos jurídicos de su causante», *Revista de Derecho Privado*, 1961, pp. 271-283.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B.: «El principio del *favor partitionis*», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, n. 1, 1990, pp. 5-24.

- VERDERA IZQUIERDO, B.: «El régimen de colación de gastos en el Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 709, 2008, pp. 2031-2072.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Tipología del justo título en la usurpación: Crónica de una cuestión pendiente», *Anuario de derecho civil*, vol. 54, n. 2, 2001, pp. 547-680.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

MARTA OTERO CRESPO

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Departamento de Derecho Común
Universidade de Santiago de Compostela

JULIA AMMERMAN YEBRA

Investigadora Predoctoral de Derecho civil (FPU)
Departamento de Derecho Común
Universidade de Santiago de Compostela

Sumario: I. *Legislación*. A) Normativa vigente.—Banca y Mercados. Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Derecho de Contratos. Derecho de Sociedades. Insolvencia. Propiedad Intelectual e Industrial. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos.—Banca y Mercados. Derecho de Consumo. Derecho de la Competencia. Protección de Datos.—II. *Procedimientos Jurisdiccionales*.—Banca y Mercados. Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Cooperación Judicial. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de la Competencia. Derecho de Familia. Derechos de la Personalidad. Derecho de Sociedades. Derecho de Sucesiones. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual e Industrial. Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

BANCA Y MERCADOS

1. **Reglamento (UE) 2019/1156 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se facilita la distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n. 345/2013, (UE) n. 346/2013 y (UE) n. 1286/2014, DOUE, L, núm. 188, de 12 de julio de 2019.**
2. **Directiva (UE) 2019/1160 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifican las Directivas 2009/65/CE y 2011/61/UE en lo que respecta a la distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, DOUE, L, núm. 188, de 12 de julio de 2019.**

3. **Reglamento (UE) 2019/1238 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativo a un producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP), DOUE, L, núm. 198, de 25 de julio de 2019.**

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO EJECUCIÓN

4. **Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DOUE, L, núm. 178, de 2 de julio de 2019.**
5. **Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DO L 183 de 8.7.2016), DOUE, L, núm. 193, de 19 de julio de 2019.**

DERECHO DE CONTRATOS

6. **Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, DOUE, L, núm. 136, de 22 de mayo de 2019.**
7. **Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n. 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, DOUE, L, núm. 136, de 22 de mayo de 2019.**

DERECHO DE SOCIEDADES

8. **Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, DOUE, L, núm. 186, de 11 de julio de 2019.**

INSOLVENCIA

9. **Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la**

Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), DOUE, L, núm. 172, de 26 de junio de 2019.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

10. **Directiva (UE) 2019/789 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, y por la que se modifica la Directiva 93/83/CEE, DOUE, L, núm. 130, de 17 de mayo de 2019.**
11. **Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, DOUE, L, núm. 130, de 17 de mayo de 2019.**

PROTECCIÓN DE DATOS

12. **Decisión de Ejecución (UE) 2019/419 de la Comisión, de 23 de enero de 2019, con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adecuación de la protección de los datos personales por parte de Japón en virtud de la Ley sobre la protección de la información personal, DOUE, L, núm. 76, de 19 de marzo de 2019.**
13. **Decisión del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 2 de abril de 2019, relativa a las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de actividades realizadas por el Supervisor Europeo de Protección de Datos, DOUE, L, núm. 99I, de 10 de abril de 2019.**
14. **Decisión del Banco Europeo de Inversiones, de 26 de febrero de 2019, por la que se establece el reglamento interno relativo al tratamiento de datos personales por la Dirección de Personal del Banco Europeo de Inversiones en lo que respecta a la comunicación de información a los interesados y la restricción de algunos de sus derechos, DOUE, L, núm. 112I, de 26 de abril de 2019.**
15. **Decisión (UE) 2019/682 del Consejo, de 9 de abril de 2019, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Unión Europea, el Protocolo que modifica el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, DOUE, L, núm. 115, de 2 de mayo de 2019.**

RESPONSABILIDAD CIVIL SEGUROS

16. **Reglamento Delegado (UE) 2019/981 de la Comisión, de 8 de marzo de 2019, por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2015/35 por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), DOUE, L, núm. 161, de 18 de junio de 2019.**
17. **Corrección de errores del Reglamento Delegado (UE) 2019/981 de la Comisión, de 8 de marzo de 2019, por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2015/35 por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (DO L 161 de 18.6.2019), DOUE, L, núm. 168, de 25 de junio de 2019.**
18. **Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1285 de la Comisión, de 30 de julio de 2019, por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 30 de junio de 2019 y el 29 de septiembre de 2019 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, DOUE, L, núm. 202, de 31 de julio de 2019.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

BANCA Y MERCADOS

19. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (UE) núm. 1093/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea); el Reglamento (UE) núm. 1094/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación); el Reglamento (UE) núm. 1095/2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados); el Reglamento (UE) núm. 345/2013, sobre los fondos de capital riesgo europeos; el Reglamento (UE) núm. 346/2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos; el Reglamento (UE) núm. 600/2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros; el Reglamento (UE) 2015/760, sobre los fondos de inversión a largo plazo europeos; el Reglamento (UE) 2016/1011, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión; el Reglamento (UE) 2017/1129, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado; y la Directiva (UE) 2015/849,**

relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo [COM(2018) 646 final – 2017/0230 (COD)], DOUE, C, núm. 110, de 22 de marzo de 2019.

20. Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de marzo de 2018, sobre la unión bancaria – Informe anual 2017 (2017/2072(INI)), DOUE, C, núm. 129, de 5 de abril de 2019.
21. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Reformar la OMC para adaptarse a la evolución del comercio mundial» (Dictamen de iniciativa), DOUE, C, núm. 159, de 10 de mayo de 2019.
22. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El papel de los grupos consultivos internos en el seguimiento de la aplicación de los acuerdos de libre comercio» (Dictamen exploratorio solicitado por el Parlamento Europeo), DOUE, C, núm. 159, de 10 de mayo de 2019.

DERECHO DEL CONSUMO

23. Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo, el 1 de marzo de 2018, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la definición, presentación y etiquetado de las bebidas espirituosas, la utilización de los nombres de las bebidas espirituosas en la presentación y etiquetado de otros productos alimenticios y la protección de las indicaciones geográficas de las bebidas espirituosas (COM(2016)0750 – C8-0496/2016 – 2016/0392(COD)), DOUE, C, núm. 129, de 5 de abril de 2019.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

24. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Informe sobre la política de competencia 2017 [COM(2018) 482 final], DOUE, C, núm. 110, de 22 de marzo de 2019.
25. Dictamen del Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes emitido en su reunión de 23 de noviembre de 2018 en relación con un proyecto de decisión relativa al asunto AT.39849(1) BEH Gas – Ponente: Lituania, DOUE, C, núm. 121, de 1 de abril de 2019.
26. Dictamen del Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes en su reunión de 12 de diciembre de 2018 en relación con un proyecto de Decisión en el asunto AT.39849(2) BEH Gas – Ponente: Lituania, DOUE, C, núm. 121, de 1 de abril de 2019.

27. **Dictamen del Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes en su reunión de 9 de abril de 2019 en relación con un proyecto de Decisión referente al asunto AT.39398 – Visa MIF – Ponente: Finlandia, DOUE, C, núm. 299, de 4 de septiembre de 2019.**
28. **Dictamen del Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes en su reunión de 9 de abril de 2019 en relación con un proyecto de Decisión referente al asunto AT.40049 – MasterCard II – Ponente: Finlandia, DOUE, C, núm. 300, de 5 de septiembre de 2019.**

PROTECCIÓN DE DATOS

29. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) núm. 1141/2014 en lo que respecta a un procedimiento de verificación relativo a las infracciones de las normas de protección de los datos personales en el contexto de las elecciones al Parlamento Europeo [COM(2018) 636 final-2018/0328 (COD)], DOUE, C, núm. 110, de 22 de marzo de 2019.**
30. **Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo, de 3 de abril de 2019, sobre las normas de ejecución en materia de limitación de determinados derechos de los interesados en relación con la transferencia de datos personales por el Parlamento Europeo a las autoridades nacionales en el marco de investigaciones penales o financieras, DOUE, C, núm. 163, de 13 de mayo de 2019.**
31. **Decisión de la Mesa del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2019, sobre las normas de aplicación del Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) núm. 45/2001 y la Decisión núm. 1247/2002/CE, DOUE, C, núm. 259, de 2 de agosto de 2019.**

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

BANCA Y MERCADOS

32. **Asunto C-52/19 P: Recurso de casación interpuesto el 25 de enero de 2019 por Banco Santander, S. A. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 15 de noviembre de 2018 en el asunto T-227/10, Banco Santander, S. A. / Comisión Europea, DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.**

33. **Asunto C-53/19 P: Recurso de casación interpuesto el 25 de enero de 2019 por Banco Santander, S. A. y Santusa Holding, S. L. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena ampliada) dictada el 15 de noviembre de 2018 en el asunto T-399/11 RENV, Banco Santander y Santusa / Comisión, DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.**
34. **Asunto C-711/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) el 9 de noviembre de 2018 – Ascopiave SpA y otros/Ministero dello Sviluppo Economico y otros, DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.**
35. **Asunto T-768/17: Auto del Tribunal General de 14 de febrero de 2019 – Comproyecto-Proyectos e Construções y otros/BCE («Recurso por omisión, de anulación y de indemnización – Política económica y monetaria – Supervisión de las entidades de crédito – Actos ilícitos supuestamente cometidos por determinadas entidades de crédito portuguesas – Denegación presunta del requerimiento dirigido al BCE – Inadmisibilidad manifiesta parcial – Incompetencia manifiesta parcial – Recurso en parte carente manifiestamente de fundamento jurídico alguno»), DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.**
36. **Asuntos acumulados C-202/18 y C-238/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019 – Ilmārs Rimšēvičs (C-202/18), Banco Central Europeo (BCE) (C-238/18)/República de Letonia (Sistema Europeo de Bancos Centrales – Recurso basado en la infracción del artículo 14.2, párrafo segundo, de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo – Resolución de una autoridad por la que se releva de su mandato al gobernador del banco central nacional), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**
37. **Asunto C-771/18: Recurso interpuesto el 7 de diciembre de 2018 – Comisión Europea/Hungría, DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**
38. **Asunto C-262/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Polymeles Protodikeio Athinon (Grecia) el 28 de marzo de 2019 – RM, SN/Agrotiki Trapeza tis Ellados AE, DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.**
39. **Asunto C-295/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 11 de abril de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação do Porto – Portugal) – Mediterranean Shipping Company (Portugal) – Agentes de Navegação, S. A./Banco Comercial Português, S. A., Caixa Geral de Depósitos, S. A. (Procedimiento prejudicial – Servicios de pago en el mercado interior – Directiva 2007/64/CE – Artículos 2 y 58 – Ámbito de aplicación – Usuario de servicios de pago – Concepto – Ejecución de una orden de adeudo domiciliado emitida por un tercero sobre una cuenta de la que no es titular – Inexistencia de autorización del titu-**

lar de la cuenta en la que se ha efectuado el cargo – Operación de pago no autorizada), DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.

40. Asunto C-53/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de mayo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Italia) – Antonio Pasquale Mastromartino/Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) (Procedimiento prejudicial – Mercados de instrumentos financieros – Directiva 2004/39/CE – Artículos 8, 23, 50 y 51 – Ámbito de aplicación – Asesor financiero que ejerce la actividad fuera de los locales de la empresa – Agente que tiene la condición de imputado en un proceso penal – Legislación nacional que establece la posibilidad de prohibir temporalmente el ejercicio de la actividad – Libertades fundamentales – Situación puramente interna – Inaplicabilidad), DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
41. Asunto T-107/17: Sentencia del Tribunal General de 23 de mayo de 2019 – Steinhoff y otros/BCE («Responsabilidad extracontractual – Política económica y monetaria – BCE – Bancos centrales nacionales – Reestructuración de la deuda pública griega – Implicación del sector privado – Cláusulas de acción colectiva – Canje obligatorio de títulos de deuda griega – Acreedores privados – Dictamen del BCE – Infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares – Principio *pacta sunt servanda* – Artículo 17, apartados 1 y 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales – Artículo 63 TFUE, apartado 1 – Artículo 124 TFUE»), DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
42. Asunto T-281/18: Auto del Tribunal General de 6 de mayo de 2019 – ABLV Bank/BCE [«Recurso de anulación – Unión económica y monetaria – Unión bancaria – Mecanismo Único de Resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión (MUR) – Procedimiento de resolución aplicable en caso de que una entidad esté en graves dificultades o probablemente vaya a estarlo – Sociedad matriz y filial – Declaración del BCE sobre la existencia de una situación de inviabilidad o previsible inviabilidad – Reglamento (UE) núm. 806/2014 – Actos de trámite – Actos no recurribles – Inadmisibilidad»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
43. Asunto T-283/18: Auto del Tribunal General de 6 de mayo de 2019 – Bernis y otros/BCE [«Recurso de anulación – Unión económica y monetaria – Unión bancaria – Mecanismo único de resolución de las entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión (MUR) – Procedimiento de resolución aplicable en caso de situación de grave dificultad o probable grave dificultad de una entidad – Sociedad matriz y filial – Declaración por el BCE de una situación de grave dificultad o previsible grave dificultad – Reglamento (UE) núm. 806/2014 – Actos de trámite – Actos no recurribles – Inadmisibilidad»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.

44. **Asunto C-287/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 5 de abril de 2019 – DenizBank AG/Verein für Konsumenteninformation, DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.**

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO EJECUCIÓN

45. **Asunto C-827/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Kamenz (Alemania) el 24 de diciembre de 2018 – MC / ND, DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.**
46. **Asunto C-41/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Köln (Alemania) el 23 de enero de 2019 – FX/GZ, representada legalmente por su madre, DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.**
47. **Asunto C-59/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 29 de enero de 2019 – Wikingerhof GmbH & Co. KG/Booking.com BV, DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.**
48. **Asunto C-186/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) el 26 de febrero de 2019 – Supreme Site Services GmbH, Supreme Fuels GmbH & Co KG, Supreme Fuels Trading Fze/Supreme Headquarters Allied Powers Europe, DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.**
49. **Asunto C-25/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 8 de mayo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Okrazhen sad – Blagoevgrad – Bulgaria) – Brian Andrew Kerr/Pavlo Postnov, Natalia Postnova [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 7, punto 1, letra a) – Competencia especial en materia contractual – Concepto de materia contractual – Acuerdo de la junta general de propietarios de un inmueble – Obligación de los propietarios de pagar las cuotas anuales del presupuesto de la comunidad de propietarios fijadas mediante este acuerdo – Acción judicial por la que se solicita la ejecución de esta obligación – Ley aplicable a las obligaciones contractuales – Reglamento (CE) núm. 593/2008 – Artículo 4, apartado 1, letras b) y c) – Conceptos de «contrato de prestación de servicios» y de «contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario» – Acuerdo de la junta general de los propietarios de un inmueble relativo a los gastos de mantenimiento de sus elementos comunes], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.**
50. **Asunto C-343/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Klagenfurt (Austria) el 30 de abril de 2019 – Verein für Konsumenteninformation/Volkswagen AG, DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.**

COOPERACIÓN JUDICIAL

51. **Asunto C-149/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 31 de enero de 2019** (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Lisboa – Portugal) – Agostinho da Silva Martins / Dekra Claims Services Portugal, S. A. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales – Reglamento (CE) núm. 864/2007 (Roma II) – Artículos 16 y 27 – Leyes de policía – Directiva 2009/103/CE – Seguro de responsabilidad civil del automóvil – Artículo 28], DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.
52. **Asunto C-535/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de febrero de 2019** (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – NK, síndico de los concursos de PI Gerechtsdeurwaarderskantoor BV y de PI/BNP Paribas Fortis NV [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamentos (CE) núm.s 44/2001 y 1346/2000 – Ámbitos de aplicación respectivos – Concurso de un gestor de notificaciones judiciales y embargos – Acción interpuesta por el síndico encargado de la administración y de la liquidación de la quiebra], DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.
53. **Asunto C-554/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de febrero de 2019** (petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt – Suecia) – Rebecka Jonsson/Société du Journal L'Est Républicain [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Proceso europeo de escasa cuantía – Reglamento (CE) núm. 861/2007 – Artículo 16 – «Parte perdedora» – Costas procesales – Reparto – Artículo 19 – Derechos procesales de los Estados miembros], DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.
54. **Asunto C-579/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 28 de febrero de 2019** (petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeits- und Sozialgericht Wien – Austria) – BUAK Bauarbeiter-Urlaubs- u. Abfertigungskasse/Gradbeništvo Korana d.o.o. [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 1, apartado 1 – Ámbito de aplicación – Materia civil y mercantil – Artículo 1, apartado 2 – Materias excluidas – Seguridad social – Artículo 53 – Solicitud de expedición del certificado que acredite que la resolución dictada por el órgano jurisdiccional de origen tiene fuerza ejecutiva – Sentencia sobre un crédito constituido por contribuciones complementarias para la retribución de las vacaciones remuneradas de un organismo de seguridad social frente a un empresario por el desplazamiento de trabajadores – Ejercicio por el órgano jurisdiccional que conoce del asunto de una actividad jurisdiccional], DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.

55. **Asunto C-73/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Antwerpen (Bélgica) el 31 de enero de 2019 – Belgische Staat, representado por el Minister van Werk, Economie en Consumenten, encargado del Comercio Exterior, Belgische Staat, representado por el Directeur-Generaal van de Algemene Directie Economische Inspectie, Directeur-Generaal van de Algemene Directie Economische Inspectie/Movic B. V., Events Belgium B. V., Leisure Tickets & Activities International B. V, DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**
56. **Asunto C-464/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de abril de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Gerona) – ZX/Ryanair DAC [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de una demanda de indemnización por el retraso de un vuelo – Artículo 7, punto 5 – Explotación de sucursales – Artículo 26 – Prórroga tácita de la competencia – Necesidad de que el demandado comparezca], DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.**
57. **Asunto C-249/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul București (Rumanía) el 25 de marzo de 2019 – JE/KF, DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.**
58. **Asunto C-658/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 23 de mayo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim – Polonia) – procedimiento iniciado por WB [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 650/2012 – Artículo 3, apartado 1, letras g) e i) – Concepto de «resolución» en materia de sucesiones – Concepto de «documento público» en materia de sucesiones – Calificación jurídica del certificado de título sucesorio nacional – Artículo 3, apartado 2 – Concepto de «tribunal» – Circunstancia de que el Estado miembro no haya realizado la notificación de los notarios como autoridades no judiciales que ejercen funciones jurisdiccionales en condiciones iguales a las de los tribunales], DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.**
59. **Asunto C-361/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 6 de junio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Szekszárdi Járásbíróság – Hungría) – Ágnes Weil/Géza Gulácsi [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 66 – Ámbito de aplicación racione temporis – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Ámbito de aplicación racione materiae – Materia civil y mercantil – Artículo 1, apartados 1 y 2, letra a) – Materias excluidas – Regímenes matrimoniales – Artículo 54 – Solicitud de expedición del certificado que acredite que la resolución dictada por el órgano jurisdiccional de origen tiene fuerza ejecutiva – Resolución judicial relativa a un crédito resultante de la disolución del régimen patrimonial derivado de una relación de pareja de hecho no registrada], DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.**

60. **Asunto C-518/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 27 de junio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Okresní soud v Českých Budějovicích – República Checa) – RD/SC [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 805/2004 – Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados – Certificación de una resolución judicial como título ejecutivo europeo – Normas mínimas aplicables a los procedimientos relativos a los créditos no impugnados – Demandado sin dirección conocida que no ha comparecido en la vista], DOUE, C, núm. 280, de 19 de agosto de 2019.**
61. **Asunto C-646/18: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de abril de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Gerona) – OD/Ryanair DAC [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de una demanda de indemnización por el retraso de un vuelo – Artículo 26 – Prórroga tácita de la competencia – Necesidad de que el demandado comparezca], DOUE, C, núm. 280, de 19 de agosto de 2019.**
62. **Asunto C-657/18: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de abril de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Općinski sud u Novom Zagrebu – Croacia) – Hrvatska radiotelevizija/TY [Procedimiento prejudicial – Artículo 53, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 805/2004 – Título ejecutivo europeo – Notarios que actúan en los procedimientos de ejecución forzosa en virtud de un documento auténtico – Procedimientos no contradictorios – Artículo 18 TFUE – Discriminación inversa – Falta de conexión con el Derecho de la Unión – Incompetencia manifiesta del Tribunal de Justicia], DOUE, C, núm. 280, de 19 de agosto de 2019.**
63. **Asunto C-827/18: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 15 de mayo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Kamenz – Alemania) – MC/ND (Procedimiento prejudicial – Artículos 53, apartado 2, y 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Convenio de Lugano II – Artículo 22, punto 1 – Litigios en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles – Restitución de los frutos obtenidos del arrendamiento de un bien antes de la transmisión de la propiedad), DOUE, C, núm. 288, de 26 de abril de 2019.**

DERECHO DE CONSUMO

64. **Asunto C-220/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de enero de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada**

por el Verwaltungsgericht Berlin – Alemania) – Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann GmbH & Co. KG / Land Berlin (Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Validez de la Directiva 2014/40/UE – Fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco – Reglamentación sobre los «ingredientes» – Prohibición de los productos del tabaco aromatizados), DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.

65. Asunto C-765/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Koblenz (Alemania) el 6 de diciembre de 2018 – Stadtwerke Neuwied GmbH / RI, DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.
66. Asunto C-786/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 14 de diciembre de 2018 – ratiopharm GmbH / Novartis Consumer Health GmbH, DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.
67. Asunto C-630/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de febrero de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Općinski sud u Rijeci – Croacia) – Anica Milivojević/Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen [Procedimiento prejudicial – Artículos 56 TFUE y 63 TFUE – Libre prestación de servicios – Libre circulación de capitales – Normativa nacional que establece la nulidad de los contratos de crédito que presentan elementos internacionales celebrados con un prestamista no autorizado – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 17, apartado 1 – Contrato de crédito celebrado por una persona física para la prestación de servicios de alojamiento turístico – Concepto de «consumidor» – Artículo 24, punto 1 – Competencias exclusivas en materia de derechos reales inmobiliarios – Recurso de nulidad de un contrato de crédito y de cancelación en el Registro de la Propiedad de la inscripción de una garantía real], DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.
68. Asunto C-807/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék (Hungría) el 20 de diciembre de 2018 – Teleor Magyarország Zrt./Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke, DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
69. Asunto C-66/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Saarbrücken (Alemania) el 29 de enero de 2019 – JC/Kreissparkasse Saarlouis, DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
70. Asunto C-13/19: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (España) el 9 de enero de 2019 – Ibercaja Banco, S. A./TJ y UK, DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
71. Asunto C-105/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Monomeles Protodikeio Serron (Grecia) el 18 de febrero de 2019 – WP/Trapeza Peiraios AE, DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.

72. Asunto C-118/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de marzo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Budai Központi Kerületi Bíróság – Hungría) – Zsuzsanna Dunai/ERSTE Bank Hungary Zrt. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículo 1, apartado 2 – Artículo 6, apartado 1 – Contrato de préstamo denominado en divisas – Diferencial de tipos de cambio – Sustitución por una disposición legislativa de una cláusula abusiva declarada nula – Riesgo del tipo de cambio – Subsistencia del contrato tras la supresión de la cláusula abusiva – Sistema nacional de interpretación uniforme del Derecho), DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.
73. Asunto C-779/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Siemianowicach Śląskich (Polonia) el 12 de diciembre de 2018 – Mikrokasa S. A. w Gdyni, y Revenue Niestandaryzowany Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty w Warszawie/XO, DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.
74. Asunto C-75/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Specializat Mureş (Rumanía) el 31 de enero de 2019 – MF/BNP Paribas Personal Finance SA Paris Sucursala Bucureşti, Secapital Sàrl, DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.
75. Asunto C-84/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy Szczecin – Prawobrzeże i Zachód w Szczecinie (Polonia) el 31 de enero de 2019 – Profi Credit Polska S. A./QJ, DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.
76. Asunto C-208/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz (Austria) el 4 de marzo de 2019 – NK/MS y AS, DOUE, C, núm. 172, de 20 de mayo de 2019.
77. Asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de marzo de 2019 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Supremo y el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona – Abanca Corporación Bancaria, S. A./Alberto García Salamanca Santos (C-70/17), Bankia, S. A./Alfonso Antonio Lau Mendoza, Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez (C-179/17) (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículos 6 y 7 – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario – Declaración del carácter parcialmente abusivo de la cláusula – Facultades del juez nacional en relación con una cláusula calificada de «abusiva» – Sustitución de la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional), DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
78. Asunto C-590/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de marzo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Henri Pouvin, Marie Dijoux,

de casada Pouvin/Electricité de France (EDF) (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Ámbito de aplicación – Artículo 2, letras b) y c) – Conceptos de «consumidor» y de «profesional» – Financiación de la adquisición de la vivienda principal – Préstamo hipotecario concedido por un empresario a su empleado y al cónyuge de este, coprestatario solidario), DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.

79. Asunto C-681/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 27 de marzo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – slewo – schlafen leben wohnen GmbH/Sascha Ledowski (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Artículo 6, apartado 1, letra k), y artículo 16, letra e) – Contrato celebrado a distancia – Derecho de desistimiento – Excepciones – Concepto de «bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega» – Colchón cuya protección ha sido retirada por el consumidor después de su entrega), DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
80. Asunto C-81/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Cluj (Rumanía) el 1 de febrero de 2019 – NG, OH/SC Banca Transilvania SA, DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
81. Asunto C-229/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof te Amsterdam (Países Bajos) el 14 de marzo de 2019 – Dexia Nederland BV/XXX, DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
82. Asunto C-277/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Općinski sud u Zadru (Croacia) el 2 de abril de 2019 – R. D., A. D./Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen, DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
83. Asunto C-266/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de abril de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Poznaniu – Polonia) – Aqua Med sp. z o.o./Irena Skóra (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Artículo 1, apartado 2 – Ámbito de aplicación de la Directiva – Cláusula que atribuye la competencia territorial al órgano jurisdiccional determinado en aplicación de las reglas generales – Artículo 6, apartado 1 – Examen de oficio del carácter abusivo – Artículo 7, apartado 1 – Obligaciones y facultades del órgano jurisdiccional nacional), DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.
84. Asunto C-209/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Saarbrücken (Alemania) el 5 de marzo de 2019 – SM/Sparkasse Saarbrücken, DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.

85. **Asunto C-290/19:** Petición de decisión prejudicial planteada por el *Krajský súd Trnava* (Eslovaquia) el 9 de abril de 2019 – RN/Home *Credit Slovakia a.s.*, DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
86. **Asunto C-614/17:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 2 de mayo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo) – Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego/Industrial Quesera Cuquerella, S. L., Juan Ramón Cuquerella Montagud [Procedimiento prejudicial – Agricultura – Reglamento (CE) núm. 510/2006 – Artículo 13, apartado 1, letra b) – Protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios – Queso manchego – Utilización de signos que pueden evocar la región a la que está vinculada la denominación de origen protegida (DOP) – Concepto de consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz – Consumidores europeos o consumidores del Estado miembro en el que se fabrica y se consume mayoritariamente el producto amparado por la DOP], DOUE, C, núm. 220, de 1 de julio de 2019.
87. **Asunto C-694/17:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 2 de mayo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por la *Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg* – Luxemburgo) – *Pillar Securitisation Sàrl/Hildur Arnadottir* (Procedimiento prejudicial – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Convenio de Lugano II – Artículo 15 – Contrato celebrado con un consumidor – Relación con la Directiva 2008/48/CE – Contrato de crédito al consumo – Artículos 2 y 3 – Conceptos de «consumidor» y de «transacciones a las que se aplica la Directiva» – Importe máximo del crédito – Carencia de pertinencia desde el punto de vista del artículo 15 del Convenio de Lugano II), DOUE, C, núm. 220, de 1 de julio de 2019.
88. **Asunto C-266/19:** Petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* (Alemania) el 29 de marzo de 2019 – *EIS GmbH/TO*, DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
89. **Asunto C-268/19:** Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 7 de Orense (España) el 29 de marzo de 2019 – *UP/Banco Pastor S. A. U.*, DOUE, C, núm. 238, de 15 de julio de 2019.
90. **Asunto C-269/19:** Petición de decisión prejudicial planteada por la *Curtea de Apel Cluj* (Rumanía) el 29 de marzo de 2019 – *Banca B. SA/A. A. A.*, DOUE, C, núm. 238, de 15 de julio de 2019.
91. **Asunto C-224/19:** Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia no 17 de Palma de Mallorca (España) el 14 de marzo de 2019 – *CY/Caixabank S. A.*, DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
92. **Asunto C-247/19:** Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 6 de Ceuta (Espa-

ña) el 21 de marzo de 2019 – HC e ID/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S. A., DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.

93. Asunto C-259/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción no 6 de Ceuta (España) el 27 de marzo de 2019 – LG y PK/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S. A., DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
94. Asunto C-38/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 5 de junio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Budai Központi Kerületi Bíróság – Hungría) – GT/HS (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículo 3, apartado 1 – Artículo 4, apartado 2 – Artículo 6, apartado 1 – Contrato de préstamo denominado en divisas – Comunicación al consumidor del tipo de cambio aplicable a la cantidad puesta a disposición en moneda nacional tras la celebración del contrato), DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.
95. Asunto C-628/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de junio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy – Polonia) – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów/Orange Polska S. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores – Concepto de «práctica comercial agresiva» – Obligación de que el consumidor tome una decisión definitiva sobre una transacción en presencia del mensajero que le entrega las condiciones generales del contrato), DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.
96. Asunto C-58/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de junio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por la Justice de Paix du canton de Visé – Bélgica) – Michel Schyns/Belfius Banque SA (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2008/48/CE – Obligaciones precontractuales – Artículo 5, apartado 6 – Obligación del prestamista de buscar el crédito que mejor se adapte – Artículo 8, apartado 1 – Obligación del prestamista de renunciar a la celebración del contrato en caso de dudas sobre la solvencia del consumidor – Obligación del prestamista de apreciar la oportunidad del crédito), DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.
97. Asunto C-407/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 26 de junio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Višje sodišče v Mariboru – Eslovenia) – Aleš Kuhar, Jožef Kuhar/Addiko Bank d.d. (Procedimiento prejudicial – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Procedimiento de ejecución forzosa de un crédito hipotecario – Documento notarial directamente ejecutivo – Control judicial de las cláusulas abusivas – Suspensión de la ejecución forzosa – Falta de competencia del juez que conoce de la demanda de ejecución forzosa – Protección del consumidor – Principio de efec-

- tividad – Interpretación conforme), DOUE, C, núm. 280, de 19 de agosto de 2019.
98. Asunto C-222/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Opatowie (Polonia) el 8 de marzo de 2019 – BW Sp. z o.o. w B./D. R., DOUE, C, núm. 280, de 19 de agosto de 2019.
 99. Asunto C-252/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Opatowie (Polonia) el 20 de marzo de 2019 – QL S. A. w B./C. G., DOUE, C, núm. 280, de 19 de agosto de 2019.
 100. Asunto C-289/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof Den Haag (Países Bajos) el 9 de abril de 2019 – Dexia Nederland BV/Z, DOUE, C, núm. 280, de 19 de agosto de 2019.
 101. Asuntos acumulados C-406/17 a C-408/17 y C-417/17: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 14 de mayo de 2019 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Italia) – Acea Energia SpA (C-406/17), Green Network SpA (C-407/17), Enel Energia SpA (C-408/17)/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità per l'Energia Elettrica il Gas e il Sistema Idrico, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (C-406/17, C-407/17 y C-408/17), Hera Comm Srl (C-417/17)/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior – Directiva 2009/72/CE – Mercado interior de la electricidad – Directiva 2009/73/CE – Mercado interior del gas natural – Directiva 2011/83/UE – Prácticas comerciales agresivas – Celebración de contratos de suministro de electricidad y de gas natural que no han sido solicitados por los consumidores – Celebración de contratos de suministro a distancia o fuera del establecimiento que vulneran los derechos de los consumidores – Autoridad competente para sancionar tales prácticas), DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.
 102. Asunto C-105/19: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 23 de mayo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Monomeles Protodikeio Serron – Grecia) – WP/Trapeza Peiraios AE (Procedimiento prejudicial – Artículo 53, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Facultades y obligaciones del juez nacional – Proceso monitorio – Admisibilidad de la oposición a dicho proceso – Falta de precisiones suficientes sobre el contexto fáctico y normativo del litigio principal y sobre las razones que justifican la necesidad de una respuesta a la cuestión prejudicial – Inadmisibilidad manifiesta), DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.
 103. Asunto C-329/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Milano (Italia) el 23 de abril de 2019 – Condominio di

Milano/Eurothermo SpA, DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.

104. Asunto C-364/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Galați (Rumanía) el 7 de mayo de 2019 – XU y otros/SC Credit Europe Ipotecar IFN, Credit Europe Bank, DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.
105. Asunto C-380/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania) el 15 de mayo de 2019 – Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V./Deutsche Apotheker- und Ärztekbank eG, DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.
106. Asunto C-393/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de julio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van beroep te Antwerpen – Bélgica) – Proceso penal contra Freddy Lucien Magdalena Kirschstein, Thierry Frans Adeline Kirschstein (Procedimiento prejudicial – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales – Ámbito de aplicación – Concepto de «prácticas comerciales» – Directiva 2006/123/CE – Servicios en el mercado interior – Derecho penal – Regímenes de autorización – Enseñanza superior – Título de máster – Prohibición de expedir determinados títulos sin autorización), DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
107. Asunto C-649/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 10 de julio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV/Amazon EU Sàrl (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Artículo 6, apartado 1, letra c) – Requisitos de información de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento – Obligación del comerciante de indicar su número de teléfono y su número de fax «cuando proceda» – Alcance), DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
108. Asunto C-485/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Krajský súd v Prešove (Eslovaquia) el 25 de junio de 2019 – LH/PROFI CREDIT Slovakia s.r.o., DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.

DERECHO DE CONTRATOS

109. Asunto C-199/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi (Polonia) el 27 de febrero de 2019 – RL sp. z o.o./J. M., DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.

- 110. Asunto C-200/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Trgovački sud u Zagrebu (Croacia) el 1 de marzo de 2019 – INA-INDUSTRIJA NAFTE d.d. y otros/LJUBLJANSKA BANKA d.d., DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

- 111. Asunto T-201/17: Sentencia del Tribunal General de 12 de febrero de 2019 – Printeos/Comisión [«Responsabilidad extracontractual – Competencia – Prácticas colusorias – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Multas – Sentencia mediante la que se anula parcialmente la decisión – Reembolso del importe principal de la multa – Intereses de demora – Infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares – Relación de causalidad – Perjuicio – Artículo 266 TFUE – Artículo 90, apartado 4, letra a), segunda frase, del Reglamento Delegado (UE) núm. 1268/2012»], DOUE, C, núm. 122, de 1 de abril de 2019.**
- 112. Asunto C-465/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de febrero de 2019 – Consejo de la Unión Europea/Growth Energy, Renewable Fuels Association, Comisión Europea, ePURE y de Europese Producenten Unie van Hernieuwbare Ethanol [Recurso de casación – Dumping – Reglamento de ejecución (UE) núm. 157/2013 – Importaciones de bioetanol originario de Estados Unidos de América – Derecho antidumping definitivo – Margen de dumping establecido a escala nacional – Recurso de anulación – Asociaciones que representan a productores que no exportan y a operadores comerciales/mezcladores – Legitimación activa – Afectación directa – Afectación individual], DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**
- 113. Asunto C-466/16 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de febrero de 2019 – Consejo de la Unión Europea/Marquis Energy LLC, Comisión Europea y ePURE, de Europese Producenten Unie van Hernieuwbare Ethanol [Recurso de casación – Dumping – Reglamento de ejecución (UE) núm. 157/2013 – Importaciones de bioetanol originario de Estados Unidos de América – Derecho antidumping definitivo – Margen de dumping establecido a escala nacional – Recurso de anulación – Productor que no exporta – Legitimación activa – Afectación directa], DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**
- 114. Asunto C-117/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Mokestinių ginčų komisija prie Lietuvos Respublikos vyriausybės (Lituania) el 15 de febrero de 2019 – AB «Linas Agro»/Muitinės departamentas prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos, DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.**
- 115. Asunto C-151/19 P: Recurso de casación interpuesto el 21 de febrero de 2019 por la Comisión Europea contra la sentencia del Tribunal General (Sala novena) dictada el 12 de diciembre de 2018 en el**

asunto T-684/14, Krka/Comisión, DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.

116. Asunto C-174/19 P: Recurso de casación interpuesto el 25 de febrero de 2019 por Scandlines Danmark ApS y Scandlines Deutschland GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 13 de diciembre de 2018 en el asunto T-630/15, Scandlines Danmark y Scandlines Deutschland/Comisión, DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
117. Asunto C-175/19 P: Recurso de casación interpuesto el 25 de febrero de 2019 por Stena Line Scandinavia AB contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 13 de diciembre de 2018 en el asunto T-631/15, Stena Line Scandinavia/Comisión, DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
118. Asunto C-724/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de marzo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus – Finlandia) – Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy, Asphaltmix Oy (Procedimiento prejudicial – Competencia – Artículo 101 TFUE – Reparación del perjuicio causado por una práctica colusoria prohibida por este artículo – Determinación de las entidades responsables de la reparación – Sucesión de entidades jurídicas – Concepto de «empresa» – Criterio de continuidad económica), DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.
119. Asunto C-104/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) el 11 de febrero de 2019 – Donex Shipping and Forwarding BV, otra parte: Staatssecretaris van Financiën, DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.
120. Asunto T-310/16: Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2019 – Foshan Lihua Ceramic/Comisión [«Dumping – Importaciones de baldosas de cerámica originarias de China – Artículos 11, apartados 4 y 5, y 17 del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 [actualmente artículos 11, apartados 4 y 5, y 17 del Reglamento (UE) 2016/1036] – Negativa a conceder el trato de nuevo productor exportador en el sentido del artículo 3 del Reglamento de Ejecución (UE) núm. 917/2011 – Muestreo – Examen individual – Confidencialidad»], DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.
121. Asunto C-197/19 P: Recurso de casación interpuesto el 28 de febrero de 2019 por Mylan Laboratories Ltd, Mylan, Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 12 de diciembre de 2018 en el asunto T-682/14: Mylan Laboratories y Mylan/Comisión, DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.
122. Asunto T-433/16: Sentencia del Tribunal General de 28 de marzo de 2019 – Pometon/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los abrasivos de acero – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Coordinación de precios en el conjunto del EEE – Procedimiento “híbrido” diferido en el tiem-

po – Presunción de inocencia – Principio de imparcialidad – Carta de los Derechos Fundamentales – Prueba de la infracción – Infracción única y continuada – Restricción de competencia por el objeto – Duración de la infracción – Multa – Adaptación excepcional del importe de base – Obligación de motivación – Proporcionalidad – Igualdad de trato – Competencia jurisdiccional plena», DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.

123. Asunto T-410/18: Auto del Tribunal General de 5 de marzo de 2019 – Silgan Closures y Silgan Holdings/Comisión («Recurso de anulación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los embalajes metálicos – Decisión de iniciar una investigación – Acto irrecurrible – Inadmisibilidad»), DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.
124. Asunto C-236/17 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2019 – Canadian Solar Emea GmbH y otros/Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea [Recurso de casación – Dumping – Importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (a saber, células) originarios o procedentes de China – Derecho antidumping definitivo – Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Artículo 3, apartado 7 – Artículo 9, apartado 4 – Ámbito de aplicación temporal del Reglamento (UE) núm. 1168/2012], DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
125. Asunto C-637/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 28 de marzo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa – Portugal) – Cogeco Communications Inc/Sport TV Portugal SA, Controlinveste-SGPS SA, NOS-SGPS SA (Procedimiento prejudicial – Artículo 102 TFUE – Principios de equivalencia y de efectividad – Directiva 2014/104/UE – Artículo 9, apartado 1 – Artículo 10, apartados 2 a 4 – Artículos 21 y 22 – Acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea – Efectos de las resoluciones nacionales – Plazos de prescripción – Adaptación del Derecho interno – Aplicación en el tiempo), DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
126. Asunto C-144/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 28 de marzo de 2019 – River Kwai International Food Industry Co. Ltd/Association européenne des transformateurs de maïs doux (AETMD), Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea [Recurso de casación – Dumping – Derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinado maíz dulce en grano preparado o conservado originario de Tailandia – Reconsideración provisional efectuada con arreglo al artículo 11, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009], DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
127. Asunto T-301/16: Sentencia del Tribunal General de 10 de abril de 2019 – Jindal Saw y Jindal Saw Italia/Comisión [«Dumping – Importaciones de tubos de hierro de fundición maleable originarios de la

- India – Reglamento de Ejecución (UE) 2016/388 – Reglamento (CE) núm. 1225/2009 [sustituido por el Reglamento (UE) 2016/1036] – Margen de dumping – Determinación del precio de exportación – Asociación entre el exportador y el importador – Precio de exportación fiable – Cálculo del precio de exportación – Margen razonable de gastos de venta, generales y administrativos – Margen razonable de beneficio – Perjuicio para la industria de la Unión – Cálculo de la subcotización del precio y del margen de perjuicio – Relación de causalidad – Acceso a los datos confidenciales de la investigación antidumping – Derecho de defensa», DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
128. Asunto C-617/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de abril de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy – Polonia) – Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S. A./Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów [Procedimiento prejudicial – Competencia – Artículo 82 CE – Abuso de posición dominante – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 3, apartado 1 – Aplicación del Derecho nacional de la competencia – Resolución de la autoridad nacional de competencia por la que se impone una multa en virtud del Derecho nacional y una multa en virtud del Derecho de la Unión – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 50 – Principio *non bis in idem* – Aplicabilidad], DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.
129. Asunto T-749/16: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2019 – Stencor London y Samac Steel Supplies/Comisión [«Dumping – Importaciones de determinados productos planos de acero laminados en frío originarios de China y Rusia – Derecho antidumping definitivo – Registro de las importaciones – Aplicación retroactiva del derecho antidumping definitivo – Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1329 – Consciencia del dumping y del perjuicio por parte del importador – Aumento sustancial de las importaciones que puede minar considerablemente el efecto corrector del derecho antidumping definitivo – Artículo 10, apartado 4, letras c) y d), del Reglamento (UE) 2016/1036», DOUE, C, núm. 220, de 1 de julio de 2019.
130. Asunto T-185/18: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2019 – Lucchini/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de redondos para hormigón en barras o en rollos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 65 CA, tras la expiración del Tratado CECA, tomando como base el Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Anulación parcial de la Decisión de la Comisión – Desestimación de una solicitud de devolución de la multa abonada en ejecución de la Decisión parcialmente anulada – Desestimación de una solicitud de participación en el procedimiento administrativo reabierto a causa de la anulación parcial de la Decisión – Derecho de defensa – Acto inexistente – Responsabilidad extracontractual – Prescripción», DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.

131. Asunto T-631/16: Sentencia del Tribunal General de 23 de mayo de 2019 – Remag Metallhandel y Jaschinsky/Comisión [«Responsabilidad extracontractual – Antidumping – Insistencia de la OLAF para que los Estados miembros recaudasen derechos antidumping por todas las importaciones de silicio metálico originario de Taiwán, sin aportar pruebas de que dicho silicio metálico fuese de origen chino – Reglamento (CE) núm. 398/2004 y Reglamento de Ejecución (UE) núm. 467/2010 – Nexo de causalidad»], DOUE, C, núm. 238, de 15 de julio de 2019.
132. Asunto T-222/17: Sentencia del Tribunal General de 23 de mayo de 2019 – Recylex y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del reciclado de baterías de plomo-ácido para automóviles – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Coordinación de precios de compra – Multas – Punto 26 de la Comunicación sobre la cooperación de 2006 – Punto 37 de las directrices para el cálculo del importe de las multas – Competencia jurisdiccional plena»), DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
133. Asunto T-370/17: Sentencia del Tribunal General de 23 de mayo de 2019 – KPN/Comisión («Competencia – Concentraciones – Mercado neerlandés de servicios de televisión y servicios de telecomunicaciones – Empresa en participación con plenas funciones – Decisión por la que se declara la concentración compatible con el mercado interior y el Acuerdo EEE – Compromisos – Mercado de referencia – Efectos verticales – Error manifiesto de apreciación – Obligación de motivación»), DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
134. Asunto C-324/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Finanzgericht Hamburg (Alemania) el 19 de abril de 2019 – eurocylinder Systems AG/Hauptzollamt Hamburg, DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.
135. Asunto C-612/16: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 19 de junio de 2019 [petición de decisión prejudicial planteada por el First-tier Tribunal (Tax Chamber) – Reino Unido] – C & J Clark International Ltd/Commissioners for Her Majesty’s Revenue & Customs (Procedimiento prejudicial – Antidumping – Interpretación y validez de reglamentos por los que se restablecen derechos antidumping tras una sentencia de declaración de invalidez dictada por el Tribunal de Justicia – Base jurídica – Irretroactividad – Prescripción), DOUE, C, núm. 270, de 12 de agosto de 2019.
136. Asunto C-450/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein hallinto-oikeus (Finlandia) el 13 de junio de 2019 – Kilpailu- ja kuluttajavirasto, DOUE, C, núm. 280, de 19 de agosto de 2019.
137. Asunto T-523/15: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2019 – Italmobiliare y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los envases de alimentos al por menor – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 101 TFUE – Im-

putabilidad del comportamiento infractor – Requisitos para obtener el derecho a la inmunidad – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Valor de las ventas – Límite máximo de la multa – Duración del procedimiento administrativo – Plazo razonable – Capacidad contributiva», DOUE, C, núm. 295, de 2 de septiembre de 2019.

138. Asunto T-530/15: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2019 – Huhtamäki y Huhtamaki Flexible Packaging Germany/ Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del envasado de alimentos para la venta al por menor – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Prueba de la participación en la práctica colusoria – Infracción única y continuada – Imputabilidad del comportamiento infractor – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Proporcionalidad – Igualdad de trato»), DOUE, C, núm. 295, de 2 de septiembre de 2019.
139. Asunto T-741/16: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2019 – Changmao Biochemical Engineering/Comisión [«Dumping – Importaciones de aspartamo originario de China – Denegación del trato de economía de mercado – Imposición de un derecho antidumping definitivo – Artículo 2, apartado 7, letras b) y c), segundo guion, del Reglamento (UE) 2016/1036 – Artículo 2, apartado 7, letra a), del Reglamento 2016/1036 – Artículo 2, apartado 10, del Reglamento 2016/1036 – Artículo 3, apartados 2 y 6, del Reglamento 2016/1036 – Artículo 6, apartado 7, del Reglamento 2016/1036 – No conformidad de documentos contables – Incumplimiento de normas contables internacionales – Uso de datos de la industria de la Unión – Solicitud de ajuste – Carga de la prueba – Derecho de defensa – Principio de buena administración – Confianza legítima», DOUE, C, núm. 295, de 2 de septiembre de 2019.
140. Asunto C-39/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de julio de 2019 – Comisión Europea/NEX International Limited, anteriormente Icap plc, Icap Management Services Ltd, Icap New Zealand Ltd (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los derivados sobre tipos de interés en yenes japoneses – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Responsabilidad de una empresa por su papel de facilitador del cártel – Cálculo de la multa – Obligación de motivación), DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
141. Asunto C-345/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 10 de julio de 2019 – Caviro Distillerie Srl, Distillerie Bonollo SpA, Distillerie Mazzari SpA, Industria Chimica Valenzana (ICV) SpA/Comisión Europea [Recurso de casación – Política comercial – Dumping – Decisión de Ejecución (UE) 2016/176 – Importación de ácido tártrico originario de China y producido por Hangzhou Bioking Biochemical Engineering Co. Ltd – Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Artículo 3, apartados 2, 3 y 5 – Inexistencia de perjuicio importante – Error manifiesto de apreciación – Determinación del perjuicio – Evaluación de todos los factores e indicado-

res económicos pertinentes que influyen en la situación de la industria de la Unión Europea – Cuota de mercado], DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.

142. Asunto T-582/15: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2019 – Silver Plastics y Johannes Reifenhäuser/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del envasado de alimentos para la venta al por menor – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Prueba de la participación en una práctica colusoria – Infracción única y continuada – Principio de igualdad de armas – Derecho «a la confrontación» – Comunicación sobre la cooperación de 2006 – Valor añadido significativo – Imputabilidad del comportamiento infractor – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006 – Igualdad de trato – Límite máximo de la multa»), DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
143. Asunto T-762/15: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – Sony y Sony Electronics/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los lectores de discos ópticos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Acuerdos colusorios sobre licitaciones relativas a lectores de discos ópticos para ordenadores portátiles y ordenadores de mesa – Infracción por el objeto – Derecho de defensa – Obligación de motivación – Principio de buena administración – Multas – Infracción única y continuada – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas»). DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
144. Asunto T-763/15: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – Sony Optiare y Sony Optiare America/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de lectores de discos ópticos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Acuerdos colusorios sobre licitaciones relativas a lectores de discos ópticos para ordenadores portátiles y ordenadores de mesa – Infracción por el objeto – Derecho de defensa – Obligación de motivación – Principio de buena administración – Multas – Infracción única y continuada – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas»), DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
145. Asunto T-772/15: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – Quanta Storage/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los lectores de discos ópticos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Acuerdos colusorios sobre licitaciones relativas a lectores de discos ópticos para ordenadores portátiles y ordenadores de mesa – Derecho de defensa – Obligación de motivación – Principio de buena administración – Multas – Infracción única y continuada – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas»), DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.

- 146. Asunto T-1/16: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – Hitachi-LG Data Storage e Hitachi-LG Data Storage Korea/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los lectores de discos ópticos – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Acuerdos colusorios sobre licitaciones organizadas por dos fabricantes de ordenadores – Competencia jurisdiccional plena – Violación del principio de buena administración – Obligación de motivación – Punto 37 de las Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Circunstancias particulares – Error de Derecho»), DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.**

DERECHO DE FAMILIA

- 147. Asunto C-836/18: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (España) el 28 de diciembre de 2018 – Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real/RH, DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

- 148. Asunto T-81/19: Recurso interpuesto el 12 de febrero de 2019 – Apostolopoulou y Apostolopoulou Chrysanthaki/Comisión Europea, DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.**

DERECHO DE SOCIEDADES

- 149. Asunto C-131/18: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de abril de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Vanessa Gambietz/Erika Ziegler (Procedimiento prejudicial – Derecho de sociedades – Lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales – Directiva 2011/7/UE – Artículo 6 – Compensación por los costes de cobro – Pago de una cantidad fija y de una compensación razonable – Dedución de la cantidad fija de los costes soportados por contratar a un abogado antes de entablar una acción judicial), DOUE, C, núm. 280, de 19 de agosto de 2019.**

DERECHO DE SUCESIONES

- 150. Asunto C-80/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania) el 4 de febrero de 2019 – E. E., DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.**

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

151. Asunto T-215/17: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2019 – Pear Technologies/EUIPO – Apple (PEAR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión PEAR – Marca figurativa anterior de la Unión que representa una manzana – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.
152. Asunto T-287/17: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2019 – Swemac Innovation/EUIPO – SWEMAC Medical Appliances (SWEMAC) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión SWEMAC – Razón social o nombre comercial nacional anterior SWEMAC Medical Appliances AB – Motivo de denegación relativo – Caducidad por tolerancia – Artículo 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Riesgo de confusión – Artículo 54, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 61, apartado 2, del Reglamento 2017/1001) – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento 2017/1001) – Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal General», DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.
153. Asunto T-336/17: Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2019 – The GB Foods/EUIPO – Yatecomeré (YATEKOMO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión YATEKOMO – Marca nacional figurativa yatecomeré – Admisibilidad de nuevas pruebas para fundamentar la exactitud de un hecho notorio – Riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.
154. Asunto T-604/17: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2019 – Thun/EUIPO (Pez) («Dibujo o modelo comunitario – Dibujo o modelo comunitario registrado – Inexistencia de solicitud de renovación – Cancelación del modelo a la expiración del registro – Petición de restitutio in integrum – Requisitos acumulativos – Deber de diligencia – Delegación de poderes – Pérdida de derecho»), DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.
155. Asunto T-656/17: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2019 – Sumol + Compal Marcas/EUIPO – Jacob (Dr. Jacob's essentials) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Dr. Jacob's essentials – Marca internacional denominativa anterior COMPAL ESSENCIAL – Marcas nacionales e internacionales figurativas

anteriores FRUTA esencial y Compal FRUTA esencial – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.

156. Asunto T-766/17: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2019 – Eglo Leuchten/EUIPO – Di-Ka (Lámpara) [«Dibujo o modelo de la Unión – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo de la Unión registrado que representa un aparato de iluminación – Motivo de nulidad – Dibujo o modelo anterior – Carácter singular – Usuario informado – Grado de libertad del creador – Artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.
157. Asunto T-767/17: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2019 – Eglo Leuchten/EUIPO – Briloner Leuchten (Lámpara) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un aparato de iluminación – Causa de nulidad – Dibujo o modelo anterior – Carácter singular – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.
158. Asunto T-785/17: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2019 – Ilhan/EUIPO – Time Gate (BIG SAM SPORTSWEAR COMPANY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional que designa la Unión Europea – Marca figurativa BIG SAM SPORTSWEAR COMPANY – Marca denominativa anterior SAM – Motivo de denegación relativo – Caducidad por tolerancia – Elementos probatorios presentados por primera vez ante el Tribunal General – Artículo 54, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 61, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.
159. Asunto T-789/17: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2019 – TecAlliance/EUIPO – Siemens (TecDocPower) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión TecDocPower – Marcas de la Unión denominativa y figurativa anteriores TECDOC y TecDoc – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.
160. Asunto T-800/17: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2019 – Brown Street Holdings/EUIPO – Enesan (FIGHT LIFE)

- [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa la Unión Europea – Marca denominativa FIGHT LIFE – Marca denominativa anterior de la Unión FIGHT FOR LIFE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 94 del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.
161. Asunto T-79/18: Sentencia del Tribunal General de 30 de enero de 2019 – Bekat/EUIPO – Borbet (ARBET) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ARBET – Marca nacional denominativa anterior BORBET – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.
162. Asunto T-88/18: Sentencia del Tribunal General de 5 de febrero de 2019 – Gruppo Armonie/EUIPO (ARMONIE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión ARMONIE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.
163. Asunto T-97/18: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2019 – DeepMind Technologies/EUIPO (STREAMS) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión STREAMS – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), y apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Práctica anterior de la EUIPO»], DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.
164. Asunto T-181/18: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2019 – Multifit/EUIPO (TAKE CARE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión TAKE CARE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.
165. Asunto T-256/18: Sentencia del Tribunal General de 30 de enero de 2019 – Arezzo Indústria e Comércio/EUIPO (SCHUTZ) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión SCHUTZ – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.
166. Asunto T-332/18: Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2019 – Marry Me Group/EUIPO (MARRY ME) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión

MARRY ME – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.

167. **Asunto T-333/18: Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2019 – Marry Me Group/EUIPO (marry me) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión marry me – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.**
168. **Asunto T-427/18: Sentencia del Tribunal General 31 de enero de 2019 – Geske/EUIPO (SATISFYERMEN) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión SATISFYERMEN – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, primera frase, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 103, de 18 de marzo de 2019.**
169. **Asunto C-194/17 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 31 de enero de 2019 – Georgios Pandalis / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), LR Health & Beauty Systems GmbH [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 51, apartados 1, letra a), y 2, y artículo 75 – Marca de la Unión Cystus – Complementos alimenticios que no sean para uso médico – Declaración parcial de caducidad – Falta de uso efectivo de la marca – Percepción del término «cystus» como indicación descriptiva del ingrediente principal de los productos en cuestión – Obligación de motivación], DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.**
170. **Asunto C-736/18 P: Recurso de casación interpuesto el 26 de noviembre de 2018 por Gugler France contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 25 de septiembre de 2018 en el asunto T-238/17: Gugler / EUIPO, DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.**
171. **Asunto C-783/18 P: Recurso de casación interpuesto el 12 de diciembre de 2018 por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 3 de Octubre de 2018 en el asunto T-313/17, Wajos GmbH / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.**
172. **Asunto T-647/17: Sentencia del Tribunal General de 8 de febrero de 2019 – Serendipity y otros/EUIPO – CKL Holdings (CHIARA FERRAGNI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión CHIARA FERRAGNI – Marca Benelux denominativa anterior Chiara – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009**

- [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.
173. Asunto T-34/19: Recurso interpuesto el 16 de enero de 2019 – Orkla Foods Danmark/EUIPO (PRODUCED WITHOUT BOILING SCANDINAVIAN DELIGHTS ESTABLISHED 1834 FRUIT SPREAD), DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.
174. Asunto T-41/19: Recurso interpuesto el 23 de enero de 2019 – MSI Svetovanje/EUIPO – Industrial Farmacéutica Cantabria (nume), DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.
175. Asunto T-54/19: Recurso interpuesto el 29 de enero de 2019 – Nosio/EUIPO (BIANCOFINO), DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.
176. Asunto T-60/19: Recurso interpuesto el 31 de enero de 2019 – Chi-pre/EUIPO – Filotas Bellas & Yios (Halloumi Vermion grill cheese M BELAS PREMIUM GREEK DAIRY SINCE 1927), DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.
177. Asunto T-67/19: Recurso interpuesto el 5 de febrero de 2019 – Six-sigma Networks Mexico/EUIPO – Dokkio (DOKKIO), DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.
178. Asunto T-69/19: Recurso interpuesto el 6 de febrero de 2019 – Süd-westdeutsche Salzwerke/EUIPO (Bad Reichenhaller Alpensaline), DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.
179. Asunto T-74/19: Recurso interpuesto el 7 de febrero de 2019 – DK Company/EUIPO – Hunter Boot (DENIM HUNTER), DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.
180. Asunto T-796/17: Sentencia del Tribunal General de 14 de febrero de 2019 – Mouldpro/EUIPO – Wenz Kunststoff (MOULDPRO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión MOULDPRO – Causa de nulidad absoluta – Mala fe – Artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Causas de nulidad relativas – Artículos 60, apartado 1, letra b), y 8, apartado 3, del Reglamento 2017/1001 – Artículos 60, apartado 1, letra c), y 8, apartado 4, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 122, de 1 de abril de 2019.
181. Asunto T-823/17: Sentencia del Tribunal General de 13 de febrero de 2019 – Etnia Dreams/EUIPO – Poisson (Etnik) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Etnik – Marca de la Unión anterior – Motivo de denegación relativo – No identificación de la marca anterior en el escrito de oposición – Principio de buena administración – Derecho a la tutela judicial efectiva – Igualdad de armas – Principio de buena fe – Confianza legítima»), DOUE, C, núm. 122, de 1 de abril de 2019.

182. **Asunto T-231/18: Sentencia del Tribunal General de 12 de febrero de 2019 – Et Djili Soy Dzhihangir Ibryam/EUIPO – Lupu (Djili)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Soli-citud de marca figurativa de la Unión Djili – Marca nacional deno-minativa anterior GILLY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 122, de 1 de abril de 2019.
183. **Asunto T-278/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de febrero de 2019 – Nemius Group/EUIPO (DENTALDISK)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión DENTALDISK – Motivo de denegación absoluto – Carácter des-criptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 122, de 1 de abril de 2019.
184. **Asunto T-63/19: Recurso interpuesto el 31 de enero de 2019 – Rot Front/EUIPO – Kondyterska korporatsiia «Roshen» (POIIEH)**, DOUE, C, núm. 122, de 1 de abril de 2019.
185. **Asunto T-70/19: Recurso interpuesto el 6 de febrero de 2019 – Nosio/EUIPO – Passi (LA PASSIATA)**, DOUE, C, núm. 122, de 1 de abril de 2019.
186. **Asunto T-73/19: Recurso interpuesto el 7 de febrero de 2019 – Bergs-lagernas Järnvaru/EUIPO – Scheppach Fabrikation von Holzbear-beitungsmaschinen (Herramientas para cortar madera)**, DOUE, C, núm. 122, de 1 de abril de 2019.
187. **Asunto T-76/19: Recurso interpuesto el 7 de febrero de 2019 – Pon-tinova/EUIPO – Ponti & Partners (pontinova)**, DOUE, C, núm. 122, de 1 de abril de 2019.
188. **Asunto T-78/19: Recurso interpuesto el 8 de febrero de 2019 – Lidl Stiftung/EUIPO – Plásticos Hidrosolubles (green cycles)**, DOUE, C, núm. 122, de 1 de abril de 2019.
189. **Asunto T-80/19: Recurso interpuesto el 12 de febrero de 2019 – De-koback/EUIPO – DecoPac (DECOPAC)**, DOUE, C, núm. 122, de 1 de abril de 2019.
190. **Asunto T-85/19: Recurso interpuesto el 14 de febrero de 2019 – Gwo Chyang Biotech/EUIPO – Norma (KinGirls)**, DOUE, C, núm. 122, de 1 de abril de 2019.
191. **Asunto T-86/19: Recurso interpuesto el 15 de febrero de 2019 – Sol-nova/EUIPO – Canina Pharma (BIO-INSECT Shocker)**, DOUE, C, núm. 122, de 1 de abril de 2019.
192. **Asunto C-763/18 P: Recurso de casación interpuesto el 5 de diciem-bre de 2018 por Wallapop, S. L. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 3 de octubre de 2018 en el asunto T-186/17, Unipreus/EUIPO – Wallapop (wallapop)**, DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.

193. **Asunto T-137/18: Auto del Tribunal General de 14 de febrero de 2019 – Chrome Hearts/EUIPO – Shenzhen Van St. Lonh Jewelry (Representación de una cruz) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una cruz – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»)**, DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.
194. **Asunto T-77/19: Recurso interpuesto el 9 de febrero de 2019 – Alcar Aktiebolag/EUIPO – Alcar Holding (alcar.se)**, DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.
195. **Asunto T-101/19: Recurso interpuesto el 18 de febrero de 2019 – Rezon/EUIPO (imot.bg)**, DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.
196. **Asunto T-106/19: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2019 – Abarca/EUIPO – Abanca Corporación Bancaria (ABARCA SEGUROS)**, DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.
197. **Asunto T-34/18: Sentencia del Tribunal General de 14 de febrero de 2019 – Giove Gas/EUIPO – Primagaz (KALON AL CENTRO DELLA FAMIGLIA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión KALON AL CENTRO DELLA FAMIGLIA – Marca denominativa anterior de la Unión CALOON – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»]**, DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.
198. **Asunto T-63/18: Sentencia del Tribunal General de 14 de febrero de 2019 – Torro Entertainment/EUIPO – Grupo Osborne (TORRO Grande MEAT IN STYLE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión TORRO Grande MEAT IN STYLE – Marcas denominativas anteriores de la Unión TORO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, primera frase, del Reglamento 2017/1001 – Deber de diligencia – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001»]**, DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.
199. **Asunto T-123/18: Sentencia del Tribunal General de 14 de febrero de 2019 – Bayer Intellectual Property/EUIPO (Representación de un corazón) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un corazón – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»]**, DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.
200. **Asunto T-162/18: Sentencia del Tribunal General de 14 de febrero de 2019 – Beko/EUIPO – Acer (ALTUS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ALTUS – Marcas nacionales denominativas anteriores ALTOS – Procedimientos de caducidad de determinadas marcas**

anteriores iniciados ante las autoridades nacionales – Riesgo de confusión – Suspensión del procedimiento administrativo – Regla 20, apartado 7, letra c), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 71, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625]», DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.

201. Asunto C-505/17 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 28 de febrero de 2019 – Groupe Léa Nature/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Debonair Trading Internacional L.da [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5 – Marca figurativa que incluye los elementos denominativos «SO’BiO ëtic» – Marcas denominativas y figurativas de la Unión y nacionales que incluyen el elemento denominativo «SO...?» – Oposición del titular – Denegación de registro], DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
202. Asunto T-107/18: Sentencia del Tribunal General de 27 de febrero de 2019 – Aytekin/EUIPO – Dienne Salotti (Dienne) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Dienne – Marca figurativa anterior de la Unión ENNE – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
203. Asunto T-263/18: Sentencia del Tribunal General de 5 de marzo de 2019 – Meblo Trade/EUIPO – Meblo Int (MEBLO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión MEBLO – Uso efectivo de la marca – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo»], DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
204. Asunto T-321/18: Sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2019 – Serenity Pharmaceuticals/EUIPO – Gebro Holding (NOCUVANT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión NOCUVANT – Marcas denominativas anteriores NOCUTIL – Prueba del uso efectivo – Artículo 47, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
205. Asunto T-459/18: Sentencia del Tribunal General de 28 de febrero de 2019 – Lotte/EUIPO – Générale Biscuit-Glico France (PEPERO original) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión PEPERO original – Marca nacional tridimensional anterior – Forma de una galleta alargada parcialmente cubierta de chocolate – Declaración de nulidad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo de la marca anterior – Marca anterior constituida por la forma de

- un producto – Uso como marca – Falta de alteración del carácter distintivo»], DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
206. Asunto T-836/17: Auto del Tribunal General de 27 de febrero de 2019 – Sports Group Denmark/EUIPO – K&L (WHISTLER) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
207. Asunto T-84/19: Recurso interpuesto el 12 de febrero de 2019 – Cinkciarz.pl/EUIPO – MasterCard International (We Intelligence the World), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
208. Asunto T-88/19: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2019 – Cinkciarz.pl/EUIPO – MasterCard International (currencymachineassistant), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
209. Asunto T-89/19: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2019 – Cinkciarz.pl/EUIPO – MasterCard International (robodealer), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
210. Asunto T-90/19: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2019 – Cinkciarz.pl/EUIPO – MasterCard International (currencyassistant), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
211. Asunto T-91/19: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2019 – Cinkciarz.pl/EUIPO – MasterCard International (tradingcurrencyassistant), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
212. Asunto T-92/19: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2019 – Cinkciarz.pl/EUIPO – MasterCard International (CKPL), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
213. Asunto T-93/19: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2019 – Cinkciarz.pl/EUIPO – MasterCard International (AI moneypersonalassistant), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
214. Asunto T-94/19: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2019 – Cinkciarz.pl/EUIPO – MasterCard International (moneyassistant), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
215. Asunto T-95/19: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2019 – Cinkciarz.pl/EUIPO – MasterCard International (AI currencypersonassistant), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
216. Asunto T-96/19: Recurso interpuesto el 14 de febrero de 2019 – Cinkciarz.pl/EUIPO – MasterCard International (CNTX Trading), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.
217. Asunto T-97/19: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2019 – Cinkciarz.pl/EUIPO – MasterCard International (AIdealer), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.

218. **Asunto T-98/19: Recurso interpuesto el 13 de febrero de 2019 – Cinkciarz.pl/EUIPO – MasterCard International (CNTX), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**
219. **Asunto T-100/19: Recurso interpuesto el 19 de febrero de 2019 – L. Oliva Torras/EUIPO – Mecánica del Frío (Acoplamientos para vehículos), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**
220. **Asunto T-104/19: Recurso interpuesto el 19 de febrero de 2019 – Dermavita/EUIPO – Allergan Holdings France (JUVÉDERM), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**
221. **Asunto T-105/19: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2019 – Louis Vuitton Malletier/EUIPO – Wisniewski (Representación de un dibujo a cuadros), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**
222. **Asunto T-108/19: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2019 – Kerry Luxembourg/EUIPO – Döhler (TasteSense By Kerry), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**
223. **Asunto T-109/19: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2019 – Kerry Luxembourg/EUIPO – Döhler (TasteSense), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**
224. **Asunto T-115/19: Recurso interpuesto el 19 de febrero de 2019 – Baccardi/EUIPO – La Fée (ANGÉL’S ENVY), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**
225. **Asunto T-133/19: Recurso interpuesto el 28 de febrero de 2019 – Off-White/EUIPO (OFF-WHITE), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**
226. **Asunto T-144/19: Recurso interpuesto el 7 de marzo de 2019 – Kludi/EUIPO – Adlon Brand (ADLON), DOUE, C, núm. 139, de 15 de abril de 2019.**
227. **Asunto C-693/17 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 6 de marzo de 2019 – BMB sp. z o.o./Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Ferrero SpA [Recurso de casación – Dibujo o modelo comunitario – Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Artículo 25, apartado 1, letra e) – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo que representa estuches para caramelos – Declaración de nulidad], DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.**
228. **Asunto C-809/18 P: Recurso de casación interpuesto el 20 de diciembre de 2018 por la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 15 de octubre de 2018 en el asunto T-7/17, John Mills/EUIPO, DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.**
229. **Asunto C-818/18 P: Recurso de casación interpuesto el 21 de diciembre de 2018 por The Yokohama Rubber Co. Ltd contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 24 de octubre**

- de 2018 en el asunto T-447/16, *Pirelli Tyre/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea*, DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
230. Asunto C-825/18 P: Recurso de casación interpuesto el 28 de diciembre de 2018 por *Mamas and Papas Ltd* contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 23 de octubre de 2018 en el asunto T-672/17: *Mamas and Papas/EUIPO*, DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
231. Asunto C-6/19 P: Recurso de casación interpuesto el 4 de enero de 2019 por *Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea* contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima ampliada) dictada el 24 de octubre de 2018 en el asunto T-447/16, *Pirelli Tyre/EUIPO*, DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
232. Asunto T-799/16: Sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2019 – *Xiaomi/EUIPO – Dudingens Develops (MI)* [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión MI – Marca figurativa anterior de la Unión MI – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8 apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94 del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
233. Asunto T-106/18: Sentencia del Tribunal General de 7 de marzo de 2019 – *Laverana/EUIPO – Agroecopark (VERA GREEN)* [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión VERA GREEN – Marca denominativa anterior de la Unión LAVERA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
234. Asunto T-297/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de marzo de 2019 – *Wirecard Technologies/EUIPO – Striatum Ventures (supr)* [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión supr – Marca Benelux denominativa anterior Zupr – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículos 60, apartado 1, letra a), y 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
235. Asunto T-463/18: Sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2019 – *Novartis/EUIPO (SMARTSURFACE)* [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión SMARTSURFACE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.

236. Asunto T-326/18: Auto del Tribunal General de 8 de marzo de 2019 – Herrero Torres/EUIPO – DZ Licores (CARAJILLO LICOR 43 CUARENTA Y TRES) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión CARAJILLO LICOR 43 CUARENTA Y TRES – Marca nacional figurativa anterior Carajillo – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»), DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
237. Asunto T-125/19: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2019 – Clem & Jo Optique/EUIPO – C&A (C&J), DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
238. Asunto T-135/19: Recurso interpuesto el 1 de marzo de 2019 – Corporació Catalana de Mitjans Audiovisuals/EUIPO – Dalmat (LaTV3D), DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
239. Asunto T-142/19: Recurso interpuesto el 1 de marzo de 2019 – Nosio/EUIPO – Passi (PASSIATA), DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
240. Asunto T-147/19: Recurso interpuesto el 6 de marzo de 2019 – Flovax/EUIPO – Dagniaux y Gervais Danone (GLACIER DAGNIAUX DEPUIS 1923), DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
241. Asunto T-156/19: Recurso interpuesto el 12 de marzo de 2019 – Koenig & Bauer/EUIPO (we’re on it), DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
242. Asunto C-21/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de marzo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt – Suecia) – Textilis Ltd, Ozgur Keskin/Svenskt Tenn Aktiebolag [Procedimiento prejudicial – Marca de la Unión Europea – Concepto de «forma» – Forma que aporte un valor sustancial al producto – Marca bidimensional – Marca figurativa que constituye también una obra en el sentido del Derecho de propiedad intelectual – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso iii) – Reglamento (UE) 2015/2424], DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.
243. Asunto T-220/16: Sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2019 – Perry Ellis International Group/EUIPO (PRO PLAYER) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión PRO PLAYER – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.
244. Asunto T-138/17: Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2019 – Prim/EUIPO – Primed Halberstadt Medizintechnik (PRIMED) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión PRIMED – Marcas nacio-

nales figurativas anteriores PRIM S. A., PRiM, S. A. SUMINISTROS MEDICOS y GRUPO PRiM – Uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 57, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 64, apartados 2 y 3, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Derecho a ser oído – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94, apartado 1, segunda frase, del Reglamento 2017/1001) – Presentación de pruebas por primera vez ante la Sala de Recurso – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Calificación de pruebas nuevas o adicionales – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 95, apartado 2, del Reglamento 2017/1001)», DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.

245. Asunto T-760/17: Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2019 – Meesenburg Großhandel/EUIPO (Triotherm+) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Triotherm+ – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Derecho a ser oído», DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.
246. Asunto T-762/17: Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2019 – Grammer/EUIPO (Representación de una forma) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una forma – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.
247. Asunto T-777/17: Sentencia del Tribunal General de 21 de marzo de 2019 – Pan/EUIPO – Entertainment One UK (TOBBIA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión TOBBIA – Marca figurativa anterior de la Unión Peppa Pig – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.
248. Asunto T-133/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de marzo de 2019 – IQ Group Holdings Bhd/EUIPO – Krinner Innovation (Lumiqs) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa Lumiqs – Marcas denominativa y figurativa anteriores de la Unión Lumix – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.
249. Asunto T-149/19: Recurso interpuesto el 8 de marzo de 2019 – Société des produits Nestlé/EUIPO – Jumbo Africa (Representación

de una figura humana situada sobre un escudo), DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.

250. Asunto T-159/19: Recurso interpuesto el 14 de marzo de 2019 – Bog-Fran/EUIPO – Fabryki Mebli «Forte» (Muebles), DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.
251. Asunto T-169/19: Recurso interpuesto el 19 de marzo de 2019 – Style & Taste/EUIPO – The Polo/Lauren Company (Representación de un jugador de polo), DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.
252. Asunto T-170/19: Recurso interpuesto el 20 de marzo de 2019 – Sherpa Europe/EUIPO – Núcleo de comunicaciones y control (SHERPA NEXT), DOUE, C, núm. 155, de 6 de mayo de 2019.
253. Asunto T-787/17: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo de 2019 – Parfümerie Akzente/EUIPO (GlamHair) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión GlamHair – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c) del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.
254. Asunto T-829/17: Sentencia del Tribunal General de 28 de marzo de 2019 – Coesia/EUIPO (Representación de dos curvas oblicuas de color rojo) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa dos curvas oblicuas de color rojo – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94 del Reglamento 2017/1001)», DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.
255. Asunto T-105/18: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo de 2019 – Deray/EUIPO – Charles Claire (LILI LA TIGRESSE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión LILI LA TIGRESSE – Marca denominativa anterior de Unión TIGRESS – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.
256. Asunto T-265/18: Sentencia del Tribunal General de 27 de marzo de 2019 – Biernacka-Hoba/EUIPO – Formata Boguslaw Hoba (Formata) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Formata – Marca internacional figurativa anterior Formata – Causa de nulidad relativa – Artículo 60, apartado 1, letra a), y artículo 8, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Regla 37 del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 12 del Reglamento Delegado (UE) 2018/625] – Condiciones de representación de la marca anterior – Regla 19 del Reglamento núm. 2868/95 (actualmente artículo

- lo 7 del Reglamento Delegado 2018/625) – Confianza legítima – Restitución de los gastos de representación – Artículo 109 del Reglamento 2017/1001 y regla 94 del Reglamento núm. 2868/95 (actualmente artículo 109 del Reglamento 2017/1001)», DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.
257. Asunto T-276/18: Sentencia del Tribunal General de 28 de marzo de 2019 – Julius-K9/EUIPO – El Corte Inglés (K9 UNIT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión K9 UNIT – Marca figurativa anterior de la Unión unit – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.
258. Asunto T-503/18: Auto del Tribunal General de 19 de marzo de 2019 – Haba Trading/EUIPO – Vida (vidaXL) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.
259. Asunto T-180/19: Recurso interpuesto el 26 de marzo de 2019 – Bixbita Group/EUIPO – Benkomers (Botellas de bebida), DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.
260. Asuntos T-251/17 y T-252/17: Sentencia del Tribunal General de 28 de marzo de 2019 – Robert Bosch/EUIPO (Simply. Connected.) [«Marca de la Unión Europea – Solicitudes de marcas figurativas de la Unión Simply. Connected. – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 64 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 71 del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 172, de 20 de mayo de 2019.
261. Asunto T-562/17: Sentencia del Tribunal General de 28 de marzo de 2019 – dm-drogerie markt/EUIPO – Albea Services (ALBÉA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa ALBÉA – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea anterior – Marca denominativa Balea – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 172, de 20 de mayo de 2019.
262. Asunto T-611/17: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2019 – All Star/EUIPO – Carrefour Hypermarchés (Forma de una suela de zapato) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de una suela de zapato – Hechos notorios – Obligación de motivación – Derechos de defensa – Artículo 75 del Reglamento (CE) núm. 207/2009

[actualmente artículo 94, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001] – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículos 7, apartado 3, y 52, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículos 7, apartado 3, y 59, apartado 2, del Reglamento 2017/1001) – Desestimación de la solicitud de celebración de una vista ante la Sala de Recurso – Artículo 77 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 96, apartado 1, del Reglamento 2017/1001)», DOUE, C, núm. 172, de 20 de mayo de 2019.

263. Asunto T-779/17: Sentencia del Tribunal General de 4 de abril de 2019 – United Wineries/EUIPO – Compañía de Vinos Miguel Martín (VIÑA ALARDE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión VIÑA ALARDE – Marca nacional denominativa anterior «ALARDE» – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Identidad de los productos – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 172, de 20 de mayo de 2019.
264. Asunto T-804/17: Sentencia del Tribunal General de 4 de abril de 2019 – Stada Arzneimittel/EUIPO (Representación de dos arcos opuestos) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa dos arcos opuestos – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 172, de 20 de mayo de 2019.
265. Asunto T-259/18: Sentencia del Tribunal General de 28 de marzo de 2019 – Zakłady Chemiczne «Siarkopol» Tarnobrzeg/EUIPO – EuroChem Agro (Unifoska) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Unifoska – Marca denominativa anterior de la Unión NITROFOSKA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 172, de 20 de mayo de 2019.
266. Asunto T-631/18: Auto del Tribunal General de 28 de marzo de 2019 – Herholz/EUIPO (#) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Europea # – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Solicitud de modificación – Inadmisibilidad manifiesta»], DOUE, C, núm. 172, de 20 de mayo de 2019.

267. Asunto T-182/19: Recurso interpuesto el 28 de marzo de 2019 – Puma/EUIPO (SOFTFOAM), DOUE, C, núm. 172, de 20 de mayo de 2019.
268. Asunto T-184/19: Recurso interpuesto el 27 de marzo de 2019 – Aurea Biolabs/EUIPO – Avizel (AURÉA BIOLABS), DOUE, C, núm. 172, de 20 de mayo de 2019.
269. Asunto T-187/19: Recurso interpuesto el 29 de marzo de 2019 – Glaxo Group/EUIPO (tono de color morado), DOUE, C, núm. 172, de 20 de mayo de 2019.
270. Asunto T-373/18: Sentencia del Tribunal General de 4 de abril de 2019 – ABB/EUIPO (FLEXLOADER) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión FLEXLOADER – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter descriptivo – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Neologismo – Relación insuficientemente directa y concreta con determinados productos y servicios contemplados por la solicitud de marca»], DOUE, C, núm. 182, de 27 de mayo de 2019.
271. Asunto T-128/19: Recurso interpuesto el 22 de febrero de 2019 – Hemp Foods Australia/EUIPO – Cabrejos (Sativa), DOUE, C, núm. 182, de 27 de mayo de 2019.
272. Asunto T-172/19: Recurso interpuesto el 22 de marzo de 2019 – Cognac Ferrand/EUIPO (Forma de trenzado sobre una botella), DOUE, C, núm. 182, de 27 de mayo de 2019.
273. Asunto T-202/19: Recurso interpuesto el 4 de abril de 2019 – Knaus Tabbert/EUIPO – Carado (CaraTour), DOUE, C, núm. 182, de 27 de mayo de 2019.
274. Asunto T-203/19: Recurso interpuesto el 4 de abril de 2019 – Knaus Tabbert/EUIPO – Carado (CaraTwo), DOUE, C, núm. 182, de 27 de mayo de 2019.
275. Asunto T-209/19: Recurso interpuesto el 5 de abril de 2019 – Armani/EUIPO – Invicta Watch Company of America (GLYCINE), DOUE, C, núm. 182, de 27 de mayo de 2019.
276. Asunto T-212/19: Recurso interpuesto el 8 de abril de 2019 – Apple/EUIPO (Styluses), DOUE, C, núm. 182, de 27 de mayo de 2019.
277. Asunto T-214/19: Recurso interpuesto el 8 de abril de 2019 – Fleximed/EUIPO – docPrice (Fleximed), DOUE, C, núm. 182, de 27 de mayo de 2019.
278. Asunto C-578/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein hallinto-oikeus – Finlandia) – procedimiento incoado por Oy Hartwall Ab (Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 2 y artículo 3, apartado 1, letra b) – Denegación de registro o nulidad – Apreciación in concreto del carácter distintivo – Calificación

de una marca – Relevancia – Marca de color o marca figurativa – Representación gráfica de una marca presentada en forma figurativa – Requisitos de registro – Representación gráfica insuficientemente clara y precisa), DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.

279. Asunto C-237/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria (Hungría) el 19 de marzo de 2019 – Gömböc Kutató, Szolgáltató és Kereskedelmi Kft./Szellemi Tulajdon Nemzeti Hivatala, DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
280. Asuntos T-910/16 y T-911/16: Sentencia del Tribunal General de 4 de abril de 2019 – Hesse y Wedl & Hofmann/EUIPO (TESTA ROSSA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión TESTA ROSSA – Declaración parcial de caducidad – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Prueba del uso – Uso externo de la marca controvertida – Igualdad de trato»], DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
281. Asunto T-223/17: Sentencia del Tribunal General de 11 de abril de 2019 – Adapta Color/EUIPO – Coatings Foreign IP (ADAPTA POWDER COATINGS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión ADAPTA POWDER COATINGS – Declaración de nulidad por la Sala de Recurso – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001) – Vulneración del derecho a ser oído – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94 del Reglamento 2017/1001) – Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal General»], DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
282. Asunto T-224/17: Sentencia del Tribunal General de 11 de abril de 2019 – Adapta Color/EUIPO – Coatings Foreign IP (Bio proof ADAPTA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca de la Unión figurativa Bio proof ADAPTA – Declaración de nulidad por la Sala de Recurso – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001) – Vulneración del derecho a ser oído – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94 del Reglamento núm. 2017/1001) – Elementos de prueba presentados por primera vez ante el Tribunal General»], DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.

283. Asunto T-225/17: Sentencia del Tribunal General de 11 de abril de 2019 – Adapta Color/EUIPO – Coatings Foreign IP (Bio proof ADAPTA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Bio proof ADAPTA – Declaración de nulidad parcial por la Sala de Recurso – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001) – Vulneración del derecho a ser oído – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94 del Reglamento 2017/1001) – Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal General», DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
284. Asunto T-655/17: Sentencia del Tribunal General de 11 de abril de 2019 – Inditex/EUIPO – Ansell (ZARA TANZANIA ADVENTURES) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ZARA TANZANIA ADVENTURES – Marcas denominativas anteriores de la Unión ZARA – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o del renombre de las marcas anteriores – Perjuicio causado al carácter distintivo o al renombre de las marcas anteriores», DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
285. Asunto T-277/18: Sentencia del Tribunal General de 9 de abril de 2019 – Zitro IP/EUIPO (PICK & WIN MULTISLOT) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión PICK & WIN MULTISLOT – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
286. Asunto T-323/18: Sentencia del Tribunal General de 11 de abril de 2019 – Fomanu/EUIPO – Fujifilm Imaging Germany (Representación de una mariposa) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión que representa una mariposa – Uso efectivo de la marca – Caducidad parcial – Artículo 18, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 58, apartados 1, letra a), y 2, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
287. Asunto T-403/18: Sentencia del Tribunal General de 11 de abril de 2019 – Pharmadom/EUIPO – Objectif Pharma (WS wellpharma shop) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión WS wellpharma shop – Marca nacional denominativa anterior WELL AND WELL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.

288. Asunto T-468/18: Sentencia del Tribunal General de 3 de abril de 2019 – NSC Holding/EUIPO – Ibercondor (CONDOR SERVICE, NSC) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión CONDOR SERVICE, NSC – Marca denominativa anterior de la Unión IBERCONDOR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Público pertinente – Similitud entre los servicios – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
289. Asunto T-477/18: Sentencia del Tribunal General de 11 de abril de 2019 – Užstato sistemas administratorius/EUIPO – DPG Deutsche Pfandsystem (Representación de una botella con una flecha) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una botella con una flecha – Marca figurativa anterior de la Unión que representa una lata, una botella y una flecha – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
290. Asunto T-555/18: Sentencia del Tribunal General de 3 de abril de 2019 – Medrobotics/EUIPO (See More. Reach More. Treat More.) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión See More. Reach More. Treat More. – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
291. Asunto T-239/19: Recurso interpuesto el 9 de abril de 2019 – Vinos de Arganza/EUIPO – Nordbrand Nordhausen (ENCANTO), DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
292. Asunto T-250/19: Recurso interpuesto el 15 de abril de 2019 – Tradición CZ/EUIPO – Rivero Argudo (TRADICIÓN CZ, S. L.), DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
293. Asunto T-255/19: Recurso interpuesto el 18 de abril de 2019 – Bausstoffwerke Gebhart & Söhne/EUIPO (BIOTON), DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
294. Asunto C-690/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de abril de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – ÖKO-Test Verlag GmbH/Dr. Rudolf Liebe Nachf. GmbH & Co. KG [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Marcas – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 9, apartado 1 – Directiva 2008/95/CE – Artículo 5, apartados 1 y 2 – Derechos conferidos por la marca – Marca individual constituida por una etiqueta de un test de calidad], DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.
295. Asunto C-282/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 10 de abril de 2019 – The Green Effort Ltd/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Fédération internationa-

le de l'automobile (FIA) (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de recurso – Plazos – Notificación por vía electrónica – Cálculo de los plazos), DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.

296. Asunto T-226/17: Sentencia del Tribunal General de 11 de abril de 2019 – Adapta Color/EUIPO – Coatings Foreign IP (Rustproof System ADAPTA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Rustproof system ADAPTA – Declaración de nulidad parcial por la Sala de Recurso – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001) – Violación del derecho a ser oído – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 94 del Reglamento 2017/1001) – Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal»], DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.
297. Asunto T-192/19: Recurso interpuesto el 4 de abril de 2019 – Cerámica Flaminia/EUIPO – Ceramica Cielo (goclean), DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.
298. Asunto T-244/19: Recurso interpuesto el 11 de abril de 2019 – Café Camelo/EUIPO – Camel Brand (CAMEL BRAND FOOD PRODUCTS), DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.
299. Asunto T-261/19: Recurso interpuesto el 18 de abril de 2019 – Stada Arzneimittel/EUIPO – Optima Naturals (OptiMar), DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.
300. Asunto T-262/19: Recurso interpuesto el 17 de abril de 2019 – Jakober/EUIPO (Forma de una taza), DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.
301. Asunto T-264/19: Recurso interpuesto el 18 de abril de 2019 – nanoPET Pharma/EUIPO – Miltenyi Biotec (viscover), DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.
302. Asunto C-115/19 P: Recurso de casación interpuesto el 14 de febrero de 2019 por China Construction Bank Corp. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 6 de diciembre de 2018 en el asunto T-665/17: China Construction Bank/EUIPO, DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
303. Asunto T-136/18: Sentencia del Tribunal General de 30 de abril de 2019 – Kuota International/EUIPO – Sintema Sport (K) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión K – Causa de nulidad absoluta – Mala fe – Artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.

304. Asuntos T-152/18 a T-155/18: Sentencia del Tribunal General de 7 de mayo de 2019 – Sona Nutrition/EUIPO – Solgar Holdings (SOLGAR Since 1947 MultiPlus WHOLEFOOD CONCENTRATE MULTIVITAMIN FORMULA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitudes de marcas figurativas de la Unión SOLGAR Since 1947 MultiPlus WHOLEFOOD CONCENTRATE MULTIVITAMIN FORMULA – Marca nacional denominativa anterior MULTIPLUS – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
305. Asunto T-423/18: Sentencia del Tribunal General de 7 de mayo de 2019 – Fissler/EUIPO (vita) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión vita – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Concepto de característica – Nombre de color – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
306. Asunto T-558/18: Sentencia del Tribunal General de 30 de abril de 2019 – Lupu/EUIPO – Et Djili Soy Dzhihangir Ibryam (Djili DS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Djili DS – Marca denominativa nacional anterior DJILI – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
307. Asunto T-353/18: Auto del Tribunal General de 30 de abril de 2019 – Promeco/EUIPO – Aerts (vajilla) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
308. Asunto T-381/18: Auto del Tribunal General de 29 de abril de 2019 – Engel/EUIPO – F. Engel (ENGEL) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
309. Asunto T-495/18: Auto del Tribunal General de 29 de abril de 2019 – Dermatest/EUIPO (DERMATEST) («Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión DERMATEST – Denegación de registro – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
310. Asunto T-114/19: Recurso interpuesto el 20 de febrero de 2019 – Pavel/EUIPO – bugatti (B), DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
311. Asunto T-240/19: Recurso interpuesto el 9 de abril de 2019 – A9.com/EUIPO (Representación de un icono de campana), DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.

312. Asunto T-270/19: Recurso interpuesto el 23 de abril de 2019 – Amazon Technologies/EUIPO (ring), DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
313. Asunto T-274/19: Recurso interpuesto el 24 de abril de 2019 – Target Ventures Group/EUIPO – Target Partners (TARGET VENTURES), DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
314. Asunto T-281/19: Recurso interpuesto el 30 de abril de 2019 – Chipre/EUIPO – Filotas Bellas & Yios (Halloumi Vermion grill cheese M BELAS PREMIUM GREEK DAIRY SINCE 1927), DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
315. Asunto T-282/19: Recurso interpuesto el 30 de abril de 2019 – Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi/EUIPO – Filotas Bellas & Yios (Halloumi χαλλούμι Vermion grill cheese M BELAS PREMIUM GREEK DAIRY SINCE 1927), DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
316. Asunto T-288/19: Recurso interpuesto el 3 de mayo de 2019 – Divaro/EUIPO – Grendene (IPANEMA), DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
317. Asunto T-290/19: Recurso interpuesto el 3 de mayo de 2019 – Stada Arzneimittel/EUIPO (Representación de dos líneas rojas curvadas superpuestas), DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
318. Asunto T-296/19: Recurso interpuesto el 6 de mayo de 2019 – Sumol + Compal Marcas/EUIPO – Heretat Mont-Rubi (SUM011), DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
319. Asunto T-508/18: Auto del Tribunal General de 30 de abril de 2019 – OLX/EUIPO – Stra (STRADIA), DOUE, C, núm. 213, de 24 de junio de 2019.
320. Asunto C-123/19 P: Recurso de casación interpuesto el 18 de febrero de 2019 por Vans, Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 6 de diciembre de 2018 en el asunto T-817/16, Vans, Inc./Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 220, de 1 de julio de 2019.
321. Asunto C-125/19 P: Recurso de casación interpuesto el 18 de febrero de 2019 por Vans, Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 6 de diciembre de 2018 en el asunto T-848/16, Deichmann SE/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 220, de 1 de julio de 2019.
322. Asunto C-143/19 P: Recurso de casación interpuesto el 20 de febrero de 2019 por Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) dictada el 12 de diciembre de 2018 en el asunto T-253/17, Duales System Deutschland GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 220, de 1 de julio de 2019.

323. Asunto T-55/18: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2019 – Team Beverage/EUIPO (LIEBLINGSWEIN) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión LIEBLINGSWEIN – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Carácter engañoso – Artículo 7, apartado 1, letras b), c) y g), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 220, de 1 de julio de 2019.
324. Asunto T-56/18: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2019 – Team Beverage/EUIPO (WEIN FÜR PROFIS) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión WEIN FÜR PROFIS – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Carácter engañoso – Artículo 7, apartado 1, letras b), c) y g), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 220, de 1 de julio de 2019.
325. Asunto T-57/18: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2019 – Team Beverage/EUIPO (WEIN FÜR PROFIS) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión WEIN FÜR PROFIS – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Carácter engañoso – Artículo 7, apartado 1, letras b), c) y g), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 220, de 1 de julio de 2019.
326. Asunto T-273/19: Recurso interpuesto el 24 de abril de 2019 – Target Ventures Group/EUIPO – Target Partners (TARGET VENTURES), DOUE, C, núm. 220, de 1 de julio de 2019.
327. Asunto T-287/19: Recurso interpuesto el 3 de mayo de 2019 – Big-Ben Interactive/EUIPO – natcon7 (nacon), DOUE, C, núm. 220, de 1 de julio de 2019.
328. Asunto T-298/19: Recurso interpuesto el 13 de mayo de 2019 – Think Schuhwerk/EUIPO (Forma de cordones de zapatos rojos), DOUE, C, núm. 220, de 1 de julio de 2019.
329. Asunto C-780/18 P: Recurso de casación interpuesto el 10 de diciembre de 2018 por Cuervo y Sobrinos 1882, S. L. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 10 de octubre de 2018 en el asunto T-374/17, Cuervo y Sobrinos 1882/EUIPO – A. Salgado Nespereira, DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
330. Asunto T-197/16: Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2019 – Andrea Incontri/EUIPO – Higicol (ANDREA INCONTRI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ANDREA INCONTRI – Marca denominativa anterior de la Unión ANDREIA – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter distintivo de un nombre propio y de un apellido – Facultad de modificación»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.

331. Asunto T-795/17: Sentencia del Tribunal General de 14 de mayo de 2019 – Moreira/EUIPO – Da Silva Santos Júnior (NEYMAR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión NEYMAR – Declaración de nulidad – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
332. Asuntos acumulados T-3/18 y T-4/18: Sentencia del Tribunal General de 23 de mayo de 2019 – Holzer y Cía/EUIPO – Ancco (ANN TAYLOR y AT ANN TAYLOR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marcas de la Unión denominativa y figurativa ANN TAYLOR y AT ANN TAYLOR – Causa de nulidad absoluta – Artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Mala fe»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
333. Asunto T-12/18: Sentencia del Tribunal General de 14 de mayo de 2019 – Zweirad-Center Stadler/EUIPO – Triumph Designs (Triumph) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Triumph – Marca denominativa anterior de la Unión TRIUMPH – Denegación parcial de la solicitud de registro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Identidad entre los signos – Elevado carácter distintivo de la marca anterior adquirido por el uso – Similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
334. Asunto T-37/18: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2019 – Stirlinx Arkadiusz Kamusiński/EUIPO – Heinrich Bauer Verlag (Brave Paper) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Brave Paper – Marca nacional denominativa anterior BRAVO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Similitud conceptual»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
335. Asuntos acumulados T-89/18 y T-90/18: Sentencia del Tribunal General de 14 de mayo de 2019 – Guiral Broto/EUIPO – Gastro & Soul (Café del Sol y CAFE DEL SOL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitudes de marcas denominativa y figurativa de la Unión Café del Sol y CAFE DEL SOL – Marca nacional figurativa anterior Café del Sol – Prueba de la existencia, de la validez y del ámbito de protección de la marca anterior – Traducción – Derechos de defensa – Artículo 95, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
336. Asunto T-269/18: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2019 – Inditex/EUIPO [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión

ZARA – Marcas denominativa y figurativa nacionales anteriores LE DELIZIE ZARA y ZARA – Prueba del uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 18, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.

- 337. Asunto T-324/18: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2019 – VI. TO./EUIPO – Bottega (Forma de una botella dorada) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de una botella dorada – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra e), incisos i) a iii), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra e), incisos i) a iii), del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.**
- 338. Asunto T-325/18: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2019 – VI. TO./EUIPO – Bottega (Forma de una botella rosa) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de una botella rosa – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra e), incisos i) a iii), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra e), incisos i) a iii), del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.**
- 339. Asunto T-354/18: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2019 – KID-Systeme/EUIPO – Sky (SKYFi) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SKYFi – Marcas de la Unión y nacional denominativas anteriores SKY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Identidad de los productos y de los servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001 – Suspensión del procedimiento administrativo – Regla 20, apartado 7, letra c), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 71, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625] – Desviación de poder – Derecho a un proceso equitativo – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales – Procedimiento oral ante la Sala de Recurso – Artículo 96 del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.**
- 340. Asunto T-465/18: Sentencia del Tribunal General de 14 de mayo de 2019 – Eurolamp/EUIPO (EUROLAMP pioneers in new technology) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión EUROLAMP pioneers in new technology – Motivo**

de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Marca consistente en un eslogan publicitario – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.

341. Asunto T-466/18: Sentencia del Tribunal General de 14 de mayo de 2019 – Eurolamp/EUIPO (EUROLAMP pioneers in new technology) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión EUROLAMP pioneers in new technology – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Marca consistente en un eslogan publicitario – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
342. Asunto T-469/18: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2019 – Battelle Memorial Institute/EUIPO (HEATCOAT) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión HEATCOAT – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Igualdad de trato – Principio de buena administración»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
343. Asunto T-629/18: Sentencia del Tribunal General de 7 de mayo de 2019 – mobile.de/EUIPO (Representación de un coche en un globo de diálogo) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un coche en un globo de diálogo – Admisibilidad del recurso ante la Sala de Recurso – Artículo 49, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Limitación de la lista de los productos o servicios para los que se solicita el registro de la marca – Artículo 27, apartado 5, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625 – Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso – Obligación de decidir sobre una solicitud de limitación»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
344. Asunto T-237/18: Auto del Tribunal General de 17 de mayo de 2019 – Martini-Sportswear/EUIPO – Olympique de Marseille (M) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa M – Revocación del acto impugnado – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
345. Asunto T-473/18: Auto del Tribunal General de 8 de mayo de 2019 – Getsmarter Online/EUIPO (getsmarter) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión getsmarter – Marca constituida por un eslogan publicitario – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001) – Re-

curso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.

346. Asunto T-517/18: Auto del Tribunal General de 10 de mayo de 2019 – Zott/EUIPO – TSC Food Products (Pastel rectangular listo para el consumo) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario que representa un pastel rectangular listo para el consumo – Dibujos o modelos comunitarios anteriores – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Falta de impresión general distinta – Grado de libertad del autor – Usuario informado – Artículos 4, apartado 1, 6, apartado 1, letra b), y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
347. Asunto T-266/19: Recurso interpuesto el 20 de abril de 2019 – gas-tivo portal/EUIPO – La Fourchette (Representación de un tenedor sobre un fondo verde), DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
348. Asunto T-267/19: Recurso interpuesto el 20 de abril de 2019 – gas-tivo portal/EUIPO – La Fourchette (Representación de un tenedor sobre un fondo verde), DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
349. Asunto T-305/19: Recurso interpuesto el 14 de mayo de 2019 – Wel-max + Sp. z.o. o/EUIPO – Valmex Medical Imaging (welmax), DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
350. Asunto T-307/19: Recurso interpuesto el 20 de mayo de 2019 – SQlab/EUIPO (Innerbarend), DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
351. Asunto T-312/19: Recurso interpuesto el 21 de mayo de 2019 – Wil-helm Sihh jr./EUIPO – Golden Frog (CHAMELEON), DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
352. Asunto C-214/19 P: Recurso de casación interpuesto el 7 de marzo de 2019 por achtung! GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 10 de enero de 2019 en el asunto T-832/17, achtung! GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 238, de 15 de julio de 2019.
353. Asunto T-837/17: Sentencia del Tribunal General de 23 de mayo 2019 – Negru/EUIPO – Sky (SkyPrivate) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión SkyPrivate – Marca nacional denominativa anterior SKY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 238, de 15 de julio de 2019.
354. Asunto T-312/18: Sentencia del Tribunal General de 23 de mayo de 2019 – Dentsply De Trey/EUIPO – IDS (AQUAPRINT) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión AQUAPRINT – Marcas naciona-les denominativas anteriores AQUACEM y nacionales anteriores

- no registradas AQUACEM y AQUASIL – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Utilización en el tráfico económico de un signo cuyo alcance no es únicamente local – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento 2017/1001 – Acción por usurpación de denominación (action for passing off) – Inexistencia de presentación engañosa», DOUE, C, núm. 238, de 15 de julio de 2019.
355. Asunto T-358/18: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2019 – J. García Carrión/EUIPO – Codorníu (JAUME CODORNÍU) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión JAUME CODORNÍU – Marcas denominativas anteriores española y de la Unión JAUME SERRA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001 – Carácter distintivo de un nombre de pila y un apellido»], DOUE, C, núm. 238, de 15 de julio de 2019.
356. Asunto T-364/18: Sentencia del Tribunal General de 23 de mayo de 2019 – Arçelik/EUIPO (MicroGarden) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión MicroGarden – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 238, de 15 de julio de 2019.
357. Asunto T-439/18: Sentencia del Tribunal General de 23 de mayo de 2019 – Sintokogio/EUIPO (ProAssist) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa ProAssist – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 94 del Reglamento 2017/1001 – Igualdad de trato»], DOUE, C, núm. 238, de 15 de julio de 2019.
358. Asunto T-284/19: Recurso interpuesto el 2 de mayo de 2019 – Wonder Line/EUIPO – De Longhi Benelux (KENWELL), DOUE, C, núm. 238, de 15 de julio de 2019.
359. Asunto T-321/19: Recurso interpuesto el 27 de mayo de 2019 – Maternus/EUIPO – adp Gauselmann (Jokers WILD Casino), DOUE, C, núm. 238, de 15 de julio de 2019.
360. Asunto T-161/16: Auto del Tribunal General de 22 de mayo de 2019 – Puma/EUIPO – CMS (CMS Italy) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa CMS Italy – Marcas internacionales figurativas anteriores que representan a un felino saltando hacia la izquierda – Motivos de denegación relativos – Renombre de las marcas anteriores – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Regla-

mento (UE) 2017/1001] – Prueba del renombre – Resoluciones anteriores de la EUIPO que reconocen el renombre de las marcas anteriores – Consideración de dichas resoluciones – Obligación de motivación – Principio de buena administración», DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.

361. Asunto T-609/18: Auto del Tribunal General de 23 de mayo de 2019 – Fujifilm Recording Media/EUIPO – iTernity (d: ternity) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Solicitud de marca denominativa de la Unión d: ternity – Marca denominativa anterior iTernity – Retirada de la solicitud de nulidad antes de la interposición del recurso – Pérdida de eficacia de la resolución impugnada – Inexistencia de interés en ejercitar la acción – Recurso en parte inadmisibles y en parte manifiestamente desprovisto de fundamento jurídico alguno»), DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
362. Asunto T-685/18: Auto del Tribunal General de 20 de mayo de 2019 – Apple/EUIPO – Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
363. Asunto T-719/18: Auto del Tribunal General de 7 de junio de 2019 – Telemark plus/EUIPO (Telemarkfest) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Telemarkfest – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
364. Asunto T-309/19: Recurso interpuesto el 20 de mayo de 2019 – BRF Singapore Foods/EUIPO – Tipiak (Sadia), DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
365. Asunto T-310/19: Recurso interpuesto el 20 de mayo de 2019 – BRF Singapore Foods/EUIPO – Tipiak (SADIA), DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
366. Asunto T-325/19: Recurso interpuesto el 28 mayo de 2019 – Cipriani/EUIPO – Hotel Cipriani (ARRIGO CIPRIANI), DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
367. Asunto T-328/19: Recurso interpuesto el 29 de mayo de 2019 – «Scorify»/EUIPO – Scor (SCORIFY), DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
368. Asunto T-329/19: Recurso interpuesto el 31 de mayo de 2019 – 12seasons/EUIPO – Société Immobilière et Mobilière de Montagny (BE EDGY BERLIN), DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
369. Asunto T-331/19: Recurso interpuesto el 3 de junio de 2019 – Pierre Balmain/EUIPO (Representación de una cabeza de león rodeada por anillas que forman una cadena), DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.

370. Asunto T-332/19: Recurso interpuesto el 3 de junio de 2019 – Pierre Balmain/EUIPO (Representación de una cabeza de león rodeada por anillas que forman una cadena), DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
371. Asunto T-333/19: Recurso interpuesto el 30 de mayo de 2019 – Ntolas/EUIPO – General Nutrition Investment (GN GENETIC NUTRITION LABORATORIES), DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
372. Asunto T-343/19: Recurso interpuesto el 7 de junio de 2019 – Conlance/EUIPO – LG Electronics (SONANCE), DOUE, C, núm. 246, de 22 de julio de 2019.
373. Asunto C-653/17 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 15 de mayo de 2019 – VM Vermögens-Management GmbH/ Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DAT Vermögensmanagement GmbH [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Reglamento (UE) 2015/2424 – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa Vermögensmanufaktur – Declaración de nulidad – Derecho a un proceso equitativo – Examen de oficio de los hechos – Retroactividad – Competencia del Tribunal General – Fundamentación de las sentencias], DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.
374. Asunto T-43/18: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2019 – Rietze/EUIPO – Volkswagen (Vehículo VW Bus T 5) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa al vehículo VW Bus T 5 – Dibujo o modelo comunitario anterior – Causa de nulidad – Carácter singular – Usuario informado – Impresión general distinta – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.
375. Asunto T-191/18: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2019 – Rietze/EUIPO – Volkswagen (Vehículo VW Caddy Maxi) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa el vehículo VW Caddy Maxi – Dibujo o modelo comunitario anterior – Causa de nulidad – Carácter singular – Usuario informado – Impresión general distinta – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Carga de la prueba que incumbe al solicitante de la nulidad – Exigencias relativas a la reproducción del dibujo o modelo anterior»], DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.
376. Asunto T-192/18: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2019 – Rietze/EUIPO – Volkswagen (Vehículo VW Caddy) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa al vehículo VW Caddy – Dibujo o modelo comunitario anterior – Causa de nulidad – Carácter singular – Usuario informado – Impresión general diferen-

te – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Carga de la prueba que incumbe al solicitante de la nulidad – Exigencias relativas a la reproducción del dibujo o modelo anterior»], DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.

377. Asunto T-209/18: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2019 – Porsche/EUIPO – Autec (Automóviles) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario que representa un automóvil – Dibujo o modelo comunitario anterior – Causa de nulidad – Falta de carácter individual – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.
378. Asunto T-210/18: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2019 – Porsche/EUIPO – Autec (automóviles para pasajeros) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un automóvil para pasajeros – Dibujo o modelo comunitario anterior – Causa de nulidad – Falta de carácter individual – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.
379. Asunto T-220/18: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2019 – Torrefazione Caffè Michele Battista/EUIPO – Battista Nino Caffè (Battistino) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa Battistino – Marca denominativa anterior de la Unión BATTISTA – Declaración de nulidad parcial – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 57, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 64, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.
380. Asunto T-221/18: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2019 – Torrefazione Caffè Michele Battista/EUIPO – Battista Nino Caffè (BATTISTINO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa BATTISTINO – Marca denominativa anterior de la Unión BATTISTA – Declaración de nulidad – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 57, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 64, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.
381. Asunto T-229/18: Sentencia del Tribunal General de 5 de junio de 2019 – Biolatte/EUIPO (Biolatte) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Biolatte – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.
382. Asunto T-272/18: Sentencia del Tribunal General de 5 de junio de 2019 – EBM Technologies/EUIPO (MobiPACS) [«Marca de la

- Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Mo-biPACS – Motivo de denegación absoluto – Eslogan – Nivel de atención del público pertinente – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.**
- 383. Asunto T-341/19: Recurso interpuesto el 6 de junio de 2019 – Martínez Albainox/EUIPO – Taser International (TASER), DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.**
- 384. Asunto T-342/19: Recurso interpuesto el 6 de junio de 2019 – Martínez Albainox/EUIPO – Taser International (TASER), DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.**
- 385. Asunto T-349/19: Recurso interpuesto el 7 de junio de 2019 – Decathlon/EUIPO – Athlon Custom Sportswear (athlon custom sportswear), DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.**
- 386. Asunto T-350/19: Recurso interpuesto el 11 de junio de 2019 – Bon-tempi y otros/EUIPO – Sand Cph (WhiteSand), DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.**
- 387. Asunto T-352/19: Recurso interpuesto el 10 de junio de 2019 – Gamma-A/EUIPO – Piejūra (Envases para productos alimenticios), DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.**
- 388. Asunto T-353/19: Recurso interpuesto el 10 de junio de 2019 – Gamma-A/EUIPO – Piejūra (Envases para productos alimenticios), DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.**
- 389. Asunto T-354/19: Recurso interpuesto el 11 de junio de 2019 – Palacio Domecq/EUIPO – Domecq Bodega Las Copas (PALACIO DOMECQ 1778), DOUE, C, núm. 255, de 29 de julio de 2019.**
- 390. Asunto C-705/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de junio de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt – Suecia) – Patent-och registreringsverket/Mats Hansson (Procedimiento prejudicial – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 4, apartado 1, letra b) – Riesgo de confusión – Impresión de conjunto – Marca anterior registrada con una declaración de renuncia – Efectos de tal renuncia sobre el alcance de la protección de la marca anterior), DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.**
- 391. Asunto C-223/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 6 de junio de 2019 – Deichmann SE/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Munich, S. L. [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa que representa una cruz en el lateral de una zapatilla deportiva – Desestimación de la solicitud de caducidad], DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.**

392. Asunto C-142/19 P: Recurso de casación interpuesto el 19 de febrero de 2019 por Dovgan GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 13 de diciembre de 2018 en el asunto T-830/16, Monolith Frost GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.
393. Asunto T-583/17: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2019 – EOS Deutscher Inkasso-Dienst/EUIPO – IOS Finance EFC (IOS FINANCE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión IOS FINANCE – Marca nacional figurativa anterior EOS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.
394. Asunto T-74/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2019 – Visi/one/EUIPO – EasyFix (Expositor para vehículos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un expositor para vehículos – Dibujo o modelo anterior – Prueba de la divulgación – Artículo 7 del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Inexistencia de impresión general distinta – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 6/2002]», DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.
395. Asunto T-75/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2019 – MPM-Quality/EUIPO – Elton Hodinářská (MANUFACTURE PRIM 1949) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca figurativa de la Unión MANUFACTURE PRIM 1949 – Uso efectivo de la marca – Deber de motivación»), DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.
396. Asunto T-291/18: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2019 – Biedermann Technologies/EUIPO – (Compliant Constructs) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Compliant Constructs – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.
397. Asunto T-346/18: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2019 – Advance Magazine Publishers/EUIPO – Enovation Brands (VOGUE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión VOGUE – Marca denominativa anterior de Unión VOGA – Suspensión del procedimiento administrativo – Regla 20, apartado 7, letra c), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 71, apartado 1, del Reglamento Delegado (UE) 2018/625] – Regla 50, apartado 1, del Reglamento núm. 2868/95»], DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.

398. Asunto T-357/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2019 – Luz Saúde/EUIPO – Clínica La Luz (HOSPITAL DA LUZ) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión HOSPITAL DA LUZ – Marca nacional figurativa anterior clínica LALUZ – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8 apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.
399. Asunto T-392/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2019 – Innocenti/EUIPO – Gemelli (Innocenti) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Innocenti – Marca nacional figurativa anterior i INNOCENTI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.
400. Asunto T-398/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2019 – Pielczyk/EUIPO – Thalgo TCH (DERMÆPIL SUGAR EPIL SYSTEM) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión DERMÆPIL sugar epil system – Marca nacional figurativa anterior dermépil – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca – Artículo 57, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 64, apartados 2 y 3, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Riesgo de confusión – Artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001] en relación con el artículo 8, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001] – Comparación de los productos»], DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.
401. Asunto T-449/18: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2019 – Ortlieb Sportartikel/EUIPO (Representación de un polígono octogonal) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un polígono octogonal – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.
402. Asunto T-351/19: Recurso interpuesto el 6 de junio de 2019 – Chi-pre/EUIPO – Filotas Bellas & Yios (Halloumi Vermion grill cheese M BELAS PREMIUM GREEK DAIRY SINCE 1927), DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.
403. Asunto T-371/19: Recurso interpuesto el 18 de junio de 2019 – Itinerant Show Room/EUIPO – Forest (FAKE DUCK), DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.
404. Asunto T-376/19: Recurso interpuesto el 24 de junio de 2019 – El Corte Inglés/EUIPO – Big Bang (LTC latiendaencasa.es BIG BANG DAY), DOUE, C, núm. 263, de 5 de agosto de 2019.

405. Asunto T-337/19: Recurso interpuesto el 21 de junio 2019 – Topcart/EUIPO – Carl International (TC CARL), DOUE, C, núm. 270, de 12 de agosto de 2019.
406. Asunto T-378/19: Recurso interpuesto el 21 de junio de 2019 – Topcart/EUIPO – Carl International (TC CARL), DOUE, C, núm. 270, de 12 de agosto de 2019.
407. Asunto T-379/19: Recurso interpuesto el 21 de junio de 2019 – Serviceplan Gruppe für innovative Kommunikation/EUIPO (Serviceplan), DOUE, C, núm. 270, de 12 de agosto de 2019.
408. Asunto T-380/19: Recurso interpuesto el 21 de junio de 2019 – Serviceplan Gruppe für innovative Kommunikation/EUIPO (Serviceplan Solutions), DOUE, C, núm. 270, de 12 de agosto de 2019.
409. Asunto T-381/19: Recurso interpuesto el 21 de junio de 2019 – adp Gauselmann/EUIPO – Gameloft (City Mania), DOUE, C, núm. 270, de 12 de agosto de 2019.
410. Asunto T-382/19: Recurso interpuesto el 25 de junio de 2019 – Turk Hava Yollari/EUIPO – Sky (skylife), DOUE, C, núm. 270, de 12 de agosto de 2019.
411. Asunto C-456/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Svea Hovrätt (Suecia) el 14 de junio de 2019 – Östgötatrafiken AB/Patent- och registreringsverket, DOUE, C, núm. 280, de 19 de agosto de 2019.
412. Asunto T-652/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2019 – Porus/EUIPO (oral Dialysis) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión oral Dialysis – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartados 1, letra c), y 2, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 280, de 19 de agosto de 2019.
413. Asunto T-307/17: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2019 – adidas/EUIPO – Shoe Branding Europe (Representación de tres bandas paralelas) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión que representa tres bandas paralelas – Causa de nulidad absoluta – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículos 7, apartado 3, y 52, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 7, apartado 3, y 59, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Forma de uso que no puede tomarse en consideración – Forma que difiere de aquella con la que ha sido registrada la marca en variaciones sustanciales – Inversión de la combinación de colores»], DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.
414. Asunto T-28/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2019 – Marriott Worldwide/EUIPO – AC Milan (AC MILAN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa AC MILAN – Marcas denominativas anteriores de la

- Unión AC y AC HOTELS BY MARRIOTT y figurativa anterior AC HOTELS MARRIOTT – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Falta de carácter distintivo mayor de la marca AC – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.**
- 415. Asunto T-213/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2019 – Brita/EUIPO (Forma de un grifo) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de un grifo – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.**
- 416. Asunto T-334/18: Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2019 – Bodegas Altún/EUIPO – Codornú (ANA DE ALTUN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ANA DE ALTUN – Marca nacional figurativa anterior ANNA – Motivo de denegación relativo – Renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.**
- 417. Asunto T-340/18: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2019 – Gibson Brands/EUIPO – Wilfer (Forma de un cuerpo de guitarra) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional de la Unión – Forma de un cuerpo de guitarra – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 2, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 52, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 59, apartado 2, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.**
- 418. Asunto T-366/18: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2019 – Pet King Brands/EUIPO – Virbac (SUIMOX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SUIMOX – Marca denominativa anterior de la Unión ZYMOX – Obligación de motivación – Notificación de la resolución de la Sala de Recurso – Buena fe y diligencia del destinatario – Artículo 94, apartado 1 del Reglamento (UE) 2017/1001 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.**
- 419. Asunto T-479/18: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2019 – Multifit/EUIPO (Premiere) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Premiere – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.**

420. Asunto T-569/18: Sentencia del Tribunal General de 18 de junio de 2019 – W. Kordes’ Söhne Rosenschulen/EUIPO – (Kordes’ Rose Monique) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Kordes’ Rose Monique – Motivo de denegación absoluto – Marca consistente en una denominación de variedad vegetal – Elementos esenciales – Artículo 7, apartado 1, letra m), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra m), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.
421. Asunto T-401/19: Recurso interpuesto el 27 de junio de 2019 – Brillux/EUIPO – Synthesa Chemie (Freude an Farbe), DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.
422. Asunto T-402/19: Recurso interpuesto el 27 de junio de 2019 – Brillux/EUIPO – Synthesa Chemie (Freude an Farbe), DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.
423. Asunto T-494/19: Recurso interpuesto el 7 de julio de 2019 – Cupo-Nation/EUIPO (Cyber Monday), DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.
424. Asunto T-500/19: Recurso interpuesto el 10 de julio de 2019 – Coravin/EUIPO – Cora (CORAVIN), DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.
425. Asunto T-503/19: Recurso interpuesto el 5 de julio de 2019 – Global Brand Holdings/EUIPO (XOXO), DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.
426. Asunto T-506/19: Recurso interpuesto el 15 de julio de 2019 – Workspace Group/EUIPO – Technopolis (UMA WORKSPACE), DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.
427. Asunto T-601/18: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2019 – Wewi Mobile/EUIPO (Fi Network) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Fi Network – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 295, de 2 de septiembre de 2019.
428. Asunto T-509/19: Recurso interpuesto el 16 de julio de 2019 – Asolo/EUIPO – Red Bull (FLÜGEL), DOUE, C, núm. 295, de 2 de septiembre de 2019.
429. Asunto C-668/17 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de julio de 2019 – Viridis Pharmaceutical Ltd/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa Boswelan – Uso efectivo – Inexistencia – Uso de la marca en el contexto de un ensayo clínico anterior a la presentación de la solicitud de autorización de comercialización de un medicamento – Causa justificativa de la falta de uso – Concepto), DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.

430. Asunto C-99/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 4 de julio de 2019 – FTI Touristik GmbH/Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Harald Prantner, Daniel Giersch [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Procedimiento de oposición – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Solicitud de registro de una marca figurativa que contiene el elemento denominativo «Fl» – Oposición del titular de la marca figurativa que contiene el elemento denominativo «fly.de» – Desestimación – Similitud entre los signos – Denominación en escritura normal en el Boletín de Marcas de la Unión Europea – Riesgo de confusión], DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
431. Asunto T-179/16 RENV: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2019 – L’Oréal/EUIPO – Guinot (MASTER SMOKY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MASTER SMOKY – Marca nacional figurativa anterior MASTERS COLORS PARIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
432. Asunto T-180/16 RENV: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2019 – L’Oréal/EUIPO – Guinot (MASTER SHAPE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MASTER SHAPE – Marca nacional figurativa anterior MASTERS COLORS PARIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
433. Asunto T-181/16 RENV: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2019 – L’Oréal/EUIPO – Guinot (MASTER PRECISE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MASTER PRECISE – Marca nacional figurativa anterior MASTERS COLORS PARIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
434. Asunto T-182/16 RENV: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2019 – L’Oréal/EUIPO – Guinot (MASTER DUO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MASTER DUO – Marca nacional figurativa anterior MASTERS COLORS PARIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.

435. Asunto T-183/16 RENV: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2019 – L’Oréal/EUIPO – Guinot (MASTER DRAMA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MASTER DRAMA – Marca nacional figurativa anterior MASTERS COLORS PARIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
436. Asunto T-698/17: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – MAN Truck & Bus/EUIPO – Halla Holdings (MANDO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MANDO – Marcas internacionales y nacional figurativas anteriores MAN – Marca nacional denominativa anterior Man – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
437. Asunto T-772/17: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – Café del Mar y otros/EUIPO – Guiral Broto (Café del Mar) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Café del Mar – Motivo de denegación absoluto – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
438. Asunto T-773/17: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – Café del Mar y otros/EUIPO – Guiral Broto (Café del Mar) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Café del Mar – Motivo de denegación absoluto – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
439. Asunto T-774/17: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – Café del Mar y otros/EUIPO – Guiral Broto (C del M) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión C del M – Motivo de denegación absoluto – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
440. Asunto T-792/17: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – MAN Truck & Bus/EUIPO – Halla Holdings (MANDO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión MANDO – Marcas interna-

cionales y nacional figurativas anteriores MAN – Marca nacional denominativa anterior Man – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.

441. Asunto T-54/18: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – Fashion Energy/EUIPO – Retail Royalty (1st AMERICAN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión 1st AMERICAN – Marca figurativa anterior de la Unión que representa un águila – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Principio de contradicción – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Adhesión al recurso»], DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
442. Asunto T-113/18: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – Miles-Bramwell Executive Services/EUIPO (FREE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión FREE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
443. Asunto T-114/18: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – Miles-Bramwell Executive Services/EUIPO (FREE) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión FREE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
444. Asuntos acumulados T-117/18 a T-121/18: Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2019 – Agencja Wydawnicza Technopol/EUIPO (200 PANORAMICZNYCH) [«Marca de la Unión Europea – Solicitudes de las marcas denominativas de la Unión 200 PANORAMICZNYCH, 300 PANORAMICZNYCH, 400 PANORAMICZNYCH, 500 PANORAMICZNYCH y 1000 PANORAMICZNYCH – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001 – Inexistencia de desviación de poder»], DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
445. Asunto T-264/18: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – Gruppo Armonie/EUIPO (mo.da) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión mo da – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Motivo de denegación absoluto en una parte de la Unión – Artículo 7, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Falta de carácter distintivo ad-

quirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.

446. Asunto T-268/18: Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2019 – Sandrone/EUIPO – J. García Carrión (Luciano Sandrone) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Luciano Sandrone – Marca denominativa anterior de la Unión DON LUCIANO – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001 – Solicitud de una marca denominativa compuesta por un nombre de pila y un apellido – Marca anterior compuesta por un título y un nombre de pila – Neutralidad de la comparación conceptual – Inexistencia de riesgo de confusión», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
447. Asunto T-385/18: Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2019 – Aldi/EUIPO – Crone (CRONE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión CRONE – Marcas figurativas y denominativas anteriores de la Unión CRANE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
448. Asunto T-389/18: Sentencia del Tribunal General de 20 de junio de 2019 – Nonnemacher/EUIPO – Ingram (WKU) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión WKU – Marcas de la Unión denominativas anteriores WKA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Inexistencia de caducidad por tolerancia – Artículo 61, apartado 1, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
449. Asunto T-390/18: Sentencia del Tribunal General de 20 de junio de 2019 – Nonnemacher/EUIPO – Ingram (WKU WORLD KICKBOXING AND KARATE UNION) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión WKU WORLD KICKBOXING AND KARATE UNION – Marcas de la Unión denominativas anteriores WKA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Inexistencia de caducidad por tolerancia – Artículo 61, apartado 1, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
450. Asunto T-412/18: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – mobile.de/EUIPO – Droujestvo S Ogranichena Otvornost «Rezon» (mobile.ro) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión mobile.ro – Marca figurativa nacional anterior mobile – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 18 del Reglamento (UE) 2017/1001 – Motivo de de-

negación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.

451. Asunto T-467/18: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2019 – Audimas/EUIPO – Audi (AUDIMAS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa AUDIMAS – Marca de la Unión denominativa anterior AUDI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
452. Asunto T-651/18: Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2019 – Balani Balani y otros/EUIPO – Play Hawkers (HAWKERS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión HAWKERS – Marca figurativa anterior de la Unión HAWKERS – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
453. Asunto T-515/19: Recurso interpuesto el 19 de julio de 2019 – Lego/EUIPO – Delta Sport Handelskontor (Elementos de construcción pertenecientes a un juego de construcciones), DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
454. Asunto T-522/19: Recurso interpuesto el 23 de julio de 2019 – Aldi/EUIPO (BBQ BARBECUE SEASON), DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.
455. Asunto T-523/19: Recurso interpuesto el 23 de julio de 2019 – Sky/EUIPO – Safran Electronics & Defense (SKYNAUTE by SAGEM), DOUE, C, núm. 305, de 9 de septiembre de 2019.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

456. Asunto C-781/18: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Roma (Italia) el 12 de diciembre de 2018 – Società Italiana degli Autori ed Editori (S. I. A. E.) / Soundreef Ltd, DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.
457. Asunto C-423/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de febrero de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof Den Haag – Países Bajos) – Staat der Nederlanden/Warner-Lambert Company LLC (Procedimiento prejudicial – Medicamentos para uso humano – Directiva 2001/83/CE – Artículo 11 – Medicamentos genéricos – Resumen de las características del producto – Exclusión de referencias que remiten a indicaciones o a formas de dosificación aún protegidas por el Derecho de patentes en el momento en que el medicamento genérico ha sido comercializado), DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.

458. Asunto C-144/19 P: Recurso de casación interpuesto el 20 de febrero de 2019 por Lupin Ltd contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 12 de diciembre de 2018 en el asunto T-680/14, Lupin/Comisión, DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.
459. Asunto C-147/19: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 20 de febrero de 2019 – Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación S. A./Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas e Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE), DOUE, C, núm. 182, de 27 de mayo de 2019.
460. Asunto C-265/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court (Irlanda) el 29 de marzo de 2019 – Recorded Artists Actors Performers Ltd/Phonographic Performance (Ireland) Ltd, Minister for Jobs Enterprise and Innovation, Irlanda, Attorney General, DOUE, C, núm. 206, de 17 de junio de 2019.
461. Asunto C-264/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 29 de marzo de 2019 – Constantin Film Verleih GmbH/YouTube LLC, Google Inc., DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
462. Asunto C-744/18 P: Recurso de casación interpuesto el 29 de noviembre de 2018 por Volkswagen AG contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 19 de septiembre de 2018 en el asunto T-623/16, Volkswagen AG/EUIPO, DOUE, C, núm. 238, de 15 de julio de 2019.
463. Asunto C-372/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Ondernemingsrechtbank Antwerpen (Bélgica) el 10 de mayo de 2019 – Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)/Weareone. World BVBA, Wecandance NV, DOUE, C, núm. 270, de 12 de agosto de 2019.
464. Asunto C-392/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 21 de mayo de 2019 – VG Bild-Kunst/Stiftung Preußischer Kulturbesitz, DOUE, C, núm. 270, de 12 de agosto de 2019.
465. Asunto C-401/19: Recurso interpuesto el 24 de mayo de 2019 – Republica de Polonia/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 270, de 12 de agosto de 2019.
466. Asunto C-500/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 1 de julio de 2019 – Puls 4 TV GmbH & Co. KG/YouTube LLC, Google Austria GmbH, DOUE, C, núm. 295, de 2 de septiembre de 2019.

PROTECCIÓN DE DATOS

467. Asunto T-52/19: Recurso interpuesto el 28 de enero de 2019 – AH/Eurofound, DOUE, C, núm. 112, de 25 de marzo de 2019.

468. Asunto C-345/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de febrero de 2019 (petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa – Letonia) – Sergejs Buivids/Procedimiento incoado por Sergejs Buivids (Procedimiento prejudicial – Tratamiento de datos personales – Directiva 95/46/CE – Artículo 3 – Ámbito de aplicación – Grabación en vídeo de policías en una comisaría realizando trámites procedimentales – Publicación en un sitio de Internet de vídeos – Artículo 9 – Tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos – Concepto – Libertad de expresión – Protección de la intimidad), DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.
469. Asunto T-903/16: Sentencia del Tribunal General de 14 de febrero de 2019 – RE/Comisión [«Datos personales – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de estos datos – Derecho de acceso a dichos datos – Reglamento (CE) núm. 45/2001 – Denegación de acceso – Recurso de anulación – Escrito que remite sin reconsideración a una previa denegación parcial de acceso – Concepto de acto impugnabile con arreglo al artículo 263 TFUE – Concepto de acto meramente confirmatorio – Aplicabilidad en materia de acceso a datos personales – Hechos nuevos y sustanciales – Interés en ejercitar la acción – Admisibilidad – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 131, de 8 de abril de 2019.
470. Asunto C-61/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul București (Rumanía) el 29 de enero de 2019 – Orange Romania SA/Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal, DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.
471. Asunto T-1/19: Recurso interpuesto el 7 de enero de 2019 – CJ/Tribunal de Justicia de la Unión Europea, DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.
472. Asunto C-272/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wiesbaden (Alemania) el 1 de abril de 2019 – VQ/Land Hessen, DOUE, C, núm. 187, de 3 de junio de 2019.
473. Asunto T-294/19: Recurso interpuesto el 4 de mayo de 2019 – Vanhoudt y otros/BEI, DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
474. Asunto T-299/19: Recurso interpuesto el 9 de mayo de 2019 – VG/Comisión, DOUE, C, núm. 230, de 8 de julio de 2019.
475. Asunto T-297/19: Recurso interpuesto el 6 de mayo de 2019 – Dragomir/Comisión, DOUE, C, núm. 270, de 12 de agosto de 2019.
476. Asunto C-439/19: Petición de decisión prejudicial planteada por la Satversmes tiesa (Letonia) el 11 de junio de 2019 – B/Latvijas Republikas Saeima, DOUE, C, núm. 280, de 19 de agosto de 2019.

RESPONSABILIDAD CIVIL SEGUROS

- 477. Asunto C-74/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa – Juizo Local Cível de Lisboa – Juiz 18 (Portugal) el 31 de enero de 2019 – LE/Transportes Aéreos Portugueses, S. A., DOUE, C, núm. 148, de 29 de abril de 2019.**
- 478. Asunto C-25/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Poznaniu (Polonia) el 15 de enero de 2019 – Corporis Sp. z o.o., Bielsko Biała/Gefion Insurance A/S w Kopenhadze, DOUE, C, núm. 164, de 13 de mayo de 2019.**
- 479. Asunto C-383/19: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Ostrowie Wielkopolskim (Polonia) el 15 de mayo de 2019 – Powiat Ostrowski/Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny z siedzibą w Warszawie, DOUE, C, núm. 280, de 19 de agosto de 2019.**
- 480. Asunto T-384/19: Recurso interpuesto el 20 de junio de 2019 – Parlamento/Axa Assurances Luxembourg y otros, DOUE, C, núm. 288, de 26 de agosto de 2019.**

BIBLOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

BAAIJ, C. J. W: *Legal integration and Language Diversity. Rethinking Translation in EU Lawmaking*, Nueva York, 2018, ed. Oxford University Press, Nueva York, 2018, 292 pp.

I. Formalmente, llama la atención que, versando el libro sobre el proceso de elaboración de normas jurídicas en la Unión Europea, esté publicado *en Estados Unidos*. Y por la Universidad de Oxford, estando *in actu* el llamado «Brexit».

Su estructura es pulcra, sin que falten apéndices, que incluyen entrevistas con funcionarios y cargos de la Unión europea.

Dicho eso, la obra es, en sentido propio, una «tesis», puesto que, tras denunciar disfunciones y enfatizar objetivos, hace una propuesta *de lege ferenda*, con ardor y vehemencia. Lo cual se agradece, ya que contribuye al debate público (pp. 238-239), que es la mayor aportación que un estudio en nuestra materia puede hacer.

II. Yendo al fondo, se advierte que, haciendo honor al título de la colección en que se publica («*Estudios de Oxford sobre lengua y Derecho*»), abundan enfoques técnicos sobre la traducción y organización de la misma en la Unión europea (UE en adelante). Sobre ellos, poco diré por falta absoluta de competencia *científica*. Todo lo más, siendo yo jurista, echo en falta la consciencia de algunos *topoi* de nuestro saber (problemas sempiternos de la interpretación y la analogía; la tarea de la calificación jurídica –tan crucial en el Derecho internacional privado y el Derecho comparado–, y reflexiones sobre la llamada «hermenéutica jurídica», que no carece de hondas raíces filosóficas), que determinan que, en relación con el Derecho, el análisis y la reflexión sobre la lengua y la traducción jamás pueda ser una aséptica aproximación de lingüística.

III. Me quiero centrar en la propuesta sustantiva atinente al «Derecho». El autor expone que la tarea de creación (en su aspecto técnico de redacción) del Derecho en la UE se asienta hoy en un esquema, que parte de atribuir el mismo valor de autenticidad a todas y cada una de las lenguas oficiales de la UE (arts 55 TUE y 358 TFUE), y que busca traducciones naturales y comprensibles para el lector potencial en el contexto del ordenamiento jurídico nacional en que se ha de aplicar tal Derecho.

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

Ello comporta gravísimas disfunciones, bien ilustradas en la obra. En más del 70% de los casos juzgados, el TJUE apreció defectos de traducción, con trascendencia en el litigio. ¿Quién no ha resoplado, alguna vez, por poner solo un ejemplo, al ver las traducciones de normas comunitarias de términos como rescisión, resolución, revocación o anulación, cancelación, desistimiento, denuncia, renuncia, etc.?

Ante ello, el autor propone que el texto normativo elaborado y redactado en inglés sea el único con valor auténtico. Sobre él, *a posteriori*, se harían las traducciones a las restantes lenguas de la UE, «necesariamente literales», «sintácticamente correspondientes» y respetando siempre los neologismos de los conceptos legales propios de la UE. Tales traducciones al resto de lenguas serían meros instrumentos auxiliares, sin valor legal (p. 1).

Es más, el autor llega al clímax de su tesis, bien pronto. En la p. 7 nos dice: «Las instituciones comunitarias han de convertir al inglés en la única versión lingüística oficial y auténtica y promocionar el inglés como la lingua franca pan-europea: una lengua común compartida por todos los europeos».

IV. Si tratáramos de estudios de anatomía patológica, por ejemplo, o de las mediciones de partículas subatómicas, sería algo poco problemático. De hecho, creo que ya así se opera ampliamente en esos y otros campos, estrictamente científicos. Ahí ya existe un *corpus* lingüístico bastante formalizado y uniforme, una suerte de jerga científica específica, elaborado en un inglés a veces macarrónico, pero útil a los fines comunicativos y de discusión.

Pero tratamos de Derecho. Y el Derecho no es, ni reposa, ni se encarna, en lenguaje matemático, ni médico, ni de física cuántica.

He aquí, a nuestro modesto entender, el pecado capital cometido por el autor, y la piedra de molino que lastra todo su trabajo.

No es necesario para verlo profesar a pies juntillas la aproximación al fenómeno jurídico que en grado sumo cinceló Savigny y toda la llamada Escuela histórica del Derecho. La inmensa mayor parte de los juristas, y virtualmente todos los de prestigio, comprenden que el Derecho es un saber, con estatuto epistemológico muy distinto de los científicos en sentido estricto, y en el que se amalgaman de manera delicada, pero ineluctable, datos culturales, atinentes a la idiosincrasia de cada grupo nacional –con o sin Estado– (o regional), étnico o confesional, y que se aluvionan con el paso del tiempo gracias al trabajo callado, y moroso, de pensadores, tribunales, prácticos y legisladores.

Aludimos a aspectos nodales del fenómeno jurídico, y no quiero perderme en temas de hondísima trascendencia, de sobra conocidos. La radical ignorancia de estos extremos en la obra que se recensiona, me parece una mácula severísima, que inficiona *a radice* todo su planteamiento y desarrollo.

Obsérvese que si en la cita literal de la p. 7, que antes transcribimos, cambiáramos «inglés» por «newspeak» (neo-lengua), tendríamos un párrafo que podría ser sacado del manual del Gran Hermano de la célebre novela «1984» de Orwell. Y, en efecto, a la neolengua orwelliana apunta el autor, cuando ya celebra la existencia de todo un bagaje de términos jurídicos propios, autónomos y exclusivos del Derecho comunitario, que, como neologismos, han de ser incluidos *ad litteram* en las versiones traducidas, a la luz del «propio concepto constitutivo y filosófico de la lengua y de la traducción» (pp. 8 y 229).

V. Estamos seguros de que el autor conoce perfectamente el «concepto constitutivo y filosófico» (*sic*) de la lengua y de la traducción (en la p. 200 nos cita el «principio de caridad» de Davidson y su crítica al «tercer dogma del empirismo»). Pero tememos que el autor conoce poco de la vida práctica y real del Derecho. Ni de su aplicación en los tribunales nacionales ordina-

rios, ni de la elaboración de una demanda, ni de la confección de un dictamen. Ni del bagaje histórico, riquísimo, atormentado, transido a veces de sangre y lágrimas, de cada uno de los Derechos nacionales –con o sin Estado–, confesionales y especiales. Su exclusivo ámbito de trabajo, traslucido en los agradecimientos, y en las citas y materiales del libro, ha sido el de un departamento universitario holandés, con estancias en el extranjero (siempre mundo anglosajón), y conocimiento de los recovecos y entresijos del Leviatán burocrático de la UE, con asunción entusiasta y acrítica del objetivo sumo –y excluyente– de la consecución de un único Derecho para todos los Estados miembros, redactado en un único, unívoco e inequívoco lenguaje legal basado en neologismos (una especie de «newspeak» jurídico).

VI. Pero más grave aún se nos representa el que el autor tampoco parece ser consciente de los delicadísimos problemas que la lengua suscita a todos los niveles culturales (políticos, sociales, étnicos, antropológicos) y también, claro está, en tanto que exquisito producto histórico-cultural, en el Derecho. Ceñido al mundo anglosajón, con el inglés omnipresente (para un holandés el inglés no deja de ser un idioma hermano, tan parecido para los castellano-parlantes como lo sería el portugués, catalán o italiano), seguramente ni siquiera ha escuchado nunca que, según medios de comunicación, en determinadas partes de nuestro país se vigila con fondos públicos a los niños de primaria para ver en qué idioma se expresan en el recreo, para reprimir en su caso el idioma materno en que se expresen, si no es el «comme-il-faut» jurídico; tampoco conocerá los dolores y traumas que generó en España la imposición legal del castellano como idioma oficial único, o que hoy generan las políticas legislativas de inmersión lingüística que impiden a los niños estudiar en su idioma materno, o que prohíben, bajo multas, la rotulación en los establecimientos públicos en unos u otros idiomas.

Ni asomo hay en la obra, aséptica como un estudio estadístico más, de consciencia de los problemas generados históricamente –y se ponen solo algunos ejemplos– por los grupos humanos de lengua alemana en Rumanía, Hungría, Chequia, Polonia y en la actual Ucrania, o por los italianos del Alto Adige o del Val d’Aosta, o los franceses de Alsacia, o de sus vecinos flamencos en Bélgica, o los húngaros en la actual Rumanía, e *via dicendo*...

Imponer el inglés como única lengua oficial jurídica de la UE, tesis impoluta desde la eficiencia económica, e incluso desde la simple eficiencia de la traducción multilingüística, conlleva un grado de violencia inmediato, *en lo más íntimo*, para numerosos operadores jurídicos y, creemos, para una inmensa mayoría de la ciudadanía. Lo que no haría sino agravar problemas radicales de legitimidad democrática que atenazan desde su origen –y se han acrecentado hoy– a la UE.

¿Dónde quedan los principios según los cuales todas las lenguas de Europa son parte integrante de la cultura y civilización europeas y que todas son iguales en valor y dignidad sin que ninguna tenga supremacía sobre la otra? ¿Dónde queda el derecho fundamental de todo ciudadano de la UE a tener idéntico acceso a las instituciones comunitarias sin barreras lingüísticas? Como afirmó la propia Comisión (comunicación COM (2005) 596, p. 13), «a los ciudadanos europeos se les debe permitir comprender el Derecho que se les aplica en su propia lengua. La Unión Europea no puede ser democrática ni transparente sin el multilingüismo institucional».

El autor algo intuye del problema. Pero de manera sorprendente en la p. 104 nos dice que, precisamente, el respeto a los principios fundamentales de la diversidad cultural, igualdad en la protección de los derechos y la legiti-

dad democrática exigen la aceptación de la primacía del inglés y su proclamación como el único texto original y auténtico de la legislación comunitaria. Solo así se reduciría la privación de derechos de los ciudadanos y sus representantes por motivos lingüísticos. Toma ya...!

No sé qué hubieran pensado los antepasados del autor si Felipe II hubiera dictado una Pragmática que ordenara que el único lenguaje jurídico oficial empleable en todo el Imperio español –al que entonces pertenecían Flandes y distintas provincias neerlandesas– fuera el castellano. ¿Habrían aplaudido el «aumento» de sus derechos que ello les habría reportado? La Historia no parece atestiguarlo.

VII. La paradoja máxima del libro es propugnar la adopción del inglés como única lengua oficial del Derecho comunitario, precisamente cuando el Brexit está ya consumado, esto es, cuando el principal pueblo que genuinamente habla inglés ha decidido abandonar la UE. La lectura de las pp. 101 a 103, únicas dedicadas al Brexit, producen una mezcla de conmiseración y estupor.

Mas, impasible el ademán, en la p. 102 el autor nos dice que «*afortunadamente*» (*sic*) es poco probable que el inglés muera como idioma oficial de la UE. Toda su gratitud la dirige al único voto en contra de la propuesta de su eliminación, emitido por el representante de... Irlanda.

Sinceramente, parece que para todo el *establishment* comunitario, con su «nomenclatura», burocracia, y entornos subvencionados en las Universidades y grupos de investigación apendiculares, el Brexit sigue siendo un hecho histórico incomprensible, ora a ignorar (como en este libro), ora a ridiculizar como actitud de palurdos campesinos. Pero el libro recensionado me recuerda a aquellos teólogos que discutían en Constantinopla sobre si los ángeles tenían sexo, mientras los turcos estaban ya derribando las murallas de la ciudad.

VIII. Hay mil y un aspectos adicionales que podrían comentarse de esta obra. ¡Es tan sugerente el tema de la lengua y el Derecho! No puedo resistirme a apuntar que, quizá, una de las razones que laten en el rechazo que manifestaron *democráticamente* los británicos a la UE sea el que, aunque formalmente escritos sus textos en inglés, eso «no era su inglés», eso no era realmente armónico con el Derecho inglés (*common Law*), ni en terminología, ni en categorías, ni en los modos de legislar y resolver problemas. El inglés bruseliense es una jerigonza, al modo en que el latín del medieval *ius commune* era uno macarrónico elaborado por eclesiásticos y catedráticos, que ningún romano habría entendido. Es una jerga, en gran medida «esperántica», forjada por una tropa nutrida y militante de burócratas, subsidiados y lobbystas. Algo que para tantos británicos es tan ajeno a ellos mismos, como lo es para españoles, polacos, húngaros o franceses.

Intentado ser vertido con fórceps a ese inglés artificioso el rico acervo de términos y categorías, cuidadosamente decantado por el *ius commune* de base romano-canónica, con sus ingredientes de Derechos propios, nos encontramos, muy a menudo, en el ámbito jurídico-privado, con normas comunitarias de enunciado lingüístico desesperante, donde la «causa» no es nuestra causa, la «rescisión» no es nuestra rescisión, ni la anulabilidad o nulidad llegan a ser reconocibles –son solo meros ejemplos–, que, encima, añaden los problemas típicos de la «legislación-cebolla» comunitaria, que ni dice qué deroga, ni a veces tiene competencias constitucionales para derogar nada y a menudo desciende a detalles sumamente rabínicos de intervención administrativa.

IX. En conclusión: al libro se le agradece la claridad y valentía de una «tesis», que enuncia y defiende. Como se ha indicado, creo que falta cons-

ciencia sobre problemas e implicaciones de la traducción jurídica («traduttore, traditore»), de la calificación y del meollo problemático de las herramientas áureas del jurista, como son la interpretación y la integración.

Pero lo fundamental que objeto al autor, es que, si realmente quiere ocuparse de Derecho, y, por tanto, emplear el Derecho para resolver problemas humanos reales, que no otra es la esencia de este arte nuestro, quizá no le vendría mal por una temporada cerrar su despacho tan cercano a Bruselas. Debería visitar algunos despachos de abogados, a ser posible no de moqueta, en Roma, Barcelona, Sevilla, Lisboa y Gdansk y ver cómo llegan los problemas jurídicos *reales* –no solo de Derecho de contratos (única materia jurídica que en verdad tiene *in mente* el autor: pp. 2, 15, 56, 200)–, cómo se estudian los casos, y cómo se redactan las demandas. Después, no estaría de más que visitara algunos tribunales ordinarios, y viera las audiencias y juicios y el proceso de redacción de las sentencias. Así experimentaría qué representa para todos esos, para él, lejanos «operadores jurídicos» el Derecho comunitario. A lo mejor, junto a entrevistas a funcionarios de Bruselas, podrían también incluirse en su obra entrevistas a modestos abogados de provincias, a desbordados jueces de primera instancia y a justiciables de Silesia, Sicilia o Salónica.

Y, por cierto, tampoco le vendría mal leer a Savigny, a Herder, o a Durán y Bas –son meros ejemplos–, y que se enterara de que en España hay hasta siete Derechos civiles distintos con ámbitos de aplicación territorial diferenciado, alguno redactado en lengua, como él llama, «regional» o «de minoría» (p. 2), con larguísimas y nobilísimas historias propias, con juristas como la copa de un pino en casi todos ellos, y con presente y futuro que quieren ser vigorosos y eficaces, y donde hasta el debatir sobre qué es lengua regional o nacional le puede meter en un embrollo personal, y no liviano, ni hilarante, precisamente.

Sería hora, entonces, de volver a su despacho universitario. Podría pedir una beca de la UE, sin duda, para proseguir sus estudios sobre lengua y Derecho comunitarios (*panem lucrare est iuris gentium*). Pero a lo mejor su aportación dejaría de ser un mero «paper» para la mejora de los servicios de traducción de la UE, y trataría un poco más de Derecho de verdad, y de la Europa real –la de los ciudadanos–, o, al menos, de una parte de la Europa real (pues nunca es bueno tomar la parte por el todo, y aún, tras el Brexit, el Reino Unido seguirá siendo Europa, como lo es hoy Serbia, Suiza y Rusia).

En suma, y desde el máximo respeto por un libro de impecable formato, quien esto escribe cree que su tesis sobre el fondo ni es afortunada, ni oportuna en el momento presente.

Tomás RUBIO GARRIDO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Sevilla

N.B. Este recensor tiene como lengua materna el castellano. Llevó a cabo sus estudios de doctorado en Derecho privado en Italia, superando los exámenes en italiano y redactando y defendiendo su tesis doctoral en Bolonia en idioma italiano. Es traductor jurado de Inglés y Francés, tras sendas oposiciones ganadas ante el Ministerio de Asuntos Exteriores en España. Tiene su segunda residencia a pocos kilómetros de la Raya, por lo que escucha gustosísimo el portugués, que entiende muy razonablemente y lee con delectación. Entiende razonablemente el catalán, aunque no lo habla en la intimidad. El alemán le resulta un padecimiento.

JANSEN, Nils/ZIMMERMANN, Reinhard (eds.): *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, clx + 2218 pp.

La década de los años noventa y el primer decenio del siglo XXI alumbraron una nueva doctrina jurídica de carácter indudablemente europeo que fructificó en una serie de textos pretendidamente normativos, pero carentes de cualquier fuerza legal, que han contribuido poderosamente a la modernización del derecho de obligaciones y contratos a lo largo del continente. Primero fue el *soft law*: los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* o PECL por sus siglas en inglés, casi simultáneamente la primera versión de los *Principios de los Contratos Comerciales Internacionales* o Principios Unidroit (PICC), luego el Borrador de Marco Común de Referencia o DCFR; por último, pero ya con carácter prelegislativo, la propuesta de Reglamento sobre un derecho europeo común de la compraventa o CESL. Todos estos textos se sucedieron entre 1995 y 2011. A estos hitos, aunque sin duda con menor impacto, aún deben añadirse otras iniciativas, como el Ante-proyecto de Código europeo de contrato, una idea liderada por Giuseppe Gandolfi, los *Principes Contractuels Communs* de la Asociación Henri Capitant o el *Feasibility Study* de la comisión de expertos para revisar el DCFR que nombró la Comisión Europea y que antecedió al CESL. Los frutos legislativos de estos empeños van desde la reforma del Código civil alemán de 2002 hasta la del Código francés de 2016. En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha hallado inspiración en esta serie de materiales para remendar el vetusto Código civil, ante el poco interés del legislador en la Propuesta de Modernización del derecho de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión de Codificación y más tarde la propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que beben de estas fuentes; mención aparte merece el Libro 6 del Código civil de Cataluña, muchos de cuyos artículos sobre la compraventa son fácilmente reconducibles a los mencionados textos europeos. Por último, también se toman en consideración los convenios internacionales que afectan a las materias; posición destacadísima merece la omnipresente Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías, que tanta influencia ha desplegado en el nuevo derecho contractual europeo, pero se toman en consideración otros como la convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, cuya aprobación coincidió con el final de los trabajos de la Comisión Lando.

Sería lógico pensar que los materiales que ocupan esta secuencia proponen una evolución, y que el último de ellos, el CESL, sería directamente tributario de los PECL. Nada más lejos de la realidad. Por supuesto que hay lazos entre estos textos. Aún más, existen evidentes influencias entre ellos, en particular entre los PECL y los PICC, que se redactaron casi en paralelo aunque por grupos distintos, y parcialmente entre el DCFR y los PECL, pues aquellos tratan de actualizar aquellos e incorporarles el derecho comunitario, singularmente las diversas directivas promulgadas por los órganos competentes de la Unión Europea en materia de consumo, amén de expandirse por los contratos en particular y desbordarse a algunas instituciones de derechos reales. Pero, en realidad, no hay una verdadera línea directa descendiente entre los PECL y el CESL. Basta con señalar que los PECL son un conjunto de normas flexibles de derecho general de contratos, que esencialmente se ocupan de la parte general del contrato, aunque abrazan también aspectos como la prescripción o materias de teoría general de la obligación como la mancomunidad y la soli-

daridad, la cesión de créditos o la compensación; en cambio, el CESL es una propuesta de reglamento optativo para las partes, cuyo objeto se reduce a la compraventa y servicios relacionados, siempre que se trate de un contrato transfronterizo y el adquirente sea un consumidor. CESL que, sea dicho de paso, no llegó a convertirse en texto legal; solo, tras su jibarización, se ha convertido, por una parte, en las Directivas (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, y 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

Este que se ha convenido en llamar nuevo derecho europeo de contratos, pues, se halla disperso en una pluralidad de textos no siempre tan homogéneos como sería deseable. Aprovechando la calma de las instituciones europeas tras el fracaso del CESL, el último gran proyecto de Reinhard Zimmermann (director del Instituto Max Planck de Hamburgo), acompañado de su discípulo Nils Jansen (catedrático de la Universidad de Münster) son los voluminosos comentarios a los derechos europeos de contratos. El uso del plural («derechos europeos») se debe a esta multiplicidad de fuentes que son objeto de análisis: todos los textos referenciados, que constituyen lo que los autores denominan «estratos» o «capas», pasan por el tamiz del método histórico y comparado que Zimmermann ha propugnado con tanto éxito de resultados. Además de ellos dos, otros veinte autores redactan los diversos capítulos, todos ellos tributarios del intenso y extenso magisterio que Zimmermann ha desplegado.

La introducción general explica con claridad y el punto de ironía habitual la finalidad de la obra: como Graciano –sobrenombre con el que los participantes se referían a ella– hizo con el derecho canónico mediante el *Decretum*, la principal meta es ordenar el pequeño caos en que se ha convertido esta multiplicidad de fuentes. Pero el título (*Commentaries*) se toma de Blackstone, el gran sistematizador del derecho inglés. Es, precisamente, en un momento de impasse, de descanso tras los esfuerzos sin recompensa inmediata que supusieron los PECL y luego el DCFR, de *cooling-off* que dicen los editores, que han abordado este magno proyecto que se recensiona ahora con mucha más brevedad y superficialidad de lo que el trabajo titánico realizado merece.

Esta reordenación del nuevo derecho europeo de contratos parte de los PECL. Literalmente: la estructura que se sigue de análisis en principio exegético toma por base los artículos de los PECL, que se comentan uno por uno. No puede extrañar que sea así: Zimmermann fue miembro capital de la conocida como Comisión Lando¹ que los redactó, llegando a sufragar su funcionamiento en la fase final de su vida gracias al premio Leibniz que recibió. Pero, además, los PECL constituyen, sin duda, el más influyente y citado de los estratos del derecho europeo de contratos. Y los comentaristas no dudan en explicitarlo cuando tienen la oportunidad para ello; por ejemplo, señalando su carácter de compromiso entre las distintas tradiciones jurídicas nacionales (p. 342). Con todo, no es un mero comentario exegético. Los PECL concluyeron en 2003 con la publicación de su tercera parte. Desde entonces, amén de directivas que no se pudieron tener en cuenta por razones temporales, como la 2011/83 de derechos de los consumidores o la 2016/943 del

¹ Sirva, también, esta recensión como sentido homenaje a Ole Lando, autor intelectual de los PECL y alma del derecho privado europeo durante tantos años, fallecido recientemente.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, se han dado a conocer otros de los estratos, desde el DFCR hasta el CESL; los PICC han sido objeto de diversas revisiones; y los mismos PECL presentaban alguna deficiencia estructural, como un capítulo y sobre validez y un capítulo 15 sobre la ilegalidad pero ningún capítulo específico sobre nulidad o anulabilidad, o la regulación de la capitalización del interés apresuradamente en el capítulo 17 de la Parte III lejos de la indemnización de los daños contractuales que se normaba en el capítulo 9. De ahí que el comentario a veces se vuelve sistemático, con comentarios conjuntos y remisiones entre artículos de capítulos distintos.

Es reordenación sistemática, pero es también revisión y compleción. El segundo propósito de los autores, y que no es tan explícito, es formular un texto base de derecho europeo de contratos a partir de los PECL –reordenados, del modo que se acaba de indicar– y del derecho de la Unión Europea en vigor. De este modo, se incorporan nuevos artículos o apéndices a los artículos de los PECL e incluso dos capítulos de nueva factura. Ello puede deberse a dos razones: simplemente alguna cuestión fue tratada demasiado someramente, como la obligación de restitución de las respectivas prestaciones tras la resolución del contrato (art. 9:306 y su comentario y los dos apéndices que se adicionan), pero sobre todo porque el derecho de la Unión Europea se ha desarrollado. Ejemplo de inclusión de nuevos preceptos son los art. 2:302 y ss sobre los deberes de información precontractual en los contratos con consumidores, que acopian las reglas de la Directiva de derechos de los consumidores, o 6:201 y ss, que incorporan la Directiva 93/13 de cláusulas abusivas; ejemplo de lo segundo, además del que se acaba de mentar, el apéndice al art. 9:102(1) en cuanto a la falta de conformidad de la Directiva 99/44, o al art. 9:508, en materia de indemnización de daños y perjuicios², con los artículos pertinentes de la Directiva 2011/7 de morosidad en las operaciones comerciales. En efecto, el texto final que proponen los autores, y que denominan «de síntesis» ofreciendo el detalle de la procedencia de las modificaciones que proponen en la *black letter rule* de los PECL– es su compendio articulado del nuevo derecho europeo de contratos, que por razones temporales obvias no puede alcanzar a las Directivas de compraventa y servicios digitales promulgadas en 2019. Es evidente que combinar la flexibilidad de los PECL con el reglamentismo del *acquis* se torna en ocasiones más en mezcianza que en armonía, pero no cabe obviar el derecho comunitario vigente en una obra con estas pretensiones.

La compleción se manifiesta en su máxima expresión en la adición de dos nuevos capítulos a la estructura final de los PECL como fueron publicados en sus tres partes en 2003. Se trata del capítulo 18 dedicado a la compraventa de bienes muebles y el 19 al contrato de servicios relacionados. En efecto, los PECL alcanzaban solo el derecho contractual general, sin detenerse en los contratos en particular. Sin embargo, la evolución del derecho comunitario desde la Directiva 99/44, que se concretó luego en el CESL, ha concedido protagonismo tanto a la compraventa como a los servicios relacionados con esta. Aquí, obviamente, los *Commentaries* han perdido algo de frescor con

² El comentario a los artículos 9:501 y ss sobre el remedio de la indemnización de daños y perjuicios, escrito por Reinhard Zimmermann, se ha publicado traducido al español en forma de monografía (*La indemnización de los daños contractuales*, Olejnik, Santiago de Chile, 2019).

las mencionadas dos Directivas aprobadas en 2019. El capítulo dedicado a la compraventa combina elementos de la Convención de Viena, de la Directiva 99/44 y algunos del CESL. En cuanto a los servicios relacionados, la parca regulación se basa en el CESL y se construye al ámbito de aplicación, las obligaciones del prestador de servicios y las del cliente. Estos dos capítulos relativamente breves encajan forzosamente con los PECL originales.

Aunque se afirma expresamente que todas ellas en su conjunto constituyen el derecho europeo de contratos actual (p. 28), lo cierto es que las diversas capas de derecho europeo de contratos merecen valoraciones variadas. En general, los PICC gozan de una elevada consideración y son utilizados a menudo en el refinamiento de los PECL. Por poner un ejemplo vistoso, la regla sobre la pluralidad de cesiones sucesivas de un mismo crédito (art. 11:305 PECL) se reforma tomando el modelo del art. 9.1.11 PICC, con el argumento de que estos proponen una solución más europea que aquellos –¡y eso pese a que el ámbito de los PICC no se reduce a Europa!–. En cambio, también por lo general, el DCFR suele salir malparado (en especial cuando se aparta de los PECL; por ejemplo, «confusión conceptual», p. 135). No hay que olvidar que Zimmermann ya se había mostrado muy crítico, no solo con la alteración de los PECL al incorporar los, sino en general con el método, en particular con que no hubiera un previo análisis comparado sino que las notas de comparación se incorporaran al final una vez acordadas –con frecuencia tras complicadas votaciones, no raramente en reuniones distintas y no con siempre los mismos miembros–. Del CESL es habitual la crítica de su estructura, en menor medida de sus concretas reglas. El anteproyecto Gandolfi tampoco merece elogios –en particular se le afea su apego a las tradiciones italiana y francesa, por ejemplo en la p. 413– y su cita es bastante marginal.

En todo caso, los *Commentaries* rezuman exhaustivamente. Se analizan todas las capas de textos, las fuentes legales de *acquis* y los tratados y convenios internacionales pertinentes, la bibliografía y la jurisprudencia –con el matiz que se indica a continuación– es muy extensa, los comentarios no son de trazo grueso sino que se detienen minuciosamente en toda la problemática que suscita cada una de las *black letter rules*, y al final hay un completo índice de materias, con un criterio eficiente de selección de voces. Las capas de texto se desmenuzan seguidamente de la *black letter rule* de los PECL, que siempre sirve de base, y se propone en aquella alguna modificación, la lista de capas finaliza con una redacción de síntesis de la *black letter rule* que, como se ha apuntado, especifica el origen de las modificaciones procedentes. En particular por lo que concierne a la bibliografía, se ofrece una bibliografía general al inicio y una bibliografía particular para cada capítulo, además de otras referencias en las notas al pie. De ahí su extensión más allá de las dos mil páginas, que se presenta magníficamente encuadernado para que el volumen resista el uso por el lector.

Se ha señalado, y difícilmente podría ser de otro modo, que los autores utilizan el método histórico y comparado acuñado por Zimmermann y que encuentra su máxima expresión en el monumental *The Law of Obligations*. Esto significa que de cada artículo se ofrecen sus antecedentes en el derecho romano, el derecho común, la edad moderna, el pandectismo y la época de las codificaciones, así como en el *common law*. Y se compara con las soluciones nacionales. Se trata de comprobar en qué medida cada una de las capas responde a una tradición verdaderamente europea (p. 112), y, como uno de sus leitmotiv, construir puentes entre los derechos continentales y el *common law*. En la introducción general el lector es advertido de que la com-

paración no es con todos los ordenamientos jurídicos que conviven en la Unión Europea, sino, con carácter protagonista, con los derechos alemán, inglés y francés –tanto el *Code civil* de 1804 como el reformado mediante la Ordenanza de 2016, este de especial trascendencia en la obra recensionada por cuanto recoge no poco de este nuevo derecho europeo de contratos–. Esto supone que otros ordenamientos jurídicos, como el italiano, el neerlandés o el español, adoptan un papel secundario; así, por ejemplo, no hay referencias al derecho español en materia desaparición de la base del negocio (p. 906 y ss, en que sí se toman en consideración los derechos austríaco, suizo e italiano) o de cumplimiento específico (p. 1212 y ss, en las que sí se tratan los derechos italiano y neerlandés).

En particular, por lo que al lector español se refiere, la sensación es de poca uniformidad y, en algunos casos, de perplejidad. La poca uniformidad se explica porque que se preste o no atención al derecho español depende, en primer lugar, de la competencia lingüística de cada uno de los comentaristas; Jan-Peter Schmidt o Gregor Christandl se manejan perfectamente en español, lo que se manifiesta en la bibliografía española que citan y en el análisis del derecho español, y también Sonja Meier integra perfectamente el Código civil cuando se ocupa de la solidaridad y la mancomunidad. En segundo lugar, depende de si hay autores españoles que han publicado en inglés o alemán, lo que, por desgracia, es infrecuente; en este caso, la bibliografía acostumbra a ser pormenorizada y hay referencias al derecho español en el texto y en las notas. Cuando no concurre ninguna de estas dos circunstancias, ocurre que no se contiene noticia del derecho español, lo que esporádicamente ocasiona perplejidad. Así sucede con el capítulo dedicado a las cláusulas abusivas, en que, como es obligado, se estudian las principales sentencia dictadas por el Tribunal de Justicia (Océano, Mostaza Claro, Aziz, etc.), las cuales provienen de cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles, con lo que se explica la jurisprudencia europea sin el contexto de las leyes españolas con respecto a las cuales se ha dictado; o cuando se afirma que la *lesio enormis* del derecho romano apenas si se ha codificado en Austria, sin mencionar los derechos catalán y navarro³. Pero cuando hay materiales en inglés o alemán, puede suceder que incluso un apartado entero se dedique al Código civil; así sucede en el apartado 6 del comentario al art. 9:305, relativo al efecto retroactivo o no de la resolución del contrato, gracias a una monografía alemana que aborda específicamente esta ardua materia en el derecho español.

¿Hilo de Ariadna o canto del cisne? Amante como es de las metáforas, Zimmermann ha identificado los *Commentaries* con un hilo de Ariadna que permite guiarse por el laberinto de la pléyade de propuestas que se han formulado dentro el conjunto de esfuerzos por construir un derecho de contratos europeo. Sin duda la metáfora es acertada, pues cada comentario muestra cómo se han ido destilando las normas y qué modificaciones se han introducido en cada capa y con qué finalidad. Se reconstruye con detalle las etapas por las que se ha llegado para cada institución a la situación actual. Precisamente por ello, los *Commentaries* tienen algo de canto de cisne, de recapitulación y final de una etapa. Una etapa gloriosa, en la que, sumando todos los grupos, han llegado a participar más de un centenar de juristas de toda Europa –no solo de la Unión Europea–, que ha dado lugar al nacimiento de un puñado de revistas

³ Es curioso que sí se cita, en el mismo apartado (el 3 de la p. 703), en relación con la codificación de supuestos de ventaja injusta, que el Código civil español excluye la anulabilidad del contrato por temor reverencial; es una lástima la errata en la nota 8 de dicha página cuando se refiere al art. 1467(4) en vez de al art. 1267(4).

dedicadas con exclusividad al derecho privado europeo –y no solo al derecho de contratos– y a la publicación de un sinfín de monografías, libros colectivos, artículos y comentarios como el que nos ocupa. La doctrina privatista europea ha dado lo mejor de sí misma. Y, sin embargo, los frutos legislativos son irrisorios en comparación con el ahínco mostrado. Zimmermann y Jansen no pueden sino mostrar su desencanto citando a Horacio: «parturient montes, nascetur ridiculus mus» («Los montes parirán, y de los montes un ratoncillo nacerá ridículo»), reza la traducción de su *Ars Poetica* a cargo de Francisco Cascales). La política europea, que nunca demostró demasiado entusiasmo, miniaturizó el DCFR en el CESL, y solo en 2019 este se ha concentrado en las dos directivas antes mencionadas sobre compraventa en línea y servicios digitales.

Quienes consideramos que Europa es una idea –o tal vez una utopía– que trasciende a los actuales Estados y a las instituciones políticas europeas, y que esa idea se manifiesta –o debe manifestarse– también en el derecho no estamos, sin embargo, abocados a la desesperanza. Los *Commentaries* aportan una buena dosis de aire fresco. Primero, porque demuestran que no todo el camino está transitado; al contrario, queda mucho por elaborar y discutir, incluso de los mismos PECL. Segundo, porque Zimmermann se presenta acompañado de una nueva generación de investigadores –*rectius*, de dos generaciones, si se analiza la edad de los colaboradores– llamada a sustituir a la que ha protagonizado estos dos últimos decenios, y que es la primera que ya se ha formado en este ideal científico iuseuropeo. En fin, sea el empuje de estas nuevas generaciones o sea simplemente un desliz, a quien escribe estas líneas le agrada que se formulen sugerencias «for the long and rocky road towards a European civil code» (p. 412).

En conclusión, los *Commentaries* constituyen un espléndido compendio del derecho europeo de contratos que hemos conocido hasta la fecha, pero, sobre todo, un pilar concebido para sostener el que tenemos que construir.

Antoni VAQUER ALOY
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Lleida

MASSAGUER, José: *Acciones y procesos de infracción de derechos de propiedad intelectual*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, 300 pp.

La obra objeto de esta reseña ofrece un estudio sistemático, completo y muy documentado de las acciones por infracción de derechos de propiedad industrial en derecho español y de los aspectos procesales que afectan a su ejercicio ante los tribunales. En ella, el Prof. José Massaguer proyecta su doble condición –la académica propia de una trayectoria de décadas como catedrático de derecho mercantil y la profesional como abogado en una de las firmas jurídicas más cremosas del país– para mostrar y examinar la caja de herramientas a disposición de los titulares de derechos de propiedad industrial que querrán hacerlos valer frente a quienes los infringen o amenazan con infringirlos.

Toda la monografía del Prof. Massaguer da buena cuenta de esta dualidad. La dimensión académica de la obra permea la discusión que realiza su autor de problemas con enjundia dogmática acerca de la naturaleza y función de los derechos de propiedad industrial, así como de otras cuestiones de importante calado analítico sobre el funcionamiento y coordinación de las

acciones previstas para su infracción. La dimensión práctica emerge, por su parte, en el examen de varias cuestiones procesales y en el poderoso andamiaje jurisprudencial que cruza el libro de la primera a la última página: más de quinientas sentencias y autos, muchas del Tribunal Supremo, pero sobre todo, de las tres secciones de audiencias provinciales más influyentes en la materia (la 28.^a de Madrid, la 15.^a de Barcelona y la 8.^a de Alicante), ayudan al lector a conocer bien el derecho en acción y los factores que afectan a los pleitos por infracción de derechos de propiedad industrial en España.

El libro se suma así a otras producciones de referencia que muestran la fuerza que una dualidad como la referida entre universalidad y práctica jurídica puede ejercer sobre el tratamiento de cuestiones jurídicas y sobre el contraste de las soluciones que se propongan para solventarlas. Valgan ahora otros ejemplos muy fecundos de esta dualidad: el grupo de sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo con ponencia del Prof. Fernando Pantaleón; el afán de conciliar razón jurídico-positiva y razón práctica en la discusión de los grupos de sociedades del Prof. Cándido Paz-Ares⁴; o el último trabajo del Prof. Ángel Carrasco sobre derecho de contratos⁵. Los ejemplos también se dan en otras jurisdicciones: en el ámbito de la propiedad intelectual e industrial y fuera de España, el más conocido es el del Prof. Mark Lemley, catedrático de la facultad de derecho de Stanford, el cuarto jurista más leído del portal SSRN, y abogado en un despacho especializado en la materia, quien ha participado en algunos de los asuntos que han influido de forma crucial el desarrollo de este campo. Sinergia es ya palabra gastada, empañada o diluida por el sobreuso a que ha sido sometida, pero todavía describe bien lo que han conseguido los autores citados y la obra que aquí se recensiona.

El libro arranca con una delimitación sucinta de su ámbito de estudio: el tratamiento que realiza el Prof. Massaguer se refiere principalmente a las patentes y los modelos de utilidad, las marcas y nombres comerciales, y los diseños industriales españoles; y no abarca, entre otros, los derechos de autor, las patentes europeas validadas en España, las marcas de la Unión Europea o los dibujos comunitarios. La elección permite a su autor afinar su examen pues, a pesar de que cada derecho de exclusiva cuenta con un conjunto de acciones muy similar para su protección, en buena medida deudor de la transposición al derecho español de la Directiva 2004/84/CE, hay razones de oportunidad, de falta de coordinación legal o de singularidad de cada derecho en cuestión, que explican las diferencias de detalle en el régimen especial de cada uno de ellos. A esta breve introducción sigue un capítulo II, que comprende la discusión de cada una de las acciones previstas para la infracción de derechos de propiedad industrial y que constituye el núcleo del libro. Se presentan aquí los regímenes jurídicos para cada uno de los derechos estudiados de las acciones declarativa, de cesación, indemnizatoria, de remoción y de publicación de la sentencia; así como cuestiones tales como la prescripción de estas y su relación con otras acciones previstas en el ordenamiento jurídico. A continuación, el capítulo III presenta los diferentes medios para preparar un pleito por infracción de derechos de propiedad industrial. Finalmente, el capítulo IV discute la regulación general y especial de los procesos por infracción. Cuestiones relativas a la competencia jurisdiccional, a la legitimación de las partes o a la prueba son tratadas con detalle.

⁴ Cándido PAZ-ARES, *¿Derecho especial o derecho común de grupos? Esa es la cuestión*, Civitas-Thomson Reuters, 2019.

⁵ Ángel CARRASCO PERERA e Inés FONTES MIGALLÓN, *Construyendo contratos. Estrategias para la praxis negocial*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2019.

El análisis que realiza el autor es esencialmente funcional a partir de la identificación de los objetivos político-legislativos de la protección jurídica de la propiedad industrial y de la realización efectiva de estos por medio de los remedios previstos para su infracción⁶. Este enfoque es utilizado, entre otros menesteres, para discutir con provecho la complementariedad relativa entre las acciones por infracción de derechos de propiedad industrial y las acciones de competencia desleal (pp. 143-157); o para definir la noción de daño indemnizable como mecanismo de preservación de la integridad del contenido económico del derecho de exclusiva y de prevención de la infracción (pp. 52-61). Ello permite, por ejemplo, ofrecer un retrato de la acción indemnizatoria y de los métodos de cálculo de su importe despojado de rasgos propios del enriquecimiento injusto: los diferentes métodos, con raíces en el modelo alemán tradicional de la *dreifache Schadensberechnung*, son mecanismos de liquidación *normativa* del valor íntegro del derecho que asegure que se cumpla una función preventiva y otra de facilitación de transacciones voluntarias entre titular del derecho y tercero que persigue su explotación. La acción de enriquecimiento injusto es pues independiente, pero, ello sí, con un espacio útil muy limitado (pp. 158-160).

El tratamiento exhaustivo que realiza el autor de los aspectos sustantivos y procesales de las acciones por infracción limita la posibilidad de ahondar en algunas de las cuestiones más sugestivas del libro. Ello ocurre, por ejemplo, con el recurso a la acción de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 CC para fundar un régimen de responsabilidad secundaria (pp. 157-158); o con la interacción entre acción de cese e indemnización, que puede aconsejar que en algunos supuestos se deniegue aquella al titular de un derecho de propiedad intelectual y que se sustituya la pérdida de esta facultad de exclusión por un pago monetario (pp. 50-51). El análisis económico del derecho de la propiedad intelectual ha mostrado que un titular que pueda recurrir fácilmente a una acción de cese puede enrocarse en una negociación *ex post* con un tercero que ha empleado su derecho sin autorización (*hold-up*), explotar las inversiones específicas realizadas por este último y obtener rentas excesivas, más allá de las socialmente óptimas para incentivar la innovación⁷. Como señala Massaguer, estos supuestos que aconsejan transformar los remedios inhibitorios por un equivalente pecuniario suelen implicar los procesos promovidos por *non-practising entities* (NPEs), por titulares con un programa de licencias abierto, o por titulares de una patente relativa a un elemento no esencial de un producto complejo, sobre todo en el sector de las tecnologías de comunicación.

La lectura del nuevo libro del Prof. José Massaguer ha de agradar a cualquiera que se interese por buenos trabajos de derecho privado, y no solo a los mercantilistas dedicados al derecho de los signos distintivos, de las patentes de invención y de otras innovaciones industriales. No es necesario discutir aquí ni la parcelación artificial entre derecho de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial –pues todo es derecho de propiedad intelectual y un

⁶ Para una discusión sobre diferentes enfoques para estudiar la relación entre derechos de propiedad intelectual y acciones para su infracción, véase Eric R. CLAEYS, «The Conceptual Relation Between IP Rights and Infringement Remedies», 22 *George Mason Law Review* 825 (2015).

⁷ Para un resumen reciente del enfoque económico de esta cuestión, véase Thomas F. COTTER, «On the Economics of Injunctions in Patent Cases», *Zeitschrift für Geistiges Eigentum / Intellectual Property Journal*, 2019 (en prensa; disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3413225>).

entendimiento unitario, el más empleado en otros países, resulta más iluminador para entender esta rama del ordenamiento—, ni la consiguiente división del trabajo entre civilistas y mercantilistas, para anticipar que el libro es de lectura punto menos que obligatoria para quienes nos dedicamos al estudio de los derechos de autor. Muchos de los problemas y cuestiones tratados en él son trasladables, con más o menos matices, a las acciones reguladas en el TRLPI. Por solo poner un ejemplo, las reflexiones sobre los deberes de supervisión de los intermediarios de las actividades llevadas a cabo por los destinatarios de sus servicios (pp. 121-126) son especialmente pertinentes para discutir acerca de la futura implementación en el derecho español del artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital. Pero además el libro ha de interesar también a cualquier civilista que se preocupe de los remedios para la defensa de derechos y de posiciones subjetivas, por ejemplo, en casos de incumplimiento contractual; de entender la naturaleza jurídica de los bienes intangibles, los derechos sobre los mismos y el contenido y límites de las facultades de exclusión que llevan aparejados; o de comprender el papel de la acción de enriquecimiento injusto en nuestro ordenamiento.

Antoni RUBÍ PUIG
Profesor Agregado de Derecho civil
Universidad Pompeu Fabra

REDINHA, Maria Regina/GUIMARÃES, Maria Raquel/FERNANDES, Francisco Liberal (eds.): *The Sharing Economy. Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2019, 496 pp.

Internet ha impulsado el nacimiento de modelos alternativos de consumo y ha dado lugar a la llamada economía colaborativa, es decir, a «modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares (...)», cuyas transacciones «(p)or lo general (...) no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro» [Comunicación de la Comisión: «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», COM(2016) 356 final, de 2 de junio, p. 3]. Cómo impacta esa economía en el mercado y qué regulación sería precisa para proteger mejor a consumidores, empresas y trabajadores ante esa nueva realidad, es el reto que aborda el libro que ahora se recensiona. Su enfoque es teórico, pluridisciplinar e internacional, aunque esto último no impide ver que los mismos problemas se repiten en casi todos los países. La obra es resultado del trabajo conjunto de 28 investigadores y es uno de los muchos resultados que arroja el *Centro de Investigação Jurídico-Económica* (U. Oporto) esta vez en ejecución de un proyecto financiado por la *Fundação para a Ciência e Tecnologia*. Está escrita en inglés —lo que le asegura difusión internacional— y, además de contar con autores portugueses, en su mayoría procedentes de la citada Universidad de Oporto, en él también participan juristas de universidades españolas (Valladolid, Alfonso X el Sabio, Valencia), italianas (Bergamo), inglesas (Hull) y brasileñas (Federal Río Grande del Norte y *Fundação Escola Superior do Ministério Público*, Río Grande del Sul).

Originariamente, la economía colaborativa fue denominada «consumo colaborativo», pero el nombre resultó insuficiente porque el fenómeno iba mucho más allá del simple consumo. Podría pensarse que la expresión que ha hecho fortuna, «economía colaborativa», no es la más adecuada porque la expresión «colaborar» puede sonar a «altruismo» y muchas veces existe una contraprestación dineraria. Sin embargo, este es el término que ha asumido la Unión Europea y quizás sea así porque, al ser tan genérico, permite albergar muchos modelos distintos, aunque aisladamente considerados estos puedan ser objeto de denominaciones específicas. Además, el fenómeno de la economía colaborativa no solo es global sino que, y sobre todo, es plurifacético, tal y como los autores que colaboran en el libro que ahora se recensiona destacan desde el primer momento. Algunos (Mariana Fontes da Costa: «Sharing Economy: From B2C to P2P and Back», pp. 14-32; Cristina Stringari Pasqual: «The Collaborative Economy and The Code of Defence of The Brazilian Consumer», pp. 51-67) prefieren referirse a la *peer-to-peer economy* (relaciones entre particulares) en el contexto del derecho del consumo; y otros (Jo Carby-Hall: «Innovatory Forms of Employment in the Twenty-First Century versus Employment Status», pp. 152-195; Emanuele Dagnino: «The Gig Economy and Labour Law: A View from Italy», pp. 211-227) consideran más precisamente la *gig economy*, que identifica las nuevas relaciones laborales surgidas de esos nuevos modelos de negocio.

El libro consigue diferenciar los distintos tipos de modelos de negocio que se dan cita en la economía colaborativa, que es algo fundamental para poder determinar qué requisitos son necesarios para acceder al mercado. La clave está en el papel que desempeña la plataforma. Puede ocurrir que esta sea un simple intermediario que ponga en contacto a los prestadores de servicios (profesionales o no) con los usuarios (como ocurre con BlaBlaCar o Airbnb); pero también puede ocurrir que sea la propia plataforma quien preste el servicio (como es el caso de Uber) o que preste servicios complementarios a la actividad principal. La distinción es importante a efectos de responsabilidad por incumplimiento contractual y extracontractual. Conviene recordar que la Directiva 2000/31, solo exime de responsabilidad al intermediario y que ese es, precisamente, el papel que, por lo general reivindican las plataformas colaborativas (el de mero *hosting*); en realidad esa calificación va a depender indicios que se estimen relevantes para entender que la plataforma desempeña un rol activo o, lo que es lo mismo, que tiene el control de la actividad que desarrolla (COM(2016) 356 final, de 2 de junio, pp. 7-8). Son ilustrativas, en este sentido, las decisiones del TJUE en el sector del transporte a las que enseguida se aludirá.

Determinar el estatuto jurídico de las plataformas es importante para saber qué papel juega el Derecho de consumo. Mariana Fontes da Costa («Sharing Economy», pp. 14-32), Cristina Stringari Pasqual («The Collaborative Economy», pp. 51-67), Joana Campos Carvalho («From Bilateral to Triangular: Concluding Contracts in the Collaborative Economy», pp. 196-210) y Ana Teresa Mota («Consumer Protection in View of Collaborative Consumption: Notes from a Portuguese Perspective», pp. 301-328) tienen claro que la línea que separa el concepto de *consumidor* y el de *profesional* es muy delgada. Si se entiende que las transacciones en que interviene una plataforma se concluyen entre particulares (sin perjuicio del papel de intermediario del profesional) las normas tuitivas de derecho del consumo no son de aplicación. En todo caso, es fundamental determinar cuándo el particular que vende debe ser considerado «profesional», que es algo sobre lo que

no existe unanimidad en los Estados miembros. A este respecto, la STJUE C-105/17, de 4 de octubre de 2018, *Kamenova*, en el contexto de las prácticas comerciales desleales, viene a decir que no puede calificarse de profesional a quien reiteradamente publica anuncios de venta en internet, si resulta que no actúa con un propósito relacionado con su actividad económica (§§ 38-45).

El transporte tiene un lugar preeminente en la economía colaborativa. Este sector ha vivido una disrupción enorme: adquirir un vehículo ya no es algo fácil para la mayoría de personas y, menos aún, para los más jóvenes. Son una alternativa a la compra el *car sharing* (el titular de un vehículo lo ofrece en el alquiler cuando no lo usa) y empresas como BlaBlaCar (que ponen en contacto a un conductor no profesional con otras personas que quieren realizar el mismo trayecto y compartir gastos) u otras que *ocupan* la parcela tradicionalmente adjudicada a los taxistas (Uber, Cabify o Lyft). Algunos autores (Lucas do Monte Silva, Patricia Guimarães y Yanko Xavier: «Legal Self-Regulation in Contemporary Urbanism: Smart Cities and Urban Mobility in Brazil», pp. 80-98) califican este nuevo fenómeno como *smart mobility* y definen así los negocios que promueven una movilidad sostenible y más eficiente. Los tres autores analizan el funcionamiento de Uber a la luz del derecho brasileño, cuya regulación es muy similar a la de otros Estados de la Unión Europea. Por su parte, Graça Enes Ferreira («Uber and European Union Law: Information Society Service or Transport? A Question of Competences», pp. 410-438) examina muy detalladamente, a la luz de la normativa europea, si empresas como Uber son meros intermediarios u operadores de transporte y destaca cuestiones prejudiciales en procesos judiciales en Bélgica, Francia, España y Alemania. La Justicia Europea (STJUE C-343/15, de 20 de diciembre de 2017, *Elite Taxi España c. Uber*) ya ha confirmado que la actividad de Uber es un servicio de transporte y no un servicio de intermediación. Entiende que la aplicación tecnológica es imprescindible para que los conductores puedan prestar el servicio y los usuarios solicitarlo y que Uber ejerce una influencia más que decisiva al fijar el precio y sobre el control de calidad, tanto de los vehículos como del comportamiento de los conductores (§ 39). En esa línea se pronuncia también la STJUE C-320/16, de 10 de abril de 2018, *Uber France* (§§ 20-26). Las sentencias no mencionan entre los criterios que permiten entender que la plataforma tiene parte en el negocio el hecho de proporcionar los activos como propios. Sí lo hacía la Comisión en la Comunicación antes citada, que además de aludir a la actividad de fijar el precio, contemplaba globalmente otros indicios, como establecer las condiciones contractuales, someter a relación laboral a quien presta el servicio, o sufragar los gastos y asumir la responsabilidad en la prestación (p. 7). En aplicación de algunos de esos criterios, *vid.* STS (Sala 3.^a) de 25 de enero de 2018 (ECLI: ES: TS:2018:120), a propósito de Uber, a quien considera un servicio de transporte; y SAP Madrid (Sección 28.^a) de 18 de febrero de 2019 (ECLI: ES: APM:2019:1255), a propósito de BlaBlaCar en España, al que considera un servicio de intermediación.

En el plano laboral tampoco es lo mismo mantener una relación de trabajo por cuenta ajena que, todo lo contrario, considerar que la plataforma no es el empleador porque los trabajadores son autónomos. Además de a Uber, el problema se extiende a plataformas como Deliveroo o Glovo. Aunque es verdad que la descentralización productiva ha cambiado el paradigma del mercado de trabajo en la era digital, la enorme diversidad de servicios ofrecidos por una gran pluralidad de plataformas parece que no permite homogeneizar soluciones. La particularidad de estas nuevas formas de trabajo es que la

prestación de servicios se realiza a través de plataformas mediante el *crowd-sourcing*: una suerte de red de «colaboradores» vinculados por un contrato de arrendamiento de servicios pero formalmente encuadrados en la figura del trabajador autónomo o *freelance*, cosa que ocurre tanto en España (Carlos Arroyo-Abad: «Risks and Challenges in Providing Services in the Digital Environment and its Impact on the Uber Economy», pp. 131-151) como en otros países como Inglaterra (Jo Carby-Hall: «Innovatory Forms», pp. 152-195), Italia (Emanuele Dagnino: «The Gig Economy», pp. 211-227) o Portugal (Ana Lambelho: «The Need to Review Independent Workers' Protection in the Collaborative Economy», pp. 284-301; Maria Regina Redinha: «Online Platforms: Is There an Elephant in the Labour Law Room», pp. 352-360). Del resultado de la calificación y determinación de la naturaleza de la relación dependen no solo la protección del trabajador, sino también el régimen de la seguridad social y la responsabilidad civil en caso de accidente. Es por ello que autores como Adrián Todolí Signes («A Special Regulation for the Gig Economy: Which Things Would We Need to Regulate and Which Not», pp. 99-111) proponen un régimen especial laboral para este tipo de trabajadores. Las conclusiones que se extraen de estos trabajos son de inmediata aplicación y, además, demuestran que la academia va por delante del legislador y que los jueces se nutren de sus aportaciones: recientemente, en España, se han publicado multitud de sentencias calificando como *falsos autónomos* a más de un centenar de *riders* de la empresa *Deliveroo*, algo que le costará a la empresa, según estimaciones de la prensa, hasta 1.2 millones de euros solamente en concepto de cotizaciones a la Seguridad Social. En mi opinión, esto no soluciona el problema existente, sino que lo agrava: hay quien dice que estos trabajos son precarios, pero muchos de los trabajadores lo ven como una oportunidad; sobre todo los más jóvenes que quieren conseguir ingresos puntuales o los que llevan mucho tiempo desempleados. Está claro que detrás de ello no se pueden esconder abusos o fraudes, pero lo cierto es que si hay demanda es que se está cubriendo una necesidad. En este sentido, la propuesta antes señalada (Adrián Todolí Signes: «A Special Regulation», pp. 101-104) podría ser una solución. En la obra se abordan otras cuestiones, como la referida al derecho a la desconexión digital de los trabajadores (Francisco Liberal Fernandes: «Information Technologies and the Labour Market», pp. 261-267); su regulación sigue siendo necesaria en muchos Estados, pero en España ese derecho ya ha sido recientemente regulado (*vid.* art. 88 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; *BOE* n. 294, de 6 de diciembre de 2018). Es de esperar que este reconocimiento no se quede papel mojado y que los trabajadores puedan gozar de su merecido descanso.

En el libro no podía faltar una amplia reflexión sobre el lugar que ocupa el alojamiento en la economía colaborativa, que tanto ha revolucionado el sector turístico y hotelero. No se dedica mucho espacio a estudiar las primeras plataformas que se limitaban a ofrecer comparaciones de precio y los capítulos se centran más en nuevos operadores del sector como Airbnb o HomeAway, que son plataformas digitales que se dedican a ofertar alojamientos de particulares a través de su página web y que ponen en contacto los anfitriones o *hosts* (en general, los propietarios de la vivienda ofertada) con sus huéspedes o *guests*. Diogo Rodrigues da Silva («Consequences of Ratings/Reviews on Sharing Economy Platforms», pp. 382-287) estudia la importancia del sistema de valoración o *rating* y la de los sistemas de reputación en internet. Distinto a la puesta en contacto de demandantes y ofertantes

de un viviendas a través de una plataforma, que siempre conlleva retribución económica, es el fenómeno conocido como *couchsurfing*, es decir, dejar que una persona se aloje en casa de uno de manera altruista, sin perjuicio de que, muchas veces, el huésped entregue algún detalle al anfitrión (Maria Raquel Guimarães: «*My Couch, Your Couch: The Legal (Ir)relevance of Sleeping*», pp. 268-283). Por otro lado, en general, la legislación nacional se ha ocupado ya de regular los contratos de arrendamiento de corta duración, comúnmente conocidos como «alquileres turísticos». Ya se ha visto en algunos países (Francia, Alemania o Países Bajos, pero también en Estados Unidos, según Maria Raquel Guimarães: «*My Couch*», p. 280) que cuestiones como la necesidad de formalizar un contrato, la responsabilidad por daños o cancelación anticipada, o las relaciones con los vecinos, son problemáticas. Andrés Domínguez Luelmo («*Tourist Accommodation and the Collaborative Economy: Legal Matters in the Spanish Context*», pp. 228-260) estudia el fenómeno de los alquileres turísticos a la luz del derecho español y, tras considerar la evolución de la regulación de los alquileres de corta duración y su régimen actual (pp. 229-231), explica cómo el legislador ha intervenido para admitir el alquiler de solamente determinadas habitaciones (en algunas comunidades autónomas de España está prohibido); o establecer si el arrendador debe poner a disposición del arrendatario determinados servicios mínimos. Podríamos decir que *cierra* este bloque relativo al alojamiento (aunque en realidad, es el tercer capítulo del libro) un trabajo (Renato Lovato Neto: «*Professionalism, Standard of Care and the Sharing Economy*», pp. 33-50) que indaga sobre si a estos negocios, la mayoría prestados por particulares que no tienen la consideración de profesionales, se les tendría que exigir el mismo estándar de diligencia que a un profesional.

Un valor añadido de este libro es que no trata únicamente cuestiones *nuevas* de la economía colaborativa, sino que también aborda problemas *clásicos* del derecho civil. Así ¿se puede destinar un piso en régimen de propiedad horizontal a alquileres turísticos? ¿Pueden los propietarios acordar la prohibición de destinar las viviendas a alojamiento turístico? Ésta cuestión es analizada por el juez Aristides Rodrigues de Almeida («*An Overview on Jurisprudence of Local Accommodation*», pp. 112-130) a la luz del derecho y la jurisprudencia de Portugal y, ya lo avanzamos, las conclusiones alcanzadas no difieren mucho de la solución española. Hubiera sido de gran interés saber cuál ha sido la solución alcanzada en otros países distintos de Portugal. Que el propietario de un piso puede destinarlo y ofrecerlo a quien quiera es algo que no permite discusión. Cuestión distinta es si los Estatutos de la comunidad de propietarios lo prohíben expresamente o si mediante una modificación se puede limitar ese destino. En este sentido, en España, muy recientemente (marzo 2019) se reformó el art. 17 de la Ley sobre Propiedad Horizontal (BOE n. 176, de 23 de julio de 1960), de manera que la unanimidad que hasta entonces se requería para poder acordar la prohibición de destinar las viviendas a alojamientos turísticos, se abandonó en favor de la adopción de ese acuerdo por mayoría (el voto favorable de 3/5 partes de los votos que, a la vez, representen 3/5 partes de las cuotas de participación). Una mayoría que, por cierto, es distinta a la que se requiere en Cataluña (art. 553-26.2.a en relación con el art. 553-25.4 CC Cat: 4/5 de los votos que representen 4/5 partes de las cuotas de participación). Lo que está claro es que la privación de ese derecho no podrá ser retroactiva; si los vecinos tienen quejas solo les quedará acudir a la acción de cesación de actividades molestas.

El libro es de imprescindible lectura para quien quiera conocer cuáles son los retos que plantea la *uberización* de la economía, otra de las expresiones con la que se denomina a este fenómeno, tomando prestado el nombre de uno de los socios más conocidos. Si hubiera que hacerle alguna crítica, solo podría referirse a lo que se echa a faltar en él. Aunque se trate de una crítica puramente personal y, por tanto, completamente subjetiva, me hubiera gustado encontrar más aportaciones sobre el régimen de responsabilidad de las plataformas (solo un par de trabajos tratan la cuestión de modo incidental. Así, Cristina Stringari Pasqual: «Collaborative Economy», pp. 51-67); Rute Teixeira Pedro: «One Size Fits All? Civil Liability Arising from Traffic Accidents in the Context of the New Mobility Based on the Use of Digital Platforms», pp. 329-351). También he echado en falta el papel de las criptomonedas en el trabajo dedicado al *crowdfunding* (João Vieira dos Santos: «Fintech and the Sharing Economy», pp. 68-79) y creo que hubiera sido interesante profundizar en las *smart cities*, en general, y la *smart mobility*, en particular, en la línea de las propuestas de Monte Silva, Patricia Guimarães y Yanko Xavier («Legal Self-Regulation», pp. 80-98). Además, si se tiene en cuenta la tecnología que, sin lugar a dudas, revolucionará el *proceso (extra)judicial*, habría valido la pena incluir una referencia a los mecanismos de resolución de conflictos en línea (ODR, por sus siglas en inglés) de segunda generación en el trabajo de Fernando Silva Pereira («Online Dispute Resolution», pp. 456-484).

La economía colaborativa plantea numerosas otras cuestiones que, por razones, obvias de espacio, el libro no podía abordar. Sin necesidad de recurrir al estudio del tratamiento jurídico-penal de los delitos cometidos en el seno de la economía colaborativa, quedaría pendiente el estudio de los problemas de exclusión social que plantea la economía colaborativa, bien por la imposibilidad de acceder a la tecnología o a internet, bien por no poder tener un transporte que no sea contaminante, bien, por sufrir la discriminación (racial, de género, orientación sexual) de los sistemas de *rating*. Otros temas tienen que ver con la protección de datos (vgr. problemas sobre la autenticidad de los perfiles en línea y la identificación de los usuarios), la propiedad intelectual (así, el reparto de ingresos derivado de negocios en *streaming* como Spotify y su relación con la libre competencia), el impacto sobre el medio ambiente (v. gr. cómo la transmisibilidad de datos mediante el uso de dispositivos y/o vehículos inteligentes puede ayudar a mitigar la contaminación) o la fiscalidad (así, la sujeción al IVA de determinados negocios o la implantación de nuevos tributos sobre la pernoctación turística).

Todos estas cuestiones quedan pendientes de ulterior estudio, quizás en una segunda parte de esta misma obra, que tan necesaria se revela a la vista de las estrategias parecidas a las que todos los países recurren para abordar los mismos problemas, derivados de los nuevos modelos de negocio. El libro tiene la gran virtud de mostrar que el fenómeno de la economía colaborativa es global, que ha venido para quedarse y que la legislación aún no se adecua a las nuevas necesidades; los intentos de regulación aun no han dado suficientes frutos. Todas las contribuciones obligan a reflexionar: proteger a los consumidores es necesario, pero debe ser sin perjuicio de la innovación y el desarrollo de estos modelos. Lo mismo debe decirse de las nuevas formas de trabajo: incrementar los costes laborales de la plataforma puede implicar el fracaso de estos negocios y eso, además de suponer la desaparición de muchas empresas, también implicaría la de los puestos de trabajo que de ellas dependen. Claro está que no puede ni debe permitirse el fraude, pues lo contrario sería competencia desleal a los negocios tradicionales. Esperemos,

pues, que el legislador tome nota de los retos señalados en esta obra y sea capaz de ofrecer soluciones que, a la vez que protejan al consumidor y a los trabajadores, no pongan trabas a la innovación. Es clave que el legislador no ceda a las presiones de los gremios tradicionales pues lo contrario sería, en palabras del economista francés Frédéric Bastiat (1801-1850), encontrarnos ante una nueva petición de los fabricantes de velas.

Francesc FRADERA FABREGAS
Investigador predoctoral FPU
Universidad de Barcelona

SAINZ-CANTERO CAPARROS, M.^a Belén/MARTOS CALABRÚS, M.^a Angustias: *La sucesión en el pasivo hereditario y la liquidación de la herencia tras la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria*, Comares, Granada, 2018, 296 pp.

La presentación de esta obra constituye sin duda una novedad en un doble sentido. Por una parte, su contenido aborda un tema clásico del sistema sucesorio, discutido incluso con anterioridad a la Codificación del Derecho Civil, ya que saber qué sucede con las deudas del causante que no se extinguen con su muerte es una cuestión fundamental que requiere de solución. Pero además, porque poco se había escrito sobre ello con la excepción de la obra «La herencia y las deudas del causante» de don Manuel Peña Bernaldo de Quirós (INEJ, Madrid, 1967), que fue objeto de tres reimpresiones, la última, del 2005, en la que figura un epílogo donde el autor recoge la doctrina jurídica que se ha sumado a la posición doctrinal patrimonialista por él propuesta, rechazando así la concepción clásica o romanista de corte tradicional. Las novedades legislativas que necesariamente y de manera directa afectan a toda esta materia hacían necesario un nuevo estudio donde se abordasen todas ellas: baste pensar en la trascendencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 enero 2000, la Ley Concursal del 2003 y sus reformas, y de manera muy directa la Ley 15/2015, de 2 julio, de Jurisdicción Voluntaria, donde además de atribuir la realización del beneficio de inventario exclusivamente a los Notarios, se lleva a cabo unas más que importante modificación en materia de Derecho de Sucesiones, un buen número de las cuales afectan a la sucesión en el pasivo hereditario y a su liquidación.

Las Dras. Sainz-Cantero Caparros y Martos Calabrús llevan a cabo un impresionante trabajo en el que no se quedan en la exposición de la doctrina existente en el momento, sino que se adentran en buscar soluciones al tema expuesto más allá de las divergencias contempladas en los textos por ambas manejados; dificultad que se acrecienta ya que la propia normativa de nuestro primer cuerpo legal no atina en la descripción del pasivo y liquidación del patrimonio hereditario en ese momento que como su nombre indica carece de titular y su patrimonio queda transformado en herencia. En el trabajo, nada de lo enunciado queda sin solución, siendo muy consistentes los razonamientos sobre las diversas soluciones a las que llegan las autoras sobre el tema.

Tradicionalmente han sido dos los sistemas que se han valorado como determinantes en esta materia; bien por el modo en que el llamado a suceder a título universal se convierte en sucesor –por aceptación o solo por el llamamiento– bien por cómo se dispone la liquidación de las deudas del causante y

las originadas por la sucesión. Cuestión íntimamente unida con la confusión del patrimonio hereditario con el del heredero desde la aceptación: si ésta es pura, o por el contrario la sucesión *mortis causa* en el Código Civil no opera la fusión de patrimonios, sino muy al contrario esta separación se produce desde la aceptación de la herencia, lo que explicaría que en el Código Civil no se contempla el beneficio de separación, imprescindible a la concepción personalista de la sucesión, y su atribución a los acreedores de la herencia. En función de ello, la aceptación a beneficio de inventario sería una manera extraordinaria de aceptar por el heredero para autolimitar su responsabilidad únicamente a los bienes de la herencia, de forma que ésta sea *intra vires hereditatis*. Según las autoras, la teoría de la separación *ope legis* del patrimonio hereditario a la apertura de la sucesión se ha extendido entre la doctrina civilista, actuando aquí la separación de patrimonios para dar preferencia sobre el patrimonio hereditario a los acreedores del causante y los legatarios, de forma que si queda «algo» será para el heredero...

Teniendo en cuenta que la mayoría de los sistemas proveen a los acreedores del causante de instrumentos que procuran la conservación de las mismas garantías con que contaban en vida de su deudor, de suerte que la apertura de la sucesión no demore ni impida el cobro de sus créditos, se entiende que hasta que la aceptación de todos los llamados no se produzca, el pasivo hereditario, al igual que el resto del patrimonio del causante, permanecerá a la espera de su nuevo titular al que dirigirse como sujeto pasivo de unas relaciones que permanecerán inalteradas en sus condiciones, pendientes de cumplimiento. De suerte que hasta este momento el pasivo hereditario permanece incardinado en la herencia yacente, su sujeto pasivo, y las deudas que vayan venciendo en este periodo han de ser satisfechas, manteniéndose durante él como «patrimonio sin titular», pues aunque éste carece de personalidad jurídica, se le otorga legitimación procesal para poder ser demandada, exceptuar y recurrir, pudiendo ser la yacencia voluntaria o forzosa (arts. 6.5, 7.6, 51.2, y 309 LEC), correspondiendo esta legitimación a cualquiera de los herederos. Pero también tiene sustantividad propia, además de la herencia yacente, la aceptada a beneficio de inventario, artículo 1023.3 CC, y la comunidad hereditaria, esto es, la herencia aceptada pura y simplemente por varios herederos, mientras no se lleve a efecto la partición; de suerte que si el caudal relicto se encuentra en situación de comunidad hereditaria, los acreedores del heredero no pueden proceder contra los bienes hereditarios, sino solo sobre el derecho hereditario en abstracto que como tal ostenta cada heredero. Se reprocha al Código Civil que no regule la Comunidad hereditaria como una fase más de sucesión posterior al ejercicio del *ius delationis* en la que existen varios aceptantes a título universal. En esta situación de comunidad hereditaria el derecho hereditario de cada heredero queda pendiente no solo de la liquidación de las deudas hereditarias, sino de la partición, pues hasta que no se verifique, la cuota no se transforma en titularidad de bienes y derechos para el heredero, en cambio durante la comunidad, los acreedores particulares del heredero podían embargar el derecho hereditario de su deudor (art. 46 LH), pero no pueden intervenir en las operaciones de administración y liquidación de la herencia en las mismas condiciones, obviamente, que los acreedores de la sucesión (arts. 1034 y 1083 CC); a los cuales, además, por mantener separado el patrimonio hereditario del de cada uno de los herederos, el artículo 1082 CC reconoce el derecho a oponerse a la partición de la Comunidad hereditaria sobre la que cada uno ostenta su derecho.

Esta facultad de oponerse a que se haga efectivo la partición constituye el núcleo del beneficio de separación, derecho propio de los acreedores de la sucesión, así como de la separación a instancia del heredero por medio del beneficio de inventario.

A ambos beneficios se refieren detalladamente las autoras (Caps. IV y V). Al primero porque, a pesar de la ausencia de regulación específica en el Código Civil (no así en aquellos ordenamientos sucesorios fieles al sistema romano, que lo han recogido: Cataluña, art. 461-23 CCCat, y Navarra Ley 319 FN), mantiene su proyección en el sistema del Código Civil; y en relación con el segundo, por la novedad que supone su regulación por la Ley 15/2015, de 2 julio, de Jurisdicción Voluntaria, al atribuir de manera exclusiva la tramitación de este derecho a los Notarios. Las diferencias entre ambos se hallan en el carácter rogado del beneficio de separación que únicamente beneficia al acreedor que lo ejerce, mientras que el beneficio de inventario favorece a todos los acreedores de la sucesión, aunque sea de modo indirecto. Ambos son compatibles, pudiendo coexistir en la misma sucesión *mortis causa*, y así, aunque el heredero haya aceptado a beneficio de inventario pueden los acreedores de la sucesión ejercitar *ad cautelam* el beneficio de separación. Su ausencia de regulación en el Código Civil hace que se le dedique más atención a esta primera parte que al beneficio de inventario.

Al no contemplar el Código civil la *separatio bonorum*, se buscó fuera de él los medios de protección de los acreedores hereditarios que procuraran dicho beneficio; y se encontró en la división judicial de patrimonios, artículos 782 y siguientes LEC (antes en la de 1881) y en la anotación preventiva de créditos y legados, artículos 42.6 y 46 LH. En esta dirección es cierta la opinión de Vallet de Goytisolo cuando afirma que «si bien nuestros textos legales no reconocen la *separatio bonorum* romana, sí obedecen al criterio sustantivo de dar prioridad, para satisfacer con los bienes de la herencia a los acreedores del causante con respecto de los legatarios y a estos, frente a los acreedores del heredero». Según las autoras, después de las modificaciones operadas por la ley de la Jurisdicción Voluntaria, es posible sostener la existencia del beneficio de separación en sus dos modalidades: a) a través de la oposición a la partición de la herencia, artículos 1082 CC y 472 y 782 LEC que separan todo el patrimonio hereditario del de los herederos; b) por la anotación preventiva de créditos y legados, artículos 42.7 y 45 LH, que instituyen la separación de inmuebles del causante.

No hay duda de que en este nuevo marco normativo habrán de darse las condiciones con que la doctrina ha configurado este derecho de separación; así los acreedores del causante deben haber sido reconocido como tales en el testamento, por los coherederos, o deben tener su derecho documentado en un título ejecutivo (arts. 782.4 y 1082 CC); en cambio los legatarios solo acreditarán su llamamiento en el testamento.

Las autoras en este primer Capítulo sientan las bases de lo que llaman liquidación de la herencia y de cómo se logra la protección de todos los llamados a esa herencia. Eso sí, dependiendo del papel que están llamados a cumplir, dedicando un especial interés al beneficio de inventario notarial, a la posibilidad de articular un beneficio de separación notarial diseñando la prelación preferente de los acreedores de la herencia, de los legatarios del heredero y de los acreedores particulares de este, todos sujetos activos en este proceso liquidatorio, que supone una novedad tras la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria.

¿Cuál es la responsabilidad de los sucesores *mortis causa* por las deudas de la herencia? Bajo tal advocación se inicia el Capítulo Segundo de la monografía. Podemos añadir que su estudio se dirige a determinar quiénes son los que desde un aspecto subjetivo están llamados a satisfacer las deudas hereditarias. No todos responderán de igual manera por regla general se trata de una materia –pago de las deudas sucesorias– en las que la responsabilidad de los sucesores es prácticamente indisponible para el testador y para el sucesor, ya que, aunque el causante puede disponer de sus bienes con libertad, no podrá hacerlo de sus deudas, ya que éstas corresponden *ex lege* a sus herederos que decidirán si las asumen al aceptar voluntaria y libremente. No obstante, en la medida en que esa garantía patrimonial universal esté a salvo, el testador podrá limitar la responsabilidad del sucesor, bien repartiendo toda su herencia en legados de parte alícuota, bien nombrando a terceros o a los propios llamados administradores del caudal relicto antes de la aceptación. No hay duda de que por su especial naturaleza estas figuras adquieren relieve por medio de la sucesión testamentaria en la que la voluntad del causante es la ley de la sucesión, en la que, a excepción de las legítimas, reservas y formalidades testamentarias, que constituyen materia indisponible, el resto depende de su voluntad y ésta se concreta en: el heredero *ex re certa*, el legatario, el donatario de parte alícuota y en el llamado a un usufructo. Si el título universal o particular por el que se produce el llamamiento de una persona a una sucesión determina su responsabilidad por las deudas hereditarias es preciso considerar los llamamientos que no son claros y precisan de interpretación y esto sucede respecto a las figuras enunciadas a continuación. Se busca delimitar cuál es la responsabilidad del heredero por las deudas de la sucesión: responsabilidad del heredero ante los acreedores del causante, los legitimarios y legatarios. Las Doctoras Sainz Cantero y Martos Calabrús abordan este tema haciendo que la responsabilidad del heredero dependa de cómo se haya decidido aceptar, y así, si la aceptación es pura, la confusión de patrimonios se produce en su perjuicio y su responsabilidad deviene entonces *ultra vires*; pero puede limitar su responsabilidad al patrimonio hereditario manteniéndolo separado del propio mediante la aceptación a beneficio de inventario: artículos 1003 y 1023 CC. El problema que surge y que debe solventarse es el de la responsabilidad del heredero por las deudas del causante en el Código Civil alrededor del cual gira todo lo demás. Cuestión complicada por la existencia de dos posiciones que podemos denominar antagónicas: así la de quienes mantienen que el principio general es el de la responsabilidad ilimitada –*ultra vires*– de honda raíz romana y por ello clásica o tradicional, y quienes por el contrario entiende que el principio general es el de la responsabilidad limitada o *intra vires*, de suerte que el patrimonio hereditario se mantiene separado del patrimonio del heredero de modo automático: posición patrimonialista que, como ya hemos visto y veremos, se mantiene irreconciliable con la teoría clásica o personalista.

La reciente reforma por la Ley 15/2015 Ley de Jurisdicción Voluntaria ha confirmado que la finalidad del beneficio de inventario es únicamente la de limitar la responsabilidad del heredero aunque para ello sea imprescindible que se practique un inventario fiel y exacto de todos los bienes y derechos de la herencia con las formalidades necesarias, artículo 1017 CC, y dentro de los plazos previstos por el Código Civil, artículo 1013 CC, cuya pérdida por el heredero se produce solo en su perjuicio (art. 1023 CC). Este responderá en todo caso frente a los acreedores del causante, entre ellos, el legitimario; también frente a los legatarios, artículos 859 y 887 CC. En cambio, en lo que se

refiere a la responsabilidad del legatario por las deudas del causante hay que decir que, por ser un sucesor a título singular en principio no responde de ellas, por más que pueda responder cuando el pasivo hereditario le afecte, como sucederá en tres supuestos: 1) si los bienes legados son necesarios para pagar a los acreedores del causante; 2) Si el testador ha gravado el legado con alguna deuda; 3) Si toda la herencia se ha distribuido en legados (art. 891 CC). Aunque hay una serie de excepciones si el legatario toma posesión por sí solo del bien legado, artículo 882 CC. A la vista de dicha responsabilidad del legatario de parte alícuota hay que preguntarse ¿es verdadero heredero o debe ser considerado como legatario? Aunque el artículo 782.1 LECiv le legitime para reclamar la división judicial de la herencia con la excepción en el prevista, ¿tienen responsabilidad los llamados a título singular como donatarios, reservistas (arts. 968 y 811 CC)?, ¿y la responsabilidad del legitimario? ¿Responden o no de las deudas hereditarias? La contestación podría ser positiva ya que el Código Civil les denomina herederos forzosos (arts. 806 y 807 CC). Pero frente a ello se impone la doctrina y la jurisprudencia que entiende que no son equiparables los conceptos de heredero y legitimario: este último será sucesor forzoso y, en consecuencia, puede ser a título de heredero o de legatario, en cuyo caso su responsabilidad será o la del heredero o de legatario. Pero si lo es como heredero y el pasivo es superior al activo no tendrá derecho a percibir legítima, pues ésta constituye una parte del caudal relicto (art. 818 CC). Termina este Capítulo con la cuestión tan debatida de la responsabilidad por las deudas hereditarias entre los sucesores cuando estos son varios. Si son varios los herederos aceptantes se convierten por ello en cotitulares y hasta la partición rige sobre el patrimonio hereditario un principio de indivisión de las deudas que pretende proteger a los acreedores que antes tenían un solo deudor a quien dirigirse. Principio de indivisión que ha dado lugar a un fuerte debate doctrinal que no ha alcanzado aún el consenso en la doctrina. Antes de la partición es mancomunada o solidaria esta responsabilidad, pero ¿se puede traspasar esta solución adoptada en el Código Civil hecha la partición? Solidaridad señala el artículo 1084 CC con llamada en garantía en el párrafo segundo del mismo a los demás coherederos. En caso contrario, y ante la ausencia de norma que establezca que antes de la partición la responsabilidad será mancomunada, en cuyo caso ante la ausencia de declaración al respecto el artículo 1137 CC impone la mancomunidad. Poco que añadir de la responsabilidad de los colegatarios que, al igual que la de los coherederos, se debate por la doctrina entre la mancomunidad y la solidaridad.

Al igual que lo visto hasta ahora, no es ajena la incidencia que en mayor o menor grado ha tenido la ley 15/2015, Ley Jurisdicción Voluntaria. Esta opera en la administración y liquidación del patrimonio hereditario en el *iter* sucesorio, y ello tanto en la administración como en la liquidación, dos hechos del *iter* sucesorio con las vicisitudes propias de esta materia. Proceso que se inicia con la administración, transcurre con la aceptación y finaliza en la liquidación. Una de las cuestiones que afectan a la primera parte es el nombramiento del administrador, por la especial importancia que tiene en razón de las funciones que está llamado a cumplir pudiendo realizarse ésta bien por el testador, por el Notario a petición de los interesados (artículo 1020 CC), por el Juez en aquellos supuestos en los cuales se disponga la administración judicial de la herencia, artículos 790 a 796 LEC, cuando se disponga la administración judicial de la herencia o en la partición judicial. Una vez nombrado, ha de asumir una serie de funciones que solo terminan con su cese o cuando la herencia está liquidada. Tiene amplias facultades en la conserva-

ción de los bienes y en la liquidación de las deudas y cargas hereditarias. Pero además es el representante de la herencia que una vez aceptada se limita a solo lo necesario para la administración del caudal, su custodia y conservación; pues en este supuesto el heredero también está legitimado para actuar como tal (art. 1026.2 CC). Adquiere especial relieve durante la administración de la herencia la solicitud de declaración de concurso, con los efectos que origina sobre las funciones del administrador, el cual puede solicitar el concurso si la herencia no está aceptada al administrador, artículo 3.4 LC; y si el patrimonio del causante está en concurso antes de su muerte, este concurso continúa su tramitación como concurso de la herencia y la administración concursal es la que asume las funciones de administración y disposición en esta caso (arts. 40.5 y 181.1 LC).

Por último, para pagar las deudas de la herencia según el Código Civil y la Ley Concursal, habrá que seguir el siguiente orden de pago: artículos 1027, 813, 1026, 1034 y 1083 CC.

Se comienza el siguiente *iter* sucesorio con las operaciones de liquidación del patrimonio hereditario, artículos 1027 a 1032 CC, inspirados como se sabe por el principio de «antes es pagar que heredar», que pretende garantizar suficientemente a los acreedores el cobro de los créditos antes de que el heredero pueda disponer de los bienes del caudal relicto; ya que con cargo al patrimonio hereditario deben cobrar por orden de preferencia: acreedores hereditarios, los legitimarios, los legatarios y si algo queda, pasa a formar parte del patrimonio del heredero, de lo que se beneficiaran sus acreedores. Sin duda esto es así cuando hay un solo heredero, pero la presencia de varios complica las operaciones de liquidación con las de partición de la herencia ahora necesaria para proceder a su liquidación. Aquella puede ser por el testador o por acuerdo de los herederos, artículos 1056 y 1058 CC. La Ley 15/2015, 2 julio de Jurisdicción voluntaria introduce una novedad con el fin de que el notario pueda aprobar la partición: además de lo dispuesto por el testador o por el acuerdo unánime de los herederos, podrán realizarse el nombramiento de un contador-partidor dativo (arts. 1032.2 CC). Se pone fin a este Capítulo con las operaciones de liquidación del pasivo hereditario, estando el administrador obligado a realizar como función esencial el pago de las deudas hereditarias, artículo 1031 CC. En él está presente el si la herencia ha sido aceptada pura y simplemente, o lo ha sido a beneficio de inventario, o el heredero ha perdido éste y es único, artículo 1024 CC: éste es momento del pago (art. 1025 CC) orden de pago fijando la preferencia de los acreedores del causante sobre legatarios (arts. 1027 CC y 1028 CC), acreedores que aparecen una vez pagados los legados, pago de las legítimas (art. 818 CC) previa fijación del *relictum* –valor de los bienes hereditarios menos deudas hereditarias– agregándose a ello el *donatum* lo que posibilitara conocer la cuota de cada legitimario, sigue el pago de los legatarios los cuales tienen un orden de cobro por la preferencia de pago señalado en el artículo 887 CC: no obstante los legatarios gozan para el cobro de sus legados de preferencia sobre los acreedores del heredero (Cap. V y VI de esta obra) y además frente a ellos pueden salvar su prioridad instando una anotación preventiva de su derecho al amparo del artículo 50 LH, respondiendo la misma a un cierto beneficio de separación frente a los acreedores particulares del heredero, que se concede a los sucesores a título particular (arts. 47 y 48 LH); estando sin resolver doctrinalmente el momento de entrega o pago de los legados, así como por quién debe realizarse éste (art. 1025 CC, art. 81 RH), en parte debido a la diferente naturaleza que se da entre los legados (arts. 861, 870, 873, 875, 879, 882, 880 CC, y arts. 47 y 48 LH); y en cuanto a la forma de hacerse el pago éste ha de ser *cum viribus*,

con bienes del caudal relicto. Una especial connotación tiene el pago en metálico de la legítima (arts. 841 ss. y 1056.2). Según el primero de dichos preceptos, el contador partidor expresamente autorizado por aquel (o el nombrado por letrado de la administración de justicia o el Notario, art. 1057 CC), podrá adjudicar todos o parte de los bienes hereditarios a alguno o algunos de los hijos o descendientes disponiendo que éstos paguen en metálico lo que corresponde a los demás legitimarios. Si no hay unanimidad entre aquellos será preciso la aprobación de la partición bien por el Notario o por el Letrado de la Administración de Justicia (art. 843 CC).

Comienza el siguiente Capítulo de la monografía con la delimitación de una de las novedades aportadas por la ley de Jurisdicción voluntaria, Ley 15/2015. Pues aunque esta Ley se centre en este punto en la cuestión del beneficio de inventario notarial, no hay duda de que no supondrá el principio ni tampoco el fin del debate sobre el carácter automático o no de la responsabilidad del heredero y de la separación del patrimonio hereditario; y ello aun cuando se adopte esa posición mayoría así expuesta por los autoras de que la sucesión *mortis causa* en Derecho común español es más patrimonialista que personalista: de modo que aquel patrimonio se mantiene separado, determinando así que las relaciones que conforman el pasivo hereditario en la vigencia del principio «antes es pagar que heredar». De suerte que el heredero no cobra sino resta tras pagar las deudas del causante, del mismo modo que el caudal relicto es un patrimonio que ha de prestar a los acreedores la misma garantía que prestaba cuando vivía el causante su titular (art. 1911 CC).

Como sucede en otras partes del Derecho civil en el que la autonomía de la voluntad tiene un importante despliegue donde antes no lo tenía, igual opera ésta en la voluntad del llamado a suceder a título universal y hereditario y en aras de ella su responsabilidad por las deudas hereditarias, será *ultra vires* o *intra vires hereditatis* según acepte o no a beneficio de inventario.

El legislador, con la reforma del 2015, ha optado por mantener el sistema original del Código Civil, y en consecuencia hace depender de la voluntad del heredero la limitación *intra vires* de su propia responsabilidad; no obstante incorpora como exclusivo el beneficio de Inventario notarial, acompañado de unas condiciones que lo hacen especialmente eficaz a sus fines: debe realizarlo de modo impecable en tiempo y forma, debe citar a todos los acreedores (inclusive a los desconocidos, por edictos: RDGRN 12 marzo 2019) y a los legatarios y pagarles o afianzar a todos, sin posibilidad de disponer de bienes del caudal relicto hasta el pago o la garantía del mismo no se haya verificado, estando en manos del heredero el responder con su propio patrimonio de las deudas hereditarias pendientes, o por el contrario, si lo ha hecho bien, responder solo hasta el límite de lo percibido en bienes hereditarios pero nada más. No es de extrañar que no sean pocas ni aisladas las propuestas de transformar la responsabilidad del heredero en una responsabilidad *intra vires ex lege*...

Tras esta reforma de 2015, el artículo 1011 CC fija que el beneficio de inventario es exclusivamente notarial, reglamentándose la actuación del Notario en los nuevos artículos 67 y 68 de la Ley del Notariado. La reforma responde a una concepción de la aceptación de heredero que afecta al mismo régimen de responsabilidad del sucesor universal por las deudas del causante y a la necesidad de reconocer a los acreedores de la sucesión el beneficio de separación cuando la voluntad del heredero provoque la confusión del patrimonio hereditario con el suyo, lo que sin duda provoca una constante discusión que se extiende a cuántos tipos de aceptación de la herencia se regulan, a que el beneficio de inventario no es una manifestación de ella, sino que

debe ser considerado como instrumento que puede ser simultáneo o no a la aceptación (art. 1015 CC), o que a través de él, el heredero puede limitar su responsabilidad (arts. 1003 y 1023 CC) extendiéndose en la actualidad la creencia de ser un procedimiento liquidatorio más que un modo de aceptar la herencia. Se inicia con la *interpellatio* a los llamados, a los cuales se refiere el artículo 1005 CC, señalándoles un plazo de treinta días para que pueda aceptar la herencia o repudiarla, y si no se manifiesta en cualquiera de los sentidos en el plazo indicado se entiende aceptada la herencia pura y simplemente. Esta sanción ha sido agravada por la ley 15/2015 para el que no conteste a la *interpellatio*, con una presunción *iuris et de iure* que producirá sus efectos a no ser que se acredite, también ante Notario, la repudiación o la solicitud del beneficio descrito. Si bien si el interpelado no puede ejercer el *ius delationis* tendrá que justificarlo judicialmente para que el Juez prive de eficacia a la sanción del artículo 1005 CC. No obstante, este plazo de treinta días del artículo 1005 CC puede suspenderse, y lo será cuando el heredero interpelado conteste que quiere hacer uso del derecho de deliberar (arts. 1010, 1014, 1015, 1018 y 1019 CC) alargándose con ello los plazos para aceptar de cualquiera de las formas del art. 1003 CC con base a lo previsto en el artículo 1019 CC.

Por último señalar que el beneficio de inventario, aunque la doctrina mantiene que ha de coincidir una de las causas taxativas del artículo 1024 CC y el ya citado 1023 CC, a ellos hay que añadir el artículo 1002 CC: sustracción u ocultación de la herencia por heredero, o cuando para defraudar a otros herederos, legatarios o acreedores se ignore la prelación al pago dispuesta para la liquidación (en primer lugar, acreedores del causante, art. 1027, legitimarios art. 813, legatarios art. 1026 CC y después herederos voluntarios, y finalmente acreedores particulares de los herederos, arts. 1034 y 1083 CC). Si la herencia está en concurso, tendrán su crédito subordinado por tratarse de personas especialmente relacionadas con el deudor el «cónyuge, ascendiente y descendiente», artículos 84 y siguientes LC. Esta pérdida produce dos efectos: la responsabilidad del heredero deviene *ultra vires*, y pasa a responder con todos los bienes presentes y futuros de las deudas del causante, y se produce también la confusión del patrimonio hereditario con el del heredero, pero solo «en perjuicio de éste» y no de los acreedores hereditarios (art. 1003 CC).

Uno de los aspectos más interesantes de esta monografía, que no por habitual en las sucesiones deja de serlo, es el del posicionamiento que tiene en toda liquidación de la herencia los sujetos llamados en esta.

Se parte para ello de que la separación de patrimonios no es automática, y en consecuencia requiere que los acreedores articulen los instrumentos que se ofrecen al efecto en el Código Civil, y que mantienen al caudal relicto separado y protegido como patrimonio en liquidación, hasta que se satisfagan todas las deudas que sobre el pesan y que se ofrecen en el *iter* sucesorio a los interesados en el caudal relicto; y entre estos beneficios está el beneficio de separación. De ahí que los siguientes pasos sean determinar las clases de deudas y quiénes son sus titulares. Una vez determinados éstos, se podrá establecer cómo actúa esa preferencia: primero los acreedores del causante sobre los legatarios y acreedores del heredero (lo cual explica claramente la previsión de anotación preventiva del derecho hereditario, arts. 42.6 y 46 LH que puede practicarse a instancia «de los acreedores escriturados de la herencia cuyos créditos no estén garantizados especialmente», estableciéndose esta preferencia también sobre los acreedores legales del caudal, artículo 818.1 CC si las deudas del causante superan el caudal relicto y las dona-

ciones, de forma que no nace el derecho a la legítima). Igualmente gozan de preferencia para el cobro los acreedores legales respecto de legatarios: así se deduce para la legítima, derivado sin duda de otro principio que es el de su intangibilidad (art. 817 CC), reduciéndose las disposiciones testamentarias si fueren inoficioso o excesivas, (art. 656 y 820 CC); fijándose la última preferencia en la que tienen los legatarios sobre los acreedores particulares del heredero: preferencia que es patente cuando se trata de legatarios de cosa cierta y determinada propia del testador, artículo 882 CC, y si practican anotación preventiva de su derecho, en los demás casos.

Es cierto que el beneficio de inventario impone la necesidad de mantener el patrimonio hereditario en administración y liquidación separado del patrimonio o patrimonios de los sucesores a título universal en los que finalmente se integraran los bienes que conforman el caudal relicto, pues determina la administración de los bienes hereditarios debidamente inventariados hasta que resulten pagados todos los acreedores (art. 1026 CC); de forma que en la liquidación impide también al administrador pagar a los legatarios antes de haber pagado a todos los acreedores (art. 1027 CC): si otros acreedores aparecen después del pago de los legados el artículo 1029 CC determina que éstos solo podrán reclamar a los legatarios en el caso de no quedar bienes suficientes en la herencia para satisfacer sus créditos (*vid.* supuestos concretos, art. 858.2 y art. 891 CC). Pero como el beneficio de inventario depende solo de la voluntad del heredero (art. 1003 CC) no puede dejarse en sus manos la conservación y la integridad del patrimonio hereditario. Por ello parece lógico que esta posibilidad se atribuya a los demás interesados, sean acreedores hereditarios, sean acreedores del causante, o legatarios; y según la opinión de las autoras Sainz-Cantero y Martos Calabrús, especialmente a éstos es a quienes se otorga el beneficio de separación no declarado legalmente.

Con la Ley de Jurisdicción Voluntaria se introduce un beneficio de separación notarial, al extenderse las competencias del Notario en la partición, y poder entender de la oposición de los acreedores mientras no sean pagados o garantizados sus créditos. Si bien la atribución de este beneficio corresponde a los acreedores hereditarios a través de la oposición a la partición, y en consecuencia a la entrega de los bienes, o por la anotación preventiva del derecho hereditario (art. 42.6 LH) en cambio el de los legatarios, solo a través de la anotación preventiva, dependiendo esta de la clase de legados.

Este derecho de separación atribuido a los acreedores hereditarios por el artículo 1082 CC, como se adelantó, se identifica en la oposición a la partición, coincidiendo la doctrina en que vale cualquier tipo de ésta, incluso en la realizada por el testador o cuando no hay más que un heredero, ya que lo verdaderamente determinante es que los bienes no se hayan integrado en el patrimonio del sucesor.

Así como el beneficio de inventario y el beneficio de separación procuran la separación de patrimonios tanto a favor del heredero como de los acreedores del causante, cuando se trata de ordenar la administración y liquidación del patrimonio hereditario no podía ignorar el Código Civil que el libre ejercicio del *ius delationis* por el heredero puede resultar perjudicial a sus propios acreedores; bien porque alargue indolentemente el ejercicio de tal derecho, bien porque repudie una herencia que podrá procurarle la solvencia necesaria para satisfacerlos, bien porque acepte pura y simplemente una herencia dañosa (art. 1001 CC). Y aunque de estos acreedores no se ocupa el sistema sucesorio del Código Civil –sí se ha ocupado la doctrina– por el hecho de ser llamado su deudor a esa herencia estos acreedores pueden verse

perjudicados gravemente en el ejercicio del *ius delationis*. No obstante, su defensa se estructura a través del artículo 1034 CC, que declara que, aunque no pueden intervenir los acreedores del heredero en las operaciones de la herencia aceptada a beneficio de inventario por la preferencia de los acreedores de la misma y de los legatarios sobre aquellos, «podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del heredero», su deudor (*vid.* art. 166.1 RH). Y sin esperar a que ese remanente este determinado tras la liquidación, nuestro sistema permite el embargo del derecho hereditario (art. 1034 CC).

Estas dos medidas a las que se alude tienen un alcance diferente a juicio de las autoras. Por una de ellas se requiere al heredero para que conserve a disposición del juzgado, bajo su responsabilidad, el remanente de los bienes que puede resultar en favor del heredero, después de pagar las deudas de la herencia y legatarios; en cambio, el embargo del remanente que puede resultar a favor del heredero es el embargo preventivo previsto en los artículos 584 y siguientes LEC, y en particular si hay inmuebles en el caudal, procederá la anotación preventiva del embargo (arts. 629 LEC y 42.2, 44 y 73 LH). Desde el aspecto registral la anotación preventiva para que pueda llevarse a cabo se hará sobre el derecho del heredero en todo el causal relicto, mientras no se produzca la partición; el artículo 46 LH se refiere a quien está legitimado para instar la anotación preventiva del embargo del derecho hereditario (RDGRN 1.12.2006); y en cuanto al modo de practicarla es el artículo 166.1 RH (RDGRN 31.1.2019), anotación preventiva que será calificada si el heredero-deudor no le ha correspondido titularidad registral alguna una vez realizada la partición. Si por el contrario se produce el apremio del derecho hereditario embargado la subasta se refería a ese título hereditario pudiendo quedar el derecho del acreedor vacío de contenido (arts. 1082 CC y 782.5 LEC).

Se termina el interesante y meticuloso estudio de la liquidación de la herencia procurando, por una parte, determinar qué otras facultades tienen los acreedores particulares del llamado a una herencia: la *interpellatio* al llamado, la aceptación de la herencia cuando el llamado repudia (art. 1001 CC), la situación cuando se produce la aceptación del heredero en perjuicio de sus acreedores por ser una herencia insolvente (art. 1000 CC); igualmente se analiza la situación en caso de muerte del concursado antes de haber concluido el concurso, o de declaración de concurso del patrimonio hereditario una vez abierta la sucesión (*vid.* capítulo 1 y 5). También hay que señalar que los acreedores del heredero no pueden solicitar la declaración de concurso de la herencia, a diferencia de los acreedores hereditarios que sí hacerlo (art. 3.1 LC), y una vez fallecido su deudor, están legitimados para solicitar el concurso de la herencia (art. 3.4 LC). Por último, reseñar que los acreedores particulares del heredero podrán intervenir en la partición para evitar que esta se haga en fraude de sus derechos.

En resumen, un libro muy necesario, exhaustivo en el tratamiento de los temas, y en el que las autoras proponen soluciones coherentes y asumibles a toda una serie de intrincados problemas del Derecho de sucesiones.

Teodora F. TORRES GARCÍA
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Valladolid

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ (Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Carlos III de Madrid), María del Rosario DÍAZ ROMERO (Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid), Alfredo FERRANTE [Profesor asociado, Universidad Alberto Hurtado (Chile)], Martín GARCÍA-RIPOLL (Catedrático de Derecho civil, Universidad de Murcia), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid), Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN [Profesora Titular de Derecho Civil (Acreditada CU), Universidad Autónoma de Madrid]

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

BEIGNIER, B.: «Pour un Nouveau Code civil», *RDS*, 2019, núm. 13, pp. 813-820.

Las recientes modificaciones legales en materia civil han llevado a un sector de la doctrina a defender la redacción de un nuevo código civil en Francia. Argumentos. (*R. A. R.*)

BUY, F.: «La (décevante) réforme de droit des relations commerciales», *RDS*, 2019, núm. 20, pp. 1122-1128.

Estudio a propósito de las ventajas e inconvenientes de un Código mercantil, y la reforma del derecho de obligaciones y contratos en Francia. (*R. A. R.*)

CABRILLAC, R.: «Un Code européen des affaires, une chance pour la construction européenne», *RDS*, 2019, núm. 21, pp. 1191-1195.

El derecho europeo ha influido positivamente en todos los países de la Unión, y actualmente se está en un punto de desarrollo importante en el ámbito mercantil, dada la necesidad de un mercado único. El autor analiza la posibilidad, como ocurrió en materia civil, de la elaboración de un código europeo mercantil. (*R. A. R.*)

FORTUNATO, S.: «Sull'abuso del diritto e sull'abuso dell'abuso», *RDC*, 2019, núm. 2, pp. 321-344.

Reflexiones sobre el tratamiento de la figura del principio general que prohíbe el abuso del derecho: diferencias entre la falta de tutela expresa por el legislador y la aplicación del principio por la jurisprudencia. (*M.R.D.R.*)

LEMOULAND, J.J.: «Simplifier et recentre le rôle du juge dans le domaine de la protection des majeurs», *RDS*, 2019, núm. 15, pp. 827-832.

La nueva reforma en materia de protección de mayores también incluye un nuevo papel de los jueces en el procedimiento. (*R. A. R.*)

NATUCCI, A.: «Note sull'origine e il significato di *ius*», *NGCC*, 2018, núm. 12, pp. 1820-1835.

Análisis del origen y de la etimología del término romano *ius*. (*Alma R.G.*)

DERECHO DE LA PERSONA

ARCHAMBAULT, L./TIGAUD, B.: «La directive PNR et son articulation avec le RGPD: l'instauration d'un fichier de données des passagers aériens, outil efficace de la lutte contre le terrorisme et respectueux des données personnelles?», *GP*, 2019, núm. 6, pp. 13 ss.

La protección de datos frente a la transmisión de datos de empresas aéreas ante la lucha contra el terrorismo. Problemas de coordinación entre ambas finalidades. (*R. A. R.*)

BOZZI, L.: «La parabola del diritto a conoscere le proprie origini: Brevi riflessioni», *NGCC*, 2019, núm. 1, pp. 170-178.

Artículo que analiza la ponderación que ha de hacerse entre el derecho de una persona a conocer sus propios orígenes y el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales de los que son titulares los parientes de esa persona, por ejemplo, sus hermanos biológicos. (*Alma R.G.*)

CARICATO, C.: «Il cambiamento del nome della persona transessuale. A proposito di Corte eur. Dir. Uomo 11.10.2018», *NGCC*, 2019, núm. 2, pp. 307-314.

El caso resuelto por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2018 es una buena muestra de la interpretación evolutiva del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que afronta la cuestión de si la negativa de la autoridad italiana a autorizar a una persona transexual el cambio de nombre durante el tránsito de la modificación del sexo, y antes de su completa conversión, constituye una vulneración desproporcionada del derecho de la persona al respeto de su vida privada ex artículo 8 de la CEDH. (*Alma R.G.*)

CASINI, C.: «La capacità giuridica del concepito», *DFP*, 2019, núm. 1, pp. 282-291.

Artículo que profundiza en los argumentos actualmente existentes para proponer el reconocimiento de la capacidad jurídica del concebido y no nacido. (*Alma R.G.*)

CAVANA, P.: «La scelta dell'ora di religione come un diritto assoluto privo di limiti (temporali)? Una discutibile sentenza del Consiglio di Stato», *DFP*, 2019, núm. 1, pp. 37-55.

Artículo que profundiza sobre el derecho a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia, a partir del comentario de una reciente decisión del Consejo de Estado, confirmando una discutida sentencia del TAR Molise de 2012, que consagra el principio según el cual sería posible solicitar la exoneración de la enseñanza de la asignatura de religión católica también en mitad del curso escolar. (*Alma R.G.*)

D'ANTONIO, V.: «Predicazione porta a porta, “archivi” di dati personali e tutela della riservatezza», *NGCC*, 2019, núm. 2, pp. 319-332.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el derecho a la intimidad y el derecho de protección de datos personales en el caso concreto de los Testigos de Jehová cuando recogen datos personales en su labor de predicación individual. (*Alma R.G.*)

DURANTE, V.: «Sequestro di siti internet per lesione della reputazione: i discutibili approdi giurisprudenziali», *NGCC*, 2018, núm. 12, pp. 1878-1889.

La cuestión del secuestro de los contenidos transmitidos a través de Internet es uno de los más debatidos en la actualidad desde el momento en que, frente a una lesión de la reputación cometida *on line*, el sujeto dañado solicita la adopción de una medida cautelar dirigida a obtener en un breve plazo de tiempo la remoción de los mensajes difamatorios. (*Alma R.G.*)

ESPOSITO, M.S.: «Pubblicità delle informazioni fiscali e tutela della riservatezza nel nuovo contesto tecnologico-informatico», *NGCC*, 2018, núm. 12, pp. 1765-1774.

Comentario a la ordenanza de la Corte de Casación de 11 de junio de 2018 n. 15075 acerca de la validez de la publicación *on line* de las informaciones relativas a los datos fiscales y a las ganancias de los contribuyentes. (*Alma R.G.*)

GALLI, S.: «I diritti della personalità (immagine) e d'autore (interviste) di un personaggio sportivo famoso: fra diritti di cronaca-critica e sfruttamento commerciale», *Dir. Aut.*, 2018, núm. 3, pp. 317-459.

El artículo trata los derechos de la personalidad de los famosos y su eventual relación con el derecho de autor: la participación en un evento deportivo implica exclusivamente un consentimiento general (también tácito) a la utilización de la imagen del participante en dicho evento, pero en ningún caso supone un consentimiento para el posterior uso de su imagen y la reproducción de esta en medios audiovisuales (DVD) destinados a la venta. (*Alma R.G.*)

LO IACONO, P.: «Neutralità della scuola pubblica e divieto di pregare: riflessioni sulla laicità e sul laicismo», *DFP*, 2018, núm. 4, pp. 1442-1477.

Artículo dedicado al ámbito de la libertad religiosa: se profundiza, en particular, en los requisitos de legalidad de los actos de culto que tienen lugar en el interior de la escuela pública, la restricción de las prácticas religiosas al tiempo de las actividades extraescolares, los actos de culto como expresión de la libertad religiosa y de conciencia de los estudiantes y de sus familias. (*Alma R.G.*)

PERRINO, S.P.: «Gli embrioni “corpo del reato” e gli aventi diritto alla restituzione», *DFP*, 2018, núm. 4, pp. 1382-1408.

La primera sección civil del Tribunal de Milán, en su pronunciamiento de 3 de abril de 2017, ha declarado inadmisibile el recurso interpuesto por el Ministerio Público, en el cual solicitaba la intervención judicial para que el juez decidiera acerca de la identidad de las personas que tienen derecho a la restitución de embriones criopreservados puestos bajo secuestro. En el caso concreto se han constituido embriones en centros hospitalarios públicos con un procedimiento no conforme a la actual Ley de 19 de febrero de 2004 n. 40 reguladora de las técnicas de procreación médicamente asistida. En particular, se discute si los embriones podían ser restituidos a las personas que habían aportado su material biológico. De nuevo la sentencia se plantea el estatuto jurídico del embrión. (*Alma R.G.*)

PRIEUR, S.: «Reconnaissance faciale et droit(s): où en est la protection de la personne?», *GP*, 2019, núm. 8, pp. 13 ss.

Estudio a propósito de la reciente ordenanza núm. 2018-1125, de 12 de diciembre sobre protección de datos personales, que modifica la ley informática y de libertad núm. 78-17 de 6 de enero de 1978. Adaptación del Reglamento europeo sobre protección de datos 2016/679, de 27 de abril. Se discute la protección jurídica de la persona con la técnica de reconocimiento facial que afecta a la vida cotidiana del ciudadano. (*R. A. R.*)

TEYLLER-CAYROL, V.: «L’assistance du majeur protégé placé en garde a vue, encore en effort... A propos de l’article 48 de la loi 2019-222, de 23 de mars de 2019», *RDS*, 2019, núm. 22, pp. 1241-1247.

La protección de los mayores es uno de los temas esenciales en toda Europa y también en Francia. La ley de 2019-222, ha establecido un sistema de protección del mayor novedoso. (*R. A. R.*)

VALORI, S.: «Mini-réforme du droit des majeurs vulnérables», *GP*, 2019, núm. 19, pp. 14 ss.

La nueva reforma francesa de 2019 sobre la protección jurídica para los mayores vulnerables. Abundancia y repercusión, fundamentalmente en la práctica. (*R. A. R.*)

ZANOVELLO, F.: «Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali», *NGCC*, 2018, núm. 12, pp. 1775-1784.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 2 de julio de 2018 núm. 17278 que, en relación con la aplicación del Reglamento de la Unión Europea 2016/679 y del decreto legislativo de 10 de agosto de 2018 núm. 101 y del Reglamento de la UE en materia de privacidad y comunicaciones electrónicas, toma posición sobre la necesidad del consentimiento para el tratamiento de los datos personales con fines publicitarios. (*Alma R.G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALPA, G.: «Programmi e iniziative dell'Unione europea in materia di libera circolazione delle merci e responsabilità del produttore», *CI*, 2018, núm. 4, pp. 1247-1250.

La Comisión Europea ha elaborado, por una parte, un programa de coordinación de la normativa sobre calidad de los productos, su inserción en el mercado y sobre los controles y la responsabilidad por los daños por productos defectuosos; programa que está expuesto en la Comunicación 2016/C272/01. Además, ha publicado la Comunicación de 7 de mayo de 2018, que pone bajo examen los efectos de la Directiva de 1985 sobre responsabilidad por productos defectuosos y, aunque ha dado un juicio positivo de ella, también apunta que ciertos conceptos, como el de productor, producto y daño, son entendidos de modo diferente en los ordenamientos nacionales. A la vez confirma la naturaleza objetiva de la responsabilidad y su adaptación a las nuevas tecnologías digitales. (*Alma R.G.*)

ASTONE, A.: «Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n. 219», *DFP*, 2018, núm. 4, pp. 1508-1541.

Artículo en el que se da cuenta del paso del paternalismo médico a la autodeterminación del paciente. La relación médico-paciente y un conjunto articulado de disposiciones anticipadas del tratamiento conforman el contenido de la reciente Ley de 22 de diciembre de 2017 n. 219. En particular, el presente trabajo aborda los temas de la nutrición e hidratación artificial, la autodeterminación y el rechazo de los tratamientos médicos y el consentimiento de los menores e incapaces. (*Alma R.G.*)

AUBERT DE VINCELLES, C.: «Éclairage européen sur la banalisation de la notion de "service" en droit de la consommation. À propos de la modification du champs d'application de l'action de groupe par la loi ELAN», *RDS*, 2019, núm. 10, pp. 548-554.

Los problemas de la noción de servicio en derecho de consumo. La acción colectiva y su modificación legal. (*R. A. R.*)

BELLISARIO, E.: «Vittime del dovere e indennizzo ai superstiti: il *quomodo della compensatio*», *NGCC*, 2019, núm. 2, pp. 286-295.

En el caso resuelto por la sentencia de la Corte de Casación de 31 de noviembre de 2018 núm. 31007, los familiares de un militar fallecido por una enfermedad contraída por un problema medioambiental radioactivo durante una misión internacional, solicitan la condena al resarcimiento de los daños padecidos tanto *iure proprio* como *iure hereditatis*. El comentario profundiza en el tema de la indemnización otorgada a los familiares de la víctima en caso de fallecimiento y los criterios para la existencia de la *compensatio lucrum cum damno*. (*Alma R.G.*)

BOCCHINI, F.: «La sanità lesiva: ideologie e strategie a confronto», *CI*, 2018, núm. 4, pp. 1284-1322.

Artículo dedicado a la temática de la sanidad y la salud como técnica resarcitoria y, en particular, a la racionalización de la actividad sanitaria: carencias en la garantía de transparencia y en la tutela de los datos personales. (*Alma R.G.*)

BONARDI, I.: «La garantie du risque responsabilité civile décennale du constructeur à l'épreuve déclarée à l'assureur», *RDI*, 2019, núm. 4, pp. 196-201.

Garantía del constructor por riesgo conforme a la responsabilidad decenal en el contrato de obra. Existencia de seguro. (R. A. R.)

BUZ, V.: «Immer noch "allgemeine" Geschäftsbedingugen?», *AcP*, núm. 1, 2019, pp. 1-28.

El autor pone de manifiesto que el concepto de condiciones «generales» de la contratación, o contratos de adhesión, surgió para enfrentarse a condiciones que se aplicaban a una pluralidad de contratos. Sin embargo, la Directiva 93/13 CEE estableció en su artículo 3.2.II que «El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión» (cf. art. 82.2 TR LGDCU).

Como consecuencia de ello, muchos países admiten el control de las condiciones contractuales en los contratos B2C aunque no se trate de condiciones generales. En opinión del autor, no existe ninguna razón convincente para hacer depender el control de las cláusulas que protegen al particular de la característica «pluralidad de contratos». (M.G.-R.)

CASSANO, G.: «Ragazzini cyberbulli? Condannati i genitori ad un conspicio risarcimento», *DFP*, 2019, núm. 1, pp. 325-340.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Sulmona de 9 de abril de 2018 n. 103, que se enmarca en el debate acerca de la utilidad de la Ley 71 de 2017 sobre el cyberbullying. Las opiniones doctrinales acerca de la ley son polémicas: una parte de la doctrina alaba la naturaleza no represiva sino reeducativa de la ley; mientras que otro sector doctrinal destaca sus lagunas al excluir de su ámbito a los menores de 14 años y ciertas conductas materiales que se llevan a cabo diariamente dentro y fuera de las aulas. (Alma R.G.)

COHNEY, S./ HOFFMAN, D./SKLAROFF, J./WISHNICK, D.: «Coin-Operated Capitalism», *Colum. L. Rev.*, 2019, vol. 119, núm. 3, abril, pp. 591-676 (más anexo C, 18 páginas).

Se ofrece un estudio detallado de los instrumentos que sirven para el desarrollo de protocolos relativos a las que, *mutatis mutandis*, pueden ser definidas como ofertas de ventas relativas a las criptomonedas o *Initial Coin Offerings* (ICOs). Se presenta la revisión de los cincuenta ICOs de mayor recaudación del año 2017 y se destacan algunas fallas que comprometen la tutela de los inversores. Por ello, además de aportar datos importantes que contribuyen a que tanto juristas como economistas tengan una mejor comprensión de este mercado, se considera que la introducción de intermediarios confiables será el próximo paso necesario en cualquier maduración de esta novedosa forma financiera. (A.F.)

D'AMICO, G.: «Tutela consumeristica e parte soggettivamente complessa», *RDC*, 2019, núm. 1, pp. 25-49.

Reflexiones sobre la tutela de los consumidores, especialmente en los supuestos de sujetos complejos o plurales, como los condominios.

Especial estudio de la jurisprudencia de los supuestos de gestión de bienes comunes. (M.R.D.R.)

DELOGU, L./OLIVERO, L.: «Animali d'affezione e garanzia per vizi tra codice civile e di consumo», *NGCC*, 2019, núm. 2, pp. 268-276.

El tema de fondo de la sentencia de la Corte de Casación de 25 de septiembre de 2018 n. 22728 es la relación sistemática entre la normativa de compraventa contenida en el Código Civil y la de la compraventa de bienes de consumo. En este marco, la Corte aprovecha la ocasión para pronunciarse sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de los animales en cuanto seres vivos, muy presente hoy en el sentimiento social y frecuentemente evocada en el curso de procedimientos judiciales tanto civiles como penales. (*Alma R.G.*)

FERRIÉ, S.M.: «La date des actes sous signature privé (après l'ordonnance du 10 février 2016)», *RDS*, 2019, núm. 12, pp. 652-656.

Los cambios legales introducidos en materia de contratos con la reforma de 2016 han llevado a la autora a analizar los efectos desde la fecha de firma de un contrato privado. (*R. A. R.*)

FINESSI, A.: «La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio», *NLCC*, 2018, núm. 6, pp. 1307-1337.

Análisis de la nueva regulación introducida por el d.lgs. 21 maggio 2018, núm. 62, sobre contratos de viaje, en aplicación de la Directiva 2015/2302/UE.

Reflexiones sobre el concepto de falta de conformidad, incumplimiento por los organizadores de servicios de viaje y remedios contractuales. (*M.R.D.R.*)

FRATTARI, C.: «La realizzabilità del contratto di garanzia finanziaria nelle ipotesi di insolvenza del beneficiario», *NGCC*, 2019, núm. 2, pp. 223-231.

Con el segundo pronunciamiento sobre la Directiva n. 47/2002 CE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interviene aclarando la cuestión de la viabilidad del contrato financiero con garantía real en caso de insolvenza del beneficiario, precisando los términos y condiciones de los modos de ejecución de tal garantía y consagrando, definitivamente, el predominio de la autonomía privada en el ámbito de tales elecciones. (*Alma R.G.*)

GAIARDO, P.: «L'obligation du garagiste: une obligation de resultat doublement atténuée?», *RDS*, 2019, núm. 27, pp. 1489-1491.

Contrato de garaje. Obligaciones del titular del garaje. ¿Obligación de resultado? (*R. A. R.*)

GALLI, F.: «La nullità della clausola MFN nei contratti tra agenzie di intermediazione telematiche e imprese algerghiere», *NLCC*, 2018, núm. 6, pp. 1387-1425.

Análisis de la nueva regulación introducida por el artículo 1.166 de la ley 4 de agosto de 2017, núm. 124, sobre mercado y competencia, con especial tratamiento de los acuerdos online de agencias de viaje y empresas hoteleras.

Nulidad de la cláusula MFN y estudio comparado con el derecho francés y austriaco. (*M.R.D.R.*)

GREINER, S.: «Wille und Interesse, Altruismus und Egoismus im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag», *AcP*, núm. 2, 2019, pp. 211-253.

Voluntad e interés son, desde distintos puntos de vista, los polos de la gestión de negocios ajenos sin mandato. El § 677 BGB nombra la voluntad de realizar un negocio «para otro» como presupuesto de la «auténtica» gestión. Por su parte, el § 683.1 BGB hace presupuesto de la pretensión de indemnización de gastos –la *actio contraria*– el que la gestión esté de acuerdo con la voluntad y el interés del dueño del negocio. Por tanto, el BGB privilegia el comportamiento altruista y sanciona o castiga el egoísta que actúa en una esfera ajena.

La visión anterior es, sin embargo, discutida con frecuencia por la doctrina más moderna. Numerosas opiniones, especialmente en la más alta jurisprudencia, consideran el sentido y finalidad de la gestión de negocios ajenos sin mandato la compensación valorativamente neutra de ventajas y desventajas patrimoniales al actuar en ámbitos jurídicos ajenos. (*M.G.-R.*)

HABERSACK, M./ERHL, M.: «Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer –*de lege lata* und *de lege ferenda*», *AcP*, núm. 2, 2019, pp. 155-210.

Responsabilidad de las empresas interiores por lesiones de los derechos fundamentales causadas por proveedores extranjeros.

Hace ya seis años del caso «Rana Plaza»: el hundimiento de una fábrica textil de ocho plantas en Bangla Desh en 2013 provocó la muerte de 1.100 personas, en gran medida costureras que habían sido obligadas por los dueños de la fábrica a ejecutar su trabajo, a pesar de que el edificio estaba oficialmente cerrado por grandes grietas en sus paredes.

Frente a la tradicional responsabilidad de la empresa del país donde se producían estas desgracias, en tiempos recientes se alzan voces que piden una mayor responsabilidad de las empresas extranjeras, en tanto beneficiarias de la cadena de creación de los bienes. (*M.G.-R.*)

IMBRUGLIA, D.: «Le regole della buona fede nell'età della ricodificazione: il caso della “clausole résolutoire”», *NGCC*, 2018, núm. 11, pp. 1657-1664.

Estudio de la reforma francesa sobre las normas aplicables al incumplimiento del contrato y, en particular, sobre la nueva regulación del remedio de la resolución contractual. En particular, análisis de la aplicación que la jurisprudencia ha ido llevando a cabo del artículo 1225 del Código Civil francés y la cláusula resolutoria. (*Alma R.G.*)

ITALIA, E.: «La modifica della domanda: dal contratto all'ingiustificato arricchimento», *NGCC*, 2019, núm. 2, pp. 249-260.

Siguiendo su sentencia de 15 de junio de 2015 n. 12310, que por primera vez admite la modificación de la demanda ex artículo 183 párrafo 6.º del código procesal civil, la Corte de Casación aplica tal principio a la hipótesis del paso de la demanda de cumplimiento contractual a la demanda de enriquecimiento sin causa. En concreto, la sentencia examina el fundamento normativo que permite dicha modificación (por ejemplo, conexión por alternatividad). (*Alma R.G.*)

KLESTA, L.: «Variazioni sul tema del risarcimento sanzionatorio nel progetto francese di riforma della responsabilità civile», *NGCC*, 2018, núm. 12, pp. 1869-1877.

La reciente sentencia de la Corte de Casación de 5 de julio de 2017 n. 16601 consagra la tesis de los daños punitivos. En Francia el proyecto de reforma de la responsabilidad civil de marzo de 2017 prevé en el artículo 1266-1 del Código Civil el resarcimiento sancionatorio estructurado sobre el beneficio económico obtenido por el autor de la «culpa lucrativa». (*Alma R.G.*)

KOZIOL, H.: «Die Sicherstellungshaftung –eine weitere Spur im Haftungsrecht?», *AcP*, núms. 3-4, 2019, pp. 376-419.

Desde un citadísimo artículo de Josef Esser, llamado «Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts» (*la doble vía de nuestro Derecho de la responsabilidad extracontractual*), y publicado en 1953 (*JZ*, año 8, pp. 129-134), la doctrina alemana suele distinguir entre responsabilidad extracontractual derivada de la culpa y del riesgo. Sin embargo, el conocido autor austriaco del trabajo que aquí se comenta rechaza que haya solo dos vías (*Spuren*) de la responsabilidad civil extracontractual. Aquí se centra en lo que llama la responsabilidad por garantía (*Sicherstellungshaftung*). Pone como ejemplos la responsabilidad del dueño de un inmueble por las cosas que caen de él (§ 1318 Cc austriaco; cf. art. 1910 Cc español), la responsabilidad del posadero (§ 701 BGB; cf. arts. 1783 y 1784 Cc español), la responsabilidad del importador en la Unión Europea conforme a la Directiva 1985/374, de Daños Causados por Productos Defectuosos, etc. (*M.G.-R.*)

LUCCHINI, E.: «Il contratto di “leasing” finanziario alla luce della legge n. 124/2017», *NGCC*, 2019, núm. 1, pp. 179-185.

Con la aprobación de la ley de 4 de agosto de 2017 núm. 124 (*Legge Concorrenza*), que entró en vigor el 29 de agosto de dicho año, se ha tipificado el contrato de leasing financiero. El artículo estudia, entre otros extremos, las partes contratantes, los riesgos, la opción de adquisición del bien y la resolución del contrato. (*Alma R.G.*)

LÜTTRINGHAUS, J.: «Kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche bei “ethischen” Produkten und öffentlichen Aussagen zur Corporate Social Responsibility. Zugleich ein Beitrag zur Weite des Beschaffensbegriff des § 434 BGB», *AcP*, núm. 1, 2019, pp. 29-62.

El artículo trata sobre la gran cantidad de productos ecológicos, «bio», «de comercio justo», etc. que se venden, y que muchas veces no lo son. Ante estos timos (*Schwindel*) en las etiquetas, pueden plantearse, junto a sanciones penales, acciones de competencia desleal; pero estas no pueden ser utilizadas por el consumidor inmediato. Desde el punto de vista del comprador sería sin duda más ventajoso ejercitar acciones de garantía de la compraventa contra el vendedor. Así podría aquel, según el caso, resolver la compraventa o reducir el precio. (*M.G.-R.*)

MARKWORTH, D.: «Die Dogmatik der Selbstvornahmetatbestände des Leistungstörungsrechts. Zugleich ein Plädoyer für eine Erweiterung des Kaufmangelgewährleistungsrechts», *AcP*, núm. 1, 2019, pp. 63-99.

En el Derecho del incumplimiento de la prestación existen supuestos de hecho que autorizan al acreedor a que lleve a cabo una «autoejecución» (*Selbstvornahme*) de su pretensión de eliminación del defecto. Destaca sobre todo el caso del § 637 BGB en relación con el § 634, núm. 2; conforme a este supuesto, incluido en el contrato de obra, «El comitente puede eliminar él mismo un defecto de la obra tras el transcurso sin éxito del plazo añadido (*Nachfrist*) para el cumplimiento fijado por él al contratista, y puede exigir además indemnización de los gastos necesarios».

Por el contrario, no existe en el derecho de garantía de los vicios de la compraventa ningún supuesto de hecho de autoejecución. El autor trata esta laguna legal y defiende que se extienda también a la compraventa. (*M.G.-R.*)

MASONI, R.: «Il principio di autodeterminazione in materia medico-sanitaria nelle d.a.t. e nella p.c.c., di cui alla l.n. 219 del 2017», *DFP*, 2019, núm. 1, pp. 341-358.

Análisis de la Ley núm. 219 de 22 de diciembre de 2017, que regula el consentimiento informado del paciente como fundamento para todo tratamiento e intervención médica. (*Alma R.G.*)

MASPES, I.: «La nullità sopravvenuta», *CI*, 2018, núm. 4, pp. 1348-1382.

Artículo dedicado a la categoría de la nulidad sobrevenida y al intento de clasificación de las distintas hipótesis que pueden integrarla: nulidad sobrevenida por efecto de una norma imperativa posterior a la celebración del contrato, nulidad sobrevenida como consecuencia de circunstancias externas que inciden sobre la validez de la regulación negocial y nulidad por sobrevenida caducidad de un contrato coligado en el ámbito de una operación compleja para cuya realización se requiere de la ejecución por más contratantes. Además, profundiza en la categoría de la nulidad sobrevenida en la reforma del derecho francés de obligaciones. (*Alma R.G.*)

MATTERA, R.: «Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?», *NGCC*, 2019, núm. 1, pp. 198-207.

La decisión procedente del robot entre el derecho y la informática: se estudia qué hipótesis serían reconducibles a dichas decisiones negociales, los *smart contracts* y las negociaciones de los algoritmos en el ámbito financiero. (*Alma R.G.*)

MAZOUZ, A.: «En roue libre: responsabilité civile et trottinette électrique», *GP*, 2019, núm. 23, pp. 16 ss.

Los patinetes eléctricos invaden las calles de París, como en el resto de Europa. La autora se plantea el régimen de responsabilidad civil aplicable ante los casos de accidentes. (*R. A. R.*)

MENAR, B.: «La fixation du prix dans les contrats de prestation de service à la lumière de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux», *RTDC*, 2019, núm. 2, pp. 263-279.

El anteproyecto de reforma del derecho de contratos en Francia se ha centrado en este momento en los contratos en particular. Ello ha llevado al autor a analizar los contratos de servicios, y concretamente, la fijación del precio. (*R. A. R.*)

NOVELLA BUGETTI, M.: «La disciplina del consenso informato nelle legge 219/2017», *RDC*, 2019, núm. 1, pp. 106-129.

Reflexión sobre el consentimiento informado y disposiciones anticipadas al tratamiento, con ocasión de la ley de 27 de diciembre de 2017, núm. 219, sobre Normas en materia de consentimiento informado y de disposiciones anticipadas de tratamiento. (*M.R.D.R.*)

PARENZO, B.: «Tardiva registrazione del contratto di locazione: il limite temporale della sanatoria *ex tunc*», *NGCC*, 2019, núm. 2, pp. 241-248.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 20 de diciembre de 2018 núm. 32934, decisión que confirma la más reciente orientación jurisprudencial en el tema de los efectos jurídicos que tiene la falta de inscripción del contrato de arrendamiento: de tal falta deriva una nulidad subsanable mediante una posterior inscripción, la cual posee eficacia retroactiva. (*Alma R.G.*)

PELLIER, J.D.: «Une figure méconnue: la cession de l'émolument de la créance», *RTDC*, 2019, núm. 2, pp. 229-242.

El autor critica el abandono de la figura de la cesión de los rendimientos del crédito a costa del desarrollo de la cesión de crédito. El autor considera que la cesión de los rendimientos, como cesión del producto generado por el crédito es muy importante, y el cesionario tiene el derecho a percibir el beneficio, no el crédito. Puede ser una operación útil cuando el crédito no puede cederse o en caso de indivisibilidad. (*R. A. R.*)

PONZANELLI, G.: «Il nuovo statuto del danno alla persona è stato fissato, ma quali sono le tabelle giuste?», *NGCC*, 2019, núm. 2, pp. 277-285.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 31 de enero de 2019 n. 2788, sobre el resarcimiento del daño moral de manera independiente y autónoma y la aplicación de los baremos judiciales para el cálculo de la cuantía del daño. (*Alma R.G.*)

RÖTHEL, A.: «Leibsein als deliktisches Schutzgut. Menschliche Physis und Dogmatik des § 823 Abs. 1 BGB», *AcP*, núms. 3-4, 2019, pp. 420-456.

Estudio filosófico-jurídico del cuerpo (*Körper, Leib*) como bien jurídico protegido en el § 823 BGB, referido a la responsabilidad extracontractual. (*M.G.-R.*)

SALANITRO, H.: «Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella», *NGCC*, 2018, núm. 11, pp. 1676-1683.

Estudio de la nueva regulación de la responsabilidad civil médica en la Ley núm. 24 de 2017, en particular, análisis de determinadas cuestiones: imperatividad de las normas y disponibilidad de los regímenes de responsabilidad, la responsabilidad del médico auxiliar y de la entidad hospitalaria. (*Alma R.G.*)

— «Il consenso, attuale o anticipato, nel prisma della responsabilità medica», *NLCC*, 2019, núm. 1, pp. 125-151.

Análisis de la responsabilidad del médico en los acuerdos de interrupción del tratamiento terapéutico. Revisión de la figura de la objeción de conciencia. (M.R.D.R.)

VVAA: «Actes de Colloque. Événement traumatique collectif et dommage individuel», *GP*, 2019, núm. hors serie 1, marzo.

Diversos artículos sobre los supuestos de responsabilidad civil en los casos de daños colectivos por actos terroristas. (R. A. R.)

VVAA: «Actes de Colloque. Réactivité et adaptation dans la vie des affaires», *GP*, 2019, núm. hors serie 3, 19-junio.

Diversos artículos sobre los cambios en el Derecho de obligaciones y contratos debidos a los nuevos tiempos. (R. A. R.)

WHITTAKER, S.: «Unfair Term in Commercial Contracts and the Two Laws of Competition: French Law and English Law Contrasted», *Oxford J. Legal Stud.*, 2019, vol. 39, núm. 2, marzo, pp. 404-434.

El autor realiza un interesantísimo estudio comparativo sobre la abusividad de las cláusulas en los contratos entre profesionales en los ordenamientos francés e inglés. De este modo, demuestra que la legislación gala prevé dos controles positivizados en el Código de Comercio y en el Código Civil, en el marco de la competencia desleal y en los contratos de adhesión, basados en el desequilibrio significativo. En cambio, en ámbito inglés, la tutela se concreta principalmente mediante cláusulas de exención y cláusulas de penalización. Sin embargo, se observa que este aspecto se complementa con un código de buenas prácticas, sustentado en la equidad y la buena fe. (A.F.)

WITSCHEN, S.: «Haftung und Versicherung bei Gefälligkeiten», *AcP*, núm. 2, 2019, pp. 300-340.

Responsabilidad y seguro por favores. El concepto de «favor» (*Gefälligkeit*) describe en el lenguaje común situaciones en las que alguien realiza una prestación en interés ajeno, a la cual no está obligado y por la que no exige una contraprestación.

La responsabilidad en tales situaciones ocupa a la ciencia y a la práctica alemanas desde la entrada en vigor del BGB. El trabajo se centra en tres ámbitos. En la primera parte trata la cuestión de si en caso de favores surge una relación obligatoria contractual o similar a la contractual, de la cual puede derivarse una responsabilidad conforme al § 280 BGB (indemnización por incumplimiento de la obligación). La segunda parte se refiere a las distintas opiniones que pretenden una limitación de la responsabilidad extracontractual en caso de favores. La tercera sección plantea el caso de que el receptor de un favor pueda haber asegurado el daño que el dador le pueda causar, y si esto puede descargar de responsabilidad al favorecedor dañante. (M.G.-R.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

AUBRY, M.C.: «Attributions gratuites d'actions et régime de communauté», *RDS*, 2019, núm. 15, pp. 833-839.

Donación de acciones a un grupo de personas y su sometimiento al régimen de comunidad del Código. (R. A. R.)

BUSANI, A.: «L'usufrutto rotativo su strumenti finanziari in portafoglio», *RDC*, 2019, núm. 1, pp. 130-158.

Reflexiones sobre la figura compleja dentro de los productos financieros basada en el denominado usufructo rotativo de carteras de inversión, con acuerdos de disfrute rotativo de un usufructo con objeto de capital y activos dinámicos. (*M.R.D.R.*)

CONTALDO, A.: «Gli accordi internazionali bilaterali per le coproduzioni cinematografiche italiane», *Dir. Aut.*, 2018, núm. 4, pp. 429-451.

Artículo dedicado a la normativa sobre tutela de la producción audiovisual y la coproducción en el ordenamiento italiano: la coproducción internacional es una de las prácticas frecuentes en los países europeos para preservar la identidad nacional y, al mismo tiempo, reforzar una industria creativa como la cinematográfica. La escasa disponibilidad de recursos financieros en el mercado común y la tendencia de las televisiones nacionales a reducir los precios de adquisición de derechos de transmisión ha conducido a un incremento de los proyectos cinematográficos realizados en régimen de coproducción, incentivados por las instituciones europeas a través de la Convención Europea Cinematográfica de 1992. (*Alma R.G.*)

CONTALDO, A./PELUSO, F.: «Fotografia riprodotta in Internet senza autorizzazione e diritto d'autore nella disciplina comunitaria», *Dir. Aut.*, 2018, núm. 3, pp. 410-420.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018 causa C-161/17 sobre la protección del derecho de autor de la obra fotográfica y la comunicación al público y sus límites. La sentencia da cuenta de un recurso presentado por un fotógrafo alemán, el cual, en calidad de autor de una fotografía encargada por una agencia de viajes para su uso en la web, había descubierto por casualidad que una escuela había utilizado dicha fotografía sin autorización alguna por su parte, lesionándose con ello su derecho de autor. Al parecer tal fotografía había sido colgada en la página web de la agencia de viajes sin hacer indicación de su restricción para impedir la posibilidad de descargar la misma. (*Alma R.G.*)

ENSER, N.: «Bansky or the art of conflicts of law», *RIDA*, núm. 259, enero 2019, pp. 5-60.

El artículo se centra en el análisis del arte urbano, en particular de los grafitis, y en el problema que se plantea cuando se crea una obra plástica en un soporte cuya propiedad no es del autor, sino de un tercero. En estos supuestos, colisionan los derechos del autor sobre su obra con el derecho de propiedad del propietario del soporte donde queda plasmada aquélla. El estudio se hace partiendo del artista callejero Bansky, famoso por sus obras plasmadas en los muros de los edificios, pero también por creaciones que se venden en subastas por millones de euros. Y trae a colación el caso, ocurrido hace poco, en el que un cuadro de este artista que fue vendido en la casa de subastas Sotheby's que, tras haberlo adquirido una persona, fue destruido por el propio autor a través de un mecanismo que él mismo había instalado dentro del cuadro. La autora divide en dos grandes bloques su trabajo: 1) las cuestiones relativas a la creación de obras en el entorno urbano; 2) las cuestiones que surgen cuando se produce la des-

trucción de una obra adquirida por un tercero. En el primer bloque, la autora abarca dos temas: a) la categorización del conflicto, esto es, si estamos ante una obra o ante una infracción -incluso, un ilícito penal-, cuando un artista decide hacer un grafiti; b) la resolución del conflicto entre los dos derechos de propiedad. En el segundo gran bloque, la autora desarrolla el caso de Banksy señalado y, en particular, la cuestión de la destrucción de la obra. Analiza este conflicto desde dos puntos de vista: 1) el punto de vista del autor; 2) el punto de vista del comprador de la obra. Respecto al primero, se plantea si la destrucción puede ser entendida como una manera de acabar o completar la obra. Atendiendo al punto de vista del comprador, también profundiza en dos cuestiones: a) la intención del comprador, que es adquirir una obra que él cree que tiene una determinada forma y que, después de haberla comprado, cambia radicalmente de aspecto porque su autor la modifica destruyéndola; b) si el comprador, una vez que ha tomado posesión material de la obra, puede restaurarla, haciendo prevalecer su interés sobre el del autor. (S.L.M.)

GALLI, S.: «I diritti della personalità (immagine) e d'autore (interviste) di un personaggio sportivo famoso: fra diritti di cronaca-critica e sfruttamento commerciale», *Dir. Aut.*, 2018, núm. 3, pp. 317-459.

Los derechos de la personalidad de los famosos y su eventual relación con el derecho de autor: la participación en un evento deportivo implica exclusivamente un consentimiento general (también tácito) a la utilización de la imagen del participante en dicho evento, pero en ningún caso supone un consentimiento para el posterior uso de su imagen y la reproducción de esta en medios audiovisuales (DVD) destinados a la venta. (Alma R.G.)

LAVAGNINI, S.: «Intelligenza artificiale e proprietà intellettuale: proteggibilità delle opere e titolarità dei diritti (*ri-pubblicato con le relative note*)», *Dir. Aut.*, 2018, núm. 4, pp. 452-470.

Artículo, que ya estaba publicado en otro número anterior de la revista, con la incorporación ahora de notas, sobre los usos de la inteligencia artificial en la propiedad intelectual, la función de la inteligencia artificial en el acto creativo y la tutela de los resultados en el ámbito del derecho de autor. (Alma R.G.)

— «Intelligenza artificiale e proprietà intellettuale: proteggibilità delle opere e titolarità dei diritti», *Dir. Aut.*, 2018, núm. 3, pp. 360-375.

Artículo relativo al fuerte impacto que va a suponer la inteligencia artificial sobre la propiedad intelectual, o aún mejor, sobre los sistemas de protección basados en la concesión de derechos exclusivos frente a un acto caracterizado por la creatividad. Ello puede implicar, sin duda, una nueva lectura del derecho de autor y del derecho sobre las creaciones. La Comisión Europea ha publicado el 25 de abril de 2018 una comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico Social y Europeo y al Comité Regional sobre el tema de la inteligencia artificial para Europa, que ha mostrado la urgencia de que la Unión Europea se ocupe, rápida e intensamente, de la inteligencia artificial para competir con Estados Unidos, país que ya en 2016 presentó una estrategia sobre inteligencia artificial. (Alma R.G.)

MENDOLA, A.: «Le invalidità della vendita forzata immobiliare», *CI*, 2018, núm. 4, pp. 1383-1415.

Tratamiento jurídico de los casos de nulidad del proceso ejecutivo de venta forzosa inmobiliaria, entre la exigencia de supresión de los actos jurídicos “imperfectos” y la protección del tercer adquirente y del tráfico inmobiliario. Se indaga en la naturaleza jurídica de la venta forzosa de inmuebles y la inaplicabilidad a la misma de la normativa sobre nulidad negocial. (*Alma R.G.*)

NALET, J.: «Loi ELAN et lotissement: comment donner d’une main pour (tenter de reprendre) de l’autre», *RDI*, 2019, núm. 6, pp. 316-319.

Estudio a propósito de la ley ELAN de 2018 sobre la reforma del Derecho inmobiliario en materia de copropiedad. (*R. A. R.*)

— «La contractualisation du règlement de lotissement», *RDI*, 2019, núm. 4, pp. 202-204.

El reglamento de la comunidad tras la ley ELAN. Tendencia a la contractualización con mayor margen de autonomía de la voluntad. (*R. A. R.*)

ROSSI, G.: «La nuova frontiera dell’economia condivisa: l’esempio del contratto assicurativo basato sul modello “Peer to Peer”», *CI*, 2018, núm. 4, pp. 1251-1264.

La economía compartida constituye una parcela dentro del fenómeno más amplio de la *sharing economy*, mediante la cual se pretende favorecer prácticas basadas en la reutilización en vez de en la adquisición de los bienes. Por ejemplo, se comparte el bien con otra persona. Se trata de un sistema que, en última instancia, posee como finalidad promover la comunidad de bienes, servicios y competencias, comunidad que puede tener lugar entre dos personas (*peer to peer*) o no (*business to peer*). La creciente importancia que ha adquirido esta forma de economía ha llevado al legislador italiano a aprobar la ley de 27 de junio de 2016, cuyo objeto es la regulación de la «Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi per la promozione dell’economia della condivisione». Esta normativa representa el primer intento de regular este fenómeno nuevo desde el punto de vista jurídico. (*Alma R.G.*)

VIRGADAMO, P.: «La protezione giuridica dell’opera d’arte ai confini del diritto d’autore (e oltre): dalla logica mercantile all’assiologia ordinamentale», *DFP*, 2018, núm. 4, pp. 1478-1507.

Artículo dedicado a la protección jurídica de los intereses públicos y privados en la reproducción de las obras de arte, en particular, trata cuestiones como el mercado del arte y el sentido de la autenticidad de la obra y la reproducción de una obra de arte no auténtica y el derecho de paternidad intelectual. (*Alma R.G.*)

VIVANT, M.: «Quand observer le panorama rend aveugle», *RDS*, 2019, núm. 20, pp. 1116-1121.

Los problemas que se plantean en materia de derecho de autor ante la propiedad literaria y artística. (*R. A. R.*)

VON BAR, Ch.: «Europäischen Grundfragen des Rechts des Besitzes und des rechtsgeschäftlichen Erwerbs von Sachenrechten», *AcP*, núms. 3-4, 2019, pp. 341-375.

El conocido autor pretende en este artículo exponer una teoría general de la posesión, aplicable a los distintos ordenamientos jurídicos europeos. También estudia la adquisición de derechos reales mediante negocio jurídico y la disposición de derechos por persona distinta de su titular.

El trabajo es amplio en sus objetivos y, por ello, poco profundo. Se puede destacar de sus afirmaciones sobre la posesión lo siguiente:

- la posesión no es un derecho real. La posesión no puede gravar un derecho ajeno, ni puede ser limitada por otro derecho. No hay tampoco un gravamen de la posesión por otra posesión; se desintegraría en el aire.
- la posesión es un concepto normativo, pero no solo no es un derecho subjetivo, sino que tampoco es un hecho.
- la palabra «posesión» debe ser empleada con cuidado en un contexto europeo, pues no pocos códigos civiles distinguen entre posesión y detentación. Aunque, en el fondo, ambos conceptos forman parte de un terreno jurídico común.
- es discutible donde termina la posesión y donde empieza el verdadero derecho real. Un vistazo a los distintos códigos civiles muestra que la posesión se trata en distintos lugares sistemáticos y que trata distintas materias.
- es difícil clasificar las distintas formas de aparición de la posesión. Ello se debe a la multiplicidad de las características que indican la presencia de la posesión.
- la posesión no es objeto de tráfico jurídico. No se puede ceder o de otra forma transmitir o adquirir, ni derivativa ni originariamente. La posesión se extingue y surge como algo nuevo.
- la finalidad de la posesión es la protección del *status quo*.
- el Derecho de la posesión autoriza y ocasiona el surgimiento, la extinción y la adquisición de derechos reales subjetivos. El caso más claro es el derecho de usucapión. (*M.G.-R.*)

VVAA: «Actes colloque. L'impact de la loi ELAN sur le Droit de la construction et de l'immobilier», *RDI*, 2019, núm. 1.

Número donde se recogen las distintas ponencias sobre la ley ELAN francesa y su influencia tanto en el contrato de obra como en el derecho inmobiliario en general. (*R. A. R.*)

VVAA: «La loi ELAN», *RDI*, 2019, núm. 2 y 3.

Números especiales sobre la ley de 2018, Ley ELAN, con diversos artículos sobre el tema. (*R. A. R.*)

ZECH, H.: «Die 'Befugnisse des Eigentümers' nach § 903 Satz 1 BGB – Rivalität als Kriterium für eine Begrenzung der Eigentumswirkungen», *AcP*, núms. 3-4, 2019, pp. 488-592.

Extenso trabajo sobre las facultades que corresponden al propietario. Según el § 903, primer inciso BGB, el propietario de una cosa «puede comportarse como quiera con la cosa y excluir a otros de cualquier intromisión». Según una fórmula corriente, la propiedad atribuye las facultades derivadas de la cosa de forma «general» (*umfassend*). Es habitual en la

doctrina considerar que este efecto atributivo no puede ser determinado de modo más concreto. Sin embargo, con la aparición de técnicas de reproducción como la fotografía o el tratamiento de datos, tal afirmación es ya insostenible.

Un vistazo a la historia del surgimiento de la propiedad muestra que esta se estructura sobre el dominio objetivo (*Sachherrschaft*) como facultad central. Su definición –como simple posibilidad de influencia o como posibilidad de defensa frente a perjuicios ajenos– no está todavía hoy aclarada de modo concluyente. Con todo, la referencia al objeto desempeña tradicionalmente un gran papel y parece suministrar también una justificación intuitiva para la amplia atribución de facultades.

Pero el entendimiento moderno de la propiedad, determinado constitucionalmente, lleva a rechazar que se puedan derivar del objeto declaraciones sobre la amplitud correcta de la propiedad.

La cuestión de la justificación del contenido mediante los derechos de exclusión ha alcanzado también la propiedad. Aquí aparecen cada vez más como claves los efectos económicos de la atribución jurídica.

Si se consideran las facultades atribuidas al propietario, se constata que dependen no tanto de la exclusividad fáctica del poseedor, sino de la rivalidad o contraposición de facultades entre los interesados. De ahí se puede obtener un criterio general sobre la amplitud de la atribución jurídica al propietario. (M.G.-R.)

DERECHO DE FAMILIA

AUCKLAN, C./ GOOLD, I.: «Parental Rights, Best Interest and Significant Harms: Who Should Have the Final Say Over a Child’s Medical Care», *C.L.J.*, 2019, vol. 78, núm. 2, julio, p. 287-323.

Frente al poder de los tribunales ingleses de adoptar providencias en tratamientos médicos del menor (como en *Great Ormond Street Hospital v Yates and Gard*, de 2017 y en *Alder Hey Children’s NHS Foundation Trust v Mr. Thomas Evans, Ms Kate James, Alfie Evans*, de 2018, entre otros), el autor analiza la relación entre su interés superior -argumento utilizado por estas cortes- y el derecho de los padres a tomar decisiones sobre la salud de su hijo. Los autores se preguntan si más que interés del menor, debería también tenerse en consideración otro factor: el de riesgo grave de un daño significativo. Este nuevo parámetro podría ser de ayuda para hacer constatar en qué casos el tribunal podría tomar decisiones menguando la autoridad parental. (A.F.)

BENANTI, C.: «La nuova “funzione” perequativo-compensativa dell’assegno di divorzio», *NGCC*, 2018, núm. 11, pp. 1601-1617.

Análisis de la sentencia de la Corte de Casación de 11 de julio de 2018 núm. 18287 sobre el fundamento de la pensión otorgada a uno de los cónyuges tras el divorcio, esto es, si la cuantía concreta de la pensión ha de ir referida al nivel de vida existente durante el matrimonio o bien ha de valorarse simplemente en función de que se permita a dicho cónyuge un modelo de vida económicamente autónomo y digno. (Alma R.G.)

BERNARD, Y.: «Les illusions de l'idéologie de l'indissolubilité du couple parental», *GP*, 2019, núm. 11, pp. 19 ss.

Los cambios en la concepción y el modelo de la familia, desde el Código civil de Napoleón y las modificaciones más importantes a partir de los años 60. La indisolubilidad de la pareja. (R. A. R.)

CASALE, C.: «Coniugi separati e litigiosi, la PAS e la Suprema Corte», *DFP*, 2019, núm. 1, pp. 9-36.

La temática del PAS (síndrome de alienación parental) vuelve de nuevo a la Corte Suprema con su pronunciamiento de 13 de septiembre de 2017 n. 21215. El tribunal ha señalado que, en el proceso judicial de separación conyugal, el juez debe analizar la idoneidad del padre y de la madre para desarrollar su función de progenitores, antes de adoptar decisiones sobre la custodia de los hijos. (*Alma R.G.*)

CHIARETTO, E.: «Libera circolazione dei coniugi dello stesso sesso nell'Unione europea», *NGCC*, 2018, núm. 12, pp. 1753-1764.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su decisión de 5 de junio de 2018 C-673/16, se pronuncia por primera vez sobre la noción de «cónyuge» en el sentido del artículo 2 apartado 2 letra a) de la Directiva 38/2004, a propósito del derecho a la reagrupación familiar del cónyuge del mismo sexo (ciudadano de un tercer estado) de un ciudadano de la Unión Europea que, después de haber ejercitado la libre circulación en un estado miembro, intenta establecerse en el país de origen, cuya ley no prevé el matrimonio entre personas del mismo sexo. (*Alma R.G.*)

CICERO, C./LEUZZI, A.: «Riconoscimento di matrimonio omosessuale all'estero e sua "degradazione" in unione civile», *DFP*, 2018, núm. 4, pp. 1268-1297.

Se ha entendido, desde una perspectiva tradicional que, aunque expresamente el Código Civil no se refiere a la diferencia de sexo como un requisito para contraer matrimonio, sin embargo, se concibe el concepto de matrimonio como la unión de un hombre y de una mujer. En coherencia con tal interpretación, la jurisprudencia clásica concluye que el matrimonio homosexual debe considerarse, sin duda, como un acto jurídicamente inexistente, sobre la base de que la ausencia del requisito sustancial de la diversidad de sexo de los cónyuges impide a tal figura adecuarse a la noción de matrimonio reconocida en el ordenamiento italiano. Moviéndose dentro de este marco, la jurisprudencia no dudaba de que estuviese cerrada la posibilidad de inscribir en Italia el matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo en cuanto contrario al orden público. Recientemente ha vuelto a ocuparse de esta cuestión la Corte de Casación, a la luz de la nueva normativa existente en Italia en tema de uniones de hecho contenida en la Ley de 20 de mayo de 2016 núm. 76. (*Alma R.G.*)

COCUCCIO, M.: «Il ritorno del coniuge "presunto morto": fra quiescenza e reviviscenza», *DFP*, 2019, núm. 1, pp. 292-304.

Artículo que trata de comprender la constatación de una anomalía del legislador: la contenida en dos preceptos del Código Civil, los artículos 65 y 68. Después de proclamarse la regla de que, una vez declarada judicialmente la muerte presunta de una persona, el cónyuge superviviente puede contraer nuevo matrimonio (art. 65), el artículo 68 CC la contradice señalando que el

matrimonio nuevo contraído es nulo cuando la persona, cuya muerte presunta fue declarada, o bien retorna o bien se determina su existencia. Se produce, por tanto, una paradoja: un matrimonio aparentemente finalizado, que revive, hace nulo un matrimonio que había sido válidamente contraído. (*Alma R.G.*)

DELLI PRISCOLI, L.: «*The best interest of the child* nel divorzio, fra affidamento condiviso e collocamento prevalente», *DFP*, 2019, núm. 1, pp. 264-281.

Artículo en el que se pone en tela de juicio el régimen de la custodia compartida del menor tras el divorcio de los padres: se discute su conveniencia en función de su adecuación al interés superior del menor. (*Alma R.G.*)

DI LORENZO, G.: «Tutela dell'identità personale e verità della procreazione. *Mors omnia solvit*», *DFP*, 2018, núm. 4, pp. 1569-1587.

Artículo dedicado al derecho a la identidad personal del hijo y al derecho al olvido de la madre: en primer lugar, se analiza la relevancia jurídica de la voluntad de la madre de no ser nombrada en el acta de nacimiento y, en segundo lugar, la constatación del estado de hijo matrimonial y la voluntad de la madre de conservar el anonimato. (*Alma R.G.*)

DUBOIS, CH.: «SOS d'un conjoint en détresse: Réflexion sur le statut (peu enviable) du conjoint commun en biens autorisant un cautionnement», *RTDC*, 2019, núm. 1, pp. 35-54.

Conflicto entre la regulación sobre régimen económico matrimonial y el derecho de garantías en el Código civil francés. Los conflictos presentes en el artículo 1415. Peligros para uno de los cónyuges por la petición unilateral de garantía del otro cónyuge sobre bienes. Falta de protección jurídica, que debe construirse. (*R. A. R.*)

ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, A.: «Contrat et autorité parentale: l'alliance des contraires?: Réflexions sur les conventions parentales à partir du divorce sans juge», *RTDC*, 2019, núm. 1, pp. 9-33.

Sometimiento a homologación judicial de los acuerdos parentales sobre el ejercicio de la patria potestad. A pesar de ello se pueden modificar siempre en interés del menor. En los casos de divorcio por mutuo acuerdo extrajudicial los acuerdos sobre los hijos queda fuera del control judicial inicial. ¿Es ello conciliable con la lógica contractual? Límites de la autonomía contractual en el tema. (*R. A. R.*)

FONTANA, D./SCHOENBAUM, N.: «Unsexing Pregnancy», *Colum. L. Rev.*, 2019, vol. 119, núm. 2, marzo, pp. 309-368.

El objetivo de los autores es constatar que el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en Estados Unidos ha generado la necesidad de remodelar algunos patrones tradicionales como, por ejemplo, la normativa que favorece solo a la mujer durante el período de embarazo. Aunque se trata de un evento biológico que se observa en mujeres, involucra todo un trabajo de cuidado prenatal que no recae únicamente en el cuerpo de la embarazada y que puede ser desarrollado por el otro progenitor.

En un esfuerzo de acercarse hacia la igualdad no solo entre los sexos, sino también a la igualdad para lesbianas, gays y padres transgénero, se considera necesario avanzar hacia una ley que tenga en consideración estos nuevos aspectos. (*A.F.*)

GIACOBBE, E.: «Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali», *DFP*, 2019, núm. 1, pp. 233-263.

Artículo sobre el derecho del nacido a tener un padre y una madre. Análisis, en particular, de ciertas hipótesis en las que puede producirse una ruptura del clásico principio: padres del mismo sexo, anonimato del parto, renuncia a la maternidad en la gestación por sustitución y la anterior inconstitucionalidad de la prohibición de la fecundación asistida de carácter heteróloga. (*Alma R.G.*)

GORGONI, A.: «Nuove genitorialità e filiazione», *NGCC*, 2019, núm. 1, pp. 162-169.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la relación de filiación existe no solo desde el punto de vista de la concesión de un estado civil al hijo sino también cuando un adulto ha asumido la responsabilidad de la educación y crecimiento de un menor. El artículo estudia el caso en el que la pareja inicia un proyecto de parentalidad llevado a cabo mediante las técnicas de procreación médicamente asistida, practicadas en Italia o en otro país, y el supuesto en que la pareja de hecho o el cónyuge de un progenitor biológico se comporta como progenitor también frente al hijo de su pareja o de su cónyuge. (*Alma R.G.*)

GRASSO, G.: «È possibile formare in Italia un atto di nascita con due genitori dello stesso sesso?», *NGCC*, 2018, núm. 11, pp. 1574-1582.

Análisis de la *Ordinanza* del Tribunal de Pisa de 15 de marzo de 2018 acerca de si la diversidad de sexo de los progenitores es un requisito indispensable para proceder al reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio. (*Alma R.G.*)

IRTI, C.: «I diritti sulla “casa di comune residenza” nelle convivenze di fatto disciplinate dalla l. 76 del 20 maggio 2016», *NGCC*, 2018, núm. 11, pp. 1665-1675.

Estudio del derecho de habitación sobre la vivienda en común de una pareja de hecho en la Ley 76 de 20 de mayo de 2016: en particular, naturaleza y oponibilidad del derecho del conviviente y de sus hijos a continuar viviendo en la casa común donde venían residiendo y extinción del derecho de habitación. (*Alma R.G.*)

KEATS CITRON, D.: «Sexual Privacy», *Yale L.J.*, 2019, vol. 128, núm. 7, p. 1870-1960.

El artículo se centra en la diferencia entre «expresión» e «intimidad» sexuales y destaca que esta última merece un reconocimiento y protección especial. Se enfatiza en que este resguardo urge a raíz de las nuevas tecnologías y la era digital, ya que se amplía la escala y el alcance del daño, incluso, manipulando imágenes o vídeos. Para contrarrestar la lesión, el artículo traza el concepto de intimidad sexual, desarrollando sus invasiones en el pasado y en el presente. Finalmente, se abordan posibles respuestas legales y de mercado, previniendo acerca de la insuficiente regulación penal y civil.

La autora concluye señalando que un nuevo enfoque y mejor normativa conllevará beneficios no solo para los individuos, sino para los grupos y la sociedad, dado que muchos abusos se han verificado con determinadas categorías de personas. (*A.F.*)

MARINONI, S.: «Il diritto dell'adottato a conoscere i fratelli/sorelle biologici. Il difficile temperamento fra identità personale e riservatezza», *DFP*, 2019, núm. 1, pp. 56-89.

La Corte de Casación italiana vuelve a ocuparse, en sus pronunciamientos de 29 de mayo de 2017 y de 20 de marzo de 2018, del delicado tema del derecho del adoptado al conocimiento y al acceso a la información sobre los orígenes y la identidad de su familia biológica. El juez tiene un rol esencial en esta cuestión, ya que debe proceder a la búsqueda de un concreto equilibrio entre el derecho de la persona adoptada a conocer sus orígenes y el respeto a la identidad y a la protección de los datos personales de otros sujetos afectados, como pueden ser los hermanos biológicos del adoptado. (*Alma R.G.*)

NOVELLA BUGETTI, M.: «L'affidamento del figlio adottato ai sensi dell'art. 44, lett. b), l. núm. 184/1983 a seguito del divorzio», *NGCC*, 2018, núm. 12, pp. 1795-1804.

A propósito de la sentencia del Tribunal de Padova de 6 de junio de 2018, se analiza la adopción del hijo del cónyuge ex artículo 44.b) de la ley 184/1983 y, en particular, el reparto de la responsabilidad parental entre el progenitor biológico y el progenitor adoptivo tras el divorcio. (*Alma R.G.*)

PACIA, R.: «Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio», *RDC*, 2019, núm. 2, pp. 409-443.

Comparación de la figura de las uniones civiles de hecho y el matrimonio, en relación con los efectos sucesorios, ley 20 maggio 2016, n. 76. (*M.R.D.R.*)

PALADINI, M.: «Il contenuto della “confessione” dell'acquisto personale nella comunione legale», *NGCC*, 2019, núm. 2, pp. 217-222.

La Corte de Casación, en su sentencia de 24 de octubre de 2018 n. 26981, vuelve a afrontar el tema de la naturaleza jurídica del contenido de la declaración con la que, en el régimen de comunión legal, un cónyuge participa del acto de adquisición llevado a cabo por el otro cónyuge, reconociendo que el dinero empleado posee naturaleza «personal», en cuanto procede de la venta de otro bien personal (artículo 179 párrafo 2.º del código civil). En particular, el problema afrontado en la sentencia, decidido de modo opuesto en una única ocasión en 2016, se refiere al objeto de la declaración del reconocimiento: si es suficiente, por tanto, que el cónyuge no adquirente reconozca genéricamente la naturaleza personal del dinero empleado, o si es preciso, con el fin de que la declaración pueda tener naturaleza de confesión, que haga una específica indicación de los bienes anteriormente vendidos. (*Alma R.G.*)

PANE, R.: «La procreazione medicalmente assistita tra istanze di rinnovamento e tutela del nato», *DFP*, 2018, núm. 4, pp. 1419-1441.

Artículo que se enmarca en las transformaciones estructurales y funcionales experimentadas por el Derecho de Familia, en especial, profundiza en determinadas cuestiones polémicas como la caída de la prohibición por parte del Tribunal Constitucional de la procreación médicamente asistida de tipo heteróloga, o el derecho del nacido en la procreación artificial heteróloga a conocer sus orígenes. (*Alma R.G.*)

PELLET, S.: «De l'avantage conyugal», *RDS*, 2019, núm. 5, pp. 265-269.

Problemas entre los cónyuges en los supuestos de sucesión y donación entre ellos. (R. A. R.)

PÉRÉS, C.: «Lien biologique et filiation. Quel avenir?», *RDS*, 2019, núm. 21, pp. 1184-1190.

Los problemas de la filiación ante los nuevos sistemas de fecundación. La fecundación in vitro y la gestación subrogatoria. (R. A. R.)

PERRINO, S.P.: «Gli embrioni “corpo del reato” e gli aventi diritto alla restituzione», *DFP*, 2018, núm. 4, pp. 1382-1408.

La primera sección civil del Tribunal de Milán, en su pronunciamiento de 3 de abril de 2017, ha declarado inadmisibile el recurso interpuesto por el Ministerio Público, en el cual éste solicitaba la intervención judicial para que el juez decidiera acerca de la identidad de las personas con derecho a la restitución de embriones crioconservados puestos bajo secuestro. En el caso concreto se habían constituido embriones en centros hospitalarios públicos con un procedimiento no conforme a la actual Ley 19 de febrero de 2004 n. 40 reguladora de las técnicas de procreación médicamente asistida. En particular, se discute si los embriones podían ser restituidos a las personas que habían aportado su material biológico. De nuevo la sentencia se plantea el estatuto jurídico del embrión. (*Alma R.G.*)

SAVI, G.: «La testimonianza *de relato ex parte* nell'accertamento dei comportamenti contrari ai doveri coniugali, addebitabili secondo l'art. 151, comma 2, c.c.», *DFP*, 2018, núm. 4, pp. 1336-1370.

El incumplimiento del deber de fidelidad conyugal implica una vulneración particularmente grave, la cual, conduciendo normalmente a la intolerabilidad de la continuidad de la convivencia entre los cónyuges, constituye, como regla general, una circunstancia suficiente para justificar la demanda de solicitud de separación frente al cónyuge incumplidor, siempre que no quede acreditado, a través de una valoración conjunta de la conducta de ambos cónyuges, la ausencia de nexos causal entre la infidelidad y la crisis conyugal, de modo que ya existiese con carácter previo una crisis matrimonial irremediable y una convivencia meramente formal. (*Alma R.G.*)

VALONGO, A.: «Il mancato riconoscimento del figlio nel quadro dell'illecito endofamiliare», *DFP*, 2018, núm. 4, pp. 1542-1568.

En la apertura cada vez mayor de la aplicación del Derecho de Daños a las relaciones familiares en Italia, se analiza en este artículo la admisión de la responsabilidad civil en las hipótesis de la falta de reconocimiento del hijo por parte del padre, de la ausencia de reconocimiento materno y el parto anónimo. (*Alma R.G.*)

VIGANOTTI, E.: «29 janvier 2019: Entrée en vigueur des règlements européens Régimes matrimoniaux et Partenariats enregistrés», *GP*, 2019, núm. 4, pp. 13 ss.

Los nuevos avances del derecho de familia por la Unión Europea. Su utilidad con los nuevos Reglamentos Europeos. (R. A. R.)

VVAA: «Les nouvelles procédures familiales», *GP*, 2019, núm. hors de serie 2, abril.

Número especial sobre las modificaciones judiciales en materia de procesos judiciales de familia. Igualmente se analizan las modificaciones legales y jurisprudenciales en la materia. (*R. A. R.*)

DERECHO DE SUCESIONES

BARBA, V.: «Il legato in conto di legittima», *RDC*, 2019, núm. 2, pp. 444-465.

Análisis del artículo 552 del CC en relación a la figura del legado imputado a la legítima y sus diferentes especies e interpretaciones que dificultan su aplicación. (*M.R.D.R.*)

BULLO, L.: «La successione mortis causa nel rapporto obbligatorio», *RDC*, 2019, núm. 2, pp. 277-320.

Reflexiones sobre el tratamiento de la sucesión *mortis causa* en los supuestos de deudas hereditarias a satisfacer por una pluralidad de herederos. (*M.R.D.R.*)

DELLE MONACHE, S.: «La libertà di disporre mortis causa», *RDC*, 2019, núm. 2, pp. 466-501.

El testamento e instrumentos alternativos en la transmisión de bienes *mortis causa*. La prohibición del pacto sucesorio. Contratos a favor de terceros. El *Trust*. Acciones de reducción. (*M.R.D.R.*)

DI LORENZO, G.: «Spunti di riflessione su enti del terzo settore e acquisto dell'eredità», *NGCC*, 2018, núm. 12, pp. 1836-1843.

Artículo que analiza la aceptación de herencia a beneficio de inventario por entidades sin fin de lucro. (*Alma R.G.*)

MOLIÈRE, A.: «Ordre public sucesoral versus rénunciation anticipé à la action en reduction (le faux-argument)», *RDS*, núm. 28, pp. 1554-1557.

Problemas de la renuncia anticipada a la acción de reducción en materia de sucesiones por el heredero. El autor analiza los argumentos en contra y destaca la falsedad de éstos. Los problemas de orden público. (*R. A. R.*)

MORONI, E.: «Assicurazione sulla vita in favore degli eredi: la ripartizione del capital tra i beneficiari per capi e non per stirpi», *NGCC*, 2019, núm. 1, pp. 25-31.

La sentencia del Tribunal de Bari de 5 de julio de 2018 otorga renovado vigor a una reconstrucción contractualista de la adquisición del capital asegurado objeto de una póliza de vida «en favor de los herederos», sancionando la aplicación del instituto sucesorio de la representación sede del reparto de las indemnizaciones. El comentario doctrinal justifica la validez de la hipótesis a la luz de la prohibición de los pactos sucesorios. (*Alma R.G.*)

SCHOLZ, Ph.: «Digitales Testieren. Zur Verwendung digitales Technologien beim eigenhändigen und Nottestament de lege lata et ferenda», *AcP*, núm. 1, 2019, pp. 100-137.

En tiempos de digitalización avanzada se difuminan los límites del mundo analógico. Sin embargo, en contraposición a otros países, los tribuna-

les alemanes no han tenido todavía que enfrentarse a testamentos que –aunque redactados manualmente– han sido elaborados en una tableta electrónica. Igualmente, hasta ahora, no han sido objeto de resolución judicial ni videotestamentos grabados en peligro de muerte ni testamentos en peligro de muerte ante testigos por vía videochat. El trabajo investiga las posibilidades de testar en el límite entre el mundo digital y analógico *de lege lata*, resalta las incongruencias del Derecho vigente y muestra que la amplia admisión de formas de disposición testamentaria exige *de lege ferenda* una reforma fundamental de los §§ 2247 y 2250 BGB. (M.G.-R.)

VARIA

ATIAS, Ch.: «Le savoir juridique dans le siècle: conflits de générations ou conflits de culture?», *RTDC*, 2019, núm. 1, pp. 1-7.

Se presenta un escrito de los años 80 dejado por Cristian Atias sobre el pensamiento del autor en torno a la evolución del derecho en el s. xx y la evolución del pensamiento social, provocando un conflicto. (R. A. R.)

BELGNIER, B.: «Réponse à Thierry Revet (“Par un Nouveau Code civil”）」, *RDS*, 2019, núm. 25, pp. 1408-1411.

Actualmente el Derecho civil francés está en plena transformación. Además de los cambios del Código civil en materia de derechos reales, ahora está la reforma del derecho de obligaciones y contratos. Ello ha llevado a la doctrina a discutir si es o no necesario un nuevo Código civil en Francia. (R. A. R.)

CANN CHANDRASEKHER, A./ HORTON, D.: «Arbitration Nation: Data from Four Providers», *CLR*, 2019, vol. 107, núm. 1, febrero, p. 1-66.

Estudio empírico de más de cuarenta mil casos presentados a lo largo de seis años en cuatro de los más prestigiosos centros de arbitrajes de Estados Unidos: American Arbitration Association (AAA), Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS), ADR Services, Inc. y The Kaiser Health Care Office of Independent Administration (Kaiser).

Se destacan tres aspectos principales en este análisis. Por una parte, se observa que el arbitraje es muy asequible para consumidores, empleados y pacientes médicos y que la mayoría de los demandantes no pagan honorarios por este. Además, se observan otros dos aspectos, de un lado, que los abogados de las empresas demandantes se benefician de la mecanización de determinados arbitrajes frente a una misma compañía y, de otro, que también resulta provechoso acudir a las firmas que se suelen ocupar como centros de arbitraje. (A.F.)

KUNTZ, Th.: «Auf der Suche nach einem Proprium des Rechtswissenschaft. Sinn und Unsinn des Bemühens um disziplinäre Identität», *AcP*, núm. 2, 2019, pp. 254-299.

Estudio sobre lo que es propio o característico de la ciencia del Derecho. El autor opina que la ciencia jurídica no es una ciencia del espíritu ni una ciencia social, sino que reúne características de ambas. (M.G.-R.)

PIJLAJAMÄKI, H.: «Merging Comparative Law and Legal History: Towards and Integrated Discipline», *Am. J. Comp. L.*, 2019, vol. 66, núm. 4, diciembre, p. 733-750.

Artículo de necesaria consulta donde se realizan importantes reflexiones acerca del rol de la comparación jurídica, su relación con la historia del derecho y la posibilidad de fusionar ambas ramas. Con todo, se afirma que el mayor obstáculo para propender a esta unión es el hecho de que, como todas las disciplinas académicas, también son parte integrante de comunidades sociales. (A.F.)

RÜCKERT, J.: «Das Methodenraket Rudolf von Jhering (1818-1892)», *AcP*, núms. 3-4, 2019, pp. 457-487.

Estudio sobre Jhering en su entorno espiritual, como pionero en historia y filosofía, en la teoría y en la práctica. (M.G.-R.)

SOMMA, A.: «Global Legal History, Legal Systemology, and the Genealogy», *Am. J. Comp. L.*, 2019, vol. 66, núm. 4, diciembre, p. 751-768.

El autor constata que el análisis jurídico de los comparatistas abraza también los aspectos dinámicos y no solo los estáticos de esta disciplina, permitiendo una mejor circulación de los modelos legales. Se constata que el comparatista que revista un perfil didáctico seguirá apuntando a la construcción de familias legales, aunque a esto se debe añadir también un estudio de las genealogías. (A.F.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

MENARD, B.: «Le dommage induit de l'acte de la concurrence déloyale. Quelle explication? Quelle application?», *DS*, 2019, núm. 28, pp. 1549-1553.

Los problemas de daños y su resarcimiento en los casos de competencia desleal. (R. A. R.)

SPEZIALE, I.: «Sulle prospettive di difesa dalle pratiche commerciali scorrette mediante "soft law"», *CI*, 2018, núm. 4, pp. 1416-1453.

Artículo dedicado a la eficacia de las normas de *soft law* en la regulación de los actos desleales en el mercado y, en particular, descripción de la experiencia positiva que está suponiendo en Italia el Código de Autodisciplina de la Comunicación Comercial. (Alma R.G.)

DERECHO DE SOCIEDADES

DUCHANGE, G.: «Reformer l'entreprise: contrat de société ou contrat de travail?», *RDS*, 2019, núm. 23, pp. 1296-1301.

La reforma del derecho de sociedades en el Derecho francés lleva a plantearse el tipo de contrato que celebran los socios. (R. A. R.)

TADROS, A.: «Quelques observations sur la conclusion, la modification et l'exécution des pactes des associés », *RDS*, 2019, núm.25, pp. 1351-1357.

La modificación de la ley de sociedades en Francia, con la Ley de pactos de 22 de mayo de 2019 y los posibles abusos de tales acuerdos. (*R. A. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

PIÉTTÉ, G.: «Les navires sans équipage. Sur les rapports entre les inventions techniques et les concepts juridiques», *RDS*, 2019, núm. 16, pp. 899-903.

El contrato de transporte por mar en el Código civil se pensó atendiendo a las condiciones del s. XIX. Actualmente todo ha evolucionado y eso afecta a la regulación legal del código y los conceptos jurídicos utilizados. (*R. A. R.*)

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.
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone.
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore.
GP	Gazette du Palais.
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate.
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies.
RDC	Rivista di Diritto Civile.
RDI	Revue de Droit Immobilier.
RDS	Recueil Dalloz Sirey.
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur.
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
Yale L.J.	Yale Law Journal.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2018

Ramón CASAS VALLÉS (Titular de Derecho civil, Universidad de Barcelona), Rosa MÉNDEZ TOMÁS (Magistrada. Profesora Escuela Judicial)¹

STC 1/2018, 11 de enero.

CI: Estimada.

Ponente: Roca. Votos discrepantes de Valdés, Xiol, Narváez y Enríquez.

Conceptos: Contrato de seguro. Seguro de defensa jurídica. Sumisión a arbitraje potestativa para asegurado y obligatoria para asegurador.

Derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

Preceptos de referencia: Art. 76.e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro; y arts. 24 y 117 CE.

La imposición de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos (v. gr. Arbitraje) a una de las partes contratantes no se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los órganos jurisdiccionales.

D) *Antecedentes del caso.*—Esta resolución se dicta con ocasión del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya sobre el artículo 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, por posible vulneración de los artículos 24.1 y 117 CE. Se promueve la cuestión en el curso de un procedimiento iniciado tras la demanda presentada por la representación procesal de un asegurado en solicitud de nombramiento judicial de un árbitro a fin de dirimir la contienda existente con una entidad aseguradora.

¹ Ramón Casas Vallés (sentencias 16/2018, 19/2018, 41/2018, 58/2018, 103/2018, 134/2018). Rosa Méndez Tomás (sentencias 1/2018, 40/2018, 83/2018, 112/2018, 117/2018, 119/2018).

Tras la vista de juicio verbal, a la que únicamente compareció la parte actora, el Tribunal procedió por sorteo a la designación de un árbitro, conforme establece la Ley de Arbitraje. La Sala Civil y Penal del TSJ de Catalunya acordó dar traslado para alegaciones a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear la mencionada cuestión de inconstitucionalidad (art. 35.2 LOTC). La representación procesal del demandante se opuso a su tramitación al sostener que el precepto cuestionado es transposición de una directiva comunitaria de obligado cumplimiento. El Ministerio Fiscal y la representación procesal de la aseguradora no se opusieron al planteamiento de la cuestión, por entender cumplidos los requisitos del artículo 35 LOTC, en el caso del representante del ministerio público, y por considerar que el art. 76.e) LCS choca con el artículo 24.1 CE, en el caso de la sociedad demandada.

El Tribunal acuerda elevar la cuestión de inconstitucionalidad por considerar que el artículo 76 e) LCS establece en una relación jurídica bilateral una suerte de arbitraje imperativo para la aseguradora por la sola y exclusiva voluntad unilateral del asegurado. Obligatoriedad que, a entender del Tribunal, no se compadece con la legislación comunitaria, ya que la previsión de la Directiva 2009/138/CEE, con el fin del fomentar el arbitraje como medio idóneo para la solución de las controversias, consiste en que este procedimiento extrajudicial se establezca sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional y que el contrato debe contemplar esa posibilidad. La exclusión de la vía judicial y, en consecuencia, la circunstancia de que la potestad jurisdiccional quede al margen de su ejercicio por los jueces y tribunales determinados por las leyes, es contraria a lo previsto en los arts. 24.1 y 117.3 CE.

La Fiscal General del Estado informa en el sentido de que lo que debe examinarse es si las finalidades pretendidas por el legislador en esta materia, esto es, favorecer la vía de composición extrajudicial y otorgar esta posibilidad a la parte contratante más necesitada de protección –asegurado-, son suficientes para limitar el derecho de las partes, en este caso de las aseguradoras, de acudir a los tribunales recabando la tutela judicial. Por lo demás, cuestiona el juicio de relevancia, no así el de aplicabilidad, al preguntarse si no cabe otra interpretación de la norma que evite la desaparición del precepto del ordenamiento jurídico. El Pleno del Tribunal, a propuesta de la Sección Primera, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, a la que se le dio la tramitación oportuna.

2) *Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.*—El Abogado del Estado interesó la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad por considerar, en síntesis, que el precepto transpone fielmente un precepto de una directiva comunitaria. Concretamente, el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE. Además, recuerda que el derecho reconocido en el artículo 24 CE es un derecho de configuración legal y que el órgano comunitario correspondiente –la Comisión Europea o el Consejo– tiene atribuidas potestades de supranacionalidad, lo que le permite configurar una determinada manera el acceso mismo a la jurisdicción y el desarrollo del derecho fundamental garantizado. En definitiva, tras considerar aplicable en este caso el principio de primacía del Derecho europeo, entiende que no se produce contravención con lo dispuesto en el artículo 24. 1 y 2 CE, en la medida en que se trata de la afectación a un derecho de configuración legal, y concurre además la atribución de competencias, vía artículo 93 CE, al legislador europeo en la materia. Tampoco se vulneraría el art. 117.3 CE, toda vez que este precepto no garantiza un derecho

subjetivo, ni se opone a la existencia del sistema de resolución extrajudicial de conflictos en Derecho, en que el arbitraje consiste. Añade que el arbitraje es una institución adecuada a los valores constitucionales y una alternativa válida a la jurisdicción de los jueces y tribunales. Una modalidad de solución de conflictos que, a su entender, puede imponerse por una de las partes en aquellos casos en los que el legislador lo entienda justificado, como, por ejemplo, en el caso, de protección de los consumidores.

La Fiscal General del Estado, por el contrario, recuerda que el derecho de los ciudadanos de acceder a los órganos judiciales se concibe por nuestro Tribunal Constitucional como un derecho de carácter general, que compete a todo aquel que tenga un interés en impetrar la actuación judicial para la resolución de un conflicto. Derecho que, sin embargo, no está exento de limitaciones legales o de trabas procesales regladas que no pueden ser arbitrarias o caprichosas y que deben responder al cumplimiento de alguna finalidad constitucionalmente válida. Pese a ello, existe la posibilidad de sustraer el conocimiento de un asunto a los tribunales y sustituirlos por la vía arbitral, siempre que tal posibilidad se habilite por disposición legal y concurra la voluntad de todas las partes, ya que esa voluntad se configura como la esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de acceder a los tribunales, y por ende el derecho a renunciar al acceso (STC 174/1995). En consecuencia, concluye considerando que la aplicación del artículo 76.e) LCS, al imponer la alternativa del arbitraje, cercena la autonomía de la voluntad de una de las partes, privándole de su derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales para la solución de un conflicto que le afecta, con violación del artículo 24 CE.

La representación procesal del asegurado recuerda que el artículo 76.e) LCS es reflejo de una transposición de una directiva comunitaria y no hace sino prever, en beneficio de la parte más débil en el contrato de seguro, un sistema alternativo a la jurisdicción como es el arbitraje. Añade que la norma comunitaria recogida en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE impone la articulación de estos mecanismos de resolución de conflictos y la necesidad de que el contrato de seguro prevea el derecho del asegurado a recurrir a ellos. Finaliza diciendo que la controversia gira en torno a si un precepto nacional que incorpora una directiva, ha de resolverse a favor del derecho comunitario, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión.

3) *Posición del Tribunal.*—Entrando de lleno en el cuerpo de la sentencia, el Tribunal centra la cuestión examinada desde una doble perspectiva: la eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el impedimento a jueces y tribunales a conocer del litigio sometido a arbitraje, pues el control judicial del laudo arbitral no comprende el fondo del asunto (art. 117.3 CE). Y así, tras recordar su propia doctrina acerca del arbitraje y confirmada la constitucionalidad de este mecanismo cuando es fruto del concurso de voluntades de ambas partes del litigio, las cuales voluntariamente renuncian expresa y puntualmente al ejercicio del derecho a la tutela de los jueces y magistrados para someterse a la decisión arbitral, el Tribunal se plantea si se alcanza la misma conclusión cuando la sumisión a este mecanismo de resolución de conflictos queda en manos de uno solo de los litigantes, como sucede en la norma recogida en el artículo 76 e) LCS, en la que se pone a disposición del asegurado una alternativa a la jurisdicción si se da el conflicto que la norma contempla, pudiendo el asegurado optar por dicha vía, sin que medie el consentimiento del asegurado. Es decir, cuando el sometimiento de la cuestión a arbitraje se impone por la sola voluntad de

una de las partes del contrato, impidiendo de este modo el acceso a la tutela judicial de la otra.

Concluye el Tribunal considerando que la imposición de un arbitraje como el previsto en el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues impide el acceso a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). El posterior control judicial del laudo arbitral no sanaría la mencionada vulneración porque aquél no comprende el fondo del asunto, limitándose a aspectos o garantías formales (art. 45 Ley del Arbitraje). Por lo demás y saliendo al paso de la postura de la Abogacía del Estado, se afirma en la sentencia que, aun cuando no le corresponde al Tribunal establecer la interpretación correcta del Derecho de la Unión, la norma nacional impugnada, al transponer la norma comunitaria, no concilia, en la mayor medida posible, el cumplimiento pleno y tempestivo de las obligaciones del Estado en el seno de la Unión con las exigencias constitucionales del artículo 24 CE en relación con el arbitraje (con cita de la STC 141/2016, de 21 de julio y 1/2012, de 13 de enero). Por lo expuesto, el Tribunal decide que el artículo 76.e) LCS es inconstitucional y nulo.

STC 16/2018, 22 de febrero.

RI: Estimada parcialmente.

Ponente: González Rivas.

Conceptos: Derecho a la vivienda. Viviendas desocupadas. Propiedad privada. Función social de la propiedad. Competencias estatales y autonómicas en materia de vivienda. Condiciones básicas para asegurar la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad. Competencias en materia civil. Igualdad y no discriminación. Personas físicas y personas jurídicas.

Preceptos de referencia: Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra. Arts. 9, 14, 47, 149.1.1.^a y 149.1.8.^a CE.

Otras sentencias relacionadas: SSTC 32/2018, 42/2018, 54/2018, 80/2018, 97/2018 y 106/2018.

1) *Introducción.*—*Varias sentencias sobre la misma problemática.*— Uno de los efectos más devastadores del cúmulo de errores y codicia que hemos escondido bajo la neutra expresión *crisis económica* se ha producido en el sector de la vivienda. La envergadura del problema ha dado lugar a diversas iniciativas legislativas a lo largo de los últimos años. Han concurrido el parlamento español y los parlamentos autonómicos, a veces en tropel e improvisando. Ello ha dado lugar a controversias competenciales de cierta envergadura y a un número no despreciable de sentencias del Tribunal Constitucional (TC). La primera data de 2015 y tuvo como objeto la Ley andaluza 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía (STC 93/2015). El grueso de la serie, sin embargo, corresponde a 2018, con un total de seis decisiones sobre leyes de diversas Comunidades Autónomas: Navarra (STC 16/2018; Ley 24/2013, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda), de nuevo Andalucía (STC 32/2018; Ley 4/2013, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda),

Canarias (STC 43/2018; Ley 2/2003, *de vivienda y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda*), Valencia (STC 80/2018; Ley 2/2017, *por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana*), País Vasco (STC 97/2018, Ley 3/2015, *de vivienda*) y Extremadura (STC 106/2018, Ley 2/2017, *de emergencia social de la vivienda*).

La reseña que sigue se centra en la primera de 2018 e incluirá también una breve referencia a las restantes, en las que hay amplias remisiones a la primera. Para el manejo de la legislación estatal y autonómica en materia de vivienda es altamente recomendable el recurso a los códigos electrónicos disponibles en la página del *Boletín Oficial del Estado* (sub «Vivienda» y, allí, código estatal y códigos autonómicos).

2) *La ley navarra 24/2013*.—La norma impugnada, la ley navarra 24/2013, había introducido varias modificaciones en la ley navarra 10/2010, *de derecho a la vivienda*. Se trataba, como cabe suponer, de medidas urgentes con el foco puesto sobre todo en el parque de vivienda desocupada, acumulada por entidades financieras después de ejecuciones hipotecarias, resoluciones contractuales y operaciones inmobiliarias fallidas en general. La situación a la que se pretendía dar respuesta y los objetivos de la reforma se explicaban con bastante claridad en el preámbulo: «Con la presente modificación legal se pretende mejorar la definición de la función social de la propiedad de la vivienda y de las consecuencias del incumplimiento de dicha función en unos momentos que pueden ser calificados como de emergencia social y económica. Concurren, de un lado, la existencia de un desorbitado parque de viviendas sin uso o infrautilizado y, de otro, una demanda insatisfecha con una oferta insuficiente y a precios no adecuados, y numerosos procesos de privación de su vivienda, en particular por desahucios provenientes de ejecuciones hipotecarias, por la imposibilidad de sus moradores de pagar el precio de adquisición o de alquiler derivada de una general disminución de ingresos por la persistente crisis económica y el elevado número de desempleados». Sin embargo, proseguía, ante este panorama no todas las situaciones de desocupación son iguales: «Entre las distintas formas de desocupación de viviendas merece un mayor reproche la del conjunto de viviendas que son propiedad, en sus diferentes formas, de personas jurídicas, en especial, entidades financieras y sus filiales inmobiliarias, entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, y entidades inmobiliarias, siendo, además, supuestos de importancia cuantitativa. La notoriedad de la utilización de las viviendas como bien de inversión que se predica en las personas jurídicas, frente al natural ejercicio del derecho a la vivienda propio de las personas físicas sustancia, junto a otros de índole económica y social, un elemento diferenciador que cualifica el incumplimiento por las personas jurídicas titulares del deber de dar efectivo destino habitacional a las viviendas. Ello justifica el establecimiento de una acción pública de policía dirigida a estas viviendas desocupadas».

Las modificaciones consistieron en primer lugar en añadir a la Ley 10/2010 un nuevo título V bis («De los instrumentos administrativos para evitar la existencia de viviendas deshabitadas»), destinado a establecer la noción de vivienda deshabitada «a los efectos del presente título» (arts. 42 bis y ter), a fijar el procedimiento para declarar dicha situación (42 quater y quinquies), el registro correspondiente (42 sexies) y, en fin, a determinar «las actuaciones de fomento para evitar la existencia de viviendas deshabitadas» (art. 42 septies). En segundo lugar, la Ley 24/2013 introdujo asimismo diversas modificaciones

en el título VI de la Ley 10/2010, tipificando como causa justificativa de la expropiación forzosa, por incumplimiento de la función social de la propiedad, el hecho de «mantener una vivienda deshabitada» cuando ello constituyera «*infracción sancionable*» y no se hubiera atendido el requerimiento para poner fin a tal situación. En tercer lugar, se añadía a la Ley Foral 10/2010 una nueva DA 10.^a, de la que interesa destacar los dos primeros párrafos, dedicados a la expropiación temporal de viviendas desocupadas y al ámbito de aplicación de la ley: «1. Se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de cinco años [...]; «2. Esta Ley Foral será de aplicación a las viviendas incursas en procedimientos de desahucio instados por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, en los cuales resulte adjudicatario del remate una entidad financiera, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica estatal.»

3) *Primer motivo de impugnación.*—El primer motivo se dirigía contra las disposiciones que, a juicio de la Abogacía del Estado, impondrían «destinar la vivienda de modo efectivo a habitación». El recurso señalaba que con ello se vulneraba el «contenido esencial del derecho de propiedad». Pero, en realidad, no se planteaba la posible infracción del art. 33 CE sino de las competencias reconocidas al Estado en el art. 149.1 CE, apartados 1 (condiciones básicas para garantizar la igualdad de todos los españoles) y 8 (materia civil). Así lo entendió el TC: «Se trata [...] de una impugnación estrictamente competencial. Aunque el recurso cita el artículo 33 CE y usa la expresión “contenido esencial”, no mantiene en ningún momento que imponer un deber de ocupación efectiva al propietario de la vivienda desvirtúe el derecho de propiedad hasta hacerlo irreconocible como tal institución. La alusión al artículo 33 CE, por el contrario, tiene por objeto, en la argumentación de la demanda, destacar que las normas recurridas afectan, a su juicio, a una institución civil que se reconoce en el artículo 33 CE como derecho constitucional, lo que se recuerda por el efecto que esta circunstancia pudiera tener en la determinación del alcance de los títulos competenciales invocados y en su aplicación al caso» (FJ 5).

¿Infringe las competencias estatales una ley autonómica que impone al propietario de una vivienda darle un uso efectivamente habitacional o residencial?... La pregunta tiene interés. Pero, dice el TC, no hay que hacer supuesto de la cuestión. Habrá que ver ante todo si en efecto, como sostiene la Abogacía del Estado, la ley impugnada impone el citado deber. En otro caso, no hay cuestión; y así sucede con un primer grupo de artículos. Por el contrario, si realmente se impone tal deber —y es el caso de un segundo grupo— no habrá más remedio que entrar a analizar si con ello se vulneran o no competencias estatales.

a) El Tribunal analiza en primer lugar las referencias al uso residencial o habitacional incluidas en algunos de los artículos impugnados; concretamente en los arts. 42 bis (apdos. 2, 4, 5 y 6) y 42 ter a sexies de la ley 10/2010, según la redacción dada por la ley 24/2013. De acuerdo con la sentencia, pese a las apariencias, tales preceptos no imponen realmente un deber de uso habitacional o residencial: «el destino efectivo de la vivienda al uso residencial

[al que se refieren los citados preceptos] no es un deber del propietario sino un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda». Tales normas «no prevén, ni siquiera de un modo tácito, que el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad como manifestación de su función social» (FJ 5). Por lo tanto, se rechaza que las normas citadas invadan las competencias reconocidas al Estado por el art. 149.1, apartados 1 y 8 CE.

b) El análisis es un poco más complejo en lo que atañe a las «consecuencias que puede comportar para las personas jurídicas el no dar efectiva habitación a una vivienda de su titularidad» [arts. 55.2, a), 66.1 y 72.2 de la ley 10/2010, según la redacción resultante de la ley 24/2013]. Tales consecuencias consistirían básicamente en la posible expropiación temporal por incumplimiento de la función social de la propiedad y en la imposición de sanciones y adopción de medidas cuando el propietario es una persona jurídica. En principio, explica la sentencia, tampoco las normas indicadas parecen imponer el deber de destino residencial o habitacional: «La literalidad de estos preceptos no establece como tal un deber del propietario de una vivienda de destinarla efectivamente al uso residencial, como tampoco lo hace ninguna otra disposición de esta ley» (FJ 6). Sin embargo, añade, «el contenido normativo de los preceptos legales no se determina solo ni principalmente conforme a un criterio hermenéutico de estricta literalidad» (FJ 6). Interpretadas en su contexto tales normas sí imponen a todos los propietarios un deber de ocupar efectivamente la vivienda, estableciendo asimismo «las consecuencias de su incumplimiento, que tienen mayor calado cuando el titular es una persona jurídica» (FJ 6). Ello obliga a valorar si los preceptos en cuestión «al imponer como manifestación de la función social de la vivienda que su titular haya de darle efectiva habitación, invaden las competencias que al Estado reservan las cláusulas 1 y 8 del artículo 149.1 CE» (FJ 7).

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional (STC 37/1987, reforma agraria de Andalucía), la función social de la propiedad «no es ni puede ser igual en relación con todo tipo de bienes». Hay que atender a los concretos intereses generales que debe satisfacer cada uno de ellos y al sujeto que tiene atribuida la tutela de tales intereses, pues a él corresponderá la competencia correspondiente. Tratándose de vivienda la competencia la ostenta la Comunidad Autónoma de Navarra. Pero no puede ejercerla libremente. Ha de hacerlo en el marco de la Constitución. Como dice el TC, el art. 44.1 del Estatuto navarro (LORAFNA), la Comunidad «es competente para incidir, mediante regulaciones orientadas a atender los intereses generales relacionados con la garantía a los ciudadanos del disfrute de una vivienda digna, en la delimitación del derecho de propiedad, concretamente en la definición de su función social. Ahora bien, como hemos indicado, el establecimiento por el legislador competente de los deberes inherentes a la función social de un tipo de propiedad debe realizarse “en el marco de la Constitución”» (FJ 7). Tratándose de un conflicto competencial y en lo que ahora interesa, ese marco vendría dado por los arts. 149.1.1.^a y 149.1.8.^a CE.

El abogado del Estado sostenía, en primer lugar, que las normas impugnadas infringían la competencia estatal para regular «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1.^a CE), ya que «al imponer como una manifestación de esta función social el deber de destinar la vivienda efectivamente a uso habitacional, introduce diferencias en el ejercicio de este derecho constitucional [el derecho a la propiedad

privada] que afectan a aspectos estructurales del mismo». El Tribunal, sin embargo, rechaza tal tesis porque no hay parámetro estatal que permita realizar un análisis de constitucionalidad, que en este caso no es inmediato sino mediato. En este sentido, explica la sentencia, el art. 149.1.1.^a CE «más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas “condiciones básicas” uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales» (SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9, 178/2004, de 21 de octubre, FJ 7), lo que convierte el enjuiciamiento de una ley autonómica a la luz del artículo 149.1.1 CE en un análisis de constitucionalidad mediata (STC 94/2014, de 12 de junio), que comienza con la identificación de la ley estatal que, dictada en ejercicio de la competencia atribuida por el artículo 149.1.1 CE, va a operar como parámetro de constitucionalidad» (FJ 8). Sucede, sin embargo, que el Estado, para asegurar «una cierta igualdad en el ejercicio del derecho constitucional a la propiedad privada», no ha dictado norma alguna «que reserve al propietario de viviendas (o de edificaciones en general) la decisión de tenerlas permanentemente habitadas» (FJ 8). En esa situación, al no haber ejercicio el legislador estatal la habilitación que le otorga el art. 149.1.1.^a CE «resulta necesario afirmar que el legislador autonómico en materia de vivienda, en el momento en que realizamos este enjuiciamiento, no encuentra límites desde esta perspectiva constitucional y, consecuentemente, procede desestimar esta impugnación respecto de los artículos 52.2 a), 66.1 y 72.2 de la Ley Foral 10/2010, en la redacción que les da la Ley Foral 24/2013» (FJ 8).

Descartado el art. 149.1.1.^a CE, quedaba por ver si la ley navarra había infringido las competencias del Estado en material civil contempladas en el art. 149.1.8.^a CE. ¿Es la propiedad privada «materia civil»? La sentencia recuerda que, conforme a la doctrina constitucional sobre el derecho de propiedad, hay que distinguir «una vertiente individual y otra institucional» en el derecho de propiedad. La segunda es la que deriva «de la función social que cada categoría o tipo de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical está llamado a cumplir». Ello supone «la definitiva incorporación del interés general o colectivo junto al puro interés individual del titular en la propia definición de cada derecho de propiedad». La vertiente institucional, por ello, no se sitúa «solo en la legislación civil, sino también en aquellas otras leyes que cuidan principalmente de los intereses públicos a los que se vincula la propiedad privada» (de nuevo STC 37/1987, reforma agraria de Andalucía, citada en el FJ 8 de la reseñada). La competencia sectorial corresponde en este caso a la Comunidad Autónoma. «En conclusión, al no encuadrarse en la materia “legislación civil” la definición de un deber u obligación concreta del propietario de vivienda prevista en función del logro de un fin de interés público, procede declarar que el legislador foral, al regular como parte del derecho de propiedad sobre la vivienda un deber de ocupación efectiva en los artículos 52.2 a), 66.1 y 72.2 de la Ley Foral 10/2010, en la redacción que les da la Ley Foral 24/2013, no invade las atribuciones estatales ex artículo 149.1.8 CE y, en consecuencia, desestimamos también esta alegación» (FJ 8).

4) *Segundo motivo de impugnación.*—El segundo motivo afecta a los arts. 42 bis (apdos. 2, 4, 5 y 6) y 43 ter de la Ley foral 10/2010, según la redacción dada por la Ley foral 24/2013. El reproche se dirige contra la circunstancia de que la situación de vivienda desocupada y la determinación del tipo infractor se basan en presunciones y meros indicios, infringiendo con ello «los principios de presunción de inocencia y culpabilidad (arts. 25 CE y 130 Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999) y el de prohibición de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE, este último porque las personas jurídicas afectadas por el tipo infractor del artículo 66.1 no tendrían “poder de disposición absoluto sobre que una vivienda de su titularidad esté efectivamente ocupada”» (FJ 9). La impugnación, no obstante, se rechaza porque, como resulta de lo dicho al resolver el primer motivo de impugnación «los artículos 42 bis y 42 ter [...] han de entenderse en función de la política de fomento en materia de vivienda que disciplina el artículo 42 septies y, por tanto, no relacionados con las medidas de gravamen que se regulan en otros preceptos de la ley. Al no revestir estos preceptos ninguna eficacia en el régimen sancionador previsto en esta ley foral no es posible anudar a ellos la vulneración de los principios invocados en esta alegación, por lo que debe acordarse su desestimación» (FJ 9)

5) *Tercer motivo de impugnación: ¿Discriminación por razón del sujeto titular (personas jurídicas)?*—El abogado del Estado denunciaba el carácter discriminatorio de los preceptos que solo sancionan la falta de ocupación efectiva cuando la propiedad la ostentan personas jurídicas y también, en particular, de la nueva DA 10.^a, apdo. 2.º de la ley 24/2013, en la medida que la expropiación de uso que regula solo se prevé para un tipo de personas jurídicas con exclusión de cualesquiera otras. Ahora bien dado que la demanda «no contiene ninguna argumentación relativa a las notas constitutivas del canon de igualdad ex artículo 14 CE, ni precisa la condición peyorativa histórica o socialmente arraigada que concurra en el sujeto discriminado», el Tribunal ciñe su análisis a determinar si las diferencias normativas recurridas «carece[n] de toda explicación racional [...] sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias» (STC 38/2016, de 3 de marzo, FJ 8, y las allí citadas, FJ 10 de la sentencia reseñada). En esta tesitura, el Tribunal Constitucional considera que, contra la opinión del abogado del Estado, puede haber razones para dispensar un trato diferente a las personas jurídicas. A este objeto, hace suyas las expuestas por la propia Ley 24/2013 en su preámbulo: «En efecto, la notoriedad de la utilización de las viviendas como bien de inversión predicable en las personas jurídicas, frente al natural ejercicio del derecho a la vivienda propio de las personas físicas, podría justificar razonablemente que el legislador asociase consecuencias diversas al incumplimiento del deber de dar efectiva habitación a la vivienda cuando su titular es una persona jurídica» (FJ 10). Por otro lado, prosigue, «al delimitar en qué casos la cobertura de necesidad de vivienda en caso de desahucio de personas en situación de emergencia pudiera ser de interés social al efecto de justificar su expropiación forzosa no sería irrazonable tomar en cuenta aquellos supuestos de importancia cuantitativa, como es el caso de las entidades financieras y sus filiales inmobiliarias, sujetos estos que a priori serán quienes (por ser titulares del préstamo cuyo colateral es la vivienda) insten en la gran mayoría de los casos los procedimientos de desahucio que afecten a personas en situación de emergencia» (FJ 10). Con esas premisas la sentencia concluye que

«no se puede afirmar que el distinto trato definido en los preceptos legales recurridos carezca de toda explicación racional», por lo que este motivo impugnatorio debe desestimarse (FJ 10).

6) *Cuarto motivo de impugnación: Interferencias con la competencia estatal para reorganizar el sistema financiero.*—El cuarto motivo nos devuelve al corazón de la crisis y a la forma en que fue abordada primariamente por el Estado. Desde el punto de vista ciudadano la crisis suponía una situación de asfixia para las economías domésticas y de riesgo para las necesidades más básicas, en particular la vivienda. Para el Estado se trató, ante todo, de un problema *macro* en el que lo esencial era salvar el sistema financiero. Acaso creyendo de buena fe que, en última instancia, era lo mejor para las personas, el Estado se aplicó a *rescatar* a la misma banca cuya codicia e incompetencia habían provocado en no poca medida la situación. Por supuesto, nada había que temer pues, se dijo, la sociedad recuperaría al fin las ingentes cantidades invertidas en el *rescate*. Este fue el trasfondo político de una operación que, a grandes rasgos, consistió en separar los activos *tóxicos* de la banca y trasladarlos a una entidad pública, la SAREB (*Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria*). ¿Cómo encajaba en esta operación la actividad legislativa emprendida desde las Comunidades Autónomas?

La Abogacía del Estado denunciaba que todos los preceptos recurridos vulneraban las competencias estatales reconocidas en los arts. 149.1.11.^a CE (bases de la ordenación del crédito y la banca) y 149.1.13.^a CE (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica). En este sentido, alegaba «de un lado, que una línea esencial de la política económica del Estado es reorganizar el sistema financiero como medio para superar la crisis económica internacional, en pos de lo cual se han adoptado una serie de acciones singulares orientadas a fortalecer la solvencia de las entidades de crédito» y, de otro lado, que «las previsiones legales recurridas merman el valor de mercado de los activos inmobiliarios en manos de las entidades financieras y dificultan que los transmitidos por estas a las sociedades de gestión de activos se realicen en las mejores condiciones posibles, con lo que se compromete gravemente la pretendida reorganización del sector financiero» (FJ 11).

Estas alegaciones coinciden con las que ya fueron invocadas con ocasión de la STC 93/1995 y, por tanto, el Tribunal adopta el mismo método de análisis consistente en establecer, en primer lugar, si las medidas adoptadas por el Estado pueden entenderse amparadas por su competencia sobre bases de la planificación general de la economía. Si así fuera, como segunda fase del análisis, habría que ver si las medidas de política económica adoptadas por el Estado en ejercicio de la competencia del artículo 149.1.13 CE resultan «obscurecidas de forma efectiva» por la normativa autonómica impugnada.

a) *Expropiación de uso* (DA 10.^a de la ley foral 10/2010, añadida por la ley foral 24/2013).—La cuestión guarda una semejanza sustancial con la resuelta en la STC 93/2015. En efecto: «(a) el precepto foral recurrido regula una expropiación de uso orientada a cubrir la misma necesidad de vivienda a que se refería la disposición andaluza enjuiciada allí; (b) el motivo que sostiene la impugnación es, en uno y otro caso, el menoscabo de ciertas normas dictadas por el Estado al amparo del artículo 149.1.13 CE y (c) las medidas estatales cuya efectividad resultaría significativamente menoscabada son,

como en aquel otro recurso, las establecidas en el artículo 1 y en la disposición adicional primera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social» (FJ 12).

El Tribunal Constitucional constata que las medidas del Estado para proteger el derecho a la vivienda de los deudores hipotecarios, así como para crear un fondo social de viviendas, se han mantenido en el tiempo (cfr. RD-ley 1/2015, *mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*; y ley 9/2015, *medidas urgentes en materia concursal*) y constituyen un «legítimo ejercicio de la competencia estatal ex artículo 149.1.13 CE». Con tales medidas «el Estado define [...] la extensión de la intervención pública de protección de personas en situación de vulnerabilidad que considera compatible con el adecuado funcionamiento del mercado hipotecario y, a la vez, impide que las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias propias adopten disposiciones que, con este mismo propósito de tutela, afecten de un modo más intenso a dicho mercado». (FJ 17 STC 93/2015, reproducido en el FJ 11 de la reseñada). Al «[determinar] de un modo homogéneo para todo el Estado los sacrificios que se imponen a los acreedores hipotecarios para aliviar la situación de sus deudores», las medidas adoptadas «concurren de un modo principal a regular el mercado hipotecario en su conjunto y, al tratarse este de un subsector decisivo dentro del sector financiero, inciden directa y significativamente sobre la actividad económica general» (FJ 17 STC 93/2015, *apud* FJ 11 de la reseñada).

No hay duda pues de que las medidas estatales están amparadas por la competencia estatal del artículo 149.1.13 CE. Ahora bien ¿cabe entender que tales medidas se ven obstaculizadas por las normas autonómicas impugnadas? Esta sería la segunda fase del análisis ya aludida, que, como veremos, las normas autonómicas de que se trata no logran superar.

La sentencia parte de la idea de que las medidas establecidas en la Ley estatal 1/2013 «conllevan la modulación del sistema de ejecución hipotecaria que el Estado juzga oportuna para dar cobertura a la necesidad social de vivienda y, al mismo tiempo, que con ello no se perturbe significativamente el funcionamiento del mercado de crédito» (FJ 13). Con esa base, el Tribunal echa mano de la STC 95/2013 para reiterar que, sin entrar en consideraciones de oportunidad o acierto, «la adición por la norma autonómica de un nuevo mecanismo orientado a satisfacer esa misma situación de necesidad rompe el carácter coherente de la acción pública en esta materia, acción pública que el Estado articula con ese carácter como medio de obtener simultáneamente los dos objetivos de política económica indicados» (FJ 18 de la STC 95/2013, reproducido en el FJ 13 de la reseñada). Lo que «distorsiona la ordenación básica aprobada en virtud del artículo 149.1.13 CE es que la norma autonómica establezca una medida adicional. Resulta irrelevante [...] que la norma navarra, a diferencia de la andaluza enjuiciada en la invocada STC 93/2015, contemple expresamente que la expropiación de uso, en caso de acordarse la suspensión del lanzamiento prevista en la norma estatal, será de aplicación sucesiva, pues aun siendo así no deja de constituir un complemento normativo que altera el equilibrio en que consiste tal opción de política económica» (FJ 13). Por tanto no cabe sino concluir que la DA 10.^a, apdos. 1 y 2 de la ley foral 20/2010, añadida por la ley 24/2013, supone «un uso de la competencia autonómica en materia de vivienda que, al interferir de un modo significativo en el ejercicio legítimo que el Estado hace de sus competencias (art. 149.1.13 CE), menoscaba la plena efectivi-

dad de dicha competencia estatal, determinando, en consecuencia, su inconstitucionalidad y nulidad» (FJ 13).

b) Normas restantes.—Para las otras normas el Tribunal aplica el mismo método, consistente en establecer primero si las medidas de política económica adoptadas por el Estado pueden entenderse amparadas por el art. 149.1.13.^a CE para, acto seguido, valorar el impacto que sobre ellas tienen las autonómicas. Tras un breve análisis la sentencia concluye que, en efecto, las normas estatales destinadas al saneamiento y reestructuración del sistema financiero son una manifestación de la competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. En síntesis, las medidas estatales son dos. En primer lugar, se obliga a las entidades de crédito a constituir ciertas coberturas para las financiaciones inmobiliarias de riesgo normal y a excluir de sus balances las demás, aportándolas a una sociedad gestora encargada de su desinversión. En segundo, se constituye la SAREB, con una participación estatal del 45 por 100, para realizar ese proceso de desinversión de modo óptimo (cfr. FJ 15). Con esa base, se trata de determinar si la normativa autonómica puede considerarse un «sensible obstáculo para la recuperación de la solvencia de las entidades de crédito o para la adecuada realización del proceso de desinversión encargado a la SAREB» (FJ 16). El Tribunal entiende que tal cosa no sucede en el caso de los artículos 42 bis a sexies ni en el del artículo 42 quáter de la ley. Ninguno de ellos, dice la sentencia, «[interfiere] sustancialmente en el logro efectivo de los objetivos estatales de política económica» (FJ 16).

Otros preceptos merecen un análisis más detallado, sin perjuicio de que, al fin, la conclusión sea la misma. El artículo 66, al establecer un régimen sancionador agravado para los casos e viviendas desocupadas podría «producir una cierta incidencia negativa en la solvencia de las entidades de crédito porque reduce el valor de sus activos inmobiliarios» (FJ 16). Pese a ello, a la vista de las pruebas disponibles, «no hay una base cierta para afirmar que la norma contenida en el artículo 66.1, dictada por la Comunidad Foral de Navarra en ejercicio de su competencia en materia de vivienda, interfiera de un modo significativo en la efectividad de las medidas estatales de política económica que estamos considerando, por lo que procede desestimar esta impugnación respecto de ese precepto foral» (FJ 16). En el caso de los artículos 52.2 a) y 72.2 de la Ley Foral 10/2010, en la redacción dada por los artículos 2 y 6 de la Ley Foral 24/2013, el Tribunal llega a la misma conclusión porque «las expropiaciones que pudieran traer causa de los artículos 52.2.a) y 72.2, mientras vayan acompañadas de la indemnización correspondiente, no tienen aptitud suficiente para perjudicar sustancialmente la solvencia de las entidades de crédito, ni tampoco para mermar significativamente los resultados del proceso de desinversión confiado a la SAREB» (FJ 16).

7) *Test de proporcionalidad.*—En la demanda se denunciaba también que las limitaciones impuestas al derecho de propiedad sobre las viviendas por la legislación autonómica impugnada desconocían dos de las tres exigencias del principio de proporcionalidad. En este sentido, se decía, las medidas «no resultan indispensables al existir otras medidas más moderadas para subvenir a la situación de emergencia social que se trata de afrontar, ni tampoco resultan ponderadas o equilibradas al derivarse de las mismas más perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto que beneficios para el interés general» (FJ 17).

Dejando a un lado la DA 10.^a de la Ley Foral 10/2010, en la redacción dada por la Ley Foral 24/2013, ya declarada inconstitucional, la sentencia rechaza las alegaciones de la Abogacía del Estado. De los artículos 42 bis (apartados segundo, cuarto y sexto) y los artículos 42 ter a 42 sexies tan solo el artículo 42 quáter impone verdaderas obligaciones al propietario. Pero, al ser estas de simple información y colaboración, «no desbordan en ningún caso el equilibrio justo entre el interés público perseguido y el sacrificio exigido al propietario» (FJ 17). En cuanto a los artículos 52.2 a), 66.1 y 72.2 de la Ley Foral 10/2010, añadidos respectivamente por los artículos 2, 5 y 6 de la Ley Foral 24/2013, «aunque sí contienen relevantes restricciones para el titular del derecho de propiedad, el legislador dice adoptarlas en función de un fin de relevancia constitucional como es garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47.1 CE), a lo que se une que un análisis de dichas medidas, respetuoso del amplio margen de apreciación que incumbe al legislador en este ámbito, conduce a este Tribunal a concluir que con ellas no se desborda el justo equilibrio entre los medios empleados y la finalidad pretendida» (FJ 17).

8) *Conclusión.*—Finalmente, y por lo que respecta al conjunto del recurso, el Tribunal solo declara la inconstitucionalidad y nulidad de los apartados primero y segundo de la disposición adicional décima de la Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra, añadida por la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, y desestima el recurso en todo lo demás.

9) *Referencia a las otras sentencias sobre la misma temática dictadas en 2018.*— Tal como ha habido ocasión de señalar, este mismo año 2018 el Tribunal Constitucional se ha pronunciado con referencia a otras leyes autonómicas en las que se habían adoptado medidas idénticas o similares a las de la ley navarra. En todas ellas, se aplica la doctrina expuesta en esta reseña. Cabe destacar, no obstante, la STC 80/2018, pues en ella no solo se aborda el problema del derecho a la vivienda en situaciones de emergencia sino también la llamada pobreza energética.

a) STC 32/2018, de 12 de abril, ponente Montoya. Ley andaluza 4/2013.— Resuelve la impugnación promovida por el Presidente del Gobierno contra la Ley andaluza 4/2013, de reforma de la Ley 1/2010, reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía. La sentencia declara la inconstitucionalidad y nulidad de la totalidad de la DA 1.^a destinada a la «cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de tres años, a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente». Se desestima el recurso en todo lo demás, aunque se impone la interpretación conforme a la Constitución de alguno de los preceptos.

b) STC 43/2018, de 26 de abril, ponente Roca. Ley canaria 2/2003.— Resuelve la impugnación por el Presidente del Gobierno de la Ley canaria 2/2003, de vivienda y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda. Se declara inconstitucional y nula la DA cuarta y normas concordantes que regulan la expropiación de uso orientada a cubrir la misma necesidad de vivienda ya vista en las precedentes leyes y sentencias. Se desestima el recur-

so en todo lo demás, aunque se impone la interpretación conforme a la Constitución de alguno de los preceptos.

c) STC 80/2018, de 5 de julio, ponente Narváez, voto particular de Xiol. Ley valenciana 2/2017.—Resuelve la impugnación planteada por el Presidente del Gobierno en funciones contra Ley valenciana 2/2017, *por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana*. El primer bloque de motivos se centra en la problemática de la posición del propietario de viviendas desocupadas y las medidas públicas al respecto, en particular la expropiación de uso. En líneas generales, la sentencia aplica la doctrina ya conocida. Cabe señalar la específica referencia a las competencias del Estado en materia procesal para rechazar que la ley valenciana pudiera establecer una «acción pública» en vía judicial (cfr. art. 6.1 de la ley, nulidad del inciso «y jurisdiccionales»). Hay, no obstante, un segundo bloque de normas, específico de la ley valenciana, en el que se aborda la llamada «pobreza energética» y el derecho de los ocupantes de una vivienda, cualquiera que sea el título de ocupación, propiedad o arrendamiento, a contar con suministros de agua, gas y electricidad. De acuerdo con sentencias anteriores (SSTC 62/2016 y 54/2018), el Tribunal reitera que: «el establecimiento de las condiciones en las que podrá ser suspendido el suministro supone el establecimiento de derechos y obligaciones para los consumidores y empresas suministradoras, estableciendo un régimen homogéneo que asegure un tratamiento común en cuanto a las consecuencias derivadas del impago del suministro eléctrico y de gas en todo el territorio nacional. Dicho régimen normativo, por su carácter esencial en la configuración de la posición de los intervinientes y por definir el estatus de uno de los sujetos que actúan en el sector eléctrico y gasista, dada la importancia de tales sectores para el conjunto de la economía nacional y para la totalidad de los otros sectores económicos y la vida cotidiana, no puede por menos de calificarse normativamente como básico» (FJ 6). Con esa base, la sentencia anula algunas de las previsiones relativas a gas y electricidad, dejando el agua al margen (cfr. FJ 6).

Sobre la misma problemática, vid. la STC 54/2018, sobre la Ley catalana 20/2014, de modificación de la Ley 22/2010, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo

d) STC 97/2018, de 12 de octubre, ponente Ollero. Ley vasca 3/2015.—Resuelve la impugnación por la Presidenta del Gobierno en funciones de la Ley vasca 3/2015, *de vivienda*. La sentencia rechaza, en primer lugar, la alegación según la cual una presidencia en funciones no podría interponer recursos de inconstitucionalidad (FJ 2). La sentencia declara inconstitucionales y nulos los arts. 9.4, 74 y 75.3 de la ley (relativos a la expropiación forzosa del uso temporal de viviendas en beneficio de personas en situación de emergencia social e incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria) así como el inciso «y ante los juzgados y tribunales de la jurisdicción competente», del artículo 6.1. Asimismo se ajusta la interpretación de otros preceptos a la Constitución y se desestima el recurso en todo lo demás.

e) STC 106/2018, de 4 de octubre, ponente Valdés. Ley extremeña 2/2017.—Resuelve la impugnación por la Presidenta del Gobierno en funciones de la Ley extremeña 2/2017, *de emergencia social de la vivienda de Extremadura*. Como en los otros casos, los reproches a la ley se centran en una presunta vulneración del contenido de la propiedad (art. 33 CE) y de las competencias estatales en cuando a las condiciones básicas para el ejercicio

de los derechos (art. 149.1.1.^a CE), legislación procesal y civil (art. 149.1, 6.^a y 8.^a CE), bases en materia de crédito y banca y coordinación general de la actividad económica (arts. 149.1.11.^a y 13.^a) y expropiación forzosa (art.149.1.18.^a CE). La sentencia declara inconstitucionales y nulos el art. 2 (expropiación forzosa del usufructo temporal de determinadas viviendas para la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social) y la DT 1.^a (aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubiesen iniciado antes de la entrada en vigor de la ley) de la ley extremeña 2/2017. Se impone la interpretación constitucional de algunos preceptos y de desestima el recurso en lo demás.

STC 19/2018, 22 de febrero.

RI: Pérdida parcial de objeto y desestimación en lo demás.

Ponente: Narváez.

Conceptos: Propiedad intelectual. Copia privada. Compensación por copia privada y contenido esencial del derecho de propiedad (intelectual). Compensación e indemnización. Sistema de compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y derecho de propiedad. Entidades de gestión colectiva. Imposición de una «ventanilla única» para el cobro de la compensación y derecho fundamental de asociación. Obligación de crear una «persona jurídica» frente a obligación «de asociarse». Libertad de empresa.

Preceptos de referencia: Arts. 22 y 33 CE. Art. 1.2 y art. 1.13, 1.16 y DA 1.^a apdos. 2 y 3 Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Ley 36/2014, de Presupuestos generales del Estado para 2015. LO 1/2002 sobre derecho de asociación (LODA). Art. 25 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI). RD Ley 12/2017.

1) *Antecedentes: Problemática de la compensación por copia privada en la legislación de propiedad intelectual.*— Pocos asuntos hay en el campo de la propiedad intelectual que hayan generado tantos problemas como el límite de copia privada y, más en particular, la compensación a los titulares por los daños objetivos que tal copia les causa. El límite fue introducido en España con la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 y, desde el primer momento, se convirtió en un verdadero dolor de cabeza para los interesados, los tribunales y el propio legislador. No es, sin embargo, un asunto exclusivamente nacional.

El régimen de la copia privada ha sido objeto de armonización en el marco de la Unión Europea (Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información*, DSI). A este objeto, el art. 5.2, b) DSI permite que los Estados miembros introduzcan o mantengan el límite de copia privada «siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa». El límite es facultativo. Pero, si se implementa, la compensación resulta obligatoria. Para la configuración de la misma se deja a los Estados un margen de libertad. La libertad, sin embargo, no es absoluta,

como ha podido comprobar España en dos sonados casos sustanciados ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

En el primero de tales casos el impulso partió de los obligados. Consideraban que el sistema español presentaba disfunciones por las que acababan pagando la compensación quienes no debían hacerlo, pues las copias que llevaban a cabo no tenían ni podían tener la consideración de «privadas» o «para uso privado» en el sentido legal de la expresión. El TJUE acogió en lo esencial esta queja al resolver las dudas planteadas por el Tribunal Supremo español (vid. STJUE, *Caso Padawan*, 21/10/2010, C-467/08, ECLI: EU: C:2010:620). El sistema previo a *Padawan*, vigente con retoques desde 1987, se basaba en la imposición de un canon o gravamen sobre los dispositivos y soportes utilizados para realizar las copias privadas. El pago lo llevaban a cabo los fabricantes o, en su caso, importadores y distribuidores, repercutiendo después el coste correspondiente sobre los usuarios, a través del precio de los referidos dispositivos y soportes. El TJUE no puso en cuestión el sistema, común por lo demás a la mayoría de países de la UE. Pero sí dijo que no era aceptable la repercusión del canon sobre quienes, como las personas jurídicas y los profesionales, no podían llevar a cabo copias privadas. La esencia del sistema era acertada. Faltaban, no obstante, mecanismos de exención o recuperación a favor de los que se hallaran en la situación indicada.

Probablemente habría bastado introducir las correcciones resultantes de la sentencia del TJUE. Sin embargo, en un contexto de desconcierto y fuertes presiones, España optó por la cirugía radical. Primero mediante el RD Ley 20/2011 y, luego, con la Ley 21/2014, se llevó a cabo una reforma por la que, manteniéndose el límite de copia privada, la compensación pasó a pagarse por el Estado, mediante una partida en la Ley de Presupuestos Generales. Como era de temer, la reforma vino acompañada de una drástica reducción del montante global de la compensación por copia privada, cosa que contribuyó de forma decisiva a que los acreedores acudieran a los tribunales. En paralelo, la reforma fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad planteado por un numeroso grupo de Diputados del Partido Socialista. La vía judicial fue más rápida y dio lugar al planteamiento de una cuestión ante el TJUE, resuelta a su vez antes de que llegara a pronunciarse nuestro Tribunal Constitucional.

La sentencia del Tribunal de Justicia (STJUE 9/6/2016, *Caso EGEDA*, C-470/14, ECLI: EU: C:2016:418) concluyó que, siendo en teoría admisible un pago global alzado, el sistema español presentaba de nuevo deficiencias importantes. Básicamente por no asegurar que el coste de la compensación fuera al fin soportado por quienes realizan copias privadas y no por otras personas o colectivos. Como consecuencia de esta sentencia, España tuvo que readaptar una vez más su legislación, cosa que llevó a cabo mediante el RD-Ley 12/2017. Nada impedía mantener el nuevo sistema, corrigiendo sus deficiencias. Pero, de nuevo, se optó por la vía radical. Para ello, se presentaba el sistema introducido en 2011/2014 como algo «de carácter transitorio hasta tener una directriz clara por parte de la Unión Europea en esta materia» (preámbulo del RD-Ley 12/2017), tomando nota asimismo de lo acontecido en los tribunales: «los recientes pronunciamientos judiciales europeos y nacionales interpretando la Directiva 2001/29/CE han dejado sin vigencia la actual regulación de la compensación equitativa por copia privada» (*ibidem*). En lo sustancial, el cambio consistió en volver al viejo sistema de canon sobre equipos y soportes.

2) *Objeto del recurso y reforma legal entre la fecha de su interposición y la sentencia.*—El recurso se dirigía contra diversos preceptos de la Ley 21/2014 que modificaron el TRLPI, así como contra la Ley 36/2014, de 26 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015. La pretensión de declaración de inconstitucionalidad y nulidad se basaba en que los preceptos impugnados vulneraban el artículo 33 CE (derecho de propiedad, que incluye la intelectual) y también el artículo 31 CE (igualdad tributaria y principio de capacidad económica). Asimismo se denunciaba que el régimen de «ventanilla única», introducido para centralizar las operaciones de facturación y pago, iba en contra del derecho de asociación reconocido en el artículo 22 CE. Prescindiendo de reformas posteriores a la fechas que ahora interesan (RD Ley 2/2018 y Ley 2/2019), de lo expuesto en los párrafos anteriores resulta que, llegado el momento de pronunciarse el Tribunal Constitucional, el panorama legislativo había cambiado por completo, en relación con el existente cuando se interpuso el recurso. Ello obligó a abordar ante todo la cuestión de la posible pérdida sobrevenida de su objeto.

3) *Pérdida sobrevenida de objeto del recurso en lo que se refiere al derecho de propiedad y a la socialización indiscriminada de la compensación al ponerla a cargo de los presupuestos del Estado.*—«En el caso del presente recurso de inconstitucionalidad la mayor parte de los preceptos impugnados han quedado afectados, bien por haber sido reformados, bien por haber sido derogados por el [RD-Ley 12/2017], que ha modificado el TRLPI en lo que atañe al sistema de compensación equitativa por copia privada. Así, del contenido, antecedentes y sucesivas modificaciones de las disposiciones normativas objeto del presente recurso se deduce, en efecto, que se ha producido la subsiguiente pérdida parcial de objeto del recurso» (FJ 2). Por tanto, concluye el Tribunal: «hemos de apreciar la desaparición del objeto del recurso en relación con las vulneraciones constitucionales que se le imputan al artículo primero, apartado dos de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, en las modificaciones que realiza del artículo 25.1, párrafo segundo y del artículo 25.3, en el inciso impugnado, pues tales quejas han desaparecido sobrevenidamente, al haber sido derogados por una regulación posterior, sin que se encuentren, tampoco, en alguno de los supuestos que contempla la doctrina de este Tribunal para justificar el enjuiciamiento de normas legales derogadas» (FJ 2). No se entra pues a valorar si el sistema de compensación con cargo a los presupuestos, con fijación alzada y unilateral del montante del daño a compensar, atenta contra el obligado respeto al derecho de propiedad (art. 33 CE).

A la misma conclusión llega el Tribunal en cuanto a la alegada vulneración del artículo 31 CE y los principios de capacidad económica e igualdad en materia impositiva. «Este Tribunal ha tenido ocasión de recordar que “no es, en rigor, a las autorizaciones de créditos para gastos consignadas en las Leyes de presupuestos generales del Estado a las que han de atribuirse las presuntas lesiones al orden constitucional y estatutario de competencias, sino a las concretas normas y actos administrativos que les dan ejecución” [STC 13/92, FJ 6], normas y actos cuya impugnación, como se desprende de lo dicho en el fundamento jurídico anterior, han perdido objeto, por lo que procede también apreciar la pérdida sobrevenida de objeto de la impugnación de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, en cuanto a la aprobación del crédito presupuestario [correspondiente a la compensación por copia privada]» (FJ 3).

4) *Desestimación del recurso en lo relativo al sistema de «ventanilla única» de facturación y pago: La exigencia de constituir una persona jurídica (no necesariamente una asociación) no es inconstitucional.*—El Tribunal sí entra en cambio en la denuncia relativa al sistema de «ventanilla única», introducido como medida de reducción de los costes de transacción, toda vez que sobrevivió a las reformas posteriores a la sentencia del TJUE del *Caso EGEDA* (vid. supra) y se halla actualmente vigente. En este sentido, el artículo 25.10 TRLPI dispone que: «Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual participarán en la constitución, conforme a la legalidad vigente, gestión y financiación de una persona jurídica que ejercerá, en representación de todas ellas, las siguientes funciones: [//] a) La gestión de las excepciones del pago y de los reembolsos. [//] b) La recepción y posterior remisión a las entidades de gestión de las relaciones periódicas de equipos, aparatos y soportes de reproducción respecto de los que haya nacido la obligación de pago de la compensación, elaboradas por los sujetos deudores y, en su caso, por los responsables solidarios, en el marco del procedimiento para hacer efectiva la compensación que se determine mediante real decreto. [//] c) La comunicación unificada de la facturación». En el mismo sentido, el artículo 168 TRLPI (introducido en la reforma llevada a cabo por el RD-Ley 2/2018), bajo la rúbrica «Ventanilla única de facturación y pago», dispone que: «Las entidades de gestión autorizadas por el Ministerio de Cultura y Deporte están obligadas a participar en la gestión, financiación y mantenimiento de la ventanilla única de facturación y pago, accesible a través de internet, en los plazos y condiciones determinados en la normativa en vigor, y en la cual los usuarios del repertorio gestionado por ellos puedan conocer de forma actualizada el coste individual y total a satisfacer al conjunto de dichas entidades y operadores, como resultado de la aplicación de las tarifas a su actividad, y realizar el pago correspondiente».

Los recurrentes habían impugnado la constitucionalidad del sistema de «ventanilla única» sobre la base de dos argumentos, ambos relacionados con el derecho fundamental de asociación reconocido en el artículo 22 CE. «De una parte, la denuncia se localiza en el deber impuesto a las entidades de gestión de tener que crear y mantener una persona jurídico-privada, independiente de aquellas y sobre la que ninguna ejerza control alguno sobre sus decisiones, para facturar y gestionar el pago de los derechos, por lo que entienden que la relación de preceptos citados habría vulnerado uno de los contenidos esenciales del derecho de asociación como es el del derecho a no asociarse. De otra parte, pero conectado al precitado derecho fundamental, los recurrentes alegan vulneración del principio de proporcionalidad porque consideran que, para la consecución del fin expresado por la norma de referencia (apartado 1), como es el de la reducción de costes en las transacciones entre titulares y usuarios de los derechos de propiedad intelectual, la medida adoptada de creación de una ventanilla única gestionada por una persona jurídico-privada independiente no es proporcionada» (FJ 4).

Para centrar la controversia, resulta esencial la siguiente puntualización del Tribunal Constitucional: «en realidad, lo que, propiamente, objeta el grupo de parlamentarios recurrente, no es en sí mismo el sistema de facturación y pago de los derechos de propiedad intelectual, a realizar por medio de una “ventanilla única”, que ha elegido el legislador para el desempeño de dichas funciones, sino más bien el hecho de que la norma legal obligue a las entidades de gestión de aquellos derechos a tener que crear una persona jurídico-privada para la gestión de la citada ventanilla. Este es, precisamente, el

eje nuclear de la impugnación, sobre el que habremos de centrar nuestro enjuiciamiento» (FJ 5). La ley exige «que exista un ente con personalidad jurídica propia e independiente, esto es, un centro de imputación formal diferenciado, a efectos de instrumentar las operaciones de cobro y pago de los derechos, sin requerir mayor precisión» (FJ 5). No exige en cambio que la persona que debe crearse deba «asumir una configuración formal de índole estrictamente asociativa» (FJ 5).

¿Puede considerarse inconstitucional la obligación de crear una persona jurídica? Como señala el TC, «en realidad, la personalidad jurídica es, por sí sola, un instrumento jurídico formal que permite la creación de un centro específico de imputación de relaciones jurídicas, sin que presuponga, *per se*, un componente asociativo, esto es, un ligamen entre individuos para conseguir determinados fines comunes. Así lo acredita el hecho mismo de que, en la actualidad, abundan en nuestro ordenamiento personas jurídicas instrumentadas para alcanzar fines específicos de un solo individuo (sociedades unipersonales)» (FJ 5). Con esa base, es claro que las normas impugnadas no infringen el artículo 22 CE, que reconoce y tutela el derecho de asociación; aunque quizá, dice la sentencia sin ir más allá, la cuestión podría analizarse también «desde otra perspectiva constitucional, como la libertad de empresa del artículo 38 CE».

De acuerdo con los razonamientos expuestos, el Tribunal concluye que debe desestimarse el recurso en la parte subsistente, relativa a las normas sobre la «ventanilla única» de facturación y pago.

STC 40/2018, 26 de abril.

RI: Desestimado.

Ponente: Roca.

Conceptos: Adquisición de bienes y derechos. Formas y negocios jurídicos de adquisición. Bienes vacantes, depósitos y saldos. Competencias de las Comunidades Autónomas. Alcance. Instituciones conexas al contenido actual de las Compilaciones. Doctrina jurisprudencial. Comunidad de Navarra.

Preceptos de referencia: Arts. 15 y 16 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra; arts. 45.6 y 48 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra; Leyes 355 y 304.7 del Fuero Nuevo de Navarra; arts. 17 y 18 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas; y art. 149.1.8 CE.

«Las normas impugnadas sobre la atribución de los bienes mostrencos, conectadas a instituciones civiles compiladas por la Comunidad Foral Navarra desde 1973, tales como la adquisición de la propiedad, los bienes y la sucesión intestada, revelan una incuestionable conexión con su particular ordenamiento civil y la consiguiente competencia del legislador autonómico para regular este instituto.»

1) *Antecedentes del caso.*—El Presidente del Gobierno, a través del Abogado del Estado, plantea recurso de inconstitucionalidad frente a los artículos 15 y 16 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del patrimonio de Navarra, por considerar que no existe especialidad foral alguna que sirva de

conexión con la atribución de los mostrencos regulada en los preceptos recurridos. En consecuencia, considera que dicha regulación se extralimita de las competencias para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio atribuidas a Navarra en el artículo 48 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra, con vulneración de la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil (art. 149.1.8 CE).

2) *Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.*—El recurrente inicia su fundamentación partiendo de la naturaleza civil de los preceptos que regulan el destino de los inmuebles vacantes y de los saldos y depósitos abandonados. En consecuencia, defiende que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la legislación civil «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan». Sostiene el Abogado del Estado que, pese a ello, en el caso que se examina los preceptos impugnados no encuentran justificación en un pretendido desarrollo del derecho civil especial navarro. Es más, a su entender ni siquiera cabe hablar de conexión entre instituciones civiles navarras, referidas especialmente al ámbito de los derechos reales y el destino de los bienes mostrencos. Y así, la Ley 1/1973, de 1 marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra, no recoge ninguna institución conexas con el abandono y atribución a una entidad pública de los bienes vacantes. Por el contrario, los artículos 17 y 18 de la Ley 33/2003 establecen una causa de «extinción o pérdida del derecho de propiedad por abandono» y prevén «la atribución al Estado de tales bienes en cuanto abandonados» (con cita de la STC 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 7). Añade que la atribución al Estado de la propiedad de los inmuebles y saldos vacantes ha sido constante (con cita de la STC 204/2004, de 18 de noviembre).

El Asesor jurídico-Letrado Jefe de la Comunidad Foral de Navarra formuló, en síntesis, las siguientes alegaciones: de un lado, apunta que el artículo 48 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra confiere a dicha Comunidad competencia en materia de legislación civil en términos amplios («en materia de Derecho civil foral»), lo que ha de ponerse en conexión con la disposición adicional primera de la Constitución. De otro, advierte que a la Comunidad Foral navarra no le es aplicable la doctrina constitucional sobre bienes vacantes con fundamento en que la competencia de Navarra en materia de derecho civil foral es una competencia exclusiva de carácter histórico; Finalmente y con relación a la materia regulada en los preceptos impugnados -atribución de la propiedad de los bienes inmuebles sin dueño y de los saldos y depósitos abandonados- añade que concurre la conexión que permite el desarrollo del derecho civil foral de Navarra. Conexión con la tradición jurídica Navarra (ley 1 del Fuero Nuevo) y al proyectarse sobre un instituto propio del derecho civil foral navarro como son los «bienes» y, en particular, la propiedad y la posesión de las cosas, regulados en la Compilación del derecho civil foral de Navarra (especialmente en su ley 111). Por otra parte, ya desde la Ley de mostrencos de 1835, se incluían diferentes tipos de bienes (semovientes, muebles, inmuebles, abintestato), de los que, al menos, Navarra siempre logró conservar para sí la regulación del destino de los abintestatos.

La representación del Parlamento de Navarra sostiene en sus alegaciones que el título constitucional que habilita al Estado para disponer la atribución

a su favor de los bienes inmuebles vacantes y de valores, dinero, y demás bienes muebles derelictos depositados en las entidades financieras, es de alcance estrictamente civil y naturaleza supletoria, por lo que no puede desplazar, ni anular la competencia histórica exclusiva de Navarra en materia de derecho civil propio. En defensa de la constitucionalidad de los preceptos impugnados, señala, entre otros argumentos, que la Comunidad foral navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho civil foral (art. 149.1.8 CE y art. 48 Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra). A continuación recuerda los antecedentes directos de dichos preceptos. En concreto, la Compilación de 1973, que contaba con leyes que regulaban el destino de los bienes vacantes abintestato y los modos de adquirir la propiedad (leyes 304 y 355 del Fuero Nuevo), la Ley Foral 17/1985, de 27 de septiembre, del patrimonio de Navarra, en cuanto desarrolla la sucesión abintestato de la Comunidad Foral y la ocupación de los bienes muebles, y el Decreto Foral 166/1988, de 1 de junio, que establece el régimen administrativo aplicable a la sucesión legal en favor de la Comunidad Foral. Añade que la competencia estatal para adquirir los bienes mostrencos, abintestatos y vacantes desde la Ley de mostrencos de 1835, no impide su atribución a entes distintos de la Administración central. Por lo demás, las leyes del Fuero Nuevo 42 (condición de persona jurídica de la Diputación foral) y 355 (adquisición de la propiedad), legitiman a la Comunidad foral a regular esta materia, por la evidente conexión con los preceptos ahora impugnados. Lo mismo debe predicarse de la Compilación de Derecho civil de 1973 y de la histórica defensa de Navarra, con arreglo a su tradición foral, para que los bienes adjudicados al fisco de dicho territorio siempre fueran atribuidos a su Diputación Foral, lo que confirma que la Comunidad Foral tiene reconocida en la legislación foral civil preferencia en los llamamientos de herencias legales frente al Estado para apropiarse de los bienes mostrencos.

3) *Posición del Tribunal.*—Con carácter previo, el Tribunal precisa que los artículos impugnados (arts. 15 y 16 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del patrimonio de Navarra) regulan la adquisición por la Comunidad Foral de la propiedad de los inmuebles vacantes y de los saldos y depósitos abandonados. Materia que ha sido también regulada por los artículos 17 y 18 de la Ley 33/2003, de 23 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas. Por lo demás, recuerda que los artículos 148 y 149 CE no contienen referencia expresa al patrimonio de las administraciones públicas y que la reserva de ley para la regulación del patrimonio y la administración, defensa y conservación del mismo, no puede considerarse una norma atributiva de una competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma. En cualquier caso, toda vez que los preceptos examinados regulan la forma de adquirir la propiedad, deben insertarse en el ámbito material del relativo al derecho civil. Por tanto, si la regulación de los bienes mostrencos forma parte de la legislación civil y la Comunidad Foral de Navarra ostenta, de acuerdo con el artículo 48 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra, la competencia exclusiva en materia de derecho civil, debiendo ser una Ley foral la que conserve, modifique y desarrolle la vigente Compilación del Derecho civil foral, la conclusión sobre la constitucionalidad de los preceptos cuestionados dependerá, según el Tribunal de si la competencia estatutariamente asumida permite a la Comunidad

de Navarra regular los bienes inmuebles vacantes y los saldos en cuenta corriente y depósitos abandonados.

Centrada así la cuestión, el Tribunal recuerda su propia doctrina en el sentido de que lo que la Constitución garantiza en los dos apartados de su disposición adicional primera es la propia existencia de un régimen foral, pero no de todos y cada uno de los Derechos que históricamente lo hayan integrado. Y así, la asunción estatutaria de una determinada competencia, en el caso de Navarra a través de la mencionada Ley Orgánica 13/1982, puede suponer el reconocimiento y la actualización de derechos históricos (con cita de la STC 140/1990, de 20 de septiembre), pero sin que dichos derechos puedan considerarse, por sí mismos, títulos competenciales autónomos de los que quepa deducir competencias (STC 123/1984, de 18 de diciembre). O lo que es lo mismo, es la norma estatutaria la que delimita el ámbito competencial de la Comunidad Foral y no los derechos, en sí mismos considerados. No obstante, precisa el Tribunal que el hecho de que la competencia asumida estatutariamente tenga constatados antecedentes históricos no puede confundirse con el origen de su reconocimiento a la Comunidad Foral, que tiene lugar solo como consecuencia de la asunción estatutaria, mediante la aprobación de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra.

Dicho esto, debe analizarse el alcance de la competencia que el artículo 48.2 de la mencionada Ley Orgánica atribuye a la Comunidad Foral. Esto es, si dentro de la competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de derecho civil está o no incluida la competencia para regular el destino o atribución de los bienes vacantes sitos en el territorio (art. 15 de la Ley foral), al tratarse de una Comunidad autónoma con derecho civil propio.

Tras hacer un recorrido pormenorizado por las sentencias del propio Tribunal Constitucional con relación a los conceptos de conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales a los que se refiere el artículo 149.1.8 CE (SSTC STC 31/2010, de 28 de junio, 95/2017 y de 6 de julio, STC 133/2017, de 16 de noviembre, entre otras), recuerda que, concretamente en lo que respecta al «desarrollo», cabe que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. No se trata, sin embargo, de una competencia legislativa civil ilimitada por razón de la materia.

Descendiendo al caso concreto, precisa el Tribunal que debe valorarse si concurre esa conexión entre las materias ya reguladas en el ordenamiento civil autonómico y las que han sido objeto de nueva regulación, a fin de comprobar si se trata, como defienden los representantes del Parlamento de Navarra, de la actualización o innovación de los contenidos ya existentes. A estos efectos y tras recordar y resumir con detalle el análisis de la evolución normativa que en materia de bienes inmuebles vacantes y de depósitos y saldos en cuentas corrientes se efectuó en las SSTC 58/1982, de 27 de julio y 204/2004, de 18 de noviembre, concluye el Tribunal considerando que si se analiza el contenido del Fuero Nuevo, se observa la concurrencia de conexión suficiente entre la atribución de los bienes mostrencos y el derecho propio de Navarra. En concreto, con un instituto propio del derecho civil foral navarro como son los «bienes» y, en particular, la propiedad y la posesión de las cosas regulados en la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra (con referencia a la ley 355 del Fuero Nuevo –modos de adquirir la propiedad

y, en concreto, la adquisición por disposición de la ley–, ley 356 –usucapión– y ley 358 –bienes de las entidades públicas–). Y así, la Compilación de Navarra regula los bienes que, aun teniendo dueño, dejan de tenerlo por haber fallecido su titular sin herederos testamentarios o intestados, lo que implica una conexión con la otra clase de bienes vacantes –los que no tienen dueño conocido– y justifica, según el Tribunal, la competencia en materia civil, de acuerdo con la doctrina de la conectividad formulada respecto a la interpretación del artículo 149.1.8 CE.

En cuanto al impugnado artículo 16 de la Ley Foral 14/2007, relativo a la adquisición de los depósitos y saldos, el Tribunal se remite a la idéntica argumentación que la que acaba de exponerse con relación a la competencia del legislador autonómico en la de la adquisición de los inmuebles sin dueño conocido. Añade que en este caso, además, al tratarse de una norma atributiva o de excepción al régimen general de adquisición de la propiedad contemplado en el Código civil, ha de aplicarse necesariamente el artículo 149.1.8 CE y, en consecuencia, declarar que la Comunidad Foral Navarra tiene competencia para desarrollar la regulación de otros tipos de bienes vacantes, además de los abintestatos que contempla el Fuero Nuevo (ley 304.7).

STC 41/2018, 22 de febrero.

RI: Desestimado.

Ponente: González-Trevijano. Voto particular de González-Trevijano y otros.

Conceptos: Derecho civil aragonés. Modos de adquisición de la propiedad.

Preceptos de referencia: Art. 149.1.8.ª CE. Ley estatal 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. DA 6.ª Ley aragonesa 5/2011, del Patrimonio de Aragón y DA 6.ª del TR de la Ley de Patrimonio de Aragón (Decreto Legislativo 4/2013).

La controversia gira en torno al destino de las fincas procedentes de procesos de concentración parcelaria sin dueño conocido. La DA 6.ª de la Ley aragonesa 5/2011, *del Patrimonio de Aragón* y la también DA 6.ª del posterior Texto Refundido de igual título (Decreto Legislativo aragonés 4/2013), atribuyen la propiedad de dichas fincas a la Comunidad Autónoma, en tanto que la legislación estatal (art. 17 de la Ley 33/2003 *del Patrimonio de las Administraciones Públicas*) la atribuye al Estado central.

1) *Subsistencia de la controversia.*–La ley aragonesa de 2011 había sido derogada por el posterior Decreto Legislativo que aprobó el Texto Refundido. Pese a ello, el Tribunal recuerda que «el objeto del proceso persiste si respecto del precepto derogado se trabó una controversia competencial que pueda entenderse aún hoy subsistente». Para determinar «si la disputa sobre la titularidad competencial sigue viva entre las partes» hay que «comparar la regulación impugnada con la actualmente en vigor de modo tal que si la primera «plantea los mismos problemas competenciales» que la segunda, «la consecuencia necesaria será la no desaparición del conflicto» (FJ 2, con cita de sentencias anteriores). Esa es la situación que se da en el caso y, por tanto, el Tribunal prosigue con el análisis y entra en el fondo.

2) *Las controversias sobre inmuebles vacantes son materia civil y deben resolverse en el marco del artículo 149.1.8.ª CE por ser el título más específico.*—La DA 6.ª del TR de la Ley del Patrimonio de Aragón, que reproduce el contenido de la DA 6.ª de la derogada Ley 5/2011, se refiere a las «fincas de desconocidos procedentes de procesos de concentración parcelaria» y dispone que, en última instancia, si no apareciera el dueño, «se adscribirán al patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma, previo el correspondiente procedimiento, en el que se dará publicidad a la correspondiente propuesta en el *Boletín Oficial de Aragón* y en el ayuntamiento en cuyo término municipal estén ubicadas las fincas». Por su parte, el artículo 17 de la Ley estatal 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, bajo la rúbrica «inmuebles vacantes», dispone que «pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño», estando dicha Administración facultada para tomar directamente posesión de los mismos, salvo si existiera un «poseedor en concepto de dueño», en cuyo caso «habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil».

A la vista de esas normas, es comprensible que el Tribunal se aplique, ante todo, a establecer el ámbito material de las controversias competenciales relativas a bienes inmuebles vacantes. El Estado central invocaba los artículos 149.1.8.ª CE (Legislación civil), 149.1.14.ª CE (Hacienda) y 149.1.18.ª CE (Bases del régimen de las Administraciones Públicas). Por su parte Aragón sostenía que el conflicto debía resolverse exclusivamente en el marco de los artículos 149.1.8.ª CE y 71.2 del Estatuto aragonés (ambos relativos a Derecho civil).

La cuestión no es nueva y por ello el Tribunal acude a la doctrina sentada en materia de inmuebles vacantes en resoluciones anteriores. Concretamente en las sentencias 58/1992 (sobre la Ley catalana 11/81, del Patrimonio de la Generalidad), 150/1998 (sobre la Ley castellanoleonesa 14/1990, sobre concentración parcelaria) y 204/2004 (sobre el TR de la Ley General Presupuestaria, RD Legislativo 1091/1988).

En la STC 58/1992 se declaró la nulidad de la norma que atribuía a la Generalidad de Cataluña los bienes mostrencos ubicados en el territorio catalán, contraviniendo lo previsto en la legislación sobre Patrimonio del Estado. «Una cosa es que la Generalidad disponga de la competencia suficiente para legislar, dentro de los límites que ya hemos señalado, sobre su propio Patrimonio, y otra bien distinta que, en ejercicio de esta competencia, modifique también la legislación vigente sobre el Patrimonio del Estado, determinando que para el futuro no se incorporarán a éste, sino al de la Generalidad, los bienes inmuebles retenidos o disfrutados sin título válido por entidades o por particulares.» (STC 58/92, FJ 3 de la sentencia reseñada). Como explicaba la propia STC 58/1992, la conclusión venía determinada por el origen histórico de la atribución de los bienes vacantes al Estado: «El derecho sobre los bienes ocupados o retenidos sin título válido es una derivación de la vieja regalía, como muy claramente se manifiesta en el Decreto de Carlos III de 27 de noviembre de 1785 (Novísima Recopilación, 10, 22, 6) al referirse a “los bienes mostrencos, abintestatos y vacantes que pertenecen a mi Corona...”. Con la objetivación del poder y la fusión de los derechos mayestáticos en la noción única de poder soberano, este derecho pasa al Estado, traslación que entre nosotros se opera de manera positiva mediante la Ley de 9 de mayo de 1835 (Colección Legislativa, tomo XX, p. 173)» (STC 58/92, FJ 3 de la sentencia reseñada). Nada impediría que los inmuebles vacantes se atribuyeran a entes que no fueran la Administración Central. Pero esa decisión solo puede tomarla «el órga-

no que puede decidir en nombre de todo el Estado y no de una de sus partes» (STC 58/92, FJ 3 de la sentencia reseñada)

La doctrina anterior fue reiterada en la STC 150/1998. Cabe señalar que la ley castellanoleonesa impugnada regulaba el destino de las «fincas de reemplazo sin dueño conocido procedentes de procesos de concentración parcelaria» prácticamente en los mismos términos que la ley aragonesa de la que se ocupa la sentencia reseñada. La sentencia subrayaba «la naturaleza civil de la norma que pueda regular el régimen jurídico en general y el destino, en particular, de los llamados bienes vacantes, sin dueño o mostrencos», lo que, tratándose de Castilla y León no podía conducir a otro resultado que la nulidad, pues la Comunidad carece de competencias civiles, en aplicación del artículo 149.1.8.ª CE (STC 150/92, *apud* FJ 3 de la sentencia reseñada). También insistiría en el carácter civil de la materia la STC 204/2004, al señalar que «ninguna objeción cabe oponer desde la óptica del derecho a la propiedad privada a la opción de legislador de atribuir al Estado unos bienes abandonados por sus titulares y, por tanto, bienes *nullius*, pues tal atribución encuentra fundamento en su condición de gestor de los intereses generales de la comunidad que el Estado representa» (STC 204/2004, FJ 3 de la sentencia reseñada).

Ahora bien, tratándose materia civil, el problema debe resolverse en ese estricto marco. En este sentido, «la invocación de la STC 58/1982 y el origen histórico de la regla de atribución al Estado de los bienes mostrencos, abintestatos y vacantes de la Novísima Recopilación de 1785, de la Ley de mostrencos de 1835 o de la Ley de patrimonio del Estado de 1964, difícilmente puede servir, en el momento actual, como criterio de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas a los efectos del encuadramiento competencial de la cuestión discutida» (FJ 3). De hecho, dice el Tribunal, «lo que se plantea aquí es, si dada la predicada naturaleza civil de la norma estatal, es posible que, en Aragón, en tanto que Comunidad Autónoma con derecho civil propio, pudiera establecerse una regulación similar a la estatal en beneficio de la Comunidad Autónoma» (FJ 3). En definitiva, concluye la sentencia, «la cuestión de la naturaleza y el destino de estos bienes inmuebles vacantes es una materia propia de la legislación civil, materia competencial que es la más específica dentro de las que se plantean en el proceso» (FJ 3)

3) *Competencias civiles de las Comunidades Autónomas: estado de la cuestión.*—La jurisprudencia sobre controversias competenciales en materia civil es abundante y existe ya una doctrina asentada. La sentencia reseñada no hace sino confirmarla y aplicarla. Como es sabido, el artículo 149.1.8.ª CE establece como regla de partida la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil. Pero, de inmediato, añade un «sin perjuicio» que abre las puertas de ese ámbito a las Comunidades Autónomas y conforma lo que se ha dado en llamar «garantía de la foralidad civil». Esta, sin embargo, no responde a un planteamiento racional (o, si se quiere, racionalista) sino a un planteamiento histórico (si se prefiere, historicista). De ahí resulta un sistema asimétrico y fuertemente lastrado por el pasado. No todas las Comunidades Autónomas tienen competencias en materia civil; ni todas las que las tienen lo hacen en igual medida.

La Constitución no ha reconocido la posibilidad de asumir competencias civiles, a través de sus Estatutos, a todas las Comunidades Autónomas. Solo a aquellas que, en 1978, al entrar en vigor la Constitución, tenían un Derecho civil propio, ya fuese este legal (como en el caso de Aragón y otras Comuni-

dades que llegaron a tener una Compilación) o únicamente consuetudinario (como en el caso de Valencia). Ese Derecho civil propio vigente en 1978 da además la medida de la competencia al conformar el *corpus* susceptible de ser conservado, modificado y desarrollado por cada Comunidad Autónoma. ¿Hasta dónde se puede llevar este proceso? No está claro. Hay un límite infranqueable, constituido por las competencias que «en todo caso» se ha reservado el Estado. Esta reserva no es, sin embargo, el único criterio aplicable. Antes, y siempre sobre la base del Derecho civil vigente en 1978, hay que tener en cuenta el método o *modus operandi* impuesto a las Comunidades. Éstas no pueden legislar en el vacío. Han de hacerlo «por conexión». Por conexión «orgánica», para ser más precisos.

En este sentido, a modo de resumen de la doctrina del propio Tribunal, la sentencia señala que: «las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial no ostentan competencia legislativa ilimitada sobre las materias civiles distintas de aquellas que se reservan “en todo caso” al Estado por el segundo inciso del artículo 149.1.8 CE. Podrán regular estas materias que no están siempre reservadas al Estado, incluso innovando el Derecho civil existente al tiempo de promulgarse la Constitución, esto es disciplinando ámbitos no normados en él, pero será imprescindible que esa regulación innovadora presente una conexión con dicho derecho civil especial, pues es la garantía de este ordenamiento jurídico y no otra cosa la ratio de la singularidad civil que se introduce en el primer inciso del artículo 149.1.8 CE» (FJ 4)

4) *Qué significa «desarrollo»: la noción de «crecimiento orgánico».*— Dado que la competencia autonómica no solo incluye la conservación y la modificación sino también el desarrollo, la Comunidad Autónoma «está habilitada para disciplinar instituciones civiles no preexistentes en el derecho civil aragonés, siempre, claro está, que revistan alguna conexión con él» (FJ 5). No hay controversia en cuanto a este extremo. Lo que se discute es si «si la regulación de la atribución de la titularidad de determinados inmuebles vacantes, objeto de este recurso de inconstitucionalidad, presenta esa conexión con el Derecho civil aragonés» (FJ 5).

La clave de la cuestión está en el significado del término «desarrollo». Una vez más el Tribunal Constitucional nos recuerda que la ratio del artículo 149.1.8.ª CE no es otra que «la garantía autonómica de la foralidad civil», algo que, en su día, acaso se aceptó con más resignación que convicción. Con cita de decisiones anteriores, el Tribunal insiste en que la «posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 C. E.) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino, más bien, a fin de garantizar determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios» (STC 88/1993, FJ 5 de la sentencia reseñada). Es precisamente «esta vinculación de la noción de “desarrollo” con la garantía constitucional de los “derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios” y, más en concreto, con el reconocimiento constitucional de “la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales” (STC 88/1993, FJ 3), [lo que] nos da la medida positiva y negativa de su alcance y extensión» (FJ 5).

En sentido positivo, el «desarrollo» permite «una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”» (STC 133/2017, FJ 5 de la reseñada). Pero en sentido

negativo, el «desarrollo» excluye «una competencia civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas». La Constitución ha querido garantizar una «singularidad civil», no otra cosa (STC 133/2017, FJ 5 de la reseñada). En suma, el «desarrollo» permite «la actualización y crecimiento orgánico» del Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas que lo tienen. Pero solo cuando se trate de «materias que, aun ausentes del texto originario de la compilación, guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquélla o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil» (FJ 5).

5) *Conexión de las normas impugnadas con la legislación civil aragonesa en materia de sucesión intestada. El precedente navarro.*—Como resulta de lo dicho, para que la operación de «desarrollo» sea admisible, ha de tener como punto de partida «una institución conexas preexistente en ese derecho civil especial [el de Aragón]» (FJ 6). A este objeto, la representación procesal de las instituciones autonómicas alegaba las normas sobre sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma, prevista en los artículos 535 y 536 del Código del Derecho foral de Aragón. Sobre la base de esta alegación, el Tribunal vuelve a insistir en la doctrina ya conocida: «Para que las dos disposiciones objeto de este proceso fueran conformes con el orden competencial sería necesaria la existencia de una conexión de la que derive una innegable relación entre el Derecho propio de Aragón relativo al régimen de la sucesión intestada [...] con la atribución de los inmuebles vacantes resultantes de las operaciones de concentración parcelaria. Dicha conexión legitimaría constitucionalmente la regulación impugnada» (FJ 6). Pues bien, el Tribunal entiende que esa conexión existe, recordando que el mismo problema de la titularidad de inmuebles vacantes ya fue abordado en la STC 40/2018 (Ley del Patrimonio de Navarra) y resuelto a favor de la Comunidad Autónoma. En consecuencia, se desestiman los recursos acumulados contra las normas impugnadas.

6) *Voto particular de González-Trevijano y otros.*—La sentencia cuenta con un voto particular que suscriben el propio ponente y otros cuatro magistrados. Comparten con la mayoría «el encuadramiento competencial de la cuestión discutida en el ámbito del Derecho civil». También comparten la necesidad de resolver el caso aplicando la doctrina constitucional relativa a la noción de «desarrollo». Discrepan en cambio en cuanto a la existencia de la necesaria conexión orgánica de las normas impugnadas con las normas civiles aragonesas sobre la sucesión intestada. En este sentido, el voto particular manifiesta que «no cabe apreciar la concurrencia de la necesaria conexión que exige la doctrina constitucional entre la sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma prevista en los artículos 535 y 536 del mencionado Código de Derecho foral con los inmuebles o fincas de reemplazo a los que se refieren las normas objeto de recurso. Entiendo, por el contrario, que son instituciones de diferente naturaleza que se desenvuelven en contextos distintos». Para apoyar la tesis defendida, el voto afirma que «no es factible equiparar la situación de un bien que no tiene dueño, porque no es posible saber a quién pertenece o porque se ha abandonado o renunciado a su titularidad, con la de un bien que sí lo tiene, pero respecto al que su titular no ha hecho ninguna previsión para el caso de muerte». Y concluye: «La regulación del abintestato responde a la necesidad de cerrar el sistema sucesorio del Derecho aragonés. Se trata de una cláusula de cierre para evitar, precisamente, la vacancia indefinida de los bienes y preservar de este modo la seguridad jurí-

dica, impidiendo el abandono de los bienes a disposición del primer ocupante. Con ello se evita tanto que las herencias queden vacantes como la exclusión del tráfico jurídico de los bienes que integran esas herencias. Por el contrario, la regla atributiva de la titularidad de los vacantes en favor del Estado es la consecuencia jurídica de su abandono, que extingue el derecho de su titular sobre los mismos y los convierte, por consiguiente, en *res nullius*, susceptibles de apropiación».

STC 58/2018, 4 de enero.

RA: Estimado en parte.

Ponente: Balaguer.

Conceptos: «Derecho al olvido» (desindexación) y sociedad digital.

Honor e intimidad. Derecho fundamental a la protección de datos personales. Libertad de información y acceso al acervo histórico de los periódicos. Información actual e información pasada puesta a disposición del público mediante hemerotecas digitales. Personas privadas y públicas. Prestadores de servicios de búsqueda en las redes digitales. Motores «externos» generales (búsqueda en la *web*, p.e. motor de Google) e internos o particulares (búsqueda en el concreto *website*, p.e. motor de una hemeroteca digital). Anonimato en las sentencias del Tribunal Constitucional.

Preceptos de referencia: Arts. 18.1, 18.4 y 20.1, d) CE. LO 1/1982 (protección civil del honor, intimidad e imagen). LO 15/1999 (protección de datos personales). Art. 17 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27/4/2016, sobre Protección de datos.

La sentencia se ocupa del llamado «derecho al olvido» digital o, de forma más precisa, derecho a ser desindexado o «*right to be delisted*». El caso tiene su origen en una lejana información, publicada en los pasados años ochenta en un diario madrileño de difusión nacional (*El País*). En ella se daba cuenta del desmantelamiento de una red de tráfico de drogas, explicando la implicación de familiares de un destacado cargo público y de otros miembros de lo que, en los Antecedentes de la sentencia, se describe como «clase alta» de determinada localidad. La noticia identificaba a las personas aludidas (nombre, apellidos y profesión) y explicaba el *modus operandi* del grupo y el ingreso en prisión de sus integrantes. Asimismo daba cuenta de que algunos de ellos eran toxicómanos. La noticia era veraz y cumplía con los estándares exigidos para la libertad de información. Años más tarde, en 2007, *El País*, como tantos otros medios, decidió digitalizar y poner a disposición del público su hemeroteca. A partir de ese momento, cualquiera que tecleara en el buscador general de la empresa *Google* el nombre y apellidos de quienes habían protagonizado la noticia publicada, podía acceder a esta, como primero de los resultados obtenidos. De este modo, una información que los afectados creían olvidada en un pasado al que solo cabría acceder de manera trabajosa, se encontraron con que podía obtenerla cualquiera, de la forma más simple e inmediata, ya le moviera un interés más o menos atendible o la mera curiosidad.

Dos de los afectados, advertidos por un tercero, requirieron a *El País* para que cesara en el tratamiento de sus datos personales o, subsidiariamente, sustituyera su nombre y apellidos, en la noticia digital, por sus simples iniciales. En todo caso reclamaban que la página web en la que ellos aparecían fuera desindexada; o, dicho en términos más entendibles, que el diario adoptara las

medidas técnicas necesarias para que una búsqueda por sus nombres y apellidos, utilizando el motor de *Google*, no condujera a la noticia. El periódico rechazó las pretensiones de los interesados alegando la libertad de información y la supuesta imposibilidad de evitar la indexación por parte de los buscadores. En esta tesitura, los afectados acudieron a la vía judicial y demandaron al periódico. Denunciaban la vulneración de su honor e intimidad (art. 18.1 CE) y alegaban que, tratándose de personas privadas, aquella vieja información carecía de relevancia para el mantenimiento de una opinión pública informada. También denunciaban la vulneración de su derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 CE) y de la entonces vigente LO 15/1999, de Protección de datos personales (LOPD). El daño que se les causaba, decían los demandantes, se producía en el contexto de una actividad más económica que propiamente informativa. En este sentido, subrayaban, el propio diario había presentado su hemeroteca digital como un medio para «impulsar los ingresos publicitarios derivados de una mayor audiencia en la red».

Los demandantes pedían que la sentencia declarase la vulneración de derechos denunciada y condenase al periódico a poner en práctica las medidas ya requeridas extrajudicialmente. También pedían una indemnización por los daños sufridos. *El País* se opuso, alegando la supuesta caducidad de la acción, por haber transcurrido los cuatro años previstos en el artículo 9.5 LO 1/1982. En cuanto al fondo, el medio negaba tanto los daños al honor (por tratarse de una información veraz cuyo interés público se mantenía) como a la intimidad (porque los datos difícilmente podían considerarse íntimos y, en cualquier caso, debía prevalecer la libertad de información). En cuanto al derecho a la protección de datos, *El País* entendía que evitar la localización e indexación de las noticias incluidas en su hemeroteca digital no era cosa suya sino de los prestadores de servicios de búsqueda, como *Google* y otros. Asimismo subrayaba que pretender el borrado o bloqueo de sus archivos sería inadmisibles dado que se trataba de un acervo histórico de indudable interés y utilidad públicos.

La sentencia de primera instancia estimó completamente la demanda, señalando que la noticia ya no era veraz puesto que la condena, al fin, no había sido por tráfico de drogas sino por contrabando, que los aludidos habían superado su adicción y, en fin, que sus antecedentes penales ya se habían cancelado. La resolución fue confirmada en apelación. En su sentencia, la Audiencia Provincial destacaba la importancia del derecho a la reinserción y a la extinción definitiva de todos los efectos de la pena. Tal derecho, explicaba, vendría «completado en la actualidad por el “derecho al olvido” del historial judicial» [Antecedente 2, f) de la sentencia del Tribunal Constitucional reseñada]. La confirmación de la decisión de primera instancia se justificaba porque los demandantes no eran personajes públicos ni había ejercido cargo público alguno; porque el paso del tiempo había supuesto la «pérdida de la veracidad inicial de la información» (*ibidem*); y porque «la publicación en Internet de la antigua noticia la había dotado de un grado de difusión mucho mayor que la que obtuvo la edición impresa, más restringida en términos geográficos y de tiraje» (*ibidem*).

El recurso de casación interpuesto por *El País* fue, sin embargo, parcialmente estimado (STS, 1.ª, 15/10/2015, ECLI: ES: TS:2015:4132). Para empezar, el Tribunal Supremo rechazaba la caducidad señalando que la acción no tenía por objeto la noticia publicada en los años ochenta sino el tratamiento de datos personales, llevado a cabo mucho tiempo después y con efectos que no podían considerarse un daño «permanente» (consolidado en

su momento) sino «continuado» (y por tanto aun vivo). Despejada esta cuestión, el tribunal centró su atención en el derecho a la protección de datos y, más en concreto, en los efectos que el transcurso del tiempo y los acontecimientos posteriores pueden tener para su tratamiento y el mantenimiento de su «calidad». En este sentido, «un tratamiento que inicialmente podía ser adecuado a la finalidad que lo justificaba, con el transcurso del tiempo podía devenir inadecuado o excesivo para aquella finalidad, causando un daño desproporcionado –por relación al derecho que amparaba el tratamiento– en los derechos de la personalidad del afectado como el honor y la intimidad» [Antecedente 2.g) de la STC].

Al objeto de ponderar los derechos y bienes jurídicos en juego, el Tribunal Supremo consideró oportuno destacar algunos aspectos del caso, apoyándose para ello en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Se trata de una serie de ideas básicas y muy útiles, que conviene reseñar: 1) Las hemerotecas digitales son un elemento muy importante para asegurar la libertad de información, pero su relevancia desde este punto de vista es secundaria en relación con la que cumple la prensa cuando informa de sucesos actuales, pues solo en este último caso actúa como *public watchdog* o perro guardián de la democracia; 2) En sentido contrario, el potencial de las hemerotecas digitales para provocar daños a los derechos humanos y, en particular, a la vida privada es mucho mayor que el de la tradicional prensa escrita; 3) En consecuencia, hay que ponderar el potencial ofensivo de la información publicada y, de otro lado, el interés público para que esa información se mantenga vinculada a los datos personales del afectado. «Las relaciones sociales se basan en buena medida en la información que tenemos de los demás, y el capital moral con que cuenta cada persona depende, en parte, del grado de confianza que inspire su trayectoria vital. Por eso, cuando concorra este interés en la información, está justificado que puedan ser objeto de tratamiento automatizado informaciones lesivas para la privacidad y la reputación, vinculadas a los datos personales, siempre que sean veraces, cuando se trata de personas de relevancia pública, aunque los hechos hayan sucedido hace mucho tiempo.» (cfr. *Caso Mario Costeja*, STJUE de 13/5/2014, asunto, C-131/12). «Pero una vez publicada la noticia en los medios de prensa por el interés que supone su carácter actual, el tratamiento automatizado de los datos personales de los implicados en ella, vinculado a la información de manera que una consulta a través de los motores de búsqueda de Internet en la que se utilicen como palabras clave esos datos personales (particularmente el nombre y apellidos) arroje como resultados destacados los vínculos a las páginas de la hemeroteca digital en las que aparezca tal información, va perdiendo su justificación a medida que transcurre el tiempo si las personas concernidas carecen de relevancia pública y los hechos, vinculados a esas personas, carecen de interés histórico (STS de 15 de octubre de 2015)» [Antecedente 2.g) STC].

Tal como se consigna en la sentencia del TC, a juicio del Tribunal Supremo: «el llamado “derecho al olvido digital”, que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de

Internet las informaciones negativas, “posicionando” a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país. Pero dicho derecho sí ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse al tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad, inserción que se vería obstaculizada por el rechazo que determinadas informaciones pueden causar en sus conciudadanos» (FJ 6 de la sentencia del TS, Antecedente 2.g) de la STC]. De ello resulta, concluye el Tribunal Supremo, «que la denegación por *Ediciones El País* de la cancelación del tratamiento de sus datos personales ante la solicitud hecha por las personas demandantes supuso una vulneración del derecho de protección de datos personales de las personas demandantes que trajo consigo la intromisión ilegítima en sus derechos al honor y a la intimidad» (*ibidem*).

Pese a ello el Tribunal Supremo rechazó que se pudiera obligar a *El País* a modificar la información de su hemeroteca digital porque «el llamado ‘derecho al olvido digital’ no puede suponer una censura retrospectiva de las informaciones correctamente publicadas en su día (FJ 7 apartado tercero)» [Antecedente 2.g) STC]. «La integridad de los archivos digitales es un bien jurídico protegido por la libertad de expresión [...] que excluye las medidas que alteren su contenido eliminando o borrando datos contenidos en ellos, como puede ser la eliminación de los nombres de las personas que aparecen en tales informaciones o su sustitución por las iniciales (FJ 7, apartado tercero STS)» (*ibidem*). Como puso de relieve el TEDH en su sentencia de 16/7/2013, «no corresponde a las autoridades judiciales participar en reescribir la historia» (*ibidem*).

El Tribunal Supremo, no obstante, establecía una diferencia entre el motor de búsqueda general (el de *Google*, que rastrea toda la red) y el motor de búsqueda particular o interno (el que *El País* ofrecía para efectuar búsquedas internas en su hemeroteca, una vez localizada ésta en Internet). Usando cualquiera de los dos motores podía accederse a la información controvertida. Pero el Tribunal Supremo entendió que se trataba de casos diferentes. Podía exigirse que *El País* y *Google* utilizaran la tecnología disponible para evitar que se llegara a información sensible mediante búsquedas generales en la red efectuadas a partir de los nombres de los afectados. Sin embargo, debía preservarse el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital pues, de otra forma, sus funcionalidades quedarían sensiblemente reducidas y las posibilidades de búsqueda limitadas a quienes dispusieran de tiempo o tuvieran dinero para encargar a otros el trabajo. Para el ciudadano normal, sin tiempo ni dinero, la hemeroteca perdería buena parte de su valor. En palabras del Tribunal Supremo, tal como las recoge el Constitucional: «el riesgo para los derechos de la personalidad de las personas afectadas por la información guardada en la hemeroteca digital no radica tanto en que la información sea accesible a través del motor de búsqueda interno del sitio web en que se

encuentra alojada,[...] como en la multiplicación de la publicidad que generan los motores de búsqueda de Internet, y en la posibilidad de que mediante una simple consulta utilizando los datos personales, cualquier internauta pueda obtener un perfil completo de la persona afectada en el que aparezcan informaciones obsoletas sobre hechos ya remotos en la trayectoria vital del afectado, con un grave potencial dañoso para su honor y su intimidad, que tengan un efecto distorsionador de la percepción que de esta persona tengan los demás conciudadanos y le estigmatice. Es por eso que esa información debe resultar invisible para la audiencia general de los usuarios de los motores de búsqueda, pero no para la audiencia más activa en la búsqueda de información, que debe tener la posibilidad de acceder a las noticias en su integridad a través del sitio web de la hemeroteca digital» (FJ 7, apartado cuarto de la STS de 15 de octubre de 2015)» [Antecedente 2.g) STC]. De este modo, el Tribunal Supremo, aun coincidiendo en lo sustancial con la Audiencia, casó su sentencia y la dejó sin efecto «en los pronunciamientos relativos a la supresión de los datos personales de las personas demandantes en el código fuente de la página web que contenía la información y de su nombre, apellidos o incluso iniciales y a la prohibición de indexar los datos personales para su uso por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital gestionada por la demandada» (*ibidem*).

Los afectados recurrieron en amparo, subrayando que no pretendían la eliminación de la información de la hemeroteca digital sino solo que se tomaran las medidas técnicas necesarias para evitar que pudiera localizarse a partir de sus nombres, tanto valiéndose de buscadores externos como del interno de *El País*.

La sentencia del Tribunal Constitucional destaca ante todo la novedad del asunto y la inexistencia de doctrina propia acerca de la problemática suscitada: «aún no hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre el “derecho al olvido” o “derecho al olvido digital” como posible proyección del derecho al honor, a la intimidad (art. 18.1 CE) o a la protección de datos de carácter personal (art. 18.4 CE), en relación con las hemerotecas digitales y su eventual consideración como uno de los ámbitos a través de los cuales se puede manifestar el ejercicio de las libertades informativas» (FJ 4)

Desde la perspectiva del TC, el conflicto se da entre los derechos al honor y la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de datos (art. 18,4 CE) y, de otro lado, la libertad de información [art. 20.1, d) CE], en el particular contexto de la sociedad digital: «Hoy, la información periodística ya no es solo la actualidad publicada en la prensa escrita o audiovisual, sino un flujo de datos sobre hechos y personas que circula por cauces no siempre sujetos al control de los propios medios de comunicación, y que nos permite ir hacia atrás en el tiempo haciendo noticiables sucesos que no son actuales. Las anteriores circunstancias exigen ajustar nuestra jurisprudencia sobre la ponderación de los derechos en conflicto» (FJ 4). Todo ello centra el caso en el llamado «derecho al olvido digital»; un término equívoco que, no obstante, ha hecho fortuna tanto en la jurisprudencia como en las leyes [*vid.* art. 17 del Reglamento (UE) 2016/679] y que no es otra cosa, según el TC, que «un derecho a la supresión de los datos personales, existente ya por obra de la Directiva 95/46/CE» (FJ 5). «Así considerado, el derecho al olvido es una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE), y es también un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo» (FJ 5). En este sentido,

con cita de su anterior sentencia 290/200, FJ 7, el Tribunal insiste en que «el artículo 18.4 CE, contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos, sin que, por ello, deje de ser un derecho fundamental» (FJ 5). «El artículo 18.4 CE garantiza un ámbito de protección específico pero también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado primero del precepto (STC 292/2000, FJ 4)» (FJ 5). Todo ello conduce al «reconocimiento expreso del derecho al olvido, como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales, y por tanto como derecho fundamental» (FJ 6). Se trata de ver cómo debe ponderarse este derecho fundamental en relación con la libertad de información, reconocida, con el mismo carácter, en el artículo 20.1.d) CE.

El conflicto, que puede resolverse a favor de uno u otro derecho, ha de valorarse conforme a los cánones habituales, pero con dos variables adicionales: «el valor del paso del tiempo a la hora de calibrar el impacto de la difusión de una noticia sobre el derecho a la intimidad del titular de dicho derecho, y la importancia de la digitalización de los documentos informativos, para facilitar la democratización del acceso a la información de todos los usuarios de internet (FJ 6). Sobre esta base, la información debe ser «veraz» y los hechos «noticiales», esto es, con valor informativo. A este objeto ha de tenerse en cuenta la condición de las personas (públicas o privadas) y la naturaleza de los hechos (por ejemplo, los sucesos con relevancia penal siempre son noticiables). Ahora bien, el tiempo importa. En este sentido, observa el Tribunal, la noticia «puede haber perdido parte de su interés público o de su interés informativo para adquirir, o no, un interés histórico, estadístico o científico» (FJ 6). Y añade de inmediato una observación relevante: «No obstante su importancia indudable, ese tipo de intereses no guarda una relación directa con la formación de una opinión pública informada, libre y plural, sino con el desarrollo general de la cultura» (*ibidem*).

El Tribunal Constitucional, como antes el Supremo, echa también mano de la jurisprudencia del TEDH y concretamente de la doctrina de la sentencia de 10/3/2009 (asunto *Times Newspapers c. Reino Unido*), según la cual: «los archivos periodísticos que se publican en internet contribuyen de forma sustancial a la preservación y accesibilidad de las noticias y la información, constituyendo una fuente importante para la educación y la investigación histórica, particularmente en la medida en que la prensa proporciona dicha accesibilidad en la red de forma fácil y, generalmente, gratuita. En consecuencia [...] aunque la función principal de la prensa en una sociedad democrática es actuar como un vigilante de lo público –acudiendo a la conocida expresión *public watchdog*–, cumple igualmente una valiosa función secundaria al mantener y poner a disposición de los lectores los archivos que contienen noticias publicadas tiempo atrás. Sin embargo –terminó diciendo la Sentencia– el margen de apreciación reconocido a los Estados para ponderar los derechos fundamentales en conflicto es mayor respecto de los archivos de hechos pasados, que cuando la información concierne a hechos recientes. Especialmente, en el primer caso, el deber de la prensa de actuar conforme a los principios del periodismo responsable, asegurándose de la exactitud de la información histórica, debería ser más riguroso, dada la ausencia de la urgencia en divulgar el material a la comunidad de destinatarios» (FJ 6). Por tanto, prosigue el Tribunal Constitucional «atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es preciso reconocer que la prensa, al poner a disposición del gran público sus bases de datos de noticias, desarrolla

una doble función. Por un lado, la de garante de la pluralidad informativa que sustenta la construcción de sociedades democráticas, y, por otro, la de crear archivos a partir de informaciones publicadas previamente, que resulta sumamente útil para la investigación histórica. Y podríamos concluir que, si bien ambas desempeñan una función notable en la formación de la opinión pública libre, no merecen un nivel de protección equivalente» (FJ 7).

El Tribunal no ignora la importancia esencial que tiene la memoria colectiva para asegurar una opinión pública libre. No basta con la actualidad del día. Es necesario que los ciudadanos podamos refrescar nuestra frágil memoria individual con la robusta memoria colectiva que hoy nos proporciona la tecnología. Ahora bien, esta vertiente benéfica y necesaria va acompañada de riesgos de gran envergadura, pues la vida humana también necesita ciertas dosis de olvido. No es bueno que todo sea tan fácilmente trazable y devuelto a la actualidad.

Así lo ponía de manifiesto el TJUE en el ya citado *Caso Mario Costeja*: «un tratamiento de datos personales como el controvertido en el litigio principal, efectuado por el gestor de un motor de búsqueda, puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o solo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate» (STJUE, pfo. 90, *apud* FJ 7 de la sentencia reseñada). Por tanto, concluye el Constitucional, «la universalización del acceso a las hemerotecas, como la universalización del acceso a la información a través de los motores de búsqueda, multiplica la injerencia en los derechos a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) de los ciudadanos» (FJ 7).

Con base en la doctrina precedente, el Tribunal entiende que «la relevancia pública de la información, considerada desde la perspectiva de que es una noticia antigua, traída al momento presente por medio de la puesta a disposición en la hemeroteca digital de la misma, puede ser cuestionada. Es cierto que la materia de la noticia fue, y sigue siendo en buena media, de gran interés público, al abordar el tema de la drogadicción y el tráfico de estupefacientes, y eso confiere un interés objetivo a dicha información. Pero no lo es menos que las personas recurrentes en amparo ni eran entonces, ni son ahora personajes públicos. Y tampoco resulta indiferente que se revelen sobre ellas datos que inciden muy directamente sobre su honor y su intimidad» (FJ 8).

El Tribunal Constitucional considera que la ponderación de los derechos e intereses en conflicto debe llevar a aplicar el derecho al olvido no solo a los motores de búsqueda generales o externos, sino también al interno de la propia hemeroteca: «La prohibición de indexar los datos personales, en concreto los nombres y los apellidos de las personas recurrentes, para su uso por el motor de búsqueda interno de *El País* debe ser considerada una medida limitativa de la libertad de información idónea, necesaria y proporcionada al fin de evitar una difusión de la noticia lesiva de los derechos invocados. [...] Siempre será posible, si existe una finalidad investigadora en la búsqueda de información alejada del mero interés periodístico en la persona “investigada”, localizar la noticia mediante una búsqueda temática, temporal, geográfica o de cualquier otro tipo.

Una persona integrante de lo que el Tribunal Supremo llama en su sentencia “audiencia más activa”, puede acceder a la noticia por múltiples vías, si lo que le mueve es el interés público que pudiera tener dicha información en un contexto determinado. [...] la noticia seguiría estando disponible en soporte papel, y en soporte digital, limitándose exclusivamente una modalidad muy concreta de acceso a la misma» (FJ 8).

Por todo ello, el Tribunal estima parcialmente el recurso de amparo: «únicamente en lo relativo a la revocación del pronunciamiento de la Sentencia de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de octubre de 2013, consistente en prohibir la indexación de los datos personales de las demandantes de amparo, en lo que se refiere al nombre y apellidos de las recurrentes, para su uso por el motor de búsqueda interno». No admite, en cambio, la pretensión de que, en la noticia digital, se eliminen los nombres para sustituirlos por iniciales. El motor interno de la hemeroteca digital no debe permitir búsquedas por el nombre de las personas afectadas, salvo cuando estas sean personas públicas u ocupen cargos de esta naturaleza. Pero si la búsqueda se realiza por otros medios ha de llegarse a la noticia tal como se dio en su día. En suma, si tiene Vd. tiempo, o dinero para pagar a quien lo tenga o se dedique profesionalmente a la confección de informes, podrá obtener lo que desea, con independencia de que su deseo se base en razones de peso o en la mera curiosidad, sana o malsana.

Finalmente cabe señalar que, contra el criterio generalmente seguido, la sentencia del tribunal Constitucional reseñada omite los nombres de los afectados o recurrentes porque, en caso contrario, su propia resolución frustraría los fines pretendidos por los demandantes (*vid.* FJ 2, donde se exponen los motivos y el alcance de la anonimización).

STC 83/2018, 16 de julio.

RA: Estimado.

Ponente: González Rivas. Voto discrepante de Martínez-Vares.

Conceptos: Ejecución hipotecaria. Comunicación edictal. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1CE), en su vertiente de acceso a la Jurisdicción.

Preceptos de referencia: art. 24 CE, arts. 683 y 686 LEC.

El Tribunal Constitucional recuerda a los Tribunales ordinarios que, previo a la comunicación edictal, deben agotarse las posibilidades de averiguación del domicilio real.

1) *Antecedentes del caso.*—Una entidad bancaria presenta demanda de ejecución hipotecaria contra los recurrentes en amparo. Se despacha ejecución y, tras un intento infructuoso de notificación a los ejecutados, se acuerda la comunicación del procedimiento por vía edictal. Se celebra la subasta de la finca hipotecada, previamente notificada a los ejecutados en la misma dirección en la que la comunicación había resultado negativa, y se adjudica a la ejecutante, que cede el remate a otra empresa. Acordado el lanzamiento, los recurrentes toman conocimiento del proceso. Se personan en las actuaciones y recurren en reposición la diligencia que acuerda aquella medida, que es desestimado por la Letrada de la Administración de Justicia de dicho Tribu-

nal. Del mismo modo, promueven incidente de nulidad de actuaciones, que igualmente fue desestimado.

2) *Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.*—Agotada la vía jurisdiccional ordinaria, los demandantes en amparo alegan vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por el rechazo del incidente de nulidad de actuaciones y por haberse seguido la ejecución del procedimiento de ejecución contra los recurrentes sin su conocimiento, ya que el Tribunal acudió al emplazamiento por edictos sin agotar previamente los mecanismos previstos en el artículo 156 LEC para intentar su localización personal.

Las representaciones procesales de la entidad bancaria y de la adjudicataria se oponen en similares términos. Solicitan que no se otorgue el amparo por entender que no se ha denunciado en tiempo y forma la infracción procesal que determina la nulidad y por considerar que no procede declarar la nulidad de la notificación edictal al haberse acordado la misma conforme la redacción del artículo vigente al tiempo de la actuación procesal en cuestión. Y así, la obligatoriedad de agotar todos los medios de averiguación domiciliaria, previamente a acordar los edictos, se incorporó de manera expresa en el artículo 686.3 LEC a través de la Ley 19/2015, por lo que las notificaciones realizadas al ejecutado, vía edictos, se realizaron conforme a la legalidad vigente en ese momento, sin que quepa su aplicación retroactiva.

El Ministerio Fiscal entiende que procede la estimación de la demanda de amparo, pues el órgano judicial acudió a la citación edictal sin llevar a cabo una mínima diligencia para averiguar un domicilio alternativo al que había facilitado la ejecutante y donde realmente pudieran ser hallados los ejecutados. Indica, además, que en las actuaciones consta un documento que facilitaba este dato y su efectividad. Concretamente, en la propia escritura de préstamo hipotecario.

3) *Posición del Tribunal.*—De entrada, el Tribunal considera que los recurrentes cumplieron con las exigencias del artículo 44.1.c) LOTC, que condiciona la admisión de todo recurso de amparo a la previa denuncia formal en el proceso de la vulneración del derecho constitucional, al permitir que el juzgado, hasta en dos ocasiones, se pronunciara sobre la cuestión planteada.

Entrando de lleno en la cuestión planteada y tras justificar la trascendencia constitucional del recurso, el Tribunal Constitucional recuerda su doctrina jurisprudencial reiterada en el sentido de que, en los procedimientos de ejecución hipotecaria, cuando sea negativa la notificación y el requerimiento de pago en el domicilio que consta en el Registro de la Propiedad, el órgano jurisdiccional debe agotar las posibilidades de averiguación del domicilio real antes de acudir a la comunicación edictal (STC 122/2013, de 20 de mayo, FJ 3, reiterada en una pluralidad de sentencias posteriores (SSTC 30/2014, 24 de febrero FJ 3; 131/2014, de 21 de julio, FJ 4; 137/2014, de 8 de septiembre, FJ 3; 89/2015, de 11 de mayo, FJ 3; 169/2014, 22 de octubre, FJ 3, y 151/2016, de 19 de septiembre, FJ 2). Máxime si consta en el expediente la existencia de un domicilio personal del ejecutado distinto al que se intenta la notificación, como ocurre en este caso, en el que el domicilio real de los ejecutados constaba en la propia escritura que se ejecuta. Por lo demás, en el caso examinado por el Tribunal no se deduce que los recurrentes tuvieran conocimiento extraprocesal del proceso de ejecución hipotecaria más que en el momento inmediatamente anterior a su primera comparecencia con solicitud de nulidad de actuaciones. Por tal motivo, El Tribunal aprecia la vulneración del art. 24.1 CE.

STC 103/2018, 4 de octubre.

RI: Desestimado.

Ponente: Xiol.

Conceptos: Asistencia jurídica gratuita. Colegios profesionales. Colegiación obligatoria. Pertenencia al turno de oficio. Dignidad y autonomía de la persona. Igualdad. Tutela judicial efectiva. Derecho al trabajo y a la negociación colectiva. Libertad de empresa.

Preceptos de referencia: apartados primero, segundo, cuarto y quinto del artículo único de la Ley 2/2017, de 21 de junio, que modifica los artículos 1, 22, 25 y 30 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Arts. 10, 14, 24, 35, 37 y 38 CE.

1) Introducción.—La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad de cincuenta diputados de *Unidos Podemos* en relación con los apartados 1, 2, 4 y 5 del artículo único de la Ley 2/2017, de 21 de junio, que modifica los artículos 1, 22, 25 y 30 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Los recurrentes consideraban infringidos los artículos 10, 14, 24, 35, 37 y 38 CE por entender que de ellos se deriva «la obligación de que todos los abogados colegiados formen parte del servicio de asistencia jurídica gratuita, cosa que, a su juicio: (i) atenta contra la dignidad de la persona y contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad; (ii) impone a un sector de profesionales la obligación de realizar un servicio público, lo que supone una discriminación respecto del resto de españoles; (iii) infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que no se asegura que el justiciable carente de recursos sea defendido por un profesional que cuente con la necesaria especialización y formación; (iv) vulnera el derecho al trabajo, pues implica sustituir el principio de voluntariedad por el principio de obligatoriedad; (v) limita el derecho a la negociación colectiva y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo; y (vi) vulnera la libertad de empresa, pues el ciudadano sigue siendo libre para colegiarse como abogado o procurador, pero ha perdido la libertad para decidir si, además, se adscribe o no al sistema de justicia gratuita» (FJ 1).

El abogado del Estado, por el contrario, sostenía que la norma impugnada no incurría en ninguna de las referidas vulneraciones y por ello solicitaba la desestimación del recurso. «A su juicio los preceptos impugnados afectan al régimen interno de organización colegial de prestación del servicio de justicia gratuita, materia que es de plena configuración legal; y no resulta desproporcionado que el legislador instrumente los colegios de abogados y, en consecuencia, la relación especial de sujeción a la que se hallan vinculados los profesionales para determinar las condiciones generales de prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita, dado que dicho servicio responde a un principio de actuación preservado por la Constitución y, además, el turno es general e igualitario en sus condiciones y se prevén las oportunas indemnizaciones para quienes lo presten en cada momento» (FJ 1).

2) *Estatuto de la abogacía y función de los colegios profesionales.*—El Tribunal Constitucional centra su atención en primer lugar en el estatuto de la abogacía para señalar que «Son habituales las regulaciones legales que afectan a la ordenación de las profesiones colegiadas, como ocurre, por ejemplo, con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que ha incorporado parcialmente

al derecho español la Directiva 2006/123/CE» (FJ 2; sobre la constitucionalidad de esta ley vid. STC 89/2013, de 22 de abril). En el caso de abogados y procuradores, hay que añadir las leyes 34/2006 (de acceso a la profesión) y 18/2011 (uso de tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia), además de la 2/1017 de modificación de la Ley 1/1996, cuya constitucionalidad se cuestiona en el recurso. De su examen el TC concluye que «el ejercicio de la abogacía trasciende los legítimos intereses empresariales protegidos por el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE) y que la regulación legal de algunos aspectos del ejercicio de la profesión de la abogacía y la procura en España es una exigencia derivada de los artículos 17.3, 24 y 119 CE, pues, como dice la exposición de motivos de la Ley 34/2006, [...] “estos profesionales son colaboradores fundamentales en la impartición de justicia, y la calidad del servicio que prestan redundan directamente en la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución garantiza a la ciudadanía”» (FJ 2). Esta idea, añade la sentencia, «se reitera en el artículo 1 de dicha ley, que caracteriza a los miembros de la abogacía como “colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad”» (FJ 2).

Tras la consideración del particular estatuto de la abogacía, el TC pasa a ocuparse de la función de los colegios profesionales, destacando, en primer lugar, el carácter obligado de la colegiación (art. 544.2 LOPJ). Esta cuestión ya fue abordada en la STC 89/1989 en la que se señaló que «la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 C. E.), dada la habilitación concedida al legislador por el artículo 36 (FJ 8 STC 88/1989)» (FJ 3). Los colegios son una corporación típica que no persigue solo fines estrictamente privados, para lo que bastaría una simple asociación. Su objeto es «“garantizar que el ejercicio de la profesión –que constituye un servicio al común– se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad [FJ 5 STC 89/1989]”» (FJ 3). «No son, por tanto, los fines relacionados con los intereses corporativos de quienes integran el colegio [...] los que justifican la legitimidad de la opción del legislador [...] sino esos otros “fines específicos, determinados por la profesión titulada, de indudable interés público (disciplina profesional, normas deontológicas, sanciones penales o administrativas, recursos procesales, etc.)” (FJ 7 STC 89/1989)» (FJ 3). Tras la Ley 25/2009, el legislador estatal ha configurado dos tipos de entidades corporativas, las voluntarias y las obligatorias. Con relación a las segundas, «el Tribunal ha mantenido que “el requisito de la colegiación obligatoria constituye una barrera de entrada al ejercicio de la profesión y, por tanto, debe quedar limitado a aquellos casos en que se afecta, de manera grave y directa, a materias de especial interés público, como la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas, y la colegiación demuestre ser un instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios” (SSTC 3/2013, de 17 de enero, FJ 7, y 89/2013, FJ 2, entre otras)» (FJ 3). En conclusión, la calificación de una profesión como colegiada y la incorporación obligatoria a un colegio requiere «“la existencia de intereses generales que puedan verse afectados

o, dicho de otro modo, la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes. La legitimidad de esa decisión dependerá de que el Colegio desempeñe, efectivamente, funciones de tutela del interés de quienes son destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran, así como de la relación que exista entre la concreta actividad profesional con determinados derechos, valores y bienes constitucionalmente garantizados; extremos que podrán ser controlados por este Tribunal” (SSTC 194/1998, FJ 4; 76/2003, de 23 de abril, FJ 6, y 96/2003, de 22 de mayo, FJ 7)» (FJ 3). Es la tutela de fines públicos en definitiva lo que justifica, que incluso antes de la ley impugnada, los colegios profesionales de abogados y procuradores, ya «regularan y organizaran, a través de sus juntas de gobierno, los servicios gratuitos de asistencia letrada, defensa y representación, en atención a que la prestación del servicio de justicia gratuita ha de organizarse en aras de la protección de un derecho constitucionalmente garantizado, como es el derecho de tutela jurisdiccional respecto de quienes carezcan de medios para litigar, conforme dispone el artículo 119 CE» (FJ 3). Las impugnaciones por tanto se desestiman.

3) *Artículo 10 CE: Dignidad y libre desarrollo de la personalidad.*—«El Tribunal comparte la apreciación del abogado del Estado cuando afirma que no alcanza a vislumbrar cómo el nuevo régimen jurídico puede contravenir el artículo 10 CE, pues en la demanda no se encuentran argumentos dirigidos a fundamentar por qué la obligatoriedad del servicio de asistencia jurídica en los términos previstos en la ley recurrida atenta contra la dignidad de la persona y contra el libre desarrollo de la personalidad». Como señala la sentencia la obligatoriedad está modulada. Básicamente porque los colegios son quienes se encargan de organizar el servicio y dispensar del mismo a los colegiados cuando haya causa justificada y porque a los profesionales que realizan la prestación se les abonan las correspondientes indemnizaciones. El hecho de que el servicio deba prestarse «desde el primer instante en que resulta necesario» (art. 6 Ley 1/1996) no cambia las cosas, pues «el peticionario deberá, en su caso, abonar los honorarios y derechos económicos ocasionados por la intervención de los profesionales designados con carácter provisional» (art. 18 Ley 1/1996). La alegación se desestima.

4) *Artículo 14 CE: Derecho a la igualdad.*—Los recurrentes alegaban discriminación en relación con otros servicios públicos esenciales como sanidad, orden público, defensa o educación. Pero más allá de esta afirmación «no se expone qué elementos comunes constitucionalmente relevantes entre los respectivos términos de comparación justificarían la necesidad de llevar a cabo un juicio de igualdad» (FJ 5). Es preciso que «“quien alegue la infracción del artículo 14 CE [...] aporte para fundar su alegación un término de comparación válido, del que se desprenda con claridad la desigualdad denunciada” (STC 106/1994, de 11 de abril, FJ 2)» (FJ 5). Por esta razón el Tribunal no entra en la denuncia de discriminación y, en definitiva, desestima también esta alegación.

5) *Artículo 24 CE: Tutela judicial efectiva.*—Se alegaba que la obligatoriedad «podría», «tal vez», provocar indefensión al justiciable por falta de formación y especialización del profesional asignado. La sentencia rechaza esta alegación tachándola de «presunción sin fundamento». La Ley impugna-

da ya prevé que el Ministerio de Justicia «establecerá los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios» (art. 25) y además, añade la sentencia, «el colegio tiene potestades suficientes para controlar el cumplimiento de los estándares de calidad» (FJ 6). En consecuencia, este motivo también se desestima.

6) *Artículos 35 y 37 CE: Derecho al trabajo y a la negociación colectiva.*— Según los recurrentes esta vulneración se produciría por «la sustitución del principio de voluntariedad por el principio de obligatoriedad [...] una cosa es que un ciudadano elija libremente la profesión de abogado, derecho que sí se sigue respetando, y otra muy distinta es que ello conlleve necesariamente la obligación de adscribirse al turno de oficio» (FJ 7). El Tribunal de justicia también rechaza esta alegación, señalando que «el hecho de que el artículo 35 CE garantice que todo ciudadano que reúna las condiciones legalmente establecidas pueda acceder libremente a una profesión u oficio no quiere decir que el legislador no pueda regular, cuando así lo requiera el interés general, el ejercicio de dicha profesión u oficio» (FJ 7). El Tribunal también rechaza la alegación relativa a «la mísera cuantía de los baremos indemnizatorios actualmente vigentes» con el argumento de que «en ninguno de los preceptos impugnados se concretan dichos baremos» (FJ 7). Lo mismo sucede con la queja respecto de la vulneración del derecho a la negociación colectiva, que la sentencia tacha de «mera denuncia retórica» porque «no incluye un análisis de la titularidad y ejercicio de estos derechos en el ámbito de la abogacía ni de su ejercicio en la prestación del servicio de asistencia jurídica gratuita antes de la reforma que se impugna» (FJ 8).

7) *Artículo 38 CE: Libertad de empresa.*— Los recurrentes consideran que la pertenencia obligatoria al turno de oficio vulnera la libertad de empresa porque aunque el ciudadano sigue siendo libre para colegiarse como abogado o procurador, «ha perdido la libertad para decidir si, además, se adscribe o no al sistema de justicia gratuita» (FJ 7). Sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional recuerda que «el derecho fundamental a la libertad de empresa se ejerce, por tanto, dentro de un marco general configurado por las reglas establecidas por el legislador» (FJ 7). Se trata pues de examinar si las obligaciones impuestas, «que afectan al ejercicio de una actividad económica y no propiamente al acceso a ella, constituyen una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo» (FJ 7). Planteada la cuestión en estos términos, el Tribunal insiste en que «la obligatoriedad de prestar el servicio de asistencia jurídica gratuita trae causa de la necesidad de asegurar el derecho constitucional a la asistencia jurídica gratuita reconocido en el artículo 119 CE como derecho prestacional y de configuración legal [STC 16/1994]» (FJ 7). De su plena efectividad y garantía, añade, «dependen importantes intereses, tanto públicos como privados [...] por lo que no resulta inconstitucional que sean los colegios de abogados, como corporaciones de derecho público de base asociativa, los que ejerzan en este campo una función pública delegada del Estado, en los términos recogidos en los preceptos que se impugnan» (FJ 7). Esta última alegación, por tanto, también se desestima.

STC 112/2018, 17 de octubre.

CI: Desestimada.

Ponente: Narváez. Voto discrepante de Ollero.

Conceptos: Responsabilidad derivada de accidentes de circulación por atropello de especies cinegéticas. Compatibilidad con la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Preceptos de referencia: Artículo único, aptdo. 30 de la Ley 6/2014, de 7 de abril; D. A. 9.^a (posteriormente D. A. 7.^a) de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (norma derogada por RD Leg. 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el TR de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y seguridad vial, que incluye una DA 7.^a con idéntico contenido al ahora cuestionado); art. 106.2 CE.

Otras sentencias relacionadas: 57/2018.

En accidentes de circulación por atropello de especies cinegéticas, no existiendo acción de caza mayor, el órgano judicial actuante debe examinar el supuesto de hecho que se le plantea, de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad patrimonial que sean aplicables.

1) *Antecedentes del caso.*— Esta resolución se dicta con ocasión del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Logroño sobre el artículo único, apartado 30, de la Ley 6/2014, de 7 de abril, que modifica la disposición adicional novena (hoy DA 7.^a en el momento en que se dictó la sentencia) del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (hoy derogado por RD Leg. 6/2015, de 30 de octubre, cuya DA 7.^a mantiene idéntico contenido al ahora cuestionado), por posible vulneración del artículo 106.2 CE.

Se promueve la cuestión con ocasión de un procedimiento iniciado por la representación procesal de un conductor que sufre daños materiales en su vehículo como consecuencia del atropello de un ciervo. El Juzgado acordó dar traslado para alegaciones a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear la mencionada cuestión de inconstitucionalidad (art. 35.2 LOTC). El Letrado de la Comunidad Autónoma de la Rioja se opuso al planteamiento por considerar, entre otros motivos, que la interpretación de los Tribunales acerca del artículo 106.2 CE no es la de establecer una suerte de responsabilidad objetiva imputable a la Administración. La representación procesal del demandante estuvo conforme con la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad al sostener que, de otro modo, en casos como el examinado los conductores que no hubieran incurrido en ninguna clase de responsabilidad se verían compelidos a soportar un daño que jurídicamente no tienen la obligación de soportar. El Ministerio Fiscal no se opuso al planteamiento de la cuestión, por entender cumplidos los juicios de aplicabilidad y relevancia, sin perjuicio de formular sus alegaciones respecto del fondo de la cuestión planteada en el momento procesal oportuno.

El Juzgado acuerda elevar la cuestión de inconstitucionalidad por considerar que la norma que establece que «el conductor siempre asume la responsabilidad de los daños por colisión con una especie cinegética», aun cuando con determinadas excepciones, es contraria al sistema de responsabilidad objetiva de la Administración que se recoge en el artículo 106.2 CE. El Pleno

del Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, a la que se le dio la tramitación oportuna.

2) *Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.*—Tras su personación, las partes y demás intervinientes llevaron a cabo las siguientes consideraciones:

El Abogado del Estado interesó la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad por considerar, en síntesis, que el precepto cuestionado no infringe el artículo 106.2 CE, pues el legislador, a través de dicha norma, no ha vaciado de contenido la responsabilidad patrimonial de los entes públicos, sino que ha optado, en el legítimo ejercicio de sus funciones constitucionales, por definir el título de imputación del daño atendiendo a la intervención que los distintos sujetos implicados tienen en la producción del mismo. Añade que esta opción legislativa no excluye, en cualquier caso, la posibilidad de acudir al artículo 1902 CC en cualquier supuesto en el que se encuentre una razón legal, distinta al desarrollo de una acción de caza, que pueda considerarse suficiente para imputar el daño al titular de la explotación.

La representación de la Real Federación Española de Caza solicitó igualmente la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Y así, partiendo de la premisa de que el artículo cuestionado recoge un supuesto en el que tiene lugar un accidente de tráfico y no un accidente de caza, considera que la hipótesis jurídica planteada por el Juzgado es errónea, entre otros motivos, al no distinguir entre animales domésticos con dueño y animales salvajes de caza y fundar la responsabilidad en la llamada «teoría del beneficio» o en el riesgo.

El Fiscal General del Estado, por el contrario, interesa la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, por considerar que el artículo 106.2 CE configura un sistema resarcitorio completo que se caracteriza por fijar una responsabilidad «objetiva y directa» para los entes públicos. Sin embargo, la línea de política legislativa que, desde la Ley de caza de 1970 hasta la actualidad, ha llevado al progresivo desplazamiento de la responsabilidad por los daños causados por especies cinegéticas, de la esfera de la entidad titular de la explotación (o de los terrenos) a la del conductor del vehículo, ha llegado, en la configuración normativa concretamente cuestionada, a colisionar frontalmente con el aludido sistema general de responsabilidad de los entes públicos.

El Letrado de la Comunidad Autónoma de La Rioja se opone a la cuestión de inconstitucionalidad. A su juicio, la Constitución no establece un sistema de responsabilidad objetiva, ya que la fijación definitiva de los títulos de imputación depende de la «configuración legal» a la que el propio artículo 106.2 CE se remite.

3) *Posición del Tribunal.*—El Tribunal inicia su argumentación concretando la cuestión que debe ser objeto de examen por el Tribunal. Concretamente, los dos primeros párrafos de la disposición adicional novena (hoy séptima) de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, que delimitan la responsabilidad del conductor del vehículo (demandante) y la del titular de la explotación cinegética (demandado), en este caso la Comunidad Autónoma de La Rioja.

A continuación, precisa que en el caso examinado, contrariamente a lo sostenido por el Abogado del Estado, concurre una actividad administrativa susceptible de someterse a las exigencias indemnizatorias que el artículo 106.2 CE asocia a los daños que sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, ya que los terrenos adyacentes a la carretera en la que se produjo el accidente tienen la condición de reserva regional de caza.

Entrando ya en la cuestión de inconstitucionalidad planteada, el Tribunal recupera su propia doctrina sobre el artículo 106.2 CE y recuerda que «el régimen constitucional de responsabilidad de las Administraciones públicas se rige por criterios objetivos, que implican la necesidad, no solo de examinar la relación de causalidad, sino también la de formular un juicio de imputación del daño que permita conectar suficientemente el perjuicio producido con la actividad desarrollada por el agente del mismo, en este caso por una Administración pública» (con cita de la STC 141/2014, de 11 de septiembre).

Descendiendo al caso concreto, concluye el Tribunal en el sentido de que una interpretación del precepto impugnado que vaya más allá de su tenor literal, permite considerar que, una vez excluida la concurrencia de un acción de caza mayor -supuesto de responsabilidad expresamente previsto en el párrafo segundo de la disposición-, el órgano judicial actuante puede y debe aún examinar el supuesto de hecho que se le plantea, de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad patrimonial que sean aplicables. Es decir, excluido el supuesto regulado en el segundo apartado del precepto, no por ello se aplicará automáticamente y sin más el párrafo primero de la misma disposición, que considera que el conductor es civilmente responsable, aun cuando haya actuado con completa diligencia. En consecuencia, el Tribunal desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

STC 117/2018, 29 de octubre.

RA: Desestimado.

Ponente: González Rivas. Voto discrepante de Balaguer.

Conceptos: Permiso de maternidad y paternidad. Finalidad. Derecho de igualdad y de no discriminación.

Preceptos de referencia: Arts. 14, 24 y 39 CE.

Otras sentencias relacionadas: SSTC 111/2018, de 17 de octubre, y 138/2018, de 17 de diciembre.

La duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la normativa aplicada en las resoluciones impugnadas en amparo no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

1) *Antecedentes del caso.*— Un padre y una asociación que tiene por objeto la igualdad de permisos de nacimiento y adopción presentan ante el Juzgado de lo Social 25 de Madrid una demanda contra el INSS por la que solicitan que se reconozca el derecho del demandante a la prestación de paternidad en términos equiparables a la de maternidad. Proponían, además, el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda por entender que el diferente régimen jurídico de los permisos de maternidad y paternidad en relación con su duración no contradice las exigencias del principio de igualdad y de no discriminación, alegados por la parte demandante. Añade que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido considerando que se trata de una diferenciación legítima conforme a la normativa comunitaria, por lo que considera que no procede plantear la cuestión prejudicial. Contra esa Sentencia los demandantes interpusieron recurso de suplicación, que fue desestimado por Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Los demandantes recurren en amparo por considerar, de un lado, que se ha vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE); así como el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, dimanante del principio de protección de la familia (art. 39 CE), conectado con el artículo 14 CE. Por otra parte, entienden lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al no argumentar el Juzgado los motivos por los que decide no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, porque las dos sentencias impugnadas limitan el derecho a la prueba y porque se cuestiona el derecho de acceso a la jurisdicción respecto de la legitimación de la asociación «Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción».

2) *Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.*—La Letrada de la Administración de la Seguridad Social interesa la denegación del amparo toda vez que la equiparación de la prestación de paternidad con la de maternidad en orden a su duración exigiría una modificación de la normativa aplicable. Por lo demás, considera que no concurre la vulneración de los derechos constitucionales alegados por los recurrentes, ya que la fijación de una distinta duración de los permisos de maternidad y de paternidad no supone vulneración alguna del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo. Añade que la regulación española en esta materia tampoco contradice el Derecho de la Unión Europea.

La representación procesal de los demandantes se mantiene en su argumentación inicial e insiste en que «la superación del modelo tradicional de distribución de roles sociales exige fórmulas que favorezcan a través de la corresponsabilidad un reparto equitativo entre hombres y mujeres de las tareas de cuidado y de carácter doméstico, así como un diseño de la conciliación, no solo ni fundamentalmente como una política familiar, sino como política de igualdad». Reiteran que las sentencias impugnadas vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por los motivos anteriormente indicados.

El Ministerio Fiscal solicita que se desestime el recurso de amparo. Tras considerar que no debe darse curso a las quejas relativas a la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial y a la relacionada con el derecho a la práctica de prueba, por falta de invocación previa en la vía judicial o, en su caso, falta de agotamiento de los remedios que ofrece el ordenamiento frente a esa lesión mediante la interposición del incidente de nulidad de actuaciones, sostiene que igualmente deberían ser desestimadas. En lo relativo a los derechos fundamentales que se dicen vulnerados, entiende que las sentencias impugnadas no han obviado en su análisis los derechos en juego, analizando la posible afectación del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), así como del mandato de protección de la familia (art. 39 CE), del que derivaría el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, teniendo asimismo en cuenta la normativa y la jurisprudencia de la Unión Europea. Añade que, en cualquier caso, esa diferencia de trato en cuanto a las prestaciones por maternidad y paternidad está plenamente justificada, sin perjuicio de que el legislador pueda establecer la igualdad de las prestaciones, o un acercamiento entre las prestaciones por maternidad y de paternidad, si lo considera oportuno.

3) *Posición del Tribunal.*—Con mención expresa de la Sentencia del Pleno del Tribunal núm. 111/2018, de 16 de octubre, que resuelve sobre un planteamiento similar, en sentido desestimatorio, el Tribunal insiste en que las resoluciones impugnadas se limitan a aplicar en sus propios términos la legislación vigente a la fecha del hecho causante, sin perjuicio de que, cierta-

mente, existe un prolongado debate social y político sobre la conveniencia de ampliar la duración del permiso por paternidad.

Dicha normativa puede considerarse conforme al derecho fundamental garantizado por el artículo 14 CE, ya que el principio de igualdad no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. De este modo, en el supuesto examinado ocurre que la finalidad que persigue el legislador es distinta en atención a que se trate de la madre o del padre. Y así, en el caso de la madre, la finalidad primordial es la protección de la salud de la mujer trabajadora, durante el embarazo, parto y puerperio. En el caso del padre se trata de fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos.

Ello es acorde con jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con cita de la Sentencia de 19 de septiembre de 2013, *caso Betriu Montull*, C-5/12, apartados 48-50, y de las Sentencias de 12 de julio de 1984, *caso Hofmann*, C-184/83, apartado 25; de 27 de octubre de 1998, *caso Boyle y otros*, C-411/96, apartado 40; y de 20 de septiembre de 2007, *caso Kiiski*, C-116/06, apartados 46 y 49.

En consecuencia, el Tribunal considera que la duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la legislación aplicada en las resoluciones administrativas y judiciales que se impugnan en amparo no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE). Todo ello sin perjuicio de que el legislador, en el legítimo ejercicio de su libertad de configuración del sistema de seguridad social (con cita de las SSTC 65/1987, de 21 de marzo, FJ 17; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; y 75/2011, FJ 7), pueda ampliar la duración del permiso de paternidad, como en efecto lo ha hecho, hasta llegar incluso, si lo estima oportuno, a la plena equiparación con el permiso y la prestación por maternidad, con el fin de fomentar un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos (art. 39.3 CE).

La demanda de amparo debe ser desestimada al no apreciarse vulneración del derecho garantizado por el artículo 14 CE.

STC 119/2018, 31 de octubre.

RI: Estimación parcial.

Ponente: Roca.

Conceptos: Consumidores y Usuarios. Información precontractual.

Préstamo hipotecario. Garantías. Régimen sancionador. Comunidad de Madrid.

Preceptos de referencia: Arts. 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 L. 1/2012, de 26 de marzo, para la protección de los derechos de los consumidores mediante el fomento de la transparencia en la contratación hipotecaria en la Comunidad de Madrid; Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

En los casos de inconstitucionalidad mediata o indirecta como el que se examina, la existencia de la infracción constitucional denunciada precisa, además de que la norma estatal infringida por la ley autonómica haya sido

dictada legítimamente al amparo de un título competencial que la Constitución haya reservado al Estado, que la contradicción entre ambas normas, la estatal y la autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.

1) *Antecedentes del caso.*—El Presidente del Gobierno, a través del Abogado del Estado, plantea recurso de inconstitucionalidad frente a los artículos 2, 3, 4, 5, 7, 8 y 9 de la Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la protección de los derechos de los consumidores mediante el fomento de la transparencia en la contratación hipotecaria en la Comunidad de Madrid, por sus incongruencias con la normativa estatal básica, desde dos puntos de vista. De un lado, por considerar que omite disposiciones de carácter básico; de otro, por reproducir normas estatales careciendo, a su entender, de todo título normativo en la materia de referencia.

2) *Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.*—El recurrente, tras exponer la distribución competencial en materia de derechos de los consumidores, sostiene que en este caso la competencia estatal de contraste es la relativa a las bases de ordenación del crédito y la banca (art. 149.1.11 CE). Por su parte, la Comunidad de Madrid asume la competencia para «el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución» de la materia «defensa del consumidor y del usuario, de acuerdo con la normativa estatal». Concretamente, menciona como normativa financiera básica la Ley 2/2009 y la Orden EHA/2899/2011. Sin embargo, la ley autonómica cuyos preceptos se impugnan afecta negativamente al principio de unidad de mercado. Los motivos de impugnación son, en síntesis, los siguientes: el artículo 2 contiene una definición de «consumidor» que limita su protección; el artículo 3 regula la información previa a la oferta vinculante de formalización del crédito o préstamo con garantía hipotecaria de forma menos detallada; el artículo 4 regula la «oferta vinculante» en términos no coincidentes con la normativa básica estatal; el artículo 5.1 se opone a la regulación del «acto de otorgamiento» contenida en la Ley estatal; los artículos 7, 8 y 9 establecen el régimen sancionador de la Ley en términos que tampoco se acomodan a la normativa básica estatal.

La Letrada de la Comunidad de Madrid interesa la desestimación del recurso. Tras reconocer la naturaleza básica de los preceptos de la Ley 2/2009 y la Orden EHA/2899/2011, sostiene que al no haberse concretado contradicción alguna entre la legislación básica y la autonómica impugnada, tan solo simples omisiones, «no cabe hablar de vulneración de dicha legislación básica y, por ende, de inconstitucionalidad de la Ley madrileña». Añade que no se precisa por el recurrente el defecto del que adolecen las normas impugnadas. No obstante, analiza todos y cada uno de los preceptos legales controvertidos.

El Letrado de la Asamblea de Madrid se opone al recurso y niega en este punto la alegada contradicción de la ley madrileña con las normas básicas aducidas de contraste. En cualquier caso, no sería insalvable por vía interpretativa. Reconoce la naturaleza básica de los preceptos de la Ley 2/2009 y la Orden EHA/2899/2011, pero rechaza que la Ley autonómica haya reproducido la normativa básica estatal. Por lo demás, analiza y defiende las competencias en materia de protección de los consumidores en el concreto sector de los préstamos hipotecarios. Cuestiona igualmente que la Orden mencionada por el recurrente pueda servir de norma de contraste a fin de valorar la validez de una Ley autonómica. Hace referencia a que las bases estatales han posibilitado que las comunidades autónomas dicten normas en la materia, sin

que ello suponga invasión de las competencias sobre crédito y banca o legislación civil y mercantil, o que quebrante el principio de unidad de mercado. Por último, defiende la validez de los preceptos legales impugnados.

3) *Posición del Tribunal.*—Con carácter previo, el Tribunal precisa que estamos ante un caso de inconstitucionalidad mediata, pues la posible inconstitucionalidad de la norma autonómica no proviene de su directa confrontación con la Constitución sino de su examen a la luz de otras normas (infraconstitucionales) dictadas por el Estado en el ejercicio de sus competencias. Por lo demás reconoce el carácter básico, asumido por todas las partes, de la normativa estatal invocada por el recurrente e insiste en que nada impide contrastar los preceptos impugnados con la Orden EHA/2899/2011, en aplicación del principio de competencia y no de jerarquía. A continuación analiza separadamente la eventual inconstitucionalidad de los preceptos de constante referencia.

En lo relativo a la alegada limitación de garantías que deduce de la regulación contenida en el artículo 2.a) de la Ley autonómica, el Tribunal entiende que este precepto parte del concepto estricto que ha fijado el legislador estatal y que se corresponde, además, con la definición que figura en el Derecho de la Unión Europea. En consecuencia, el legislador autonómico no solo ha respetado el marco conceptual que define el alcance subjetivo de su competencia en materia de protección del consumidor, sino la noción de consumidor de la que se hace uso en este precepto legal, no aminora de suyo la protección dispensada por la normativa básica aducida de contraste.

En lo que respecta a la información facilitada al consumidor por las entidades de crédito, el Tribunal admite que existen diferencias terminológicas entre el artículo 3.1 de la norma autonómica y lo dispuesto en las normas de contraste, si bien considera que aquéllas no son insalvables y, por tanto, las obligaciones de información que ambas normas imponen a las entidades de crédito son sustancialmente equivalentes. No ocurre lo mismo con la información facilitada a los consumidores por otro tipo de empresas que actúen en el mercado hipotecario. En este caso, el Tribunal entiende que hay falta de sintonía entre el precepto legal autonómico (art. 3.1) y lo dispuesto en la ley estatal. En otro orden de cosas, sostiene el Tribunal que la denunciada ausencia de referencia a las informaciones que deben incluirse en la ficha de información personalizada no puede considerarse un defecto que vicie de inconstitucionalidad el artículo 4 de la ley autonómica.

En cuanto al plazo de validez de la oferta vinculante, cuya omisión también había sido cuestionada por el recurrente, el Tribunal considera que se trata de un aspecto que afecta y modula el régimen de perfeccionamiento y eficacia de los contratos y que, por tanto, pertenece «a la titularidad estatal ex artículo 149.1.6 y 8 CE».

En cuanto a la regulación prevista en el artículo 6, relativa a la información contractual facilitada a los consumidores, insiste el Tribunal en que tampoco en este caso las diferencias terminológicas revelan un vicio de nulidad del precepto legal autonómico. Y así, el precepto impugnado no solo no contradice la base, sino que amplía la protección del consumidor en materia de información. De un lado, extiende el derecho de examen previo al proyecto de documento o documentos contractuales y, de otro, asegura que ese derecho de examen se ejerza respecto de los proyectos de documentos contractuales elaborados no solo por las entidades de crédito, sino también por las demás empresas que participen o intermedien en el mercado hipotecario.

Por último y en lo relativo al régimen sancionador (arts. 7 a 9), se desestima el recurso toda vez que la pretensión anulatoria de dichos preceptos descansa en la pretendida declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos legales de contenido sustantivo enjuiciados con anterioridad por el Tribunal, que no ha sido en todos los casos estimada.

Únicamente se acepta la impugnación del art. 8 a), que tipifica como infracción «*el incumplimiento del deber de facilitar al consumidor la información previa, en los términos previstos en el artículo 3*», al haberse declarado inconstitucional este último precepto.

STC 134/2018, 13 diciembre.

RI: Estimación parcial.

Ponente: González Rivas. Votos particulares discrepantes de Conde-Pumpido, Valdés y Balaguer y Xiol.

Conceptos: Tauromaquia. Patrimonio cultural inmaterial español. Competencias estatales y autonómicas. Garantía institucional de la llamada «corrida de toros moderna».

Preceptos de referencia: Ley balear 9/2017, de regulación de las corridas de toros y protección de los animales en Baleares.

1) *Introducción: Un asunto polémico desplazado al ámbito autonómico.*—La sentencia tiene como trasfondo la polémica que acompaña desde hace mucho tiempo a las corridas de toros. En España, a la tensión entre *aficionados* y *animalistas* (valga la simplificación pues, en rigor, estos últimos solo serían la punta de lanza de un heterogéneo colectivo), ha venido a añadirse la existente entre *nación* y *nacionalidades* (por emplear la vidriosa terminología de la Constitución) pues, hasta ahora, los intentos *oficiales* para acabar con ese espectáculo o, al menos, hacerlo menos cruento, se han producido en Comunidades Autónomas poco identificadas con ciertos aspectos de la *españolidad* prevalente en España.

Para las fuerzas políticas mayoritarias en España, la *corrida de toros* no es solo un antiguo espectáculo sino un ingrediente esencial del *alma nacional*: una práctica que forma parte del *patrimonio cultural inmaterial* del país. Pero tal afirmación no se predica de cualquier corrida. Solo de la llamada «moderna», que incluye picadores, banderillas, estoque, descabello... En definitiva, sangre y muerte; seguras o casi para el animal y posibles para el torero.

Desafortunadamente para aquellos españoles que desearían acabar con este espectáculo, la primera iniciativa legal abierta y expresa en su contra partió de una Comunidad Autónoma. En concreto de Cataluña, que en 2010 aprobó la Ley 28/2010 (de modificación del Texto Refundido de la Ley de protección de los animales, Decreto legislativo 2/2008), para ampliar el elenco de prohibiciones incluido en el artículo 6 de este. De este modo, además de las peleas de perros, peleas de gallos, matanzas públicas de animales, tiro al pichón... pasaron a prohibirse «f) Las corridas de toros y los espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal y la aplicación de las suertes de la pica, las banderillas y el estoque, así como los espectáculos taurinos de cualquier modalidad que tengan lugar dentro o fuera de las plazas de toros, salvo las fiestas con toros a que se refiere el apartado 2 [fiestas de toros sin muerte del animal o *correbous*]».

Hay que señalar, no obstante, que con anterioridad Canarias había aprobado una ley (Ley 8/1991, de protección de los animales) que, en su artículo-

lo 5.1, ya prohibía «la utilización de animales en peleas, fiestas, espectáculos y otras actividades que conlleven maltrato, crueldad o sufrimiento». Tal declaración no contenía salvedad alguna para las corridas de toros, aunque el hecho de que el artículo 1 señalara que el objeto de la ley canaria era «establecer normas para la protección de los animales domésticos» sembró la duda. ¿Es un toro de lidia un animal «doméstico»? Nadie lo diría en el sentido habitual de la expresión. Pero, en el sentido legal, hay que estar a la definición del artículo 2.I de la propia ley, según el cual: «se entiende por animales domésticos, a los efectos de esta Ley, aquellos que dependen de la mano del hombre para su subsistencia». La dependencia de la mano del hombre para subsistir es una noción un tanto laxa y quizá podría llegar a aplicarse al ganado y a los toros de lidia, por supuesto con una buena dosis de voluntad o, si se quiere, voluntarismo. También, cómo no, a los leones de un circo o a los tigres de un zoológico, si aún los hay.

Lo cierto es que esa hospitalaria y un tanto estafalaria concepción de lo «doméstico» –que quizá ni pasó por la mente de los autores de la ley– parece haber calado; hasta el punto de extenderse la opinión de que esa ley, la canaria y no la catalana, fue en realidad la primera manifestación del prohibicionismo en materia taurina. Por entonces las leyes autonómicas de protección de los animales excluían las corridas de toros de su ámbito de aplicación o bien, si no lo hacían, permitían para ellas, de forma expresa, el maltrato. Valga como ejemplo la hoy derogada ley madrileña 1/1990 (de protección de los animales domésticos), cuyo artículo 4, tras prohibir la utilización de animales en espectáculos y actividades «que impliquen crueldad o maltrato, puedan ocasionarles sufrimientos o hacerles objeto de tratamientos antinaturales», añadía de inmediato, como excepción, «la fiesta de los toros», poniendo así de manifiesto, negro sobre blanco, su lado más oscuro. La única excepción a ese planteamiento que, de una u otra forma, hacia salvedad de la fiesta nacional, era Canarias. O al menos así se ponía de manifiesto en un voto particular de la STC 177/2016, dictada con ocasión de la ley catalana (Xiol, apdo. 8): «La única excepción a esta regla general era, contemporáneamente a estas disposiciones, la Ley 8/1991, de 30 de abril, de protección de los animales de las Islas Canarias, que, precisamente por no excepcionar los espectáculos taurinos de la prohibición de la utilización de animales en espectáculos y otras actividades que conlleven maltrato, crueldad o sufrimiento, como sí hace con las peleas de gallos, es entendida con carácter general por la doctrina como el primer exponente del prohibicionismo de los espectáculos taurinos en España». El párrafo transcrito ha hecho fortuna porque en la STC 134/2018 ya no está en un voto particular sino en el FJ 2 del texto de la mayoría, donde se transcribe en términos casi literales para concluir, de forma aún más directa, que la ley canaria «es considerada con carácter general por la doctrina como “impeditiva de los espectáculos taurinos en las islas”» (comillas internas añadidas).

Esa lectura de la ley canaria no parece haberle reportado, sin embargo, reproche alguno de inconstitucionalidad. Quizá porque no importa solo qué dice la norma –sea una ley o un Estatuto– sino también quién la aprueba. Por supuesto, nada indica que una prohibición expresa de las corridas de toros tradicionales, no hubiera sido recurrida si la hubiera aprobado otra Comunidad Autónoma o el propio Parlamento español. Pero, con la perspectiva de los años, es difícil sustraerse a la sensación de que un *ataque* a la *fiesta nacional* desde Cataluña debió ser un acicate para que cincuenta senadores del Partido Popular recurriesen la ley; del mismo modo que para no pocos parlamentarios catalanes fue probablemente un incentivo para aprobarla.

2) *El precedente de la STC 177/2016.*—El recurso contra la ley catalana tuvo éxito y el art. 1 de la Ley catalana 28/2010 fue declarado nulo e inconstitucional por la STC 177/2016. El conflicto se resolvió en el terreno competencial, sin entrar en las impugnaciones sustantivas. De acuerdo con la sentencia, las leyes estatales 18/2013 (*para la regulación de la tauromaquia como patrimonio nacional*) y 10/2015 (*para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial*), ambas posteriores a la catalana y, al menos la primera, claramente *reactivas* en el asunto que nos ocupa, habían definido la tauromaquia y, por tanto, las corridas de toros «como patrimonio cultural inmaterial español». La opción del legislador español, decía el Tribunal Constitucional, «podría discutirse»; no obstante, proseguía, «en la perspectiva que nos es propia, no puede considerarse un ejercicio excesivo de las competencias que corresponden al Estado en materia de cultura (art. 149.2 CE)» (FJ 7 STC 177/2016). Sobre esta base, la prohibición de las corridas llevada a cabo por la ley catalana «menoscaba las competencias estatales en materia de cultura, en cuanto que afecta a una manifestación común [sic] e impide en Cataluña el ejercicio de la competencia estatal dirigida a preservar esa tradición cultural, ya que, directamente, hace imposible dicha preservación, cuando ha sido considerada digna de protección por el legislador estatal en los términos que ya han quedado expuestos» (FJ 7). Resumiendo, el legislador estatal podría si quisiera prohibir los toros, pero no puede hacerlo una Comunidad Autónoma. Las *corridas de toros* «modernas», por tanto, seguirán siendo cultura española «común» mientras el Parlamento español así lo quiera, por mucho que en algunos territorios se trate de un espectáculo que solo ve con buenos ojos una ínfima parte de la población, en tanto que la inmensa mayoría oscila entre el desinterés y la aversión.

¿En qué se resuelven entonces las Competencias de las Comunidades Autónomas sobre espectáculos, protección de animales y cultura? El Tribunal Constitucional, tras negar la competencia para prohibir las corridas de toros, abre la mano y señala un espacio para la actuación autonómica: «Ello no significa que la Comunidad Autónoma, no pueda, en ejercicio de sus competencias sobre ordenación de espectáculos públicos, regular el desarrollo de las representaciones taurinas —como, de hecho, ya realizó la Comunidad Autónoma en una Ley previa que limitaba el acceso a las corridas a los mayores de 14 años y restringía sus celebraciones a las plazas ya construidas—; ni tampoco que, en ejercicio de su competencia en materia de protección de animales, pueda establecer requisitos para el especial cuidado y atención del toro bravo. Tampoco significa que tenga que adoptar medidas concretas de fomento en relación a las corridas de toros y otros espectáculos similares, al modo de las que sí se prevén, en cambio, para los “correbous” como manifestación específica del patrimonio cultural catalán» (FJ 7 STC 177/2016).

3) *La Ley Balear 9/2017 y el Recurso de Inconstitucionalidad: un problema exclusivamente competencial.*—Con el precedente de la frustrada ley catalana y de la STC 177/2016, el Parlamento de Baleares decidió tramitar su propia ley, finalmente aprobada como Ley balear 9/2017, de 3 de agosto, *de regulación de las corridas de toros y de protección de los animales en las Illes Balears*. Se trataba de un texto más extenso y detallado que la ley catalana, compuesto por quince artículos y varias disposiciones adicionales. De acuerdo con la síntesis realizada en uno de los votos particulares (Conde-Pumpido): «la Ley balear solo autoriza la celebración de un determinado formato de corridas de toros: con un máximo de tres toros y diez minutos cada

uno y sin presencia de caballos, en las que no se puede dar muerte al animal y no se permiten más utensilios que el capote y la muleta, con el fin de evitar cualquier trato cruento; además, los toros deben tener un peso y una edad determinados, no pueden ser recluidos en los chiqueros de las plazas de toros y las corridas solo pueden ser celebradas por profesionales inscritos en el registro general de profesionales taurinos».

La imagen de una *corrida* sin sangre y muerte fue suficiente para movilizar a los defensores del patrimonio cultural inmaterial español, en el que solo cabría o, mejor, del que no sería dable excluir, la tradicional corrida «moderna», caracterizada precisamente por esos elementos. En esta ocasión, el recurso no partió de cincuenta senadores sino del Presidente del Gobierno.

Los reproches dirigidos a la ley balear consistían en: (1) «menoscar» la competencia estatal para regular el patrimonio cultural español (art. 149.2 en relación con el artículo 149.1.28.^a CE), al impedir otras corridas diferentes de las que regula y apartarse estas del modelo definido por el Estado; (2) vulnerar el principio de unidad de mercado y libertad de circulación (arts. 149.1.13.^a y 139.2 CE), al exigir que la ganadería que suministre los toros sea la más cercana a la plaza y limitar a tres el máximo de los que pueden lidiarse; y (3) lesionar las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1.^a CE), asimismo por imponer que la ganadería sea la más cercana al lugar del espectáculo. Se trataba pues, concluye el TC, de un recurso de inconstitucionalidad «con un exclusivo objeto competencial [...] que no controvierte ni plantea aspectos materiales o sustantivos en relación con el nivel constitucional de protección de los derechos de los animales o su bienestar» (FJ 1).

4) *¿Lealtad o fraude?*—La STC 177/2016, como se ha visto, declaró inconstitucional la prohibición catalana de las corridas de toros. Pero dejó abierta la posibilidad de una regulación autonómica del espectáculo. Esa es la vía que decidió explorar el Parlamento balear. ¿Lo hizo de buena fe o con aviesas intenciones? Esa es la cuestión que sobrevuela el debate, como si se tratara de una controversia en torno a un caso de fraude de ley (cfr. art. 6.4 CC).

Según uno de los votos particulares (Conde-Pumpido) se habría tratado de una iniciativa de buena fe: «La Ley balear, promulgada con posterioridad a la STC 177/2016, explora lealmente, a mi juicio, la capacidad autonómica de incidir en la configuración de las corridas de toros expresamente reconocida por dicha Sentencia, a la que se remite desde su Preámbulo, y lo hace (i) con una regulación que no suprime las corridas de toros; (ii) posibilita la supervivencia de una forma evolucionada de tauromaquia adaptada a la sensibilidad social balear; (iii) resulta acorde con la evolución histórica; y (iv) procura conservar al máximo los aspectos artísticos».

Por el contrario, para la Abogacía del Estado, la ley balear no sería sino un intento de conseguir lo mismo que la ley catalana (la erradicación de las corridas tradicionales), pero por otra vía. En este sentido se decía que: «frente a la prohibición taxativa de las corridas de toros establecida en la Ley Catalana [...], la Ley Balear ha optado por llegar al mismo fin, esto es, la prohibición *de facto* de las corridas de toros, a través del establecimiento de prohibiciones y requisitos singulares que conducen a que las fiestas de los toros, tal y como se reconoce en España y constituye parte de su Patrimonio Cultural, sea absolutamente irreconocible. Es un hecho notorio que los requisitos y prohibiciones enunciados en los artículos impugnados como la prohibición de los caballos en las corridas de toros, el peso de los toros, la prohibi-

ción de las suertes e instrumentos de pica, banderillas y estoque, el hecho de que el toro solo pueda ser toreado un máximo de 10 minutos sin muerte del animal, entre otras muchas, junto con los desproporcionados requisitos exigidos para la celebración de corridas de toros y espectáculos de toros impiden en la práctica la celebración de las corridas de toros». Y concluía: «la valoración de la inconstitucionalidad de los diversos preceptos no puede considerarse aisladamente sino en su conjunto, en cuanto cada una de las prohibiciones o requisitos establecidos está ordenado a la efectiva prohibición de las corridas y espectáculos de toros tal y como son conocidos en España» [Antecedente 1, b)]

5) *La posición de la mayoría.*—El Parlamento Balear actuaba en ejercicio de sus competencias en materia de (i) agricultura y ganadería y protección del medio ambiente (art. 30.10 y 30.46 Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, EAIB), espectáculos públicos (art. 30.31 EAIB) y cultura (art. 30.25 y 30.26 EAIB). No hay que olvidar sin embargo que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, «corresponde al Estado la preservación del patrimonio cultural común» y que, en ejercicio de esta competencia, «se ha promulgado, mediante la Ley 18/2013, un mandato general a todos los poderes públicos en todo el territorio nacional para garantizar la conservación y promover el enriquecimiento de la tauromaquia» (FJ 3). Desde este punto de vista, se trata de determinar si los preceptos impugnados, considerados aisladamente y en su contexto, «determinan que “la institución de la tauromaquia” se convierta en una institución no reconocible y ajena a lo que constituye el patrimonio cultural en esta materia, cuya defensa se atribuye al Estado» (FJ 5, comillas internas añadidas). Con esa declaración inicial (que parece elevar la tauromaquia a la condición de «institución», como el matrimonio, la familia o la propiedad, para aplicarle las garantías correspondientes), el Tribunal aborda el análisis artículo por artículo, distinguiendo en función de que el reproche consista en «impedir o dificultar» (FJ 6) o bien «alterar sustancialmente» (FJ 7) el normal desarrollo de las corridas de toros.

a) Son inconstitucionales y nulos por «impedir o dificultar» el normal desarrollo de las corridas de toros los siguientes preceptos de la ley balear: artículo 1.2 (porque solo permite las corridas que se celebren de acuerdo con dicha ley); artículo 5.1 y 2 (porque la horquilla de edad y peso de los animales es demasiado estrecha); artículo 5.6 (porque, contra lo que exige la arraigada tradición española, impone la ciencia a la autoridad o, en palabras de la sentencia, «la opinión subjetiva de los veterinarios encargados del examen [de los animales] sobre el criterio de la autoridad»); artículo 5.7 (porque el examen del estado sanitario de bienestar del animal y su devolución al ganadero tras el espectáculo, indica que no se matará al animal); artículo 6 (porque exigir que los toros salgan a la plaza desde los corrales y no desde los chiqueros obligaría a disponer de más corrales y supondría complicaciones adicionales para el normal desarrollo de las corridas); y artículo 8 (porque limita los toros a tres y dispone que, tras diez minutos, han de devolverse a los corrales). En particular, viene a decir el Tribunal Constitucional, es esencial matar al toro. La que los aficionados llaman «suerte suprema» es «consustancial», al menos hoy por hoy, «para el reconocimiento como tal de la “corrida de toros moderna”» (comillas internas añadidas). Suprimirla, como hace la ley balear, «compone una desfiguración de la corrida como institución [*sic*, no “manifestación”] cultural».

b) Son inconstitucionales por «alterar sustancialmente» el normal desarrollo de las corridas de toros, los siguientes preceptos de la ley balear: artículo 7 (por impedir la presencia de caballos); artículo 8 (por tasar en diez minutos el tiempo asignado a cada toro); y artículo 9 (por impedir herir y matar al animal). A juicio del Tribunal, el espectáculo taurino, una «*institución cultural*», solo es reconocible como tal si incluye «la división de la lidia en tres tercios diferenciados (varas, banderillas y muleta) [y] el hecho de dar muerte al toro mediante estoque o descabello». Dicho en términos inteligibles, para quien no sepa nada de tauromaquia: Una corrida sin puyazos y banderillas que hagan correr la sangre y sin la muerte al fin del animal, ya sea con el estoque o, además, una puñalada certera en la cerviz (*descabello*), no es corrida ni es nada. Sin esos ingredientes, precisa el Tribunal, «se desfigura la concepción del espectáculo tal y como se entiende en España donde, según la definición de la Real Academia de la Lengua, debe entenderse por lidiar (primera acepción): “Burlar al toro esquivando sus acometidas según las reglas de la tauromaquia hasta darle muerte”». ¿Significa eso que el Tribunal Constitucional está favor de las corridas de toros «modernas»? Por supuesto que no. El Tribunal, como tal, se limita a declarar que la Comunidad Autónoma, Baleares en este caso, carece de competencias para imponer, como única en su territorio, una modalidad de corrida –modernísima, cabría llamarla– que supondría «la desaparición de dos de los tres tercios de la lidia tradicional, unida a la obligación de devolver al toro a los corrales sin darle muerte».

La corrida de toros moderna forma parte del patrimonio cultural «común» de los españoles y solo los españoles o, para ser más exactos, sus representantes en el Parlamento español, pueden decidir modificar ese estado de cosas, si lo consideran oportuno. La parte no puede decidir por el todo cuando se trata de algo «común»; aunque nada impediría que ese todo adoptara una decisión territorializada, que respetara la sensibilidad y la opinión mayoritaria de las diferentes Comunidades Autónomas. ¿Llegaremos a ver alguna proposición de ley, presentada por los parlamentos catalán, balear u otros, para que el Estado prohíba la corrida «tradicional» y «moderna», al menos en esos territorios?

6) *Votos particulares.*—Como ya sucediera con la STC 177/2016 (ley catalana) también en esta ocasión hay varios votos particulares. Los emiten cuatro magistrados: Conde-Pumpido, Valdés, Balaguer y Xiol. Para dar idea de su sentido y razones bastará reproducir algunos párrafos.

«Disiento de la conversión de los “usos tradicionales de la tauromaquia moderna” en el objeto y contenido de una pretendida “institución cultural” constitucionalmente garantizada, que se impone como la única posible en todo el territorio del Estado y vincula a los legisladores autonómicos incluso en el ejercicio de sus competencias sobre espectáculos públicos y bienestar animal, bajo sanción de inconstitucionalidad y nulidad en caso de contradicción, con la consiguiente necesidad de que este Tribunal precise su contenido y garantice su respeto, ejerciendo una función de unificación cultural que no le corresponde. Ni cabe imponer el aprecio por todas las manifestaciones de un patrimonio cultural plural, ni se pueden homogeneizar las prácticas culturales mediante leyes y sentencias. La proscripción de la divergencia cultural y de los afectos alternativos constituye una muestra de debilidad y no de fuerza.» (Conde-Pumpido). «Se alcanza así un resultado paradójico e inaceptable: sin gozar de reconocimiento en la Constitución, que ni siquiera la menciona, se rodea a la «corrida de toros moderna» de una protección de mayor rigidez e intensidad

que la dispensada por la garantía institucional a elementos estructurales y estructuradores del orden constitucional (Valdés y Balaguer).

El tercer voto particular (Xiol) incide forma particular en la inexplorada vía de la interpretación de acuerdo con la Constitución. «Mi discrepancia hacia la opinión mayoritaria en que se sustenta la sentencia es tanto más acentuada en la que medida en que, aun habiéndose considerado la inconstitucionalidad de todos los preceptos impugnados, no se haya realizado, como propuse en la deliberación, un mínimo esfuerzo de asunción del profundo conflicto subyacente presente en este tipo de normativas para posibilitar una solución que, en cierta medida, impidiera ahondar en las divergencias entre las posiciones de la presidencia del Gobierno de defensa a ultranza de la configuración actual de las corridas de toros y la emergente de ciertas comunidades autónomas más receptivas a la defensa de consideraciones de bienestar animal [...] De ese modo, podría haberse advertido que la declaración de inconstitucionalidad con carácter absoluto de los distintos preceptos impugnados tendentes a satisfacer la preservación del patrimonio cultural español, no resultaría incompatible con el desarrollo de la competencia que corresponde a la CAIB en materia de espectáculos, ya que las comunidades autónomas tienen competencias para autorizar la organización de nuevos espectáculos en el seno de la tauromaquia distintos de la corrida de toros. De ello se sigue que el eventual exceso competencial en que hubiera incurrido la CAIB no radica en la concepción y autorización de un nuevo tipo de espectáculo taurino compatible con la interpretación que el legislador autonómico realiza de la sensibilidad social en materia de protección de los animales, sino en el hecho de imponer esta nueva forma con carácter imperativo, excluyente y prohibitivo de las corridas de toros y de otro tipo de espectáculos tradicionales integrantes de la tauromaquia. Por tanto, la conclusión a la que podría haberse llegado es la de que hubiera procedido declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso impugnado del artículo 1.2 de la L. 9/2017, de 3 de agosto, de regulación de las corridas de toros y de protección de los animales en las Illes Balears, según el cual “Solo se podrán celebrar corridas de toros de acuerdo con esta ley”», junto con algunos incisos de otros preceptos que presuponen la misma idea.

7) *Una opinión ilustrada ajena a la sentencia: Jovellanos.*—Las sentencias del Tribunal Constitucional, como es lógico, llevan a cabo un análisis básicamente jurídico, lo que no excluye interesantes reflexiones (vid. por ejemplo el voto particular de Xiol en la STC 176/2016). Pero, tratándose de un asunto tan apasionado como los toros, es comprensible que, al menos en los escritos de las partes, hubiera referencias a ilustres literatos, como Benavente, Valle-Inclán o García Lorca, que han glosado el toreo como manifestación artística (STC 176/2016, alegaciones de los recurrentes). Quizá no está de más retroceder un poco en el tiempo y añadir a esas voces la de Jovellanos, también ilustre y además ilustrado, que elogió a Carlos III por haber prohibido los toros. A este propósito, en su conocida *Memoria para el arreglo de la policía de los espectáculos y diversiones públicas, y sobre su origen en España*, decía: «Es por cierto muy digno de admiración que este punto se haya presentado a la discusión como un problema difícil de resolver. La lucha de toros no ha sido jamás una diversión ni cotidiana, ni muy frecuentada, ni de todos los pueblos de España, ni generalmente buscada y aplaudida. En muchas provincias no se conoció jamás, en otras se circunscribió a las capitales y donde quiera que fueron celebradas, lo fue solamente a largos períodos y con-

curriendo a verla el pueblo de las capitales y de tal cual aldea circunvecina. Se puede, por tanto, calcular que de todo el pueblo de España apenas la centésima parte habrá visto alguna vez este espectáculo. ¿Cómo, pues, se ha pretendido darle el título de diversión nacional?». Y añadía: «Sostener que en la proscripción de estas fiestas, que por otra parte puede producir grandes bienes políticos, hay el riesgo de que la nación sufra alguna pérdida real, ni en el orden moral ni en el civil, es ciertamente una ilusión, un delirio de la preocupación. Es, pues, claro que el gobierno ha prohibido justamente este espectáculo y que, cuando acabe de perfeccionar tan saludable designio, aboliendo las excepciones que aún se toleran, será muy acreedor a la estimación y a los elogios de los buenos y sensatos patricios». Eso escribía Jovellanos a fines del siglo XVIII. Hace más de doscientos años.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Jose María MARTÍN FABÁ** (Profesor Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Verónica NEVADO CATALÁN** (Profesora Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Investigador predoctoral FPU. Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Profesor asociado de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

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. Reclamación de alimentos al excónyuge y al progenitor: Retraso desleal.–Los hechos básicos son los siguientes: Dña. Salomé interpuso demanda con fecha 6 de junio de 2011 contra su exmarido D. Hermenegildo, reclamando los alimentos fijados en sentencia de separación dictada con

fecha 3 de noviembre de 1987 en favor de ella y de su hija, entonces menor, exponiendo que el demandado nunca había abonado cantidad alguna en concepto de alimentos desde el mes de noviembre 2001 hasta el mes de junio de 2011, con un importe de 39.043,46 euros. Por su parte la hija del demandado, doña Sara, interpuso demanda de juicio ordinario, que se acumuló a la anterior, en la que reclamaba a su padre la suma de 25.532,35 euros en concepto de alimentos por la parte que a ella correspondía. El demandado formuló oposición a las reclamaciones formuladas, alegando la falta de legitimación de la hija para reclamar ya que cuando se dictó la sentencia tenía quince años y ahora tiene 41 años y que, además, ha trabajado para varias empresas y entidades, siendo titular de un vehículo y con diversos saldos en cuentas bancarias. La sentencia de primera instancia desestimó las dos demandas ejercitadas por apreciar abuso de derecho ya que ambos reclamantes cuentan con medios de subsistencia propios. Formulado recurso de apelación por las demandantes, la Audiencia Provincial estimó parcialmente la sentencia apelada con reconocimiento de las cantidades solicitadas por ambas demandantes cuya acción de reclamación no se había extinguido. La Audiencia Provincial parte de que el demandado reconoce no haber pagado nunca cantidad alguna en concepto de alimentos impuestos a la parte por la sentencia de separación, dejando en las más absoluta penuria económica a su hija, entonces menor de edad, y a su esposa. Considera que la prueba practicada pone de manifiesto que la hija no ha superado el estado de necesidad que justificó la imposición en un día de una pensión alimenticia, pues tuvo que dejar de estudiar a los 16 años y comenzar a trabajar en trabajos manuales, poco cualificados y esporádicos, porque su padre no cumplía con su obligación de procurarle alimentos, sin que resulte probado que se incorporase al mercado laboral de una forma más o menos estable, ni que tenga autonomía económica, por lo que no puede sostenerse la existencia de abuso o ejercicio anormal del derecho en la reclamación de las cantidades no prescritas. También afirma que por el demandado no se ha solicitado en tiempo y forma la modificación de la medida consistente en la pensión alimenticia por razón de una alteración de las circunstancias existentes al tiempo de su establecimiento, como tampoco su extinción. Contra dicha sentencia recurre en casación D. Hermenegildo.

El recurso de casación se funda en tres motivos: (i) Infracción del artículo 7.2 CC, y la jurisprudencia que lo interpreta, al existir una situación de abuso del derecho, pues la separación tuvo lugar el 3 de noviembre de 1987 sin que el recurrente hubiera abonado la pensión en ningún momento, por lo que al producirse la reclamación en 2011, transcurridos más de veinte años, nos encontraríamos ante un uso anormal del derecho, una extralimitación en su ejercicio, que se convierte en abusivo, pues se reclamaría de forma extemporánea el abono de una cantidad inasumible por el recurrente, máxime cuando en 2003 las demandantes contaban con ingresos suficientes para atender a sus propias necesidades. (ii) El motivo por infracción del artículo 7.1 CC y jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta por entender que tras un larguísimo periodo de pasividad e inactividad se habría creado una confianza legítima de que no iba a ser ejercitado, concurriendo mala fe y retraso desleal. (iii) El tercero por infracción de los artículos 146 y 152.2, 3 y 5 CC, en consonancia con la doctrina del abuso del derecho y del enriquecimiento injusto, pues transcurridos veinte años habría desaparecido la necesidad y también el derecho a reclamar alimentos.

Esta Sala ha planteado a las partes la posible inadecuación del procedimiento puesto que la reclamación del pago de una pensión de alimentos esta-

blecida por sentencia firme -en este caso, dictada en 1987- se ha formulado a través de un proceso declarativo que comportaría, por un lado, la consecuencia de evitar la caducidad de cinco años propia de la acción ejecutiva (artículo 518 LEC), que en este supuesto arrancarían de la fecha de exigibilidad de cada una de dichas pensiones y, por otra, la de abrir la posibilidad la posibilidad de acudir a los recursos extraordinarios -como el presente- a los que no tienen acceso las resoluciones dictadas en los procesos de ejecución. No obstante, concurre en el caso la particularidad de que, previamente, a la interposición de la presente demanda en fecha 6 de junio de 2011, se intentó la ejecución de lo acordado en la sentencia de separación y se obtuvo un pronunciamiento judicial que declaró la caducidad de la acción ejecutiva entablada mediante AAP de Coruña de 23 de abril de 2010. De ahí que la reclamación actual sea a partir del año 2002, pues según se razona en la demanda, iniciada la ejecución anterior en 2007, cabía reclamar las pensiones correspondientes a los cinco años anteriores. En consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora exige que ahora se dé un pronunciamiento sobre lo solicitado.

Se ha de partir de que la reclamación se realiza sobre una pensión establecida en 1987 de la que resultaba beneficiaria la esposa y que se había fijado para alimentos propios y de la hija menor, lo que significa que en todo caso la posibilidad de reclamación correspondería a la madre beneficiaria y no a la hija ya que ésta -mayor de edad- únicamente podría reclamar por sí frente al padre los alimentos que necesitara de conformidad con los artículos 142 ss. CC, previa declaración judicial de su procedencia.

La pensión de alimentos se fija en atención a las necesidades existentes en cada momento, siendo revisable cuando varíen las necesidades del alimentista y las posibilidades económicas del alimentante. No cabe considerar que cumple con los requisitos del ejercicio del derecho conforme a la buena fe la reclamación que se hace con tanto retraso respecto del momento en que presumiblemente era necesario percibir la pensión alimenticia, cuando se acumulan cantidades que difícilmente pueden ser asumidas por el obligado al pago. Hay que tener en cuenta que establecida la obligación de pago de la pensión en el año 1987, no se produce la primera reclamación hasta el año 2007. De ahí que la reclamación actual no se produce hasta el año 2007 en el Juzgado de Primera Instancia de Muros, cuando ya habían transcurrido veinte años desde que se había dictado la sentencia de separación matrimonial. El decaimiento del derecho por su no uso no cabe predicarlo exclusivamente de los supuestos específicos en que la ley establece los oportunos plazos de prescripción o de caducidad en su exigencia, sino también en aquellos supuestos como el presente en que el derecho se ejercita de forma tan tardía que supone desconocimiento del mandato establecido en el artículo 7 CC.

Se falta así a la buena fe en el ejercicio de los derechos y se vulnera la doctrina jurisprudencial establecida en STS de 21 de septiembre y 10 de noviembre de 2007, 9 de noviembre y 12 de diciembre de 2011, 9 de enero y 18 de junio de 2012. Como señala la STS de 3 de diciembre de 2010, según la doctrina, la buena fe «impone que un derecho subjetivo o una pretensión no pueda ejercitarse cuando su titular no solo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho no se ejercitará». Es decir, lo que se sanciona en el artículo 7 CC es una conducta contradictoria del titular del derecho, que ha hecho que la otra parte confiara en la apariencia creada por dicha actuación.

Se considera que son características de esta situación de retraso desleal: a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; (ii) la omisión del ejercicio; (iii) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión, bien a la doctrina de los actos propios, bien a la doctrina de la buena fe.

En consecuencia procede la estimación del recurso y casar la sentencia recurrida, lo que comporta que se entienda extinguido el derecho de pensión establecido en la sentencia de 3 de noviembre de 1987, tal como solicitaba el recurrente en la formulación de su reconvención.

La estimación del recurso comporta que no se haga especial declaración sobre costas causadas por el mismo y se devuelva el depósito constituido para su interposición (artículos 394 y 398 LEC). Tampoco se hace especial declaración sobre las costas causadas en las instancias ya que se aprecian razones suficientes de derecho para hacer de la facultad que en este sentido se concede a los Tribunales por los indicados artículos, teniendo en cuenta que en realidad se ha producido por el recurrente un incumplimiento de la obligación de pago de la pensión desde que se estableció. (**STS de 14 de noviembre de 2018**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

NOTA.—El supuesto de hecho no deja de causar extrañeza dado el considerable retraso con el que se interponen por la madre e hija del matrimonio reclamación de las pensiones alimenticias que les fueron otorgadas judicialmente en su momento. La conducta absolutamente negativa —desafiante, incluso— mantenida por el padre y excónyuge también es un dato a considerar. Acaso la solución hubiera sido otra si se hubiera entendido que el aludido comportamiento llegó a crear un ambiente de prolongado temor en aquéllas que solo lograron superar al cabo del mencionado plazo. (*G. G. C.*)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información.—En abstracto, cuando entran en conflicto el derecho al honor y la libertad de información, prevalece esta última siempre que la información transmitida sea veraz y tenga por objeto un asunto de interés general o relevancia pública, bien por la materia, bien por el autor, o bien por ambas. Para que la libertad de información prevalezca sobre el derecho al honor, se exige también que en la exposición no se utilicen expresiones de carácter injurioso o vejatorio.

Protección del derecho al honor. Difusión íntegra de una sentencia penal condenatoria con la identificación completa del condenado.—La exigencia constitucional de publicidad de las resoluciones judiciales no es de carácter absoluto, sino que puede verse limitada cuando entra en conflicto con otros derechos fundamentales y garantías constitucionales (SSTS de 16 de octubre y 22 de diciembre de 2008). Corresponde al tribunal efectuar en el caso concreto el correspondiente juicio de ponderación tomando en conside-

ración la necesidad de publicar aspectos pertenecientes a la esfera íntima, como la identidad de las personas. Por su parte, la sentencia de 10 de noviembre de 2016 señala la relevancia pública de la información sobre causas penales y, reiterando lo ya expuesto en la sentencia de 20 de julio de 2011, niega que en el ámbito penal el acusado y la víctima se encuentren en un plano de igualdad, lo que, unido a la trascendencia social de ciertos delitos, justifica que en ocasiones sea admisible la identificación completa de los condenados o acusados. Así, por ejemplo, en atención a la gravedad de los delitos, se ha considerado que la identificación completa del acusado puede resultar proporcional y no constituir una intromisión ilegítima en su derecho al honor (STS de 2 de noviembre de 2017).

De conformidad con la jurisprudencia anterior, el Tribunal Supremo declara que la publicación de una noticia acompañada de un enlace al texto íntegro de la sentencia penal condenatoria puede constituir una comunicación objetiva y neutral que no vulnera el derecho al honor del condenado si éste ya gozaba de notoriedad, siendo de público conocimiento su nombre y apellidos. Aunque la difusión de la sentencia condenatoria por un delito de denuncia falsa puede afectar a su reputación, el TS concluye que la información por parte de los medios no constituye una intromisión ilegítima en el honor del actor cuando ha sido éste quien, con carácter previo y en un caso de gran repercusión mediática, ha tratado de dar la máxima publicidad posible a unas imputaciones que después se han demostrado falsas. (STS de 23 de octubre de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—D. Benjamín había intervenido como abogado en un asunto mediático conocido como «Caso Eivissa Centre» que se siguió en Ibiza contra un exdirigente político. A raíz de su intervención en el caso, D. Benjamín y su cliente se querellaron contra el magistrado instructor y contra una abogada, a quienes acusaron de prevaricación y cohecho. Seguidamente, D. Benjamín y su cliente convocaron una rueda de prensa para informar de la interposición de dicha querrela.

Sin embargo, la causa fue sobreseída y archivada, y se procedió contra los querellantes por existir indicios sobre la falsedad en la imputación. Se siguió causa penal en la que el magistrado acusó a D. Benjamín del delito de denuncia y acusación falsa del artículo 456 CP por el que finalmente resultó condenado.

Al conocerse la sentencia condenatoria, D. Celestino, director del Diario Ibiza SA, publicó en la página web del citado medio la noticia y un *link* a la sentencia íntegra que contenía la identificación completa del condenado. El título de la noticia era: «La juez condena a Benjamín y absuelve a Oscar por la denuncia falsa», y el subtítulo: «Deberá indemnizar con un total de 650.000 euros al juez y a la letrada por haberles acusado de prevaricación y cohecho en el caso Eivissa Centre». La noticia transmitía la información de manera neutral y veraz, facilitándose la sentencia sin alteraciones.

D. Benjamín interpone demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor contra el Diario Ibiza SA y su director, D. Celestino, a los que reclama una indemnización de 30.000 euros por los daños morales y perjuicios. Los demandados se opusieron conjuntamente a la demanda por considerar prevalente la libertad de información debido a la veracidad de la información transmitida, la

proyección pública del actor y la trascendencia social del caso, que afectaba a una cuestión de interés general. Asimismo, los demandados invocaron en el principio de publicidad de las actuaciones judiciales y alegaron que la difusión de la sentencia tenía amparo en la LOPD.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda y el pronunciamiento es confirmado por la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo. (V. N. C.)

3. Derecho a la propia imagen. Divulgación en varios programas de TV de la fotografía de la reseña policial del demandante. Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. Ausencia de interés público.—

Partiendo de la autonomía del derecho a la propia imagen, el interés de una persona por evitar la difusión de su imagen solo debe ceder ante la existencia de un interés público prevalente o ante la presencia de circunstancias legitimadoras de la intromisión. Centrado el asunto en su inclusión en los programas producidos por las demandadas, procede observar que la imagen fue utilizada para reforzar una noticia cierta, la detención por la policía del demandante, al margen de que, con posterioridad a la emisión del programa, y una vez tramitado el proceso penal correspondiente, fuera absuelto. Ello, sin embargo, en primer lugar, no revela la presencia de interés público alguno, pues la divulgación de la imagen no iba dirigida a tranquilizar a la opinión pública frente a un hecho de grave conmoción social, ni a la emisión de un mensaje de eficacia policial, ni a hacer saber a un huido que su cerco era estrecho (criterios mencionados por la STC 14/2003, de 28 de enero). En segundo lugar, el hecho de que apenas unos días antes de la emisión de los programas el demandante hubiera acaparado la atención de la prensa rosa y los programas de cotilleo como consecuencia de su matrimonio con una cantante perteneciente a una familia célebre, podría justificar la información relativa a su detención, pero no la difusión de la concreta imagen de su ficha policial, difusión que no consintió y que estaba referida a una imagen que, obviamente, no había sido tomada en acto público ni en lugar abierto al público.

La eficacia del acuerdo extrajudicial alcanzado con uno de los codeemandados solidarios no alcanza al resto de los codemandados que no intervinieron en el pacto.—No se discute ahora la procedencia de tal solidaridad entre los demandados para el caso de que exista obligación de indemnizar daños al demandante. Lo que se discute es si debe considerarse extinguida la eventual responsabilidad de las codemandadas y entender que el procedimiento ha quedado sin objeto como consecuencia del acuerdo entre el actor y la gestora codeemandada, que quedó excluida del procedimiento por desistimiento.

Los efectos que resultan de lo previsto en los artículos 1143 y 1145 CC, en particular la eficacia de un acuerdo y la extinción de la deuda por pago por parte de un deudor solidario, se aplican sin dificultad cuando se trata de una obligación solidaria establecida en un contrato. Pero, en el caso, la obligación de pagar una indemnización no está previamente determinada, ni en su existencia ni en su cuantía, por lo que no procede aplicar los preceptos mencionados de manera automática, y es preciso atender al acuerdo alcanzado. Así, si uno de los eventuales responsables efectúa un pago por el que el acreedor se da por satisfecho y renuncia a dirigirse contra todos ellos, los que no hayan intervenido en el acuerdo podrán oponerse a pagar; pero, en cambio, si el acuerdo no extiende su eficacia a quienes no intervienen en su otor-

gamiento, los eventuales responsables no pueden ampararse en el mencionado acuerdo para poner fin al proceso seguido contra ellos, porque está sin determinar su responsabilidad.

Daños y perjuicios. Indemnización por daño moral. Acuerdo extrajudicial que cubre todo el daño moral: no procede condenar a los demás codemandados para no incurrir en enriquecimiento del demandante.—Esta sala considera, con arreglo a los criterios de experiencia referidos, que la suma de trece mil euros no es insuficiente para indemnizar el daño moral que pudo causar la difusión de la ficha policial por el conjunto de los programas producidos por las tres productoras codemandadas, pero referidos todos ellos a la misma imagen. En ocasiones anteriores, también en funciones de instancia, esta sala, al mismo demandante, por hechos que le afectaban más gravemente ha fijado cantidades inferiores (así, en STS 51/2017, de 27 de enero, por intromisión ilegítima por la información relativa a sus problemas con la justicia penal, dada su falta de veracidad, al omitir el dato de la absolución, diez mil euros; en sentencia 1/2018, de 9 de enero, por intromisión ilegítima en su intimidad, por publicación de una entrevista en la que se sugería que había tenido relación con la demandada, con «chicas» de una agencia y con famosas, ocho mil euros). En consecuencia, puesto que lo pagado por Mediaset cubre el daño moral causado, las demandadas no deben pagar nada más, pues lo contrario conduciría a un enriquecimiento del demandante. (STS de 7 de noviembre de 2018; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El actor demandó solidariamente, por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, a la entidad gestora de un canal de televisión y a tres productoras de los programas de televisión emitidos en el canal de dicha entidad, en los que se difundió la fotografía de su reseña policial realizada por la Policía Nacional con ocasión de la detención de la que fue objeto. Posteriormente, llegó a un acuerdo extrajudicial con la entidad gestora del canal de televisión por el que recibió una cantidad de dinero a cambio de desistir de la demanda contra dicho canal de televisión en el procedimiento judicial iniciado. Tras este acuerdo, el procedimiento continuó contra los demás codemandados. Las sentencias de la Primera Instancia y de la Audiencia Provincial desestimaron la demanda al entender que el pago realizado en virtud del acuerdo extingue la deuda también respecto a los demás codemandados. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto. (C. O. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Representación: revocación de poder. Presupuestos de la falta de continuidad de efectos del poder revocado y de la consecuente nulidad del negocio por falta de consentimiento (art. 1259 CC).—El artículo 1735 CC contiene un supuesto específico de revocación tácita de la representación consistente en el nombramiento de un nuevo apoderado para el mismo negocio, y para cuya eficacia precisa que el poderdante comunique el

nuevo apoderamiento al antiguo apoderado. No obstante, el efecto característico de toda revocación de la representación, esto es, la falta de vinculación del representado por inexistencia de consentimiento (art. 1259 CC), se alcanza igualmente cuando el representante la conoce o pudo conocerla con la diligencia exigible por las circunstancias concretas. La continuación de los efectos del poder prevista en el artículo 1738 CC para el caso de muerte del representado, precisa de dos requisitos: de la buena fe del tercero con el que contrata el representante, es decir, el desconocimiento de la extinción de la representación, y que el representante igualmente la ignore en el momento de usar el poder (SSTS de 24 de octubre de 2008, 13 de febrero de 2012 y 22 de enero de 2015). No obstante, no concurrirá la buena fe del tercero si no presta la diligencia exigible por las circunstancias del supuesto para comprobar la vigencia de la representación. **(STS de 19 de julio de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En el año 1991 la demandante otorga un poder a la persona con la que mantenía una relación sentimental que le confiere amplias facultades respecto de una vivienda de la actora, entre ellas, la de venderla o constituir hipoteca en garantía de préstamos. A pesar del referido otorgamiento, la poderdante formaliza en tal año por sí misma un préstamo hipotecario, y al poco la relación sentimental finaliza. Sin haberse revocado formalmente el poder, a los 17 años el apoderado suscribe un préstamo hipotecario sobre la misma vivienda, percibiendo el capital. Ante el impago del préstamo, el prestamista inicia procedimiento hipotecario a partir del que la propietaria de la vivienda toma conocimiento del uso del poder, por lo que interpone demanda frente a aquél y su antigua pareja, en la que solicita la nulidad de la garantía hipotecaria por inexistencia de consentimiento al haberse usado un poder que debía considerarse tácitamente revocado dado el tiempo transcurrido, así como la nulidad del procedimiento hipotecario y la cancelación registral de la hipoteca. La antigua pareja de la demandante fue declarada en rebeldía, y el prestamista se opuso alegando que siempre había actuado de buena fe y la falta de revocación del poder con anterioridad a la escritura de hipoteca suscrita. El Juzgado de Primera declara la nulidad de la garantía hipotecaria por inexistencia de consentimiento al haberse revocado tácitamente el poder, y ordena la cancelación de la inscripción de la hipoteca. Se fundamentó en que el apoderado conocía la revocación del poder al haber cambiado las circunstancias existentes en el momento de su otorgamiento en el que eran pareja, y en que el acreedor hipotecario no poseía buena fe que le hiciera merecedor de protección al no haber actuado con la diligencia exigible para cerciorarse de que la propietaria conocía la operación a realizar. Esto último lo deduce el Juzgado de no haber exigido tasación de la vivienda, no comprobar quién la poseía, limitándose a verla desde fuera, todo ello a pesar de no conocer previamente al apoderado y sabiendo que el poder era muy antiguo. Interpuesto recurso de apelación por el prestamista, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia al no apreciar en él buena fe como tampoco en el apoderado. Se interpone recurso de casación articulado en dos motivos. En el primero se alega infracción del artículo 1735 CC porque no hubo revocación tácita y

en cualquier caso nunca se comunicó al apoderado y menos al recurrente. El segundo motivo denuncia infracción del artículo 1738 CC que da validez a lo realizado por el mandatario desconocedor de la muerte del mandante con terceros de buena fe. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se plantea la posible protección de terceros que contratan con un presunto apoderado cuando el poder se ha extinguido, problema que referido a la representación, ante la falta de normas específicas, se resuelve de acuerdo con las del contrato de mandato. Estos inconvenientes se hubieran evitado en buena medida de mantenerse vigente el Archivo de Revocación de Poderes, creado por el artículo 164 RN, que debía consultar el Notario, y que resultó suprimido por la STS de 20 de mayo de 2008 (Sala 3.^a) con motivo de la ausencia de cobertura legal al suponer vía reglamentaria la alteración del efecto legitimador de la escritura pública (art. 1219 CC).

En la sentencia comentada el Alto Tribunal parte de que el transcurso de largo tiempo tras la ruptura de la convivencia en cuyo contexto se otorgó el poder constituye un supuesto de revocación tácita. A partir de ahí, en la sentencia como en otras que cita se acoge la interpretación literal del artículo 1738 CC conforme a la que la protección del tercero que contrata una vez extinguido el poder, precisa no solo de su buena fe, sino de la ignorancia de tal extinción por el propio apoderado (STS de 24 de octubre de 2008 que anuló la constitución de una hipoteca tras el fallecimiento de la poderdante que era desconocido por el tercero, pero no por el apoderado).

Sin embargo, Lacruz Berdejo (*Elementos de Derecho civil*, Tomo II-Volumen 2, Madrid, 2013, pp. 232 s.), estima que la representación a que se refiere el artículo 1738 CC debe ser protegida si los terceros desconocen la extinción, con independencia del estado de conocimiento del mandatario, con lo que coincidimos en aras de la seguridad del tráfico frente a terceros de buena fe.

En modo coincidente a la sentencia, sobre los efectos de la revocación desconocida por sus destinatarios naturales pero cognoscible mediante el empleo de la diligencia demandada por las circunstancias del caso, *vid.* Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho civil*, Tomo II-Volumen 2, Madrid, 2015, p. 204. En relación con ello, apreciamos en la sentencia de modo implícito la llamada concepción objetiva de la buena fe, entendida como estándar de conducta (y que se contrapone a la subjetiva como estado de creencia o ignorancia) aplicada al tercero que contrata con el representante y pretende ser protegido. Lo anterior entendemos que lleva al Alto Tribunal a descartar la buena fe del tercero quien, a pesar de las circunstancias concurrentes apuntadas, no realiza indagaciones acerca del conocimiento de la operación por parte de la propietaria de la vivienda. (*F. S. N.*)

5. Promesa de venta de piso: Norma aplicable: Arras penitenciales: Pacto expreso de *lex commissoria*: Incumplimiento del comprador.—El 27 de octubre de 2014 D. Maximiliano, de una parte, y Doña Adela y Marcelino, por otra, perfeccionaron un contrato que denominaron de «arras penitencia-

les». El objeto era una vivienda propiedad de Dña. Adela y D. Marcelino, para su venta a D. Maximiliano por el precio total de 112.000 euros. El comprador entregó una señal de 4.000 euros (en tres partes), comenzando a buscar financiación sin resultado exitoso. El 16 de enero de 2015 los vendedores enviaron un burofax a D. Maximiliano rescindiendo el contrato. El punto 4.º de este establecía que: «Si llegado el 31 diciembre, por causa no imputable al comprador, este no dispusiera de la financiación suficiente, este contrato quedará aplazado hasta el 15 de enero de 2015, momento en el que si el comprador no ha pagado el precio al vendedor dará por resuelto este contrato, haciendo suyas las cantidades de arras recibidas y quedando liberada para vender a quien quiera». El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Badajoz dictó sentencia de 26 de noviembre de 2015 desestimando la demanda presentada por el comprador solicitando la devolución del doble de las arras e indemnización por daños y perjuicios. El recurso de apelación se resolvió por sentencia de 16 de febrero de 2016 dictada por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz revocando aquella, condenando a D. Marcelino y a Dña. Adela a que abonen al actor la cantidad de 8.000 euros, más los correspondientes intereses legales.

Recurrida la sentencia por los vendedores la Sala entiende que todo el recurso de casación, interpuesto por los demandados, gira alrededor de una única cuestión, a saber, si el artículo 1504 CC, propio del contrato de compraventa de inmuebles, es de aplicación a los precontratos o promesas de venta, previstos en el artículo 1451 CC que es el que concertaron las partes.

Ya en fechas lejanas la Sala se venía pronunciando en el sentido que interesa la parte recurrente, respecto de las promesas de venta (así las STS de 7 de octubre de 1896, 29 de octubre de 1931, 26 de enero de 1942, 11 de noviembre de 1943, 10 de marzo de 1966 y 13 de abril de 1970). En fechas más cercanas, y hasta la actualidad, la doctrina de esta Sala ha sido firme y sólida en el sentido expuesto. Así la sentencia de 22 de septiembre de 2009, tras exponer la existencia entre las partes de un contrato de opción de compra, que jurisprudencialmente se asimila a promesa unilateral de vender, así como que tanto la promesa unilateral como la bilateral se comprenden en el artículo 1451 CC, declara que el artículo 1504 CC «resulta de aplicación a las compraventas de bienes inmuebles ya perfeccionadas, pero no a la promesa unilateral de venta o derecho de opción en que dicha perfección queda pendiente de la decisión del comprador expresada en plazo determinado, por lo que no existe en tal caso compraventa ni obligación alguna del pago del precio pactado hasta que dicha perfección se produzca y, en definitiva, no opera la previsión excepcional de dicha norma en el sentido de permitir al comprador pagar el precio –en las compraventas de bienes inmuebles– aún después de expirado el término fijado para ello mientras no haya sido requerido de resolución por el vendedor».

No siendo objeto de debate en el recurso la naturaleza del contrato de la *litis*, se ha de concluir, conforme a la jurisprudencia citada, que el artículo 1504, que establece ciertos requisitos para la resolución de los contratos de compraventa de inmuebles, solo es aplicable a éstos, pero no a otros contratos, aunque presenten ciertas analogías con aquellos. Por tanto, en contra de lo sostenido por la sentencia recurrida, el artículo 1504 CC no es aplicable al contrato suscrito el 27 de octubre de 2014. Procede estimar el motivo, casar la sentencia y confirmar la de primera instancia.

El punto 4.º del contrato suscrito entre las partes, es un pacto de *lexcomisor*ia, al que hace mención la STS de 8 de junio de 2015: «Una cosa es la

condición resolutoria expresa, propia de las obligaciones condicionales (arts. 1113, 1114, 1123) y otra la condición resolutoria tácita o implícita que confiere al acreedor el artículo 1124 CC pues esta tiene su origen en la ley y aquella en la voluntad de las partes. La tácita, a diferencia de la condición resolutoria propia, no actúa automáticamente sino que únicamente faculta a la otra parte para resolver el contrato. No obstante, ambas actúan con efecto retroactivo. Todo ello hace pensar a la doctrina científica que la facultad resolutoria tácita no tenga relación con las obligaciones condicionales ni por su origen ni por su mecanismo, concluyendo que nada justifica que el Código Civil incluya el artículo 1124 en la sección relativa a las obligaciones condicionales. Consecuencia de lo anterior son las declaraciones que ha hecho nuestro Tribunal Supremo sobre la cuestión. Sin ánimo exhaustivo la STS de 4 de abril de 1990 recoge la doctrina reiterada de esta Sala de que no procede la aplicación del artículo 1124 CC por no entrar en juego su reglamentación, cuando en el contrato existe pacto de *lex commissoria*, es decir, cuando hay cláusula establecida por las partes que regula y condiciona el ejercicio de la resolución; y si se dispone que el incumplimiento de la prestación funcione como condición resolutoria, entonces la resolución se produce automáticamente y no por la ‘facultad’ de resolver que otorga el dicho artículo 1124». De ahí que la resolución acordada sea correcta.

Respecto de las arras, aunque su calificación fuese discutible, por compararse más con las penales que con las penitenciales, el efecto útil a la hora de confirmar la sentencia de primera instancia, por mor de lo pactado, es el mismo.

En todo caso, si por asumir la instancia calificáramos el contrato de compraventa y no de promesa de venta, correspondería también la desestimación de la demanda, por falta de efecto útil pues no se puede pretender, que es lo realmente pretendido, la resolución del contrato por incumplimiento de la vendedora cuando es el propio incumplimiento de la parte compradora quien lo propicia por la falta de pago del precio. (STS de 20 de noviembre de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.] (G. G. C.)

6. Ley 57/1968, de 27 de julio sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Reclamación a los garantes de las cantidades entregadas a cuenta. Concurso de acreedores. Los efectos del convenio celebrado en el concurso de la promotora de las viviendas no se extienden a los terceros que garantizaron la restitución de las cantidades entregadas en cumplimiento de lo prescrito en la Ley 57/1968.— La responsabilidad de las entidades que garantizaron la restitución de estas cantidades entregadas a cuenta se rige por la normativa aplicable a la obligación asumida. La incidencia que esta normativa tiene en un caso como este, fue analizada en la STS 434/2015, de 23 de julio, cuyos razonamientos reiteramos: «Esta normativa es la reseñada Ley 57/1968, en cuya virtud fue concedida la garantía. El artículo 3 de esta Ley atribuye al contrato de seguro o aval, unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda, carácter ejecutivo “para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley”. Y constituye jurisprudencia de esta Sala que el artículo 1 permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el promotor vendedor y su aseguradora o avalista para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas cuando se cumpla el presupuesto legal de “que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido” (SSTS núms. 476/2013, de 3 de

julio; 218/2014, de 7 de mayo y 218/2015, de 22 de abril de 2015). Esta misma jurisprudencia permite también dirigirse únicamente contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento. Por otra parte, el carácter tuitivo de los derechos del comprador que entrega dinero a cuenta de la vivienda pendiente de construir y serle entregada, se manifiesta en el artículo 7, que dota a estos derechos el carácter de irrenunciables (STS 779/2014, de 13 de enero de 2015)». De tal forma que, como ya hicimos en el citado precedente de la STS 434/2015, de 23 de julio, hemos de concluir que «de acuerdo con la normativa que rige la asunción de la obligación de garantía de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, al amparo del artículo 1 de la Ley 57/1968, la adhesión de los compradores beneficiarios de esta garantía al convenio del concurso de acreedores de la promotora no altera el derecho de dichos compradores a dirigirse contra la aseguradora para la restitución garantizada en caso de incumplimiento de la obligación de la promotora».

Para hacer efectiva esta reclamación frente a quien avaló o garantizó tal devolución no es precisa la previa resolución de la compraventa.—El artículo 135 LC regula lo que en su rúbrica denomina «límites subjetivos» del convenio. Esto es, en qué medida y cuándo puede oponerse la novación de los créditos contra el concursado objeto del convenio, frente a los terceros fiadores y a los responsables solidarios del cumplimiento de esas obligaciones del concursado. En cualquier caso, a los acreedores que no hubieran votado a favor del convenio no les será oponible la novación de sus créditos por los terceros responsables solidarios y los fiadores (art. 135.1 LC).

Conforme a la jurisprudencia de esta sala, para hacer efectiva esta reclamación frente a quien avaló o garantizó tal devolución no es precisa la previa resolución de la compraventa. Según esta jurisprudencia, contenida en las SSTS 133/2015 de 23 de marzo, y 434/2015, de 23 de julio: «constatado el incumplimiento, y sin perjuicio de la relación entre el comprador y la promotora, en cualquier caso confiere al comprador la facultad de ejecutar el aval o, en este caso, reclamar de la aseguradora el pago de la suma asegurada, consistente en la restitución de la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta, más los intereses». (STS de 4 de julio de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Diversos compradores de viviendas sobre plano entregaron dinero a cuenta a la sociedad promotora, cuya restitución al amparo de la Ley 57/1968 estaba garantizada por varias entidades bancarias. La promotora, deudora principal de la obligación de restitución de las cantidades entregadas a cuenta, fue declarada en concurso de acreedores. En el concurso se aprobó un convenio que incluía una quita del 35 % del importe de los créditos y una espera de 5 años. Los compradores, en cuanto acreedores de la promotora concursada, intervinieron en la votación del convenio de distinta forma: unos instaron la resolución del contrato de compraventa y no votaron a favor de la propuesta de convenio; otros no votaron a favor de la propuesta, pero no instaron la resolución de su contrato; y finalmente, hubo quienes tampoco instaron la resolución de la compraventa y votaron a favor. Los compradores interpusieron una demanda contra los garantes de la restitución de las cantidades entregadas a cuenta reclamando su devolución. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda solo respecto a los compradores,

cuyos contratos de compraventa fueron resueltos en el concurso, y que no votaron a favor de la aprobación de la propuesta de convenio. La Audiencia confirma la sentencia de instancia en lo que se refiere al pronunciamiento sobre la pretensión de restitución de las cantidades entregadas a cuenta. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo lo estima. (C. O. M.)

7. Arrendamiento de vivienda sujeto a legislación especial: DT 2.º LAU 1994: Matización de la doctrina jurisprudencial.—La cuestión jurídica que se plantea es si el arrendador de una vivienda puede oponerse a la subrogación en el contrato cuando, pese a que no se le ha notificado por escrito, tiene conocimiento del fallecimiento de la arrendataria y de la voluntad del viudo de subrogarse.

Son antecedentes los siguientes: 1. El 11 de abril de 2014, la Sra. Manuela interpuso una demanda contra el Sr. Luis Ángel por la que ejercitó una acción de desahucio por expiración del término y, subsidiariamente, una acción de desahucio por precario y solicitó la condena a entregar la finca urbana sita en La Cuesta, La Laguna. Alegó en síntesis que en virtud de la aceptación de la herencia de su padre se subrogó como arrendadora en el contrato celebrado el 15 de julio de 1969 entre su padre y la Sra. Genoveva. Alegó que la arrendataria falleció el 15 de julio de 2012 y que, solo cuando tuvo conocimiento del fallecimiento, supo también que el Sr. Luis Ángel estaba ocupando la vivienda. Añadía que no sabía desde cuándo, pero que había realizado intentos para llegar a un acuerdo extrajudicial para que la abandonase. Añadió que en ningún momento el demandado solicitó la subrogación en el contrato de arrendamiento y pidió que se declarase la resolución del contrato de arrendamiento por expiración del plazo legal y, subsidiariamente, por carecer el demandado de título en su ocupación y, en consecuencia, que se decretase el desahucio del demandado. Argumentó que conforme a la DT 2.ª de la LAU 1994, si el demandado consideraba que tenía derecho a ello, debió acreditar en los tres meses siguientes al fallecimiento de la inquilina su legitimación para subrogarse y que, al no hacerlo, el contrato se había extinguido el 15 de octubre de 2012, de acuerdo con el artículo 16.3 LAU 1994. Conforme a lo que se acordó en la vista, el 24 de julio de 2014, la demandante amplió la demanda contra el Sr. Jesús Manuel, viudo de la arrendataria. Razonó en su escrito de ampliación que el Sr. Jesús Manuel no convivía con su esposa y que, en cualquier caso, no solicitó la subrogación en el contrato, por lo que este se había extinguido.

2. Los demandados se opusieron a la demanda alegando que el Sr. Jesús Manuel, marido de la arrendataria fallecida, había continuado residiendo en la vivienda, junto con el Sr. Luis Ángel, al que había acogido por carecer de lugar donde vivir, que el hecho del fallecimiento se comunicó a la arrendadora y que se inició una negociación para que el Sr. Jesús Manuel pudiera subrogarse en calidad de arrendatario, con revisión de la renta.

3. La sentencia de primera instancia de 13 de octubre de 2014 desestimó la demanda al considerar que la demandante conoció y consintió la subrogación del Sr. Jesús Manuel en calidad de arrendatario de la vivienda. Tuvo en cuenta para ello el hecho acreditado de que el Sr. Jesús Manuel, tras el fallecimiento de su esposa, continuó ocupando la vivienda, abonó los recibos de agua y luz e intentó llegar a un acuerdo con la arrendadora para mantener el contrato, si bien con una posible revisión de renta. La sentencia de-

claró que no constaba el pago de la renta por haberlo rehusado la arrendadora. El Juzgado razonó que, si bien no se cumplieron los formalismos exigidos por la DT 2.^a LAU 1994, el artículo 24.1 y el artículo 58 LAU 1964, ya que no se comunicó por escrito la subrogación, el incumplimiento de un formalismo no podía producir los mismos efectos que si no se hubiera efectuado comunicación alguna, cuando en el presente caso, la arrendadora aceptó la subrogación, pues ello supondría vulnerar la doctrina de los actos propios.

4. La demandante interpuso recurso de apelación sosteniendo que la falta de notificación por escrito de la subrogación determina la resolución del contrato de arrendamiento. La Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en sentencia de 31 de marzo de 2015, estimó el recurso y estimó la demanda, declarando la resolución del contrato de arrendamiento. Con apoyo en SSTs de 30 de mayo de 2012 y 22 de abril de 2013, concluyó que debía estimarse el recurso de apelación, «porque no habiendo acreditada la comunicación en forma y plazo a la arrendadora de la persona que iba a continuar en el arrendamiento como subrogado, determina la extinción del contrato en el presente caso en el que tampoco se ha conseguido un acuerdo para la celebración de un nuevo acuerdo con nuevas condiciones arrendaticias».

Derecho transitorio de la subrogación arrendaticia urbana: Matización de la doctrina jurisprudencial: Buena fe.—Esta Sala ha venido entendiendo que para que tenga lugar la subrogación en el arrendamiento de vivienda es imprescindible el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, que incluyen la comunicación por escrito del fallecimiento y de la identidad de la persona que tiene la voluntad de subrogarse. Ahora reunida en Pleno, la Sala considera que la doctrina anterior resulta excesivamente rígida y que no puede ser mantenida de manera inflexible sin atender en cada caso a las exigencias que imponga la buena fe, principio general del derecho que informa nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1.4 y 7 CC). Por razón de la buena fe, el efecto extintivo del contrato puede ser un resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello. No debe perderse de vista que, de acuerdo con el régimen legal, el consentimiento del arrendador no es un requisito para que se produzca la subrogación y que la exigencia de notificación para extinguir el contrato cuando el arrendador conoce la voluntad del ejercicio del derecho de subrogarse resulta, por tanto, contrario a la buena fe.

Esta matización de la doctrina jurisprudencial justifica la estimación del recurso de casación.

En el presente caso, a la vista de los hechos probados en la instancia, ha quedado acreditado que la arrendadora, a pesar de que el viudo no le remitió una comunicación por escrito para comunicarle la subrogación, tuvo pleno conocimiento de la voluntad subrogatoria, pues tras el fallecimiento de la arrendataria, y antes de interponer la demanda, estuvo negociando con el viudo el importe de la renta que debía abonar para continuar con el arrendamiento.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación, anular la sentencia recurrida, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la demandante y, tal como hizo el juzgado, desestimar la demanda, tanto contra el Sr. Jesús Manuel como contra el Sr. Luis Ángel, que reside en la vivienda por acogimiento del primero.

La estimación del recurso de casación determina que, conforme al artículo 398.2 LEC no se impongan las costas de este recurso, y tampoco se imponen las costas de las instancias porque, aunque desestimamos el recurso de apelación y desestimamos la demanda, la jurisprudencia anterior que modificamos expresamente justifica la apreciación de serias dudas de derecho (arts. 394 y 398 LEC). (STS de 20 julio de 2018; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.^a Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—De acuerdo con la prudencia de la Sala al calificar de «matización» la modificación introducida en la doctrina jurisprudencial vigente en la materia arrendaticia cuya frecuencia parece incrementarse últimamente. (G. G. C.)

8. Responsabilidad por defectos constructivos: exclusión del subcontratista del régimen de responsabilidad de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y falta de responsabilidad contractual frente a la promotora con la que no mantiene vínculo de tal naturaleza.—El subcontratista no se encuentra legitimado para soportar el ejercicio de acciones regulas en la LOE aunque su artículo 8 defina a los agentes de la edificación de modo amplio, como aquellos que intervienen en el proceso constructivo. Ello se debe a que son los artículos siguientes los que concretan quiénes son los agentes, y éstos no mencionan al subcontratista. No es óbice a tal exclusión su cita en los artículos 17.6, párrafo segundo, y 11.2, apartado e), porque se realiza especialmente para determinar la responsabilidad del constructor por los defectos ocasionados por el subcontratista. Tampoco resulta necesaria su inclusión desde el punto de vista de protección de los propietarios del edificio, dada la legitimación del promotor, constructor y otros agentes responsables. En cualquier caso, no se le exime de su posible responsabilidad por defectos constructivos con base en incumplimientos contractuales conforme al régimen del Código Civil (STS de 14 de marzo de 2018). Pero en virtud del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) el subcontratista no puede estimarse responsable contractualmente frente a la entidad promotora, por no mantener vínculo contractual con ésta, sino con la constructora. (STS de 9 de octubre de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La entidad promotora de una edificación destinada a residencia geriátrica presenta demanda por defectos constructivos frente a todos los agentes que intervinieron en la construcción: arquitectos superior y técnico, constructora y subcontratistas, junto con las entidades aseguradoras de los primeros. La subcontratista, posteriormente recurrente en casación, alegó su falta de legitimación pasiva, al no poder ser considerada como agente de la edificación de acuerdo con la LOE. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia condenando a los demandados, frente a la que recurren en apelación el arquitecto técnico, su aseguradora y la subcontratista referida. La Audiencia Provincial desestima los recursos, y se interpone recurso de casación por la renombrada subcontratista en el que denuncia infracción del artículo 17.6 LOE, de acuerdo con el que defiende que no resulta agente de la edificación, y por ello no puede ser traída al procedimiento judicial cuando es demandada la cons-

tractora principal, que es quien responderá de lo ejecutado por ella, sin perjuicio de la ulterior acción de repetición. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, y absuelve a la subcontratista.

NOTA.—En esta sentencia se vuelve a rechazar la recurrente legitimación pasiva del subcontratista en el ámbito de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación. Esta cuestión ha sido tratada, con igual sentido negativo, por las SSTs de 14 de marzo y 9 de octubre de 2018.

En el ámbito doctrinal, con anterioridad a tales pronunciamientos, se generó un cierto debate. Un nutrido grupo de autores sostuvo una legitimación pasiva amplia de todos los agentes de la edificación, con fundamento en la fórmula general del artículo 17.1 LOE, que habla de «las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación» (vid. CADARSO PALAU, J., *El sistema de responsabilidad civil en la construcción*, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 1.591 Cc y la LOE de 1999. Especial referencia a los artículos 13 y 14 LEC en relación con el artículo 17 de la LOE*, dir. por A. Merino Gutiérrez, Madrid, 2008, pp. 50-51; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, Madrid, 2008, p. 433, y ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las Responsabilidades en la construcción: Regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Navarra, 2011, pp. 707-708). Esta opinión contrasta con el régimen del artículo 1591 CC, bajo el que la generalidad de autores negaba legitimación al subcontratista, sobre todo por apreciar una responsabilidad contractual y la consecuente relatividad de igual clase [(cfr. CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 224-226; LUCAS FERNÁNDEZ, F., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo García, XX-2, Madrid, 1986, p. 348; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», *ADC* 2 (2000), p. 459, y O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Contrato de obra. Responsabilidad por ruina», *Act. Civil* 27 (1988), p. 1.668)], y el Alto Tribunal solo la otorgaba cuando no se demandara conjuntamente al contratista quien respondía de aquél conforme al artículo 1596 CC (cfr. SSTs de 21 de marzo de 1988, 29 de diciembre de 1993, 22 de marzo de 1986 y 23 de diciembre de 1999). Sin embargo, otros autores, al igual que la sentencia comentada, sostienen una legitimación pasiva restringida con fundamento en que el subcontratista no figura en los artículos 8 ss. LOE, y en la responsabilidad del constructor por lo ejecutado por aquél (artículo 17.6 LOE) [vid. DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos y civiles)*, Granada, 2010, p. 528; SALINERO ROMÁN, F., *La incidencia de la LOE en los criterios jurisprudenciales interpretativos del artículo 1591 del Código civil*, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coord. por A. Viñas, Madrid, 2004, p. 192, y SEIJAS QUINTANA, J. A. y SACRISTÁN REPRESENTA, G., *Responsabilidad civil. Construcción y proceso*, en *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, coord. por J. A. Seijas Quintana, Madrid, 2007, pp. 201 y 203]. No consideramos obstácu-

lo a la legitimación del subcontratista la responsabilidad por hecho ajeno del constructor (artículo 17.6 LOE), porque el primero, causante del daño, puede además ser el único solvente ante la insolvencia de todos los agentes de la edificación situados en primer plano (vid. SANTANA NAVARRO, F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2018, pp. 179-182).

La sentencia parece dejar abierta la puerta a una posible responsabilidad extracontractual del subcontratista frente al promotor, al referirse como fundamento de su fallo absolutorio a la falta de ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual. Para más referencias sobre esta interesante cuestión, y nuestra posición favorable a la responsabilidad extracontractual del subcontratista frente a los propietarios de lo edificado, vid. SANTANA NAVARRO, F., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», *ADC*, 2019, II, pp. 382 ss. No obstante, conviene no pasar por alto que el Tribunal Supremo podía haber estimado, en virtud del principio de unidad de culpa civil, la responsabilidad extracontractual del subcontratista, y no lo hizo, lo que quizás, por otra parte, guarde relación con el alcance más limitado que se ha dado a tal principio en algún pronunciamiento reciente, como la STS de 12 de diciembre de 2017 comentada en *ADC*, 2019, I, pp. 213 ss. (F. S. N.)

9. Contrato de obra. Ley de Ordenación de la Edificación. Régimen de responsabilidad solidaria: la reclamación formulada contra el promotor de la obra no interrumpe el plazo de prescripción de la acción contra los técnicos de la misma, a no constar que hubo una reclamación específica contra ellos.—Es doctrina de la Sala, respecto del artículo 17 LOE (STS del Pleno de 16 de enero de 2014), que estamos en presencia de una responsabilidad solidaria, y no de una obligación solidaria en los términos del artículo 1137 CC, con la repercusión consiguiente en orden a la interrupción de la prescripción que se mantiene en la forma que ya venía establecida en la STS de 14 de marzo de 2003, con la precisión de que con la LOE esta doctrina se matiza en aquellos supuestos en los que establece una obligación solidaria inicial, como es el caso del promotor frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, puesto que dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación, se interrumpe el plazo de prescripción respecto del mismo, pero no a la inversa, o de aquellos otros en los que la acción se dirige contra el director de la obra o el proyectista contratado conjuntamente, respecto del otro director o proyectista, en los que también se interrumpe, pero no respecto del resto de los agentes, salvo del promotor que responde solidariamente con todos ellos «en todo caso» (artículo 17.3), aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (SSTS de 24 de mayo y de 29 de noviembre de 2007; 13 marzo de 2008; 19 de julio de 2010; y 11 de abril de 2012). Como se señala en la STS de 20 de mayo de 2014, en los daños comprendidos en la LOE, cuando no se pueda individualizar la causa de los mismos, o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que se pueda precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la exigencia de la responsabilidad solidaria que se derive, aunque de naturaleza legal, no puede

identificarse, plenamente, con el vínculo obligacional solidario que regula el Código Civil, en los términos del artículo 1137, por tratarse de una responsabilidad que viene determinada por la sentencia judicial que la declara. De forma, que la reclamación al promotor, por ella sola, no interrumpe el plazo de prescripción respecto de los demás intervinientes. (STS de 3 de julio de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios actora demandó a la Promotora V., S. L., al arquitecto y al arquitecto-técnico, que intervinieron en la edificación del inmueble en reclamación de responsabilidad ex artículo 17 LOE, por diversos vicios de la construcción que afectaban tanto a elementos comunes como privativos del edificio. La Promotora no compareció y los técnicos demandados se opusieron alegando, entre otros motivos, la prescripción de la acción entablada contra ellos. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la acción declarando la responsabilidad solidaria de los demandados y condenándoles a llevar a cabo las reparaciones solicitadas. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por los técnicos, al estimar que se había infringido la jurisprudencia sobre la denominada solidaridad «impropia», según la cual el ejercicio de la acción contra el promotor de la edificación no interrumpe la prescripción frente a los otros responsables pues no existe una obligación solidaria de los técnicos con el promotor, sino individual de cada uno de ellos que solo será por estirpes cuando la sentencia así lo declare convirtiendo la responsabilidad en solidaria.

NOTA.— La presente sentencia es un reflejo de la doctrina seguida a partir de la STS de 14 de marzo de 2003, en la que ya se dejó sentado que si la solidaridad no nace sino de la sentencia (solidaridad impropia), la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza al otro, ya que no era deudor solidario y solo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, y no antes. La jurisprudencia es constante en este sentido (v., entre otras, las SSTS de 6 de junio de 2006; 28 de mayo de 2007; 29 de noviembre de 2010; o 18 de julio de 2011, entre otras muchas). Sin embargo, un sector doctrinal ha considerado erróneo este criterio mantenido por el Tribunal Supremo [cfr. ALBALADEJO, M. *La prescripción extintiva* Madrid, 2004, pp. 266-285; BERCOVITZ, R. *Comentarios al Código Civil*, coordinador por el mismo autor Cizur Menor-Navarra, 2009, p. 2157]. Resulta conveniente advertir que esta nueva sentencia, al igual que otras que cita en la misma, matiza el posible rigor de esta doctrina al aclarar que la interrupción de la prescripción sí se dará en los casos en que la propia LOE establece una verdadera obligación solidaria, como es la del promotor que responde conjuntamente con el resto de los técnicos de la edificación, o la de los técnicos (director o proyectista) contratados conjuntamente con otros profesionales con iguales funciones (sobre el particular, v. SANTANA NAVARRO, F. L. La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado, ADC 2019-II, pp. 355-418). (I. D.-L.)

10. Depósito bancario indistinto, donación y copropiedad.—La existencia de un depósito bancario indistinto (cotitularidad) no hace presumir la copropiedad del numerario depositado en ella. La existencia de comunidad o condominio sobre los fondos depositados depende, en última instancia, del ánimo de liberalidad del propietario originario del numerario concretado en una donación; esto es, de la voluntad de constituir el depósito con una cotitularidad de dominio y no de simple disposición (STS núm. 83/2013, de 25 de febrero). Dicho ánimo de liberalidad se dará también en aquellos casos donde el cotitular del depósito disponga de la mitad de este tras el fallecimiento del cotitular donante, sin haberse condicionado expresamente la entrega de lo donado a la muerte de aquel. En tal caso, existe una copropiedad sobre los fondos, fruto de una donación *inter vivos*, la cual tiene que satisfacer los requisitos del artículo 632 CC para las cosas muebles.

Autorizado en cuenta de ahorro, mandato y rendición de cuentas.— Cuando el autorizado en una cuenta de ahorro no tiene más encargo que realizar reintegros a fin de cubrir los gastos personales del titular de la cuenta bancaria (mandante), la rendición de cuentas por parte del autorizado mandatario no se puede extender más allá de aquello a lo que alcanza el mandato, esto es, el día a día de la cuenta que, en últimas, administra el titular. Distinto sería si el destino del mandato consistiese en gestionar negocios del titular de la cuenta que este no gestione personalmente. (STS de 28 de septiembre de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La señora P falleció el 27 de octubre de 2012, viuda y sin descendencia. En su patrimonio contaba, entre otros activos, una cuenta de ahorro, en la que figuraba como autorizado don M, para efectuar los reintegros con los que atender a las necesidades de dña. P. También figuraba en su patrimonio otra cuenta a plazo fijo en la que figuraba como cotitular don M. En su testamento, doña P designó como herederas universales a sus sobrinas doña A, B, C y D, así como una serie de legados. En el momento del fallecimiento de doña P la cuenta a plazo fijo disponía de un saldo de 430.000 euros, mientras que la cuenta de ahorro contaba con algo más de 107.000 euros.

El 21 de enero de 2013 don M traspasó todo el montante de la cuenta a plazo fijo a la cuenta de ahorro, cancelándola, y extrajo de esta, acto seguido, la cantidad de 212.173 euros.

Una de las sobrinas de dña. P, dña. A, demandó a don M solicitando (i) que se declarase que la cantidad extraída de la cuenta de ahorro era de exclusiva propiedad de la causante, debiendo por ello reintegrarla a la comunidad hereditaria, y (ii) que se condenase a don M a rendir cuentas de los actos de administración por él efectuados en la cuenta de ahorro.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial, por el contrario, estimó el recurso de apelación de don M, revocó la sentencia de instancia y, por ende, desestimó la demanda. Ante ello, dña. A interpuso recurso de casación contra esta última resolución. (A. I. R. A.)

11. Comunidad postganancial. Validez del contrato de venta de un bien común sin el consentimiento de todos los comuneros.—La naturaleza ganancial del bien no determina que el contrato de alimentos suscrito a cambio de la cesión de la nuda propiedad de la cosa sea nulo, pues en nuestro sistema jurídico el poder de disposición del transmitente no es un requisito de la validez del contrato, sino de la tradición como modo de adquirir (art. 609 CC). La validez obligacional del contrato de venta de un bien común sin el consentimiento de todos los comuneros fue la doctrina sostenida por la SSTS de 15 de enero de 2012 y de 28 de marzo de 2011. Por tanto, no es correcto declarar, como hizo la sentencia impugnada, la nulidad absoluta del contrato. Ni tampoco calificarlo como contrato gratuito pues la causa del contrato de transmisión de bienes a cambio de prestaciones asistenciales no es la mera liberalidad del transmitente, sino la contraprestación que espera recibir de la otra parte. La asunción de obligaciones por parte de las hijas demandadas comporta que nos encontremos ante un contrato oneroso y no ante un contrato gratuito (SSTS de 25 de mayo de 2009 y 1 de julio de 1982).

Fe pública registral. Protección del tercero hipotecario de buena fe. Concepción «ética» de la buena fe.—La jurisprudencia suele identificar la buena fe con la creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si se quiere, con el desconocimiento de que la misma cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa (STS de 7 de septiembre de 2007). Sin embargo, debe considerarse desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuencia «de la negligencia del ignorante» (SSTS de 25 de octubre de 1999, 8 de marzo de 2001 y 11 de octubre de 2006). La concepción «ética» de la buena fe, según la cual no basta la simple ignorancia de la realidad, sino que se precisa una actuación diligente, que va más allá de la simple consulta del Registro, ha sido confirmada por la STS de 12 de enero de 2015. En el caso los hechos probados no destruyen la presunción de buena fe, pues era razonable que las hijas creyeran que la vivienda pertenecía en exclusiva a su madre. En este sentido, la escritura otorgada a favor de ésta lo fue por un organismo de la Administración Pública, actuación avalada además por la presunción de legalidad que acompaña a la actividad administrativa, conformando así una apariencia de titularidad exclusiva ya que la escritura se otorgó solo en favor de la madre y muchos años después del fallecimiento de su marido y cuando, obviamente, se había producido ya la disolución de la sociedad de gananciales. (STS de 29 de noviembre de 2018; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En 1944 los padres del actor contrajeron matrimonio en régimen de gananciales. En 1955 resultaron adjudicatarios de una vivienda pública con acceso diferido a la propiedad. El marido falleció en 1971, y en 1985 la entidad pública de gestión de este tipo de viviendas otorgó escritura pública de transmisión de la propiedad por compraventa, a favor exclusivamente de la viuda y, como tal, se inscribió en el Registro de la Propiedad. En 2007, la propietaria y dos de sus hijas otorgan escritura pública de contrato de alimentos por el cual las hijas se comprometen a prestar a su madre el sustento, habitación, vestido y asistencia médica a cambio de la transmisión de la nuda propiedad del mencionado piso, inscri-

biéndose en el Registro de la Propiedad el título de cesión por mitades indivisas. Tras el fallecimiento de la madre, uno de los hijos demanda a las hermanas a fin de que se declare el carácter ganancial de la vivienda, así como la nulidad de la escritura de cesión de la nuda propiedad a cambio de alimentos y la rectificación de los correspondientes asientos registrales. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Alicante estimaron la demanda al considerar que la vivienda tenía naturaleza ganancial y, por tanto, no podía disponer de ella la madre de los litigantes sin la previa liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que necesitaba el consentimiento del resto de herederos del padre fallecido. Asimismo, consideraron que las demandadas no estaban protegidas por la fe pública registral ya que el negocio jurídico realizado con su madre era gratuito. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de las demandadas y, con estimación parcial de la demanda inicial, declaró el carácter ganancial del piso, pero mantuvo en su adquisición a las hijas al amparo del artículo 34 LH. (*L. A. G. D.*)

12. Contrato de préstamo. Resolución por incumplimiento.—El artículo 1124 CC se refiere a la facultad de resolver las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Este remedio legal frente al incumplimiento solo se reconoce en los contratos con prestaciones recíprocas, contratos de los que surgen vínculos recíprocamente interdependientes, en los que la obligación de una parte pueda considerarse causa de la de la otra. Cuando no es así y del contrato solo nace obligación para una de las partes, no hay posibilidad de resolver conforme al artículo 1124 CC y el ordenamiento establece las condiciones por las que se puede poner fin a la relación. Basta recordar los artículos 1733 y 1736 CC para el mandato, los artículos 1775 y 1776 CC para el depósito o los artículos 1749 y 1750 CC para el comodato. En estos contratos que se acaban de mencionar, salvo en el comodato, que es esencialmente gratuito, puede fijarse retribución y, entonces, nos encontramos ante dos obligaciones recíprocas, para las que podrá valorarse si el incumplimiento de una de las partes es esencial, de modo que ya no resulte exigible a la otra seguir vinculada.

Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el artículo 1124 CC. En todo caso, si se produce alguna de las circunstancias previstas en el artículo 1129 CC, el prestatario (mutuario) pierde el derecho a utilizar el plazo, de modo que el crédito será ya exigible. La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados).

En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el artículo 1124 CC, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. El hecho de que el contrato

de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al artículo 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses. Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario.

Por tanto, producida la entrega de dinero a cambio de una restitución fraccionada más el pago de intereses retributivos, el incumplimiento esencial del prestatario permite liberar al prestamista de permanecer vinculado por el contrato, puesto que la subsistencia del préstamo, por lo dicho, depende del pago de una retribución que nace del propio contrato.

Contrato de préstamo. Carácter consensual. Validez.—Al amparo de la autonomía privada (art. 1255 CC) es admisible la validez de un contrato de préstamo consensual dirigido a crear la obligación de prestar. Así lo reconoció la STS de 26 de marzo de 2007, aceptando lo que actualmente es opinión doctrinal común. La «promesa» de préstamo es verdadero préstamo si se llega a manifestar el consentimiento con intención de vincularse jurídicamente, lo que dependerá de las circunstancias del caso. Así, en el caso de la STS de 20 de abril de 2001 no llegó a haber consentimiento eficaz, al supeditarse el préstamo de refinanciación al cumplimiento de una condición que no se cumplió y a la aprobación de los órganos superiores del director del banco, que no se produjo. Por lo demás, negar la validez de un contrato consensual de préstamo, conduciría a excluir el ejercicio de una acción de cumplimiento dirigida a hacer efectiva la promesa de préstamo (o a negar la indemnización por incumplimiento de la promesa), pero no permitiría negar los efectos que se producen entre las partes cuando el dinero se ha entregado y se incumple la obligación de restituir intereses y capital en los plazos pactados. A ello hay que añadir que la entrega del dinero es en la mayor parte de los casos cumplimiento de un acuerdo antecedente de las partes que, al entregar, no necesitan reiterar su consentimiento. Si con posterioridad se otorga escritura pública, lo único que hacen las partes es documentar su acuerdo. (STS de 11 de julio de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Dos personas físicas y una sociedad mercantil formalizaron un contrato por el que cada una de aquellas presta 50.000 euros a esta. El préstamo se documentó en escritura pública, en la que se hacía constar que el dinero había sido entregado con anterioridad y que su destino era cubrir en parte las necesidades de financiación de la sociedad para la construcción de una residencia de mayores. En la escritura se fijó la obligación de la sociedad de devolución del capital y los intereses (interés remuneratorio fijo del 4,5 %) en cuotas semestrales en un plazo máximo de 10 años. La primera cuota era exclusivamente de intereses y el resto de capital e intereses. En el clausulado del préstamo se estableció que, transcurrido el período de carencia de seis meses, la prestataria podía devolver íntegramente el capital prestado en un solo pago o, si lo solicitan

los prestamistas, proceder a una ampliación del capital social del 2 por ciento para cada uno de los prestamistas. Sin haber realizado ningún pago, la sociedad envió a los prestamistas un burofax en el que les comunicó que no iba a hacer frente al pago y que, transcurrido el período de carencia, estos debían haber comunicado de forma fehaciente que no iban a solicitar la conversión del préstamo en capital social. Los prestamistas contestaron mediante otro burofax, en el que manifestaron que nunca habían solicitado la ampliación del capital social para el pago de la deuda y que se oponían expresamente a ello, por lo que solicitaban la devolución de los 100.000 euros más el importe del interés estipulado.

Los prestamistas interponen una demanda contra la sociedad prestataria, en la que solicitan que se condene a la demandada al pago de 56.121,23 euros a cada uno de ellos, más los intereses legales que se devengarán del importe de 50.000 euros desde la fecha de presentación de la demanda hasta el pago.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Aunque en el suplico de la demanda no se mencionó la resolución del contrato sino solo la condena al pago de las cantidades prestadas con sus intereses, el error se subsanó en la audiencia previa.

Interpuesto recurso de apelación por la mercantil demandada, la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia recurrida en su integridad.

La sentencia de la Audiencia Provincial es recurrida en casación por la sociedad demandada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—Nótese que la doctrina contenida en la sentencia extractada esta siendo utilizada por numerosas Audiencias Provinciales (véase, por todas, la SAP de Cantabria de 13 de febrero de 2019), fundamentalmente en supuestos en los que, ante el impago del prestatario consumidor de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, el banco prestamista ve desestimada su demanda de ejecución hipotecaria y sobreseído el procedimiento al declararse abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, por lo que aquel acude al proceso declarativo solicitando la resolución del contrato de préstamo por la vía del artículo 1124 CC y la condena del prestatario a la devolución del importe total adeudado, con el objetivo de ejecutar esta sentencia teniéndose en cuenta la hipoteca inscrita. (*J. M.^a M. F.*)

13. Contrato de préstamo en divisa extranjera. Control de abusividad: necesidad de garantizar una información clara y adecuada al consumidor de manera que pueda conocer con certeza el tipo y alcance del riesgo al que se expone al suscribir este tipo de operaciones. Doctrina del TJUE.—Las cláusulas que prevén que la cotización de una divisa extranjera se aplique para calcular las cuotas de devolución de un préstamo cuyo importe se ha convertido a esa moneda según la cotización de compra de la misma divisa extranjera, pueden ser sometidas al control de abusividad si no han sido redactadas de manera clara y comprensible, es decir, si no superan el control de transparencia. La finalidad del control de transparencia en los préstamos en divisas es la de garantizar que las instituciones financieras faci-

liten a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. De lo que se trata es de que el prestatario esté claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. En el caso no consta la existencia de una negociación individual de la reglamentación contractual entre las partes, ni es creíble que pudiera existir, dado el perfil profesional de los demandantes (policía local y administrativa) y sus circunstancias, de suerte que no hay ningún dato que permita pensar que los demandantes estaban en condiciones de decidir y negociar dónde se procuraban los francos suizos, o en qué momento debía hacerse el cambio, o si el precio para la conversión del capital era a precio de comprador mientras que el precio para las cuotas era a precio vendedor, o si finalmente se hacía la entrega o su contravalor.

Juicio de transparencia: irrelevancia del tipo de contrato.—Que la hipoteca fuera multdivisa o en divisa extranjera es irrelevante a efectos del juicio de transparencia de las cláusulas de la novación referidas a la moneda de pago y cálculo del capital. Pues la abusividad no deriva necesariamente de que el Banco demandado conociera en el momento de contratar cual iba a ser el futuro de las fluctuaciones sino que depende (STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso *Andrić*) de todas las circunstancias que permitan valorar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, lo que en definitiva se traduce en valorar si, habiendo sido informado leal y completamente, el consumidor hubiera prestado su consentimiento pleno. (**STS de 26 de noviembre de 2018**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los actores suscribieron un contrato de compraventa de un piso con una promotora, subrogándose en el préstamo con garantía hipotecaria que esta última tenía suscrito con el banco BSCH. Dos años después, los prestatarios suscribieron un contrato privado de novación por el que se modificaron diversas estipulaciones del contrato originario. Entre otras, se cambiaron los tipos de interés aplicables, así como el índice de referencia para su cálculo. También se otorgó a los clientes la opción de cambiar de divisa para el cálculo, que hasta entonces era el euro, siempre que se hiciera dentro de los plazos y con las condiciones establecidas por el Banco. En la misma fecha otorgaron escritura pública por la que ampliaron el préstamo inicial y se alteró la moneda de pago pactada mediante la sustitución del euro por el franco suizo, elevando también el tipo de interés variable aplicable al préstamo. Poco después, y a la vista de la perniciosa fluctuación que la moneda elegida había experimentado en detrimento de los intereses de los prestatarios, que vieron aumentada su deuda de manera desorbitada, interpusieron demanda para que se declarase la nulidad de la novación y la vigencia del préstamo inicial. Los actores alegaban que la novación consistió en la contratación de un préstamo multdivisa que, por tratarse de un producto financiero complejo, exigía una información más detallada sobre los riesgos de su contratación para poder valorar la idoneidad del producto contratado. Se afirmaba que la ausencia de esta infor-

mación provocó un error invalidante en su declaración de voluntad que vició por completo la misma. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la demanda al entender que no se había contratado una hipoteca multidi-visa sino un simple préstamo en divisa extranjera con posibilidad de cambiar la misma mediante una novación. Entendieron que no hubo error pues los actores habían sido debidamente informados y tenían perfecto conocimiento de lo que contrataba y de los riesgos a que se exponían. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de los actores y, anulando la novación practicada, declaró la vigencia del préstamo inicial. (*I. D.-L.*)

14. Contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con un consumidor para la adquisición de la vivienda familiar. Nulidad de la cláusula sobre intereses moratorios. Requisitos.—El Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión relativa al control de abusividad de la cláusula del interés de demora en los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores, en el sentido de considerar que, ante la falta de una previsión legal que fijara de forma imperativa el criterio aplicable para el control de abusividad (STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank), el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora queda fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva (SSTS de 23 de diciembre de 2015, de 18 de febrero y de 3 de junio 2016).

Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula sobre intereses de demora: eliminación de la estipulación, sin que sea posible integrar el contrato moderando el tipo de interés remuneratorio o aplicando supletoriamente normas del Derecho nacional.—De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto; 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito; y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank), los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Por esta razón, declarada la abusividad de una cláusula, tampoco es posible aplicar de modo supletorio una disposición de carácter dispositivo del Derecho nacional. Posibilidad que se ha admitido por el TJUE excepcionalmente (SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai; y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank), cuando ello sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se vea obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quede expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. En definitiva, cuando se declara abusiva una cláusula que fija el

interés de demora en un contrato de préstamo con un consumidor, es improcedente la integración del contrato, pues tal declaración de abusividad no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, y sin que pueda integrarse el contrato pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor.

La nulidad de una cláusula abusiva no afecta a la validez y exigibilidad de aquéllas que no lo son. Mantenimiento del deber de pagar los intereses remuneratorio.—La nulidad de la cláusula sobre intereses moratorios no debe llevar consigo la supresión también del devengo del interés remuneratorio, pues la razón de la abusividad reside en la injustificada e inadmisiblemente desproporcionada indemnización impuesta por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del consumidor, pero no el interés remuneratorio destinado a cumplir la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Si en los primeros (intereses moratorios) la finalidad es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver la cantidad prestada en los pagos periódicos convenidos contractualmente, en los segundos (intereses remuneratorios) la función consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma. (STJ de 28 de noviembre de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—El actor suscribió con el banco demandado un contrato de préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de su vivienda familiar, en el que entre otras cosas se pactó un interés remuneratorio variable que, al tiempo de dejar de pagarse, era del 4.75 % anual. También se acordó un interés de demora del 25 % anual. El prestatario demandó a la entidad financiera solicitando, en lo que interesa, la declaración de nulidad de la cláusula de interés remuneratorio por abusiva. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial estimaron la demanda al considerar que tal cláusula era abusiva; asimismo, acordaron que el tipo de interés de demora fuera reducido al triple del interés legal, que es el límite previsto en el artículo 114.3 LH. El actor interpuso recurso de casación al considerar que la sentencia de la Audiencia infringía la Directiva 93/13/CEE, pues consideraba que al declararse abusiva la cláusula, el préstamo no debe devengar interés de ningún tipo —ni de demora, ni remuneratorio— desde que el prestatario incurrió en mora. El Tribunal Supremo, después de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, estimó en parte el recurso de casación al considerar que la nulidad de cláusula sobre el interés de demora impedía la reclamación de los mismos, pero no hacía desaparecer la obligación de pago de los intereses remuneratorios acordados en el contrato.

NOTA.— De acuerdo con la doctrina, tanto del TJUE como ahora del Tribunal Supremo, declarada la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato. Criterio que ha sido ratificado en la STJUE de 7 de agosto de 2018.

Tras la entrada en vigor el 16 de junio de 2019 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles

para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquél resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LEC. Estas reglas sobre el interés de demora contenidas en la nueva Ley no admiten pacto en contrario (v. artículo 25 LCCI.). (I. D.-L.)

15. Contrato de transporte aéreo de pasajeros. Condiciones generales de la contratación abusivas. Cláusula que permite al transportista modificar las condiciones del transporte concertado «en caso de necesidad».—

La expresión «en caso de necesidad» contenida en la cláusula es excesivamente genérica e imprecisa y puede interpretarse razonablemente de un modo que incluya supuestos que exceden de las «circunstancias extraordinarias» que excluyen la responsabilidad del transportista aéreo, en la interpretación que de ellas ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 17 de abril de 2018). La excesiva amplitud de la expresión utilizada puede favorecer injustificadamente la posición contractual de la compañía aérea en caso de incumplimiento de las condiciones del contrato de transporte aéreo concertado, en detrimento del consumidor. Así, la desmesurada generalidad o ambigüedad de la expresión utilizada en la condición general permitiría en ocasiones exonerar injustificadamente de responsabilidad a la compañía aérea si modificara las condiciones del contrato y con ello causaría daños y/o perjuicios al viajero. Por otra parte, no es admisible la tesis de que tal imprecisión o excesiva generalidad se salvaría realizando una interpretación «estricta» de la expresión «en caso de necesidad», que la identifique con una auténtica imposibilidad sobrevenida, pues no es posible utilizar la interpretación *contra proferentem* de las condiciones generales de la contratación cuando se enjuicia una acción colectiva de cesación, puesto que lo impiden los artículos 6.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en este sentido, la STJUE de 9 de septiembre de 2004). Por ende, la cláusula no puede salvarse mediante una interpretación «estricta» de tal expresión puesto que, al resolver una acción colectiva, lo que el tribunal debe decidir es si la redacción de la condición general admite significados que harían incurrir a la cláusula en la abusividad proscrita por la Directiva 93/13 y las normas nacionales que la desarrollan, por más que en un asunto en el que se estuviera ejercitando la acción individual tal resultado pudiera evitarse mediante una interpretación «estricta» de la expresión, en perjuicio del predisponente y en beneficio del consumidor. Por ende, esta previsión contractual es abusiva.

Cláusula que establece la exención de responsabilidad del transportista en caso de pérdida del enlace.—No es admisible una cláusula como la controvertida, en la que se realiza una exención general de responsabilidad, por las consecuencias perjudiciales que para el consumidor tenga el incumplimiento del transportista por la pérdida de los enlaces con otros vuelos, salvo en los casos en los que el propio transportista haya decidido asumir tal responsabilidad. Sin perjuicio de que el transportista no haya de responder necesariamente y en todo caso cuando el viajero pierde el enlace, la cláusula cuestionada contiene una exención de responsabilidad, redactada en términos

excesivamente genéricos y que dejan la cuestión a la exclusiva voluntad del transportista, y que, por tanto, perjudica, en contra de la buena fe, los derechos del consumidor en orden a exigir responsabilidad al transportista por los daños y perjuicios que le provoquen los incumplimientos contractuales de este. Por tanto, esta previsión contractual es abusiva.

Cláusula *no show*. Cláusula que establece que si alguno de los trayectos comprados no se usa, automáticamente se cancelarán los trayectos restantes comprendidos en el mismo billete.—Se rechaza que la cláusula no pueda ser objeto de control de contenido por regular elementos esenciales del contrato. Que la cláusula no regule el objeto principal del contrato hace posible el control de abusividad de la misma, incluso cuando está redactada de manera clara y comprensible. Así, la decisión de abaratar los precios para el caso de la venta conjunta de varios tramos es una opción legítima de la compañía aérea, pero no supone que, una vez que la compañía ha comercializado un billete que incluye varios tramos a un precio inferior al que habría supuesto comercializarlos separadamente, la utilización por el cliente de alguno de esos tramos (por ejemplo, en un billete de ida y vuelta, la no utilización de la ida y sí solamente de la vuelta) cause un perjuicio a la compañía aérea, que ha cobrado el precio íntegro del billete que sacó a la venta, sin que la ausencia de un pasajero en el avión incremente sus costes, pues en todo caso sucedería lo contrario. Los únicos supuestos en que pudiera considerarse que la utilización de solamente uno de los tramos perjudica a la compañía (si es que causa algún perjuicio, puesto que en caso de incomparecencia del viajero podría vender el billete de ese tramo a un viajero en lista de espera, de existir esta) serían aquellos excepcionales en que el billete que comprende varios tramos se comercialice a un precio inferior incluso al precio de un tramo aislado, porque las ofertas de unos y otros vuelos vayan dirigidas a grupos de clientes diferentes, y el viajero ha comprado el billete con varios tramos con la idea deliberada de utilizar solo uno de esos tramos, por resultarle más económico que comprar el billete que contenga exclusivamente ese tramo. Pero las razones por las que un viajero no hace uso de uno de los tramos del viaje pueden ser muy diversas. En muchos casos, pueden responder a imprevistos (pérdida del vuelo de ida, necesidad de adelantar o atrasar la ida por diversas razones, encontrarse el viajero en un punto intermedio del trayecto con varios enlaces el día programado para el viaje, etc.). Así pues, no puede identificarse el viajero que utiliza solo en parte un billete de ida y vuelta o con varios enlaces con el viajero que quiere utilizar un billete más barato que el que corresponde a la tarifa del tramo que quiere utilizar. Una cláusula como la cuestionada supone un desequilibrio de derechos y obligaciones contraria a la buena fe, puesto que a un consumidor que ha cumplido con su obligación, que es únicamente el pago del precio, se le priva en todo caso del disfrute de la prestación contratada, que por razones que pueden ser de naturaleza muy diversa ha decidido o se ha visto impelido a disfrutar solo en parte. La protección de la política de tarifas de la compañía aérea no justifica un perjuicio tan desproporcionado, previsto con carácter general para todo supuesto de utilización parcial de la prestación por parte del consumidor. Por consiguiente, la cláusula es abusiva. **(STS de 13 de noviembre de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La Organización de Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, OCU) interpone una demanda contra Líneas Aéreas de España, S. A. (en adelante, Iberia) en la que ejercita acciones colectivas declarativas de nulidad y de cesación respecto de varias condi-

ciones generales que la compañía aérea utilizaba en sus contratos de transporte aéreo de pasajeros. También solicita que se publicara el fallo de la sentencia en un periódico de gran circulación.

La primera condición general impugnada reza que: «El transportista se compromete a esforzarse todo lo posible para transportar al pasajero y a su equipaje con diligencia razonable. En caso de necesidad el transportista puede hacerse sustituir por otro transportista, utilizar aviones de terceros o modificar o suprimir escalas previstas en el billete. El transportista, salvo que otra cosa se indique en el billete, no asume la responsabilidad de garantizar los enlaces con otro vuelo en el punto de destino». La segunda condición general impugnada establece que: «Dependiendo del tipo de tarifa, clase de servicio, estancia en destino, oferta, etc., puede realizar su reserva para vuelos de ida o ida o vuelta. Independientemente de la tarifa aplicada, si alguno de los trayectos comprados no se usa, automáticamente se cancelarán los trayectos restantes comprendidos en el mismo billete».

El Juzgado de lo Mercantil estima parcialmente la demanda y declara abusivas ambas condiciones generales.

Iberia interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil. La Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia del Juzgado de lo Mercantil.

Iberia interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.ª M. F.*)

16. Responsabilidad por productos defectuosos. Distribución de la carga de la prueba. Imposibilidad de modificar el régimen de responsabilidad con base en normas nacionales.—De acuerdo con el artículo 4 de la Directiva 85374/CEE en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, del cual es reflejo el vigente artículo 139 TRLGDCU, es el perjudicado el que tiene que probar el daño, el defecto y la relación causal entre aquellos dos. El perjudicado debe probar que el producto es defectuoso, pero no que ese defecto fue originado por el fabricante. Este último puede liberarse de responsabilidad demostrando que hay una causa distinta de defectuosidad o probando, incluso mediante presunciones, que el defecto no era originario, sin necesidad de que individualice otra causa de defectuosidad. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la regulación nacional de la práctica y la valoración de la prueba no debe menoscabar ni el reparto de la carga de la prueba establecido en el artículo 4 de dicha Directiva, ni, de manera más general, la efectividad del régimen de responsabilidad previsto por ella o los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión a través de dicho régimen (STJUE de 20 de noviembre de 2014, *Novo Nordisk Pharma*, C-310/13).

Necesidad de acreditar la concurrencia de circunstancias, más allá del mero transcurso del tiempo, que puedan sustentar la no defectuosidad del producto.—La demandada únicamente ha negado que el producto pudiera considerarse defectuoso en atención a que las fisuras aparecieron seis años después de la instalación de las piezas y que ello podría deberse a múltiples causas. No ha concretado las razones que permitirían considerar probable o normal según las máximas de experiencia comunes algún otro origen proba-

ble de la fisura, no ha acreditado indicios sobre la calidad de sus productos ni ningún otro indicio que permitiera valorar que los codos no eran defectuosos. La demandada tan solo ha invocado el transcurso de tiempo entre la puesta en circulación del producto y el siniestro. Si no existe ningún elemento de juicio añadido a la mera circunstancia del tiempo transcurrido no cabe concluir que el producto no es defectuoso. Si hubiera existido alguna circunstancia añadida, como pudiera ser la naturaleza del producto, su vida útil, su agotamiento, la consideración de la Audiencia se hubiera podido considerar adecuada. Por tanto, es correcto valorar que el resultado producido es una manifestación de que los codos no ofrecían la seguridad que cabía esperar, teniendo en cuenta la naturaleza del producto y su destino. Resulta legítimo que el público confíe en que unos codos de cobre destinados a su instalación en un circuito de calefacción van a resistir las altas temperaturas y presiones sin riesgo de fugas durante un lapso de tiempo razonable por lo que, ante la falta de prueba de otra causa probable de la fisuración, no puede admitirse que en seis años ya no quepa esperar que el producto no ofrece seguridad para continuar usándolo conforme a su destino. **(STS de 14 de septiembre de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El actor construyó su vivienda en el año 2006 para lo cual utilizó una serie de materiales de fontanería y calefacción fabricados por la demandada, entre ellos unos codos de cobre para la unión de las tuberías por las que pasaba el agua caliente. En 2012 aparecieron humedades en diversas zonas de la casa que, tras arduas averiguaciones, se descubrió procedían de unas fisuras internas existentes en dos de esos codos que provocaba la fuga de agua cuyos daños fueron objeto de reclamación. La fabricante se opuso alegando que este tipo de bienes se fabricaban desde hacía más de 25 años por lo que habría transcurrido el plazo de 10 años desde su puesta en circulación, así como que el defecto no debía existir en el momento de su compra, ya que de ser así las filtraciones se habrían producido entonces o, a lo sumo, poco tiempo después. El Juzgado estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Vizcaya acogió el recurso de apelación del fabricante y desestimó la acción de reclamación planteada porque entendió que, pese a que el origen de las filtraciones estaba en las fisuras padecidas por los codos de cobre, no quedó constatado que las mismas lo fuesen como defecto de fabricación. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del actor. (*L. A. G. D.*)

17. Contrato de seguro: Lucro cesante.—El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que Transportes y Mudanzas Mediterráneo Exprés SL, interpone demanda contra Mapfre Familiar, Compañía de seguros y Reaseguros SA, solicitando la condena al pago de 14.208,70 euros de principal, más los intereses establecidos en la LCS por los trabajos de rescate y lucro cesante derivados del siniestro que sufrió la cabeza tractora de su propiedad en el que se vio implicado el vehículo asegurado en la entidad demandada. La sentencia de primera instancia estimó la demanda condenando a la demandada a que abone la cantidad de 14,2208,70 euros más los intereses del artículo 20 LCS desde la fecha del siniestro y las costas del procedimiento. Reconocida la realidad del siniestro la prueba practi-

cada acredita que el origen del accidente estuvo en el comportamiento culposo del conductor del vehículo asegurado. Estimó acreditado el costo del rescate de la mercancía por importe de 1440,70 euros, así como los daños y perjuicios sufridos según el informe pericial obrante en las actuaciones. Respecto del lucro cesante por la paralización de la cabeza tractora, consideró probados los días de paralización, así como la cuantía de los perjuicios causados. El recurso de apelación interpuesto por la demandada fue estimado parcialmente por la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca que hoy constituye objeto de la casación. Dicha resolución revoca la sentencia de primera instancia en el sentido de fijar la suma de 1440,70 euros como la cantidad a satisfacer por la demandada, en lugar de la fijada en primera instancia, ya que se rechaza la parte correspondiente al lucro cesante en tanto en cuanto la certificación gremial aportada no puede considerarse prueba suficiente, criticando que no se hubiera practicado prueba alguna tendente a acreditar que como consecuencia del tiempo que el vehículo hubo de permanecer en el taller para la reparación se dejara de afrontar por el actor contrato de transporte alguno, del uso que se venía haciendo del vehículo o de los contratos de transporte que no pudo ejecutar durante el periodo de paralización. Lo contrario sostiene que sería tanto como admitir que la simple existencia de un periodo de depósito industrial previo a la reparación determina objetiva y necesariamente la existencia de un lucro cesante. No le concede relevancia a los documentos 10 y 11 sobre las hojas de ruta de la cabeza tractora durante los cuatro meses anteriores, en los que se indica la facturación del vehículo, por no tener acreditación fiscal ni contable, por ser un documento creado unilateralmente y por existir en él contradicciones que no ha podido aclarar el representante de la entidad.

La parte actora interpuso recurso de casación por interés casacional al amparo del artículo 477.2.3 LEC. que articula en dos motivos: (i) Infracción del artículo 1106 CC, al exigir una demostración absoluta y segura de que el lucro cesante se iba a obtener bastando a tales efectos con entender como razonable que, en el supuesto de no haber mediado el accidente, el recurrente habría dedicado el camión al uso al que estaba siendo destinado, siendo verosímil que en el desarrollo de esa actividad o uso de dicho camión le habría producido un determinado beneficio patrimonial; (ii) Por infracción de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo según la cual la paralización de un vehículo industrial produce un quebranto económico que hay que indemnizar cuando, como sucede en el presente caso, es debido a la acción de un tercero y se le puede reclamar, confundiendo en este caso la sentencia recurrida los conceptos de lucro cesante y su cuantificación, al supeditar la existencia del lucro reclamado a la acreditación objetiva de la cuantificación del mismo por la ponderación del beneficio dejado así de obtener. Invoca las SSTS de 11 febrero y 14 de julio de 2003.

La Sala admitió el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, la parte recurrida formuló recurso de oposición al recurso, tras alegar la inadmisibilidad del mismo con base en el Auto de esta Sala de 2 de septiembre de 2014, en un caso idéntico al que nos ocupa.

Admisibilidad del recurso de casación.—Si se examina el citado auto que la parte recurrida lo trae como de contraste, con el caso aquí enjuiciado, se aprecia que no son idénticos ambos supuestos ni en su origen ni en la *causa decidendi*. En el presente se enjuician las consecuencias indemnizatorias de un siniestro de circulación de vehículos a motor. En el Auto de 2014 la acción ejercitada fue de impugnación de un acuerdo por el que al demandante se le expulsaba de la cooperativa a la que pertenecía, solicitando igualmente una in-

demnización por el lucro causante padecido como consecuencia de la paralización del vehículo. Al diferir en ambos casos la acción ejercitada como origen de la indemnización postulada, difiere también la causa *decidendi*, en el buen entendimiento que hay que escindir, en esta materia del lucro cesante, entre lo puramente fáctico y lo que son valoraciones jurídicas. Así la sentencia recurrida sobre la que recae el Auto de 2014 deniega la indemnización por varios motivos: (i) Por existir una absoluta indeterminación cuantitativa de la indemnización solicitada, no siendo viable dejar la fijación de la indemnización para trámites ulteriores, no cabiendo la reserva de liquidación; (ii) Porque siendo la cooperativa la titular de la tarjeta de transportes a la misma le corresponde disponer de dicha tarjeta, no pudiendo el recurrente pedir indemnización por tal hecho; (iii) Porque el recurrente durante el procedimiento de expulsión no se opuso a la medida adoptada ni se invocó la existencia de perjuicio alguno; (iv) Porque solicitada la indemnización con base en el artículo 22 de la Ley de Contrato de Transporte en la misma o se contempla la paralización del vehículo. A la vista de lo expuesto, es claro que no se ha producido una vulneración de la jurisprudencia de esta Sala por la sentencia recurrida, pues dicha resolución a la hora de determinar la procedencia o de la indemnización por lucro cesante realiza apreciaciones prospectivas, examinando y ponderando las circunstancias del presente caso, con lo que ninguna vulneración de la doctrina jurisprudencial alegada como fundamento del interés casacional se ha producido. En realidad, la parte recurrente se limita a discrepar del resultado de ese examen y ponderación. En la medida que esto es así la recurrente configura su recurso al margen de la *ratio decidendi* de la resolución recurrida y mostrando su desconformidad con la valoración de la prueba efectuada por la misma y no sobre la real oposición de la sentencia recurrida a una jurisprudencia, que si se atiende a su *ratio decidendi* y se respeta su base fáctica, no resulta vulnerada, siendo por tanto el interés casacional alegado artificioso e inexistente».

Por el contrario, en el supuesto que enjuiciamos, aunque en el desarrollo de los motivos se discrepe de conclusiones puramente fácticas de la sentencia recurrida, que no tendrían encaje en el ámbito del recurso de casación, sino en el extraordinario de infracción procesal por error en la valoración de la prueba sin embargo existe una discrepancia sobre una conclusión de naturaleza jurídica, *ratio decidendi* de aquella, por la que no se concede relevancia a la simple existencia de la paralización de un vehículo industrial los efectos de existencia de un lucro cesante. Por tanto, procede confirmar la admisibilidad del recurso de casación, que, de forma provisoria, tuvo lugar en el Auto de 2018.

Ambos motivos de casación se examinan conjuntamente.

Existencia de lucro cesante.—Respecto a la existencia del lucro cesante se ha consolidado una doctrina jurisprudencial por la que, acreditado el evento perjudicial y la conducta sancionable, el resarcimiento de daños y perjuicios conforme al artículo 1106 CC abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, pérdida o frustrada pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual (STS de 22 de abril de 1997). La jurisprudencia en esta materia se ha orientado con un prudente criterio restrictivo, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y solo fundadas en esperanzas. En tal sentido dice la STS de 24 de abril de 1997 que la integración del *lucrum cesans* como elemen-

to de indemnización, no permite incluir eventos de futuro no acreditados, rayanos en los «sueños de ganancia», ni referirse solo a acontecimientos reales o de indiscutible dación, sino que en una posición intermedia, se requiere que los eventos determinantes de una aportación de medios o recursos truncados por la realización del ilícito obtengan la prueba indiscutible de que generarán ese monto económico, al cual, ya totalmente predeterminado, solo le falta su real materialización. Así lo reitera la STS de 11 de febrero de 2013, con abundante citas recientes (SSTS 14 de julio de 2003, 31 mayo y 18 de septiembre de 2007, 5 mayo y 16 de diciembre de 2009) y otras más lejanas en el tiempo.

El reconocimiento del lucro cesante se encuentra supeditado a la acreditación de factores y circunstancias reveladoras de que el ilícito ha motivado la no obtención de ganancias relacionadas causalmente con tal hecho, con las consecuencias patrimoniales negativas para el perjudicado. La jurisprudencia se funda en criterios de probabilidad, de verosimilitud, de apreciaciones prospectivas para tener por probada la existencia del perjuicio, no reteniendo datos cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético. Como consecuencia de ello se impone a la parte actora la carga de ofrecer los datos que, a tenor de la situación existente al presentar la demanda o en el momento de practicar la prueba, mediante su proyección sobre el periodo futuro objeto de reclamación, permitan el cálculo prospectivo del lucro cesante (STS 31 de octubre de 2007).

En el presente recurso no se pone en debate que el vehículo dañado se encontraba destinado a una actividad lucrativa o empresarial, así como al tiempo de paralización del vehículo (24 días). Cuando se trata de la paralización de un vehículo que está integrado en una empresa de transporte de mercancías y que venía prestando servicios al actor, es obvio que, en principio, cabe presumir la existencia de perjuicios, pues la paralización de un vehículo destinado al transporte de mercancía que en la práctica se venía utilizando como tal, ha de suponer, dentro de esos criterios de probabilidad objetiva, una disminución de los ingresos de su titular, que se ve privado forzosamente de uno de los medios de los que ordinariamente se sirve en su actividad económica, sin que sea necesario justificar con precisión el beneficio concreto que pudiera haber obtenido con ese vehículo, o los contratos o servicios que no pueda cumplir, entre otras cosas, porque las más de las veces resultaría de muy difícil o prácticamente imposible demostración. Si la actora destina su camión al transporte de mercancías, como se ha demostrado, y permanece un tiempo inmovilizado para la reparación, creemos que de estos hechos se deduce necesariamente el perjuicio por lucro cesante, pues durante el tiempo que el camión permanece inmovilizado no se puede dedicar a la actividad mercantil, perdiéndose los ingresos que se podría haber obtenido, con la necesaria verosimilitud y certeza, en caso contrario, sin que, a nuestro juicio, sea necesario acudir a una complicada prueba para acreditar la realidad del perjuicio por lucro cesante. No empece a ello que la empresa que se dedica al transporte, como es el caso, tenga más vehículos destinados a su objeto social, pues se ha de presumir que obtenga ganancias de todos ellos y que sean necesarios para satisfacer su objeto, sobre todo si el siniestro se produce por la cabeza tractora en cuestión circulaba prestando un servicio.

Quantum de la indemnización.—En este tipo de litigios suele ser la prueba del *quantum* el centro sobre el que gira el debate. Unas veces se acude a los certificados gremiales que las partes aportan al juicio, ya que ofrecen una idea genérica de las ganancias perdidas por la paralización del vehículo, con fundamento en estudios propios de las asociaciones o colegios profesionales. Otras

veces la solución pasa porque el perjudicado acredite, mediante la prueba más objetiva posible, las ganancias que ha dejado de obtener. Esta segunda solución es la que la sentencia recurrida rechaza por la falta de pruebas y lo motiva. Pero como afirma la STS de 11 de febrero de 2013, es un caso similar de ausencia de pruebas que permitieran establecer de forma objetiva un perjuicio concreto que justificase el acogimiento de la pretensión «ello no es argumento suficiente para negar una indemnización basada en la evidencia o curso normal de los acontecimientos que refiere constante jurisprudencia y que a la postre suponen no cargar exclusivamente sobre la víctima unos perjuicios difíciles de justificar en una actividad menor de un transporte que se contrata sin una previsión cierta y segura de su desarrollo». En el mismo sentido se pronuncia la STS de 30 de septiembre de 2013. En los litigios sobre los que decidieron las sentencias que ponían fin a ellos, estas no negaron el lucro cesante postulado, sino que lo redujeron en el *quantum*, por entender que el certificado gremial sirve a título meramente indicativo y como simple principio de prueba para cuantificar el perjuicio, pero para su precisa cuantificación en la cantidad solicitada eran precisas unas pruebas más objetivas del caso concreto que la parte no aportó. Se colige de la doctrina de la Sala que los certificados gremiales sobre el lucro cesante por paralización del vehículo por sí mismos no pueden ser considerados pruebas del lucro, sino queden acudirse a otros medios de prueba que acrediten el mismo de forma más concreta.

Por tanto, y sería el caso examinado, una vez probado que la perjudicada tuvo un vehículo paralizado y que lo destinaba a una actividad económica en la que en condiciones normales se habría obtenido un beneficio económico, la ausencia de pruebas concretas sobre ganancias determinadas, que suelen ser dificultosas a veces, no puede impedir la indemnización por lucro cesante, sino que deben ponderarse los datos existentes y fijar una cantidad prudencial. Para ello, como referencia y no con carácter vinculante, sí pueden resultar útiles los certificados gremiales y los baremos que en ellos se aplican.

En atención a lo expuesto, y si se tienen en cuenta los datos obrantes en autos, con respecto a las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida no combatidas por el cauce adecuado, se considera prudencial fijar el lucro cesante por los 24 días de paralización en la cantidad de 8.000 euros. **(STS de 31 de octubre de 2018; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Razonable y ampliamente razonada resolución de la tradicional doctrina sobre el *lucrum cesans* a un supuesto de seguro de transportes de mercancías por carretera. Partiendo de las intrínsecas dificultades de la prueba, tanto en su existencia como en el *quantum* de la indemnización, se indican pautas moderadas que no excluyen ninguna prueba a utilizar y se formulan criterios prudenciales. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

18. Doble venta de cosa inmueble. Interpretación de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1473 CC. Necesidad de la tradición y consiguiente adquisición de la propiedad del bien comprado.—El precepto debe inter-

pretarse en el marco de la vigente Ley Hipotecaria, que presume la exactitud de la titularidad dominical inscrita, pero admite la prueba en contrario. En consecuencia, el comprador no inscrito que hubiera adquirido la propiedad por tradición (art. 609 CC) puede ejercitar la acción declarativa o la reivindicatoria contra quien hubiera inscrito su escritura de compraventa otorgada por el mismo vendedor, solicitando al mismo tiempo la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente (art. 38 LH). Este adquirente solo mantendrá la condición de dueño que resulta de su inscripción si reúne la buena fe que exige el artículo 34 LH, mientras que si le falta la buena fe se mantiene en la propiedad al poseedor que hubiera adquirido antes la finca por tradición. De la misma manera, el comprador no inscrito que posee también puede ejercer una acción declarativa frente al comprador que ha inscrito su escritura pública de compraventa. En el caso, la parte prescinde del hecho de que ella no adquirió la posesión, esto es, no hubo tradición, por lo que falta el primer presupuesto exigible para que se reconozca su derecho de propiedad, ya que cuando compró en documento privado no hubo entrega de la finca a favor de la demandante; y cuando se elevó a público su documento privado de compraventa, los demandados no solo habían celebrado su contrato de compraventa en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad, sino que además habían adquirido la posesión del inmueble por tradición; sin que el otorgamiento de la escritura posterior a favor de la actora le permita prevalecer frente a la propiedad adquirida por los demandados que se habían convertido en propietarios, no solo por adquirir por escritura pública seguida de inscripción, sino por tradición. **(STS de 14 de septiembre de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—K., S. L. había suscrito un contrato privado de compraventa de un piso en 2002, cuando la edificación estaba solamente proyectada. La declaración de obra nueva y división horizontal tuvo lugar en 2004 y en octubre del año siguiente la promotora otorgó escritura pública de venta del mismo piso a M. y C., quienes gravaron el inmueble con una hipoteca a favor del banco C. A., S. A. para garantizar la devolución del préstamo obtenido para esta adquisición. Además, constituyeron su residencia habitual en dicho piso. En septiembre de 2005 la primera adquirente había interpuesto demanda contra la promotora en solicitud de elevación a público del contrato privado de compraventa. Asimismo, había solicitado y obtenido como medida cautelar una anotación al margen en la inscripción registral de dominio, en la que se hacía constar, sin más especificaciones, la existencia de un litigio entre estas partes. En la nota simple informativa expedida electrónicamente para llevar a cabo la venta por escritura pública a favor de M. y C. no se hizo constar la existencia de dicha nota marginal. K., S. L. obtuvo en 2007 sentencia favorable a su pretensión de elevar a público el contrato suscrito en documento privado, otorgándose la correspondiente escritura pública en 2012. Sin embargo, no pudo inscribirla en el Registro por encontrarse la propiedad a nombre de terceras personas diferentes a la vendedora. En septiembre de 2013, K., S. L. ejercita una acción declarativa del dominio, así como una reivindicatoria del mismo contra M. y C. y contra el banco C. A., S. A. para que se reconozca su condición de verdadera propietaria del piso y se disponga la entrega de su posesión a la demandante, así como la rectificación de cuantas inscripciones

registrales fueran necesarias. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial de Cantabria desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

19. Relación entre la acción reivindicatoria y la acción publiciana.–

La jurisprudencia ha venido considerando la acción publiciana como una faceta de la acción reivindicatoria. La doctrina científica y la jurisprudencia han dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la acción publiciana no con la fisonomía original y peculiar que ostentó en el Derecho romano, sino como una de las facetas de la propia acción reivindicatoria, que permite al actor probar su mejor título, reclamando la cosa de quien la posea con menor derecho. (STS de 30 de octubre de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–En las Escuelas Mayores de la Universidad de Salamanca, la bóveda de la antigua biblioteca estaba decorada con pinturas murales del «Cielo de Salamanca». El Decreto de 3 de junio de 1931 declaró Monumentos Histórico-artísticos pertenecientes al Tesoro Artístico Nacional, entre otros, la Universidad de Salamanca. En la década de 1940, a la vista del mal estado de conservación de la obra pictórica, se encargó a A el proyecto de restauración, arranque y traslado del lienzo de las pinturas «Cielo de Salamanca». Extraída la película pictórica en fragmentos por los encargados del proyecto mediante la técnica de *strappo*, se transportaron a Barcelona, donde se colocaron en un nuevo soporte y se restauraron, y retornaron a Salamanca, donde se montaron en la estructura preparada, radicada en el edificio referido. En el estrato inferior aparecieron unos dibujos preparatorios subyacentes (sinopias), algunos de los cuales fueron arrancados a *strappo*, entre ellos «Leo» y «Centauro». El 1 de julio de 1981, el Registro de la Propiedad núm. 1 de Salamanca inscribió el edificio de la Universidad Antigua a favor de la Universidad de Salamanca, al venir poseyéndolo desde tiempo inmemorial, en virtud de los artículos 206 y 207 LH y 303 RH. A poseyó las sinopias «Leo» y «Centauro» hasta su fallecimiento, el 16 de marzo de 1985. Tras el fallecimiento de A, las sinopias se expusieron en la Galería Subex de Barcelona de C. Ulteriormente, a principios de la década siguiente, éste último las vendió a F, que las compró por importe de 8.000.000 pesetas. En distintas exposiciones celebradas en los primeros años de 2000, al ser cedidas por F, estaban expuestas las sinopias controvertidas, que al parecer no fueron compradas por la Universidad de Salamanca por falta de fondos, pese a estar interesada. Declaradas inexportables las dos sinopias por Orden del Ministerio de Cultura, de 16 de marzo de 2006, y requerida la instrucción de expediente para la declaración de estas obras de Bien Cultural de Interés Nacional por la Comunidad Autónoma competente, la resolución de la Generalitat de Cataluña, de 18 de julio de 2007, las incluyó en el catálogo del Patrimonio Cultural de Cataluña. El 21 de enero de 2007, F y S celebraron el contrato de compraventa de la sinopia Centauro a la segunda que la compró por 270.000 euros, y ulteriormente, el 27 de julio de 2009, la recompró el primero.

La Universidad de Salamanca interpuso demanda contra F y S en ejercicio de acción reivindicatoria respecto de las referidas sinopias. F se opuso a la demanda y formuló reconvencción por la que solicitaba que se declarase que es el propietario de las sinopias y, en el caso de que se consideraran cosa fuera de comercio, se condenara a la demandante reconvenida o a quien resultara ser su titular al pago de la indemnización de 540.000 euros más los intereses. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la reconvencción.

La Universidad de Salamanca interpuso recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial. Ésta entiende que, si no ha quedado debidamente acreditada la titularidad de la Universidad de Salamanca, es por la complejidad de las relaciones de Derecho público, que permiten considerar que la titularidad es estatal, si bien las sinopias, por formar parte de un edificio afecto al servicio público de enseñanza universitaria están adscritas a la Universidad demandante. Atendido, a su vez, al carácter inalienable e imprescriptible de los bienes de titularidad pública, considera, con base en la acción publiciana, que la Universidad tiene mejor derecho que F.

F interpone recurso de casación. Se alega, en primer lugar, la infracción del artículo 348 CC y de la doctrina jurisprudencial sobre el contenido y los presupuestos para el ejercicio de la acción publiciana. El Tribunal Supremo no estima el motivo, al entender que la sentencia impugnada parte de la incorporación de las sinopias al edificio histórico de la Universidad. Como consecuencia, considera, en base a la acción publiciana, que la demandante tiene un derecho de mayor intensidad que el que alega la parte demandada.

En segundo lugar, alega la infracción de los artículos 1271 y 1936 CC, en cuanto a la consideración del objeto contractual como cosa que está fuera del comercio de los hombres. Según el Alto Tribunal, no se discute el carácter de bien público de las edificaciones propias de la Universidad -inscritas como tales en el Registro de la Propiedad- y en ese sentido no cabe prescindir del origen de los bienes de que se trata, que aparecían incorporados por destino a la edificación (art. 333.4.º CC), lo que determina incluso su consideración de bienes inmuebles, que no queda desnaturalizada por el hecho de su separación para su restauración.

Finalmente, se alegan las consecuencias de la nulidad de las compraventas, solicitando la aplicación del artículo 1303 CC y que se le reconozca una indemnización de 540.000 euros, más los intereses, por el precio pagado en su día. Explica el Tribunal Supremo que esto constituye una solicitud de complemento de la sentencia (art. 215 LEC), que tendría que haber sido denunciada en cualquier caso como una incongruencia en un recurso extraordinario por infracción procesal. En consecuencia, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—Sobre la acción publiciana como una faceta de la acción reivindicatoria, *vid.* también las SSTs de 21 de febrero de 1941, 7 de octubre de 1982, 13 de enero de 1984, 12 de mayo de 1992 y 8 de noviembre de 2006. (S. L. M.)

20. Servidumbre de paso por destino del padre de familia y propiedad horizontal.—Es pacífica la posibilidad de adquisición de servidumbres al amparo del artículo 541 CC en fincas integradas en edificios bajo el régimen de propiedad horizontal.

La adquisición de una servidumbre merced a un signo aparente revelador de la voluntad del transmitente —a fin de originar la servidumbre por destino del padre de familia del artículo 541 CC— requiere (i) la separación de dos fincas pertenecientes al mismo propietario, (ii) signos visibles y evidentes que revelen un estado de hecho por el cual una finca preste servicio a la otra, (iii) una exteriorización de dichos signos impuesta por el dueño común de las fincas que evidencie una efectiva y completa relación de servicio entre las fincas, querida por el dueño común, (iv) la persistencia de tal signo aparente de servidumbre a favor de una de las fincas al tiempo de la separación, y (v) la no realización de voluntad expresa contraria a la existencia de la servidumbre al momento de otorgar la escritura de transmisión. **(STS de 19 de julio de 2018;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Dña. A era propietaria de un local comercial situado en la planta sótano donde se encontraban las plazas de aparcamiento de un edificio en régimen de propiedad horizontal. El único acceso posible al local era a través de la rampa de aparcamiento existente, por no tener conexión alguna con el otro local comercial, también propiedad de dña. A, sito en la planta superior y comunicado con la vía pública. Desde 1980, dicho local comercial situado en la planta sótano fue utilizado como aparcamiento de vehículos, bien personalmente, bien por medio de arrendamientos a terceros.

Para que los vehículos pudieran acceder al local de dña. A, era necesaria la rodadura a través del interior del local destinado a plazas de aparcamiento y directamente comunicado con la vía pública que era propiedad de la comunidad.

En el título constitutivo se indicó que el acceso exterior al local de dña. A sería a través del local situado en la planta superior, también propiedad de dña. A, especificándose en las normas de régimen de la comunidad que dichos locales podrían comunicarse entre sí por su titular sin necesidad de consentimiento de la comunidad.

La comunidad de propietarios del edificio en cuestión acordó, en acta de 30 de mayo de 2002, negar a dña. A el acceso de vehículos a través del garaje comunitario, bajo la justificación de que dicho local tiene naturaleza comercial y, en consecuencia, no resultaba admisible su utilización para plazas de aparcamiento, que era el uso que se le venía dando; y que, además, para que así fuese posible, sería necesaria la existencia de una servidumbre de paso a favor del local propiedad de dña. A respecto al otro local más cercano a la rampa, lo que la comunidad de propietarios reputó inexistente.

Dña. A ejercitó demanda frente a la comunidad de propietarios, concretada en tres acciones: (i) acción declarativa del derecho a utilizar el referido local como garaje de vehículos, restaurándole en su derecho a emplear la puerta y la rampa de acceso; (ii) acción confesoria de servidumbre al amparo del artículo 541 CC; y (iii) acción indemnizatoria por el lucro cesante de no haber podido arrendar las plazas de aparcamiento de su local.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, al entender que no existía servidumbre de paso alguna entre el local destinado a aparcamiento propiedad de la comunidad y el local comercial perteneciente a ñña. A. En este sentido, argumentó que no podía considerarse existente una relación de servicio entre ambas fincas, dado que ñña. A podía comunicar su local comercial del sótano con el de la planta baja, que daba a la calle.

Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia Provincial la confirmó en su totalidad. Ante ello, doña A interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

21. Árboles plantados cerca de una heredad ajena e interpretación del artículo 591 CC.—El derecho de todo propietario de pedir que se arranquen los árboles que «en adelante» se plantaren a menos distancia de dos metros heredad —si se trata de árboles altos— o cincuenta centímetros de su heredad —si se trata de arbustos o árboles bajos— depende de que la plantación del árbol sea posterior al momento de creación de la finca en cuestión (art. 591 II CC). De este modo, la norma en cuestión no resulta aplicable, cuando el árbol existía en el momento en que se delimitó la parcela y se creó el inmueble registral del propietario; ello sin perjuicio de los derechos que, en todo caso, el artículo 592 CC reconoce a todo propietario.

Acción negatoria y carga de la prueba de la existencia de cargas o gravámenes sobre la propiedad.—Presumiéndose libre la propiedad (art. 348 CC), no corresponde al propietario de una finca la carga de acreditar la no sujeción de esta a servidumbre alguna. Es el dueño del precio supuestamente dominante quien ha de probar la existencia de gravamen a su favor o, en su caso, mostrar su conformidad con la pretensión de libertad del propietario de la finca colindante. (STS de 16 de octubre de 2018; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—A adquirió una finca el 12 de mayo de 1998. Esta finca colindaba con la de B, que había sido adquirida ocho años atrás. En los linderos entre una y otra finca había una serie de árboles altos y arbustos, los unos a menos de dos metros de la finca propiedad de A y los otros a menos de cincuenta centímetros; y habían sido plantados antes de que A adquiriese su propiedad.

A interpuso demanda contra B solicitando que se declarase que su finca estaba libre de servidumbres respecto de la de B, que era colindante. B se opuso y la sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial confirmó el fallo de la instancia. (A. I. R. A.)

22. Registro de la propiedad: calificación registral: no extensión a la validez del juicio de suficiencia notarial del poder de representación. Limitación a la comprobación de su realización: carácter especial de la norma contenida en el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.—De acuerdo con el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (en su redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad) corresponde al notario autorizante de instrumentos públicos

otorgados por representantes o apoderados, emitir un juicio de suficiencia de las facultades de representación. Para ello, conforme a tal precepto, basta con realizar en la escritura autorizada una reseña identificativa del documento auténtico del que resulte la representación, y expresar que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas. La función del registrador se limita a calificar la existencia de esta reseña y del juicio notarial de suficiencia, así como su congruencia con el negocio jurídico otorgado, o sea, que resulte del contenido del juicio de suficiencia, que éste se predica respecto del tipo negocio jurídico concreto otorgado. Por tanto, el registrador no puede revisar el juicio de suficiencia que realiza el notario, sino que se limita a comprobar que el notario lo ha llevado a cabo. El artículo 18 LH aunque extiende la calificación registral a la capacidad de los otorgantes, no permite al registrador valorar el juicio de suficiencia notarial, dado que la contradicción entre aquél y el artículo 98 de la Ley 24/2001, debe resolverse a favor de éste al ser un precepto especial (STS de 23 de septiembre de 2011). De los artículos 51.9.ªc) RH y 165 RN no se deriva que el notario deba indicar qué persona u órgano social otorgó la representación al apoderado ni realizar un juicio de suficiencia de esta representación previa antecedente de la ulterior representación del otorgante de la escritura. **(STS de 20 de noviembre de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En virtud de un poder especial conferido por una entidad mercantil, un apoderado otorga escritura pública de préstamo hipotecario en la que aquélla interviene como acreedora. El notario autorizante hace referencia al apoderamiento en la escritura autorizada, reseñando los datos del documento del que deriva y realizando un juicio favorable de su suficiencia para formalizar la hipoteca. Presentada a inscripción la escritura, la registradora la suspende al apreciar el defecto de la falta de previa calificación registral de la representación dado que se trata de un poder especial no inscribible en el Registro Mercantil, por lo que la reseña del documento representativo resulta insuficiente, y además argumenta que no consta la persona que ha conferido tal poder en nombre de la entidad. El notario autorizante impugna judicialmente tal calificación registral esgrimiendo que la reseña realizada fue suficiente y la innecesaria identificación de la persona que en representación de la sociedad había otorgado el poder especial, porque la legitimación de tal representación previa ya fue valorada por el notario que autorizó el poder especial. La registradora contesta a la demanda reiterando los defectos que provocaron su calificación negativa. El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda al entender que tratándose de un poder especial exceptuado de inscripción en el Registro Mercantil, se debe reseñar no solo el documento representativo inmediato sino también el precedente del que a su vez deriva el ulterior. Se interpone recurso de apelación por el notario, que es estimado al apreciarse suficiente su reseña realizada en la renombrada escritura de hipoteca. La registradora presenta recurso de casación articulado en tres motivos: en inaplicación del artículo 18 LH que, según la registradora, permitiría comprobar la validez del poder especial; en infracción del artículo 98 de la Ley 24/2001, que para la recurrente no afecta a la valoración de la validez de la repre-

sentación, y en infracción de los artículos 51.9.ªc) RH y 165 RN. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

NOTA.—Con anterioridad a la apuntada Ley 24/2011, la suficiencia del poder de representación se sometía a la calificación registral con fundamento en el artículo 18 LH, que genéricamente la extiende a la capacidad de los otorgantes del instrumento público, entre los que se encuentran obviamente los apoderados (cfr. RDGRN de 12 de abril de 1996). En la actualidad la DGRN confiere carácter especial al artículo 98 de la Ley 24/2011. Así, en RDGRN de 10 de abril de 2019 (BOE núm. 103, de 30 de abril) revocó la suspensión de la inscripción de una escritura de compraventa que se fundamentaba en que el notario no acompañó para su calificación testimonio de los autos de aprobación judicial de la venta relacionados en el título. Con gran claridad la DGRN deslinda las funciones de notario y registrador: «El notario tiene a la vista el documento o documentos de los que resultan las facultades representativas, lo reseña (sin necesidad de transcribir ni acompañar) y hace el juicio de suficiencia de forma congruente con el negocio documentado. Por su parte, el registrador verifica si las anteriores actuaciones se han realizado por el notario pero sin que pueda revisar el juicio emitido por el mismo». Y su vez esta resolución pone de manifiesto que tal delimitación de funciones favorece la seguridad jurídica que se dañaría si una vez calificadas favorablemente por el notario las facultades representativas, y perfeccionado el negocio jurídico, incluso ejecutado con entrega de prestaciones en la mayoría de los casos, la calificación registral posterior pudiera revisarlas como insuficientes. (F. S. N.)

23. Calificación registral. Juicio de suficiencia. La competencia para calificar la suficiencia de las facultades de los apoderados corresponde, en exclusiva, a los notarios, bajo su responsabilidad.—Como ya se declaró en la sentencia 643/2018, de 20 de noviembre, en aplicación de lo regulado en el artículo 98 de la Ley 24/2001: «La valoración de la suficiencia de las facultades de representación del otorgante de la escritura le corresponde al notario autorizante de la escritura, sin que el registrador pueda revisar dicho juicio de suficiencia, en la medida en que resulte congruente con el contenido del título al que se refiere». Para emitir ese juicio de suficiencia, el notario autorizante ha de examinar la existencia, validez y vigencia del poder del que resulta la legitimación. Y en la escritura o el título otorgado, el notario debe dejar constancia expresa de que ha cumplido esa obligación, es decir, que ha comprobado la validez y vigencia del poder, además de realizar una «reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada».

La función calificadora del registrador se limita a comprobar que el notario ha cumplido las exigencias legales sin que pueda valorar lo que aquel ya valoró.—«Conforme al tenor del artículo 98.2 Ley 24/2001, el registrador no puede revisar el juicio de validez y vigencia del poder realizado por el notario autorizante, pues limita la calificación registral «a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registra-

dor pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación».

«Bajo este régimen legal, el registrador debe revisar que el título autorizado permita corroborar que el notario ha ejercido su función de calificación de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado, es decir, que resulte del contenido del juicio de suficiencia que dicha suficiencia se predica respecto del negocio jurídico otorgado, con la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia o insuficiencia de las facultades representativas.»

Lo previsto en el artículo 98 de la Ley 24/2001 es una excepción a la regla general del artículo 18 LH.—El artículo 98 de la Ley 24/2001 complementa la previsión general del artículo 18 LH, de tal forma que dicho artículo 98 de la Ley 24/2001 tiene la consideración de ley especial. **(STS de 22 de noviembre de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Un notario autorizó una escritura pública en la que una sociedad mercantil, por medio de su apoderado, renunciaba al cargo de administrador que esa sociedad ostentaba en otra sociedad. En la escritura de renuncia el notario hace constar, entre otros extremos, los datos del poder y el juicio de suficiencia de las facultades otorgadas al apoderado para efectuar la citada renuncia. Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil para su inscripción, el registrador la rechaza debido a que, en su opinión, el poder no facultaba al apoderado para efectuar la renuncia. El notario impugnó directamente la calificación registral negativa ante los tribunales. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. La Audiencia desestima el recurso y confirma la sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C. O. M.)

DERECHO DE FAMILIA

24. Validez del convenio regulador no sometido a homologación judicial en el que se pacta la contribución de cada progenitor a los alimentos de los hijos menores.—Los acuerdos privados de los progenitores sobre medidas relativas a los hijos comunes menores de edad son válidos siempre que no sean contrarios al interés de éstos. En todo caso, debe respetarse el límite impuesto en el artículo 181.4 CC, que impide renunciar o disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, someterlo a condición o compensarlo con una deuda entre los progenitores. El Tribunal Supremo señala que no puede tacharse de ineficaz un convenio regulador por no haber sido aprobado judicialmente. En el mismo sentido, trae a colación el artículo 235-5-3 del CC de Cataluña, que establece que la eficacia de los pactos relacionados con hijos menores y acordados fuera de convenio regulador depende de que los mismos respondan al interés de los hijos menores.

Obligación alimenticia respecto de hijos menores. Inaplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*.—El Tribunal Supremo reitera lo expuesto en la sentencia de 26 de diciembre de 2002 al señalar que la especial relevan-

cia del interés del menor en el mantenimiento de la relación paterno-filial impide que dicha relación pueda hacerse depender de otras circunstancias como el puntual pago de la obligación alimenticia por parte del progenitor no custodio.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha destacado, en sentencia de 20 de julio de 2017, por remisión a la sentencia de 17 de febrero de 2015, que el deber de alimentar a los hijos constituye una obligación legal basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional (artículos 39.1 y 3 CE). En la citada sentencia, el Tribunal Supremo señaló que esta obligación es la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico y, tratándose de hijos menores de edad, constituye un deber insoslayable inherente a la filiación, que resulta incondicional con independencia de la dificultad que se tenga para darle cumplimiento. Corolario de la especial naturaleza del deber de mantenimiento de los hijos es que el pago de la obligación alimenticia no depende del cumplimiento de otras estipulaciones del convenio –como las relativas al régimen de visitas y comunicaciones– por parte del otro progenitor. En consecuencia, debe descartarse en este ámbito la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*. (STS de 15 de octubre de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.–Los cónyuges Dña. Carla y D. Patricio se separaron de hecho en 2013 y suscribieron un documento privado en el que acordaron que correspondería a Dña. Carla la guarda del hijo común y fijaron un régimen de visitas y comunicaciones a favor de D. Patricio. D. Patricio se comprometió a contribuir con 150 euros mensuales al mantenimiento del hijo y mediante el pago de la mitad de los gastos extraordinarios, tanto educativos como sanitarios. Sin embargo, las medidas personales y patrimoniales previstas en el convenio –que no fue sometido por los cónyuges a homologación judicial– no se cumplieron de manera satisfactoria, siendo constantes los incumplimientos por parte de ambos progenitores.

Dña. Carla interpone demanda contra D. Patricio a quien reclama 3.994,50 euros en concepto de alimentos debidos, más los intereses legales desde la presentación de la demanda. El demandado interesa la desestimación de la demanda alegando que, cuando afectan a hijos menores, los acuerdos sobre el régimen de guarda y custodia y la pensión de alimentos requieren de la homologación judicial. Por ello, sostiene que, a falta de un pronunciamiento judicial, el pacto suscrito carecería de fuerza vinculante y las medidas acordadas no serían jurídicamente exigibles. Subsidiariamente, para el caso de que se confiriera eficacia y validez al pacto sobre la contribución económica, el demandado opone la *exceptio non adimpleti contractus*, dado que su incumplimiento de pago venía precedido por el incumplimiento de la actora del régimen de visitas y comunicaciones pactado a favor del padre. También con carácter subsidiario, el demandado opone que el ejercicio conjunto de la patria potestad exige que los gastos extraordinarios sean consentidos por ambos progenitores con anterioridad a su devengo o, a falta de acuerdo, autorizados judicialmente. Se opone, pues, a la reclamación de cantidades por en concepto de gastos extraordinarios, ya que no fueron consentidos, ni se autorizaron judicialmente, ni tampoco considera que se trate de gastos urgentes y necesarios.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, otorga validez al convenio regulador y, excluyendo la contribución a los gastos deportivos por no estar previstos en el convenio, condena a D. Patricio al pago de 3.752 euros. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestiman los recursos de apelación y casación interpuestos por D. Patricio. (V. N. C.)

25. Responsabilidad civil por ocultación de la paternidad.—Los antecedentes del caso son los siguientes: D. Marino estaba casado con Dña. Juliana. Durante la vigencia del matrimonio nacieron tres hijos llamados Inocencio, Raúl y Javier, nacidos respectivamente en 1992, 1994 y 1997. Por sentencia de 28 de junio de 2009, dictada en autos de divorcio, se decretó este con las medidas pertinentes, entre otras una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de 700 euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Con anterioridad a la sentencia de divorcio ambos cónyuges se habían separado por sentencia de 1 de septiembre de 2001, en la que se aprobó un convenio regulador y se puso a cargo del padre, en concepto de alimentos a los hijos, el 45 % de los haberes líquidos que pudiera percibir.

Tras un proceso de filiación, en el que se declaró la no paternidad de D. Mariano respecto del que había venido considerando como hijo suyo, Raúl, formuló una demanda frente a quien había sido su esposa, para reclamarle: a) 35.304,37 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, en virtud de sentencias, primero de separación y luego de divorcio; b) la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad, y c) 70.000 euros en concepto de daños morales.

La parte demandada se opuso a tales pretensiones y planteó la excepción de prescripción conforme al artículo 1968.2 CC, que fue estimada por el Juzgado con el argumento de que había transcurrido más de un año desde que el actor supo que el menor Raúl no era su hijo biológico, esto es, en el año 2008, fecha en la cual se interpuso la pertinente demanda sobre impugnación de la paternidad, y la presentación de la papeleta de conciliación, el 9 de noviembre de 2011, no siendo hasta el 13 de junio de 2013 cuando se presentó la demanda.

La Audiencia Provincial estimó el recurso y en parte la demanda: (i) En primer lugar, considera que la acción no está prescrita, pues el plazo debe computarse desde que lo supo el agraviado, y ese momento se concreta cuando adquirió firmeza la sentencia en el procedimiento de filiación –9 de noviembre de 2010–, y posterior inscripción registral. Instado acto de conciliación el 9 de noviembre de 2011, la prescripción se interrumpió hasta la celebración de dicho acto –13 de junio de 2012–, por lo que al presentarse la demanda el 13 de junio de 2013, la acción ejercitada no estaba prescrita. (ii) Acreditada la falta de paternidad por parte del actor, se ha producido una ocultación dolosa al marido con el propósito de beneficiarse de las cantidades que tenía obligación de abonar en concepto de alimentos, lo que determina que se deben devolver aquellos que pagó y que se le indemnice en 15.000 euros por los daños morales ocasionados («dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno», lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos).

La progenitora del menor ha interpuesto casación fundado en cuatro motivos: (i) Infracción de los artículos 1968.2 y 1969 CC; (ii) Infracción del artículo 1902 CC y la jurisprudencia que exige una conducta dolosa en la de-

mandada para apreciar culpa extracontractual en las relaciones familiares; (iii) Vulneración del artículo 1902 CC y de la jurisprudencia sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y por tanto la restitución de lo indebidamente cobrado en concepto de alimentos; y (iv) vulneración del artículo 1902 y la jurisprudencia sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y por tanto las acciones indemnizatorias por daño moral y psicológico y jurisprudencias contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Dies a quo de la acción para computar el plazo prescriptivo.—Es reiterada y pacífica la doctrina de esta Sala sobre la fijación del *dies a quo* para computar el plazo prescriptivo de la acción en el sentido de que ha de determinarlo el juez de la instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, siendo doctrina también reiterada que es función que corresponde en principio a la Sala de instancia y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación. Es cierto que también se ha dicho (SSTS de 13 enero, 2 febrero y 3 de marzo de 2015, entre otras, que el hecho de que la apreciación de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión jurídica, ha permitido a esta Sala revisar en algún caso la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. Pero ello no ocurre en el presente caso, porque tratándose de aplicar el artículo 1902 CC en relación con el artículo 1968.2 CC, ello se resuelve en la forma que lo ha hecho la sentencia recurrida, y no como pretende la recurrente remitiendo el *dies a quo* al conocimiento que la parte demandante tuvo de que el segundo de los hijos no era suyo con los resultados del estudio genético al que se sometió privadamente, momento en que, a su juicio, nace la acción, sino al momento en que cesa la presunción de paternidad por sentencia de 9 de noviembre de 2010, y se practica la inscripción, dado que de otra forma la acción ejercitada sería inoperante, plazo luego interrumpido por la conciliación, por lo que la demanda se ha formulado en plazo.

Improcedente devolución de los alimentos abonados para el sustento de un hijo, que dejó de serlo a partir de la acción de impugnación de la filiación.—Esta cuestión ya ha sido resuelta en la Sentencia del Pleno 202/2015, de 24 abril, en el sentido de negar la procedencia de la devolución. Es cierto que en esta sentencia se resolvió con base en el artículo 1895 CC, de cobro de lo indebido, y que ahora la devolución se plantea al amparo del artículo 1902 CC, configurando la indebida prestación alimenticia a un hijo, que luego se demostró que no era suyo, como un daño indemnizable, para trasladar, sin más, la reclamación a las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual, con legitimación activa de quien alimentó a ese hijo para que se le restituya lo abonado, y pasiva de quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de este hijo.

Pero la solución es la misma, como resulta de la doctrina de esta Sala que, en lo sustancial, es la siguiente:

a) El niño nace constante la relación de matrimonio y como tal se inscribe en el Registro civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116, reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69, y desde entonces se aplican las normas de protección de la familia a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales. Entre otras las que resultan de los artículos 111 y 154 CC, una de las cuales, los alimentos, se extrae del conjunto de obligaciones que integran la patria potestad para reclamar su devolución. Estos alimentos, como

las demás obligaciones que integran la potestad de los padres, han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida del niño porque la función de protección debía cumplirse y el hijo debía ser alimentado, lo que impide que pueda solicitar su devolución por el hecho de que no coincida la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal. La no devolución tiene su origen en una antigua sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las SSTs de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, según la cual los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida». No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos. El derecho a los alimentos del hijo existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio; y como consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, formarlo, representarlo y administrar sus bienes. Los pagos se hicieron, en definitiva, como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica, mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial. La filiación «produce sus efectos desde que tiene lugar», y «su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario» (artículo 112 CC), como aquí sucede dado el carácter consumible de los alimentos.

Responsabilidad por daños morales en el ámbito familiar.—El tercer motivo presenta mayor complejidad. En caso de ocultación de la paternidad no es ajeno a esta Sala que ha dictado cuatro sentencias, todas ellas desestimatorias de la pretensión indemnizatoria de daños morales (SSTs de 22 y 30 de julio de 1999, 14 de julio de 2009 y 18 de junio de 2012), aunque sin haber llegado a fijar doctrina jurisprudencial, en algún caso, por no haber sido procedente el examen de la cuestión de fondo. Constituye, sin duda, una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del Derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como en el de las Audiencias Provinciales y en el Derecho comparado, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajarla en nuestro sistema. El motivo se estima.

El problema ha sido abordado directamente por esta Sala en sentencias de 22 de julio y 30 de julio de 1999 con criterios distintos, mientras que apreciaron prescripción de la acción ejercitada en las otras dos. En la primera se deniega la responsabilidad por no ser dolosa la conducta de la esposa, que no conoció la verdadera paternidad del hijo hasta el tiempo de la interposición de la demanda de impugnación de la filiación. Esta sentencia afirma que «los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 CC vienen a originar una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora». En la segunda sentencia se sostiene que «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual origina la imposibilidad de

atribuir al tribunal *a quo* haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 CC, en relación con el 1101 del mismo», pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización. Al daño moral se ha referido también la STS de 30 de junio de 2009, dictada en un supuesto subsiguiente a la crisis matrimonial en que se condena a la madre a indemnizar el daño moral ocasionado al padre por haberle privado del contacto con su hijo, por incumplimiento de una de las obligaciones impuestas a los progenitores titulares de la patria potestad en el artículo 160 CC, lo que nada tiene que ver con lo resuelto en el presente.

Esta Sala mantiene en lo sustancial la doctrina sentada en la STS de 30 de julio de 1999, descartando la aplicación al caso del artículo 1902 CC, por conducta dolosa del cónyuge que ocultó al otro la paternidad de uno de los hijos que se hace en la STS de 22 de julio de 1999. No se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar. Esta solución no deja sin aplicación el sistema general de responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 CC y, por supuesto, deja sin sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, supuesto en el que tiene encaje el recurso formulado, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 CC, sino en su condición de persona afectada por la acción culpable o negligente de quien lo causa. Conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, mediante la separación o el divorcio, que aquí ya se ha producido, y que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. Se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe (art. 98 CC). Con una regulación, además, tan específica o propia del Derecho de Familia, que permite obtener, modificar o extinguir derechos como el de la pensión compensatoria del artículo 98 CC, o decidir sobre la custodia de los hijos habidos de la relación matrimonial, al margen de esta suerte de conductas, pues nada se dice sobre las consecuencias que en este sentido tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 CC. Es cierto que la sentencia ha relacionado el daño no con la infidelidad matrimonial (normalmente oculta), sino con la ocultación de los efectos de la infidelidad, en este caso de un hijo que se ha tenido como tal, sin serlo (los efectos pueden ser otros). Al margen de que lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad, razones análogas a las expuestas en relación con este incumplimiento, resultan de aplicación cuando la conducta generada causante del daño es la ocultación de la filiación.

La estimación del recurso, conlleva lo siguiente: a) estimar en parte el recurso de apelación y dejar sin efecto la sentencia, con desestimación de la demanda formulada, en lo que se refiere a la devolución de los alimentos prestados y daño moral, manteniéndola en lo demás, y b) no hacer especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las instancias, ni de las causadas por el recurso de

casación, en correcta aplicación de los artículos 394 y 398 LEC, y dadas las dudas de derecho sobre las cuestiones planteadas. **(STS de 13 de noviembre de 2018;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Lo más destacable de esta sentencia es sin duda mantener la doctrina de la Sala 1.^a sobre la negativa a apreciar e indemnizar como daño moral la ocultación por parte de la madre de la paternidad de uno de los hijos nacidos durante la vigencia del matrimonio, en la que se insiste utilizando el mecanismo procesal del Pleno, aun reconociendo que se trata de una de las cuestiones más debatidas en nuestra doctrina. Personalmente creo que esa «aporía» de aceptar solo violación dolosa del artículo 1902 se debe a las sucesivas reformas matrimoniales realizadas sin calcular sus consecuencias. (G. G. C.)

26. Reclamación de la filiación paterna no matrimonial sin posesión de estado. Aplicación del plazo de caducidad de un año a las demandas interpuestas tras la entrada en vigor de la modificación del artículo 133 CC por la Ley 26/2015.—Con anterioridad a la Ley 26/2016, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, el artículo 133 CC solo preveía la legitimación activa del hijo para la reclamación de la filiación paterna no matrimonial sin posesión de estado. No obstante, la jurisprudencia había reconocido igualmente la legitimación activa del progenitor para el ejercicio de la acción, sin que se hubiese previsto un plazo para interponer la reclamación (STS de 3 de diciembre de 2012).

A partir de la aprobación y entrada en vigor de la Ley 26/2016, vigente desde el 18 de agosto de 2015, el artículo 133 CC en su párrafo segundo reconoce expresamente la legitimación activa del progenitor y somete la acción a un plazo anual desde el conocimiento de los hechos que sirvan de base a la reclamación. De esta forma, siguiendo lo establecido por el Tribunal Constitucional en sentencias 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero, el legislador respeta el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, al tiempo que guarda la necesaria proporcionalidad con la protección del interés del hijo y la salvaguarda de la seguridad jurídica en el estado civil de las personas mediante la imposición de límites temporales.

Ante la falta de una disposición transitoria específica relativa a la norma contenida en el artículo 133.2 CC, se plantea la cuestión de si el plazo de caducidad de un año también es aplicable cuando la acción se ha entablado tras la entrada en vigor de la norma, pero respecto de la filiación de un menor nacido con anterioridad a dicha fecha. El Tribunal Supremo niega que la aplicación del plazo de un año a las demandas interpuestas tras su entrada constituya una aplicación retroactiva de la ley. Ello es así, argumenta el Tribunal Supremo, porque la imprescriptibilidad de la acción no estaba establecida legalmente, sino que fue el resultado de una interpretación jurisprudencial y dicha interpretación puede ser modificada si existe un motivo que lo justifique, como lo es la introducción en la ley de un límite temporal al ejercicio de la acción de reclamación de la filiación paterna no matrimonial sin posesión de estado. **(STS de 18 de julio de 2018;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En enero de 2016, D. Pedro Jesús interpone demanda de determinación de la filiación no matrimonial de la menor Paulina, nacida en 2012. En el marginal del certificado de nacimiento constaba el reconocimiento paterno de D. Darío, por lo que en su demanda D. Pedro Jesús impugna esta paternidad. Junto con el reconocimiento de su filiación, el demandante solicita el cambio de apellidos de la menor y el establecimiento de la patria potestad compartida, con guarda de la madre y un sistema de visitas a su favor.

A la demanda se oponen la madre, Dña. Gregoria, y D. Darío. Alegan que la niña siempre ha vivido con ellos, por lo que la posesión de estado coincide con lo que publica el Registro civil, y que el demandante reconoce haber tenido conocimiento del embarazo desde un primer momento, pero presenta la demanda de filiación cuatro años después, cuando ha transcurrido el plazo de un año que establece el artículo 133 CC. Además, señalan que el nacimiento no se ocultó y que el actor podría haber accedido con anterioridad al Registro civil, como ha hecho ahora, para interponer la demanda y, si creía ser el padre, podría haber hecho un reconocimiento de la filiación. Los demandados argumentan también que el demandante carece de interés legítimo (arts. 133 y 131 CC) y de legitimación para impugnar una paternidad que se corresponde con la posesión de estado (arts. 134 y 140 CC). Entienden que con su demanda D. Pedro Jesús pretende alterar la estabilidad de la menor, en contra de su interés. Finalmente, se oponen a la solicitud del cambio de apellidos y consideran indeseable la fijación de un régimen de visitas debido a los antecedentes penales del demandante.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, declara la paternidad del demandante y deja sin efecto la filiación paterna que hasta entonces figuraba inscrita en el Registro civil.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de casación interpuesto por Dña. Gregoria y D. Darío y confirma la sentencia de la instancia. Argumenta la Audiencia que lo contrario comportaría vetar sorprendentemente la realización del derecho del padre biológico que no había ejercitado previamente la acción por no estar ésta sometida a un plazo acuciante.

El Tribunal Supremo, sin embargo, estima el recurso de casación porque en el momento de interponerse la demanda estaba vigente el artículo 133 CC en su redacción dada por la Ley 26/2015 y, puesto que había transcurrido más de un año desde que el demandante pudo conocer el nacimiento de la niña, la acción había caducado. En consecuencia —y pese a no haber transcurrido un año desde la entrada en vigor de la norma hasta la interposición de la demanda— el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia y, estimando el recurso de apelación, desestima la demanda interpuesta por D. Pedro Jesús. (*V. N. C.*)

DERECHO DE SUCESIONES

27. Testamento abierto: Incapacidad del testador.—Son hechos relevantes que Dña. Adelaida interpuso demanda de juicio ordinario contra

D. Francisco y Dña. Yolanda, ejercitando la acción de nulidad del testamento abierto otorgado por Dña. Elena por incapacidad para testar. Alegaba que su fallecida hermana había otorgado el testamento a favor de los demandados en fecha 7 de septiembre de 2005, posteriormente a haber sido declarada parcialmente incapaz por la sentencia dictada el 6 de julio de 2005, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ribeira, confirmada por la sec. 6.^a de la Audiencia Provincial de Coruña de 31 de julio de 2006. Los demandados se opusieron.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Entiende que no existía impedimento alguno para que la causante Dña. Elena pudiera testar de manera eficaz a favor los demandados, ya que en el testamento se había hecho constar por el Notario autorizante que, a su juicio, la testadora se hallaba con capacidad legal para otorgar testamento, y la sentencia de primera instancia declaraba a Dña. Elena parcialmente incapaz y le sometía a un régimen de curatela, y el curador debería asistir a la incapacitada en los actos en que la ley exige al tutor autorización judicial.

La sentencia fue recurrida en apelación por la parte demandante. La Audiencia Provincial, por sentencia de 27 de enero de 2016, estimó el recurso y, estimando la demanda, declaró la nulidad del testamento otorgado por Dña. Elena al no cumplirse los requisitos legales para su otorgamiento. La Audiencia Provincial razona, en síntesis, que el Tribunal Supremo, para un caso de incapacidad parcial, ha venido entendiendo que es posible otorgar testamento en intervalo lúcido, pero con los requisitos del artículo 665 CC: precepto que prescribe que «siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad». Y que el artículo 687 CC establece que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas. Y en el supuesto enjuiciado, la sentencia de 6 de julio de 2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ribeira declaró la incapacidad parcial de Dña. Elena con sujeción al régimen de curatela con el contenido previsto en el artículo 290 CC, y aunque frente a esta sentencia se formuló apelación, no por ello debía de dejarse de aplicar dicho precepto cuando existía un pronunciamiento que declaraba la incapacidad parcial, siendo el caso que había sido recurrida por la demandante para solicitar la agravación de la limitación de la capacidad, y su nombramiento como tutora, y que la sentencia dictada en apelación no considerando justificado el sometimiento a un régimen de incapacitación total, mantuvo el mismo ámbito de intervención que la resolución de primera instancia. Por ello, entiende que debe declararse la nulidad del testamento otorgado por Dña. Elena, al no cumplirse los requisitos legales para su otorgamiento, al resultar intrascendente el examen de si la testadora contaba con capacidad en el momento de otorgar testamento.

La demandada apelada ha interpuesto recurso de casación en la modalidad de interés casacional. Alega que la cuestión litigiosa se centra en determinar la validez del testamento abierto otorgado por Dña. Elena antes de que hubiera ganado firmeza la sentencia de incapacitación parcial, sin la observancia de lo prevenido en el artículo 665 CC, sin haberse designado dos facultativos que respondiesen de la capacidad de la testadora. El recurso se funda en la infracción de los artículos 662, 663, 664, 666, 696, 1261.1, y 1263. 3 CC, y contiene un único motivo en el que se alega oposición a la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo. dado que atribuye a la testa-

dora el estado de incapacitada judicial cuando todavía no había ganado firmeza la sentencia de incapacidad, exigiendo la observancia del requisito previsto en el artículo 665 CC para otorgar testamento, aplicable únicamente al incapacitado judicial, esto es, al incapacitado en virtud de sentencia firme.

Inaplicabilidad del artículo 665 CC.—La sentencia recurrida aborda, de inicio, la aplicabilidad del artículo 665 CC en el presente supuesto, en el que la sentencia de incapacitación parcial de la testadora al otorgar testamento no era firme. Razona que no por ello debía dejarse de aplicar dicho precepto, y como no se designaron dos facultativos que reconocieran y respondieran de la capacidad de la testadora al otorgar testamento, procede declarar su nulidad.

La parte recurrente discrepa de tal decisión y, con cita de sentencias de la Sala y de Audiencias Provinciales, sostiene que mientras no gane firmeza la sentencia que declare la incapacitación de una persona, cuyo estado civil pasa a ser el de incapaz, se presume siempre que, al celebrar un negocio jurídico, tiene capacidad mental, no pudiendo destruirse la presunción que mediante una prueba concluyente en contrario, a través de una acreditación directa de que, en el momento preciso en el que celebra el negocio jurídico, se hallaba en una situación psíquica en la que no le era posible entender y querer el acto jurídico que realiza.

Conforme a la anterior doctrina, concluye la parte que la sentencia de incapacidad tiene carácter constitutivo y la declaración produce efectos *ex nunc*, y no *ex tunc*, esto es, se produce a partir del momento de la firmeza de la sentencia de incapacidad y no con efectos retroactivos, entendiéndose válidos todos los actos del incapaz realizados antes de la declaración de incapacidad, sin perjuicio de la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte.

Estimación del recurso: Carácter constitutivo de la sentencia firme de incapacitación.—La doctrina viene manteniendo que los efectos de la incapacitación se inician al devenir firme la sentencia que la declara, que es constitutiva, pues decide sobre el cambio de estado civil de la persona. Tan es así que la primera nota a destacar en la ejecución de las sentencias de incapacitación es la imposibilidad de que sean ejecutadas provisionalmente, según establece el artículo 525.1.1.º LEC. Por tanto será necesario que la resolución de incapacitación sea firme para poder ser llevada a cabo. De ahí que la sentencia declarando la incapacitación es eficaz desde el momento en que sea firme, aunque no despliegue sus efectos *erga omnes* sino desde el momento de su inscripción o anotación en el Registro Civil. Así lo ha venido a sostener la Sala en la STS de 8 de abril de 2016, al considerar acertada la motivación de la sentencia revisada, en el sentido de que para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente, la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación, sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos *ex tunc* de la sentencia de incapacitación. Por ello, afirma, que ante la ausencia de una prueba concluyente de la incapacidad del testador, al tiempo de otorgar el testamento, la sentencia de la Audiencia Provincial aplica correctamente el principio del *favor testamenti* y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTS, entre otras, de 26 de abril de 2008, 30 de octubre de 2012 y 19 de mayo de 2015).

En la nueva configuración, tendente a flexibilizar el ámbito de la ineficacia contractual, también participa el principio de *favor testamenti*, como una pro-

tección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos *mortis causa*, de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, solo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada. De ahí, que en contra de lo alegado por la parte recurrida, cobra más sentido, hoy en día, el criterio de flexibilidad que ya aplicó la antigua sentencia de 24 de abril de 1896, descartando la necesidad de que el cumplimiento del plano formal del juicio de capacidad, se tenga que materializar, a su vez, de un modo expreso y ritualista, bastando con que de cualquier otro modo, o con locución distinta, se exprese con claridad dicho juicio de capacidad.

En suma, como afirma la STS de 20 de marzo de 2012 «la declaración de nulidad de un testamento no puede ser exageradamente formalista, para no dañar el principio de la suprema soberanía de la voluntad del causante».

Aunque a la Sala no se le plantean dudas interpretativas, se ha querido puntualizar que, si así fuese, nos habríamos de inclinar por la menos restrictiva, en atención al favor *testamenti* como respeto a la voluntad de la testadora. Bien entendido que, rechazada la ausencia de requisitos formales sobre el juicio de capacidad, siempre cabría la impugnación del testamento por falta de capacidad para testar de la causante. (STS de 28 de septiembre de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Sentencia plenamente susceptible de aprobación, pese a las insuficiencias normativas en espera de clarificar. El supuesto fáctico muestra las diferentes personas ligadas por vínculo consanguíneo de fraternidad que litigan cuando se ha otorgado testamento por una de ellas estando en tramitación su declaración de incapacidad, y ha fallecido. (G. G. C.)

28. Aplicación de la cautela socini.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido declarando la validez de la *cautela socini* en el marco de las disposiciones testamentarias. En estos casos, el incumplimiento de la prohibición no se produce con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar las razones por las cuales se acude a dicha intervención. No toda impugnación de la ejecución testamentaria queda comprendida en la prohibición impuesta en la *cautela socini*. Solo aquellas impugnaciones que se dirijan a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son las que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. Por el contrario, aquellas impugnaciones que se dirijan a denunciar irregularidades del proceso de ejecución testamentaria (ejemplo: la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales o la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida) escapan de la sanción prevista en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela. En el caso particular, la petición de legado queda fuera de la prohibición adscrita a la cautela, pues constituye una facultad inherente a la posición jurídica del legatario que el testador no puede limitar, ya que, en su caso, articula el derecho del legatario a obtener, conforme a la disposición testamentaria, el pago de su legado. Por extensión, también lo estaría la anotación preventiva del legado de cantidad en el Registro de la

Propiedad (art. 48 LH). (STS de 19 de julio de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—L incluye en su testamento: 1) una prohibición de intervención judicial en su herencia; 2) el nombramiento de un albacea contador-partidor; 3) la ordenación de diversos legados y el nombramiento de herederos universales en el remanente de sus bienes, por mitad, al Convento de Madres Clarisas de Lerma y a J. Los herederos de L promovieron diferentes pleitos, además del presente, en que ejercitaban la acción de petición de legado. Interpusieron demanda contra J, solicitando la entrega del legado correspondiente a la participación accionarial en la Sociedad Comercial Vascongada Recalde, S. A.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. Consideró que los demandantes pretendían la entrega de un legado sustancialmente diferente al dispuesto por el testador. Además, los demandantes, en una herencia sin concurrencia de herederos forzosos, habían vulnerado la prohibición del testador de acudir a la intervención judicial de la herencia.

Los herederos interpusieron recurso de apelación, que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial. Ambas partes interpusieron sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo comienza analizando el de los demandados, por entender que es un presupuesto lógico que condiciona la resolución del otro recurso. Los recurrentes aquí denuncian la infracción por no aplicación del artículo 675.II CC. Argumentan que los demandantes han vulnerado la expresa prohibición impuesta por el testador de solicitar la intervención judicial de la herencia dispuesta en su testamento. En consecuencia, quedarían privados de cualquier derecho contemplado en el testamento, incluidos los legados de cantidad que se reclaman. El Alto Tribunal estima el recurso, señalando que la vulneración de la prohibición impuesta por el testador no se ha producido por el ejercicio de la acción de petición de los legados con base en el artículo 885 CC, sino por los numerosos procedimientos judiciales promovidos por los demandantes en los órdenes civil, mercantil y penal, dirigidos a alterar la ordenación y distribución hereditaria querida por el testador por medio del cuestionamiento del contenido de los legados y de la actuación del albacea contador-partidor. Dicha vulneración comporta, necesariamente, la sanción prevista por el testador: la privación de cualquier derecho que el testador le haya legado.

NOTA.—Sobre la validez de la *cautela socini* como disposición testamentaria, *vid.* las SSTS de 17 de enero de 2014, 3 de septiembre de 2014 y 21 de abril de 2015. (S. L. M.)

29. Albaceazgo. Prórroga tácita. Actuación mancomunada.—La Sala ha admitido, en aplicación del artículo 906 CC, la prórroga tácita del cargo del albacea, lo que en el caso estaría acreditado por el hecho de que buena parte de las actuaciones de los albaceas en relación con la herencia se realizaron transcurrido el plazo inicial de tres años (así, la elevación a escritura pública de las operaciones de testamentaría, liquidaciones de impuestos

en 1985 o los estatutos de la Fundación en 1991). En efecto, la Sala reconoce la eficacia de una prórroga tácita derivada de la realización por los sucesores de actos que expresen de forma inequívoca la voluntad de prorrogar el plazo. Además, respecto a la obligación de actuación mancomunada de los tres albaceas, es indiferente que el albacea que no suscribió el documento privado de venta autorizara su otorgamiento o que no lo hiciera por estar disconforme con la operación, pues la actuación de los otros dos albaceas estaría cubierta por el artículo 895 CC, precepto que no solo admite la autorización para lo que denomina actuación «de consumo» sino que para el caso de disidencia de los albaceas se remite al acuerdo de la mayoría de estos.

Testamento. Compraventa. Interpretación.—Para modificar la interpretación que la sentencia recurrida realiza tanto del testamento como del contrato recogido en el documento privado es necesario realizar la impugnación por la vía adecuada: la primera, mediante la denuncia de infracción del artículo 675 CC, la segunda, mediante la denuncia de infracción de alguna de las reglas contenidas en los artículos 1281 a 1287 CC, con el resultado de una interpretación absurda e ilógica. Respecto del testamento, la sentencia recurrida explica cuidadosamente las razones por las que considera que fue voluntad de la testadora que integraran la fundación que debía constituirse los bienes que no se llegaron a vender y el precio de los que vendieran los albaceas, a cuyo fin les autorizó a vender toda clase de bienes de la herencia y entregar el importe al patronato de la fundación, con el fin de dotarla económicamente. Por lo que se refiere a la interpretación del contrato privado, la sentencia recurrida explica de manera muy razonable que se trata de un contrato de venta a pesar de la denominación como «promesa de venta». En efecto, las partes fijan el precio e identifican la cosa vendida y resulta la intención de las mismas de comprar y vender, supeditando tan solo la formalización notarial, y no la venta, a la constitución de la Fundación, a efectos de que esta recibiera el precio como dotación. La sentencia tiene en cuenta para ello el tenor literal del contrato (que habla de comprador, de pago del resto del precio, de adquisición por el comprador para su sociedad de gananciales, del cobro de una cantidad en concepto de parte del precio), los actos posteriores de la propia Fundación (que al solicitar autorización se refiere al negocio celebrado como «compraventa») y la intención que perseguía la venta de bienes de la herencia para obtener fondos económicos para dotar a la Fundación, de acuerdo con lo previsto por la testadora. En definitiva, la interpretación y calificación realizada por la sentencia recurrida como compra debe ser mantenida por resultar correcta y no quedar desvirtuada por la denominación utilizada en el documento privado como «contrato de promesa de venta».

Incongruencia omisiva. Recurso de casación.—No se puede reprochar mediante el recurso de casación que la sentencia que se recurre haya omitido todo razonamiento acerca de la concurrencia o no de la caducidad y terminación del cargo de los albaceas, o que el inmueble esté en el Registro de la Propiedad a nombre de la Fundación. Estos reproches tendría que haber sido planteados en un recurso extraordinario por infracción procesal por incongruencia omisiva, previa petición de la subsanación de la omisión de pronunciamiento por el cauce del artículo 215.2 LEC.

Acción contradictoria con el dominio inscrito.—El segundo párrafo del artículo 38 LH debe interpretarse en el sentido de que, al ejercitarse una acción contradictoria con el dominio inscrito, aunque no se solicite expresamente la rectificación, se ha de entender implícitamente formulada esa petición (STS de 6 de julio de 2009, entre otras). De este modo, es claro que la declaración de validez del contrato de compraventa privado y la condena a otorgar escritura

pública contenidas en la sentencia recurrida permitirán la adaptación de los libros registrales a la realidad. (STS de 7 de noviembre de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La Fundación Fernández Peña interpone demanda contra Vicenta y Alfredo por la que ejercita acción reivindicatoria y solicita la condena a restituir la vivienda sita en Madrid, así como la declaración de inexistencia o nulidad absoluta del contrato de fecha 20 de septiembre de 1983. Los demandados se oponen a la demanda. Además, Alfredo formaliza reconvencción por la que solicita, fundamentalmente, que se declare la plena validez y eficacia del contrato privado de compraventa de la vivienda que había celebrado con los albaceas contadores partidores de la herencia de Teresa y que, previo abono por su parte del resto del precio pendiente y ascendente a 40.568,32 euros, se condene al otorgamiento de la escritura o a la elevación a público del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción, declarando la nulidad de la promesa de contrato de fecha 20 de septiembre de 1983 y condenando a las partes a la restitución de lo recibido.

Los demandantes recurren en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial estima los recursos de apelación interpuestos por separado por los demandados, desestima la demanda y estima la reconvencción interpuesta por Alfredo, en el sentido de declarar la validez y eficacia del contrato de compraventa privado celebrado el 20 de septiembre de 1983 entre Ramón Cañas Represa y Urbano G. Santos, albaceas testamentarios de Teresa, como vendedores, y Alfredo, casado con Vicenta, como comprador, sobre la vivienda litigiosa, y condena a la Fundación a que, por medio de sus patronos, procediera a otorgar la correspondiente escritura pública de la compraventa referida, y a pagar los gastos de ese otorgamiento, con sincrónico abono por parte de Alfredo del resto del precio pendiente, que asciende a la cantidad de 40.568,32 euros, que debía integrarse en los bienes que conforman la dotación fundacional.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial interpone recurso de casación la Fundación demandante. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

30. Extinción del mandato del contador-partidor. Imposibilidad de realizar una nueva partición.—El Tribunal Supremo, siguiendo la reiterada jurisprudencia contenida en las sentencias de 5 de enero de 2012, 14 de diciembre de 2005, 16 de marzo de 2001 y 25 de abril de 1991, declara que las facultades del contador-partidor quedan agotadas una vez que ha realizado las operaciones particionales y éstas han sido aceptadas por los herederos interesados. Si bien es posible que, dentro del plazo otorgado por el testador, el contador efectúe un complemento de la partición cuando aparecen nuevos bienes o realice meras rectificaciones de errores, ello no equivale a realizar una nueva partición alterando de manera unilateral las atribuciones ya realizadas. Una vez extinguido el cargo de contador-partidor, y aun hallándose en

el plazo establecido por el testador, su función no puede renacer por haberse reservado unilateralmente la facultad de volver a actuar.

Carácter colacionable de la donación remuneratoria.—La colación no tiene por finalidad proteger la legítima, sino procurar una cierta igualdad en lo que han recibido los legitimarios llamados a una cuota. Por eso, la regulación es netamente dispositiva y para concretar en cada caso el alcance de la colación debe estarse a la voluntad del causante. Señala el Tribunal Supremo que, aunque el Código civil no alude específicamente a la colación de las donaciones remuneratorias, sí se prevé la colación de las donaciones, sin distinción. En consecuencia, declara que las donaciones son en todo caso colacionables si así se desprende de la voluntad del causante, y ello con independencia de su carácter remuneratorio. La particularidad de las donaciones remuneratorias es que, en atención a las circunstancias, podría llegar entenderse que la voluntad del causante era contraria a la colación de la donación. Aunque el artículo 1936 CC exige que la dispensa sea expresa, dado que no son necesarias fórmulas sacramentales, el Tribunal Supremo entiende que puede ser suficiente una voluntad no ambigua del causante.

Donación remuneratoria. Imposibilidad de colacionar parcialmente la donación en atención al importe que exceda del valor del servicio que se remunera.—El Tribunal Supremo reitera la jurisprudencia establecida en la sentencia del Pleno de 11 de enero de 2007, en la que declaró que el artículo 622 CC se aplica a las donaciones con carga, pero no a las remuneratorias. Así, a pesar de su tenor literal, el artículo 622 CC no se aplica a las donaciones remuneratorias, en cuanto que éstas tienen por objeto remunerar un servicio, pero no constituyen deudas exigibles al donante. En sentido similar, se ha descartado que la donación remuneratoria tenga un régimen especial, pues, si bien el móvil remuneratorio es el que guía el *animus donandi*, ese ánimo subjetivo no puede identificarse con la causa del negocio jurídico, por lo que resulta indiferente para el derecho (STS de 16 de enero de 2013).

El Tribunal Supremo reitera que la causa de la donación remuneratoria es indivisible y responde a un ánimo liberal, de modo que en materia sucesoria es aplicable el régimen de las donaciones tanto a efectos del cómputo para el cálculo de la legítima, como a efectos de su colación. Se rechaza la aplicación de la tesis de naturaleza mixta de las donaciones remuneratorias en sede de colación, pues el agradecimiento no se puede fragmentar ni cabe pensar que el donante solo quiso donar, en su caso, por el exceso.

Carácter revocable de la dispensa de colación hecha por el donante en el momento de donar.—La dispensa de colación, como declaración de voluntad que afecta a la formación de las cuotas sucesorias, constituye un acto de naturaleza y eficacia *mortis causa* regido por el principio de revocabilidad (art. 1036 CC).

El Tribunal Supremo señala que la dispensa de colación hecha en la misma donación no constituye la causa del negocio, ni resulta determinante para la aceptación por parte del donatario. La dispensa incluida en la donación tampoco adquiere un carácter irrevocable por la naturaleza contractual del acto en que se realiza. En su caso, esta circunstancia podría determinar la existencia de un error en la donación o bien permitir la renuncia a la donación. El Tribunal Supremo concluye que la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable por haber sido efectuada al realizarse la donación. Por ello, debe estarse en todo caso a la última voluntad del causante, que puede revocar la dispensa sin que ello resulte contrario

a los actos propios. (STS de 20 de julio de 2018; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En el año 2000, D. Isidoro había donado a su hijo D. José Ignacio 135.252 participaciones sociales de la empresa familiar Mazacruz S. L. por valor de 74.388.600 euros. La donación tenía carácter remuneratorio y el donante dispuso expresamente de la obligación de colacionar. Con posterioridad a la donación, D. Isidoro revoca en su testamento la dispensa de colación de las participaciones donadas a su hijo D. José Ignacio. Además, en el año 2003 se inicia un proceso judicial sobre la validez de la donación, produciéndose el fallecimiento de D. Isidoro antes de la conclusión del mismo.

En su testamento D. Isidoro había dejado a su viuda, Dña. Raimunda, el tercio de libre disposición, a las dos hijas habidas con Dña. Raimunda, Dña. Camila y Dña. Adriana, el tercio de mejora y, por último, tanto a estas dos hijas como a los dos hijos habidos de un matrimonio anterior, D. Román y D. José Ignacio, por partes iguales, el tercio de legítima estricta.

De conformidad con el testamento otorgado, la contadora-partidora realiza en 2005 la partición de la herencia. Años después, en 2012, recae la sentencia definitiva que declara válida la donación remuneratoria y la contadora-partidora otorga escritura de «rectificación de operaciones particionales» mediante la que colaciona la donación de las participaciones y modifica sustancialmente las atribuciones previamente realizadas.

D. Román y D. José Ignacio interponen sendas demandas de juicio ordinario por las que solicitan que se declare la nulidad de la escritura pública de rectificación de operaciones particionales de la herencia de D. Isidoro otorgada en 2012. Por su parte, D. José Ignacio solicita también que se declare no colacionable la donación de las participaciones sociales y que se reconozca su derecho a un complemento en metálico de la legítima junto con los correspondientes intereses legales.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por D. Román y declara la nulidad de las operaciones particionales realizadas mediante la escritura de rectificación. Se considera que en el otorgamiento de la escritura no se respetó la voluntad del causante, sino que la contadora-partidora se arrogó facultades propias del testador. Por lo que respecta a la demanda de D. José Ignacio, el Juzgado la estima parcialmente y declara la nulidad de la escritura de rectificación de operaciones particionales, con la salvedad de la colación que en la misma se efectuó de la donación de las participaciones de la empresa Mazacruz S. L.

Contra a la sentencia de primera instancia, que condena a modificar distintos extremos de la escritura, pero desestima la pretensión de D. José Ignacio de declarar no colacionable la donación, se interponen tres recursos de apelación. La Audiencia desestima el recurso de D. Román por no estar legitimado para solicitar la revocación la sentencia de primera instancia en lo que desestima las pretensiones de su hermano. Asimismo, la Audiencia desestima el recurso planteado por Dña. Camila, Dña. Adriana y Dña. Raimunda

en el que defendían la validez de la escritura de rectificación. Se estima, sin embargo, el recurso de D. José Ignacio. La Audiencia declara la nulidad de la escritura de rectificación efectuada por la contadora-partidora cuyo mandato había concluido años antes, al protocolizar la partición de 2005. Además, niega el carácter revocable de la dispensa de colación establecida en el documento de donación. Para ello, apela a la necesaria seguridad jurídica, la doctrina de los propios actos, la teoría de la consumación de los contratos y al artículo 1956 CC. Al no considerar colacionable la donación y, por tanto, no imputable a la legítima de D. José Ignacio, la Audiencia declara que ésta debe complementarse y condena también al pago de los intereses legales.

Dña. Camila, Dña. Adriana y Dña. Raimunda interponen recurso de casación por el solicitan que se declare el carácter colacionable de la donación remuneratoria y, subsidiariamente, de la parte de la donación que excede del valor del servicio prestado. Se estima íntegramente el recurso interpuesto por Dña. Camila y parcialmente los recursos de Dña. Adriana y Dña. Raimunda. El Tribunal Supremo confirma la ineficacia de la partición realizada por la contadora-partidora tras la extinción de su mandato, pero casa en parte la sentencia de la Audiencia para declarar colacionable la donación y, en consecuencia, revocar el reconocimiento del derecho a cobrar un complemento de la legítima y los intereses legales. (V. N. C.)

DERECHO PROCESAL

31. Motivos del recurso de casación. Condena en costas.—Es doctrina consolidada que los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida (por todas, STS de 27 de junio de 2017). Esto implica que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración de la prueba y que los motivos del recurso de casación no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión). Asimismo, tiene declarado la Sala, al decidir sobre la admisión de los recursos de casación, que debe combatirse en ellos únicamente los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan *ratio decidendi* (por todos, AATS de 30 de octubre y de 4 de diciembre de 2007). Quedan así excluidos los argumentos *obiter*, a «mayor abundamiento» o «de refuerzo» (SSTS de 7 de junio de 2001 y 22 de junio de 2010, entre otras). La impugnación, pues, debe dirigirse contra la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo, es decir, que constituya *ratio decidendi* (SSTS de 27 de noviembre de 2008, 12 de diciembre de 2007 y 25 de enero de 2008, entre otras). Así fue recogido en el Acuerdo de esta Sala, de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Al tratar de los motivos del recurso, y en concreto del recurso de casación, se acuerda que «la infracción invocada de norma, jurisprudencia o principio general del Derecho aplicable al caso debe ser relevante para el fallo, atendida la *ratio decidendi* de la

sentencia recurrida. Así se vuelve a recoger en el Acuerdo de esta Sala de fecha 27 de enero de 2017.

Por otra parte, constituye doctrina reiterada que, por versar exclusivamente sobre cuestiones jurídico sustantivas, el recurso de casación no puede fundarse en la infracción de normas procesales como las que regulan la condena en costas (AATS de 10 de enero de 2012 y 10 de abril de 2012, entre otros). **(STS de 9 de octubre de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Raúl y su entonces esposa compraron a Sergio y su esposa, en el año 1987, dos inmuebles: por un lado, la vivienda núm. 1 y por otro, el 50 % de la vivienda núm. 2 del mismo edificio. En la escritura pública de compraventa del segundo de estos inmuebles se pactó lo siguiente: «caso de que se disuelva la copropiedad existente entre vendedores y compradores, la división del piso se efectuará de acuerdo con el plano que se incorpora a esta matriz y que representa la parte que se adjudicaran los vendedores; siendo el resto para los compradores; la línea remarcada con bolígrafo, significa el lugar por donde se dividirá el piso». La parte que correspondió al demandado Sergio era de 56,02 metros cuadrados. Con todo, la división del inmueble en realidad ya estaba hecha pues desde que la compraventa tuvo lugar las dos partes en que se dividió la vivienda núm. 2 estuvieron completamente independizadas y han sido utilizadas de forma autónoma. De este modo, el actor anexionó su parte de la vivienda núm. 2 a la vivienda núm. 1 de su propiedad, que también había adquirido, de forma que Raúl tiene un único contador de agua y luz que registran los consumos de la vivienda núm. 1, incluidos la parte anexionada del piso núm. 2. Sergio y sus hijos, Juan María, Evangelina y Lorena, tienen en su parte del piso núm. 2 contadores de agua y luz y no plantearon dotar de salida de humos a la parte del piso que se reservaban, ni impusieron condición alguna a tal efecto en la compraventa, y durante más de 20 años esa mitad del piso núm. 2, que era propiedad de Sergio, se utilizó como consulta de pediatría. El Registro de la Propiedad informó que la segregación o la extinción del pro indiviso no podía inscribirse en el Registro de la Propiedad sin el otorgamiento de la escritura pública correspondiente o en su caso por autorización judicial suplidora de la voluntad de las partes.

Así pues, Raúl formula demanda contra Sergio y contra sus hijos, Juan María, Evangelina y Lorena en la que solicita que se dictase sentencia por la que se declare: 1.º Que la vivienda o piso núm. 2 es materialmente divisible; 2.º Que se apruebe la división y adjudicación realizada en su día por Sergio y Graciela, madre –hoy fallecida– de los codemandados de quien traen causa, y Raúl, en la escritura de compraventa de fecha 10 de julio de 1987, conforme al plano unido a la misma, y en consecuencia, que Sergio y sus hijos son titulares dominicales de la parte del inmueble que se corresponde con la superficie de 56,06 metros cuadrados que aparece reflejada el plano unido a la escritura y que Raúl es titular dominical de los 49,94 metros cuadrados del resto del inmueble que linda y está anexionado al piso núm. 1 de la misma planta; 3.º Se condene a los demandados a estar y pasar por la citada declaración y a suscribir la

correspondiente escritura pública que recoja dicha división, y en caso de negarse a ello, se disponga que sea otorgada judicialmente a su costa; 4.º Se condene en costas a la parte demandada.

La parte demandada se opone a la demanda y formula reconvencción. En esta solicita que el Juzgado de Primera Instancia declare la indivisibilidad jurídica de la vivienda núm. 2, y que para la extinción del condominio se procediera a la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, con el tipo que se tase pericialmente, en el periodo probatorio. Alternativamente solicita que, de entender el Juzgado de Primera Instancia que la vivienda núm. 2 es divisible en dos viviendas, se haga la división solicitada por Raúl en el escrito de demanda, pero que se acordase como requisito previo a la segregación de las dos viviendas, que para la parte o espacio que se iba a adjudicar a los demandados reconvinentes, se realizasen las obras necesarias para la instalación de salida de humos y gases y su conexión hasta el *shunt* general del edificio, así como demás conexiones necesarias (ventilación agua, electricidad, telecomunicación, vertido, etc.), atravesando en caso necesario la vivienda de Raúl.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción, si bien no impuso las costas a la parte demandada reconviniente.

Frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia los demandados reconvinentes interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial desestima el recurso. La sentencia de Primera Instancia es impugnada por la parte actora en cuanto al pronunciamiento sobre las costas y la sentencia de la Audiencia Provincial estima la impugnación.

La representación procesal de los demandados reconvinentes interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.ª M. F.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Envío de originales:

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Román en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal y las notas al pie de página en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y sus páginas estarán numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y setenta páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y unas palabras claves. El título, el resumen y las palabras claves deberán figurar en castellano y en inglés. Además, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura.

Referencias bibliográficas: las citas se harán del siguiente modo:

- Libro: DE CASTRO BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- Capítulo de libro: DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo», en *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*, Madrid, 1997, pp. 9-19.
- Artículo de revista: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 967-1086.

Si se incluye una bibliografía al final del artículo (lo que es preferible), las referencias en nota a pie de página solo incluirán los apellidos del autor o de la autora, fecha de publicación (si es un libro) y abreviatura de la revista, y año, y la/s página/s (p., o pp.). Si no se incluye la bibliografía, la primera referencia será completa y las sucesivas deberán incluir los apellidos del autor o de la autora, seguidos de *op. cit.* y la/s página/s.

Podrán ser inadmitidos, sin necesidad de evaluación, los trabajos que no reúnan los requisitos anteriores. El trabajo se devolverá al autor o a la autora para su subsanación.

3. Proceso de admisión, evaluación y publicación:

La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos al Consejo de redacción de la revista, especialistas en la materia, por el sistema de pares ciegos, manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor o de la autora como de los evaluadores.

Emitidos los informes por las personas que han realizado la evaluación, el autor o la autora del trabajo recibirá comunicación por correo electrónico sobre el resultado de la evaluación con los correspondientes informes. El resultado puede ser:

- Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueren.
- Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar modificaciones, como condición para la publicación del trabajo.
- Valoración desfavorable, si ambos informes lo fueren. Esto conlleva la no aceptación del trabajo.

En caso de discrepancia en los informes de evaluación, la revista decidirá si procede enviarlo a un tercer evaluador o evaluadora externos al Consejo de redacción, cuya decisión favorable determinará la aceptación del trabajo.

4. Cesión de derechos:

A los autores y las autoras, cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará, por correo electrónico, el contrato de cesión de derechos de explotación al Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario: adc@mjusticia.es. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

5. Corrección de pruebas de imprenta:

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXXII, 2019

FASCÍCULO I enero-marzo

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
Montserrat PEREÑA VICENTE: «El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas»	5
Luis Javier ARRIETA SEVILLA: «La recuperación de la regla venta quita renta en los arrendamientos de vivienda»	53
Gema VICO FERNÁNDEZ: «Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional»	101
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
DEL OLMO GARCÍA, Pedro/BASOZABAL ARRUE, Xabier (Dir.): «Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y propuestas de modernización», por Josep Maria Bech Serrat	161
DURÁN RIVACOBA, Ramón/MENÉNDEZ MATO, Juan C.: «La transacción expresa y tácita», por Miguel Ángel Pérez Álvarez	166
MATO PACÍN, M. ^a Natalia: «Cláusulas abusivas y empresario adherente», por Klaus Jochen Albiez Dohrmann	168
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	179

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Verónica NEVADO CATALÁN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Francisco SANTANA NAVARRO.....	213
---	-----

FASCÍCULO II

abril-junio

In memoriam

Ole LANDO, por Hugh Beale (traducido por Beatriz Gregoraci)	307
---	-----

Estudios monográficos

Paloma SABORIDO SÁNCHEZ: «La celebración o el cumplimiento de contrato como condición suspensiva de una diferente relación contractual»	315
Francisco SANTANA NAVARRO: «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado»	355
Emilio VIEIRA JIMÉNEZ-ONTIVEROS: «La eficacia horizontal de los derechos fundamentales: arbitraje y derecho a la tutela judicial efectiva».	419

Cuestiones actuales

Francisco Javier OLMEDO CASTAÑEDA: «Prohibición de los pactos sucesorios en el Derecho común: cuestionamiento de su <i>ratio legis</i> . Propuesta para su admisibilidad»	447
---	-----

Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

Por Marta OTERO CRESPO	485
------------------------------	-----

Bibliografía

LIBROS

A cargo de Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO

GALICIA AIZPURUA, Gorka (dir.): «Deudas y Herencia», por Antonio Gálvez Criado	567
MUÑIZ ESPADA, Esther: «La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario. Una ulterior evolución doctrinal hacia la vivienda colaborativa», por Javier Plaza Penedés	573
VAQUER ALOY, Antoni: «Libertad de testar y libertad para testar», por Gorka Galicia Aizpurua	577

REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios Aranda Rodríguez, María del Rosario Díaz Romero, Alfredo Ferrante, Martín García-Ripoll, Sebastián López Maza, Alma M.ª Rodríguez Guitián	583
--	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Verónica NEVADO CATALÁN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO	615
---	-----

FASCÍCULO III

julio-septiembre

Estudios monográficos

Christian VON BAR: «Cuestiones fundamentales europeas del Derecho de posesión y del régimen jurídico negocial de las transmisiones en el Derecho de cosas»	711
Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: «El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos»	749
Manuel Jesús DÍAZ GÓMEZ: «Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana»	795

Cuestiones actuales

Javier TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA: «El Derecho Civil de los datos»	825
--	-----

Vida jurídica

Antonio Ismael RUIZ ARRANZ: «Décimo aniversario del “Seminario permanente de Derecho privado” de la Universidad de Málaga. 16 y 17 de mayo de 2019»	879
---	-----

Bibliografía

LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «La partición convencional», por M. ^a Elena Sánchez Jordán	897
GARRIDO MARTÍN, Joaquín: «Recepción de la Escuela Histórica. La “teoría de la convicción” en la ciencia jurídica española del XIX», por Javier Paricio	906
MAYOR DEL HOYO, M. ^a Victoria: «La adopción en el Derecho común español», por Susana Quicios Molina	912
RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M. ^a : «Los pactos de pruruptura conyugal», por Cristina de Amunátegui Rodríguez	918

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ, Davinia CADENAS OSUNA	923
---	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

- Verónica NEVADO CATALÁN: «Imposición de paternidad al marido: ¿La relación matrimonial como fundamento para excluir la responsabilidad por daños? (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018)» 961

SENTENCIAS

- A cargo de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABA, Verónica NEVADO CATALÁN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO 987

FASCÍCULO IV **octubre-diciembre**

Estudios monográficos

- M.^a Teresa MARTÍN MELÉNDEZ: «El ejercicio de los derechos de atribución preferente y sus consecuencias en la liquidación y la partición de la sociedad de gananciales: una propuesta *de lege ferenda*» 1059
- Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ: «Sobre la exigua utilización del artículo 831 del Código civil. Aporías de su actual redacción» 1133
- Javier MARTÍNEZ CALVO: «La mediación familiar: un análisis comparativo de las regulaciones italiana y española» 1203

Estudio jurisprudencial

- Luz M. MARTÍNEZ VELENCOSO: «La partición de la herencia. Un estudio jurisprudencial» 1247

Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea

- Por Marta OTERO CRESPO, Julia AMMERMAN YEBRA 1331

Bibliografía

LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO

- BAAIJ, C. J. W.: «Legal integration and Language Diversity. Rethinking Translation in EU Lawmaking», por Tomás Rubio Garrido 1405
- JANSEN, Nils/ZIMMERMANN, Reinhard (eds.): «Commentaries on European Contract Laws», por Antoni Vaquer Aloy 1410
- MASSAGUER, José: «Acciones y procesos de infracción de derechos de propiedad intelectual», por Antoni Rubí Puig 1415
- REDINHA, Maria Regina/GUIMARÃES, Maria Raquel/FERNANDES, Francisco Liberal (eds.): «The Sharing Economy. Legal Problems of a Permutations and Combinations Society», por Francesc Fradera Fabregas 1418

	<u>Pág.</u>
SAINZ-CANTERO CAPARROS, M. ^a Belén/MARTOS CALABRÚS, M. ^a Angustias: «La sucesión en el pasivo hereditario y la liquidación de la herencia tras la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria», por Teodora F. Torres García	1424
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M. ^a del Rosario DÍAZ ROME- RO, Alfredo FERRATE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Sebastián LÓPEZ MAZA, Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUITIÁN	1435
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
SENTENCIAS, AÑO 2018	
Por Ramón CASAS VALLÉS, Rosa MÉNDEZ TOMÁS	1461
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, José María MARTÍN FABA, Verónica NEVADO CATALÁN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SAN- TANA NAVARRO	1517

