REVISTA Jurídica

n.° **50 •** 20**16**









Revista Jurídica Región de Murcia N.º 50 2016

PATRONATO DE LA FUNDACIÓN MARIANO RUIZ FUNES

PRESIDENTE

Excmo. Sr. D. Pedro Antonio Sánchez López, Presidente de la CARM

VICEPRESIDENTES

Excma. Sra. Da. María Dolores Pagán Arce, Consejera de Presidencia

Excmo. Sr. D. Francisco Martínez-Escribano, Decano del Colegio de Abogados de Murcia

Sr. D. David Morillas, Decano de la Facultad de Derecho de la UMU

VOCALES

Ilma. Sra. Da María Robles Mateo, Secretaria General de la Consejería de Presidencia

Ilmo. Sr. D. Francisco Ferrer Meroño, Director de los Servicios Jurídicos CARM

Ilma. Sra. Da Helena Rivera Tortosa, Secretaria del Colegio de Abogados de Murcia

Ilmo. Sr. D. Pedro Salazar Quereda, Bibliotecario del Colegio de Abogados de Murcia

Da María Ángeles Sánchez Jiménez, Directora de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Murcia

D. Guillermo Rodríguez Iniesta, Director de la Escuela de Relaciones Laborales de la Universidad de Murcia

DIRECTOR DE LA FUNDACIÓN

D. Felipe Ortega Sánchez, Abogado en ejercicio y Coordinador de Prácticas y Asuntos Generales de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Murcia

SECRETARIA

Ana Calvo López, Técnica Consultora de la Consejería de Presidencia (sin voto)

Consejo de Redacción:

Don Andrés Arnaldos Cascales Don Ángel Hernández Martín Don Aurelio Llanes Castaño Don Felipe Ortega Sánchez Don Francisco Carrillo Vinader Don Francisco Coronado Fernández Don Francisco Martínez-Escribano Gómez Don Jaime Peris Riera Don Joaquín Ataz López

Edita: Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

C/. La Gloria, 25 b Teléfono 968 22 26 66 20003 Murcia

20003 Murcia ISSN: 0213-4799

Depósito legal: MU-329-1985

Don Jorge López Fernández

Producción: O. A. Boletín Oficial de la Región de Murcia

Primer Semestre 2016

Don Carmen Caturla Carratalá Don Manuel Campos Sánchez Don Maximiliano Castillo González Don Miguel Pardo Domínguez Don Pedro Salazar Quereda Doña Ángeles Sánchez Jiménez Doña Ascensión Martín Sánchez Doña Encarnación Serna Meroño Doña Pilar Alonso Saura Doña Teresa García Calvo

Sumario

EDITORIAL

AL SERVICIO DEL DERECHO Y LA JUSTICIA

María Dolores Pagán Arce

DOCTRINAL

LA PRUEBA PERICIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA: PERITOS, TESTIGOS PERITOS, PROCEDENCIA, PRÁCTICA Y VALORACIÓN.

Dionisio Roda y Roda.

EL DAÑO MORAL: DIFICULTADES PRÁCTICAS EN TORNO A SU PRUEBA Y VALORACIÓN

Andrea Salud Casanova Asencio.

CERTIFICATE OF INHERITANCE: ACCESS TO LAND REGISTERS. ENGLISH VERSION CERTIFICADO DE HEREDERO: ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Jorge López Fernández.

NORMATIVA ESTATAL Y REGIONAL

NORMATIVA ESTATAL Y REGIONAL.- DISPOSICIONES GENERALES 2015.

Seleccionadas por Amparo Avilés Perea.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE REVISTAS

Selección de Artículos Doctrinales de las revistas jurídicas de mayor difusión, por Amparo Avilés Perea.

CRITERIOS DE CALIDAD, LATINDEX

CARACTERÍSTICAS BÁSICAS (PRERREQUISITOS PARA EVALUAR LA REVISTA)

- 1. Mención del cuerpo editorial: se debe mencionar la existencia de un consejo editorial, de redacción o responsable científico.
- 2. Contenido científico para calificar positivamente al menos el 40% de los documentos publicados en los fascículos a evaluar, estará constituido por: a) artículos originales; b) artículos técnicos: c) comunicaciones en congresos; d) cartas al director o artículos breves) artículos de revisión, estados del arte, etc.).
- 3. Antigüedad mínima de un año; para ser analizada una publicación deberá haber comenzado a editarse al menos 12 meses antes del momento de hacer el análisis.
- 4. Identificación de los autores. Los trabajos deben estar firmados por los autores con nombre y apellidos o declaración de autor institucional.
- 5. Lugar de edición: Deben hacerse constar en lugar visible el lugar de edición de la revista.
- 6. Entidad editora: Debe hacerse constar en lugar visible la entidad o institución editora de la publicación
- Mención del Director: en la revista deberá constar el nombre del director de la publicación.
- 8. Mención de la dirección de la revista: Deberá aportarse en lugar visible la dirección postal o de correo electrónico de la administración de la revista a efectos de solicitud de suscripciones, canje, etc.

PARÁMETROS RELATIVOS A LA PRESENTACIÓN DE LAS REVISTAS

9. Páginas de presentación (Cubierta/portada) : Deberán incluir título completo, ISSN, volumen, número, fecha y membrete bibliográfico.

- 10. Mención de periodicidad: Es condición inexcusable que la revisa exprese o mencione su periodicidad o, en su defecto, el número de fascículos que editar al año.
- 11. Tabla de contenido: Califica positivamente cuando existe en cada fascículo tabla de contenido, índice o sumario en los que consten los datos del título, autor y al menos página inicial.
- 12. Membrete bibliográfico al inicio del artículo: Califica positivamente si el membrete bibliográfico aparece al inicio de cada artículo e identifica la fuente.
- 13. Membrete bibliográfico en cada página: Califica positivamente si el membrete que identifica la fuente aparece en cada página de los artículos publicados.
- 14. Miembros del Comité Editorial o Consejo de Redacción: Califica positivamente si aparecen los nombres de los miembros del Comité Editorial o Consejo de Redacción de la Revista.
- 15. Afiliación institucional de los miembros del Comité editorial o Consejo de Redacción: Califica positivamente si se proporcionan los nombres de las instituciones a las que están adscritos los miembros del Comité editorial (a no confundir con el Consejo Asesor o Comité Científico, cuyos miembros también deberán ir a acompañados de sus lugares de trabajo). No basta que se indique solo el país.
- 16. Afiliación de los autores: Deberá proporcionarse al menos el nombre de la institución de trabajo del autor o autores de cada artículo. Esta información podrá encontrarse tanto al principio como al final de cada artículo, así como en las "listas de colaboradores" o "información sobre los autores" que aparecen entre las primeras o entre las últimas páginas de cada fascículo.

PARÁMETROS RELATIVOS A LA GESTIÓN Y LA POLÍTICA EDITORIAL

- 17. Fecha de recepción y aceptación de originales: Califica positivamente solo si se indican ambas fechas.
- 18. ISSN: Califica positivamente la existencia de código ISSN.
- 19. Definición de la revista: Califica positivamente si en la revista se menciona el objetivo, cobertura temática y/o público al que va dirigida.
- 20. Sistemas de arbitraje: en la revista deberá constar el procedimiento empleado para la selección de los artículos a publicar.
- 21. Evaluadores externos: Califica positivamente si el sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos a la entidad o institución editora de la revista.
- 22. Autores externos: Califica positivamente si al menos el 50% de los trabajos publicados provienen de autores externos a la entidad editora de la revista. En el caso de revistas editadas por asociaciones se considerarán autores pertenecientes a la entidad editora los que formen parte de la directiva de la asociación o figuren en el equipo de la revista.

- 23. Apertura editorial: Califica positivamente si al menos una tercera parte del Comité editorial o Consejo de Redacción es ajena a la entidad editora de la revista.
- 24. Servicios de información: Califica positivamente si la revista está incluida en algún servicio de indización, resúmenes, directorios o bases de datos. Este campo califica positivamente tanto si la base de datos es mencionada por la propia revista, como si lo agrega el calificador (a partir de la búsqueda hecha para tal fin).
- 25. Cumplimiento de la periodicidad: Califica positivamente si la revista edita al año el número de fascículos correspondientes con la periodicidad expresada.

PARÁMETROS RELATIVOS A LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTENIDOS

- 26. Contenido original: Califica positivamente si al menos el 40% de los artículos son trabajos de investigación, comunicación científica o creación originales.
- 27. Instrucciones a los autores: Califica positivamente si aparecen las instrucciones a los autores sobre el envío de originales y resúmenes en cada fascículo.
- 28. Elaboración de las referencias bibliográficas: En las instrucciones a los autores deberán indicarse las normas de elaboración de las referencias bibliográficas para calificar positivamente.
- 29. Exigencia de originalidad: Califica positivamente si en la presentación de la revista o en las instrucciones a los autores se menciona esta exigencia para los trabajos sometidos a publicación.
- 30. Resumen: Califica positivamente si todos los artículos van acompañados de un resumen en el idioma original del trabajo.
- 31. Resumen en dos idiomas: Califica positivamente si se incluyen resúmenes en el idioma original del trabajo y en un segundo idioma.
- 32. Palabras clave: Califica positivamente si se incluyen palabras clave en el idioma original del trabajo.
- 33. Palabras clave en dos idiomas: Califica positivamente si se incluyen palabras clave en el idioma original del artículo y en otro idioma.

RESH. Evaluación de Revistas de Ciencias Sociales y Humanidades Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas: Valoración integrada e índice de citas CSIC Ministerio de Ciencia e Innovación.

Editorial

AL SERVICIO DEL DERECHO Y LA JUSTICIA

La Revista Jurídica de la Región de Murcia cumple 30 años y 50 ediciones. Fue en 1985 cuando el Colegio de Abogados, que presidía en aquellos momentos como decano Ricardo Martínez-Moya Asensio, alumbró esta publicación, largamente anhelada, que aspiraba a convertirse en instrumento que abarcara tanto el ámbito informativo colegial y general, como el del análisis jurídico.

Desde el primer momento, la Comunidad Autónoma estuvo implicada, de forma determinante, en la edición de la revista, aportando medios económicos y técnicos que la hicieran posible, y ese estrecho vínculo se vio afianzado cuando unos años después, en 1991, se constituyó la Fundación Mariano Ruiz-Funes, con la concurrencia de la Administración Regional, el Colegio Profesional y la Universidad de Murcia.

La Fundación incluyó entre sus fines la edición y publicación de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, de la Audiencia Provincial y de los demás tribunales y juzgados de la Región, así como la de otras publicaciones de carácter jurídico, y entre ellas, expresamente, la denominada Revista Jurídica de la Región de Murcia.

De este modo, la pervivencia de la publicación quedó reafirmada, y sus contenidos enriquecidos, como se ha puesto de manifiesto a lo largo de los años transcurridos y de los números editados, dando así cumplimiento a los fines propuestos, entre los que también se cuenta el fomento del estudio del Derecho, y brindando un destacado servicio al extenso ámbito de la Justicia y de los profesionales y académicos vinculados, de un modo u otro, a ella.

Escribía Martínez-Moya, en el editorial del número 1 de la Revista Jurídica, sobre la voluntad del Colegio de Abogados de que la publicación fuera el primer paso encaminado a una presencia constante en la sociedad, usando su literal expresión, "fuera de lo que podríamos llamar su intimidad".

Es ese mismo reto el que ahora quiere asumir la Fundación Ruiz-Funes, salir de la "intimidad" de manera que, sin perder el necesario rigor científico y técnico que ha de acompañar a los estudios jurídicos, puedan idearse y organizarse actividades divulgativas, siempre en el campo del Derecho, que la ciudadanía sienta más próximas.

Ciertamente, esta aspiración, planteada en el ámbito de la Fundación que lleva el nombre del ilustre jurista murciano, se hace necesidad cuando se invoca la memoria de quien escribió con verdadero entusiasmo sobre lo que denominó el "venero de la fecundidad jurídica popular".

Sentía Ruiz-Funes, como explica en su conocida tesis doctoral 'Derecho consuetudinario en la huerta y el campo de Murcia', que los huertanos estaban convencidos de que "sólo a fuerza de luchar consigue cada uno su derecho; de que esta lucha es un deber; de que hay que poner en ella a contribución, no sólo las ideas y los sentimientos, sino las pasiones, los nervios, la sangre, la vida toda, ya que al fin de esa conquista espera, con la satisfacción del deber cumplido, el goce de las aspiraciones realizadas".

Y esa es una proposición que debemos interiorizar en nuestras respectivas parcelas y competencias, la de la lucha por el derecho y la justicia; la del sentido del deber; la de darlo todo al servicio de los principios que estructuran el estado democrático que ha significado paz y prosperidad para los españoles a lo largo de cerca de cuatro decenios.

En estos tiempos convulsos, son muchas las enseñanzas que podemos extraer de nuestro ilustre paisano Mariano Ruiz-Funes y que pueden alumbrar nuestra singladura vital y profesional, pero me quedo en este momento, entre todas las posibles, con una frase extraída de sus 'Consideraciones críticas sobre nuestro regionalismo': "Prodiguemos el culto a la tolerancia, no olvidando que a la postre es serenidad; aquella serenidad que hizo de los griegos un pueblo invencible en las claras luchas del espíritu, las únicas que divorcian la historia de una murmuración de vecindad, convirtiéndola en un arte bello".

MARÍA DOLORES PAGÁN ARCE Consejera de Presidencia

Doctrinal



LA PRUEBA PERICIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA: PERITOS TESTIGOS PERITOS. PROCEDENCIA. PRÁCTICA Y VALORACIÓN.

Dionisio Roda y Roda. Doctor en Derecho y abogado del ICAMUR.

RESUMEN:

Este trabajo analiza la prueba pericial en general, deteniéndose en la figura del perito, sus derechos y deberes, y el objeto de la misma. Una vez determinadas sus características generales nos introducimos en el proceso de familia y se analizan los denominados Equipos Técnicos Judiciales desde una visión objetiva pero sin olvidar la crítica constructiva. La existencia de estos Equipos constituye un elemento fundamental en todos los procedimientos de Derecho de Familia. La función y sobre todo las consecuencias que sus dictámenes producen en los procedimientos donde la guarda y custodia de los hijos es el objeto a discutir, hace que los operadores jurídicos en general y los abogados en particular deban conocer su metodología. De ahí la necesidad de profundizar en el estudio de esta figura y sobre todo en su dificil encaje dentro del ordenamiento.

ABSTRACT:

This work analyzes the expert test in general, stopping in the figure of the expert, his rights and duties, and the object of the same one. Once determined his general characteristics we get in the family process and there are analyzed the Technical Judicial Equipments called from an objective vision but without forgetting the constructive critique. The existence of the Equipments called constitutes a fundamental element in all the procedures of the Family law. The function and especially the consequences that its opinions produced in proceedings where the custody of the children is the subject to discuss, makes legal operators in general and lawyers in particular should meet their methodology. Of there the need to penetrate into the study of this figure and especially into his difficult lace inside the classification.

SUMARIO.

- 1. Introducción.
- 2. Aspectos generales de la prueba pericial.
 - 2.A. Concepto de prueba pericial y de perito.
 - 2.B. Regulación.
 - 2.C. Naturaleza jurídica.
 - 2.D. El objeto de la pericia.
 - 2.F. El testigo- Perito.
- 3. La prueba pericial en los procedimientos de familia.
 - 3.A. Los peritos.
 - 3.B. Los Equipos Técnicos Judiciales.
 - 3.B.1. Evolución.
 - 3.B.2. Metodología.
 - 3.C. El dictamen pericial.
 - 3.C.1. Finalidad de los informes psicosociales.
 - 3.C.2. Aportación al proceso.
 - 3.D. Valoración de la Pericial.
 - 3.D.1. El criterio de la sana crítica.
 - 3.D.2. La valoración del dictamen en la práctica.
 - 3.E. Aspectos críticos.
 - 3.F. El abogado en la prueba pericial.
- 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN.

Nuestro ordenamiento jurídico regula los medios de prueba que pueden utilizar las partes para desarrollar y probar sus pretensiones, ante el Juzgador. El artículo 24 de la Constitución Española eleva a rango fundamental los medios de prueba y les otorga la posibilidad de ser amparados, en caso de vulneración de sus derechos,

mediante el recurso de amparo¹. El artículo 299 de la LEC establece los distintos medios de prueba entre los que se incluye el dictamen de peritos.

La prueba pericial o dictamen de peritos es un medio de prueba que facilita al Juzgador y a las partes la visión técnica, científica y artística del objeto del litigio. Su función e importancia dentro del proceso ha aumentado en las últimas décadas motivada por la complejidad que en ocasiones alcanza el objeto de discusión.

En el ámbito del Derecho de Familia y en especial en los procedimientos de ruptura y posterior litigio sobre el otorgamiento de la guarda y custodia de los hijos, este medio probatorio esta adquiriendo una importancia superior a cualquiera de los otros medios de prueba. La existencia de los denominados Equipos Técnicos Judiciales y en especial la posibilidad de obtener sus dictámenes, constituye un elemento fundamental en todos los procedimientos del Derecho de Familia. Los operadores jurídicos en general, y los abogados en particular desconfian de la labor de estos profesionales, dada la importancia que sus dictámenes tienen para el Juzgador. Lo que justifica, la necesidad de profundizar en el estudio de esta figura y sobre todo en su dificil encaje dentro del ordenamiento.

Este trabajo comienza con un análisis de la prueba pericial en general, deteniéndose en la figura del perito, sus derechos y deberes y el objeto de la misma. Una vez determinadas sus características generales, se incardina en el proceso de familia y sobre todo se analizan los denominados Equipos Técnicos Judiciales desde una visión objetiva pero sin olvidar la crítica constructiva.

2. ASPECTOS GENERALES DE LA PRUEBA PERICIAL.

2.A. CONCEPTO DE PRUEBA PERICIAL Y DE PERITO.

La prueba pericial es definida por la doctrina como la realizada por un especialista, denominado perito, quien por sus especiales conocimientos técnicos, artísticos y profesionales es requerido por las partes para que aporte una información específica referente a su área de conocimiento al Juzgador². La finalidad de esta aportación es facilitar a la persona que

¹ SEONE PRADO J, pág. 1

² GARCIA-CHAMON CERVERA E, pág. 3. ILLESCAS RUS A.V, pág. 46. Afirma que son conocimientos aportados únicamente por quienes los poseen y sin los cuales no es posible adquirir datos de trascendencia para el proceso. FÁBREGA RUIZ C.F, pág. 2. HURTADO YELO J.J, pág. 1. RODRIGO DE LARRUCEA C, pág. 2.CARRERAS ESPALLARDO J.A, pág. 4. CALAZA LÓPEZ S, pág. 1.BLASCO SOTO C, pág. 4

va a resolver la controversia, una información técnica sobre el objeto del litigio, al no tener conocimientos de todas las materias, con el objetivo de que la misma influya en el resultado final. La prueba pericial es uno de los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las partes para demostrar la veracidad de sus respectivas pretensiones. La

Dado que el objeto del litigio, puede afectar a diversas materias que pueden ser objeto de controversia, es la causa de que existan tantos peritos como profesiones, excluyendo las jurídicas. Siendo la única condición para poder realizar una prueba pericial que se tengan conocimientos específicos sobre la materia objeto de la pericia y que se haya aceptado el encargo bien de las partes o del Juzgador.⁵

El sujeto que va a realizarla recibe la denominación de perito y el único requisito que se le exige de conformidad con lo dispuesto en el artículo 340 de la LEC, es poseer el título oficial que corresponda con la materia objeto del dictamen y si se trataré de materias que no estén comprendidas en títulos oficiales, serán nombrados entre personas entendidas sobre éstas aún sin tener la titulación oficial.⁶

CARRERAS ESPALLARDO manifiesta que la función del perito en el proceso consiste en exponer sus conocimientos sobre el objeto de la pericia y "convencer a los intervinientes con argumentos consistentes y en todo caso, sin faltar a la verdad". Para poder convencer, señala el autor la necesidad de que el perito tenga una buena oratoria, debiendo ser buen comunicador para poder poner en escena sus

conocimientos con educación, moderación pero al mismo tiempo con consistencia y en definitiva con seguridad. No obstante, se debe tener además de las cualidades mencionadas, un profundo conocimiento en su materia. Porque lo que se pretende de un perito fundamentalmente es que ilustre técnicamente sobre el objeto de la controversia.

2.B. REGULACIÓN.

La prueba pericial en el procedimiento civil se encuentra regulada en el Título I, del Libro II, Sección 5ª (arts. 335 a 352) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el los artículos del Título IV del Libro I, 99, 100.2, 105 y 124 a 128, de la LEC. Haciendo un somero análisis de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, podemos destacar como novedad en relación a la derogada LEC de 1881 que las partes pueden aportar, si lo consideran conveniente para la defensa de sus pretensiones, al proceso informes o dictámenes periciales. Esta facultad ha sido bien acogida por la doctrina al considerar que ha facilitado celeridad, simplicidad y

³ MAGRO SERVET V, pág. 4.

⁴ HURTADO YELO J.J, pág. 1.

⁵ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA.E, pág.6. RODRIGO DE LARRUCEA C, pág.2.

⁶ CAMPO IZQUIERDO A.L, pág.10.A raíz de esto, cataloga a los peritos en tres categorías. En primer lugar, los peritos con titulación oficial, en segundo lugar, los denominados entendidos en la materia y en tercer lugar, a los peritos colectivos, que son las Academias o Instituciones Culturales. CALAZA LÓPEZ S, pág.8. VELASCO NUÑEZ E, pág. 3

⁷ CARRERAS ESPALLARDO J.A, pág. 2.

transparencia al proceso, al ser las partes quienes pueden aportar la pericia. ⁸ Algún sector de la doctrina denomina este hecho como una "desprocesalización". ⁹ El único problema es que esta posibilidad de aportar los informes con anterioridad a la vista, transforma esta prueba en una documental. No obstante, aunque se aporten como documentos, luego en el acto de la vista se desarrolla no como una documental sino como una pericial.

Esta posibilidad no es contradictoria con la existencia de dictámenes periciales emitidos por los peritos designados judicialmente durante el proceso. Por lo que nos podemos encontrar con una dualidad de dictámenes sobre unas mismas circunstancias o hechos relevantes para el proceso. Asimismo, la vigente normativa ha suprimido que ante la existencia de dictámenes periciales divergentes aportados por las partes, se tuviera que realizar uno dirimente por un perito tercero nombrado por el Juzgador.

A diferencia de la normativa de 1881, solamente pueden ser recusados los peritos designados judicialmente, mientras que los elegidos a instancia de parte, solamente estarán sujetos a ser tachados en los supuestos previstos legalmente.

La prueba pericial aparece regulada para los procedimientos penales en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los artículos 456 a 485 que la regulan en la fase de instrucción y en los artículos 661 a 663 y 723 a 725 que los establecen para la fase de juicio oral. Por último, en los artículos 334 a 367 se hace referencia a diversas actividades periciales. De igual forma en el procedimiento Contencioso- Administrativo se regula en los artículos 60 y 61 de la Ley 29 / 1998.

2.C. NATURALEZA JURÍDICA.

Sobre la naturaleza jurídica de la prueba pericial, se discute por la doctrina si nos encontramos ante un medio de prueba o ante un instrumento de auxilio judicial. Si se considera que únicamente es un instrumento de auxilio judicial es admisible la opinión doctrinal que argumenta que solamente le corresponderá al Juzgador solicitar este auxilio. Y únicamente deberá ser solicitado por quien lo necesita en su caso. Es ilógico pensar que las partes presentan estos dictámenes periciales para auxiliar a una persona que no ha solicitado tal auxilio. Por eso, no puede ser considerada únicamente como un auxilio judicial sino que además, es un medio de prueba para que las partes puedan acreditar técnicamente sus argumentacio-

⁸ CALAZA LÓPEZ S, pág .12. Sobre esta cuestión plantea la autora una cuestión importante basada en el hecho de que la aportación de peritos por las partes puede suponer una discriminación entre las mismas en función de su capacidad económica. Evidentemente emitir los dictámenes periciales privados supone un desembolso económico, con independencia de si posteriormente lograrán recuperar dicha inversión con las discutidas costas. Puede existir una realidad que sustente una cierta desigualdad entre las partes. No obstante para evitar esta desigualdad el ordenamiento jurídico permite que se solicite una pericial judicial, aunque ello no evita el desembolso económico que de igual forma habrá que realizar.

⁹ BLASCO SOTO C, pág. 3.

¹⁰ CALAZA LÓPEZ S, pág. 2.

¹¹ BLASCO SOTO C, pág.5

nes. ¹² El Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de febrero de 1994 consagra esta doble dualidad. ¹³ La mayor parte de la doctrina se inclina por considerarla como un medio de prueba. El Legislador se posiciona en la actual LEC a favor de la tesis mayoritaria al considerarla como un medio de prueba en el marco del proceso.

También es objeto de discusión, si estamos ante una prueba de naturaleza personal dado que esta fundamentada por la opinión, cualificada, pero opinión al fin y al cabo de una persona, y al mismo tiempo indirecta, puesto que su finalidad última es proporcionar conocimientos técnicos para valorar hechos objeto de discusión. La clasificación de prueba personal o real viene determinada porque en la personal se emplea a una persona como elemento de convicción, esto lo vemos en la testifical, interrogatorio y la pericial. Por el contrario, la naturaleza real se establece porque el elemento o instrumento que sirve como elemento de convicción al Juzgador es un objeto físico. La prueba pericial debe incluirse en ambas categorías, puesto que la pericia puede ser manifestada de forma personal por el perito o bien mediante un objeto físico que es el dictamen o informe pericial, o en una fusión de ambas, personal y documental.

Con independencia de encuadrarla en cualquiera de las dos categorías anteriormente citadas, a la pericial en su efecto práctico-procesal se le pueden aplicar los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad. Se considera como un instrumento de auxilio para el Juzgador y al mismo tiempo como medio de prueba. ¹⁶ Que tiene como finalidad demostrar que los argumentos defendidos por las partes en un litigio, pueden considerarse científicamente contrastados y probados. ¹⁷

2.D. DERECHOS Y DEBERES DEL PERITO.

El perito tiene derecho a cobrar unos honorarios por la elaboración del dictamen, por lo que la ley le permite solicitar la correspondiente provisión de fondos antes de iniciar su tareas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 342.3 de la LEC a cargo de la parte que lo ha propuesto salvo que ésta goce del derecho de asistencia gratuita. ¹⁸ Cabe la posibilidad de que ambas partes contribuyan económicamente para el pago de sus honorarios si éste

¹² Esta dualidad se pone de manifiesto en multitud de resoluciones judiciales. A modo de ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª de fecha 5-9.2013 (LA LEY 143753/2013) en donde el Juzgador es auxiliado por los distintos informes periciales en el sentido de determinarle el estado mental y físico de la abuela de los menores. De no haber existido los informes periciales dificilmente el Juzgador hubiera podido determinar esta circunstancia.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1994 (RJA 848).

¹⁴ GUTIERREZ ROMERO F.M, pág. 6. SEONE PRADO J, pág. 1. BLASCO SOTO C, pág. 4. GIL VALLEJO B, pág. 3.

¹⁵ GIL VALLEJO B, pág. 3.

¹⁶ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ-CAMPELLO C, pág. 30. ILLESCAS RUS A.V (2002), pág.49.MONTE-RO AROCA J, pág. 315. CUENCA ALCAINE B, pág. 3.

¹⁷ SANTAMARÍA PÉREZ Mª L, pág. 59. CASTILLEJO MANZANARES R, pág. 406.

¹⁸ FÁBREGA RUÍZ C.F, pág. 23.

hubiese sido designado de común acuerdo tal y como establece el artículo 241.1.4 y 339.2 III de la LEC. Lo honorarios suelen fijarse en base a criterios orientativos establecidos por los colegios profesionales o por las academias que engloben la actividad profesional. Los gastos del perito se incluirán en su caso en las partidas que conforman las costas judiciales tanto si han sido informes aportados por las partes como si surgen por la labor de un perito designado judicialmente. Pen ningún caso los honorarios del perito están supeditados al resultado del pleito, ni puede depender de la existencia de una condena en costas. Desde el primer momento que las partes solicitan el nombramiento de un perito, se designa, éste acepta y posteriormente elabora el dictamen, nace una especie de arrendamiento de servicios, por lo que el perito tiene un crédito contra las partes en su caso. Obviamente si el dictamen pericial ha sido aportado por la parte, se entiende que como cualquier relación contractual habrá abonado los honorarios que en su caso el perito haya solicitado.

Otro de los derechos que tiene el perito es el relativo al mantenimiento del buen nombre y prestigio. En el artículo 343.1.5 de la LEC se dispone que los peritos designados por la parte y que sean objeto de tacha por cualquier circunstancia que perjudique su prestigio profesional, pueden una vez, que no se haya acreditado la tacha alegada, que el Juzgador declare que la misma carece de fundamento al amparo del artículo 344.1 de la LEC, pudiéndose imponer si ha sido realizada con temeridad o deslealtad profesional la correspondiente multa.²⁰

Dentro de los deberes del perito hay que destacar que el primero de éstos es el relativo a que se actuará con objetividad y siempre diciendo la verdad. Con respecto a la objetividad, viene establecida en el artículo 335.2 de la LEC y supone que debe actuar tomando en consideración tanto lo que beneficie como lo que pueda perjudicar a cualquiera de las partes. No debe realizar su trabajo con la intención única de favorecer a una de las partes por amistad o por empatía con su problema o con el objeto de la controversia. Para asegurarse que la actuación del perito se guiará por la objetividad se le hace prestar promesa o juramento. Con respecto a decir la verdad se entiende que hace referencia a que no puede ni debe faltar a la verdad de sus conocimientos científicos, técnicos o artísticos en la emisión de su dictamen.

El segundo deber, es el de comparecer al juicio, vista o cualquier acto procesal en donde sea requerida su presencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 347 de la LEC, siempre que haya sido citado conforme a derecho. En caso de no comparecer bien por causa justificada o no, la vista se suspenderá, aunque en el segundo supuesto le será impuesta una sanción pecuniaria. En la vista, los peritos deberán explicar y fundamentar su dictamen así como responder a las preguntas y objeciones formuladas por las partes previa declaración de pertinencia por el Juzgador. Se le puede solicitar que amplíe su información siempre que

GARCIA-CHAMÓN CERVERA.E, pág.8.Plantea la problemática que surgió al respecto sobre si los dictámenes periciales de parte debían de incluirse o no en las costas judiciales. Defiende el autor la postura referente a que sí deben incluirse por varias razones. La primera, que la LEC les atribuye la condición de prueba pericial, la segunda, que la propia norma permite su aportación en los escritos iniciales del proceso. Por último, la Jurisprudencia en reiteradas sentencias les otorga a estos dictámenes periciales la categoría de costas judiciales, permitiendo que los importes de los mismos engrosen la cantidad de éstas , pudiendo ser impugnados por excesivos por las partes.

²⁰ CARRERAS ESPALLARDO J.A, pág.14

²¹ MAGRO SERVET V, pág. 4.

verse sobre cuestiones conexas con el objeto de la pericia. Por último, se puede solicitar su opinión sobre otro informe pericial que haya sido o vaya a ser objeto de discusión en el proceso.²²

El artículo 193 de la LOPJ regula la posibilidad de corregir disciplinariamente a los peritos que no acudan a las vistas o faltaren de palabra, obra o por escrito a la consideración, respeto y obediencia debidos a los tribunales, siempre que tales actos no fueran constitutivos de delito.²³ Es importante destacar que en el supuesto de dictámenes aportados por las partes en sus respectivos escritos iniciales, si no se ha pedido por ninguna de ellas la comparecencia del perito al acto del juicio, no es necesario la presencia de este, siendo su informe valorado según la reglas de la sana crítica.²⁴

La tercera obligación es la aportación del dictamen. Es obvio que la pericial implica la emisión de un informe o dictamen y la aportación de éste a la causa. Aunque puede que no se aporte dicho dictamen, bien porque al perito le sea imposible su realización, bien porque se aporte fuera del plazo establecido para ello o porque no quiera realizarlo. La última causa es la que originará en su caso la exigencia de las responsabilidades civiles derivadas de su aceptación y proceder por un presunto delito de desobediencia a la autoridad al amparo del artículo 556 del Código Penal.

La cuarta obligación hace referencia al secreto profesional. El perito viene obligado a guardar secreto y sigilo respecto a la información confidencial que las partes le hayan facilitado para la elaboración del posterior informe. Obviamente esta información será sometida a consideración por el perito quien diferenciará la que no debe ser hecha pública en el correspondiente dictamen, de la que si es conveniente que se conozca para fundamentarlo.

Los peritos como cualquier profesional están sujetos a una responsabilidad por su actuación profesional que comprende la responsabilidad civil, penal, deontológica y judicial derivada de su incomparecencia y conducta en el acto de la vista tal y como hemos referido con anterioridad. La Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 16 de octubre de 1985, al respecto señala que aunque la prueba pericial sea una prueba de libre apreciación judicial, no exime tal circunstancia de la responsabilidad para el perito que emite el dictamen y que ha de actuar de conformidad con su saber y entender leal y con la diligencia de un buen profesional, sometido a la lex artis, sin incurrir en dolo o negligencia. La conducta profesional puede dar lugar a responsabilidad civil cuando se haya provocado un error judicial causante del daño que se reclama sin que pueda ser considerado como medio eximente el criterio de libre valoración judicial. La actuación de los peritos contraria a Derecho, puede dar lugar a que incurran en un delito de cohecho regulado en el artículo 422 del CP si solicitasen o recibieran en provecho propio, dádiva o presente, en un delito de falso testimonio del 459 del CP, o si faltaran a la verdad de forma maliciosa en sus informes, en obstrucción a la justicia del 463

²² FÁBREGA RUÍZ C.F, pág. 28.

²³ CAMPO IZQUIERDO.A.L, pág. 22.

²⁴ Artículo 337.2, 348 y 440.1.3 de la LEC.

²⁵ CARRERAS ESPALLARDO J.A, pág. 16.

del CP por incomparecencia a la vista en causa criminal, siempre que haya sido citado en causa y cuando esta actitud provoque la suspensión, todo ello sin causa justificada²⁶. Asimismo el perito si revela o cede información que pueda vulnerar la intimidad de otra persona puede ser acusado de un delito de descubrimiento y revelación de secretos. Puede ser imputado por delito de falsedad de documentos si altera o simula un documento, y demás delitos como el de coacciones, extorsión, fraudes, encubrimientos, acusación y denuncias falsas etc.

2. E. EL OBJETO DE LA PERICIA.

La prueba pericial puede versar sobre cualquier cuestión controvertida sobre la que se pueda realizar un estudio científico, artístico y técnico por persona capacitada para ello. Es importante destacar que el objeto de la pericial no se sustentara sobre la existencia misma de los hechos que han de apreciarse, ni tampoco sobre la averiguación material sino consistirá en recabar juicios o valoraciones sobre unos determinados hechos.²⁷ Es la opinión de un experto con conocimientos técnicos para valorar unos hechos controvertidos, nunca implicará un conocimiento directo sobre como ocurrieron los mismos.²⁸ Esta información se denomina doctrinalmente "máximas de la experiencia" y tienen como finalidad facilitar al Juzgador la apreciación de hechos concretos, los cuales van a ser objeto de debate y posteriormente estarán sujetos a su valoración²⁹. Esta aportación se realiza porque el Juzgador no posee los conocimientos especializados de quien realiza la pericial y éstos son necesarios para cumplir adecuadamente la función de juzgar.³⁰ GUTIERREZ ROMERO se hace eco de La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 1ª de fecha 15 de julio de 2009 (Ponente D.

Vicente Magro Servet), en donde los componentes de la Sección justifican la existencia de la pericial en los siguientes términos "Los jueces no tenemos por qué abarcar en nuestra preparación y conocimientos todas las ramas del saber humano, ni por ello, todas las materias que puedan ser sometidas a nuestra valoración; para aclarar el significado o valoración de ciertos hechos, hemos de acudir a los peritos, que con sus conocimientos, nos informan en el marco de sus especialidades; el juez lo que ha de hacer es recoger los informes periciales y valorarlos, sacando consecuencias jurídicas que de ellos se derivan; por ello el perito debe describir la persona o cosa objeto de la pericia, explicar las operaciones o exámenes verificados y fijar sus conclusiones que tiene como destinatario el Juzgador". No obstante algún sector doctrinal defiende que la pericial es importante aún cuando el Juzgador tenga conocimientos artísticos, científicos y técnicos. 31 GONZALEZ DEL POZO J.P, afirma que el

²⁶ CALAZA LÓPEZ S, pág. 9.

²⁷ IVARS RUIZ J, pág. 116. MONTERO AROCA J, pág. 309.

²⁸ DE LA TORRE LASO J, pág.2

²⁹ CAMPO IZQUIERDO (2011), pág. 7 CUENCA ALCAINE B (2014), pág. 2, aunque la autora se refiere al dictamen pericial. DE LA TORRE LASO J. (1999), pág. 1. GONZALEZ DEL POZO J.P, pág. 422.GUTIERREZ ROMERO F.M, pág. 9. ILLESCAS RUS A.V (2002), pág. 49. MONTERO AROCA J, pág. 311. LUACES GUTIERRES A.L, pág. 2.

³⁰ HERNÁNDEZ MARTINEZ-CAMPELLO C, pág. 29.

³¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA L, pág.348.

perito interviene en el proceso realizando una función de auxilio judicial, pero no sustituye al juzgador, simplemente le ayuda a realizarla, de ahí que su dictamen pericial no vincule al juez³². El auxilio se concreta en palabras de ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA L, en" ayudar al Juzgador para que realice una adecuada valoración de los hechos o circunstancias relevantes en el asunto e incluso para que adquiera certeza sobre ellos." ³³

2.F. EL TESTIGO-PERITO.

Hay que diferenciar la función del perito de otros sujetos que intervienen en el periodo probatorio tales como el testigo.³⁴ No obstante algún sector doctrinal asemeja el mecanismo de funcionamiento de esta prueba al de la testifical.³⁵ El testigo a diferencia del perito, interviene en el proceso para testimoniar hechos de cierta importancia, bien por conocerlos con anterioridad, directamente o por haber sido transmitidos por terceros. El perito a diferencia del testigo no guarda relación con el hecho objeto de la controversia, simplemente lo conoce cuando alguna de las partes o el Juzgador le encarga realizar la pericia. El perito no ha presenciado los hechos, solamente es solicitado por sus especiales conocimientos técnicos, el testigo si conoce los hechos y su participación se sustenta en lo que ha visto o oído.

El testigo-perito es una figura que aparece regulada en el artículos 370 de la LEC. La característica que lo diferencia del perito es que este testigo-perito es traído a la causa no solamente por conocer los hechos de primera mano, sino que por tener conocimientos científicos, técnicos o artísticos referentes a los hechos que conoce, puede aportar una información técnica o científica sobre los mismos. Por lo tanto hay que diferenciar en la declaración de esta figura dos aspectos, por un lado la declaración sobre los hechos que sería la puramente testifical y por el otro la manifestación sobre aspecto técnicos, artísticos o prácticos en torno a los hechos declarados que conformaría la actuación pericial. Ejemplo de esta figura lo encontramos en los procedimientos de obras, cuando alguna de las partes trae al proceso al técnico que ha dirigido las obras. Esta figura al igual que el testigo estará sujeta a la posibilidad de que las partes hagan partícipe al Juzgador de la existencia de alguna causa que motive la tacha del mismo, aunque no es posible su recusación. Las dudas sobre la imparcialidad del testigo-perito se resolverán mediante la ponderada valoración judicial del valor de la prueba. Esta proceso de la prueba.

³² GONZALEZ DEL POZO J.P, pág. 423. GUTIERREZ ROMERO F.M, pág. 9. IVARS RUIZ J, pág. 116. HERNÁNDEZ MARTINEZ-CAMPELLO C, pág. 29. CASTILLEJO MANZANARES R, pág. 406. LÓPEZ-MUÑI GOÑI M, (1995), pág. 22.

³³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA L. pág. 348.

³⁴ ILLESCAS RUS A.V.(2002), pág. 63. MONTERO AROCA J, pág. 334.

³⁵ BLASCO SOTO C .pág. 6.

³⁶ CARRERAS ESPALLARDO J.A., pág. 5.

³⁷ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA. E. pág. 5

³⁸ FÁBREGA RUÍZ C.F, pág .11.

3. LA PRUEBA PERICIAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA.

En el ámbito de los procedimientos de Familia, la prueba pericial se ha convertido en una de las pruebas fundamentales para que las partes puedan hacer valer sus pretensiones ante el órgano encargado de dictar una resolución. La doctrina considera que esta prueba tiene como finalidad la aportación al proceso de conocimientos científicos referidos a la psicología infantil y a las relaciones interpersonales. ³⁹ Estos deben de servir al Juzgador para determinar en el caso de las rupturas de parejas con hijos, cual debe ser el modelo de guarda y custodia y su régimen de visitas. En las incapacidades determinar el grado de incapacidad del demandado, y en los procedimientos de tutelas básicamente lo mismo. La intervención del perito en los procedimientos de familia se desarrolla fundamentalmente a través del dictamen o informe pericial psicológico. La principal función de la Psicología como ciencia es el estudio del comportamiento humano en sus diferentes contextos. ⁴⁰

La prueba pericial en los procedimientos de familia descansa sobre todo en la pericial psicológica. Así lo podemos constatar en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 20-5-2014 al exponer *Igualmente tanto el Tribunal Supremo (Sentencia 21-07-2011 y 07-04-2011) como el Tribunal Superior de Justicia de Aragón* (S. 30-09-2011 y 05-07-2012), han destacado la especial relevancia de los informes psicosociales, puesto que en ellos previa constatación de los hechos concurrentes y la necesaria exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta se analiza por expertos profesionales la conveniencia o no de la adopción de las medidas solicitadas⁴².

En el ámbito del Derecho de Familia y sobre todo cuando el objeto del litigio se sustenta en la guarda y custodia de los hijos, la pericial psicológica es requerida por las partes de forma reiterada. Otra cuestión será si esta solicitud de las partes sirve en definitiva para la estimación de sus pretensiones por el Juzgador. Desde el año 1983 cuando se introdujo de forma experimental al psicólogo como parte del personal de la Administración de Justicia, se ha producido un incremento considerable de periciales psicológicas motivadas por el principio dispositivo o de aportación de parte⁴³. De tal forma se aportan informes psicológicos a instancia de parte o bien se solicita al Juzgador la pericial psicológica para realizar un estudio en profundidad sobre el menor y el otro progenitor.

3.A. LOS PERITOS.

La pericial que se desarrolla en los procedimientos de familia puede ser realizada por tres tipos de peritos. Por un lado los denominados Equipos Técnicos Judiciales que están adscritos a cada Juzgado de Familia y cuya composición habitualmente esta formada por

³⁹ CUENCA ALCAINE B, pág. 2. IVARS RUIZ J, pág. 116. CASTILLEJO MANZANARES R, pág. 406.

⁴⁰ IBAÑEZ VALVERDE V.J. Y LOPEZ Y LOPEZ R, pág. 1.

⁴¹ GUTIERREZ ROMERO F.M, pág. 6.

⁴² Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 20-5-2014 (LA LEY 68944/2014).

⁴³ MANZANERO PUEBLA A, pág. 1. MARTIN CORRAL S, pág. 34.

uno o varios psicólogos y un trabajador social. Por el otro lado, los denominados Equipos colaboradores con la Administración de Justicia, en aquellas localidades donde no se han creado Juzgados específicos de Familia. Estos Equipos pueden ser y así sucede en la mayor parte de los casos, psicólogos escogidos por sorteo de la lista de especialistas que están dispuestos a realizar informes psicológicos para la materia del Derecho de Familia. Son peritos en el término estricto de la materia y reúnen las características que hemos analizado en los puntos anteriores relativos a la prueba pericial. Por último, tenemos los peritos psicólogos privados que son los que han realizado los dictámenes que aportan las partes bien en la demanda o en la contestación o en otros momentos procesales. Estos peritos tienen la misma formación académica que los pertenecientes a los grupos anteriores. La única diferencia aparte de que sus informes son aportados por las partes en sus respectivos escritos, reside en el hecho de que sus honorarios son abonados íntegramente por cada parte en función del contrato de arrendamiento de servicios al que hayan llegado. Con respecto a sus informes o dictámenes se presupone que están realizados con el mismo nivel y profesionalidad que los de los demás grupos referidos. No obstante existe la opinión generalizada entre los operadores jurídicos que estos informes por el mero hecho de ser aportados por las partes son en cierto modo tendenciosos. Desde luego ninguna parte va a aportar ningún dictamen pericial que le sea contrario a su pretensión. Pero también es cierto que los informes periciales pueden ser realizados con objetividad a petición de alguna de las partes a los solos efectos de conocer realmente los hechos o circunstancias sobre los que se sustenta su pretensión, aunque evidentemente no se aporten si no son beneficiosos con la misma.

Como en los apartados anteriores hemos analizado la figura del perito en abstracto y teniendo en cuenta que todos los caracteres que hemos indicado son aplicables a todos sean públicos o privados, no vamos a reiterar de nuevo lo expuesto. Por su importancia en el procedimiento de familia vamos a centrarnos en analizar a los peritos que conforman lo que se ha denominado los Equipos Técnicos Judiciales. La razón radica en el hecho de que para bien o para mal, sus informes constituyen además de una prueba pericial, un elemento que el Juez de Familia va a tener muy presente a la hora de resolver sobre la cuestión objeto del litigio. Su importancia es tal que puede incluso estimarse un recurso de casación por el Tribunal Supremo por no haber tenido en cuenta la Audiencia Provincial la existencia de un dictamen psicosocial. Efectivamente la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 1ª de fecha 1 de octubre de 2010 así lo establece. No porque la Audiencia discrepara del contenido del informe, sino por haberlo obviado. 44 No obstante a veces el Juzgador puede considerar que la práctica de esta pericial no es necesaria. Así el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala Primera de fecha 30 de octubre del 2014 considero que no "Existe indefensión al no admitir la práctica del informe psicosocial, pues se considero innecesaria al partir de la igual capacidad de los dos progenitores para ostentar la custodia; el artículo 92 del CC la entiende como facultativa."45

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1-10-2010 (LA LEY 165754/2010).

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de fecha 30/10/2014. SP/SENT/ 786238.

3.B. LOS EQUIPOS TÉCNICOS JUDICIALES.

3.B.1. EVOLUCIÓN.

En nuestro ordenamiento jurídico la intervención de los denominados "especialistas", se concreta por primera vez en la Ley del Divorcio 30 /81, en donde se estableció la posibilidad de que los Jueces que tramitaban procedimientos de Familia, solicitarán el "dictamen de especialistas" En cumplimiento de esta disposición, el Ministerio de Justicia, incorporó en los Juzgados de Familia para auxilio del órgano judicial a un equipo de profesionales con carácter de permanencia que desde su nacimiento se han venido denominando de distinta manera por parte de los operadores jurídicos, "Equipos Psicosociales", "Gabinete Psicosocial", y " Equipo Técnico judicial " 47.

La situación jurídica de estos Equipos, sigue siendo objeto de discusión para la doctrina en el sentido de que para los detractores, no están regulados en ninguna norma jurídica, en lo que se refiere a su composición y funcionamiento⁴⁸. Se les ha denominado de forma claramente peyorativa como "Psicofantasmas" insistiendo en su carácter ilegal al no figurar dentro del ordenamiento jurídico⁴⁹. La ausencia de un correcto marco jurídico para estos equipos

MARTIN CORRAL S, pág. 34, afirma que la Ley del Divorcio "abrió la posibilidad de que en tales procesos judiciales intervinieran de forma frecuente los psicólogos y trabajadores sociales en funciones forenses.". IBAÑEZ VALVERDE V J, pág. 2. PÉREZ DAUDÍ V, pág. 8. GONZÁLEZ DEL POZO J.P, pág. 431, refiere como a los pocos meses de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 con la finalidad de atender la demanda de dictámenes periciales psicológicos que se producían en los procedimientos matrimoniales en los Juzgados de Familia que habían comenzado a funcionar en Madrid, se constituyó de manera informal en dichos juzgados, un equipo de especialistas formados por psicólogos y trabajadores sociales para la realización de dichos informes periciales. Lo que comenzó como una solución pasajera se transformó, ante la buena acogida de los mismos, en la propuesta del Ministerio de Justicia de la creación en el año 1982 de los Equipos de especialistas para Juzgados de Familia de Madrid y Barcelona. En el año 1983 el Consejo General del Poder Judicial creó de forma experimental diecinueve equipos psicológicos para los Juzgados de Familia.

⁴⁷ Al amparo de lo establecido en el Libro VI, Título I, Capítulo I de la Ley Orgánica 6 / 1985 del Poder Judicial, en su artículo 473, se convocó por la Dirección General de Justicia del Ministerio de Justicia la primera convocatoria de oposiciones para cubrir las plazas creadas, tomando posesión la primera promoción en enero de 1988. A partir de esta disposición se introdujeron en distintos ámbitos de la jurisdicción, tanto en Menores, como en Vigilancia Penitenciaria, y en las Oficinas de Asistencia a Víctimas creadas a partir de la Ley 35 / 95. De igual forma, y conforme se produce el traspaso de competencias en materia de justicia a las distintas comunidades autónomas, los especialistas pasaron de depender del Ministerio de Justicia, a las distintas Comunidades Autónomas existiendo en la actualidad los que dependen del Estado al no haberse transferido las competencias de Justicia a las Comunidades Autónomas.

⁴⁸ PÉREZ DAUDÍ V, pág. 8, manifiesta que existe una total indefinición de cómo se organizan y gestionan los equipos técnicos judiciales y como intervienen en el proceso judicial. Lo que motiva que los integrantes de estos equipos se hayan atribuido la defensa de los intereses del menor.

⁴⁹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, pág. 105, citando al Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 391, de la VIII Legislatura de la Comisión de Justicia en su Sesión nº 23, celebrada el martes 10 de octubre de 2005, manifiesta "El equipo psicosocial no está en la ley, no existe. Todo lo que podemos plantear como similitud, por ejemplo, es con el forense en el ámbito penal. El forense esta regulado y tiene su posición clarísima. El equipo psicosocial es un funcionario fantasma del Ministerio de Justicia, que cobra del Ministerio de Justicia, que lo hay, se dice, adscrito a un Juzgado u otro, pero que ni en la Ley orgánica ni en la ley procesal está,". Sin utilizar

psicosociales ha sido objeto de tratamiento en diferentes ámbitos jurídicos, en el sentido de la necesidad de regularlos de manera específica. Así se solicitaba en el encuentro promovido por el Consejo General del Poder Judicial y la Asociación Española de Abogados de Familia celebrado en Madrid los días 17, 18 y 19 de Noviembre del 2003, y en las II Jornadas de Jueces de Familia, de Incapacidades y de Tutelas celebradas en Barcelona en septiembre del 2004. A partir 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 se hacen explicitas referencias a estos Equipos, concretamente en el artículo 92.6 y 92.9 del Código Civil, y en el artículo 770.4 y 777.5 de la LEC, utilizando la expresión de Equipo Técnico Judicial. A raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/ 2009, donde se avala que la audiencia del menor puede llevarse a cabo mediante la actuación de los Equipos sin que sea necesario que ésta se realice ante el Juzgador, la importancia de los Equipos ha aumentado considerablemente. Efectivamente como señala el Tribunal Constitucional la audiencia no tiene otra finalidad que el Juzgador conozca la opinión del menor, y esto se cumple al remitir los Equipos el informe al Juzgador, en donde se hace constar las opiniones manifestadas por el menor⁵¹.

Su condición laboral es la de personal contratado al servicio de la Administración de Justicia Autonómica en el caso de Comunidades con las competencias, o bien, dependientes del Ministerio de Justicia en las que aún no disponen de esta competencia. Su mantenimiento depende del dinero de los contribuyentes y no de las partes que solicitan sus servicios. CUENCA ALCAINE destaca como dato curioso que los psicólogos que conforman estos equipos no suelen estar colegiados en los respectivos Colegios de Psicólogos para evitar tener que someter su actuación a los controles deontológicos.⁵²

Sobre la naturaleza jurídica del dictamen emitido por los componentes del Equipo Psicosocial se ha planteado por la doctrina una dualidad.⁵³ De un lado, los que le niegan el carácter de prueba pericial al considerar que ni en la designación del perito, objeto de la pericia, ni en la forma de emisión del dictamen se puede equiparar a una auténtica prueba pericial. De otro, los que consideran que a pesar de tener unas características especiales, es una

los términos de fantasmas ni ilegalidad, la falta de una regulación específica para estos Equipos, se recoge como una circunstancia que debe ser solucionada por el Legislador en las CONCLUSIONES DEL SEMINARIO "Encuentro de Jueces y Abogados de Familia: Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de Familia", organizado por el Consejo General del Poder Judicial y la Asociación de Abogados de Familia, celebrado en Madrid los días 17 a 19 de noviembre del 2003, al manifestar dentro de la conclusión 9º "Se insiste en la necesidad de dotar a los Equipos Técnicos adscritos a los Juzgados de Familia de un marco jurídico que los regule en especial en cuanto a su composición y funciones buscando una mayor calidad en los servicios que prestan." Esta petición ha sido una constante, puesto que en el III ENCUENTRO DE MAGISTRADOS Y JUECES DE FAMILIA Y ASOCIACIONES DE ABOGADOS DE FAMILIA celebrado en Madrid los días 28, 29 y 30 de Octubre del 2008, se recoge dentro de las conclusiones en el punto 4º "Dotar a los Equipos Técnicos de un marco jurídico que los regule en cuanto a su composición y funciones buscando una gran calidad de los servicios que prestan."

- 50 GONZALEZ DEL POZO J.P, pág. 432.
- 51 MIRANDA ESTRAMPES M, pág. 39.
- 52 CUENCA ALCAINE B, pág. 2.
- 53 GONZALEZ DEL POZO J.P, pág. 435 y ss.

prueba pericial dado que aporta al Juzgador una serie de conocimientos científicos, y técnicos que ayudan para resolver sobre las pretensiones deducidas en el proceso.

Asimismo surge otro motivo de discusión jurídica en el sentido de considerar al dictamen emitido por los Equipos como un documento administrativo dado que los autores del mismo es personal contratado por la Administración. En tal caso gozaría el documento de la fuerza probatoria que se establece en el artículo 319.2 de la LEC. Por lo que los hechos que se refieran en el documento gozarían de certeza a efectos de la sentencia, salvo que por otros medios probatorios se desvirtuarán. GONZALEZ DEL POZO J.P niega este carácter de documento público a los dictámenes precisamente porque sus autores no son funcionarios públicos, pero si reconoce que podría plantearse la duda con respecto a si es un documento administrativo. No obstante el autor concluye con la negativa a esta posibilidad dado que el dictamen no ha sido realizado siguiendo las normas de un procedimiento administrativo ni procede de un órgano administrativo. La información obtenida en dicho dictamen no ha sido obtenida a través de documentos públicos, sino por testimonios de referencia, los cuales no pueden tener un plus de certeza per se.⁵⁴

3.B.2. METODOLOGÍA.

Hay que partir de la existencia de dos hechos, el primero, de que no existe una metodología estándar recogida en documentos o manuales oficialmente aceptados por los integrantes de los Equipos⁵⁵. El segundo, que por su especial carácter van a poder desarrollar la metodología con todos los miembros del núcleo familiar al estar amparada su actuación por la designación judicial. Es una realidad que estos peritos pueden entrevistarse con ambas partes, mientras que los peritos privados solamente habrán podido desarrollar las entrevistas con los miembros de su respectiva parte. Es lógico pensar que si el actor aporta una pericial, esta no habrá podido realizarse entrevistando a la demandada, precisamente por la segura oposición de esta

Con respecto a la metodología, existe una libertad en cuanto a la utilización de técnicas que dependen únicamente del saber y entender de cada miembro del Equipo. No obstante a pesar de esta discrecionalidad se puede establecer una metodología general de actuación, la cual según la doctrina se conforma principalmente de una serie de actuaciones que se concretan de la siguiente manera. La realización de entrevistas, las observaciones de interacción entre los progenitores y los menores y la práctica de pruebas psicométricas a los miembros del núcleo familiar. Con respecto a las entrevistas se desarrollarán buscando en primer lugar, una evaluación individual de cada uno de los cónyuges. En segundo lugar, de cada uno de los hijos del matrimonio. En tercer lugar, de los sistemas o patrones de relación existente entre los hijos, y de todos y cada uno de ellos con relación a sus progenitores. En cuarto lugar, sobre la influencia que la existencia de terceras personas puedan ejercer sobre el núcleo fa-

⁵⁴ GONZALEZ DEL POZO J.P, pág. 438.

⁵⁵ CUENCA ALCAINE B, pág. 3.GONZALEZ DEL POZO J.P, pág. 445.

⁵⁶ IBAÑEZ VALVERDE V.J Y LOPEZ Y LOPEZ R.Ma, pág .2

miliar. ⁵⁷ Por parte del asistente social se recabará información sobre la situación económica, laboral, socio- familiar y sobre las condiciones de habitabilidad.

Estas entrevistas pueden ser realizadas conjunta o individualmente. La conjunta pretende realizar una puesta en común o intento de mediación, el cuál en la mayoría de las ocasiones esta conducido al fracaso. La individual se realizará con la finalidad de obtener de cada uno de los entrevistados unas respuestas que ayuden a conformar el posterior informe o dictamen. Se pretenderá que se faciliten respuestas sobre los motivos no de la ruptura sino de la negatividad hacia la otra parte en cuanto a su idoneidad para desempeñar correctamente las funciones inherentes a la patria potestad. Se le preguntará sobre las capacidades del otro progenitor de cara al cuidado de los hijos y sobre las alternativas que ofrece frente al otro. Se intentará descubrir por medio del entrevistado, las cosas positivas que puede tener la otra parte y sobre todo de su reacción ante la posibilidad de que la pretensión del entrevistado no sea al final la que el Juzgador decida. Por supuesto se intentará averiguar la relación con los hijos, sus actividades compartidas, la repercusión de la ruptura en los hijos y la posible existencia de terceras personas en el entorno familiar. De igual forma se realizarán entrevistas con terceros que tengan información objetiva sobre la realidad del núcleo familiar, entiéndase educadores, profesores o vecinos.

Mención aparte merece la entrevista con los menores siempre que estos tengan madurez suficiente. Según los especialistas, con respecto al menor las exploraciones deben hacerse acomodando las mismas a su edad y madurez. Las preguntas serán formuladas, de forma clara, directa o indirecta, siendo aconsejable no formular aquellas cuya respuesta pueda suponer un posicionamiento del menor con respecto a las lealtades con sus progenitores. El contenido de las mismas, buscará profundizar en su entorno, en los comportamientos y relaciones con sus amigos y con sus progenitores, con el objetivo de averiguar por el menor quien se ocupa de su alimentación, llevarle al colegio, hacer los deberes, etc. Resulta evidente que el ejercicio de tales exploraciones deberá efectuarse con la calma y tranquilidad necesaria, sin que la presencia de los progenitores perturbe el resultado de las mismas. El Equipo pretende realizar un estudio que facilite la decisión del Juzgador, y el objetivo del mismo es intentar descubrir de la entrevista con el menor y su entorno cual es el verdadero interés del menor, desde una perspectiva pericial. A modo de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Sección 10^a de fecha 29-5-2014 recoge en su fundamento esta cuestión," *En efecto, el dictamen del Gabinete señalaba que ambos entornos presentaban limitaciones en*

⁵⁷ MARTÍN CORRAL S, pág. 39. señala que en la casi totalidad de los informes emitidos por los psicólogos forenses requerirán el estudio de un sistema familiar porque resulta difícil descontextualizar a un menor de su entorno, de ahí, que sea necesario conocerlo para poder realizar de forma efectiva un estudio sobre el mismo.

⁵⁸ CUENCA ALCAINE, B, pág. 3.

MARTÍN CORRAL S, pág. 53, en su condición de psicólogo forense da unas indicaciones sobre las entrevistas con los menores, indicando que cuando el menor no haya adquirido una capacidad óptima de comunicación verbal, el mejor indicador será observar sus reacciones cuando se encuentre cerca de su familia o sus apegos. Por el contrario, si el menor dispone de recursos orales pero éstos no están muy desarrollados, será necesario recurrir a otros elementos, tales como el juego, el dibujo, las fábulas o otras pruebas que permitan realizar evaluaciones adecuadas.

el estilo de crianza, que además en el caso del padre su horario laboral era poco compatible con el de los menores, y respecto a la madre, cuyo discurso resultó poco veraz, que delegaba gran parte de las funciones de custodia a su hija mayor, Camila y apreciaba deficiencias en el tratamiento de cuidados básicos. Por lo tanto, si en ambos medios existían limitaciones y si los hijos estaban en ese momento debidamente adaptados al entorno materno, situación que además garantiza la convivencia de los menores Genoveva y Clemente con sus hermanos de vínculo materno, procede ratificar dicha decisión .Ahora bien, haciendo caso a la recomendación del Gabinete, se acuerda que se realice por los servicios sociales de zona un seguimiento del entorno materno para confirmar que dicho medio familiar está siendo funcional y beneficioso para los menores, pudiendo en otro caso, a la vista de los informes que se emitan instarse demanda de modificación de medidas. Y en tal sentido se completa la sentencia de instancia."60

La exploración tiene como objetivo averiguar el interés del menor. Por lo que en aras de la consecución de éste objetivo, el Equipo deberá ser valiente en sus conclusiones y sincero con la realidad de lo experimentado, porque actuando de esta forma probablemente se contribuya a la determinación de dicho interés.

Estoy convencido que la exploración del menor ante el miembro del Equipo Técnico no tiene porqué suponer un perjuicio psicológico que deba ser evitado. Y ello es así, porque los profesionales que la llevan a cabo, normalmente tienen una experiencia que evitará dicho perjuicio. Siempre he defendido que el menor con madurez suficiente puede y debe participar de forma directa en todas aquellas situaciones de las cuales se pueda derivar un resultado que le afectara de forma directa⁶¹. Soy firme partidario que el menor debe ser oído por parte de quien va a tomar una decisión que le afectará. En todos los ámbitos del desarrollo del menor, se ha de procurar que este Derecho se haga realidad y desde luego su participación en la pericial psicológica es aconsejable y útil para su propio desarrollo porque el hecho de ser escuchado, le permite al menor ser consciente que la decisión que se adopte ha sido tomada teniendo en cuenta su opinión.

El segundo grupo de actos que componen esta metodología esta formado por las observaciones de interacción entre los progenitores que constituyen un mecanismo consistente en realizar encuentros bilaterales padre-menor, hermano-hermano siempre con presencia del psicólogo. La finalidad de estas prácticas hay que buscarla en determinar como es la relación entre los distintos miembros del núcleo familiar sin olvidar que al estar presente el psicólogo la actitud mantenida no será nunca la real. No obstante a pesar de esta última consideración, el psicólogo cuenta con experiencia suficiente para aún con esta premisa poder averiguar aspectos de la personalidad que escapan al resto de los profanos en la materia.

Por último, la realización de pruebas psicométricas y proyectivas a los padres y menores se configura como el tercer grupo de actuaciones metodológícas⁶². Se pretende obtener resul-

⁶⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10^a de fecha 29-5-2014(LA LEY 93007/2014).

⁶¹ RODA Y RODA D. El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El Derecho del menor a ser oído. Ed. Aranzadi .2014.

⁶² Existen dos tipos de pruebas, por un lado las denominadas psicométricas, que sirven para medir de forma

tados a través de ejercicios o tests, que sabiéndolos interpretar ofrecen mucha información al respecto. Es conveniente tener presente que ante la diversidad de los test

que se pueden aplicar, se deben realizar aquellos que realmente estén indicados para la finalidad que se pretende conseguir. De no hacerse así, los resultados finales de los mismos, desvirtuarán las conclusiones finales, lo que puede originar un claro perjuicio. Los test más usados son por un lado, el Cuida, dirigido a valorar la capacidad del sujeto para asumir funciones de cuidado de otra persona. Son 189 preguntas que deben ser contestadas marcando la casilla de bastante de acuerdo, o desacuerdo. Es criticado por considerar que este test valora más los sistemas educativos permisivos por lo que condiciona los procedimientos donde se discute la custodia, al conseguir las madres una mejor puntuación. En Cataluña este test no se aplica por considerar que no es objetivo.

Otro test utilizado es el denominado test de Mílon. Es un instrumento característico de la psicología clínica que esta diseñado para la detección de psicopatologías y esencialmente para decidir acerca del tratamiento que hay que aplicar a personas con graves problemas emocionales o de conducta, las cuales ya suelen estar en tratamiento de psicoterápia. Por lo que aplicarlo a personas que no tienen síntomas previos de patologías clínicas es uno de los motivos de que se critique la utilización del mismo. El uso de determinados test, cuya interpretación solamente puede ser realizada por el perito, y sobre todo al no facilitar en los informes o dictámenes las preguntas y respuestas de la persona que se ha sometido al mismo, es objeto de oposición por parte de los abogados especialistas en temas de Derecho de Familia.

No quiero obviar en este apartado otra circunstancia motivada por el hecho de si el Equipo que previamente ha realizado un estudio sobre el menor, debe estar presente en la audiencia que se le haga por parte del Juzgador y del Fiscal. Para resolver esta cuestión, es conveniente situar en el escenario al miembro del Equipo y dotarle de una finalidad que pueda justificar su presencia. Esta se contempla como un elemento de apoyo expreso del Juzgador, a la hora de formular las preguntas de cara a que éstas sean comprendidas por el menor, o bien se les formule de una manera que permita obtener la finalidad perseguida. También según la materia o la complejidad del tema a tratar, puede hacerse necesario la presencia de éstos durante la exploración, sobre todo cuando el objeto sea dilucidar aspectos de violencia sexual, o física entre los miembros de la familia⁶⁴.

Por lo tanto, en determinados casos concretos puede ser acertada la presencia de estos miembros durante la audiencia de los menores, como instrumentos de apoyo y asesoramiento al Juzgador, sin que deba suponer que su intervención o protagonismo, pueda llegar a superar al del Juez, quien en definitiva es el responsable de la práctica de la audiencia.

matemática un rasgo de la personalidad o de conducta, por ejemplo la inteligencia. Por el contrario las proyectivas, intentan descubrir rasgos de la personalidad del individuo, mediante la interpretación de sus reacciones ante estímulos determinados.

28

⁶³ En la página de la Asociación Europea de Abogados de Familia, se puede encontrar un estudio detallado y completo referente a la práctica y efectos de los test que se aplican en los procedimientos de guarda y custodia.

⁶⁴ FÁBREGA RUIZ C.F., pág. 17.

El resultado se reflejará en el correspondiente dictamen o informe psicosocial. En dicho informe se deberá expresar con claridad los elementos de hecho, las consideraciones, los criterios y metodología empleada, y por último la conclusión en forma de recomendación para que el Juzgador pueda apoyarse a la hora de tomar su decisión.

3.C. EL DICTAMEN PERICIAL.

La aportación de cualquiera de los peritos tanto los privados como los miembros de los Equipos Técnicos Judiciales en el proceso de familia se realiza mediante la emisión de lo que se conoce como dictamen o informe pericial. Un documento escrito donde se recoge los conocimientos y apreciaciones realizadas por el mismo sobre la cuestión objeto de la pericia. ⁶⁵ No puede obviarse que también puede emitirse el dictamen de forma oral dentro del proceso judicial. ⁶⁶

El dictamen se hará por escrito tal y como se recoge en el artículo 336.2 de la LEC y al mismo se acompañarán los documentos y materiales que se consideren necesarios para su valoración. Fundamentalmente en dicho informe o dictamen aunque no existe una normativa sobre la forma, se hará constar por un lado, la identificación personal y profesional de su autor, el objeto de la pericia, la descripción de que o a quienes va a peritar, las operaciones y metodología practicada tanto si es habitual como excepcional y por último las conclusiones de su pericia.⁶⁷ En el mismo, su autor podrá explicar, exponer, razonar, motivar y evaluar todo lo que considere oportuno y conveniente en relación con el objeto de la pericia.⁶⁸.

Se aconseja que sin perder su carácter de documento científico, debe estar escrito en un lenguaje claro y sin excesivas expresiones o términos científicos. El dictamen pericial tiene como destinatarios a personas legas en la materia del mismo, no esta dirigido a personas con conocimientos abundantes sobre el objeto del mismo, ni tampoco es una ponencia para un congreso. En algunas ocasiones los dictámenes en vez de realizar una función de auxilio al Juzgador, por su contenido y forma de elaboración crean más confusión y son altamente perjudiciales.⁶⁹

Lo que nunca debe hacerse es especificar de forma excesivamente detallada en el dictamen lo que el Juez a juicio del autor del informe debe adoptar. Me refiero a los informes en donde el psicólogo extralimitándose en sus funciones, indica en las conclusiones como debe de realizarse el régimen de visitas, indicando los días de la semana y las horas. O cuando manifiesta en las conclusiones quien de los dos progenitores debe de ostentar el modelo de guarda y custodia. Considero que estos informes exceden de la competencia atribuida por el ordenamiento jurídico e incluso por las partes, porque como señala la doctrina el objeto de

⁶⁵ CUENCA ALCAINE B, pág. 2. CARRERAS ESPALLARDO J.A. pág. 5 CALAZA LÓPEZ S, pág. 10.

⁶⁶ LOPEZ-MUÑI GOÑI M., pág. 208.

⁶⁷ CAMPO IZQUIERDO A.L, pág .17.FÁBREGA RUIZ C.F, pág. 20.CARRETAS ESPALLARDO J.A. pág. 6.

⁶⁸ CALAZA LÓPEZ S, pág. 5.

⁶⁹ CALAZA LÓPEZ S, pág. 11.

la pericia es la determinación de las relaciones entre los miembros de la familia, el análisis de las condiciones psíquicas y de la situación social de la familia. ⁷⁰ Puede parecer que estas conclusiones tan específicas están condicionando la resolución que el Juzgador deba adoptar. De todas maneras hay que matizar que en muchas ocasiones son las propias partes e incluso el Juzgador quienes requieren a los peritos para que se pronuncien sobre tales cuestiones con la finalidad de que les resuelvan la difícil cuestión.

3.C.1. FINALIDAD DE LOS INFORMES PSICOSOCIALES

Llegados a este punto es el momento de preguntarnos sobre la finalidad real de un informe psicosocial en un procedimiento de familia. Hay que distinguir que la misma es distinta en función de quien es el que solicita dicho informe, y quien lo realiza. Con respecto a los peritos, ésta debe consistir en aportar a las partes los conocimientos técnicos. Dentro de esta aportación indudablemente se debe perseguir únicamente la finalidad de resolver las dudas o interrogantes que las partes pueden tener sobre el objeto de la pericia. Si nos referimos a las partes intervinientes en el proceso, cuando solicitan esta prueba lo que pretenden por parte de los actores y demandados es que el Equipo determine cuál de los dos progenitores es más idóneo para poder desempeñar la guarda y custodia de los hijos y cómo debe de desarrollarse el régimen de visitas. Si el objeto del litigio versa sobre supuestos de adopción o acogimiento, lo que se pretende determinar es como puede afectar la separación de la familia biológica en el menor y como afectará su inclusión en la familia de acogida o adopción. El Juzgado, cuando acepta la práctica de la prueba pericial esta por un lado, facilitando que las partes puedan tener todas las pruebas que se consideren pertinentes y útiles con la finalidad

CUENCA ALCAINE.B, pág. 8. A modo de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza Sección 2ª de fecha 20-5-2014(LA LEY 68944/2014) refiere el dictamen y las recomendaciones, cuestión esta que personalmente no considero conveniente. Así podemos observarlo, "CUARTO.- En el presente supuesto se trata de un menor (Plácido) de 13 años de edad. El informe psicológico indica:" Plácido, de 12 años de edad, vive con su madre desde la separación de sus progenitores. Mantiene la relación con su padre según lo establecido judicialmente.- Ambas figuras parentales se encuentran presentes en su mundo, manteniendo una buena vinculación afectiva y conservando una imagen positiva de las mismas, describiendo características positivas tanto de su madre como de su padre.- Una vez llevada a cabo la evaluación de la situación familiar, no se evidencia la necesidad de adoptar medidas restrictivas en la relación paternofilial. El Sr. Javier manifiesta un gran interés y fuertes sentimiento afectivos hacia su hijo, así como una dinámica de interacción con él que responde de manera satisfactoria a las necesidades del menor.- Considero que sería altamente beneficioso para Plácido disponer de mayores periodos de permanencia con su padre que permitieran un incremento cualitativo de las interacciones con él, favoreciendo de esta manera el desarrollo de la relación paternofilial. Resulta totalmente necesario que ambos progenitores mantengan una mayor implicación y esfuerzo personal en el cumplimiento del tiempo que Plácido permanezca con cada uno de ellos para no frustrar sus expectativas, especialmente con el padre con el que se va a ampliar la convivencia", finalmente recomienda:" que permanezca con su madre y se relaciones con su padre con un sistema de visitas consistente en fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a l entrada del mismo y una tarde entre semana, recogiendo al menor a la salida del colegio. Una vez que haya transcurrido un periodo de seis meses aproximadamente, tiempo suficiente para la adecuada adaptación a la convivencia en el entorno paterno, se podría contemplar un sistema de periodos alternos por trimestres con cada uno de sus progenitores y un sistema de visitas de una tarde entre semana con aquel que no le corresponda la permanencia. Mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano."

⁷¹ CUENCA ALCAINE B, pág. 2.

de poder ejercitar sus derechos procesales, y por otro, como lego en la materia necesita esta información a la hora de poder resolver sobre el objeto del litigio. La Jurisprudencia básicamente considera que la finalidad de un informes psicosocial es tal y como se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de fecha 23-7-2013, Sección 5ª (LA LEY 12823/2013)," La emisión de un informe previo del gabinete psicosocial en el que se examine las reales posibilidades del padre de poder atender adecuadamente a sus hijos cuando tengan que pernoctar con él de acuerdo con el régimen ordinario previsto, el seguimiento del régimen de visitas intersemanal fijado en la sentencia durante estos tres meses, la posición de los menores con respecto a su padre e incluso la propia voluntad de éste de atenderlos y tenerlos en su compañía." La práctica forense permite afirmar que preferentemente son las partes las que solicitan el dictamen del Equipo con la finalidad de que el mismo ratifique sus afirmaciones previamente expuestas en su demanda o contestación. Lo que sucede es que en multitud de casos estos informes son o producen distintos efectos de los pretendidos. Así, en algunas ocasiones difieren grandemente de lo alegado por las partes, lo que hacen que la posición de éstas en el proceso, quede en una situación difícil. Si sucede de forma contraria, es decir, cuando el informe secunda las pretensiones de las partes, prácticamente se puede adelantar que el resultado del litigio será favorable. Por lo tanto para las partes y para sus pretensiones no es tanto el contenido del informe sino la influencia que éste ejercerá en el Juzgador.

3.C.2. APORTACIÓN AL PROCESO.

Los dictámenes periciales se pueden introducir en el proceso de dos formas distintas; por un lado, aportados juntos a los escritos de demanda y contestación, o bien, mediante la solicitud de la designación judicial de perito, de forma excepcional.⁷² Los aportados con la demanda o contestación aparecen regulados en el artículo 336.1 de la LEC. Estos dictámenes están sujetos a la preclusión de tal forma, que el actor debe aportarlos con la demanda y el demandado con su contestación en el plazo que se establece para la realización de la misma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 404 de la LEC. No obstante en el artículo 336.3 y en el 404.4 de la LEC se regulan excepciones, así para el actor, que podrá no aportar el dictamen en la demanda cuando se acredite que la demora en su interposición de dicha pretensión hubiera causado un perjuicio a la defensa efectiva de su derecho, y para el demandado, si puede justificar la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos en el plazo dado para la contestación de la demanda. En los supuestos referidos de no aportarlos en la demanda o contestación, deberán las partes en su caso de conformidad con lo establecido en el artículo 337.1 de la LEC exponer en sus respectivos escritos que informes periciales van a aportar, y cuando estos estén realizados, deberán darle traslado a la parte contraria antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o solamente para el actor antes de la vista en el juicio

El artículo 338 de la LEC establece una posibilidad de aportar los dictámenes periciales con posterioridad a la demanda y contestación. Si de la contestación de la demanda o de las alegaciones o pretensiones complementarias admitidas en la audiencia se considera necesa-

⁷² CAMPO IZQUIERDO A. L, pág .12 y ss.

rio. La posibilidad de aportar dictámenes periciales a raíz de la contestación de la demanda puede ser ejercitada tanto por el actor principal en el proceso civil como al demandante en la reconvención, cuando el demandado contesta a la demanda reconvencional.⁷³ Esta necesidad o utilidad permite a las partes aportar al proceso dictámenes periciales los cuales deberán ser entregados para el conocimiento de las demás partes con cinco días de antelación a la celebración de la vista o del juicio. Asimismo se deberá indicar por las partes si es necesario que acudan a dichos juicio o vista los peritos autores de los dictámenes, de conformidad a lo establecido en el artículo 337 de la LEC.

La normativa procesal vigente permite que sea el propio Juzgador, quien a petición de parte pueda designar al perito. El artículo 339 de la LEC establece tres supuestos en los cuales las partes pueden solicitar la designación de peritos por el Juzgador. En primer lugar, por el titular de la justicia gratuita, por cualquiera de las partes si consideran en sus respectivos escritos de demanda y contestación que es necesario para la defensa de sus intereses que se emita dictamen pericial, y por último cuando ambas partes como consecuencia de las alegaciones complementarias realizadas en la audiencia previa. En la audiencia previa las partes, solicitan la designación judicial de un perito, y esta pretensión debe ser acordada por el Juzgador siempre que estime que la prueba es útil, que exista conformidad de ambas partes en el objeto de la pericia y que estén dispuestas a aceptar el resultado de la misma. Solicitada y admitida la pericial, en aquellos Juzgados donde no existan Equipos Técnicos Judiciales, las partes pueden ponerse de acuerdo en el nombre del perito, en caso contrario el artículo 341 de la LEC establece el procedimiento para la elección por sorteo o insaculación. En primer lugar debe existir una lista de profesionales expertos que estén dispuestos a la realización de la pericia.⁷⁴ En segundo lugar, se procederá mediante sorteo del primero de la lista para la designación del perito en presencia del secretario judicial, a partir de esta se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo⁷⁵. En caso que la solicitud sea por la parte que goza de la asistencia gratuita, el nombramiento se realizará por designación directa de entre el personal técnico adscrito a las Administraciones Públicas o por conducto de oficio al organismo competente. En tercer lugar, y a posteriori, el perito designado judicialmente deberá aceptar el encargo, siendo nombrado una vez haya prestado juramento o promesa. Los peritos designados judicialmente pueden ser objeto de tacha si alguna de las partes considera que carecen de las condiciones especiales de objetividad, imparcialidad y honestidad que junto con sus conocimientos técnicos debe de reunir un perito. Fundamental las causas para ser tachado son por un lado, la relación de parentesco o afinidad dentro del cuarto grado con una de las partes o de sus abogados y procuradores. De igual forma si se tiene un interés directo

HURTADO YELO J.J, pág. 3. Considera el autor que no existe motivo para excluir al demandante en reconvención, puesto que al final el demandante en reconvención lo que realiza es introducir una demanda conexa con la principal, la cuál, tiene el mismo tratamiento procesal que la principal. Por lo tanto, ante la contestación de la reconvención, debe tener el demandante las mismas armas que el actor principal del proceso.

Durante el més de enero de cada año se interesará a los Colegios Profesionales que aporten un listado de sus colegiados. En caso de no existir Colegio Profesional, se hará con las Academias e Instituciones Culturales y Científicas la solicitud de aportar un listado de sus miembros que estén dispuestos en caso de ser llamados para la realización de la pericia.

⁷⁵ FÁBREGA RUÍZ C.F. pág. 22.

o indirecto en el asunto objeto del litigio o haber estado en una situación de dependencia o de contraposición de intereses con alguna de las partes o sus representantes legales y procesales, por último tener amistad o enemistad con cualquiera de las partes.

El Juzgador puede de oficio designar perito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 339.5 de la LEC si lo estima pertinente en los procedimientos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad, maternidad, sobre la capacidad de las personas y en los procesos matrimoniales. Asimismo y de forma excepcional puede solicitarlo el Juzgador dentro de las diligencias finales.⁷⁶

Una cuestión que ha sido debatida por la doctrina en relación con la posibilidad de aportación de dictámenes por las partes es el hecho de la posible desigualdad que puede producirse entre las partes. Tas partes con recursos económicos pueden aportar dictámenes periciales en las distintas fases procesales, por el contrario las partes que no tienen estos recursos han de solicitar dichas periciales durante el proceso y estarán sujetas a la admisión de la pericial por el Juzgador. Evidentemente si una parte con recursos aporta un dictamen pericial en su escrito inicial, éste estará incorporado en el proceso. Por el contrario una parte sin posibilidades económicas para hacer frente al importe de un dictamen pericial, y no siendo merecedor de justicia gratuita, deberá de solicitarlo como prueba y estar a expensas que el Juzgador lo considere oportuno y procederá a la designación pericial o en su caso lo solicitará al Equipo Técnico Judicial. No obstante, fruto de la experiencia es aconsejar a la parte que no se gaste el dinero en periciales privadas, dado el escaso valor que sus dictámenes tienen en el Juzgador. Por lo que si bien es cierto la desigualdad que se produce, no es una factor excesivamente importante en un procedimiento de familia, precisamente por esta última argumentación.

La intervención en el acto del juicio no depende del perito ni de las partes, sino del Juzgador. El hecho de elaborar un dictamen pericial no lleva inexorablemente unido el tener que intervenir en el proceso, todo dependerá de si el Juez considera pertinente que así se produzca. Lo que sucede es que normalmente, si las partes han presentado un dictamen solicitarán en la proposición de prueba la ratificación del mismo y la presencia de su autor en la vista para su exposición. Lo mismo ocurre cuando las partes han solicitado que sea designado judicialmente y se ha admitido por el Juez, se entiende que una vez elaborado el dictamen y entregado a las partes, se expondrá en la vista dicho informe. El único supuesto que esta claro que lleva aparejado inexorablemente la presencia del perito en la vista es cuando esta prueba es solicitada de oficio por el Juzgador, en los demás, aun siendo lo normal, cabe en

LUACES GUTIERREZ A.I, pág. 14, sobre la cuestión indica cuatro requisitos que deben de cumplirse para que el Juzgador pueda solicitar una pericial en el marco de las diligencias finales. En primer lugar, que la pericia tenga como objeto hechos relevantes y alegados previamente por las partes, en segundo lugar, que esos hechos hayan sido objeto de prueba pero haya resultado infructuoso el resultado de la misma, en tercer lugar, que hayan desaparecido las causas que impidieron arrojar un resultado satisfactorio y en cuarto y último lugar, que existan fundados motivos para creer que las nuevas diligencias de prueba permitan adquirir certeza sobre los hechos. Resulta evidente que las cuatro exigencias hacen que en la práctica no se utilize por el Juzgador esta posibilidad dentro de las diligencias finales. CALAZA LÓPEZ S. pág. 4.

⁷⁷ BLASCO SOTO C, pág. 16 y ss.

determinados supuestos que el Juez no lo estime conveniente, y simplemente se aporte a la vista el informe pericial, como una documental.

El perito interviene en el acto del juicio ratificando su informe pericial, exponiéndolo y sometiéndose en su caso a las preguntas de ambas partes y del Juzgador, con la finalidad de aclarar, explicar y defender el contenido del informe que en su caso se haya presentado. Durante su intervención, el Juzgador y todas las partes pueden requerirle aclaraciones de aquellas cuestiones controvertidas expuestas en su informe o incluso sin que figuren en el mismo, sobre cuestiones relacionadas con el objeto del litigio y en base a sus conocimientos. De igual forma, se le puede requerir que manifieste su opinión como experto sobre otro informe pericial que se haya presentado en la vista. Cabe la posibilidad, bastante frecuente, en los pleitos civiles que cuando existan dos o más peritos, el Juez disponga de celebrar la pericial de forma conjunta.

Algún sector doctrinal reclama que el Juzgador tenga más posibilidad de actuar durante la exposición del dictamen pericial, con la finalidad de enriquecer el debate. Po No comparto este posicionamiento doctrinal máxime cuando el Juzgador puede por encima de las partes, interrogar, solicitar aclaración y cuestionar in situ el contenido del informe pericial. Las partes pueden solicitar aclaraciones o preguntas que pueden ser declaradas impertinentes por el Juzgador, por el contrario nadie puede declararle impertinente ninguna pregunta formulada por él.

3.D. VALORACION DE LA PERICIAL.

Para poder dictar una resolución que resuelva el litigio, el Juzgador una vez finalizada la fase probatoria, debe proceder a valorar todas y cada una de las pruebas practicadas. La prueba pericial no se encuentra exenta de este ejercicio intelectual. La valoración implica la determinación de las consecuencias que se deben extraer de cada una de ellas y analizarlas en relación con las pretensiones de las partes que han intervenido en el proceso. Para la realización de esta valoración la doctrina diferencia dos etapas. ⁸⁰ Por un lado la primera, consistente en el análisis individual de cada una de ellas para establecer con exactitud los elementos que proporcionan y cuáles son las afirmaciones que se puede extraer de las mismas. La segunda, supone el análisis de modo individualizado de las eventuales incidencias acaecidas durante la práctica de la misma, que pueden afectar al contenido. Con respecto a la valoración de la prueba pericial la Audiencia Provincial de Madrid Sección 22, en sentencia de fecha 14 de junio de 2004, refiere dos operaciones que se deben realizar por el Juzgador en el proceso de valorar la prueba pericial. Si bien en la sentencia se hace referencia a la pericial

⁷⁸ GIL VALLEJO B, pág. 8, afirma que en el proceso civil la ratificación del informe se puede llevar a cabo en el mismo acto de la vista, o bien, previamente ante el secretario judicial de conformidad a lo previsto en la LEC. No obstante defiende el autor que en el proceso civil no es necesaria la ratificación del dictamen por el perito designado por las partes, porque la prueba no pierde su condición ni dejará de ser tenida en cuenta por el Juzgador aunque no haya sido ratificada. Solamente el perito designado por el Tribunal debe de ratificar su dictamen pericial como una mera autentificación del mismo. CALAZA LÓPEZ, pág. 6.

⁷⁹ CALAZA LÓPEZ S, pág. 33.

⁸⁰ ILLESCAS RUS A.V.(2010), pág.1.

en general, perfectamente se puede aplicar a la desarrollada en una procedimiento de familia, dice así, "Se trata de dos operaciones diferentes: una primera, denominada de apreciación o interpretación, y una segunda, de valoración en sentido estricto. En el primer estadio-de apreciación- pueden diferenciarse a su vez dos momentos : En el primero, el juzgador ha de analizar separadamente todas y cada una de las pruebas aportadas o desenvueltas para establecer con la mayor fidelidad y exactitud cuáles sean los precisos elementos que proporcionan separadamente cada fuente de prueba, y desvelar cuáles sean las afirmaciones que cabe extraer como consecuencia de ese examen en función de su índole: lo declarado por las partes o por los testigos en los correspondientes interrogatorios; el contenido de los documentos u otros soportes aportados al proceso; lo percibido en el reconocimiento; y la información proporcionada por los peritos Respecto de estos últimos la interpretación consiste en el examen del dictamen emitido junto, en su caso, con los documentos, materiales o instrumentos complementarios que aquél haya decidido adjuntar y, eventualmente, con las observaciones, aclaraciones o explicaciones complementarias ofrecidas en el acto de la aclaración. Se agota en una mera labor de constatación y análisis del significado real de los datos, conclusiones y juicios de valor consignados en aquél y en el acto de documentación de la intervención oral de los peritos, en orden a precisar el exacto contenido y alcance de las palabras. Este cometido ha de realizarse siempre con cualesquiera medios de prueba, pero es particularmente necesario en el caso de la pericial. Se trata de una labor intrincada que excede del simple examen semántico, en cuanto requiere constatar los extremos sobre los cuales se ha pronunciado el perito y su correspondencia con las afirmaciones de hechos oportuna y tempestivamente introducidas por las partes... En un segundo momento, debe calificar, asimismo de modo individualizado y en atención a las características particulares de cada medio y a las eventuales incidencias acaecidas durante su práctica —tachaduras, raspaduras o enmiendas en los documentos; existencia o no de firmas, sellos u otros medios de autenticación; contundencia, vacilaciones o contradicciones en las partes y los testigos al deponer o introducción de hipótesis o conjeturas; recusación de peritos; tacha de peritos o de testigos; aclaraciones o rectificaciones del dictamen, etc.—, la idoneidad objetiva y en abstracto de los resultados que arrojen para asentar sobre aquellos su convicción.» 81.

Asimismo para una completa valoración de la pericial, el Juzgador tendrá que analizar las máximas de la experiencia proporcionadas por los peritos. Este análisis consistirá en examinar los dictámenes aportados en su caso, con los documentos y materiales complementarios sin obviar las explicaciones ofrecidas en la vista y las respuestas dadas a los interrogantes de las partes. En definitiva se trata de una valoración de la significación real de los datos, conclusiones y juicios de valor que se han consignado en el dictamen pericial. ⁸² No se puede negar que la tarea que ha de realizar el Juzgador es complicada, máxime si desconoce la terminología que haya podido emplear el perito. En las periciales psicológicas la dificultad se agrava puesto que aunque se considere que la misma es una "ciencia blanda", porque existe la creencia de que los asuntos que trata pueden ser abordables desde el sentido común o la cultura general, es un error pensar así, puesto que precisamente cuando es requerida una pe-

⁸¹ Sentencia de la Audiencia P. de Madrid 22 de fecha 14 de junio del 2004(LALEY140169/2004).

⁸² GONZALEZ DEL POZO J.P, pág. 455.

ricial psicológica es porque se considera necesario adentrarse en la psique de la persona, no en aspectos técnicamente materiales.⁸³

Obviamente este ejercicio volitivo excede de un simple examen gramatical, dado que el Juzgador tendrá que constatar los extremos que se manifiestan en el dictamen con las afirmaciones efectuadas por las partes durante la vista. De igual forma, deberá asegurarse que lo manifestado por el perito en su informe, coincide con lo solicitado por las partes a la hora de la proposición de la prueba o de lo pedido por el Juzgador. Tendrá que valorar si las recomendaciones o conclusiones del perito encuentran su acomodo en la realidad de los hechos enjuiciados que le permita al Juzgador tomar en consideración lo manifestado en el mismo para fundamentar su resolución. En el caso que existan diversos dictámenes periciales en un mismo procedimiento, incluso de materias distintas pero relacionadas con el objeto del pleito, deberá el Juzgador determinar las semejanzas que existen entre ambos y las diferencias. Teniendo presente que pueden existir puntos comunes entre ambos informes o que sean contradictorios en su totalidad. En el supuesto que dichos informes hayan sido realizados por los miembros del Equipo y otros por peritos de parte, no deberá prejuzgar que los primeros deben ser valorados por encima de los de parte en base a una presunta objetividad.

3.D.1 EL CRITERIO DE LA SANA CRÍTICA.

Teniendo en consideración los elementos anteriores, los Jueces valorarán los dictámenes en base al principio de la sana crítica. La propia norma así lo establece en su artículo 348 de la LEC, "El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica". Por este concepto se entiende la valoración efectuada de forma libre y discrecional por el Juzgador utilizando la razón y la lógica⁸⁶. No se encuentra obligado a tener en cuenta normas interpretativas en su valoración dado que no existen criterios que le obliguen a valorarlo de un determinado modo. Existe una contradicción entre prueba tasada, aquella cuya valoración viene establecida por el ordenamiento jurídico, y la de la sana crítica. No obstante tal y como

⁸³ MANZANERO PUEBLA A y MUÑOZ VICENTE J.M, pág. 4.

⁸⁴ FABREGA RUÍZ C.F, pág. 29.

Así a modo de ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia Sección 4ª de fecha 21-4-2014 (LA LEY 53679/2014), el Juzgador tiene en cuenta a la hora de resolver, los distintos informes periciales aportados tanto por psiquiatras como por el Equipo Técnico Judicial. Así aparece recogido en los fundamentos de Derecho." Existen, pues, en los autos informes médicos relativos al alcance de los padecimientos mentales que afectan a Doña Marina, considerándose acreditado que no son de la intensidad y magnitud de lo que se venía a afirmar en las sentencias dictadas en el procedimiento de divorcio, circunstancia esta que sí tiene trascendencia y especial significación para la modificación de la guarda y custodia en el sentido acordado en instancia, de guarda y custodia compartida, ya que se considera acreditado que la actora tiene capacidad adecuada para el cuidado y custodia de su hija menor de edad, aptitud esta que era reconocida incluso en la sentencia de divorcio dictada en grado de apelación, y en la que también se reconocía que se había encargado también del cuidado de su hija, no pudiéndose soslayar que en este procedimiento ya se emitió informe por la Psicóloga Forense del Gabinete Psicosocial, Doña Nicolasa, en el que se refería, en el apartado recomendaciones, que lo más conveniente para la menor era la custodia compartida."

⁸⁶ De la misma opinión CAMPO IZQUIERDO A.L, pág. 26. MAGRO SERVET V. (2007), pág. 7.

señala ILLESCAS RUS A.V. algunos pronunciamientos jurisprudenciales han considerado que las reglas de la sana crítica es un "tertium genus", a medio camino entre la prueba tasada y la de libre valoración. 87 De todas formas el autor reconoce que la opinión mayoritaria de la Jurisprudencia es considerar que la prueba pericial es una prueba de apreciación libre, por lo que el Juez no esta vinculado por las recomendaciones formuladas por los peritos. 88 CAMPO IZOUIERDO A.L con respecto a la sana crítica, hace referencia a dos elementos que según el autor la componen. Por un lado, los principios lógicos que se concretan en la razón, el sentido común, y la prudencia, que obligan al Juzgador a mantener la invariabilidad de los hechos reflejados en el dictamen, a la omisión de juicios contradictorios y a la exclusión de un tercer género entre la verdad o la falsedad de las proposiciones que hace que se tenga que descubrir la razón o la verdad que se sustenta en el informe pericial. En un segundo lugar, las máximas de la experiencia entendidas como los principios abstractos que derivados de la experiencia deben aplicarse de forma inexorable ante determinados supuestos.⁸⁹ Asimismo dentro del análisis que el Juzgador realiza amparado en la sana crítica ha de tener presente las cualidades intelectuales del perito así como las circunstancias que rodearon la pericia en el sentido de si se realizaron exámenes a las partes o a terceros de forma personal, si se ha contado con una determinada documentación etc. En definitiva que el Juzgador es libre a la hora de valorar la prueba pero esta libertad no es absoluta, al estar limitado por no poder incurrir en arbitrariedad ni en irracionalidad, sino simplemente utilizar el conocimiento, el sentido común y la lógica. Así lo establece entre otras sentencias la del Tribunal Supremo de fecha 13 de Junio del 2011 cuando dispone que "En segundo lugar y respecto a la valoración de la prueba de peritos, debe recordarse aquí que el Art. 348 LEC (LA LEY 58/2000) establece que debe valorarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica, por lo que solo si el juez actúa arbitrariamente, podrá impugnarse el resultado de su valoración" 90

Debido a la exigencia impuesta por el Tribunal Constitucional relativa a la necesidad de la motivación de las resoluciones judiciales se ha hecho necesaria una revisión del criterio de la sana crítica según la doctrina. ⁹¹ Esta revisión consiste en admitir como válido el

⁸⁷ ILLESCAS RUS. A. V, pág. 3.

CUENCA ALCAINE B. pág. 9. La autora hace referencia al modelo norteamericano ilustrando sobre la Norma Frye. Esta norma regulo el modo de interpretar los Juzgadores las pruebas periciales desde el año 1923 hasta 1993. Según la misma, las evidencias presentadas por el perito debían estar suficientemente establecidas de forma general en el campo al que perteneciera la pericia. A partir de 1993 se produce una ampliación consistente en que el Juzgador deberá tener presente unos aspectos tales como, que la teoría argumentada haya sido probada, publicada, aceptada de forma general en el ámbito científico y si tiene tasa de error conocido.

⁸⁹ CAMPO IZQUIERDO A.L. pág.26.

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 06-2011 (LA LEY 111589/2011).

RODRIGO DE LARRUCEA C, pág. 10 y ss. Debido a la exigencia impuesta por el Tribunal Constitucional relativa a la necesidad de la motivación de las resoluciones judiciales se ha hecho necesaria una revisión del criterio de la sana crítica según la doctrina. Esta revisión consiste en admitir como válido el criterio de la sana crítica únicamente cuando el dictamen pericial es objeto de un proceso de valoración racional y lógico. Por lo tanto, este criterio según la doctrina debe ser reformulado atendiendo a varios elementos. En primer lugar, que el Juzgador debe controlar el método tecnológico usado por el perito, y para ello solamente debe admitir aquella que sea producto de un método científico. En segundo lugar, se debe analizar la pericia conforme a criterios lógico deductivos sin

criterio de la sana crítica únicamente cuando el dictamen pericial es objeto de un proceso de valoración racional y lógico. Por lo tanto este criterio según la doctrina debe ser reformulado atendiendo a varios elementos. En primer lugar, el Juzgador debe de controlar el método tecnológico usado por el perito, y para ello solamente debe admitir aquella que sea producto de un método científico. En segundo lugar, se debe analizar la pericia conforme a criterios lógico deductivos sin descartar los elementos indirectos de valoración tales como la credibilidad, emotividad y claridad. Por último lugar, la plasmación de forma clara en la resolución judicial del control efectuado y de su valoración racional.⁹²

3.D.2. LA VALORACIÓN DEL DICTAMEN EN LA PRÁCTICA.

Todos los elementos anteriormente referidos, en la teoría resultan muy interesantes y convincentes, otra cuestión es la práctica real. En el ámbito del Derecho de Familia el Juzgador ante el informe psicosocial, sobre todo si éste es emitido por los Equipos Técnicos, dificilmente realiza una valoración siguiendo los parámetros aludidos. En la mayor parte de las ocasiones la realiza fundamentada sobre todo en el contenido de las conclusiones del dictamen. Efectivamente en los procedimientos de familia, especialmente cuando el objeto de la pretensión se sustenta en el modelo de guarda y custodia de los hijos menores, el Juzgador valora el informe pericial no como una prueba más, que junto con las practicadas engrosará los fundamentos de su resolución, sino como la única prueba. A modo de ejemplo, si el informe psicosocial desaconseja la custodia compartida, el Juzgador resolverá de conformidad con el informe. Así no lo encontramos entre otras en la sentencia dictada por la Audiencia de Valencia Sección 10^a de fecha reciente, concretamente el 15 de enero del 2014, cuando manifiesta "En el caso de autos debe tenerse en cuenta que a la vista del contundente informe del Gabinete Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia, mal puede acordarse la custodia compartida interesada por cuanto de dicho informe se revela claramente la conveniencia, en beneficio de la menor, de que la misma siga con la madre, sin acordar una custodia compartida, debiendo haber bastado al recurrente la simple lectura de dicho informe, por uva razón debe mantenerse dicha medida.".93 Si el informe se inclina por mantener la custodia a favor del padre en detrimento de la madre, el Juzgador resolverá siguiendo las indicaciones del informe. Así no lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 16- junio del 2014, al disponer "donde da cumplido explicación del porqué no se estima beneficioso acordar una custodia materna ni la compartida, bastando para ello la simple lectura no interesada del informe pericial obrante al folio 158 y siguientes, no desvirtuado en esta alzada al no haberse siquiera interesado la práctica de un nuevo informe por el Gabinete Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia, donde de forma harto clara en

descartar los elementos indirectos de valoración tales como la credibilidad, emotividad y claridad. Por último lugar, la plasmación de forma clara en la resolución judicial del control del médico y de su valoración racional.

⁹² CALAZA LÓPEZ S, pág. 5.

⁹³ Sentencia de la Audiencia de Valencia Sección 10^a de fecha 15-1-2014 (LA LEY 17985/2014).

sus conclusiones, que aconseja la custodia paterna de forma contundente, por lo que solo en beneficio de los mismos estima la Sala debe mantenerse la custodia paterna."⁹⁴

Se valora lo manifestado por los Equipos Técnicos tanto en su faceta técnica como en los aspectos meramente objetivos. Dándole una fiabilidad que no se le otorga a los informes de parte. Ejemplo lo tenemos entre otras sentencias la del Tribunal Supremo de fecha 2 de julio del 2014 donde se recoge lo manifestado por el Equipo en relación con el estado de los menores ". Ambos están debidamente atendidos y adaptados a su entorno inmediato, social y escolar, y no se ha evidenciado ningún desajuste ni emocional ni conductual, ni que hayan existido dificultades de adaptación a los cambios personales y familiares." "95 Estos datos son aceptados por el Juzgador porque han sido informados por los miembros de los Equipos, no sometiéndolos a contradicción.

En la práctica y salvo excepciones el Juzgador acogerá el contenido del informe pericial si éste proviene del Equipo Psicosocial como fundamento único de su argumentación siendo lo que plasme en su resolución, incluso por encima de otras pruebas practicadas en la vista. Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Sección 10ª de fecha 29-5-2014(LA LEY 93008 / 2014), se puede comprobar esta circunstancia tal y como se hace constar en la misma "En el caso que se somete hoy a la decisión del Tribunal, no puede desconocerse el informe realizado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia (folios 182 y siguientes), que recomienda la atribución de la convivencia al actor porque aunque ello no esté exento de riesgos, ofrece alguna ventaja respecto de la guarda materna, pues ofrece un clima familiar más normalizado. Las razonadas conclusiones de este informe no son contradichas con solidez por ningún otro elemento de prueba, y, por el contrario, los últimos informes sociales, correspondientes al año 2.013, obrantes en la pieza de medidas provisionales (folios 167 y 178), expresan la existencia de factores de riesgo en el entorno materno".

En el mismo sentido, nos encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia Sección 4ª de fecha 21-4-2014 (LA LEY 54601/2014), donde textualmente se reconoce lo siguiente "Asimismo se considera que la custodia compartida no perjudica al interés de la menor, sino antes al contrario, como se indica en el informe pericial psicológico, debiéndose indicar que al informe emitido por la Psicóloga, Doña Juana, se le concede valor probatorio al amparo de la facultad que confiere el artículo 348 LEC (LA LEY 58/2000), y ello teniendo en cuenta que en el mismo se hace un estudio exhaustivo de la situación relativa al padre y a la hija menor y que no existen otros datos que hagan dudar de la veracidad de las conclusiones que se refieren en el mismo y antes relatadas, pues es significativo que la parte se limitó a solicitar la práctica de un informe psicológico, sin embargo, no aportó con el escrito de contestación a la demanda informe pericial alguno relativo a los supuestos perjuicios que se ocasionarían a la hija menor en el caso de alterarse el régimen de guarda y custodia vigente hasta la fecha en que se presentó la demanda de modificación de medidas.

⁹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Sección 10^a de fecha 16-5-2014 (LA LEY 93068/2014).

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2-7-2014 (LA LEY 79813/2014).

En relación con esta circunstancia algún sector de la doctrina plantea una paradoja en base a que si el perito interviene porque el Juzgador desconoce determinados conocimientos sobre una materia, cómo puede ser que el Juzz que no tiene conocimientos, pueda evaluarlos?. Evidentemente esta paradoja se explica por la circunstancia de que el Juzgador lo que realmente valora son los elementos indirectos tales como la capacidad, profesionalidad, e imparcialidad del perito mediante argumentos lógicos y basados en las máximas de la experiencia. Por lo tanto aunque no tenga conocimientos psicológicos, valorará éstos en función de la mayor o menor credibilidad que le ofrezca el perito. Personalmente discrepo de esta consideración porque con bastante frecuencia le ofrece mayor credibilidad los miembros del Equipo que los privados y no creo que eso se deba a que estos últimos no sean profesionales serios y respetados.

De todas formas como señala la doctrina y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo el Juzgador no tiene porqué estar vinculado por el informe pericial," *salvo cuando éstos se basan en leyes o reglas científicas incontrovertibles,*", por lo que no puede prosperar ningún recurso de apelación que se sustancia en error del Juzgador ante la existencia de conclusiones dispares y contradictorias de los dictámenes periciales. ⁹⁷ El Tribunal de Apelación solamente podrá determinar si la resolución del Juzgador a quo se ha basado en la arbitrariedad, en no respetar la lógica o ser contrario a las máximas de la experiencia. En la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª de fecha 7-12-2013 (LA LEY 123823/2013), se rechaza una recurso de apelación al considerar que el Juzgador de instancia ha valorado la prueba pericial de forma lógica no siendo admisible la pretensión del apelante de considerar que debe de admitirse el informe pericial en su totalidad y no solamente en una parte. Dado que esta parte es la que el Juzgador de instancia acepta por considerar más lógica y acorde con las máximas de la experiencia.

3.E.ASPECTOS CRÍTICOS.

En la línea de lo anteriormente expuesto, ha surgido una controversia entre los operadores jurídicos en relación a la intervención de los Equipos Técnicos Judiciales, su necesidad e inclusive su oportunidad. Por un lado, los partidarios del papel efectivo de estos profesionales denuncian la existencia de una campaña muy agresiva en los medios de comunicación contra su función⁹⁸. Se habla de "acoso y derribo", que se sustenta en la realización de campañas

⁹⁶ MANZANERO PUEBLA A. y MUÑOZ VICENTE J.M, pág .2.

⁹⁷ MAGRO SERVET V, pág. 17.

IBAÑEZ VALVERDE V.J. pág. 5, realiza unas acusaciones a determinadas organizaciones y colectivos como responsables intelectuales de estas campañas de descrédito. Es cierto que en determinadas direcciones en Internet, se puede comprobar que para algunas asociaciones principalmente de padres separados o partidarios de la custodia compartida, se cuestiona de forma incluso ofensiva la actuación de estos profesionales. No solamente se les acusa de ilegalidad al no estar recogida la figura de forma concreta en ninguna norma jurídica, sino que se les acusa de posicionarse de forma preferente y habitual a favor de la madre en la controvertida cuestión de la custodia compartida. De todas formas esta última crítica no es correcta, puesto que los Equipos en sus dictámenes se inclinan unas veces por la madre y otras por el padre. A modo de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª de fecha 15 de junio del 2009(SP/ SENT/ 466106), donde se revoca la sentencia y se le otorga la custodia al padre, entre otros fundamentos por el informe favorable a este cambio emitido por el Equipo Psicosocial. De igual

animando a la presentación por parte de los abogados en nombre de sus clientes de incidentes de nulidad de actuaciones en los procesos, en los cuales intervengan estos profesionales, facilitando incluso, modelos procesales para tal finalidad. Por otro lado, los detractores, exponen que lo manifestado por estos profesionales en sus informes es en la práctica totalidad de las ocasiones lo que al final el Juzgador va a resolver. Lo que hace que las demás pruebas carezcan de valor probatorio ante la presencia omnipresente de estos dictámenes.

La labor de estos profesionales por parte de los abogados se cuestiona, no en cuanto a su capacidad profesional, donde es dificil establecer criterios de trabajo, si no se tienen unos conocimientos previos, pero si en relación a la importancia y el protagonismo que asumen estos Equipos en los procedimientos de crisis matrimoniales. Es una realidad que en la mayoría de las ocasiones, los Juzgadores en todas las instancias adoptan sus decisiones, tomando como base de forma prácticamente exclusiva, los dictámenes de estos Equipos. A modo de ejemplo el TSJ de Cataluña revoca una sentencia, porque el Tribunal a quo no ha tenido en cuenta el informe del Equipo manifestando "La valoración del informe de los especialistas efectuada por el tribunal de instancia se revela claramente ilógica en sus conclusiones..." La dependencia llega al extremo de que ocasiones los Jueces hacen como propias en la resolución que resuelve los mismos términos y expresiones utilizados por los especialistas en los informes, incluso sin hacer constar que son las de éstos 100. La razón que puede explicar esta desconfian-

forma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª de fecha 15 de julio del 2008. (DF. 18207), se le otorga la custodia al padre por el informe psicosocial contrario a la madre. Y la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, de fecha 17 de septiembre del 2009 (DF. 16540) De igual forma, mantienen la custodia a favor del padre debido al informe del Equipo Judicial, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12ª de fecha 6 de junio del 2008 (SP/ SENT/ 173286). De la misma manera se retira la custodia a la madre a favor del padre en virtud de lo manifestado por el Equipo Judicial, en la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª de fecha 4 de junio del 2008. (SP/ SENT/ 436524.

99 Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil, de fecha 3/3 / 2010 (EDJ 2010/ 11108).

A modo de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia Sección 4ª de fecha 10 de febrero del 2009 (SP/ SENT/ 453101), en ella en el dictamen de la psicóloga adscrita a la Sala, se dispone "Se propone por dicha perito, la custodia compartida flexible..." y en el fallo nos encontramos "debemos revocar y revocamos dicha sentencia, y acordar la custodia compartida por ambos progenitores sobre los cuatro hijos comunes, menores de edad, con criterio flexible...". Es decir que ni tan siquiera se molestan en buscar términos sinónimos, sino que trasladan al fallo, el dictamen sin ningún problema, incluyendo las mismas expresiones. De igual forma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4º de fecha 18-11-2010 (LA LEY 246868/2010) podemos encontrarnos como el Juzgador hace referencia incluso textual al contenido del informe psicosocial para fundamentar su resolución. "En este informe se refiere la documentación examinada, las entrevistas semiestructuradas con Doña Evangelina, D. Eladio y Estanislao, hijo, e informativas con el Director del Colegio Montepinar de El Esparragal (Murcia) y con la tutora del centro. En el apartado conclusiones del anterior informe pericial se refiere «1. Hemos podido comparar las conclusiones que se vertieron en el informe pericial emitido por la Psicóloga de la A.P. de Murcia con los datos recogidos por este mismo Gabinete en su día, considerándolos por nuestra parte válidos dado que coinciden con nuestras apreciaciones en aquel momento. 2. Contamos con referencias suficientes para valorar la aptitud paterna del Sr. Eladio ya que tiene una historia previa de separación en la que obtuvo en su día la custodia de sus dos hijos menores y de la que en su día se obtuvieron referencias. 3. Teniendo en cuenta que don Eladio no asume como ciertas, ninguna de las afirmaciones expuestas en su día y que motivaron la suspensión del derecho de visitas para con su hijo, albergamos serías dudas de que haya realizado algún esfuerzo para solventar los aspectos negativos detectados y las carencias puestas de relieve (su interés se ha centrado en demostrar que fueron erróneas) por lo que siguen en vigor al día de hoy. 4. Nos es incompresible, y el Sr. Eladio no ha explicado, qué motiva el que za de los operadores jurídicos hacia estos Equipos, se puede encontrar no en la existencia de los Equipos, ni por la forma de realizar su trabajo, sino por la excesiva dependencia que los Juzgadores suelen hacer de estos dictámenes. Se podría solucionar o por lo menos minimizar si entre otras medidas se adoptara por el Consejo General del Poder Judicial fomentar que los Jueces de Familia, o los que sin tener la especialidad, resuelven en los órganos unipersonales, realicen cursos de formación en materias de psicología infantil y pedagogía, que les permitieran tener un criterio personal con respecto al contenido de los informes elaborados por los Equipos Técnicos.

No suelen ser frecuentes las resoluciones judiciales que sean dictadas en un sentido distinto de los criterios que formulan los Equipos. No obstante existen y sus argumentos son tan respetables y jurídicos como las que se fundamentan en los informes. Así tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de fecha 16 de octubre del 2006 (395/ 06, CDJ. 1003737001), donde se rechaza el recurso de Apelación presentado, y se confirma la sentencia dictada en primera instancia en contra del criterio del Equipo Técnico, por su claridad es conveniente conocer "Esta Sala no pone en duda la capacidad y buen hacer del equipo Psicosocial, adscritos a los juzgados de Cáceres así como de su objetividad e imparcialidad en la confección del informe. Pero tampoco se puede desconocer la apreciación y valoración del Juez de instancia, que es el que tiene plena facultad para la valoración de los medios de prueba que havan operado en el procedimiento. Y con relación a la valoración del dictamen pericial del equipo Psicosocial, debemos de recordar que a tenor de lo dispuesto en el art 348 de la LEC, el Tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, que no es otra cosa que la lógica del sentido común. De ahí que la Jurisprudencia nos diga que no haya reglas generales preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, por lo que el juzgado de instancia no estará obligado a subrogarse al mismo, pudiendo adoptar una decisión distinta que es lo ocurrido en el caso que estamos enjuiciando". Asimismo tenemos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 4-2 de 2011, Sección 4ª (LA LEY 12460/2011), donde textualmente nos encontramos "habiendo manifestado los mismos al ser explorados, en el procedimiento de que dimana el presente recurso, su deseo de continuar viviendo con el padre, ratificando lo declarado por los menores en el procedimiento abreviado 4.739/09, siendo esta la circunstancia determinante del cambio de guarda y custodia, que se considera beneficioso para el

-1-

haya dejado pasar tanto tiempo sin realizar esfuerzo para modificar la situación y restaurar la relación padre-hijo y 5. Dada la edad (11 años) del menor, se encuentra en una etapa vital muy vulnerable en la que introducir cambios drásticos podría tener consecuencias imprevisibles, sin que en este caso se tenga suficiente certeza de que los supuestos beneficios superen los posibles riesgos. No debemos olvidar que es el interés de los menores el que ha de prevalecer sobre cualquier otro, incluido el de sus progenitores. "Consideramos conveniente que se mantenga en suspenso el Régimen de Visitas, hasta que el menor sea suficientemente maduro para tomar una decisión responsable al respecto y en tanto que el Sr. Eladio demuestre que ha asumido la problemática que en su día se detectó y que ha encaminado sus esfuerzos a paliarla"». Al anterior informe se le concede pleno valor probatorio por razones de imparcialidad y objetividad al amparo de la facultad que confiere el artículo 348 de la LEC, ello teniendo en consideración la metodología empleada para su elaboración y el hecho de que no se considera desvirtuado por los informes periciales, psiquiátrico y psicológico, realizados a instancia de parte y aportados con la demanda, documentos números 11 y 12, aceptándose los razonamientos de instancia en orden a la ineficacia de los mismos para dejar sin efecto lo afirmado en el informe pericial realizado por la Psicóloga, Doña Justa, así como lo declarado por ésta en el acto de la vista."

interés de los menores, pues en función de la edad de los mismos y su estado de madurez, se considera razonable el respetar su voluntad, ya que puede ser contraproducente y afectar a su propia estabilidad emocional el acordar de manera forzada el retorno bajo la guarda y custodia de la madre, no concediéndose por este motivo fuerza probatoria al informe del Gabinete Psicosocial, de fecha 6 de Julio de 2010, en el que se refiere que la guarda y custodia de los menores debe de continuar con la madre, ello al amparo de la facultad que confiere el artículo 348 de la LEC".

De todas formas hay que tener en cuenta cuales son las razones, que explican que los Juzgadores acepten de forma prácticamente exclusiva las conclusiones de estos dictámenes. En primer lugar, que por su formación, estrictamente jurídica, desconocen los criterios científicos que establecen a raíz de una entrevista personal, la capacidad o incapacidad, estabilidad o inestabilidad de una persona de cara a disponer de la guarda y custodia de los menores. En segundo lugar, consideran los Tribunales, y los propios Jueces de Familia unipersonales, que los dictámenes emitidos por los integrantes de los Equipos Judiciales gozan de imparcialidad al no ser aportados por las partes¹⁰¹. A modo de ejemplo de los muchos que hay, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 4ª de fecha 1 de febrero del 2010 (EDJ 2010/38028), donde se modifica la custodia a favor de la madre, en función del informe del Equipo. Informe que es considerado por la Sala como "De las pruebas practicadas, es especial me remitiré al informe psicosocial practicado por el equipo forense adscrito a este Juzgado por inmediatez y imparcialidad...". En la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 12 de fecha 13 de mayo del 2009 (LA LEY 169580/2009) se tiene en consideración únicamente el informe elaborado por una trabajadora social del Equipo del Juzgado, sin tener en cuenta otros informes realizados por psicólogos de parte. En la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª de fecha 22-12- 2011 (LA LEY 250900/2011) se hace realidad la consideración de la imparcialidad y objetividad de estos informes al afirmar "La pretensión formulada con carácter subsidiario debe desestimarse, pues lo argumentado en el recurso no ha desvirtuado lo razonado en la sentencia de instancia, debiéndose indicar que la custodia compartida acordada cumple con las exigencias previstas en el artículo 92.8 del Código Civil (LA LEY 1/1889), pues la misma se considera beneficiosa y conveniente para la menor, como se indica en el informe realizado por la Psicóloga Forense adscrita al Juzgado, obrante a los folios 386 a 397, Tomo II, informe éste emitido con la documental que se refiere y las entrevistas semiestructuradas con Doña Angelica, D. Eugenio y Clara, resultando también corroborada la conveniencia de la custodia compartida por el informe pericial aportado con la demanda y realizado por la Unidad de Psicología Forense de la Universidad de Murcia, folios 19 a 76, debiéndose indicar, en relación con lo alegado, que al informe realizado por la Psicóloga adscrita al Juzgado se le concede valor probatorio al amparo de la facultad que confiere el artículos 348 de la LEC (LA LEY 58/2000), por evidentes razones de objetividad e imparcialidad, y en tanto que no se considera desvirtuado por pruebas objetivas ni por los informes aportados a los autos y realizados a instancia de la apelante por Doña Carolina, siendo además este régimen el acordado en medidas

¹⁰¹ DE LA TORRE LASO J, pág. 1.

provisionales". No obstante, se debe tener presente el principio de contradicción y ante la existencia de varios informes

no deben primar los de los Equipos sobre los de los aportados por las partes por principio, sino como consecuencia del correspondiente razonamiento volitivo¹⁰². En tercer lugar, se defienden estos informes frente a los de parte, porque a juicio de los Tribunales, resultan más completos, al poder entrevistarse con ambos progenitores, a diferencia de los informes de parte, los cuales solamente pueden ser realizados entrevistando a una de las partes, la proponente¹⁰³. Esta evidente ventaja puede ser solucionada si se aplica lo dispuesto en las conclusiones efectuadas en el Seminario sobre Instrumentos Auxiliares en el ámbito del Derecho de Familia, al manifestar que en estos supuestos, deberá el Juez de proponer a las partes, la ampliación o complemento por el mismo perito judicial con la finalidad de la sobreexplotación de los menores¹⁰⁴.

3.F. EL ABOGADO ANTE LA PRUEBA PERICIAL.

La intervención del abogado en la prueba pericial se sustancia en dos únicas fases. La primera, cuando decide por la naturaleza del objeto del pleito, aconsejar a su representado que contrate con un perito psicólogo para la realización de un dictamen pericial que con posterioridad se incorporara al proceso en el momento procesal correspondiente. O bien, cuando en la fase de prueba solicita que por parte del Equipo Técnico o por perito designado judicialmente se elabore un dictamen pericial psicológico. La segunda, durante la vista, en la fase de realización de la prueba, al poder preguntar al perito por determinadas cuestiones o conclusiones que aparecen en el dictamen pericial y que le pueden beneficiar o perjudicar. Solamente durante estos dos momentos es cuando el abogado participa en la pericial. No

¹⁰² De esta manera lo reconoce la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10 de fecha 18 de julio del 2005 (DF 10321), cuando afirma " Todo ello, evidentemente no quiere decir que a priori se tenga que dar más valor a algún informe pericial en detrimento de los demás, incluido el del perito judicial. Ahora bien, hay que dejar claro que el juez en esta actividad no solo no esta vinculado por ninguno de estos informes, sino que puede discrepar de los mismos siempre que lo haga de un modo fundado y utilizando las reglas de la sana crítica." De todas formas también existen casos en los que existe una coincidencia entre los informes de parte y los del Equipo. Así sucede según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª de fecha 30 de octubre del 2007 (SP/ SENT/ 142911), cuando coinciden los informes periciales tanto de parte como el elaborado por el Equipo. De la misma opinión GONZÁLEZ DEL POZO, pág. 456.

¹⁰³ La Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª de fecha 29 de enero del 2009 (SP/ SENT/ 453053), realiza un elogio del dictamen del Equipo debido a la complejidad del mismo, manifestando no sin razón "La solución de la cuestión ha de partir necesariamente del contenido del informe psico-social puesta tanto el psicólogo Sr Hugo como la trabajadora social Sra Mari Juana han realizado un exhaustivo trabajo en orden a reflejar la historia social familia, historia de la pareja, entorno familiar del padre custodio y de la madre no custodia, variables de posición de los padres y abuelos, evaluación psicológica del menor, la madre, el padre y por último la valoración, conclusiones alcanzadas y la propuesta". De igual manera la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga Sección 7ª de fecha 30 de junio del 2008 (SP/ SENT/ 174668), califica el informe del Equipo "concienzudo y muy bien elaborado".

¹⁰⁴ CONCLUSIONES DEL SEMINARIO SOBRE INSTRUMENTOS AUXILIARES EN EL AMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA, celebrado en Valencia los días 17, 18 y 19 de febrero del 2010. SP/ DOCT/ 4480 pág. 12.

participa en la redacción del dictamen, ni en las entrevistas que se realizan a los distintos miembros del núcleo familiar, ni suele normalmente aconsejar al perito sobre los términos que deben figurar en el dictamen.

De los dos momentos de intervención del abogado en la pericial, el más importante es el segundo. Efectivamente una vez aportado el dictamen y en función del contenido de este, el abogado podrá adoptar dos actitudes durante la vista. Si le beneficia, simplemente tendrá que intervenir con la finalidad de que el perito en su intervención reitere de forma convincente los términos que le benefician haciendo hincapié en el método científico. Por el contrario, si le perjudica, intentará con pocas posibilidades de éxito, desacreditar ante el Juzgador el contenido del dictamen. Deberá hacerle preguntas con respecto a la metodología empleada intentando demostrar que no se ha utilizado de la mejor manera posible, o que el resultado de la misma no ha sido convenientemente interpretado, sobre todo cuando el perito aporta la realización de tests o pruebas psicológicas. Asimismo se procurará que el perito en las respuestas a las preguntas formuladas, incurra en cierto relativismo. Es decir, que aquellas cuestiones formuladas rotundamente en su dictamen, no lo hagan de igual forma en la vista. Esto se denomina relativizar las afirmaciones concluyentes. En cualquier circunstancia no es conveniente intentar desacreditar al perito en su formación académica, salvo que estemos ante una persona que no tenga titulación ni formación adecuada al objeto de la pericia. Si el perito es de parte, debe hacerse constar de forma reiterada esta circunstancia, a los efectos de mostrar tendencioso su informe. En caso de perito perteneciente al Equipo Técnico Judicial, es aconsejable no intentarlo. Obviamente el contenido del informe en cuanto a su calidad académica deberá ser objeto de atención, aunque salvo excepciones los informes sobre todo si son de parte, son meticulosos y llenos de referencias a estudios y teorías doctrinales que dificilmente el abogado podrá contrarrestar en la vista. Para concluir simplemente manifestar que si la pericial esta medianamente documentada y el resultado es contrario a los intereses de la parte, poco o nada se podrá hacer durante la vista, fundamentalmente por la dependencia que a las conclusiones del informe tendrá el Juzgador.

CONCLUSIONES

Una vez que hemos analizado la pericial en los procedimientos de familia, y formulado determinadas objeciones es correcto que se planteen posibles soluciones tendentes a mejorar en la medida de lo posible el ejercicio de esta pericial por parte de los peritos tanto privados como públicos.

En primer lugar, es conveniente que existan en cierto modo unos parámetros similares en función de determinados supuestos que eviten que sobre unos mismos hechos se pueda por parte de los Equipos formular tres dictámenes contradictorios entre si, lo que supone una dificultad añadida para que el Juzgador adopte una determinada resolución¹⁰⁵. En segundo

¹⁰⁵ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12 de fecha 19 de febrero del 2009 (SP/ SENT/ 451129), de su lectura se comprueba la existencia de tres informes emitidos por los Equipos Técnicos, en diferentes fechas, contradictorios entre sí, con respecto a la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, concretamente el padre. El Tribunal opta por el último, no por nada en concreto, sino porque era el último.

lugar, con respecto a los informes se deberán hacer constar las pruebas realizadas, así como los medios técnicos empleados, y documentación examinada. Preferentemente explicar en que consiste la prueba practicada y la finalidad que se pretende buscar. Esto permitirá no tener que preguntar en la vista sobre estas cuestiones y sobre todo facilitará a las partes la comprensión del dictamen. Sería muy conveniente que se aportaran las preguntas y las respuestas dadas en los test a los efectos de poder contrastar la interpretación de los mismos. En tercer lugar, siguiendo a GONZÁLEZ DEL POZO J.P se puede estudiar la posibilidad que los letrados de las partes puedan estar presentes en las diligencias de reconocimiento de los lugares como el domicilio de los litigantes o en las entrevistas de los trabajadores sociales con terceros, que pueden aportar información con respecto a los menores¹⁰⁶. En cuarto lugar, entregar los informes dentro de un plazo razonable para que puedan ser examinados por las partes con anterioridad a la celebración de la vista. No es de recibo dar traslado del informe a las partes con tres días de antelación¹⁰⁷. En quinto lugar, se deberán de ubicar preferentemente en la misma sede donde se encuentren en su caso los Juzgados de

Familia. Debiéndose invertir en medios económicos que permita la creación de nuevas unidades bien de forma permanente o bien de naturaleza itinerante para poder atender aquellas sedes judiciales que por su estructura organizativa carezcan en sus instalaciones de la presencia de estos Equipos¹⁰⁸. En sexto lugar ,se deberá potenciar que los Juzgadores que vayan a especializarse en resolver procedimientos de familia para evitar la dependencia de los informes psicosociales, se formen en el estudio de determinadas materias tanto referente a psicología evolutiva como pedagógica. De esta manera podrán realmente valorarse los dictámenes periciales. En séptimo y último lugar, los operadores jurídicos y especialmente los abogados deben solicitar la prueba pericial únicamente en aquellos supuestos en donde el contenido del informe puede servir realmente para la correcta defensa del interés del menor y no de sus representados.

BIBLIOGRAFIA CITADA.

- 1. BLASCO SOTO M^a. "La asistencia pericial gratuita en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000". *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 2000, págs. 1 a 31.
- 2. CALAZA LÓPEZ S. "El dictamen de peritos". Actualidad Civil, Nº 9, Sección A Fondo, Septiembre 2014, págs. 1 a 49.
- 3. CAMPO IZQUIERDO A. L. "La prueba pericial en los procesos judiciales". Diciembre del 2011. www.asemip.org/sistem/files, págs. 1 a 35.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ DEL POZO J.P, pág. 448. Esto es radicalmente rechazado por considerar que puede perturbar la labor del perito, en la conclusiones del Seminario sobre Instrumentos Auxiliares en el Ámbito del Derecho de Familia celebrado los días 17,18 y 19 de febrero del 2010 en Madrid, pág. 7.

¹⁰⁷ CONCLUSIONES DEL IV ENCUENTRO DE MAGISTRADOS Y ABOGADOS DE FAMILIA, celebrado en Valencia los días 26, 27, y 28 de Octubre del 2009. Pág. 12.

¹⁰⁸ CONCLUSIONES del III ENCUENTRO MAGISTRADOS Y JUECES DE FAMILIA Y ASOCIACIONES DE ABOGADOS DE FAMILIA, celebrado en Madrid los días 28, 29 y 30 de Octubre del 2008, pág. 5.

- 4. CARRERAS ESPALLARDO J.A. "Actividad pericial y responsabilidad de los peritos". *Noticias jurídicas*. Marzo 2014.
- 5. CASTILLEJO MANZANARES R. Guardia y custodia de los hijos menores. Las crisis matrimoniales y de pareja de hecho. Ed. La Ley. Madrid. 2007.
- 6. CONCLUSIONES Y INFORMES "Instrumentos auxiliaries en el ámbito del Derecho de Familia. Madrid, 17,18 y 19 de febrero del 2010.SP/DOCT/ 4480, págs. 1 a 7.
- 7. CUENCA ALCAINE B. Los dictámenes psicosociales en los procesos de familia. *Articulos doctrinales* septiembre 2014.www.noticiasjurídicas.es, págs. 1 a 14.
- 8. DE LA TORRE LASO J. "El informe pericial psicológico:criterios Judiciales y Jurisprudenciales". *Los papeles del psicólogo nº 73*, junio 1999,págs. 1 a 3.
- 9. DE LUIS CABARGA P y IBAÑEZ VALVERDE V.J. " Juzgados de Familia: Psicología jurídica o justicia psicológica". *Papeles del Psicólogo.* Nº 30 Junio 1087, págs. 1 a 5.
- 10. FABREGA RUIZ C. "La actuación de psicólogos y trabajadores sociales en los procedimientos judiciales"- *Diario la Ley. Nº 6247*. Mayo 2005, págs. 1 a 52.
- 11. GARCIA-CHAMON CERVERA E. "Desarrollo procedimental de la prueba pericial". La nueva prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Ordenación de la Edificación". Ed la Ley. Madrid 2007.
- 12. GIL VALLEJO B. "Naturaleza de la prueba pericial y la actuación del perito en el acto de juicio." *Diario La Ley, Nº 7818, Sección Doctrina*, 14 Mar. 2012, págs. 1 a 21.
- 13. GUILARTE MARTIN CALERO. C "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2008". *Revista para el análisis del Derecho, Indret,3*. 2010, págs. 1 a 23.
- 14. GUTIERREZ ROMERO F.M. "La pericial psicológicos en los delitos relacionados con la violencia de género". *Artículos Monográficos. SP/DOCT/* 17759. Septiembre 2013, págs.1 a 11
- 15. HERNÁNDEZ MARTINEZ-CAMPELLO C. "La prueba pericial médica: concepto, naturaleza jurídica y cuestiones generales". Ed. La ley 2008. Madrid,
- 16. HURTADO YELO J.J. "La aportación de dictámenes periciales como consecuencia de la contestación a la demanda". *El derecho. www. El derecho.com/tribuna/ civil*, págs. 1 a 7.
- 17. IBAÑEZ VALVERDE Y RODA V.J. Y LOPEZ LOPEZ.Mª " La función del psicólogo en los Juzgados de Familia". *Los papeles del psicólogo. Noviembre nº 16 y 17*. 1984. www. Papelesdelpsicólogo.es, págs.1 a 4.
- 18. ILLESCAS RUS A. V. *La prueba pericial en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.* Ed Aranzadi. 2002. Navarra.

- "Comentario artículo 348. Valoración del dictamen pericial. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil". Artículo Monográfico. Marzo 2010. SP/DOCT/13391, págs. 1 a 22.
- 19. IVARS RUIZ J. *La guardia y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil*. Ed. Tirant Monografía 2007. Valencia.
 - La prueba pericial. Ed Colex. Madrid 1995.
 - La prueba pericial. Ed. Colex. 1995. Madrid.
- 20. LOPEZ MUÑI-GOÑI A. *El procedimiento contencioso de separación y divorcio*. 6ª edición. Ed Colex. Madrid. 2000.
- 21. LUACES GUTIERREZ A.L. "Modalidades de dictamen de peritos en la LEC: especial consideración a su compatibilidad o incompatibilidad en el proceso.". *Práctica de Tribunales, nº 4.* Abril 2004, págs. 1 a 33.
- 22. MAGRO SERVET V. "¿Prueba pericial judicial versus pericial de parte?. *Diario La Ley, Nº 6637, Sección Doctrina*, 25 Ene. 2007, págs. 1 a 27.
- MANZANERO PUEBLA A. y MUÑOZ VICENTE J.M. "La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio en supuestos de abuso sexual infantil: reflexiones psicolegales." *Artículo monográfico*. SP/ DOCT/ 13930.
 Febrero 2011,págs. 1 a 13.
- 24. MARTIN CORRAL S, "Psicología forense en los juzgados de Familia" *Tratado de Psicología Forense*, Coord. Urra Javier, Siglo XXI, Madrid, 2002.
- 25. MIRANDA ESTAMPRES M, "La audiencia del menor en los procesos matrimoniales", *Revista Sepín* nº 40, 2005, págs. 18 a 23.
- 26. MOLINA BARTUNERO A. "Ética y deontología del Psicólogo Forense en los procedimientos de Familia". *Revista de Derecho de familia nº 59. "2013.*
- MONTERO AROCA J. La prueba en el proceso civil. Ed Thomson.civitas. 2005.
 Madrid.
- 28. PÉREZ DAUDÍ V. "La función del equipo técnico judicial en el proceso de familia (Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, Sala 2ª, de 29 de junio de 2009). *Diario la Ley nº 7320*. Enero 2010, págs. 1 a 9.
- 29. PÉREZ MARTÍN A.J. "El procedimiento Contencioso de separación, divorcio y nulidad" *El derecho de Familia y sucesiones en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil* . Dir Luis Zarraluqui Sánchez Eznarriaga., Ed. Lex Nova. Madrid.2001.
- 30. PILAR DE LUIS CABARGA Y VICENTE JOSE IBAÑEZ VALVERDE. "Juzgados de familia: Psicología jurídica o justicia Psicológica". Los papeles del Psicólogo, nº 30 Junio 1987.
- 31. PLANES MORENO Mª D. "Medios de prueba". *Los procesos de familia: una visión judicial*. Cor. Eduardo Hijas Fernández. Ed. Colex. Madrid 2007.

- 32. RIFE SOLER J.M. "Aspectos procesales referentes a la impugnación y valoración de la prueba pericial en el proceso civil" *Actualidad Civil nº 17*. 2010,págs 1 a 37.
- 33. RODRIGO DE LARRUCEA C. "La contradicción en el dictamen pericial: tratamiento conceptual de "la sana crítica" y efectos prácticos. *Diario la Ley nº 7494*. *Octubre* 2010, págs. 1 a 13.
- 34. SANTAMARIA PÉREZ Mª L. "Aspectos psicosociales relacionados con la protección de menores. Caso Práctico ". RDF nº 63. 2014.
- 35. SEONE PRADO V. "La pericial de los arquitectos". Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, págs. 1 a 20.
- 36. UREÑA CARAZO B. "¿ Es posible solicitar como prueba anticipada en un proceso de divorcio el denominado Informe Psicosocial?" *Diario la Ley nº 8332. Junio* 2014, págs. 1 a 20.
- 37. VELASCO NÚÑEZ E. "La prueba pericial". Diario La Ley, Nº 8258, Sección Doctrina, 25 Feb. 2014, págs. 1 a 23.
- 38. VILACHÁ DOMINGUEZ L. "Prueba: interrogatorio de las partes y de testigos. Referencia al testigo perito. *Diario La Ley, Nº 7153, Sección Tribuna, 14 Abr. 2009*, págs. 1 a 12.
- 39. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, *Derecho de Familia y de la persona*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2007.

EL DAÑO MORAL: DIFICULTADES PRÁCTICAS EN TORNO A SU PRUEBA Y VALORACIÓN

Andrea Salud Casanova Asencio

RESUMEN

El daño moral es una de las figuras jurídicas más controvertidas de nuestro Ordenamiento jurídico en los últimos tiempos. Apareciendo por primera vez en la célebre Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 2012, es un concepto de imprecisos orígenes, que aún hoy tiene en vilo a doctrina y jurisprudencia en cuanto a su delimitación y contenido, no pudiendo señalarse ninguna definición o categorización unánimemente aceptadas, como consecuencia de la naturaleza eminentemente subjetiva y abstracta de los derechos cuya infracción puede irrogar un daño moral.

El daño moral no goza de una regulación íntegra ni general en norma positiva alguna, no viniendo específicamente previsto en el Código Civil y estando incorporado únicamente en ciertas leyes especiales a los meros efectos de su propio ámbito de aplicación; lo que ha provocado, igualmente, amplias cuestiones en cuanto a su aplicación en la práctica diaria de los Tribunales.

Dos de las cuestiones más controvertidas en la actualidad, y probablemente de las menos exploradas por la doctrina, son las relacionadas con la prueba y la valoración del daño moral.

Estos aspectos han sido tratados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha sabido conformar una doctrina general que se ha visto desafiada por la aprobación de textos legales especiales que, previendo de forma expresa la concurrencia del daño moral, así como criterios de valoración del mismo, ocasionalmente con cierta vocación de generalidad, vienen a cuestionar algunos de los principios básicos del Derecho y de la teoría general de la prueba y valoración del daño.

Ahora es trabajo de la doctrina y la jurisprudencia el dar respuesta a estas acuciantes cuestiones, que tratarán de ser expuestas en el presente trabajo, junto a tentativas soluciones, con el fin de arrojar cierta claridad sobre una figura tan abstracta y debatida como la del daño moral.

ABSTRACT

Moral damage is one of the most controversial legal theories of the Spanish legal system. First recognized in the celebrated sentence issued in December 6, 1912 by the Spanish Supreme Tribunal, its origins aren't well known. Still today, it keeps authors and judges debating on its limits and specific content, with no consensus on a concrete definition and categorization for the concept, due to the inherently subjective and abstract nature of the rights whose violation may result in moral damage.

Moral damage receives neither a complete nor a general regulation in any legal text, as it is not specifically stated in the Civil Code. Instead, it is only contained in special laws to the mere effects of their own application; this has, as well, meant wide debates regarding its practical, daily application in the Tribunals.

Two of the most debated questions of moral damage currently, and probably those which have had less of an examination amongst doctrine, are those related to its proof and the measure of damages.

These aspects have been addressed often in the jurisprudence of the Supreme Tribunal, which has articulated a general doctrine—one which has been confronted by several special laws. These special laws contain what arguably are presumptions of damage and criteria for quantifying the resulting damage, and sometimes even lend themselves to general application. In doing so, they call into question some of the most basic principles of Law and of the general theory of damage proof and quantification.

The objective of authors and judges today is to find answers to these questions, which will be exposed throughout this paper, together with tentative solutions, in the aim to shed some light in a figure as abstract and controversial as moral damage.

I. INTRODUCCIÓN.

II. ¿QUÉ ES EL DAÑO MORAL?

- 1. Dificultad de dar una definición de daño moral.
- 2. Intentos doctrinales de definición y categorización del daño moral.
- 3. Aportes jurisprudenciales para la determinación del contenido y categorización del daño moral.
- 4. Otras clasificaciones.
- 5. Moderna extensión del concepto y críticas doctrinales.

Conclusiones.

III. PRUEBA DEL DAÑO MORAL.

- 1. Doctrina general de la prueba y prueba del daño moral.
- 2. Supuestos que presentan especiales dificultades probatorias.
- 3. Supuestos que requieren de una mínima o nula actividad probatoria por razón de su objeto.

Normas que incorporan presunciones de daño moral.

IV. VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL.

- 1. Doctrina general de la valoración del daño moral.
- 2. Normas que incorporan criterios legales de valoración del daño moral.

V. CONCLUSIONES.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

VII. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL CRONOLÓGICO.

I. INTRODUCCIÓN

Como por todos es sabido, el Derecho Civil es el derecho de la persona, el que se ocupa de sus vicisitudes en el tráfico jurídico y es, por ello, y de manera lógica, el orden jurídico que vertebra y complementa todos los demás sectores jurídicos del Ordenamiento. Sin embargo, a lo largo de décadas de evolución del Derecho, el Derecho Civil ha ido sufriendo modificaciones en cuanto a su objeto, pasando, en diversos momentos de nuestra historia legislativa, a centrarse en el ámbito patrimonial de las relaciones interpersonales, relegando a un segundo plano la otra faceta propia del Derecho Civil, la que lo posiciona como Derecho de la persona en sí misma considerada; los bienes personales, morales, de las personas.

Se trata de una tendencia conocida por algunos autores como la excesiva *patrimonialización* del Derecho Civil¹⁰⁹; muy presente en épocas tan relevantes a estos efectos como la de la codificación, en la que se alumbraron los distintos Códigos Civiles de los países de tradición románica, como el nuestro, dando como resultado códigos que regulan muy ampliamente los aspectos patrimoniales del tráfico, y no así o, al menos, no en la misma medida, lo tocante a los bienes morales o de la personalidad. Bienes, derechos e intereses que, de igual forma a como ocurre con los de carácter patrimonial, pueden resultar dañados o violados en el normal tráfico social y jurídico. Se trata, por tanto, de bienes que ostentan una particular significación en el Derecho de daños, dentro del cual, en la actualidad, y tras la requerida evolución jurídica que ha debido tener lugar para su aceptación, aparece recogida una categoría de daño, que es precisamente el que viene a ser objeto de estudio en el presente trabajo: el daño moral.

Podría decirse que el daño moral no es un concepto tradicional en nuestro Derecho. Más bien al contrario, han debido pasar décadas de evolución jurisprudencial para su completa aceptación, desde sus primeras manifestaciones siglos atrás, pasando, primero, por la indiferencia ante el concepto y, después, incluso por su negación, para llegar a la situación actual de la práctica jurídica, en la que se trata de una categoría, como decimos, aceptada, pero no exenta de polémica y discusión en cuanto a su contenido y sus límites concretos, así como su aplicación en los Tribunales de Justicia.

En efecto, el daño moral es aplicado ya cotidianamente y sin mayores escándalos (a diferencia de lo que sucedía tiempo atrás) por los órganos jurisdiccionales en sus pronunciamientos, pero no existe norma clara que establezca cómo ha de aplicarse, valorarse, o siquiera qué se entiende, exacta y concretamente, por daño moral. Esta realidad ha provocado, como no podía ser de otra forma, firmes críticas y amplios y acalorados debates entre la doctrina más autorizada, que discurre sobre las muchas aristas que el concepto presenta tanto en la teoría, como en la práctica.

Se trata, por tanto, de un tema de gran calado teórico que comporta, a su vez, una gran trascendencia práctica, y cuyo estudio es, en consecuencia, de gran interés.

¹⁰⁹ GARCÍA LÓPEZ, R.: Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia. Barcelona, Bosch, 1990, p. 15.

De los muchos aspectos controvertidos que plantea el daño moral, siendo imposible reseñarlos todos en un trabajo de estas características por motivos lógicos de espacio, nos centraremos en aquéllos que consideramos de mayor magnitud práctica, como son las dificultades percibidas por los Tribunales, y las partes actuantes ante los mismos en relación a la prueba y a la valoración del daño moral. Para ello, haremos una breve referencia a la definición y a la evolución del concepto, para situar al lector en la realidad de la figura del daño moral, y posteriormente pasar a ocuparnos tan detenidamente como nos sea posible de estas cuestiones.

Con el fin de dar luz a las mismas, expondremos el tema de estudio a la luz de la doctrina y la jurisprudencia estudiadas, planteando muchas incógnitas, y tratando de dar algunas soluciones, por tentativas que éstas sean, alrededor de la figura del daño moral.

II. ¿QUÉ ES EL DAÑO MORAL?

1. DIFICULTAD DE DAR UNA DEFINICIÓN DE DAÑO MORAL.

Como ya se ha apuntado, el daño moral es un concepto que no ha estado exento de polémica desde que comenzara a apuntarse entre la doctrina, tanto la propia como la producida a la luz de sistemas de Derecho extranjeros.

Ello no sorprende si se tiene en cuenta la *inefabilidad*, por expresarlo de alguna forma, de su objeto: los bienes morales o de la personalidad. Bienes que, tradicionalmente, como se indicaba ya en el apartado anterior, han gozado de menor significación legislativa que los de carácter patrimonial (por la tendencia comentada a otorgar más importancia a los aspectos meramente patrimoniales del tráfico jurídico); cuestión que va de la mano de la propia naturaleza difícil de concretar de estos derechos y que es, probablemente, una de las razones por las que existe menor claridad en cuanto a su enumeración, siendo imposible encontrar una relación cerrada o indiscutida de los mismos¹¹⁰, y razón, también, por la que el propio concepto de daño moral, a la postre, no ha estado exento de discusión en cuanto al contenido de los derechos que hubieran de gozar de protección bajo esta categoría jurídica específica.

Lo dicho enlaza directamente con la inexistencia de una definición legal de daño moral en nuestro Ordenamiento jurídico: precisamente por haber tenido este tipo de derechos un menor desarrollo conceptual y legal, también es predicable este déficit de regulación en cuanto a su específica protección positiva, no estando prevista específicamente en el Código Civil la categoría de daño moral y, por tanto, privándonos de la concreción que habría sido deseable al respecto, particularmente en un cuerpo de normas de la categoría del Código Civil. Efectivamente, en el momento de redacción del Código, en plena época de la Codificación y momento álgido de la preocupación del legislador por el Derecho Patrimonial, no se previó

AGUSTÍN CALVO advierte incluso acerca de la inconveniencia de realizar una lista cerrada al respecto: «dada la heterogeneidad de supuestos múltiples y diversos que se pueden configurar dentro del concepto, debemos huir de un sistema de lista capaz de englobarlos a todos; pues si lo hiciéramos, semejante lista quedaría pronto superada con el resurgimiento de nuevos supuestos.» (AGUSTÍN CALVO, M. G.: La valoración judicial en la indemnización por daño moral. *Revista General de Derecho*, nº 610-611, julio-agosto 1995, p. 8608).

expresamente la protección del patrimonio moral de la persona a través de esta figura¹¹¹. Así, aunque ya nadie discute que el daño moral encuentra su primera y primaria apoyatura legal en nuestro Ordenamiento en los amplios términos del artículo 1.902 del Código Civil, lo cierto es que éste no lo prevé expresamente ni, consecuentemente, lo regula.

Lo mismo ocurre con el Código Penal, al normativizar la responsabilidad civil derivada de delito, que avala lo que denomina como «perjuicios morales», sin llegar a extenderse en qué puede entenderse como tales¹¹².

Tampoco la Constitución Española, que, como corolario del reconocimiento al patrimonio moral de la persona, realiza una referencia expresa a éste en su artículo 15¹¹³, se detiene en ninguna consideración en relación al contenido de este patrimonio moral o a su tutela específica.

Estos comentarios se hacen extensibles, en cuanto a la falta de regulación expresa y detallada del daño moral, a normas posteriores a estos cuerpos legales: leyes especiales que prevén el daño moral de manera más concreta, como la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, la Ley Orgánica de Protección del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen, la Ley de Expropiación Forzosa, o la Ley de

Como acertadamente reflexiona RODRÍGUEZ GUITIÁN, el Código Civil tiene un claro espíritu economicista, persiguiendo fundamentalmente la protección del patrimonio y la regulación de las relaciones económicas entre los particulares, por lo que, dándose que la Constitución Española de 1978 busca una protección íntegra de la persona, es preciso reinterpretar las normas del Código para adaptarlas esta nueva visión consagrada en la Constitución (RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: Indemnización del daño moral contractual. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2614). Revista de Derecho Patrimonial, nº 16, 2006, p. 280). (Si bien, apuntamos nosotros, esta tendencia comienza a manifestarse décadas antes de la promulgación de la Constitución, cuando, como se verá, comienzan los Tribunales a preocuparse por el patrimonio moral de la persona).

Este Código realiza, primero, una referencia abierta al daño en su artículo 109.1, sin distinguir según su patrimonialidad o no: «La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados».

Continúa en el artículo 110 hablando de esta responsabilidad, y explicitando que comprende la restitución, así como la reparación del daño y, en último lugar, expresamente la indemnización de perjuicios materiales y morales, realizando, como se observa, una referencia expresa a los perjuicios morales, que también aparece en el artículo 113, al incluir, dentro del concepto resarcitorio, aquellos perjuicios materiales y morales que hubieran sido irrogados a sus familiares o terceros, refiriéndose así a la cuestión (antes reseñada) de los daños morales indirectos.

Recordemos que este artículo encabeza la sección dedicada a los derechos y libertades fundamentales (derechos que se contemplan en relación con el patrimonio moral por alguna sentencia del Tribunal Supremo, como la de 27 de julio de 2006, que más tarde se reseñará).

Podemos reseñar, a este respecto, que el contenido concreto de los derechos que quedan bajo la cobertura constitucional de este artículo no ha estado exento de debate. Así, por ejemplo, NAVEIRA ZARRA estima que el artículo 15 de la Constitución Española está protegiendo lo que acierta a llamar «incolumidad personal», que, según la citada autora, comprende el derecho a la integridad física, a la integridad psíquica, a la salud física y mental, al bienestar físico y psíquico, a la propia apariencia personal, y en general a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (NAVEIRA ZARRA, M. M.: *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual.* Madrid, ER, 2006, pp. 104 a 106).

Propiedad Intelectual; textos que serán analizados posteriormente, por su especial interés de cara a la prueba y valoración del daño moral.

2. INTENTOS DOCTRINALES DE DEFINICIÓN Y CATEGORIZACIÓN DEL DAÑO MORAL.

Probablemente para compensar esta falta de regulación legal del daño moral de la que hablamos, es vasta la doctrina que se ha dedicado a tratar de dar una definición del concepto e incluso categorizar el mismo en diferentes tipologías de daño moral¹¹⁴.

De entre la doctrina que a lo largo del último siglo ha intentado dar una definición del daño moral, encontramos múltiples autores (entre los que destaca, entre otros, DE CUPIS¹¹⁵) que han concedido definiciones *negativas* del mismo, que son, básicamente, las que lo caracterizan únicamente situándolo en contraposición al daño patrimonial. Es preciso resaltar que muchos de los autores que realizan este tipo de definiciones parten de la consideración del objeto del daño moral como todo daño que no susceptible de comprenderse en el daño patrimonial por tener por objeto un interés de naturaleza no patrimonial, o bien por carecer dicho daño de consecuencias patrimoniales; partiendo de la errónea premisa de que el daño moral no puede tener ningún tipo de efecto sobre el patrimonio o, incluso, de la idea de que el dinero es un medio inadecuado para el resarcimiento del daño moral, considerando que es imposible su valoración económica y su traducción en una suma monetaria, y llegando a estimar, incluso, que de hacerse esto se incurriría en una inmoralidad¹¹⁶ y, aún más, en un enriquecimiento sin causa¹¹⁷.

ÁLVAREZ VIGARAY, por su parte, reseña la línea de pensamiento según la cual, aun admitiendo las evidentes complicaciones prácticas, sería posible únicamente la reparación específica del daño, por no adecuarse la indemnización pecuniaria a la naturaleza del daño

¹¹⁴ La importancia de dar una idea precisa de lo que sea daño moral se manifiesta, como indica DÍEZ PICAZO, en el hecho de que, para conocer el límite de resarcibilidad del daño moral es imprescindible conocer el concepto, ya que, en contra de lo que ocurre con el daño patrimonial, del cual se admite una general resarcibilidad, no ocurre lo mismo en el plano de los daños morales, y puede decirse, como afirma el autor, que sólo se sabrá si se resarcen todos los daños morales cuando realmente conozcamos el concepto en toda su amplitud y hasta sus propios límites y, de manera inversa, sólo podremos conocer de manera precisa el concepto cuando conozcamos la forma en que el ordenamiento jurídico otorga protección a los derechos y bienes que conforman su contenido (DÍEZ PICAZO, L.: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V. La responsabilidad civil extracontractual. Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011b, p. 313).

[«]El daño no patrimonial no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial, en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación a un bien no patrimonial» (DE CUPIS, A.: El daño: teoría general de la responsabilidad civil [Ángel Martínez, trad.]. Barcelona, Bosch, 1975 [obra original publicada en 1966, 2ª edición], p. 122).

DE CUPIS lo reseña (para dar luego una opinión opuesta), diciendo que «intrínsecamente, se ha afirmado, que es imposible y repugna a la razón y al sentimiento, reducir a dinero el interés relativo a bienes como el honor, la integridad física, y todos los de esta índole» (*Ibíd.*, p. 364, 365).

¹¹⁷ GARCÍA LÓPEZ, R.: *op. cit.*, pp. 104,105.

sufrido¹¹⁸, al tiempo que existen otros autores más moderados y flexibles, como ALEMÁN MONTERREAL¹¹⁹, que admiten que, pese a ser la reparación específica la más idónea, ésta plantea una serie de problemas en la práctica que han de llevar a la admisión de la reparación del daño moral a través de la indemnización pecuniaria, por la imposibilidad material de restaurar el bien dañado¹²⁰.

Prolija es la doctrina que se ha dedicado a responder a éstas y otras cuestiones con el fin de hallar respuestas a las dudas suscitadas sobre la idoneidad de la indemnización pecuniaria como reparación del daño moral; para finalmente responder la doctrina mayoritaria que, en estos supuestos, la indemnización no tiene una función *equivalente*, como se da en el caso de los daños de carácter patrimonial, sino que tiene una función *satisfactoria*: efectivamente, el dinero no puede aquí sustituir el bien dañado, por la propia naturaleza del daño causado, pero sí podrá procurar sensaciones agradables que ayuden a equilibrar el patrimonio moral del sujeto, en una suerte de compensación¹²¹. También la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo acoge esta tesis, zanjando la cuestión al hablar, en numerosas sentencias, de esta función satisfactoria de la indemnización por daños morales¹²².

La función satisfactoria o compensatoria representa, por tanto, el fundamento que justifica la finalidad última reparadora del daño moral (entendiendo esta reparación, como decimos,

¹¹⁸ ÁLVAREZ VIGARAY, R.: La responsabilidad por daño moral. ADC, nº 19, enero-marzo 1966, p. 96.

¹¹⁹ ALEMÁN MONTERREAL, A.: Algunas observaciones sobre el daño moral. *Revista General de Derecho Romano*, nº 16, 2011 p. 7.

Destaca, y precisamente en sentido contrario, por inusual, la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2005 (comentada por SAN MARTÍN MAZZUCCONI, en SAN MARTÍN MAZZUCCONI C.: Daños morales tras la extinción del contrato de trabajo: responsabilidad de la empresa por difundir información falsa sobre el despido de una trabajadora. *Aranzadi Social*, nº 3, 2005, pp. 2504 a 2508), por cuanto se concede una reparación específica, consistente en la publicación del fallo de la sentencia (se trataba de un supuesto de difamación de una trabajadora), al darse que la actora no reclama cantidad metálica alguna (el propio Tribunal comenta que ésta le habría concedida, de haberla pedido, y que la única razón por la que no se concede es la clara congruencia que ha de seguir toda sentencia).

¹²¹ DÍEZ PICAZO, L.: El escándalo del daño moral. Navarra, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, p. 96.

Así, las STSS de 28 de febrero de 1964, y de 22 de abril de 1983 (en relación a un impactante caso de disparo de un menor a otro, que perdió íntegramente la visión de un ojo, y parcialmente la del otro), entre otras, hablan de que el daño moral debe actuar como «compensación de los sufrimientos del perjudicado», o, igualmente, las de 31 de mayo de 1983, de 25 de junio de 1984, y las en ellas citadas. Es muy clara, por su parte, la STS de 7 de febrero de 1962, mereciendo la pena transcribir parte de su texto: « (...) en los tiempos modernos se ha aceptado de modo definitivo el principio de la reparación del perjuicio moral, pues aunque los derechos de la personalidad no se acomoden a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de la reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto ("pretium doloris"), pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables (...)».

Es de todo punto evidente que, en casos como en el de la citada STS de 22 de abril de 1983, donde un menor pierde un ojo y parte del otro, una suma de dinero no podrá nunca reparar completamente el daño padecido; sin embargo, se trata, como dicen las sentencias recogidas, de compensar este daño en la medida de lo posible, aunque sea de manera imperfecta; no siendo esta imposibilidad de resarcir el daño de manera perfecta razón para desatender este tipo de supuestos, lo cual daría lugar a resultados totalmente injustos.

no como equivalente, sino como compensadora o satisfactoria), y, así, se identifica como la función principal del mismo tanto por doctrina como por jurisprudencia. Ha de reseñarse, no obstante, que en ciertas ocasiones se han otorgado otras funciones al daño moral, en concreto las de prevención y punición, pudiéndose así hablar de la funciones *preventiva*¹²³ y *punitiva* del daño moral. En cuanto a estas dos posibles funciones adicionales, cabe decir que, en nuestra opinión, habrían de tomar un carácter secundario con respecto a la función propiamente compensatoria de la indemnización por daño moral, y ello con independencia de que la previsión jurídica de una condena por daño moral en cierto tipo de supuestos pueda acarrear también ciertos efectos preventivos¹²⁴, con respecto al posible infractor (y quizás, también, respecto a la generalidad de la sociedad), así como punitivos, en cierta forma, una vez impuesta la condena pecuniaria. No en vano, y en concreto respecto de la función punitiva, el propio Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la misma en diversas ocasiones¹²⁵, así como también lo ha hecho la doctrina¹²⁶, si bien ha sido mucho más marcada por parte del

Por otra parte, DOMÉNECH PASCUAL hace hincapié en la función preventiva de la condena por daño moral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado (que, con sus actuaciones, puede causar daños morales a los particulares, entre otros), la cual provocaría un incremento del nivel de precaución por parte de las Administraciones al saber que han de responder por los daños que sus servicios causan (DOMÉNECH PASCUAL, G.: La cuantificación de los daños morales causados por las administraciones públicas. En Ibíd., pp. 574 a 576). No obstante, no podemos convenir con la especial preponderancia que el autor otorga a esta función en detrimento de la de reparación, respecto de la cual indica incluso que no es sensato que las víctimas reciban indemnización alguna, además de insistir en la idea de un aparente conflicto entre ambas funciones del daño.

Puede añadirse que es curioso que, mientras para el citado DOMÉNECH PASCUAL la función preponderante en sede de responsabilidad de la Administración es la de prevención, para otros autores ésta se identificaría más bien con la de punición (así, por ejemplo, CASAS PLANES, en CASAS PLANES, M. D.: Reflexión acerca del daño moral al enfermo psíquico derivado de actuaciones judiciales, y del funcionamiento anormal de la Administración Pública (propuesta de *lege ferenda*). La Ley: revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº 2, 2007, p. 1855).

- 124 En sentido similar a la opinión expresada se pronuncian ACCIARRI, H. e IRIGOYEN TESTA, M., al realizar un estudio acerca de la función de las normas y observar que, independientemente de la finalidad otorgada inicialmente por el legislador a una norma positiva, es posible que la misma adquiera, una vez aplicada en la práctica jurídica, una finalidad distinta o complementaria (ACCIARRI, H. e IRIGOYEN TESTA, M.,: *Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición*. En Gómez Pomar, F., Marín García, I. (dir.): *op. cit.*, p. 199).
- 125 Así se dice en sentencias como la de 21 de enero de 1957, y otras posteriores que la citan y recogen la misma fundamentación, como las de 18 de febrero de 1967, 23 de octubre de 1978, o la de 14 de mayo de 1973, indicando que « (...) estimada la realidad del daño moral, se pronuncia con evidente justicia la condena en dinero, que tiene tanto de punitiva como de compensatoria (...)».
- 126 Así, también refleja DÍEZ PICAZO esta realidad, al decir que siempre ha existido, más o menos oscuramente, la idea de que en el daño moral existe un elemento punitivo, indicando que, según el caso, preponderará más una función (la de compensación) u otra (la punitiva), siendo ésta última, en opinión del autor, más común en los supuestos relativos a daños contra el honor, intimidad e imagen (DÍEZ PICAZO, L.: op. cit., 2008, pp. 99 a 102).

¹²³ No son pocos los autores que aceptan esta función preventiva del daño moral. Así, por ejemplo, para GÓMEZ LIGÜERRE el daño moral debe ser compensado «no sólo para reparar convenientemente a la víctima, sino para desincentivar la causación futura de daños (...), pues no hay incentivo más perverso a la causación de daños que el que se provee al potencial causante de perjuicios que sabe que no habrá de compensar a las víctimas de su comportamiento por todas las consecuencias dañosas que les genere» (GÓMEZ LIGÜERRE, C.: Concepto de daño moral. En Gómez Pomar, F., Marín García, I. (dir.): El daño moral y su cuantificación. Barcelona, Bosch, 2015, p. 52).

Tribunal la tendencia, sobre todo recientemente, a expresarse en términos de resarcimiento o compensación al respecto.

La cuestión sobre las funciones de la indemnización por daño moral adquiere, en la práctica, más trascendencia de la que a priori parece tener; y es que no es lo mismo condenar teniendo en cuenta únicamente el daño causado, que hacerlo también en función de la reprochabilidad de la conducta de quien provoca el daño, o tratar de imponer una sentencia ejemplarizante que lleve implícito un fin de prevención general.

En nuestra opinión, en los pronunciamientos judiciales debiera siempre primar la función compensatoria, entendiéndose el daño moral, primordialmente, como un mecanismo resarcitorio (en su vertiente de compensación), que es lo que en puridad es o debe ser, atendiendo, así, al daño sufrido por la víctima para cuantificar la indemnización. Y ello, como decíamos, sin perjuicio de que, de manera secundaria, paralela o colateral, la misma pueda tener ciertos efectos punitivos o de prevención¹²⁷, que podrán llegar a ser incluso deseables en ciertos supuestos, pero que no deben ser la finalidad principal a tener en cuenta al valorar el daño (precisamente porque se valora, en efecto, *el daño*, y será éste el que se traducirá en una suma pecuniaria, objeto de la indemnización); debiendo tratar de evitarse, igualmente, cualquier tipo de influencia, al realizar la valoración del mismo, producida por una conducta especialmente reprochable del autor del daño, en tanto en cuanto esta conducta especialmente grave no influya efectivamente, por las circunstancias, en el daño infligido a la víctima, agravándolo en su caso¹²⁸.

A pesar de todo lo dicho, ha de mencionarse que sí existe un supuesto en el que la propia norma parece aunar el concepto del daño moral con el de la finalidad preventiva: el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En concreto, este artículo regula las indemnizaciones por infracción de derechos fundamentales, indicando, en su apartado primero, que deberá resarcirse tanto el «daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental», como «los daños y perjuicios adicionales» derivados de dicha vulneración. Tras decir esto, en su apartado segundo indica que la cuantía del daño se determinará «prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa»; criterio que plasma, en cierto modo, algunos de los criterios jurisprudenciales acerca de la prueba del daño moral (como veremos a lo largo del desarrollo del presente trabajo), con el objetivo tanto de «resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión», como de «contribuir a la finalidad de prevenir el daño». Como vemos, se introduce una mención específica a la finalidad preventiva de la indemnización, aunque, en nuestra opinión, no es posible saber con exactitud a qué componente de la indemnización viene referida.

Para GINÈS I FABRELLAS, sin embargo, esta previsión tiene más de punitivo que de preventivo (GINÈS I FABRELLAS, A.: Daño moral derivado de accidente de trabajo y enfermedad profesional. En Gómez Pomar, F., Marín García, I. (dir.): op. cit., pp. 509 a 511). En el mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ CARDO, quien lanza una interesante reflexión acerca de quién habría de ser el receptor de esta cantidad extra (que, en su visión, no es daño moral, sino sanción) que habría de sumarse a la indemnización en concepto de punición; puesto que, de recibirlo la persona agraviada, podría darse el injusto resultado de que fuera precisamente la víctima quien, por percibir una cantidad indemnizatoria que no le corresponde, habiendo sido su daño ya totalmente reparado, se enriqueciera injustamente. Como dice el autor (y nosotros lo suscribimos), la indemnización debe equivaler al daño causado (RO-DRÍGUEZ CARDO, I. A.: El resarcimiento de los daños morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración y cuantificación (II). Nueva revista española de Derecho del Trabajo, nº 169, 2014, p. 94 a 98).

Nuestra visión encajaría perfectamente, en este punto, con la recogida en los *Principles of European Tort Law* (o Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil, los cuales aspiran a la armonización de las legislaciones europeas en materia de Derecho de daños), en concreto en su artículo 10:301, dedicado al daño no patrimonial, que expresa lo siguiente: «(2) En general, para cuantificar tales daños, se tendrán en cuenta todas las

Y es que no debe olvidarse que, a la postre, existen otros mecanismos más adecuados para la consecución de estos fines que van más allá de la mera reparación, como son los del Derecho Penal o, mismamente, el Administrativo (en su vertiente sancionadora, principalmente), cuyo punto de mira se desplaza del daño sufrido por la víctima (caso del daño moral) a la conducta del infractor, y cuyas soluciones sirven mejor y de manera preponderante a los fines de prevención y punición¹²⁹. Es preciso poner la atención suficiente, no siempre observada por todos los autores, para distinguir, igualmente, el daño moral de otras figuras, incluso propias del ámbito civil, que pudieran parecer próximas, pero que realmente nada tienen que ver y que despliegan sus efectos, de similar manera, no en función del daño sufrido por la víctima sino en función de la conducta del infractor, como puede suceder, por ejemplo, en el caso de los daños punitivos¹³⁰.

Puede concluirse a este respecto, por tanto, que, si bien la indemnización por daño moral puede tener —y en ocasiones tiene- otras funciones secundarias, su función principal viene a ser la de compensación, entendida ésta no como una reparación puramente equivalente (como sucede, según decíamos, cuando se dañan bienes materiales o fácilmente cuantificables en dinero), sino como un método de compensación, según lo expuesto; y es así, principalmente, como se entiende que el daño producido en la esfera moral de la persona pueda ser reparado a través de la condena pecuniaria.

Admitido, por tanto, el resarcimiento general del daño moral por la doctrina y por la jurisprudencia, puede observarse que de éste se han ofrecido durante décadas, como ya ade-

circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo.»

129 Esto no quiere decir que no pudieran darse complementariamente unos y otros mecanismos (es decir, los del Derecho Penal, por poner un ejemplo, junto con el daño moral), para conseguir una finalidad de prevención. Así, los ya citados ACCIARRI e IRIGOYEN TESTA critican la concepción según la cual se da por sentado que estas otras medidas (Derecho Penal, Administrativo, etc.) aparecen como las únicas capaces de realizar esta función de prevención –o punición, en su caso, añadimos nosotros- (ACCIARRI, H. e IRIGOYEN TESTA, M.,: op. cit., p. 203). Como decimos, en nuestra opinión, es posible que el daño moral pudiera tener secundariamente también esta función; el acento debe ponerse, sin embargo, y ahí es donde se encuentra realmente la cuestión, en cuál sea su función principal, o qué funciones deben ser tenidas en cuenta a la hora de valorar el daño, con la capital importancia práctica que ello tiene y que hemos reseñado en los párrafos precedentes. En definitiva, el enfoque del daño moral con respecto a estas otras soluciones jurídicas es de todo punto diferente, por lo que no creemos que uno y otras deban ser equiparados.

Los daños punitivos son una figura propia del Derecho Civil de otros Ordenamientos jurídicos (no es una categoría reconocida en nuestro Ordenamiento, por ahora) que se basa, precisamente, en imponer una indemnización por daños causados a la víctima pero tomando como referencia principal la gravedad de la conducta de quien causa el daño, por lo que la perspectiva, también en este caso, es radicalmente diferente a la del daño moral. Es preciso dejar claro, al hilo de la discusión en torno a las funciones del daño moral, que el hecho de que el daño moral adquiera o pueda adquirir en ocasiones una función punitiva no implica en absoluto su asimilación con la figura de los daños punitivos.

Autores como RODRÍGUEZ GUITIÁN se expresan en clave de una acertada crítica, al indicar que se da, en ocasiones, una «degradación del concepto de daño moral», al ampliarse sus límites para, o bien evitar la prueba de determinados daños patrimoniales de difícil constatación, o bien para «castigar al causante del daño, introduciendo con ello la función punitiva del Derecho de Daños en nuestro ordenamiento» (RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: op. cit., 2006, p. 279).

lantábamos, múltiples definiciones y clasificaciones, las cuales comienzan (sin agotarse en las mismas) con las definiciones negativas reseñadas.

El Tribunal Supremo, por su parte, además de zanjar –en sentido positivo- la cuestión en torno a la posibilidad de reparación del daño moral a través de la condena pecuniaria, como veíamos, se ha encargado, también, de conciliar este principio de resarcibilidad del daño moral con las definiciones negativas del mismo, acogiéndolas en varias de sus sentencias¹³¹.

Otros autores, por otra parte, como BREBBIA¹³² o GARCÍA LÓPEZ¹³³, realizan críticas a esta tendencia a realizar definiciones *negativas*; críticas que no nos parecen desacertadas por cuanto nos parecería más adecuado definir un concepto jurídico como el daño moral, por muy complicado que esto fuera, por sí mismo, en lugar de categorizarlo únicamente en contraposición a una categoría general en referencia a la falta de ciertas notas típicas de esta categoría general (en este caso, la patrimonial), aunque pueda resultar una tarea definitivamente más compleja¹³⁴.

Es a raíz de esta idea como surgen, precisamente, los intentos de definir el daño moral en base a sus propios caracteres; las llamadas definiciones *positivas*, las cuales varían según distintas clasificaciones de daños y derechos, muchas de ellas ya superadas, y tan prolijas, que sería poco práctico reseñarlas aquí.

Así, por ejemplo, la STS de 22 de febrero de 2001 define el daño moral en su «integración negativa» como «toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado que supone una inmisión perturbadora en su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir en los daños materiales (...)», mientras que la STS de 15 de junio de 2010 viene a reflejar la tendencia de la doctrina mayoritaria a definir el daño moral de esta manera al decir que «la doctrina mayoritaria concibe el daño moral por oposición al daño puramente patrimonial (...)».

BREBBIA expone su crítica de la siguiente manera: «El procedimiento de definir las cosas diciendo lo que ellas no son puede ser de utilidad práctica, pero rara vez de interés científico. Para que la definición negativa cobre valor pleno debe mostrarse previamente que los entes o cosas cuyas características se pretende determinar sólo admiten dos clases de diversidad, de manera que, no perteneciendo uno de los elementos que se pretende clasificar, a un grupo, no pueda menos de concluirse que pertenece al opuesto. Y tal premisa no aparece demostrada en el caso que nos ocupa, toda vez que nada se opondría, "prima facie", a que hubiera otra especie de derechos que, no siendo patrimoniales, tampoco pudieran ser incluidos entre los conocidos con el nombre de derechos inherentes a la personalidad». (BREBBIA, R. H.: El daño moral: doctrina, legislación: jurisprudencia precedida de una teoría jurídica del daño. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1950, p. 73).

En esta misma obra (publicada en el año 1950), el autor declara superadas las teorías que negaban la posibilidad del resarcimiento del daño moral (*ibid.*, pp. 99 a 108), al tiempo que aporta una interesante definición positiva del mismo: «daño moral es aquella especie de agravio constituida por la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad» (*ibid.*, p. 91).

¹³³ GARCÍA LÓPEZ se expresa en el mismo sentido que BREBBIA (*vid.* nota anterior). (GARCÍA LÓPEZ, R.: *op. cit.*, pp. 55 y 56).

Como muy bien resalta DÍEZ PICAZO (DÍEZ PICAZO, L.: op. cit., 2011b, pp. 311, 312).

3. APORTES JURISPRUDENCIALES PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO Y CATEGORIZACIÓN DEL DAÑO MORAL.

Centrándonos en lo que es relevante a efectos de conocer el contenido del daño moral, nuestro propio Tribunal Supremo ha admitido expresamente una serie de bienes como parte del patrimonio moral y susceptibles, por tanto, de generar daño moral indemnizable, así como una serie de concepciones o definiciones a raíz de estos derechos. Debe advertirse, sin embargo, que el Tribunal Supremo rara vez se manifiesta en definiciones con vocación de generalidad, limitándose, en la mayor parte de las ocasiones, a pronunciarse en relación al supuesto concreto que se encontrara enjuiciando, provocando de nuevo, así, la falta de una definición generalizada y unánime del daño moral que, como decimos, no aparece ni en la ley ni en la jurisprudencia. Y no sólo esto, sino que las definiciones otorgadas carecen de la deseada homogeneidad entre ellas, ofreciendo conceptos variopintos, y delimitando el contenido del daño moral de forma desigual, de manera que quedan incluidos en el concepto de daño moral uno u otro tipo de derechos según el caso concreto, dando lugar a una confusión que, hasta hoy, todavía no se encuentra resuelta.

La primera sentencia que, según la unanimidad de la doctrina, vino a tratar la cuestión del daño moral, es la célebre Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912. En este caso, el periódico El Liberal, de gran difusión a principios del siglo pasado en nuestro país, había publicado la historia de una señorita de la alta sociedad murciana que, supuestamente, se había dado a la fuga con un clérigo («fraile raptor y suicida», según la noticia), con el que había tenido «escandalosa» descendencia meses antes, quien, al ser descubierto, cometió el suicidio 135; se trataba, sin más, de una noticia falsa, en la que, según la Sentencia apreció, se lastimaba el honor y la honra de la joven (según las concepciones de la época). Así, el Tribunal Supremo condenó al periódico al pago de una indemnización (a pesar de que se retractó a los pocos días), suponiendo, así, la primera muestra jurisprudencial del reconocimiento a la posibilidad de resarcimiento 136 del daño moral.

La Sentencia no es tan clara como se desearía (lo cual es lógico, teniendo en cuenta el estado prácticamente embrionario del tema en aquel momento), y no llega a definir los límites ni el contenido de lo que por primera vez en la jurisprudencia acierta a reconocerse y llamarse como "daños morales", sin resolver otras cuestiones en el caso concreto como el grado de culpa del medio condenado (dado que dicho periódico se limitó simplemente a copiar la noticia de otra publicación, sin especificarse en la Sentencia, tampoco, si eran conocedores de la falsedad, o si existía un deber de diligencia en cuanto a la verificación de la misma), o la manera en que la valoración de las consecuencias del hecho dañoso ha de darse con el fin de calcular el *quántum* indemnizatorio.

¹³⁵ DÍEZ PICAZO, L.: op. cit., 2008, p. 67.

Cabe añadir que no ha existido paz, tampoco, en lo relativo a la denominación de esta indemnización. Para algunos autores, los términos indemnización, reparación y resarcimiento aparecen como sinónimos, mientras que, para otros, existen diferencias cualitativas entre ellos, al emplear el término resarcimiento sólo en relación a daños patrimoniales (GARCÍA LÓPEZ, R.: op. cit., pp. 100 a 104). En nuestro caso, y como estimamos que se trata de una cuestión que se encuentra únicamente en el plano terminológico, con escasa trascendencia práctica, utilizaremos estos términos de manera indiferente.

Sin embargo, el valor innegable de esta Sentencia es que abre el camino del reconocimiento del daño moral como un daño indemnizable pecuniariamente, y nos da una idea del tipo de bienes que puedan ser configurar el contenido del patrimonio moral (en el caso de la Sentencia tratada, por ejemplo, lo constituía el honor), así como de los márgenes de la indemnización por dicho concepto, al menos en el momento del dictado de la misma (márgenes que, dicho sea de paso, han ido variando notablemente en el último siglo).

Esta construcción jurisprudencial, y la línea seguida por los subsiguientes pronunciamientos judiciales dictados a raíz de esta primera sentencia, vino a dar de frente con las corrientes doctrinales que negaban la posibilidad del resarcimiento del daño moral, expuestas en síntesis en el apartado precedente.

A raíz de esta primera sentencia, en la que se daba, como se ha visto, un concepto vago del daño moral, multitud de jurisprudencia ha recaído sobre la cuestión, pudiendo recoger aquí las más variadas opiniones jurisprudenciales en cuanto al posible contenido del daño moral.

Así, por ejemplo, la STS de 28 de febrero de 1964, que cita a su vez la de 28 de febrero de 1959, indica, que el daño moral está constituido por «los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales, de la salud, el honor, la libertad y otros análogos (...)», definición recogida igualmente por sentencias posteriores como la de 23 de octubre de 1978. Sin embargo, la sentencia parece no seguir una línea coherente en relación a alguno de estos bienes jurídicos (en particular, a la salud), como comentaremos posteriormente, por ser de interés en cuanto a la prueba del daño moral; lo cual no deja de ser una muestra de la confusión reinante en los propios Tribunales incluso décadas después de aceptarse su primera aparición jurisprudencial.

Por otra parte, la STS de 7 de febrero de 1962 se refiere a los sufrimientos y padecimientos del ánimo, al decir que «la víctima del daño moral padece dolores» y al hablar de las sensaciones «dolorosas y desagradables» que el dinero podrá contrapesar con sensaciones agradables, al filo de la cuestión de la función compensadora de la indemnización pecuniaria. La misma sentencia comenta, también, varios derechos de la personalidad como el honor, en sus diferentes manifestaciones¹³⁷.

Por otro lado, la STS de 3 de noviembre de 1995 se refieren a «toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito», con cita de la STS de 22 de mayo de 1995¹³⁸.

¹³⁷ En esta sentencia se concede una indemnización por daño moral a un comerciante que es despedido injustamente de la empresa de seguros para la que realiza labores de gestión, a lo que sigue una querella por estafa, de la cual es absuelto por demostrarse en vía penal que no existe base fáctica alguna que justifique esta persecución penal. La sentencia estima que la falsa querella afecta a su derecho al honor, al hacerle perder su crédito personal como comerciante destacado de su lugar de residencia, donde los hechos, y principalmente la querella, tienen gran repercusión social.

¹³⁸ El Tribunal Supremo se refiere aquí expresamente a la totalidad de los padecimientos sufridos por un enfermo, ya no sólo a los derivados de su enfermedad, sino también a la zozobra consecuencia de la desatención por éste soportada en el centro médico en el que se encontraba.

Sentencias más recientes, como la de 22 de febrero de 2001, recogen un concepto amplio de daño moral, refiriéndose a éste como «todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado —o persona allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales¹³⁹-, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles a la esfera económica (...)», en el que parece se incluyen conceptos como «dolor», «zozobra», «inquietud» o «desazón», en una tendencia jurisprudencial ciertamente al alza en las sentencias de la última década, principalmente, que se inclina a identificar el daño moral de manera primordial con los términos citados, y otros similares, como se aprecia, entre otras, en la STS de 31 de mayo de 2000, que indica que

«La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (Sentencias 22 mayo 1995, 19 octubre 1996 y 24 septiembre 1999). La reciente jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (S. 23 julio 1990), impotencia, zozobra, soledad, angustia (S. 6 julio 1990 [...]), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (S. 22 mayo 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (S. 27 enero 1998 [...]), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (S. 12 julio 1999)».

Por otra parte, la STS de 27 de julio de 2006¹⁴⁰ indica, en genéricas palabras, que el daño moral «se refiere al conjunto de derechos y bienes de la personalidad que integran el llamado patrimonio moral», indicando que podrían verse incluidos desde los derechos fundamentales, hasta los que recaen no sólo sobre el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona (se refiere expresamente a los «sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica»), en el ámbito del incumplimiento contractual¹⁴¹, y en el ámbito social del patrimonio moral de la persona (con derechos como el derecho al honor, la reputación, etc.).

¹³⁹ Lo que viene a constituir el daño moral *indirecto*, según se explicará más adelante en este mismo apartado.

Esta sentencia relaciona el daño moral con los derechos fundamentales, mentando asimismo otros derechos y ámbitos en los que puede tener relevancia, al dilucidar un asunto en el que se exige responsabilidad a un Procurador, a un Letrado y a una compañía aseguradora por la frustración de acciones judiciales, al no haberse formalizado correctamente un recurso, quedando afectado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del cliente.

En efecto, ya se acepta de manera prácticamente unánime el daño moral surgido a razón de relaciones contractuales, si bien durante muchos años sólo se estimó posible en el marco de relaciones de responsabilidad extracontractual (y, no en vano, el propio daño moral se construyó a propósito de la responsabilidad extracontractual y los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil). Fue piedra de toque de este asunto la STS de 9 de mayo de 1984, relativa al incumplimiento de un contrato de publicidad en el que se estipulaba la inclusión de los datos de un abogado en la guía telefónica, al considerarse que, con la omisión, se menoscababa la fama o el prestigio del abogado.

Ciertamente, cabe poner en duda que en esta primera sentencia en la que expresamente se reconoce el daño moral ocasionado en un incumplimiento contractual realmente se estuviera indemnizando un daño moral, pudiendo preguntarnos hasta qué punto el no aparecer en una guía telefónica tras haber contratado esos servicios puede dañar la reputación del abogado (en todo caso, podría apreciarse un daño moral resultante de los pesares provocados por la pérdida de clientes, de darse ésta a consecuencia de la falta de la publicidad contratada, y aun así se trataría de un hecho que precisaría prueba separada como daño moral y no únicamente patrimonial por la pérdida de los clientes, debiendo mediar, en cualquier caso, la adecuada relación de causalidad al respecto). En opinión de MARÍN

En resumen, una amalgama de definiciones de las que lo único que puede extraerse en claro es que hay una serie de bienes jurídicos sobre los que se da una práctica unanimidad jurisprudencial en cuanto a que quedan amparados bajo la protección de este concepto¹⁴²;

GARCÍA y MILÀ RAFEL, en este supuesto se trataba realmente de un caso de lucro cesante (MARÍN GARCÍA, I. y MILÀ RAFEL, R.: *Daño moral contractual*. En Gómez Pomar, F., y Marín García, I. (dir): *op. cit.*, p. 247.); idea que nos parece bastante acertada. No estamos ya tan de acuerdo, por otra parte, con las críticas realizadas por el autor respecto al uso indebido del daño moral en este tipo de supuestos, en los que, según se desprende de sus palabras, éste parecería haber pasado a ser un mecanismo *habitual* para enmascarar daños patrimoniales de dificil prueba (*ibid.*, pp 248 a 250). Estimamos que, sin perjuicio de que esto haya podido suceder en ocasiones, ello no es óbice para apreciar la concurrencia de daños morales en gran cantidad de supuestos de incumplimiento contractual.

Más allá de todo lo dicho, no puede ponerse en duda que lo verdaderamente importante de esta primera sentencia de 1984, independientemente de su mayor o menor acierto en relación al caso concreto, es que abre la veda para la indemnización de daños morales en supuestos de incumplimiento contractual para múltiples casos en los efectivamente concurre este tipo de daño, introduciendo, así, una doctrina que es, a su vez, recogida y reiterada en un buen número de sentencias posteriores, como la de 15 de junio de 2010, entre otras, que señala, incluso, que se aprecia una cierta unanimidad en la jurisprudencia en cuanto a la inclusión del daño moral «en el ámbito de lo indemnizable por el incumplimiento de un contrato».

Todo ello, a pesar de que ciertos autores, como DÍEZ PICAZO, maticen esta aceptación al estimar que sólo se podrá apreciar la concurrencia de daño moral cuando expresamente se pacte algún tipo de obligación contractual relacionada con la preservación de la «incolumidad de los bienes personales» (DÍEZ PICAZO, L.: op. cit., 2008, p. 42). Y es que en sentido similar se ha expresado la jurisprudencia en ocasiones, en Sentencias como la del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2009, la cual indica que, en el ámbito del incumplimiento contractual, el alcance de la obligación de reparación del daño causado vendrá dado por el concreto contenido del contrato, pudiendo llegar a entender excluida la obligación de responder por daños morales en aquellos supuestos en los que el contrato tenga un contenido predominantemente económico y no se halle específicamente prevista, ni se infiera tampoco de su contenido, una obligación especial de diligencia para con los daños morales que pudieran derivarse del incumplimiento del contrato. Parece que será cuestión, por tanto, de estudiar el caso concreto.

Por otra parte, NIETO ALONSO, al comentar la ya citada sentencia de 9 de mayo de 1984, subraya la conveniencia de apreciar la responsabilidad por daños morales en este tipo de contratos de adhesión, en los que no es extraño que se den prácticas abusivas que el consumidor debe sufrir, llegando a producirse daños de carácter moral que quedarían impunes de no apreciarse este tipo de responsabilidad en sede contractual (NIETO ALONSO, A.: Daños morales derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación contractual. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente). *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, nº 3, 2006, p. 1126).

Además de todo lo dicho, y ampliando un poco más las cuestiones que la admisión del daño moral surgido a raíz de un incumplimiento contractual suscita, para BECH SERRAT la sentencia de 9 de mayo de 1984 tiene el efecto de venir a declarar que las normas relativas a la responsabilidad contractual no reducen su alcance únicamente a la esfera de la responsabilidad patrimonial; suponiendo la sentencia la admisión implícita de la aplicación de estas normas al ámbito del daño moral (BECH SERRAT, J. M.: Sentencia de 7 de marzo de 2005: Responsabilidad contractual por vicios constructivos. Daño moral derivado de la lesión de bienes inmateriales. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 70, 2006, p. 210). En sentido contrario, ESPIAU ESPIAU defiende que el cauce adecuado para reclamar la responsabilidad por daños morales acaecidos a propósito de un incumplimiento contractual sigue siendo el artículo 1.902 del Código Civil, estimando que, en este caso, la responsabilidad será no por incumplimiento obligacional, sino por causación de daños, resultando que el incumplimiento contractual producirá, al mismo tiempo, dos tipos de responsabilidad: la contractual, derivada de la lesión del crédito, por un lado, y, por el otro, la extracontractual, derivada de la lesión de los intereses no patrimoniales (ESPIAU ESPIAU, S.: Daño moral: Concepto y requisitos. Prueba del daño. Daño moral y responsabilidad por incumplimiento contractual. *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, nº 54, 2000, pp. 1286, 1287).

142 Clasificados acertadamente por GARCÍA LÓPEZ. (GARCÍA LÓPEZ, R.: op. cit., pp. 81 a 88).

entre ellos los referidos al honor de la persona (física¹⁴³ o jurídica¹⁴⁴), a la vida y la integridad física¹⁴⁵, o el ámbito psico-afectivo (recogido muy ampliamente por la jurisprudencia, y en muchas ocasiones identificado con el daño moral *strictu sensu*¹⁴⁶ o, como algunos autores lo denominan, daño moral *puro*¹⁴⁷, y con conceptos como la *pecunia doloris*, o «precio del dolor» (siendo los supuestos más frecuentes de daño moral, según la STS de 31 de mayo

Por otra parte, cabe añadir, en lo referente a este tema, que podría ser discutible si, al fin y al cabo, este daño moral de las personas jurídicas no se traduce en su ultimidad en simple daño patrimonial. Y es que, ¿se puede producir un verdadero quebranto anímico, zozobra o malestar (que son algunas de las trazas típicamente identificativas del daño moral) a una persona jurídica por el hecho de desprestigiarla? Más bien parece que cualquier desprestigio o atentado contra el honor de la misma se verá traducido, en todo caso y en último término, a puros perjuicios económicos, tales como pudieran ser la ruptura de relaciones comerciales, pérdida de clientes actuales o potenciales, pérdida de credibilidad como marca, etc., todo lo cual dará lugar a situaciones de daño emergente o lucro cesante: es decir, tendrá como consecuencia, en definitiva, un daño que viene a ser puramente patrimonial.

RODRÍGUEZ GUITIÁN también se manifiesta en contra de la posibilidad de la causación de daños morales a personas jurídicas, aunque, en su opinión, «detrás de la expresión "honor de una persona jurídica" no existen nada más que la reputación de las personas físicas que componen la asociación o la sociedad», resultando, así, que «los que sufren la afrenta son los miembros de la persona jurídica y sólo ellos, por tanto, son susceptibles de daños morales» (RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: Daño moral de persona jurídica. Comentario a la STS de 20 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3501). Revista de Derecho Patrimonial, n° 8, 2002, p. 365). Debemos a este respecto destacar, no obstante, la importancia de distinguir el daño sobre la persona jurídica (del tipo que sea) con respecto el daño que pudiera darse sobre las personas físicas que componen dicha sociedad, que será un daño autónomo y diferente, y podrá darse, o no, cada vez que se violente el (particular) derecho al honor reconocido a las personas jurídicas, y deberá ser, en su caso, objeto de prueba separada.

145 STSS de la Sala 2ª de 12 de noviembre de 1957 y de 6 de julio de 1967, y de la Sala 1ª de 29 de mayo de 1952.

DÍEZ PICAZO realiza una reflexión sobre la posibilidad de admitir una división entre dos tipos de daño moral: el daño moral «en sentido estricto», que identifica con la idea del *pretium doloris*, y los dolores o padecimientos psíquicos o físicos injustamente ocasionados y, por otro lado, el resto de supuestos que implican una ampliación del concepto (DÍEZ PICAZO, L.: *Ensayos Jurídicos. Tomo II*. Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011a, p. 312).

- Concepto reproducido literalmente por sentencias como la STS de 17 de marzo de 1998, entre otras, y por autores como MARTÍN DEL PESO (MARTÍN DEL PESO, R.: El daño moral: determinación y cuantía. Algunos aspectos de su problemática jurisprudencial. En Herrador Guardia, M. J. (director): Derecho de daños 2013. Navarra, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 307 a 313).
- Recogido por sentencias como la STS de 25 de junio de 1984, que habla de la *pecunia doloris* y del «sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades (...)», o la de 14 de marzo de 2013, al referirse a los «sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada

En sus diferentes manifestaciones: la personal (como en la STS de 6 de diciembre de 1912), la profesional (STS de 14 de diciembre de 1917), el honor mercantil (STS de 31 de marzo de 1930), o el honor como un derecho de la personalidad (STSS de 7 de febrero de 1962 y de 4 de junio de 1962).

Puesto que el daño moral con ocasión del honor de la persona jurídica se admite ya por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, al relacionarse con el derecho al honor que también ostentan las personas jurídicas. Así lo hace saber, entre otras, la STS de 29 de febrero de 2012, que habla del «derecho al honor que indudablemente ostenta como persona jurídica» (la entidad demandante), al tiempo que la misma sentencia viene a matizar que, «si bien las personas jurídicas pueden ver lesionado su derecho al honor, en términos generales, este derecho no se presenta con la misma intensidad que el de las personas físicas (...), sino que los derechos fundamentales de las personas jurídicas deben considerarse en relación con sus fines y su ámbito de actuación (...)".

de 2000, los relativos a las intromisiones en el honor y la intimidad, el prestigio profesional, la propiedad intelectual, la responsabilidad sanitaria, y la culpa extracontractual (relacionada, sobre todo, con accidentes con resultado de lesiones, secuelas y muerte), destacando la misma sentencia otros supuestos menos extendidos pero ya aceptados como los derivados de incumplimientos contractuales y aquéllos que son resultado de relaciones de vecindad o abuso de derecho.

También acepta la jurisprudencia la posibilidad de apreciar daño moral como consecuencia de ataques que directamente recaen no ya sobre bienes y derechos inmateriales de la persona, sino sobre los bienes materiales del sujeto¹⁴⁹. Un ejemplo de este tipo de daño moral¹⁵⁰ (al que parte de la doctrina reserva la calificación de *impropio*¹⁵¹, mientras que para el daño moral que queda puramente en la esfera moral del sujeto se reservaría la denominación de *propio*) podría ser el premio de afección de la Ley de Expropiación Forzosa, que, en su artículo 47, contempla, como parte de la indemnización, una cantidad de dinero (fija¹⁵²) en función del *apego*¹⁵³ que se tuviera al bien expropiado, en una suerte de daño moral producido al expropiar un bien material, de naturaleza primordialmente patrimonial:

«En todos los casos de expropiación se abonará al expropiado, además del justo precio fijado en la forma establecida en los artículos anteriores, un 5 por 100 como premio de afección.»

También viene aceptado por la jurisprudencia 154 lo que se conoce como *daño moral indirecto*. Someramente, puede decirse que, mientras que el daño moral *directo* (del que hasta ahora venimos hablando) es el que sufre la persona a consecuencia de un ataque o hecho dañoso que recae sobre su propio patrimonio moral, el *indirecto* es el daño que sufre un tercero, precisamente con ocasión y a consecuencia del daño causado a la víctima principal del hecho dañoso; tipo de daño que se encuentra perfectamente aceptado por doctrina y jurisprudencia.

por un mal irremediable —daño moral- (...)», refiriéndose a una grave anomalía física que nunca fue advertida a la madre por parte del facultativo que la atendió.

- 150 Previsto también por la jurisprudencia, en sentencias como la STS de 27 de julio de 2006.
- 151 Véase, por ejemplo, MARTÍN DEL PESO, R.: op. cit., p. 300.
- 152 Lo cual suscita cuestiones en relación a la valoración del daño moral, ya que ésta viene prefijada por la propia norma (se discutirá en el apartado procedente).
- DE CUPIS hablar de este apego, al que denomina «interés de afección», y se refiere a él como el fenómeno que se da «cuando un determinado bien patrimonial, además de satisfacer una necesidad económica, permite alcanzar a su titular una satisfacción de orden moral con arreglo a sus inclinaciones o disposiciones anímicas» (DE CUPIS, A.: op. cit., p. 367).
- 154 Así, por ejemplo, y junto a muchas otras sentencias, la STS de 24 de noviembre de 1970 se refiere al daño ((...) bien del propio interesado o al de otros, como lo es, el que puede producir la muerte de una persona querida», siendo otra sentencia a reseñar aquí la de 22 de febrero de 2001, ya citada anteriormente, y que expresamente recoge el fenómeno.

¹⁴⁹ Así, la STS de 25 de 15 de junio de 2010, como la de 25 de junio de 1984, citada por la primera, dice expresamente que «es doctrina que en el concepto de daño moral está comprendido el impacto que en la persona puedan producir ciertas conductas o actividades tanto si afectan directamente a los bienes materiales del sujeto pasivo como si afectan a bienes y derechos inmateriales o propios de la personalidad».

Son lo que también se conocen como daños *par ricochet*¹⁵⁵ (o «de rebote», en castellano), en la doctrina francesa, y el ejemplo paradigmático del mismo es el daño sufrido por los parientes más próximos por la muerte o las lesiones de un familiar. En este supuesto, la víctima directa de la muerte o las lesiones sufre el daño en primer grado, mientras que sus allegados (generalmente familiares, pero no necesariamente) pueden sufrir también un daño moral a consecuencia del hecho dañoso que afecta de manera directa a la víctima, e indirecta a estas otras personas¹⁵⁶.

4. OTRAS CLASIFICACIONES.

Además de todo lo dicho, otros autores¹⁵⁷ realizan clasificaciones diversas y particulares del daño moral, estableciendo categorías como la «pérdida de agrado» (referido el agrado a los goces cotidianos de la vida), «perjuicio sexual» (relacionado con la procreación, o las relaciones sexuales propiamente dichas), «perjuicio estético», «perjuicio de afecto» (relacionado con la pérdida de un ser querido, o bien un objeto por el que se siente determinado apego), «perjuicio juvenil» (relacionado con las limitaciones que una persona joven sufrirá en el futuro a causa de una lesión o merma de sus capacidades), «perjuicio de ocio» (derivada de daños que impiden la realización de actividades lúdicas o deportivas), etc.

5. MODERNA EXTENSIÓN DEL CONCEPTO Y CRÍTICAS DOCTRINALES. CONCLUSIONES.

Como se puede inferir de la lectura de las definiciones jurisprudenciales expuestas, así como de los intentos de categorización por parte de la doctrina, el daño moral es un concepto que tiende a extenderse cada vez más, abarcando supuestos que décadas atrás habría sido inimaginable que quedaran bajo la protección misma del Derecho, y que ha propiciado un incremento exponencial de los casos presentados ante los Tribunales en materia de daño moral en las últimas décadas, así como de los supuestos de estimación por parte de los órganos jurisdiccionales.

¹⁵⁵ NAVEIRA ZARRA, M. M.: op. cit., pp. 173 a 177.

En todo momento nos estamos refiriendo aquí a daños que la tercera persona sufre en sí misma (aunque como consecuencia de un daño infligido, en primer lugar, a otra persona), y no a la posibilidad de que la víctima pudiera transmitir *mortis causa* a esta persona el derecho al resarcimiento por ella adquirida a raíz del daño sufrido. Ésta sería una cuestión de transmisión del daño moral *mortis causa* (y, consecuentemente, adquisición *iure hereditatis*); cuestión compleja que no es la que estamos tratando aquí y que, por cuestiones de espacio, no se puede examinar, bastando decir que ha sido extensamente discutida por la doctrina (véanse, por ejemplo, las extensas reflexiones que GARCÍA LÓPEZ dedica a la cuestión de la transmisibilidad *mortis causa* en general: GARCÍA LÓPEZ, L.: *op. cit.*, pp. 201 a 263). En resumen, aquí nos estamos refiriendo, por tanto, al daño sufrido en el propio patrimonio moral de personas que inicialmente son terceros respecto del hecho dañoso, pero que resultan afectados por su especial relación con la víctima), resultando en un derecho adquirido, por tanto, *iure proprio*, y no *iure hereditatis*.

¹⁵⁷ NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. y VEIGA COPO, A. B. (2013): *Derecho de Daños*. Navarra, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013, pp. 159 a 162.

Así, han recaído sentencias estimatorias del daño moral en casos de lo más dispares, como en supuestos de entrega de billetes falsos por parte de entidad bancaria¹⁵⁸, violación de deberes conyugales relacionada con ocultación de la paternidad¹⁵⁹, por encontrarse un aficionado taurino su asiento ocupado¹⁶⁰, así como por inmisiones de diverso tipo, entre otros, y sentencias que desestiman el daño moral en otros supuestos, como en caso de convivencia *more uxorio* derivada de promesa de matrimonio, que finalmente no se cumple¹⁶¹.

158 STSS de 17 de febrero de 2005 y de 28 de marzo de 2005. En ambos casos, fue la propia entidad bancaria la que entregó a los actores los billetes falsos, dando como resultado sendas detenciones policiales (en ambos casos, en países extranjeros).

El caso de la segunda de las dos sentencias citadas, en particular, es ciertamente llamativo, por cuanto el Tribunal condenó asimismo a la entidad bancaria por la ruptura sentimental acaecida entre la pareja de actores, la cual supuestamente se dio a razón de la situación de malestar y tensión creada a propósito de la detención por la utilización de los billetes falsos. No podemos sino estimar esta solución como absolutamente desacertada, ya que el Tribunal prescinde aquí de todo juicio de causalidad, no pareciendo causa suficiente ni adecuada para la ruptura de dicha unión sentimental la de la entrega de unos billetes falsos. Es de nuestra misma opinión RODRÍGUEZ GUITIÁN (RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: op. cit., 2006, p. 283).

- 159 STS de 30 de julio de 1999.
- 160 SAP Valencia (Sección 7^a) de 29 de noviembre de 2004.
- STS de 16 de diciembre de 1996. Indica la sentencia que, no existiendo daños materiales probados e indemnizables en el supuesto, no procede, en ningún caso, indemnizar en concepto de daño moral a quien ha sido abandonado (como dice la sentencia, «no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado») por quien libremente decide no contraer matrimonio, aun existiendo una previa promesa de matrimonio, no siendo procedente introducir ningún tipo de reproche culpabilístico al respecto («desde luego el daño moral causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal»).

En el mismo sentido se pronuncian otras sentencias, también en las Audiencias Provinciales, como la de Barcelona, Sección 14ª, de 17 de enero de 2000, que recoge la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo recién citada, en este caso para un caso en el que no se pudo probar la larga relación de convivencia requerida para este tipo de supuestos.

Respecto a la primera de las dos sentencias citadas realiza GARCÍA RUBIO un interesante comentario. Y es que es de destacar que, al tiempo que el Tribunal niega la posibilidad de concurrencia de daños morales en este tipo de supuestos, concede a la autora una indemnización en base al artículo 1.902 del Código Civil (en lugar del artículo 43 del mismo cuerpo legal, relativo a la obligación de resarcir a la otra parte los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido). Si bien, en opinión de la autora, es acertada la decisión del Tribunal de no indemnizar en base al artículo 43 del Código, por cuanto se trata de gastos que no pueden decirse hechos en función del matrimonio prometido (como suelen ser la compra del vestido de boda, el banquete, etc.; es decir, gastos y obligaciones que, en todo caso, se hubieran omitido si se hubiera previsto la ruptura de los esponsales, en palabras de GARCÍA RUBIO), sino de otro tipo de gastos propios de la vida en común (tales como la contribución por la demandante a los gastos domésticos, y otros), cuestiona la maniobra del Tribunal al utilizar como base el artículo 1.902, que sin duda da la idea de resarcimiento a razón de los daños causados por una conducta negligente a una de las partes (que no se da en este tipo de supuestos, por cuanto la ruptura de una pareja de hecho es «enteramente libre y lícita») para justificar una condena que, en opinión de la autora, más bien parece relacionada con el enriquecimiento injusto (o, quizás, la compensación del «injusto empobrecimiento» de la demandante), toda vez que el Tribunal niega expresamente que se trate de una compensación del daño (moral) causado, al declararlo no apreciable en este tipo de supuestos (GAR-CÍA RUBIO, M. P.: Sentencia de 16 de diciembre de 1996. Unión de hecho more uxorio. La promesa de matrimonio no sirve de fundamento al resarcimiento de los daños y perjuicios. Aplicación del artículo 1.902. Exclusión de los daños morales. Atribución temporal al uso de la vivienda familiar al miembro de la pareja no titular de la misma. Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº 43, 1.997, pp. 407 a 414).

No en vano, autores como DÍEZ PICAZO, en su libro "El Escándalo del Daño Moral", en el que se exponen los casos citados en el parágrafo anterior, y cuyo título hemos querido reseñar precisamente por lo gráfico que resulta en su espíritu crítico hacia el tema, han lanzado clamorosas quejas contra lo que se considera, en palabras del mentado autor, la *trivialización* e, incluso, *deformación*, de este «enormemente difícil concepto de daño moral», de forma que, indica el autor, «si era comprensible que nunca hubiéramos tenido una idea especialmente clara de qué debe entenderse por "daño moral", esa idea es hoy menos clara que nunca» 162.

Es evidente que se trata de un tema peliagudo, no sin cierta componente de opinión personal, pero no pueden obviarse multitud de sentencias en las que se aprecia claramente esta tendencia de la jurisprudencia de ampliar el concepto de daño moral, habiendo pasado gradualmente de aplicarse a supuestos donde se daban afrentas de cierta entidad contra derechos de la persona como la dignidad y el honor, o la integridad física, a pasar a garantizar (o pretenderlo así las partes en pleito) lo que recuerda más a un derecho a una vida tranquila, o a no sufrir molestias; o bien considerando como daños la privación del «la posibilidad de disfrutar plenamente de sus propias energías y de la expansión genérica de su personalidad en el medio social, la pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia y, sin llegar a la depresión, una inevitable inclinación al desánimo», como hace la STS de la Sala Segunda de 7 de mayo de 1987, citada por otras sentencias de la Sala Primera, como la de 22 de febrero de 2001, siendo otro buen ejemplo de lo dicho la STS de 2 de febrero de 2001, donde el daño moral parece relacionarse directamente con un cierto derecho a la calidad de vida, sin mayores concreciones ¹⁶³.

Creemos que, efectivamente, no todo lo que no gusta, no toda molestia, puede ser daño moral¹⁶⁴, y que es preciso delimitar, tanto fáctica como jurídicamente, la frontera entre lo que sea una simple molestia, y un hecho generador de un daño moral, así como entre un daño económico y un verdadero daño moral, como acertadamente pone de relieve MACÍAS

¹⁶² DÍEZ PICAZO, L.: op. cit., 2008, pp. 13, 14.

Como indica MACÍAS CASTILLO a propósito de su análisis de esta sentencia, el Tribunal Supremo pierde aquí una «oportunidad de oro» para explicar la naturaleza jurídica de esta «calidad de vida humana» sobre la que basa su fallo, en el que acoge el motivo casacional sin explicar ni desglosar el supuesto daño moral concurrente en el caso (MACÍAS CASTILLO, A.: El daño causado por el ruido y otras inmisiones. Madrid, Las Rozas, La Ley, D.L., 2004, pp. 406, 407).

Podemos reseñar aquí muy someramente que, como más tarde se verá, la última reforma de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor introduce un concepto resarcitorio relativo al perjuicio moral producido por la pérdida de calidad de vida a consecuencia de los daños surgidos en supuestos de su ámbito de aplicación, es decir, los ocasionados a consecuencia de accidentes de circulación. Evidentemente, se trata de una pérdida de calidad de vida de distinta entidad, que acaece en circunstancias muy concretas, por lo que probablemente el desarrollo del concepto no sea trasladable a la materia que aquí tratamos (molestias e inmisiones), en la cual habrá que estar, por tanto, al análisis del caso concreto, con el fin de apreciar la verdadera concurrencia de un daño de entidad suficiente, según expresamos en el texto principal.

NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. y VEIGA COPO, A. B.: op. cit., pp. 152, 153.

CASTILLO a propósito de las inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad (que serán tratadas con mayor detalle posteriormente)¹⁶⁵.

Los daños morales deben probarse como tales, en principio, y deben tener, además, cierta entidad¹⁶⁶. A pesar de sus ocasionales concesiones, así lo declara en otras ocasiones el Tribunal Supremo, en sentencias como la de 31 de mayo de 2000, donde, aunque admite que en ciertos supuestos de desatención de los pasajeros durante las horas de espera, o en casos de una espera excesiva e injustificada, podría apreciarse la concurrencia de daño moral, indica que «no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo (...)». También lo hace así la STS de 31 de mayo de 2007, que se pronuncia en el sentido de que no puede indemnizarse, como daño moral, el afeamiento del paisaje situado frente a la vivienda del recurrente.

Puede deducirse lógicamente, por tanto, que estas injerencias o hechos molestos menos cualificados podrán generar otro tipo de daños o molestias, que podrán ser o no jurídicamente

Resulta, además, que no todas las circunstancias que las personas percibimos como dañosas son daño moral indemnizable: no lo son, en ejemplos dados por LÓPEZ DE LA CRUZ, la traición de un amigo, un desengaño amoroso, o la frustración de no obtener un empleo (*ibíd.*, p. 28). Y siguiendo, en fin, con la idea de que la responsabilidad por daños morales debe reservarse a los supuestos en que el daño sea de una cierta entidad, puede decirse que la trascendencia jurídica de los actos llevados a cabo en este ámbito es, cuanto menos, discutible.

No puede decirse lo mismo, no obstante, cuando otros derechos propios de las relaciones familiares como la patria potestad, o los propios de los menores, quedan afectados. En este tipo de supuestos sí es concebible una reacción jurídica ante los daños causados (inclusive los de índole moral). Así lo dice, por ejemplo, ROMERO COLOMA, al identificar la violación del derecho al ejercicio de la patria potestad, así como el de la guarda y custodia, como un daño moral (ROMERO COLOMA, A. M.: Incumplimientos del régimen de visitas y daños morales. *Revista jurídica del notariado*, nº 67, 2008, p. 294).

Los Tribunales, en una doctrina desarrollada, principalmente, por las Audiencias, se han pronunciado también al respecto de estas cuestiones: podemos destacar por todas la STS de 30 de julio de 1999, que indica claramente que no es indemnizable la infidelidad entre los cónyuges, y, por otro lado, la SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 que, reseñando la primera, indica que, si bien la infidelidad no es indemnizable, sí lo es la ocultación de la paternidad.

¹⁶⁵ MACÍAS CASTILLO, A.: op. cit., pp. 400, 407, 414 a 419.

Es en gran medida por esto por lo que es discutible que ciertas cuestiones que pretenden llevarse por los cauces del Derecho de Daños sean relevantes jurídicamente: así, por ejemplo, las demandas entre cónyuges o ex cónyuges por ruptura del deber de fidelidad sexual. Existen diversas corrientes de pensamiento al respecto y, sin duda, se podría entrar a debatir la naturaleza jurídica de estos deberes, que a fin de cuentas se consagran en el articulado del Código Civil, con el objetivo de conocer su coercibilidad y hasta qué punto puede considerarse que su incumplimiento es susceptible de generar responsabilidad civil; cosa que no haremos por cuestiones de espacio. Por otra parte, es también cierto que la tendencia a considerar que las cuestiones de familia deben quedar al margen del Derecho (no hace muchos años no se permitía a los cónyuges litigar entre sí), salvo en lo previsto por el Derecho de Familia, es cada vez es menos estricta. Sin embargo, no podemos dejar de observar que la cuestión de los deberes matrimoniales es propia del ámbito privado de la pareja, así como de la autonomía y libertad del ser humano. Así lo indica LÓPEZ DE LA CRUZ, identificando la cuestión con el derecho fundamental a la libertad de las personas, al tiempo que advierte del matiz sancionador que tomarían los procedimientos en caso de dar cabida a las demandas entre cónyuges por daños de este tipo, con lo que se correría el riesgo de reintroducir el divorcio causal, por culpa, en nuestro Ordenamiento (LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: El resarcimiento del daño moral por el incumplimiento de los deberes conyugales. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2010, p. 31).

relevantes y atendibles, pero no serán constitutivos de daño moral¹⁶⁷. Como acertadamente indica DÍEZ PICAZO, no es fácilmente pensable que el ordenamiento quiera que los sujetos «no puedan sufrir desolaciones, disgustos o quebraderos de cabeza como es normal que los sufran los partícipes en el tráfico»¹⁶⁸, haciendo una interesante referencia al campo del riesgo permitido; riesgo permitido en el que estimamos que se situarían todas estas pequeñas molestias o injerencias de entidad insuficiente para suponer un verdadero daño moral (requiriendo, así, la indemnización por daño moral, según el mismo autor, hechos de «alguna especial gravedad»¹⁶⁹).

Es también de interés, en este sentido, la reflexión realizada por la STS de 22 de febrero de 2001 al respecto de los daños corporales, al indicar que han de distinguirse los supuestos en los en los que se dan los quebrantos propios de cualquier proceso de curación, inherentes a cualquier lesión, tras el cual la víctima queda indemne, de aquellos otros en los que las lesiones sean de tal gravedad que tengan efectos especialmente perniciosos sobre la víctima, limitando significativamente sus capacidades, especialmente si es durante un largo período de tiempo, y dando como resultado un estado anímico de frustración y sufrimientos intensos. De suerte que, mientras que en el último caso será procedente compensar el daño sufrido mediante una indemnización por daño moral, en el primero la indemnización no deberá concederse, no pudiendo pretenderse que toda lesión producida deba ser objeto de una compensación pecuniaria por daños morales («esto se descarta por completo», dice la sentencia).

Resulta evidente, tras la lectura de todo cuanto se ha dicho en este apartado, la enorme evolución experimentada por el daño moral, que ha pasado de ser ignorado por los Tribunales (que en el siglo XIX decían que «no son indemnizables los disgustos» ¹⁷⁰), e incluso negado por numerosos autores, a encontrar acomodo en los propios textos legales de nuestro Ordenamiento, y a aceptarse sin reservas, aunque no sin críticas, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, por los excesos en ocasiones cometidos.

La propia jurisprudencia se muestra, en fin, permeable al carácter flexible del concepto, derivado de su falta de concreción, y parece no otorgar mayor importancia al hecho de que no exista una clasificación o tipificación del daño moral unánimemente aceptada, al indicar, en sentencias como la de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010, que en la jurisprudencia del Alto Tribunal se observa «una cierta configuración del daño moral referido a cualquier atentado que incida en la esfera psíquica del sujeto de modo que no se comprenden exclusivamente los daños morales derivados de una lesión a bienes jurídicos

¹⁶⁷ Ibid., p. 407.

¹⁶⁸ DÍEZ PICAZO, L.: op. cit., 2008, p. 88.

En este sentido se pronuncia también ÁLVAREZ VIGARAY, indicando que no todo sufrimiento es susceptible de ser indemnizado, ya que, de lo contrario, «la vida podría quedar paralizada por la infinidad de demandas que cabría formular exigiendo la reparación de dolores y contrariedades insignificantes; y por esto son muchos los sufrimientos que las personas se causan unas a otras y que deben permanecer jurídicamente irrelevantes» (ÁLVAREZ VIGARAY, R.: op. cit., p. 104).

¹⁶⁹ DÍEZ PICAZO, L.: op. cit., 2008, p. 88.

¹⁷⁰ Así, las STSS de 6 de diciembre de 1882 y de 11 de marzo de 1889, citadas por NAVARRO MENDIZÁBAL y VEIGA COPO (*op. cit.*, p. 147).

concretos sino a bienes o intereses de naturaleza inmaterial, sin necesidad de tipificación sistemática».

A pesar de que concordamos con el hecho de que no es tan capital la importancia de una tipificación sistemática de los bienes jurídicos susceptibles de generar, al ser violentados, daño moral, que pudiera ser más dogmática y teórica que otra cosa, sí nos parece que sería recomendable, en aras de la seguridad jurídica, una mayor coherencia entre los dictados de la jurisprudencia al respecto, que unificara doctrina y permitiera a los litigantes moverse con mayor atino en sus peticiones ante los Tribunales.

En resumen, tras haber dado una idea de las distintas manifestaciones que puede adoptar el daño moral según doctrina y jurisprudencia, y habiendo aportado varias acepciones e intentos clasificatorios, es prístino que lo único que se puede sacar en claro al respecto es una vaga idea de lo que sea el daño moral, y de lo vacuo que puede resultar cualquier intento de búsqueda de un concepto o una clasificación unánimemente aceptadas por doctrina y jurisprudencia, con las consecuencias prácticas que de ello se derivan; y que, al mismo tiempo, y a pesar de la dificultad intrínseca de definirlo y delimitarlo de manera tan clara como sería conveniente, el daño moral es notoriamente una figura autónoma, con sus propios fines y características, y que debe, por tanto, deslindarse de figuras que pudieran parecer cercanas¹⁷¹.

Salta a la vista, consecuentemente, que existen una serie de problemas no ya sólo de tipo teórico (frente de batalla en el campo del daño moral durante décadas), sino de índole práctica; problemas que son plasmación inmediata de esta falta de criterios unificadores en la jurisprudencia de la que hablamos, motivada directamente por la falta de una regulación positiva adecuada en nuestro Ordenamiento.

De entre las múltiples cuestiones que surgen en relación al daño moral, en lo que resta del trabajo vamos a dedicarnos a las dos que nos parecen de un mayor calado práctico: la prueba y la valoración del daño moral.

III. PRUEBA DEL DAÑO MORAL.

1. DOCTRINA GENERAL DE LA PRUEBA Y PRUEBA DEL DAÑO MORAL.

Como se ha venido diciendo a lo largo del trabajo, el daño moral es un tipo de daño. Y, como cualquier otro tipo de daño, debe ser probado. Al menos, en principio. Así se deduce de la lectura del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la carga de la prueba, según el cual los hechos alegados deben ser probados por quien los afirma; en el caso del daño moral, éste deberá ser probado por quien mantiene haberlo sufrido.

¹⁷¹ Como decíamos antes, no cabe confundir el daño moral con figuras que, especialmente al otorgar al daño moral ciertas finalidades que van más allá de la mera reparación, como la finalidad punitiva o de prevención, pudieran parecer próximas al mismo, tales como los daños punitivos (que ya decíamos que no se encuentran reconocidos como categoría jurídica en nuestro Ordenamiento –*vid.* nota al pie nº 22). Efectivamente: el daño moral es una figura autónoma en nuestro Derecho, susceptible de definirse, identificarse y aplicarse según sus propios caracteres y límites.

En este sentido se dictan también sentencias como las del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1993, en la que se exige la constatación probatoria plena del daño moral¹⁷², o la de 19 de octubre de 1996, en la que se desestima la pretensión de quien pide una indemnización por daño moral por falta de prueba del mismo.

También la doctrina, a pesar de no ser especialmente prolija en esta concreta de cuestión (al contrario de lo que ocurría en relación al contenido, definición y clasificación del daño moral), lo entiende así, generalmente¹⁷³.

Sin embargo, lo cierto es que la prueba del daño moral, como se habrá podido deducir a estas alturas del trabajo, entraña no pocas complicaciones. Y es que, ¿cómo probar la existencia de un daño con un contenido potencial tan variado, y de tan difícil precisión, y aún más complicada, en ocasiones, exteriorización y objetivación? Efectivamente, el daño moral puede adoptar múltiples formas externas, y esta realidad es determinante a la hora de probar el daño, puesto que, dependiendo del hecho dañoso concreto y de sus efectos, la actividad probatoria a desplegar variará sustancialmente de un supuesto a otro.

La propia jurisprudencia se ha hecho eco de esta realidad, en sentencias como la del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000, por muchas otras citada, al indicar acertadamente que

«La temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general de la carga de la prueba del daño, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfia) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere».

Como la propia sentencia afirma, además de resaltar la naturaleza «dificultosa», «relativa» e «imprecisa» del concepto del daño moral, la *polimorfia* del mismo es tal, que ha dado lugar a una cambiante y dispar jurisprudencia en lo relativo a su prueba. Así, mientras que existen sentencias, como las citadas arriba, que exigen la prueba exhaustiva del daño moral, se dan otras que acogen esta exigencia (que deja de ser tal) de manera mucho más laxa y flexible, como las STSS de 21 de octubre de 1996, que indica que la falta de prueba no es suficiente para rechazar de plano el daño moral¹⁷⁴, la de 15 de febrero de 1994, al decir que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración, o la de 3 de junio de 1991, que sostiene que la existencia del daño moral no depende de pruebas directas. Otras más recientes, como

En esta sentencia, además, se censura la pretensión del recurrente, cuyo *petitum* se centra en la condena por la cantidad de seis pesetas en concepto de daño moral. Expresa la sentencia que, en este supuesto, «el daño moral no ha tenido realidad ostensible», pero que, además, no hay «causa o interés jurídicamente relevante en el asunto», lo cual bastaría por sí solo para desestimar el recurso, no pudiendo consistir esta causa o interés «en la reclamación de una cantidad como la pedida, por mucha satisfacción moral que tal condena produzca».

¹⁷³ Por ejemplo, DÍEZ PICAZO expone que «entendemos que deberá ser objeto de algún tipo de prueba» (DÍEZ PICAZO, L.: *op. cit.*, 2011b, p. 323).

¹⁷⁴ Esta sentencia se expresa indicando que, respecto de este tipo de daños «cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva», no resulta «de recibo que se produzca su rechazo de plano (...) en base al argumento de falta de prueba, pues esta decisión es regresiva y contradice la doctrina jurisprudencial civil».

la STS de 10 de octubre de 2012, llegan a decir que, al requerir una prueba exhaustiva del daño moral, lo que se está haciendo es *desnaturalizarlo*, pudiendo llegar a convertirse ésta en una verdadera *probatio diabolica*¹⁷⁵.

Sigue exponiendo el tema la sentencia de 31 de mayo de 2000 diciendo que «lo normal» es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (citando, para ello, y a modo de ejemplo, las STSS de 23 de julio de 1990, de 29 de enero de 1993, y de 9 de diciembre de 1994), y que habrá que atender a las circunstancias concurrentes en cada caso; solución, la aportada por esta última frase, que nos parece la más acertada, dadas las múltiples formas con que el daño moral se presenta en la práctica.

Esta solución conduce, en algunas sentencias, a estimar la concurrencia del daño moral a pesar de la práctica ausencia de actividad probatoria por parte de la parte interesada en su apreciación. Así, existen sentencias en las que se estima la indemnización por daño moral cuando éste se deduce de los propios hechos, por darse una situación de notoriedad¹⁷⁶. Ejemplos de ello son las STSS de 15 de febrero de 1994, antes citada, donde se reclama por el dolor sufrido a consecuencia del fallecimiento de una hija; o la de 11 de marzo de 2000, por lesiones en el ojo de un menor acaecidas durante los juegos con otro menor; habiéndose reflejado también ampliamente esta doctrina en las sentencias de las Audiencias Provinciales, como en la de Ávila, Sección 1ª, de 25 de septiembre de 2014, en la que se condenaba al facultativo tras concebir un hijo un paciente vasectomizado (por falta del deber de información); o en la de Barcelona, Sección 1ª, de 11 de marzo de 2014, en la que se dilucidó un supuesto tan llamativo como el de un cliente de un restaurante que encontró un clavo oxidado en su comida.

Amén de las sentencias citadas, que conciben la prueba del daño moral de manera dúctil y relajan las habituales exigencias probatorias, existen, en esta misma línea jurisprudencial, otras que afirman que es posible probar la producción del daño moral a través de la vía de las presunciones judiciales, recogidas expresamente por el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así lo reflejan las sentencias de diversas Audiencias Provinciales, como la de León, Sección 1ª, de 3 de marzo de 2008¹⁷⁷; de Álava, Sección 1ª, de 16 de mayo de 2011; o la de Madrid, Sección 28ª, de 5 de mayo de 2014, entre otras.

¹⁷⁵ La sentencia indica, textualmente, que «(...) la exigencia de probar, en términos cuantitativos, la "exactitud del grado" o nivel de molestia en los 219 días que se emplearon en las obras de reparación de la vivienda, no sólo constituye una "probatio diabólica" (prueba diabólica), sino que desnaturaliza el hecho generador del daño moral que no fue otro que la necesidad de abandonar prolongadamente la vivienda familiar con el consiguiente trastorno y angustia ocasionada».

¹⁷⁶ Indica la STS de 31 de mayo de 2000, al respecto de este tipo de supuestos, que queda justificada la aplicación a estos casos de la doctrina "in re ipsa loquitur" o "res ipsa loquitur" (o, lo que es lo mismo, "la cosa habla por sí misma").

Esta sentencia dice que, aunque la doctrina expresa que es posible probar el daño moral por medio de presunciones, y que su falta de prueba no basta para rechazarlo, «esto no implica que se dé por sentada la realidad del daño moral por su mera alegación, sino establecer que a partir de determinados hechos se puede llegar, por una inferencia lógica, a la realidad del daño moral». Continúa la sentencia diciendo que lo que será preciso acreditar será, si no la realidad del daño moral, «sí el hecho causante de éste, y, por un proceso lógico, llegar a la conclusión de que de ese hecho se puede derivar el daño moral». En el supuesto concreto que la sentencia enjuicia, en el que

En suma, y después de todo lo dicho, queda patente la relajación de las exigencias previstas por la doctrina general de la carga de la prueba del daño en el particular ámbito del daño moral. A pesar de esto, y como se encargan de dejar claro diversas sentencias, es evidente que no cabe extender el daño moral a todos los supuestos (STS de 7 de febrero de 2006), bajo el pretexto de que éste se destila de la propia naturaleza del daño, ni puede pretenderse que sea siempre indemnizado (STS de 10 de marzo de 2009), no pudiéndose pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria (STS de 31 de mayo de 2000); por el contrario, habrá de estudiarse cada supuesto según sus propias características, debiendo, en todo caso, y de alguna forma, «objetivarse por la exteriorización de datos y circunstancias concretas» un daño que, por su propia naturaleza, tiene un «componente subjetivo incuestionable», como bien indica la SAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 22 de febrero de 2007, para lo cual se exigirá una mayor rigurosidad en la actividad probatoria conforme menos clara sea la lesión del patrimonio moral¹⁷⁸.

2. SUPUESTOS QUE PRESENTAN ESPECIALES DIFICULTADES PROBATORIAS.

2.1 DISTINCIÓN ENTRE DAÑOS MORALES Y MERAS MOLESTIAS.

Ciertamente, algunas de las mayores dificultades probatorias se presentan con ocasión de supuestos en los que no es muy claro que se hayan llegado a lesionar elementos del patrimonio moral.

A este respecto, destacan los casos en los que el hecho dañoso o la intromisión están a medio camino entre el verdadero daño y la simple molestia. Se trata de una discusión doctrinal y jurisprudencial que suele ser frecuente tanto en supuestos de inmisiones, como en casos de responsabilidad por retrasos e incidentes varios en viajes, categorías que han sido reseñadas con anterioridad a propósito del contenido del daño moral. Y es que es importante discernir, en efecto, lo que sea una simple molestia de lo que es un verdadero daño; y ha de hacerse tanto a efectos teóricos, como prácticos, de cara a probar la producción del daño (véase así la importancia práctica de realizar una concreción previa del contenido del daño moral).

En cuanto a las inmisiones, y además de la doctrina reseñada con anterioridad, sentencias como la de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2ª, de 3 de abril de 2014, con cita de las STSS de 12 de julio de 1999 y de 31 de mayo de 2000, afirma que no puede dudarse que las molestias generadas por las emisiones acústicas superiores a los niveles de tolerancia constituyen un daño moral o extrapatrimonial indemnizable, según doctrina jurisprudencial, al tratar un asunto en el que el morador de una finca pedía una indemnización por daños mo-

se demanda responsabilidad por defectos en unas máquinas recreativas, indica el Tribunal que, alegado el daño moral, «no se explica el nexo causal entre los hechos y la agravación de una depresión sufrida por la demandante», indicando la sentencia que «no existe un enlace racional que justifique este estado por el mero hecho de no poder instalar unas máquinas recreativas», desestimando, así, la pretensión de la parte.

¹⁷⁸ Así sucede, por ejemplo, en los supuestos en los que se dan daños morales como resultado de lesiones directas a bienes materiales, cuestión que examinaremos a lo largo del próximo apartado.

rales como consecuencia de las molestias causadas por los animales domésticos propiedad del vecino.

Otro tanto ocurre con los supuestos de incidentes acaecidos en viajes, al respecto de los cuales la anteriormente expuesta STS de 31 de mayo de 2000 declara, expresamente, que aunque con el daño moral no se pretende compensar situaciones de mero enojo o incomodidad, sí es posible apreciar su concurrencia y, así, estimar una indemnización por éstos en determinados supuestos, como se ha dicho ya antes, en los que se den perturbaciones de cierta entidad o incidentes que provoquen tensiones evidentes en los pasajeros, según las circunstancias concurrentes; doctrina que se ha dejado ver en multitud de sentencias posteriores, que, como en ésta, ponderan la concurrencia del daño moral según las particularidades de hecho de cada caso.

Y es que, efectivamente, en este tipo de supuestos, al igual que ocurre en el resto de materias relacionadas con las inmisiones, relaciones de vecindad, y en general molestias cualificadas, se deja el asunto a la apreciación del juez, a la valoración prudencial del Tribunal, y debiendo las partes aportarle las pruebas precisas¹⁷⁹ que le permitan situarse en las circunstancias concretas de cada caso para estimar si la injerencia o molestia de que se trate es de entidad suficiente como para constituir un verdadero daño moral, y no una simple molestia¹⁸⁰ o, como se ha dicho con anterioridad, un mero perjuicio patrimonial (con los que a menudo suelen confundirse los daños morales en este tipo de casos¹⁸¹).

El autor MACÍAS CASTILLO, entre otros, censura en sus obras la proclividad del Tribunal Supremo a otorgar indemnizaciones por daño moral (en materia de inmisiones vecinales, concretamente¹⁸²) de manera vaga, sin desglosar los diferentes conceptos por los que

¹⁷⁹ En relación a las inmisiones, comenta ITURMENDI MORALES que es posible y preciso, en muchos casos (como el que comentábamos un par de párrafos atrás acerca de las mediciones acústicas), de acudir a pruebas periciales de carácter objetivo con el fin de certificar la propia inmisión. Defiende también el autor la utilización de pruebas objetivas tendentes a medir el impacto psíquico causado por las mismas inmisiones (ITURMENDI MORALES, G.: Daño moral y prueba pericial en la responsabilidad civil por perturbación de derechos reales. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, nº 35, 2010, p. 34).

Creemos, no obstante, que se ha de diferenciar el daño psíquico, que sí puede ser evaluable médicamente, y el daño moral, que es el objeto de nuestro estudio, que no es medible objetivamente y habrá de ser prudencialmente apreciado por el Tribunal (diferencia en la que ahonda RODRÍGUEZ CARDO [op. cit., p. 108]). Como explicaremos más adelante, el daño sobre la integridad física (en el cual puede incluirse el daño psíquico, constatable médicamente) suele conllevar el daño moral, pero son, en nuestra opinión, dos realidades jurídicamente separables. Por ello, es imprescindible separar primero terminológicamente y, luego, a efectos de prueba, el daño psíquico y el daño moral, según se ha expresado.

Los Tribunales deberán, en definitiva, conjugar dos tipos de pruebas con el fin de fijar la indemnización por daños morales causados por las inmisiones: por una parte, las pruebas periciales objetivas tendentes a mesurar la inmisión, en cuanto sea posible; y, por otro, las diferentes pruebas que la parte aportará que permitan fijar el daño moral causado (y, si fuera preciso en el caso concreto, podrán sumarse a éstas las que hayan de acreditar un daño corporal –psíquico, normalmente- o patrimonial).

¹⁸⁰ MACÍAS CASTILLO, A.: op. cit., p. 407, 414 a 419.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 400, 405.

¹⁸² Así, sentencias como la del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2001 (en relación a daños en propiedad privada por contaminación medioambiental), entre otras.

se conceda la indemnización y, en ocasiones, invocándose el daño moral en situaciones en las que realmente se producen otro tipo de daños y manteniendo una situación de confusión tanto entre daños morales y meras molestias (criticando el autor la conceptualización como daño moral de lo que en realidad pueda ser, simplemente, una pérdida de calidad de vida, según se ha expuesto con anterioridad), como entre los daños morales y los de tipo patrimonial (como, por ejemplo, el producido con ocasión de la pérdida de valor de un bien inmueble a consecuencia de la instalación de un complejo productor de inmisiones en las inmediaciones del mismo), particularmente, el lucro cesante, entre otros¹⁸³.

2.2 POSIBILIDAD DE CAUSACIÓN CONJUNTA DE DAÑOS MORALES Y DAÑOS PATRIMONIALES.

Precisamente con ocasión de la mención de los perjuicios patrimoniales, se ha de comentar otro de los supuestos que mayor complicación presentan en relación a la prueba del daño moral, junto con los supuestos de molestias recién referidos; se trata de aquellos casos en los que, además de los daños morales, se dan daños de índole material.

A estos respectos, no ha sido pacífica la jurisprudencia a la hora de tratar una posible producción conjunta, en un mismo hecho dañoso, de daños morales y patrimoniales. En efecto, son varias las sentencias que se niegan en redondo a la posibilidad de indemnizar ambos tipos de daños a un mismo tiempo. Así se expresa en relación al concepto de daño moral, por ejemplo, la STS de 31 de octubre de 2002, en un párrafo muchas veces citado:

«El concepto de éste es claro y estricto, no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982 (...), es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del "pretium doloris". Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial».

Pues bien; en opinión de quien escribe estas líneas, esta sentencia es de todo punto desacertada. El daño moral y el daño patrimonial son dos tipos de daño diferentes y, sin embargo o precisamente por ello, pueden darse ambos como componentes distintas de una indemnización por un mismo hecho dañoso; hecho que podrá recaer tanto sobre el patrimonio material de la persona, como sobre el moral.

¿De qué otro modo, si no, podría explicarse, por dar sólo un ejemplo, el premio de afección contemplado en la Ley de Expropiación Forzosa, antes comentado? En este supuesto, como se ha dicho, se está dañando directamente un bien material, pero se produce al mismo tiempo un daño moral, que se representa de manera estandarizada a través del premio de afección.

¹⁸³ MACÍAS CASTILLO, A.: op. cit., p. 405 a 407.

Pero es que, además de la cuestión sobre la posibilidad de producción conjunta de daños morales y materiales, que en nuestra opinión se puede responder afirmativamente, surge una segunda pregunta de importancia, referida a si estos daños morales surgidos cuando se lesionan, al mismo tiempo, derechos patrimoniales, no se reducen finalmente a verdaderos daños patrimoniales.

A la luz de la jurisprudencia negatoria de la posibilidad de indemnizar ambos tipos de daños, existen autores, como ARANA DE LA FUENTE, que se preguntan si estos daños no serán más bien un recurso para compensar los daños pecuniarios cuya prueba resulta particularmente difícil, teniendo estos daños un carácter esencialmente patrimonial¹⁸⁴.

En el caso del premio de afección previsto por la LEF, estimamos que, según los propios términos de la Ley, a los que se ha de atender en primer término, parece claro que el componente previsto por dicho artículo como premio de afección va referido al *apego* (de carácter emocional, indudablemente) que pudiera sentirse por el objeto expropiado. En consecuencia, amén de un posible uso patrimonial del objeto expropiado a compensar (que se englobará en el montante general de la indemnización), puede entenderse que es voluntad de la Ley dedicar esa partida concreta de la indemnización exclusivamente a la compensación del perjuicio moral causado por la misma.

Idéntico supuesto se da, en nuestra opinión, a propósito de los daños morales derivados de incumplimientos contractuales, siendo posible que, además de darse un perjuicio de carácter patrimonial, que vendrá determinado precisamente por la prestación dejada de realizar, y que era objeto de la relación contractual, se dé también un determinado daño moral, y al contrario.

Si bien existen sentencias como la anteriormente citada del STS de 10 de marzo de 2009, en la que se excluye la posibilidad de apreciar daños morales en contratos de contenido eminentemente económico y sin previsión expresa de daños morales, o un deber de diligencia específico relacionado con la esfera moral de la persona (opinión idéntica a la recogida por DÍEZ PICAZO¹⁸⁵), así como críticas doctrinales como la realizada por ARANA DE LA FUENTE, relativa al enmascaramiento de daños que son verdaderamente patrimoniales como daños morales por motivos de dificultad probatoria, estimamos que podrán darse casos en los que no haya cabida para los daños morales, por las circunstancias concretas del incumplimiento, u otros en los que sí se dé el fenómeno que denuncia la autora, llevándose por el camino del daño moral aquellos daños que realmente no lo son¹⁸⁶, pero que ello no es óbice,

ARANA DE LA FUENTE, I.: Responsabilidad contractual e indemnización de daños y perjuicios: la prueba de los daños en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. En Cabanillas Sánchez, A. [et al.] (coord.): Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Tomo II. Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 1.394 a 1.396.

¹⁸⁵ DÍEZ PICAZO, L.: op. cit., 2008, p. 42.

Por ejemplo, cabe preguntarnos si, en supuestos en los que se indemniza la pérdida de días de un viaje contratado por causas imputables a la compañía de viajes, no se confunden, ni que sea parcialmente, daños morales con daños que verdaderamente son de índole patrimonial. Así, cuando se pierden días de vacaciones, a pesar de que haya una evidente molestia (que, entendemos, debería tener cierta entidad para apreciar que efectivamente suponen un daño moral), hay también cierto desaprovechamiento de los recursos económicos invertidos en el viaje, y esto se esconde, en parte, tras la indemnización por daños morales.

en definitiva, para que sí existan multitud de casos en los que efectivamente tenga lugar un daño moral como consecuencia del incumplimiento de un contrato, no pudiendo generalizar y debiendo estudiar cada caso.

Así, puede pensarse, por ejemplo, en un contrato de cobertura médica, en cuyo desarrollo se causa un daño corporal al cliente, por mala praxis médica y, a la postre, incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. ¿Acaso en este supuesto no sería fácil pensar que se produce un daño moral, a pesar de darse en el marco de una relación contractual y del incumplimiento del contrato? La respuesta aparece prístina ante nuestros ojos.

Lo mismo ocurre, aunque en sentido contrario, con un supuesto que la propia sentencia de 31 de octubre de 2002, claramente negatoria de la posibilidad de indemnizar ambos tipos de daño, está dando: el de la muerte de un padre de familia, que, además de suponer una indudable pérdida de carácter moral, puede también implicar daños de tipo patrimonial. Se dan aquí también, por tanto, los dos tipos de daño conjuntamente, y la indemnización concedida tiende a la reparación de ambos (y ello, a pesar de que la sentencia se manifiesta de manera contraria a esta posibilidad).

En último término, son numerosas las sentencias que, también en sede de prueba del daño moral, se refieren a la posibilidad de la producción de daños morales y materiales de manera conjunta. La propia STS de 31 de mayo de 2000 hace referencia a ello, al decir que «cuando un daño moral emane de un daño material (S. 19 de octubre de 1996¹⁸⁷), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte (...)>>> citando, además, como se observa, otra sentencia del Tribunal Supremo, en la cual se acepta expresamente esta posibilidad. Otras sentencias, en fin, vienen a avalar nuestra opinión, como la STS de 7 de febrero de 1962, la cual, con cita de la STS de 9 de diciembre de 1949, hace una muy clara e indubitada referencia a esta posibilidad al decir que se concederá «por un hecho único una misma indemnización, que será de mayor cuantía si los daños y perjuicios ocasionados tienen mayor extensión en la esfera material o en la moral, y en ambas conjuntamente, si a las dos alcanza la perturbación indemnizable», o, igualmente, la STS de 25 de junio de 1984, antes citada, que es muy clara al expresar que el daño moral queda «representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona puedan producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad».

También es éste el caso, en opinión de NIETO ALONSO, de la anteriormente comentada STS de 9 de mayo de 1984 (en la que, recordemos, se abordaba por primera vez la cuestión de los daños morales en sede de responsabilidad contractual¹⁸⁸), al indicar que la conclusión

¹⁸⁷ En este supuesto se dilucida el defectuoso cumplimiento de un contrato de cesión de solar a cambio de un porcentaje del edificio a construir, por lo que, de darse un daño moral (que se desestima, en este supuesto, por falta de prueba), se daría de manera conjunta con un daño patrimonial.

Cabe recordar que, en el supuesto concreto de la STS de 9 de mayo de 1984, y como expresábamos anteriormente (*vid.* nota al pie nº 33), albergábamos ciertas dudas de que nos halláramos ante un supuesto de daños morales con causa en un incumplimiento contractual –y es que, como decíamos, parece tratarse más bien de un daño patrimonial. Sin embargo, lo relevante de la sentencia, a los efectos que ahora aquí tratamos, es que se admiten ambos tipos de daño y, con ello, como comenta la autora citada, su «interacción» en un mismo supuesto.

más relevante a extraer de la misma es la posibilidad de «interacción entre los daños patrimoniales y los morales» en un mismo supuesto, y a raíz de un mismo hecho dañoso¹⁸⁹.

A nuestro entender, lo complejo del asunto a efectos prácticos será, a la postre, deslindar ambos tipos de daño y probarlos por separado, con las particularidades que cada uno de ellos conlleve, siendo éste el epicentro del esfuerzo a realizar por la parte que alegue estos daños. No debería tratarse, por tanto, como pretende la sentencia arriba referida, de una rotunda negación de la posibilidad de indemnizar ambos tipos de daño; sino más bien de un estudio, caso por caso, de la concurrencia de cada uno de éstos y de si resultan verdaderamente probados por la parte que los interesa. Habrá que estar, en conclusión, al caso concreto, y desplegar la actividad probatoria que sea precisa para probar la concurrencia de ambos tipos de daño, con el fin de que sean apreciados por el juez¹⁹⁰.

189 NIETO ALONSO, A.: op. cit., p. 1190.

190 Como decíamos antes, al hablar de la doctrina general de la prueba y la prueba del daño moral, más rigurosa habrá de ser la actividad probatoria a desplegar cuanto menos clara sea la lesión del patrimonio moral. No es extraño, por tanto, que los Tribunales suelan exigir una prueba más exhaustiva del daño moral cuando se trata de lesiones relacionadas con bienes materiales.

El propio Tribunal Supremo es muy claro al respecto en su STS de 15 de julio de 2011, relativa a los vicios constructivos en un edificio por los que los reclamantes pretendían obtener una indemnización por daño moral sin aportar pruebas de su existencia, ni desprenderse ésta de los datos fácticos del supuesto. Según la sentencia, a pesar de que el daño moral pueda darse «con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido», también en caso de vicios ruinógenos (desacreditando la sentencia, expresamente, cierta jurisprudencia anterior, como la expresada en la STS de 31 de octubre de 2002), no puede, en este tipo de supuestos, apreciarse que se da de manera automática. Como indica el Tribunal, la responsabilidad «deriva del daño y no del incumplimiento», y no es asumible que en este tipo de supuestos el incumplimiento concreto (materializado en el vicio constructivo) lleve aparejado el daño moral de manera inseparable. Podrá darse, por tanto, un incumplimiento contractual que resulte en daños patrimoniales y lleve aparejada la responsabilidad por dichos daños, pero, si no se prueba específicamente la concurrencia del daño moral, o ésta no se extrae claramente de los hechos, no habrá en estos casos condena por daño moral.

Sí admite la sentencia, por otra parte, que el daño se podría haber producido —y apreciado- más fácilmente de haberse visto los actores privados del uso de sus viviendas; no en vano, destaca BECH SERRAT la proclividad del Tribunal a apreciar la concurrencia del daño moral en supuestos de desalojo forzoso por vicios constructivos (BECH SERRAT, J. M.: *op. cit.*, p. 214).

QUICIOS MOLINA comenta esta sentencia y extrae de ella, y de la jurisprudencia relativa al tema, tres requisitos jurisprudenciales para la apreciación del daño moral en este tipo de supuestos: en primer lugar, el «desasosiego» sufrido por los perjudicados debe tener cierta entidad, ya que no todo padecimiento es constitutivo de daño moral; en segundo término, el alcance de la obligación de indemnizar debe ser examinado en función del contenido del contrato y los criterios de imputación objetiva (dice la sentencia que «no todo daño moral debe ser indemnizado» y que «la obligación de reparación no tiene un alcance universal»); y, en tercer lugar, el daño moral deberá probarse.

Para el autor, el problema es la inseguridad que crea el hecho de no conocer el grado de cualificación que la molestia sufrida por los perjudicados debe tener para considerarse que llega a configurar un daño moral (QUICIOS MOLINA, S.: Sentencia de 15 de julio de 2011. Incumplimiento de contrato de edificación por constructora y directores técnicos de la obra: reclamación del daño moral sufrido por los socios de la cooperativa de vivienda que encargó la obra. Inexistencia de daño moral. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 89, 2012, pp. 319 a 327). Volvemos, en definitiva, al problema de la concreción del concepto daño moral; sin embargo, sí es posible apreciar ciertos patrones seguidos por los Tribunales en determinados grupos de supuestos, (así, por ejemplo, la tendencia jurisprudencial, que BECH SERRAT destacaba, a considerar que el daño se da cuando se priva a los adquirentes del uso de la vivienda, entre otros).

3. SUPUESTOS QUE REQUIEREN DE UNA MÍNIMA O NULA ACTIVIDAD PROBATORIA POR RAZÓN DE SU OBJETO. NORMAS QUE INCORPORAN PRESUNCIONES DE DAÑO MORAL.

Precisamente en el extremo opuesto a los supuestos recién comentados, en los que se presentan indudables complicaciones a la hora de probar el daño moral, existen casos en los que éste se estima que se da de manera casi connatural. No sólo esto, sino que están presentes, en nuestro Ordenamiento jurídico, una serie de normas positivas que contienen lo que parece que llegan a ser verdaderas *presunciones del daño moral*, que traen causa, precisamente, de estos supuestos en los que se presume, por estimarse connatural al hecho dañoso, que se ha producido un daño moral (amén de cualesquiera otros tipos de daño que puedan haberse producido a raíz del mismo hecho dañoso).

3.1. SUPUESTOS EN LOS QUE SE APRECIA EL DAÑO MORAL COMO EFECTO INHERENTE AL HECHO DAÑOSO.

A. Daños a la integridad física.

En cuanto a los supuestos en los que el daño moral se estima que se presenta de manera casi connatural o indubitada, nos estamos refiriendo, en primer término, a los casos en los que se produce algún tipo de daño corporal o biológico. Como ya se introducía al comentar la STS de 28 de febrero de 1964, a propósito del concepto del daño moral, muchas de las definiciones dadas por la doctrina y por la jurisprudencia recogen expresamente una referencia a la integridad física como parte integrante del concepto de daño moral. Así, por ejemplo, la sentencia citada indica, al tratar el supuesto de un aparatoso accidente de circulación, que el daño moral está constituido por «los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales, de la salud, el honor, la libertad y otros análogos (...)». Sin embargo la misma sentencia, tras enunciar esto, indica en su Considerando siguiente que «más que daños morales, lo que el Tribunal "a quo" tiene en cuenta son los dolores y sufrimientos físicos». Es decir, mientras que en un primer momento aceptaba el concepto de daño moral extraído de la STS de 28 de febrero de 1959, que expresamente cita, y que incluía los bienes de la salud, a continuación pasa a distinguir entre daño moral y dolores y sufrimientos físicos, a pesar de haber incluido, en un principio, este tipo de dolores y sufrimientos en el concepto del daño moral, a través de la referencia a la salud.

Parece darse algún tipo de confusión y no quedar muy claro lo que sea el daño corporal, por una parte, y el daño moral, por otra, habiendo de dilucidarse, a efectos de prueba y cuantificación, si pueden identificarse como la misma realidad o concepto, o si existe una posible distinción.

Pues bien, en nuestra opinión, el daño sobre la integridad física de la persona conlleva casi intrínsecamente la producción daño moral, y aun a pesar de esto, son claramente dos realidades jurídicas diferentes. En este sentido, el daño corporal sería un concepto más amplio, al incluir otros aspectos que no se hayan necesariamente incluidos en el daño moral (como puedan ser, por ejemplo, el lucro cesante, al implicar unas lesiones la pérdida de ingresos al

pasar la persona a la situación laboral de baja). Estimamos, por tanto, que los sufrimientos corporales y el daño moral son dos conceptos distintos, pero, al contrario de lo que hace la sentencia que se comenta, entendemos que el daño corporal sí puede identificarse, al menos parcialmente, como daño moral, en el sentido de conllevar su producción de manera casi natural, y ello a pesar de poder implicar igualmente la concurrencia de otros daños.

Se ha de reseñar aquí, no obstante, la crítica que algunos autores, como NAVEIRA ZARRA¹⁹¹, realizan a esta distinción entre daño corporal y daño moral; en el caso citado, por entender que dan lugar a idénticas consecuencias jurídicas, por lo que sería inútil distinguir conceptos en la teoría que no presentan diferencias relevantes en la práctica. Ante esto, basta con argumentar, para defender nuestra opinión, que si bien sí tienen efectos comunes en la práctica, conllevando, habitualmente, el daño corporal un daño moral, como se ha dicho, el primero es más amplio que el segundo, dando lugar a otras consecuencias jurídicas que el segundo no contempla.

En definitiva, volviendo a la cuestión que nos ocupa y siguiendo la línea de pensamiento defendida, parece claro que, una vez que se da un ataque sobre la integridad física de la persona que resulta en algún tipo de menoscabo en ésta, se derivarán una serie de padecimientos y sufrimientos para ella de manera natural. En primer lugar, tanto por la consciencia de la pérdida o menoscabo de que se trate, con el consiguiente dolor psicológico, como por el dolor físico sufrido. Y, en segundo lugar, por las consecuencias que este deterioro biológico hubieran de tener en la persona en cuanto a su funcionalidad, y al disfrute de sus plenas capacidades, proyectado hacia el futuro (dependiendo de la lesión a su integridad de que se trate) con todo lo que la merma de éstas conlleva (con excepción de los efectos meramente patrimoniales, que se indemnizarán según otro concepto).

Puede decirse que se trataría, por tanto, de una cuestión de práctica *inherencia* del daño moral con respecto de este tipo de lesiones; una visión que, como decíamos, comparte también buena parte de la doctrina. Para ÁLVAREZ VIGARAY, por ejemplo, éste sería uno de los supuestos en los que es posible apreciar, en base a las reglas de la experiencia, que «indudablemente (...) basta con que tenga lugar la conducta dañosa para que el daño moral se produzca», componiendo una presunción judicial (susceptible de ser destruida mediante prueba en contrario); afirmación que no sería posible trasladar a otros casos en los que la lesión a bienes propios del patrimonio moral es menos clara, independientemente de que se constaten los hechos capaces de causar el daño¹⁹².

Así las cosas, parece claro que cualquier daño realizado sobre el cuerpo humano, que no en vano es uno de los bienes jurídicos más preciados y, por tanto, mejor protegidos (véase, si no, el artículo 15 de la Constitución Española, artículo base en sede de protección de derechos fundamentales, y sobre el que se construyen el resto de derechos) podrá provocar este tipo de padecimientos y, con ellos, este tipo de daño: el daño moral. Daño que, no en vano, se ha previsto específicamente en relación a lesiones derivadas de accidentes de circulación en

¹⁹¹ NAVEIRA ZARRA, M. M.: op. cit., pp. 108 a 118.

¹⁹² ÁLVAREZ VIGARAY, R.: op. cit., pp. 111, 112.

el sistema de valoración del daño instaurado por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, según se expondrá más adelante.

B. Daños al derecho al honor, intimidad o propia imagen.

Resulta que lo mismo que se ha dicho respecto del daño sobre la integridad física puede afirmarse de otro de los derechos que habitualmente viene ligado al concepto de derecho moral: el derecho al honor (conceptualizado en distintas ocasiones igualmente como derecho al buen nombre, o la reputación, entre otros). Derecho que, no en vano, motivó la primera sentencia en la historia del Derecho español que reconoció el daño moral como realidad jurídicamente tutelable: la anteriormente citada STS de 6 de diciembre de 1912.

Se trata de un derecho que ha tenido un desarrollo en la jurisprudencia, dando lugar a diferentes manifestaciones del mismo (así, pueden encontrarse en la jurisprudencia, entre otros, conceptos como el de honor personal, honor familiar, honor comercial, honor profesional... según lo expresado en el primer apartado de este trabajo), hasta cristalizar positivamente en la Ley Orgánica 1/1982, dedicada (y así denominada) a la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en la que se prevé una tutela específica para estos derechos, muy relacionados entre sí, y en la que se realiza una previsión específica sobre el daño moral susceptible de causarse con ocasión de la violación de estos derechos.

3.2. NORMAS QUE INTRODUCEN PRESUNCIONES DE DAÑO MORAL.

Los dos bloques de derechos nombrados en el apartado anterior (esto es, los relacionados con la integridad física y el daño padecido en el cuerpo humano, por un lado, y los relativos al honor, intimidad y propia imagen, por otro) son, como decimos, paradigmáticos ejemplos de derechos cuya violación lleva anudada, de manera prácticamente inherente, la producción de un daño moral. No es extraño, por tanto, que las dos normas que se encargan de su tutela jurídica prevean específicamente esta figura; pudiendo estudiarse, igualmente, otras normas que prevén el daño moral como consecuencia aparejada al hecho dañoso, examinando, en cada uno de estos casos, si realmente incorporan presunciones de daño moral, con la capital importancia que ello tiene en materia de prueba del daño moral en los concretos ámbitos sobre los que se proyecta cada una de estas normas.

A) La Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

Centrándonos, en primer lugar, en la tutela jurídica de la integridad física de la persona desde el prisma del Derecho civil, destaca, por su interés de cara al estudio de la prueba del daño moral, y por su amplia aplicación en la práctica, la ya citada Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (en adelante, LRCSCVM), que introduce un sistema de baremo para la valoración de los daños acaecidos a consecuencia de accidentes de circulación, con unos límites indemnizatorios recogidos en el Anexo de dicha Ley.

Ha de destacarse que la LRCSCVM ha sido recientemente reformada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Esta Ley, entre otras cuestiones, y centrándonos en lo que aquí nos interesa, introduce modificaciones en diversas partes del articulado de la LRCSCVM que afectan directamente, como por su nombre puede adivinarse, al sistema de valoración de daños, en particular a través de la incorporación de un nuevo Título IV, que lleva por enunciado "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación".

Además de esto, aporta un nuevo Anexo, que introduce las nuevas tablas indemnizatorias, y que sustituye al hasta ahora vigente Anexo de la LRCSCVM, declarándose la derogación expresa del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación contenido en el mismo. Asimismo, esta Ley añade un apartado segundo a la disposición final segunda de la LRCSCVM por medio del cual se habilita al Gobierno para modificar, mediante real decreto, las cuantías de las tabas contenidas en el Anexo.

También es relevante, a los efectos de nuestro estudio, la modificación operada en el artículo 1. Hemos de recordar que el apartado segundo de dicho artículo, en la versión previa a esta modificación (vigente hasta el uno de enero de 2.016), rezaba tal como sigue:

«Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, *incluyendo los daños morales*, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el Anexo de la presente Ley». (La cursiva es nuestra).

Sin embargo, ahora este mismo apartado omite toda referencia a la valoración de los daños a las personas, quedando dicha cuestión tratada por un escueto apartado cuarto (también del artículo 1), que indica que «los daños y perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal ocasionado por hechos de la circulación regulados en esta Ley, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios del Título IV y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el Anexo».

¿Qué conclusiones pueden extraerse de la lectura del nuevo apartado cuarto del artículo primero? En primer lugar, la más evidente: que habremos de dirigirnos al nuevo Título IV de la Ley para conocer el funcionamiento del recién instaurado sistema de reparación de daños ocasionados por hechos de la circulación. En segundo término, que es posible que las indemnizaciones por daños personales y, en concreto, por daños morales, se encuentren estructuradas de manera diferente a como lo hacían en el sistema hasta ahora vigente (recordemos que los daños morales se consideraban directamente incluidos en las diferentes partidas indemnizatorias, que no especificaban según tipos de daños, y que eran matizadas por factores de corrección, que en ocasiones implementaban criterios económicos como el lucro cesante), dado que se suprime la inclusión expresa que el antiguo artículo 1.2 hacía de los mismos

(«incluidos los daños morales»)¹⁹³; lo cual nos lleva, de nuevo, a la necesidad de acudir al Título IV para examinar el tratamiento de los mismos en la nueva versión de la Lev¹⁹⁴.

Puede observarse que, sin ánimo de explicar pormenorizadamente el funcionamiento del nuevo sistema, y acudiendo sólo a analizar aquellos aspectos que nos permitan dar una respuesta a esta pregunta (sin perjuicio de tratar posteriormente aquellos otros relativos a la valoración del daño), en el Capítulo I del Título IV (en el que se contienen los «criterios generales para la determinación de la indemnización del daño corporal»), vuelve a hacerse una referencia, en el artículo 32, a «todos los perjuicios» derivados de este tipo de hechos de la circulación, sin distinguir entre tipos de daños, tal y como lo hacía el nuevo artículo 1.4.

El artículo 33.3 indica, por su parte, que el principio de reparación integral del daño que inspira la totalidad del sistema alcanza o rige «no sólo las consecuencias patrimoniales del daño corporal sino también las morales o extrapatrimoniales»; con lo que, ahora sí, se invoca expresamente la figura del daño moral para afirmar su resarcibilidad (a pesar de que no era necesario, ya que con las manifestaciones genéricas realizadas por los artículos 1.4 y 32 de la Ley habrían de entenderse incluidos).

Procediendo a examinar la forma en que estos distintos tipos de daño quedan estructurados en las tablas, lo primero que puede apreciarse es que se contemplan en éstas de manera separada y diferenciada, cumpliéndose así el dictado del apartado primero del artículo 33, que defiende como uno de los principios esenciales del sistema el de la reparación vertebrada del daño, el cual, según el apartado cuarto del mismo artículo, «requiere que se valoren por separado los daños patrimoniales y los no patrimoniales y, dentro de unos y otros, los diversos conceptos perjudiciales» (lo cual nos merece, al menos sobre el papel, una valoración positiva).

En primer lugar, se observa la existencia de tres Secciones: la primera de ellas dedicada a disposiciones relativas a supuestos de indemnización por causa de muerte; la segunda, por secuelas; y la tercera, por lesiones temporales; existiendo tres Tablas correspondientes a cada

Podría considerarse que esto se trataba, también (al menos parcialmente), de un mecanismo que pretendía asegurar la indemnización de los daños morales como si de algo excepcional se trataran. Es posible que, al momento de promulgación de esta Ley (en el año 1995), esto tuviera cierta lógica; sin embargo, si ya hoy es plenamente aceptado (así lo creemos) que los accidentes de circulación son susceptibles de causar daños morales, parece justificado que éstos se traten como una partida más de la indemnización que corresponda, sin necesidad de asegurar su resarcimiento de un modo especial (tal y como puede pensarse se hacía a través de este inciso), como si hubiera duda de su resarcibilidad.

Llama también la atención el hecho de que el texto se refiere específicamente al daño corporal, mientras que el antiguo artículo 1.2 se refería a los daños y perjuicios causados a las personas, en general. ¿Será éste algún tipo de limitación? Hemos de responder que no lo creemos, no sólo por las partidas indemnizatorias que la Ley efectivamente contempla, en las cuales se consideran indemnizaciones en virtud de distintos tipos de daño, y no sólo el corporal (amén del énfasis puesto en la defensa –al menos, teórica- del principio de reparación integral, que más adelante examinaremos), sino porque hace, realmente, referencia a los "daños y perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal". En este sentido, podemos pensar que otro tipo de daños a la persona que pudieran darse (como el psíquico, psicofísico o, en efecto, el moral) son, para el legislador, consecuencia del daño corporal, el cual éste se contemplaría como daño directo derivado del hecho de la circulación. Independientemente de consideraciones teóricas al respecto, lo que nos interesa conocer desde el aspecto práctico es si los daños que se producen a consecuencia del evento dañoso quedan o no cubiertos por el sistema orquestado en virtud de esta Ley.

uno de estos supuestos (Tabla 1, Tabla 2 y Tabla 3, respectivamente), cada una de las cuales, a su vez, se subdivide en tres apartados en función del tipo de daño a indemnizar.

Así, la Tabla portadora de la letra A (que bien puede ser la 1A, 2A o 3A, según si hablamos de indemnizaciones por muerte, secuelas o lesiones temporales, respectivamente) está dedicada al perjuicio personal básico; la B al perjuicio personal particular; y la C al perjuicio patrimonial, que a su vez contempla tanto el daño emergente, como el lucro cesante (otra novedad de la reforma).

El resarcimiento del daño moral habría de buscarse en los dos primeros apartados (el A y el B) de cada una de las Tablas; es decir, en los apartados dedicados al perjuicio personal básico, y al perjuicio personal particular (el cual engloba diversos conceptos, según la tabla de que se trate). Ciertamente, en el apartado de perjuicio personal básico no se menta específicamente al daño moral, pero ha de entenderse que esto es lo que se está indemnizando¹⁹⁵, preguntándonos además si, al margen de éstos, podrían igualmente considerarse incluidos otros daños carácter personal¹⁹⁶.

Así se observa, por ejemplo, cuando en la Tabla 1A se indemniza a una serie de personas allegadas a la víctima por la muerte de ésta. Siendo un daño extrapatrimonial lo que se está indemnizando aquí, es claro que, al menos en este supuesto, se trata del daño moral por la pérdida del ser querido.

195 Estudiando el análisis de autores como el que DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ hace de uno de los antecedentes de la Ley 35/2015, en concreto de la propuesta elaborada por el Comité de expertos creado a los efectos de la actualización del sistema a propuesta de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (constituido formalmente en 2011), puede decirse que éste era el significado del equivalente a dicha partida indemnizatoria en esta propuesta, ya que, según la mentada autora, la misma incluiría «sólo los daños morales» (DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: Inminente y esperada modificación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 13, 2015, p. 170).

Al respecto de la misma propuesta se pronunciaba también, en términos similares («las consecuencias estrictamente personales, referidas al daño moral»), MARTÍN-CASALS, quien por cierto presidía también la Comisión de expertos que dio a luz el Borrador de reforma acordado en 2014 (MARTÍN-CASALS, M.: Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal ("baremo"). Líneas generales de los trabajos de la "Comisión de expertos". *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº4 2012, p. 7.

El estudio de estos antecedentes no puede sino darnos idea del sentido en el que en la propia Ley finalmente se recoge este perjuicio personal básico.

Recordemos que, en nuestra visión, el daño corporal, por ejemplo, es más amplio que el daño moral que éste puede producir o produce. Por tanto, planteamos la posibilidad de que a través del perjuicio personal básico se pudiera estar indemnizando no sólo el daño moral (como planteaban los autores referenciados en la nota inmediatamente anterior a ésta), sino también otros daños de carácter personal, como el daño corporal (nunca en supuestos de indemnización por muerte, por supuesto, en los que sólo puede indemnizarse el daño moral sufrido por los perjudicados, puesto que no concurre ningún otro daño de tipo personal). Si esto fuera así, podría criticarse que, a pesar de la defendida vertebración del daño en el nuevo sistema, finalmente los daños de carácter personal se expresan de manera conjunta, sin diferenciar entre los diversos tipos de daño que bajo ese concepto pueden englobarse.

La opinión de que pudieran estar indemnizándose otros daños, además del moral, es esgrimida también por otros autores como RAMOS GONZÁLEZ, quien, al analizar el Borrador de 2014 y referirse al perjuicio personal básico, indica que no distingue «entre tipos de daño (psicofísico y moral), que luego no son objeto de evaluación separada, al menos en lo que se refiere a la indemnización básica» (RAMOS GONZÁLEZ, S.: Pautas de valoración del daño moral (Sistema legal de valoración de daños personales y el falso baremo del daño moral por prisión indebida. En Gómez Pomar, F., Marín García, I. (dir.): op. cit., p. 139).

La Tabla 1B, por otra parte, observa una serie de circunstancias que se estiman agravatorias del daño sufrido y, por tanto, habrían de suponer la concesión de una indemnización mayor al perjudicado por la muerte de la víctima.

En relación a las secuelas, se instrumenta la indemnización de los daños de manera novedosa. Y es que el perjuicio personal básico (Tabla 2A) viene a indemnizar el perjuicio psico-físico, por un lado, y el estético, por otro, mientras que el perjuicio personal particular (Tabla 2B) engloba los conceptos de daños morales complementarios por daño psicofísico (artículo 105) y de daños morales complementarios por perjuicio estético (artículo 106).

Estos dos últimos casos son sólo aplicables a partir de determinados puntos de valoración de las secuelas, precisamente porque atienden a un daño moral cualificado por la especial trascendencia de la secuela sufrida, lo cual tiene su justificación si observamos, según se ha dicho antes, que el daño moral "básico" para cualquier lesión aparece contemplado bajo la categoría de perjuicio personal básico, y que lo que aquí se prevé es un plus a concederse en los supuestos de mayor gravedad. Se trata, en lo básico, de una previsión idéntica a uno de los factores de corrección que respecto de la Tabla III del antiguo sistema establecía la Tabla IV, con la positiva salvedad de que los puntos a partir de los cuales se aprecia este daño moral complementario han pasado de los 75 puntos de secuela, o 90 para secuelas concurrentes, a 60 y 80 puntos, respectivamente, con lo que ahora será más fácil apreciar estos daños morales complementarios.

Además de estos dos tipos de daño moral complementario, el sistema contempla, a modo de perjuicio personal particular, la resarcibilidad del perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas (artículo 107); del cual efectúa una gradación el artículo siguiente. Como el mismo artículo explica, se trata de compensar el perjuicio que sufre la persona que, a consecuencia de las secuelas, ve impedida o limitada su «autonomía personal para realizar las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas». La elección de la expresión «perjuicio moral» nos hace preguntarnos si se pretende indemnizar el daño moral, resultando que se emplean ambos términos de manera indistinta, o si se está haciendo una diferenciación intencionada entre éstos. No puede obviarse que la manera en que se describe este perjuicio conecta con muchas de las múltiples definiciones de daño moral dadas a lo largo del tiempo, en las cuales se hace referencia a las sensaciones de tristeza, desasosiego y similares causadas por el hecho dañoso, así como que, en ocasiones, la jurisprudencia se ha referido también al propio concepto de "calidad de vida" para ligarlo a la producción de un daño moral (recordemos la citada sentencia de 2 de febrero de 2001), si bien se tratara en su momento de una materia diferente (las inmisiones vecinales), donde la pérdida de calidad de vida no suele en absoluto de la entidad de la que se produce a consecuencia de un accidente de circulación 197.

¹⁹⁷ La tesis del uso indistinto de ambos términos puede venir apoyada por el hecho de que MARTÍN-CASALS (*op. cit.*, p. 24), al explicar la propuesta del Comité de expertos antes citada, que contemplaba esta categoría de perjuicio, parece efectivamente usar ambas expresiones como equivalentes, al indicar que «en aras al principio de vertebración de las indemnizaciones, la propuesta pretende trazar una clara línea divisoria entre los *perjuicios morales* y los patrimoniales, para ocuparse en este apartado exclusivamente de los primeros que se engloba dentro del concepto de "perjuicio moral por pérdida de calidad de vida ocasionada por las secuelas" (la cursiva es nuestra). Obsérvese que el autor indica que este apartado se ocupa de los *perjuicios morales*, los cuales, al parecer, se estructuran de forma antagónica a los patrimoniales, tratándose ambos de los distintos tipos de perjuicio que el sistema trata de reparar. Si esto es así, resulta que se estaría dando un uso equivalente a los conceptos «daño» y «perjuicio».

La Tabla 3 opera de manera similar en relación al perjuicio personal básico, incluyendo en su apartado B (perjuicio personal particular) de nuevo la referencia a la pérdida (esta vez, temporal) de la calidad de vida, mientras que omite los otros conceptos reseñados para la Tabla 2, así como la indemnización por perjuicio moral derivado de la pérdida de calidad de vida que la Tabla 2 reconoce a los familiares del gran inválido (artículo 110), todos los cuales sólo tienen sentido en relación a un efecto permanente en el tiempo.

Además de lo dicho, puede añadirse que aparecen como perjuicios personales particulares otras circunstancias, como la pérdida del feto, en la Tabla 2 (artículo 111), o el perjuicio personal particular causado por el sometimiento a intervenciones quirúrgicas, en la Tabla 3 (artículo 140).

Tal y como sucedía con el antiguo sistema, y aunque aquí se articule de manera diferente, lo que de todo esto puede inferirse, es, en primer lugar, que se da una *presunción* de que concurre daño moral en los supuestos recogidos. En segundo lugar, además, se da una indicación de las personas que han de resultar afectadas por estos daños morales y, por tanto, indemnizadas (lo cual ostenta un especial interés en relación a las indemnizaciones por muerte, en las que se aprecia la categoría de daños morales que son conocidos como indirectos o *par ricochet*, antes expuestos). Y, en tercer lugar, se da también una valoración tasada de los daños, pudiendo deducirse que se presume, igualmente, que con estas cantidades quedan indemnizados íntegramente todos los daños causados (cuestión relacionada, en puridad, con la valoración del daño moral, que más adelante trataremos).

Esto viene a contrastar con la idea de que, en un principio, es preciso probar los daños morales (con las salvedades apuntadas, que la jurisprudencia recoge), como ocurre con cualquier otro tipo de daño: esto es, en su existencia y en su extensión. Idea que es perfectamente compatible con la naturaleza del daño moral, que en su base, según la jurisprudencia reseñada, viene a tratarse de un determinado sufrimiento o dolor de tipo psicológico o físico (por decirlo de manera muy somera, contando con todo lo que ya se ha dicho al respecto): sufrimiento, padecimiento, que no todo el mundo sufrirá de igual manera, y que deberá ser, en general, probado por quien lo padezca.

Aceptar una presunción de este tipo implica desestimar la prueba que podría versar sobre la concurrencia del daño moral en un determinado supuesto (o la falta de la misma), para pasar a entenderlo automáticamente producido con la simple verificación del hecho dañoso, tanto más cuando esta presunción se recoge en una sistema de valoración de daños de carácter vinculante.

Ahora bien, decíamos también antes que los daños contra la integridad física, los daños corporales, conllevan de manera casi connatural la producción de daño moral, por cuanto el cuerpo y la salud son los bienes básicos y más preciados del ser humano; opinión respaldada, también, por ciertos autores¹⁹⁸. Precisamente por eso, puede entenderse que, en este tipo de casos en los que estos bienes supremos se ven afectados (y, además, normalmente, de manera grave), se dé cierta presunción de la concurrencia del daño moral (otra cuestión es ya su extensión o valoración), la cual se refleja en la creación y aplicación de un baremo de estas ca-

¹⁹⁸ Entre otros, MARTÍN DEL PESO, que manifiesta sin reservas que «el daño moral también es inherente al daño corporal» (MARTÍN DEL PESO, R.: *op. cit.*, p. 301).

racterísticas, el cual ya incorpora el daño moral como una consecuencia natural del daño corporal sin dar pie a mayores discusiones. A mayor abundamiento, la puesta en práctica de estas presunciones sirve, además, para ahorrar a las víctimas el trance de probar judicialmente un daño tan dificil de concretar como el moral en supuestos en los que es natural su aparición.

Como se ha visto, además de presuponer el daño moral, el sistema del Baremo presupone también qué personas lo sufren, así como la valoración a realizar de los daños; dos cuestiones que trataremos con posterioridad.

B) La Ley Orgánica 1/1982, sobre Protección de los Derechos al Honor, la Intimidad Personal y la Propia Imagen.

En relación a los derechos al honor, intimidad personal y familiar, y propia imagen, su tutela específica se instrumenta a través de la Ley Orgánica 1/1982.

En concreto, el artículo 9.3 de esta Ley se dedica a la figura del daño moral a propósito de la violación de estos derechos, expresándose de la forma siguiente:

«La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

Como se aprecia de la sola lectura del artículo, una vez se acredita la intromisión ilegítima, la existencia del perjuicio *se presume*, y la indemnización a que este perjuicio habrá de dar lugar se extiende, igualmente, al daño moral.

Si esto se pone en relación con el artículo 9.2 de la misma Ley, que indica que la tutela judicial comprenderá todo tipo de medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima, así como para procurar al agraviado la obtención de los daños y perjuicios irrogados, se deducirá que, una vez probada la intromisión ilegítima (que la propia Ley se encarga de definir en su artículo 7, aportando una serie de supuestos de hecho específicamente considerados como intromisiones ilegítimas), habrá de tutelarse el derecho violentado mediante una indemnización que funcione como contrapartida de los daños y perjuicios causados, y que se extenderá al daño moral.

La propia Exposición de Motivos de la Ley lo expone así, diciendo que este artículo «supone la fijación del cauce legal para la defensa frente a las injerencias o intromisiones ilegítimas», y remarcando que, «en lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que éstos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no sólo la de los perjuicios materiales, sino también la de los morales, de especial relevancia en este tipo de actos ilícitos».

Deberá, para ello, probarse el alcance de la lesión sufrida, debiendo adoptarse una serie de criterios valorativos de dicho alcance que el propio artículo aporta, tales como la difusión del medio a través del que se haya producido la lesión (cuestiones de especial interés de cara a la valoración del daño moral), y atendiendo, en todo caso, a las circunstancias concretas del caso.

Ahora bien, cuando el artículo dice que el perjuicio se presumirá, ¿a qué tipo de perjuicio se está refiriendo exactamente? ¿A un perjuicio económico, moral, o a ambos tipos de perjuicio? Como destaca GARCÍA LÓPEZ, no puede pensarse que en todos los casos previstos por la Ley en su artículo 2 pueda darse un perjuicio patrimonial¹⁹⁹, pero ¿podría existir también algún supuesto en el que no se diera tampoco un perjuicio moral? ¿Cuál es el perjuicio que realmente se presume cuando se acredita la intromisión ilegítima? Si aceptamos, en la línea de lo propuesto por el autor citado, que podría no darse un perjuicio patrimonial (lo cual nos parece plausible), lo que a continuación deberíamos preguntarnos es, si es cierto que únicamente podría tratarse de daño moral, puesto que el perjuicio patrimonial no tendrá por qué darse siempre, si siempre se dará este perjuicio moral.

Al igual que decíamos respecto del daño corporal al tratar el sistema de valoración del daño introducido por la LRCSCVM, parece que la lesión del patrimonio moral se da de manera casi connatural a la lesión de estos derechos que, aún más si cabe, podría defenderse que tienen un contenido de carácter principalmente moral²⁰⁰ y que, a su vez, forman parte lo que vendría a ser el patrimonio moral de la persona, entre otros derechos. Ésta habría de ser la razón, precisamente, de que la Exposición de Motivos indicara, como hemos reseñado, la *especial relevancia* de los daños morales en este tipo de actos ilícitos; así como de los términos empleados por el precepto a examen («se *presumirá*»»).

Así lo avalarían sentencias como la del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1962, entre otras, que, al tratar el derecho al honor, justifica la especial protección del mismo, otorgada por la Ley objeto de nuestro estudio, «precisamente porque se trata de la tutela de la integridad moral», en palabras de la sentencia; reafirmando de esta forma la idea de que estos derechos forman parte del patrimonio moral de la persona, teniendo un contenido eminentemente moral y, por tanto, conllevando de manera intrínseca y necesaria su violación un perjuicio de carácter moral, que habrá de repararse mediante una indemnización que se extienda a los daños morales.

Se trata de derechos relacionados directamente con la dignidad de la persona, con sus derechos de la personalidad y su patrimonio moral. Esto nos parece que queda claro, especialmente, cuando nos enfrentamos a procedimientos judiciales en los que las partes, más que una reparación de tipo económico, buscan la retractación de quien ha publicado una información que atenta contra el honor del demandante (por ejemplo), o aquellas sentencias en las que se pretende la condena a una cantidad simbólica de dinero, por resultar la propia

¹⁹⁹ GARCÍA LÓPEZ, R.: op cit., p. 270.

²⁰⁰ Para ROVIRA SUERIO, estos daños son «en todo caso de índole moral» (ROVIRA SUERIO, M. E.: *La responsabilidad derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Barcelona, Cedecs, 1999, p. 252), si bien nosotros estimamos que, en ciertos supuestos muy concretos, como aquellos en los que se negocia con la propia intimidad o imagen, prepondera una proyección económica de los mismos (por tanto, de darse su infracción y, consecuentemente, la necesidad de su tutela, ésta se habría de referir más bien a la dimensión patrimonial, en lugar de meramente a la moral; tendencia que no suele ser habitual, no obstante, en la práctica jurisprudencial).

condena suficiente compensación para el agraviado (lo cual ha sido censurado activamente en ocasiones por la jurisprudencia²⁰¹).

Y es que puede imaginarse fácilmente que este tipo de intromisiones, como puedan ser la publicación de una noticia falsa, o la difusión de una imagen en la que aparezca cualquier acto perteneciente a la esfera de intimidad de una persona, produzcan, como poco, desasosiego y zozobra; padecimientos que suelen vincularse en las sentencias de nuestro Tribunal Supremo con la figura del daño moral²⁰².

Por tanto, parece claro que el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 contiene lo que propiamente es una presunción de daño moral²⁰³. Ahora bien, ¿de qué tipo de presunción se trataría? ¿De una presunción *iuris tantum*, de las que admiten prueba en contrario, o de las más estrictas *iuris et de iure*?

En opinión de GARCÍA LÓPEZ, se trataría de una presunción *iuris tantum*²⁰⁴, pudiendo, por tanto, ser desvirtuada mediante prueba en contrario. También ROVIRA SUERIO se manifiesta en este sentido²⁰⁵, invocando tanto el artículo 1.251 del Código Civil (el cual hace expresa referencia a las presunciones legales, indicando que éstas pueden destruirse mediante prueba en contrario salvo que la propia ley expresamente lo prohíba –y recordemos que la Ley en cuestión no lo hace–), como el principio *ubi lex non distinguet non distinguere debemus* («donde la ley no distingue, no debemos distinguir nosotros»), afirmando, por demás, que, de aceptarse que se trata de una presunción *iuris et de iure*, se estaría produciendo una quiebra de importancia en el sistema general de responsabilidad civil, imperado por el artículo 1.902 del Código Civil; mientras que, por otra parte, admite que no es poca la doctrina y la jurisprudencia que defienden precisamente la posición opuesta²⁰⁶.

²⁰¹ Así, la STS de 12 de diciembre de 2011 afirma que no es admisible que se fijen indemnizaciones de carácter simbólico, ya que se trata de «derechos reales y efectivos», protegidos como tales por la Constitución Española, no pudiendo convertir la garantía jurisdiccional que a éstos se brinda en «un acto meramente ritual o simbólico», debiendo ofrecerse «una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego». En el mismo sentido se pronuncia la STS de 14 de diciembre de 1993, anteriormente comentada (vid. nota al pie nº 64).

Podría reflexionarse que este tipo de condenas tienen una finalidad más bien punitiva, en cuanto que la pretensión del demandante queda satisfecha con la mera publicación de la sentencia condenatoria y el agravio que ello puede causar al que infligió el daño.

²⁰² Recordemos, así, que son éstos algunos de los términos utilizados por sentencias como las de 6 de julio de 1990 o de 22 de mayo de 1995 (ambas en materia de responsabilidad médica), entre otras, para definir el daño moral.

ROVIRA SUERIO indica que se trata, efectivamente, de una presunción de daño moral, sin dejar resquicio a duda alguna, diciendo, además, que, en este tema, «el concepto de daño moral tiene (...) una aplicación *natural*» (la cursiva es nuestra), por tratarse de derechos de la personalidad (ROVIRA SUERIO, M. E.: *op. cit.*, pp. 237, 238).

²⁰⁴ GARCÍA LÓPEZ, R.: op. cit., p. 271.

²⁰⁵ ROVIRA SUERIO, op. cit., pp. 237 a 241.

²⁰⁶ Así, por ejemplo, podemos citar a MINGORANCE GOSÁLVEZ, entre otros (MINGORANCE GOSÁLVEZ, M. C.: La reparación del daño moral y los derechos de la personalidad. *Actualidad Civil*, nº 21, 2010, p. 2628).

Y es que, acudiendo directamente a la jurisprudencia, sentencias como la STS de 11 de abril de 2011, muy clara en sus términos²⁰⁷, o, también en las Audiencias Provinciales, la de Madrid, Sección 9^a, de 18 de febrero de 2009, se manifiestan contrariamente, indicando que se trata de una presunción *iuris et de iure*.

A nuestros ojos, podría parecer más sensato o precavido afirmar que es una presunción *iuris tantum*, abriéndonos, así, a la posibilidad de que existan supuestos en los que no se dé el daño moral (que, al fin y al cabo, es de carácter tan subjetivo que no puede presumirse que concurra en todos los supuestos, y de igual manera para todo el mundo) y, por tanto, de que una parte interesada en un pleito pueda probar que, efectivamente, no se ha producido daño moral alguno en ese supuesto concreto.

Puede ser útil, en este punto, traer a colación una interesante reflexión aportada por GARCÍA AMADO al hablar de estas presunciones de daño, que ejemplifica a través del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, pero que es aplicable a otras presunciones legales, como la anteriormente vista de la LRCSCVM. Para este autor, la introducción de presunciones de daño en nuestro sistema legal no es sino una dificultad, ya que, enuncia, «es fácil imaginar casos en los que la acción que la ley tipifica como "intromisión ilegítima" y que presume dañosa pueda no causar ningún perjuicio real al afectado o, incluso, reportarle beneficio» 208.

Ciertamente, podemos imaginar supuestos en que así suceda, como el caso de que una persona que vea a la postre triplicada su fama e ingresos por la publicación de imágenes pertenecientes a su intimidad (que, quizás, en un principio pudieran incluso afectar a su honor verdaderamente), por ejemplo. Pensando en esto, tiene lógica que, de darse una presunción (la cual se comprende y se explica por todas las razones antedichas, en el entendido de que, efectivamente, estos derechos suelen llevar aparejado un perjuicio de carácter moral, como también sucedía con los relativos a la integridad física), ésta sea *iuris tantum*, para poder proceder a desvirtuarla en según qué supuestos.

Manifiesta la sentencia que el daño moral se presume en el artículo 9.3 de la Ley «con carácter de "iuris et de iure" (...). No se trata de una presunción "iuris tantum", sino que la intromisión ilegítima supone per se la existencia del perjuicio indemnizable», añadiendo que «el perjuicio presumido es el correspondiente al daño moral».

Comenta también GARCÍA AMADO del daño moral en general que éste enseña cómo a veces los mecanismos resarcitorios no se emplean para compensar un daño, sino para constituirlo, en el sentido de que el daño moral se usa, según el autor, como una suerte de base de un deber de reparar, en relación a ciertas obligaciones de hacer o dejar de hacer respecto de las personas, en determinados ámbitos acotados por la (escasa) legislación y jurisprudencia relativas al daño moral, de manera que éste acaba configurándose más bien como una sanción a aplicar cuando no se actúa según este deber. Continúa el autor diciendo que este carácter sancionatorio se acredita por el hecho de que para el cálculo del quantum indemnizatorio se toma más en cuenta la que se considere gravedad de la conducta del agente que la existencia real del daño para el sujeto pasivo (...). Como el dolor no tiene precio, es la conducta del que presuntamente lo causa lo que funciona como clave del cálculo de la reparación de la sanción (GARCÍA AMADO, J. A.: Sobre algunos mitos del derecho de daños. Causas que no son causas e imputaciones objetivas bastante subjetivas. En Herrador Guardia, M.J. (director): Derecho de daños 2013. Navarra, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 68 a 70).

Aunque el autor no lo comenta, estimamos que, de contener certeza estas reflexiones, ello se haría especialmente patente en la anterior redacción del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en la que se preveía, como uno de los criterios concretos de valoración del daño, el total de los beneficios obtenidos por el autor del daño a resultas de la infracción del derecho del perjudicado (*vid.* nota al pie nº 138).

Lo cierto es, empero, que la jurisprudencia es muy clara en este punto, quizás a consecuencia de la observación del contenido eminentemente moral de los derechos en conjunción con la presunción efectuada por la Ley (que, no obstante, como decimos, guarda silencio en cuanto al carácter de esta presunción), que permite imaginar que el legislador pensó que la violación de los mismos llevaría consigo de manera natural la producción de un daño moral en cualquier caso.

Sea como fuere, parece que la presunción entra siempre en juego en la práctica, por lo que puede afirmarse que el artículo 9.3 de la Ley contiene una verdadera presunción de daño moral; y que los Tribunales así lo estiman y defienden, siendo muy claros en sus pronunciamientos a favor del carácter *iuris et de iure* de la misma, quizás a falta de que se presente algún supuesto en que pueda plantearse de manera notoria lo contrario, o estar extremada y exhaustivamente así probado, para conocer si la posición jurisprudencial al respecto de esta cuestión podría cambiar, como ya lo hizo anteriormente en otras cuestiones relacionadas con el propio daño moral.

C) Otras normas que incluyen previsiones expresas de daño moral.

Además de las dos normas ya estudiadas, existen otras que expresamente mentan la figura del daño moral, y respecto de las cuales es interesante realizar un somero estudio, con el fin de conocer si contienen o podrían contener presunciones de daño moral.

a) La Ley de Expropiación Forzosa.

En primer lugar, encontramos la Ley de Expropiación Forzosa, ya nombrada a lo largo del presente trabajo, que, en su artículo 47, viene a indicar que se concederá un total equivalente al 5% del justiprecio que se acuerde en concepto de premio de afección, por el apego de tipo emocional que el expropiado sienta por el objeto en cuestión.

No parece que se pueda discutir el carácter de presunción de daño moral de esta previsión, ni parece imaginable que el administrado pudiera querer desligarse de ella, dándose este aumento en el justiprecio de manera automática, sin necesidad de probar verdaderamente que el daño moral se produce.

Este aparente beneficio supone en realidad una desventaja, manifestada en que el administrado no podrá, tampoco, probar que el daño por él sufrido ha sido mayor (ni en lo relativo al premio de afección, ni tampoco al montante de la indemnización referido al perjuicio económico ocasionado por la expropiación), a pesar de tratarse, en el caso del valor de afección, de una partida tan íntimamente ligada con los afectos y emociones de la persona²⁰⁹.

b) La Ley de Propiedad Intelectual.

La última de las normas a tratar que contienen una referencia expresa al daño moral, como se ha mencionado anteriormente, es la Ley de Propiedad Intelectual, que, en su artículo

²⁰⁹ Se trata, en definitiva, de un procedimiento en el que el particular tiene poca capacidad de decisión y negociación frente a la Administración (véanse los artículos 24 a 37 de la LEF).

140.2.a) indica que «en el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico».

Merece la pena reseñarla, al hablar de posibles presunciones legales de daño moral, para excluir, por si hubiera alguna duda, que aquí se dé una de estas presunciones.

La propia jurisprudencia deja bien claro que no hay presunción alguna de daño moral en materia de propiedad intelectual en sentencias como la SAP de Madrid, Sección 28ª, de 5 de mayo de 2014, que afirma que la letra del artículo 140.2 LPI «no excusa al demandante de acreditar la existencia misma del daño moral derivado de la infracción», y que la infracción del derecho a la propiedad intelectual «no entraña ineludiblemente ni la producción de un daño patrimonial, (...) ni necesariamente un daño moral derivado de forma automática de la infracción del derecho moral», como indica también las STS de 14 de diciembre de 1993, que refuerza la necesidad de constatar su producción en el supuesto de hecho concreto.

Y es que, en materia de propiedad intelectual, el derecho de autor (que es lo que al fin y al cabo se tutela) tiene una doble vertiente, a saber, la moral y la patrimonial²¹⁰. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en la mayoría de los casos precedentemente estudiados (como en el caso de los derechos al honor, intimidad, y propia imagen, especialmente), que tenían un contenido de carácter eminentemente moral, tomando una dimensión patrimonial sólo en ciertos casos excepcionales²¹¹, el derecho de propiedad intelectual se proyecta, principalmente, sobre los intereses patrimoniales del autor, teniendo la repercusión sobre su patrimonio moral un carácter habitualmente más secundario²¹². Quizás por ello, la Ley no incorpora ningún tipo de presunción del daño moral.

²¹⁰ Así lo pone de manifiesto MARTÍNEZ ESPÍN: «El derecho de autor se manifiesta en un doble aspecto: el patrimonial y el moral (art. 2 TRLPI), por lo que la infracción del mismo puede producirse en sus dos subconjuntos de forma independiente o concurrente (...)». (MARTÍNEZ ESPÍN, P.: El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual. Madrid, Tecnos, 1996, pp. 29, 30).

²¹¹ Vid. nota al pie nº 92.

En la mayor parte de estos supuestos, el punto de mira recae sobre los derechos de explotación de las obras creadas (cuestión patrimonial), si bien existen otros casos en los que ambas proyecciones del derecho de autor se dan conjuntamente (siendo un buen ejemplo de ello la STS de 3 de junio de 1991, que expresamente admite los dos tipos de daño en relación al derecho de autor, al hilo de un supuesto en el que un pintor, que había cedido sus obras para una exposición, las recibió con notables desperfectos, sufriendo así un daño tanto patrimonial como moral), e incluso otros en los que se da únicamente un daño moral. Un ejemplo de esto último puede observarse en supuestos como el ventilado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, de 10 de marzo de 2009, en la que se condena al Ayuntamiento de Bilbao por haber construido una pasarela adosada al puente «Zubi Zuri», sito en esta ciudad, de estilo arquitectónico completamente distinto al del propio puente, vulnerando así el derecho moral a la integridad de la obra del autor.

Es curioso observar, en relación a este último supuesto, como destaca CASAS VALLÉS, que en la sentencia de Primera Instancia (pronunciada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 23 de noviembre de 2007), a pesar de estimarse probado el atentado contra la integridad de la obra, se negaba la causación de un daño moral al autor, por considerarse que no se cumplían los requisitos del artículo 14.4 de la Ley de Propiedad Intelectual (a saber, un daño a la reputación o a los legítimos intereses del autor). La Sentencia de la Audiencia, sin embargo, revoca este pronunciamiento, considerando producido dicho daño y concediendo al arquitecto una indemnización pecuniaria (aunque muy inferior a la por éste reclamada), si bien no accede a la petición del actor consistente en la demolición del puente, por razones de interés general (CASAS VALLÉS, R.: El caso Calatrava o Zubi Zuri, ¿una victoria pírrica en apelación? Revista de Propiedad Intelectual, nº 32, agosto-mayo 2009, pp. 103 a 105).

Ahora bien, es posible, como se predicaba en general del daño moral, que su concurrencia pueda extraerse por medio de presunciones judiciales, o que pueda inferirse fácilmente de los propios hechos acaecidos, siguiendo las pautas aportadas por la jurisprudencia en relación a la prueba del daño moral; pero esto no es óbice, en definitiva, para concluir que no existe presunción alguna de daño moral en la LPI y que, consecuentemente, y con mayor o menor rigurosidad según el supuesto concreto, el daño deberá ser probado.

IV. VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL

1. DOCTRINA GENERAL DE LA VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL.

Otro de los supuestos más complejos en la aplicación del daño moral en la práctica de los Tribunales es el relativo a su valoración o cuantificación²¹³.

No estando este daño expresamente regulado en ninguna norma con vocación de integridad y generalidad, como se sabe, no existen tampoco pautas generales en ley alguna para su valoración. Se trata, así, de una cuestión que se deja a la apreciación de los Tribunales, que, prudencialmente (que no *arbitrariamente*, como bien se encarga de remarcar GARCÍA LÓPEZ²¹⁴), deben determinar la cantidad que consideren ajustada para compensar los daños sufridos. Para ello, las partes deben aportar las pruebas que consideren oportunas, debiendo acreditar, así, tanto la existencia del daño moral como su extensión, aportando *bases* que permitan al juez juzgar, según el caso concreto, el *quántum* indemnizatorio que adecuado al perjuicio sufrido en el supuesto de hecho²¹⁵.

Por tanto, se ponen en juego dos elementos: las *bases de regulación* del daño moral, y la *cuantificación* del mismo²¹⁶; de las cuales, las primeras habrán de ser aportadas por las partes (así lo expresan, entre otras, la STS, 2ª, de 29 de junio de 1987²¹⁷, al indicar que «es preciso

²¹³ Como explicitan NAVARRO MENDIZÁBAL y VEIGA COPO, se trata de «uno de los problemas cruciales en esta materia». Y es que, como los mismos autores resaltan, «puede entenderse que resulta muy dificil decir cuántos euros es el equivalente pecuniario del daño sufrido por una injuria o el dolor por la muerte de un hijo» (NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. y VEIGA COPO, A. B.: op. cit., p. 174).

²¹⁴ Este autor destaca, también, que éste es un principio tradicional (el de la libre apreciación por parte de los Tribunales del daño moral) no sólo en nuestro Ordenamiento, sino también en Ordenamientos jurídicos extranjeros, indicando que esta apreciación prudencial suele vincularse con el principio de equidad (GARCÍA LÓPEZ, R.: op. cit., p. 150).

²¹⁵ Ya lo hemos dicho antes, pero creemos que merece la pena recordar que, al menos en nuestra opinión, la labor del juzgador consiste en la concreción del *daño efectivamente causado* en el caso concreto, prescindiendo de otros factores que no incidan efectivamente en la causación o agravación del daño (huyendo así de consideraciones que pretenden hacer del daño moral un instrumento de sanción o prevención, por encima de la función de prevención que consideramos ha de tener).

²¹⁶ Ibid., pp. 152, 153.

²¹⁷ Esta sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (que trata una afrenta al derecho al honor a raíz de unas publicaciones injuriosas en una revista de gran difusión en el país) realiza, además, una interesante síntesis de la cuestión del daño moral, dando apuntes sobre su naturaleza, su reconocimiento jurisprudencial y legal, y la evolución del concepto en la jurisprudencia de la Sala Segunda (vid. F.J. 8°).

que (...) consten los datos precisos para la evaluación o cálculo de tales daños»), mientras que la segunda será decidida prudencialmente por el juez²¹⁸.

No obstante, se aplican también a la valoración del daño moral y a su prueba salvedades similares a las que ya exponíamos en relación a la prueba de la existencia del daño moral: así, sentencias como la STS de 12 de diciembre de 1998, que menciona otras anteriores, como las de 9 de mayo de 1984 y 22 de octubre de 1993²¹⁹, entre otras, apunta la idea, en materia de responsabilidad médica, de que no será precisa una pormenorizada prueba en los casos en los que los hechos revistan en conjunto un carácter notorio, no siendo preciso tampoco acreditar la realidad cuantitativa cuando se deriven daños fatales y notorios, siendo lo razonable en este tipo de casos el señalar una cantidad alzada suficiente para compensar a los actores. En la misma línea se pronuncia la STS, 2^a, de 22 de abril de 1989, refiriéndose igualmente tanto a la prueba de las bases de cuantificación, como a la valoración propiamente dicha²²⁰. Por su parte, la STS de 10 de octubre de 2012 indica que «del daño moral en sí mismo considerado, no puede establecerse una comprobación ya de su realidad, o de su cuantificación, integramente objetiva que vava más allá o desvirtúe su propia conceptualización jurídica», y la STS de 23 de julio de 1990 deja dicho que «no puede ser suficiente para su desestimación su falta de determinación económica», refiriéndose no a las actuaciones de las partes (es decir, no exime a éstas de la obligación de especificar una cantidad concreta en sus escritos), sino a la posibilidad del juez de valorar prudencialmente y en equidad, como se encarga de clarificar la STS de 7 de noviembre de 2011.

Como se puede imaginar, y teniendo en cuenta la naturaleza subjetiva de los derechos cuya violación puede provocar la irrogación de un perjuicio de tipo moral, no es ésta cuestión fácil, y así se manifiesta en la práctica judicial, que ha alumbrado durante décadas resoluciones de lo más variopinto, dándose una falta de homogeneidad manifiesta entre las distintas sentencias al no haber un criterio unificador en cuanto a la valoración del daño (situación que, no obstante, se ha ido corrigiendo paulatinamente con el tiempo, al dictarse cada vez sentencias más parejas en cuanto a las cantidades indemnizatorias concedidas). Además de este pernicioso resultado, se dan otros

²¹⁸ Según ÁLVAREZ VIGARAY, habrá de entrar también en consideración del juzgador, a la hora de liquidar la indemnización por daño moral, la «compensatio lucri cum damno», de manera que puedan descontarse de la misma los posibles efectos positivos que haya tenido como efecto el evento dañoso. El autor pone como ejemplo de este supuesto (que, admite, es poco probable), entre otros, la persona que, a consecuencia de la intensa impresión psicológica producida por el daño, recupera el habla o la movilidad anteriormente perdidas (ÁLVAREZ VIGARAY, R.: op. cit., p. 115).

²¹⁹ Indica esta sentencia que «si es cierto que la jurisprudencia tiene establecido que el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejados los daños y perjuicios, también ha dicho que tal doctrina no es de aplicación tan absoluta que, en los casos en que de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca necesaria y fatalmente la existencia del daño, sea preciso acreditar su realidad además de la de los hechos que inexcusablemente los han causado».

²²⁰ Esta sentencia es muy gráfica al decir que «si lo debatido son los perjuicios morales "strictu sensu", igualmente se precisa reclamación y prueba, si bien, esta última, puede consistir en declaraciones fácticas concretas realizadas en la declaración de hechos suficientemente acreditados o inferirse, inequívocamente de las mismas (...); mientras que la cuantificación podrá verificarse por el Tribunal de instancia, prudencialmente, sin más limitación que la impuesta por la racionalidad más elemental (...)».

como los relativos a deficiencias en la designación de los titulares específicos del derecho resarcitorio (ante supuestos de indemnizaciones derivadas de la muerte), así como la falta de concreción conceptual de las propias indemnizaciones (mezclándose, en ocasiones, en un mismo concepto indemnizatorio, partidas tan dispares como los daños morales y los patrimoniales) ²²¹.

Resulta evidente, por demás, que esta situación se agrava especialmente cuando se tiene en cuenta que la cuestión de la cuantificación del daño no tiene acceso a casación; provocando que hava sido imposible, en multitud de ocasiones, corregirse apreciaciones erróneas por parte de los Tribunales de instancia. Así lo ponen de manifiesto sentencias como la STS de 17 de octubre de 2014, que recoge un útil análisis del estado de la cuestión en la jurisprudencia, al hilo de una intromisión en el derecho al honor, al decir que «es doctrina de esta Sala (...) que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba», según viene expresado por las STSS de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000 o de 15 de marzo de 2001. Sin embargo, sí será posible la revisión en casación de la cuantía en algunos supuestos tasados, siendo éstos, únicamente, los que se producen «por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción», como indican múltiples sentencias del Alto Tribunal, como las de 25 de febrero de 1992, 23 de noviembre de 1999, 28 de marzo de 2005 o 16 de noviembre de 2006, entre otras, o bien cuando «se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del quántum», según indican STSS como las de 15 de febrero de 1994 o de 21 de diciembre de 2006, por citar algunas.

Por tanto, sólo podrá el Tribunal Supremo entrar a conocer en materia de cuantía cuando se dé alguno de los supuestos citados, es decir, cuando incurran los Tribunales de instancia en arbitrariedad o notoria desproporción, o bien en relación a la fijación de las bases que permiten la fijación del *quántum* indemnizatorio.

En el resto de supuestos, que serán la mayoría, serán los tribunales *a quo* los encargados de determinar el *quántum* indemnizatorio a satisfacerse por la parte que corresponda²²², para lo cual estudiarán las bases ofrecidas por las partes intervinientes y las circunstancias que concurran en el caso.

A pesar de la evidente dificultad de valorar derechos del tipo de los que estamos hablando, ofrece la STS de 17 de octubre de 2014 ciertos criterios que pueden guiar a los Tribunales en su ponderación del daño, a propósito del caso que enjuicia: uno de ellos, que es el aplicado por la Audiencia en el supuesto de la sentencia, es el de realizar una actividad de comparación entre el supuesto a examen y otros supuestos juzgados por el mismo Tribunal en los que se cometan otras imputaciones diferentes, merecedoras de distinta valoración (por ejemplo, en el supuesto de hecho de la sentencia se hablaba de la publicación de una infidelidad y se

²²¹ GARCÍA LÓPEZ, R.: op. cit., p. 150, 151.

AGUSTÍN CALVO defiende la conveniencia de que sean, efectivamente, los Tribunales de Instancia los que conozcan acerca de la cuantía del daño moral (aunque la autora se refiere a la existencia o inexistencia del daño moral, sin mencionar expresamente la cuantía, pero creemos, por el contexto, que se refiere también a la cuestión del quantum), por razón del principio de inmediación judicial, dado que es ante estos Tribunales ante los que se ha sustanciado todo el procedimiento, practicado los medios de prueba, etc. (AGUSTÍN CALVO, M. G.: op. cit., p. 8635).

comparaba con la publicación de unos supuestos de zoofilia, para concluir que estos últimos revestían mayor gravedad y, por tanto, debían conllevar la concesión de una mayor indemnización), con el fin de tomar aquellas indemnizaciones como referentes para, en función de la mayor o menor gravedad del caso que se enjuicia en comparación con aquellos otros casos, acordar una cantidad para el supuesto que se enjuicia. Otra de las actividades que realiza el Tribunal Supremo en la sentencia, con el fin de examinar si la indemnización es la adecuada, es la comparación entre este supuesto y otros de similar naturaleza, para determinar si las indemnizaciones son aproximadas o parejas, en cuyo caso cabe presumir que, tratándose de similares circunstancias, serán probablemente ajustadas²²³.

Un ejemplo de cómo valoran los Tribunales *a quo* las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, por otra parte, puede ser el ofrecido (entre muchas otras) por la SAP de Cantabria, Sección 4ª, de 7 de noviembre de 2007, en materia de responsabilidad por incidencias ocurridas en viajes combinados. Recuerda la sentencia que la indemnización por daño moral, en esta materia concreta, «es unánimemente admitida por las Audiencias», y que era procedente en el caso concreto por haberse acreditado «la presencia de situaciones que han alcanzado un grado de incomodidad, penosidad o perturbación suficiente como para acceder a la declaración de un daño moral indemnizable». En cuanto a la valoración, se estima ponderada la cantidad reclamada por las partes, «partiendo del importe del viaje, calculando el importe de cada día, y valorando los días perdidos» (se trata de un viaje de novios que se vio frustrado por un huracán que pudo haber sido previsto por la agencia de viajes)²²⁴.

Podría decirse, por tanto, que dependerá mucho la valoración, en resumen, y a pesar de existir ciertas pautas valorativas en la doctrina jurisprudencial, del caso concreto, lo que sin duda nos habrá de llevar a pronunciamientos judiciales dispares (aunque sean mínimamente o hasta cierto punto, si se aprecia que las indemnizaciones se han ido homogeneizando con el

CAVANILLAS MÚGICA aporta la misma solución al realizar un interesante estudio acerca de la motivación de las sentencias dictadas en materia de responsabilidad por daños morales, en el cual indica que, tratándose de una actividad valorativa y discrecional de los Tribunales en un ámbito en el que es imposible encontrar un parámetro absoluto para efectuar la valoración, el recurso al que han de acudir los Tribunales es el de la comparación, examinando otras sentencias recaídas en relación al daño moral, con el fin de conocer cuál sea la indemnización adecuada según el tipo de supuesto a estudiar en el momento concreto. El autor también apunta la posibilidad de realizar esta actividad de relación y comparación no ya respecto de otros supuestos particulares de daño moral, sino respecto del Baremo de la LRCSCVM (CAVANILLAS MÚGICA, S.: La motivación judicial de la indemnización por daño moral. *Derecho privado y Constitución*, nº 20, 2006, pp. 168, 169).

Asimismo, los anteriormente citados PETL, o *Principles of European Tort Law*, en el apartado tercero de su artículo 10:301, se decantan también, para los supuestos de daño corporal, en concreto, por la comparación entre supuestos donde se den daños objetivamente similares, con el fin de concederse indemnizaciones también similares.

DÍEZ PICAZO critica esta concreta resolución judicial indicando que, con ella, se deja patente que se ha producido una evolución de la «pecunia doloris», de los dolores psicofísicos, a las incomodidades o desplaceres, pasando de resarcir los dolores experimentados por situaciones injustas a indemnizar el hecho de haber sufrido incomodidades, propugnando que quizás fuera conveniente un cambio legislativo para dar acomodo a este nuevo concepto amplio de daño moral (ya que, recordemos, partíamos, para aceptar el daño moral, del artículo 1.902 del Código Civil, que expresamente se refiere a un daño. Habría que plantearse, por tanto, si en este tipo de supuestos hay verdaderamente daños, o únicamente molestias, como resalta el autor citado). (DÍEZ PICAZO, L.: op. cit., 2008, pp. 49 a 53). Se trata, sin duda, de un ejemplo más de la moderna extensión del concepto.

tiempo y la práctica jurisprudencial), poniendo, quizás, en una situación de riesgo la seguridad jurídica que es deseable en todo Ordenamiento jurídico.

Sin embargo, debe decirse que ésta no es ya la realidad que se vive en los Tribunales, al menos en relación a determinados supuestos. Y es que, con la aparición de las normas estudiadas en el apartado anterior, se han introducido en nuestro Ordenamiento no sólo presunciones del daño moral, como se ha visto ya, sino también criterios legales de valoración del mismo. Se trata de normas especiales, por tanto, que indican una cantidad a indemnizar para cada uno de los supuestos que expresamente prevén, transformando un derecho indemnizatorio tan abstracto como el relacionado con el daño moral, en algo tasado y prefijado (lo cual, avisamos ya, ha traído no pocas discusiones doctrinales, como es de esperar).

2. NORMAS QUE INCORPORAN CRITERIOS LEGALES DE VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL.

2.1 LA LEY SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR.

Deteniéndonos en primer lugar en el sistema de valoración de daños contenido en la LRCSCVM, por haber sido, desde la aprobación de la Ley, probablemente el caso que más ánimos encontrados y debates ha suscitado, así como el más relevante en la práctica, por lo que luego se dirá, puede observarse, con la propia lectura de las tablas, que éstas determinan unas cantidades fijas (actualizadas anualmente) a modo de indemnización, las cuales son comprensivas, en sus distintos apartados, de diversos tipos de daños, entre los que se incluyen los morales. A pesar de que este sistema de baremo implicó, al momento de su promulgación, el otorgamiento de una anhelada seguridad tanto a las partes, como a los Tribunales, que pasaban a disponer ya de unos criterios ciertos a los que acoger sus sentencias de condena, así como, por supuesto, a las propias compañías aseguradoras, en quieren recaía la obligación de indemnizar, ha sido un sistema muy discutido desde que se pusiera en práctica hace ya más de veinte años, y ello, por varias razones.

En primer lugar, por cuanto supone un límite a las indemnizaciones que atenta directamente contra el principio de reparación integral del daño²²⁵. Y es que, a pesar de ser cierto

²²⁵ RODRÍGUEZ CARDO hace un comentario que, si bien se emite con respecto al artículo 183.2 de la LJS, creemos que es perfectamente reseñable aquí por cuanto refleja el conflicto entre cualquier sistema de baremo y la idea de la reparación integral del daño moral: «El baremo (...) podrá fijar con cierta precisión y homogeneidad las precisiones por daño emergente, lucro cesante o daño corporal, pero el daño moral no admite tal homogeneidad, sino que exige individualización y requerirá de una valoración casuística, con el fin de que la indemnización final cumpla verdaderamente la función (...) de "resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión".» (op. cit., p. 108).

Por otra parte, el mismo autor admite la tensión existente entre el principio de reparación integral del daño, el cual «se asienta en una determinada idea de justicia», pero lleva a un mayor casuismo (y, con ello, a cierta sensación de inseguridad jurídica) y el deseo de quien ha de juzgar y otros agentes del tráfico jurídico de disponer de pautas claras para la determinación del daño, que reduzcan la discrecionalidad del juzgador y permitan una cierta previsibilidad y homogeneidad entre los diferentes casos presentados ante los Tribunales (Id.: El resarcimiento de los daños morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración y cuantificación (I). *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, nº 167, 2014, pp. 127, 128).

que en materia de daño moral no puede pretenderse una reparación integra en sentido estricto, por cuanto el dinero no puede dejar completamente indemne al perjudicado, precisamente por la naturaleza de los derechos dañados, que no encuentran su equivalencia en una suma pecuniaria, sí es posible conseguir, no obstante, la compensación del daño causado²²⁶ (recordemos que ésta es la función principal de la indemnización pecuniaria por daño moral). Y. si esto es posible, el hecho de poner un límite cierto a las indemnizaciones puede impedir. precisamente, que se compense este daño integramente, violentándose, así, el principio de reparación integral del daño²²⁷; convirtiéndose las indemnizaciones previstas en el Baremo, más que en un elemento de seguridad para las víctimas, en un límite que coarta sus derechos y les impide resarcirse la totalidad del daño causado (situación que no llega a ser paliada a través de los factores de corrección que incorporan las Tablas, que son insuficientes e, igualmente, comulgan con el espíritu general del Anexo de limitar la cuantía de las indemnizaciones). Como indica DÍEZ PICAZO²²⁸, en una frase que nos parece muy significativa, «no se protege adecuadamente el derecho a la vida y a la integridad física cuando, como ocurre en el caso que nos ocupa, se limita significativamente el derecho a obtener una indemnización íntegra de los daños (...)».

Además de esto, se denuncia por el mismo autor que este sistema discrimina también a las víctimas de los daños corporales respecto de las que sufren daños en sus cosas, puesto que estas últimas no encuentran barrera alguna para la completa indemnización de los daños sufridos, pudiendo darse la paradoja en algún caso de que las indemnizaciones por daños materiales resulten ser superiores a las otorgadas en función del Baremo por daños corporales (sin duda, más graves que los materiales a todos los efectos). Y ello, «por no mencionar la discriminación entre las víctimas de los accidentes de circulación y las de accidentes de otras clases», continúa el autor²²⁹.

Más allá incluso de los derechos conculcados de las víctimas, se encontró que este sistema también atentaba contra la soberanía de los órganos jurisdiccionales, a quienes pertenece la función de cuantificar los daños a indemnizar, como la STS de 26 de marzo de 1997 se encargó de recordar.

Después de todo lo dicho, no debe sorprendernos el hecho de que efectivamente se plantearan varios recursos de inconstitucionalidad contra el mencionado Baremo, por las causas antedichas

Así lo estima, entre muchos otros, MACÍAS CASTILLO, al expresar, en sede de valoración del daño moral, que éste, por definición, no es cuantificable en dinero, siendo el resarcimiento del mismo una aproximación por la vía de la compensación al daño realmente sufrido (MACÍAS CASTILLO, A.: op. cit., p. 429).

²²⁷ DÍEZ PICAZO habla de este fenómeno refiriéndose a él como la «relativización» del principio del resarcimiento integral (DÍEZ PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 237).

²²⁸ DÍEZ PICAZO, L.: op. cit., 2011b, p. 190.

²²⁹ Y es que no es dificil pensar que el Baremo, con sus límites, dará lugar a indemnizaciones visiblemente más exiguas que las que se concedan en virtud del daño originado en otro tipo de accidentes (aun cuando el resultado dañoso pueda ser el mismo), especialmente en supuestos de daños cualificados, en los que será todavía más difícil que los límites indemnizatorios impuestos por el Baremo permitan la adecuada reparación íntegra del daño (imaginemos, por ejemplo, el caso de un deportista de élite cuyas piernas quedan dañadas).

El propio Tribunal Supremo, en la recién mentada sentencia de 26 de marzo de 1997, recogió esta tesis de la inconstitucionalidad del Baremo, acogiéndose a ella. El Tribunal, en esta explicativa sentencia, examina los motivos por los que estima que podría apreciarse la inconstitucionalidad de la norma, explicando los problemas jurídicos planteados por la aceptación de los baremos por parte de los órganos judiciales. Para ello, estudia, en primer lugar, los baremos que son de aceptación voluntaria, frente a los que tienen «un pretendido carácter obligatorio» (como el de la LRCSCVM).

En relación a los primeros, insiste el Tribunal en la función soberana de los órganos jurisdiccionales de cuantificar los daños, que es al mismo tiempo, dice el Tribunal, «una obligación», no pudiendo ser sustituida por «la simple aplicación de un baremo», si bien esta función de cuantificación de los Tribunales no impide que se acuda a él como criterio orientativo. Sin embargo, cuando las pruebas practicadas en juicio arrojen «un resultado sensiblemente diferente» a los términos contenidos en el baremo, el juzgador de instancia deberá, «en cumplimiento de su función jurisprudencial (...), recoger el resultado concreto de lo probado en autos, desdeñando la solución normativa que, por su carácter general, no se adapta a todos los casos (...) ».

Sin embargo, cuando el Baremo es de aplicabilidad forzosa, la cuestión se torna diferente. Indica el Tribunal que este tipo de baremos implican «una evidente limitación de las funciones de los Tribunales de Justicia (...), cercenando con ello sus facultades de valoración de la prueba». Además, «se conculca directamente uno de los preceptos cardinales de nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 1902 CC, que ordena expresamente "reparar el daño causado", no cabiendo duda de que no se cumple este precepto cuando la vinculación a un baremo sustituye "la reparación del daño causado" por una indemnización, apriorísticamente fijada y que, a menudo, no coincide con la realidad del daño». Y supone, igualmente, «una flagrante discriminación con relación a los producidos por otras causas».

Contundentes argumentos, los expresados por el Tribunal Supremo en esta sentencia, que no fueron acogidos por el Tribunal Constitucional al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas²³⁰ en su STC 181/2000, de 29 de junio (con excepción de algunos aspectos contenidos en la Tabla V, que sí fueron declarados inconstitucionales), a la cual nos remitimos expresamente y que, debe destacarse, contó con varios votos particulares.

Es preciso reseñar, sin embargo, que los argumentos de la sentencia del Supremo, por muy contundentes que fueran, constituían un claro *obiter dicta*; dichos una vez ya decidida la cuestión principal del pleito, y sin la fuerza, por tanto, de cualquier argumento empleado a modo de *ratio decidendi*. Lo cual quizás, y sólo quizás, pudo tener cierta relevancia en orden a la desatención de estos argumentos en la decisión del Tribunal Constitucional.

Independientemente, en fin, de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, no es poca la doctrina que sigue considerando que el sistema no es adecuado al supuesto de hecho al que

Articuladas en torno a tres núcleos fundamentales: el derecho a la vida y a la integridad física y moral del artículo 15 CE, los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad, y la cuestión relativa al impedimento supuesto por el Baremo para el ejercicio de la función jurisdiccional de los Tribunales.

se aplica, y con la que, en suma (salvando las matizaciones que se harán respecto al estado del sistema tras la última reforma), podemos decir que concordamos²³¹.

La situación resulta todavía más escandalosa y llamativa si se tiene en cuenta que, en la práctica, el Baremo ha pasado de aplicarse a los supuestos de responsabilidad civil derivada de accidente de tráfico (ámbito para el que en un inicio fue pensado), a aplicarse en la generalidad de supuestos en los que se dan perjuicios sobre el cuerpo humano de los descritos en las tablas.

Así se hace, a modo de ejemplo, en la STS de 9 de febrero de 2011, en la que lo que se enjuicia es un supuesto de lesiones por accidente en una pista de esquí, al haber impactado el esquiador contra un cañón de nieve situado en las inmediaciones de la pista. No es, a todas luces, un supuesto de accidente de tráfico y, sin embargo, se aplica el conocido Baremo, tanto por la Audiencia Provincial, previamente, como por el propio Tribunal Supremo en la resolución.

La conveniencia de aplicar el Baremo como criterio de referencia para la valoración de daños morales de distinto tipo ha sido apuntada, por otra parte, por autores como MARTÍN DEL PESO²³², en relación a supuestos diversos, y en particular los del daño moral puro (caracterizado por sensaciones de sufrimiento, tristeza, angustia...) donde la valoración del daño moral es todavía más compleja si cabe, por tratarse de un tipo de daño que «no es susceptible de traducción económica reglada». Indica el autor que, en estos supuestos, «es posible acudir a criterios valorativos, a marcos de referencia que sirvan para evaluarlo proporcionalmente y graduarlo de forma que su importe no sea excesivo o inferior al que se reconoce en situaciones que guardan semejanza con los padecimientos en que el daño moral consiste y que, sin embargo, tienen establecidas reglas valorativas», haciendo, así, referencia al Baremo.

Sin embargo, debe decirse que, como la propia STS de 9 febrero de 2011 indica, el sistema de valoración del daño corporal previsto en la LRCSCVM tiene un valor meramente *orientativo* en supuestos distintos a los accidentes de tráfico. Y es que, si ya es controvertida la aplicación del Baremo a los propios supuestos de tráfico, por todas las razones previamente relacionadas, aún puede serlo más su aplicación a otros supuestos, amén de más compleja.

Así, DÍEZ PICAZO (*op. cit.*, 2001b, p. 198), por ejemplo, manifiesta que «no es éste un buen sistema», habiendo sido más adecuado adoptar medidas legislativas que permitieran a los Tribunales conseguir «una cierta dosis de uniformidad», admitiendo expresamente «la injusticia de la ley», que parece relacionar el autor con los problemas comerciales de las compañías de seguros (que, no olvidemos, fueron el factor de presión que propició la confección y aprobación de la Ley en la que el Anexo se contiene). También NAVARRO MENDIZÁBAL y VEIGA COPO (*op. cit.*, p. 180) censuran el sistema adoptado, indicando que se ha pasado de la disparidad a la uniformidad, sin un punto medio, lo que resulta muy criticable, cuando quizás mejor que uniformar debería haberse intentado un mero mecanismo de armonización para que no hubiera diferencias arbitrarias (y es que, estimamos nosotros, no puede aplicarse un sistema uniforme a casos que, por definición y por razón de su subjetividad, son esencialmente diferentes entre sí; uniformidad que, como estiman los autores citados, viene a beneficiar realmente no a las víctimas, sino a quien ha de enfrentarse al pago de las indemnizaciones, a saber, las compañías de seguros).

²³² MARTÍN DEL PESO, R.: *op. cit.*, p. 314.

Por tanto, parece que queda claro que el Baremo sólo tendrá un valor mediamente orientativo en otros supuestos (lo cual no impide que se aplique ampliamente en la práctica, como hemos visto), permitiendo a los Tribunales y a las partes desligarse del mismo.

Sentencias como la del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2004 indican que la determinación del *quántum* «no se puede basar exclusivamente en el parámetro del baremo», para un supuesto ajeno al de los accidentes de circulación. En el mismo sentido, otras sentencias como las STSS de 21 de abril de 2005 o de 2 de marzo de 2006²³³. Por otra parte, las STSS de 21 de junio de 2004 o de 13 de junio de 2006²³⁴ avalan la posibilidad de su uso con carácter meramente orientativo, mientras que la de 10 de febrero de 2006 acoge esta posibilidad, pero además también niega expresamente la de su aplicación analógica en los términos del artículo 4.1 del Código Civil, apelando de nuevo a las funciones de apreciación de la prueba de los órganos jurisdiccionales²³⁵.

¿Qué ocurre, por otra parte, en pleitos que sí traen causa de un accidente de tráfico? La respuesta más obvia podría parecer ser que, en este tipo de supuestos, sí tiene el Baremo carácter vinculante. Esto es lo que se desprende en general de la práctica, donde el Baremo es ampliamente usado (como decimos, incluso, en otros supuestos que nada tienen que ver con los accidentes de circulación), y de la propia Ley, que, a juzgar por su redacción, parece tener vocación de generalidad y de imperatividad.

Sin embargo, la primera jurisprudencia vino a contradecir esta primera impresión. Así, tanto la anteriormente citada STS de 26 de marzo de 1997 como la de 24 de mayo del mismo año, que viene a citar la primera, se muestran tajantemente contrarias a su pretendido carácter obligatorio, ambas en un supuesto de accidente de tráfico; la primera en los términos ya vistos, y la segunda indicando que «la función de calcular los daños indemnizables (...) no está sujeta a baremo alguno», en una expresión que, ciertamente, no podría ser más clara y rotunda

²³³ En este supuesto, la recurrente, víctima de quemaduras provocadas al incendiarse el vestido que portaba, durante la fiesta de disfraces de una discoteca, reclama pidiendo la aplicación del Baremo, al cual defiende como «el único sistema valorativo de daño corporal legislado en nuestro Estado» (ya que conviene a su derecho, por tener prevista una cantidad mayor que la otorgada en la sentencia de la Audiencia). Sin embargo, el Tribunal se encarga de rebatir esta afirmación, declarando firmemente que el Baremo, si bien se reconoce ya como obligatorio para los supuestos de tráfico, no es así en supuestos ajenos a este concreto ámbito de aplicación, por lo que no procede su aplicación obligatoria en el supuesto de autos. Además de esto, repasa también el Tribunal la doctrina según la cual la determinación del daño tiene, en ocasiones, acceso a casación.

²³⁴ Es muy clara esta sentencia, al resolver el supuesto de una muerte por electrocución, cuando dice que «sin perjuicio de que, a título orientativo, no vinculante, puedan tomarse en consideración las tablas establecidas para el caso de responsabilidad nacida de hechos de la circulación, que, fuera de esos casos, no pueden ser alegados en casación como infringidos».

Así, admite esta función orientativa, indicando, empero, que su reconocimiento está muy lejos de admitir la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas de tasación legal con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 del Código Civil (...), puesto que la fijación y determinación de determinadas cuantías en el ejercicio de funciones de apreciación o valoración (...) constituye una facultad que entra de lleno en la potestad o función jurisdiccional que atribuye el artículo 117.1 de la Constitución a los jueces o magistrados (...)>>

Sentencias como las citadas vinieron a producir una palpable tensión judicial, pronunciándose también la propia Sala Segunda del Tribunal, en sentencia de 5 de julio de 1999, en el mismo sentido que la Sala Primera: es decir, en contra del carácter vinculante del Baremo (para lo cual se remitió básicamente a la fundamentación por ésta alumbrada), mientras que el Tribunal Constitucional se posicionaba a favor del carácter vinculante de éste en su STC 181/2000 de 29 de junio, arriba referenciada, declarando superadas «las opiniones doctrinales y jurisprudenciales que aludían a su carácter meramente "orientativo" o "indicativo" sin reconocer su obligado cumplimiento».

Siendo vinculantes las sentencias del Tribunal Constitucional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que lo coloca en posición de intérprete máximo de la Constitución, norma suprema del Ordenamiento, con la consecuente obligación de jueces y Tribunales de aplicar el Derecho en el sentido de estas interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional, poco más queda que decir: el Baremo adquiere (si es que se estima que no lo tenía ya), tras la sentencia del Tribunal Constitucional, un carácter vinculante en la práctica, debiendo aplicarse inexcusablemente en los supuestos relativos a accidentes de circulación, y dejando su función orientadora para el resto de casos²³⁶.

Habrán de aceptarse, por tanto, los límites indemnizatorios como límites máximos a ser concedidos en los supuestos propios del ámbito de aplicación de la Ley, a pesar de que, como hemos defendido, ello pueda fácil y habitualmente entrar en conflicto con el principio de reparación íntegra del daño, que debiera siempre regir las soluciones del Derecho de daños.

Debe decirse, no obstante, que la reforma operada en la LRCSCVM por medio de la Ley 35/2015 de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación supone una notable mejoría en lo relativo al cumplimiento de este principio, y ello por varias razones:

En primer lugar, se da un aumento generalizado de las cuantías indemnizatorias, lo cual, si bien no es garantía de por sí de que todos los daños queden indemnes en todo caso, sí supone una mayor protección de la víctima al permitir que muchas de las indemnizaciones que antes resultaban exiguas para los daños a cuya reparación se destinaban, sean ahora suficientes.

En segundo lugar, se introduce una figura muy interesante a modo de perjuicio personal particular en los supuestos de indemnización por muerte (artículo 77) y por secuelas (artículo 112): el perjuicio excepcional. Explicado en el artículo 33.5, su razón de ser es precisamente el hecho de que la «objetivación en la valoración del daño» que el sistema de la Ley persigue supone que se ha de indemnizar «siempre conforme a las reglas y límites establecidos en el sistema», lo cual da lugar a que no sea posible fijar indemnizaciones «por conceptos o importes distintos de los previstos en él». Por ello, se prevé que «los perjuicios relevantes,

²³⁶ La única posibilidad de variar estas cantidades en los supuestos de accidentes de tráfico es la prevista en el nuevo artículo 43 de la LRCSCVM, que se refiere a que la indemnización (o la renta vitalicia que pudiera sustituirla), una vez establecida, podrá ser modificada sólo «por la alteración sustancial de las circunstancias que determinaron su fijación o por la aparición de daños sobrevenidos». Se está refiriendo a un cambio de circunstancias a posteriori, esto es, producido una vez se ha acordado ya la indemnización, y no a un criterio que permita alterar las cantidades marcadas por el Baremo al tiempo que se enjuicia el caso.

ocasionados por circunstancias singulares y no contemplados conforme a las reglas y límites del sistema, se indemnizan como perjuicios excepcionales».

Esta figura viene en gran medida a paliar las consecuencias negativas del establecimiento de un sistema de baremo, ya que supone una especie de "cajón de sastre" donde incluir supuestos especialmente graves que escapen a las previsiones específicas del sistema, permitiendo incrementar la cuantía de las indemnizaciones (ya de por sí superiores a las previstas en la versión anterior de la Ley) de manera proporcional, según las circunstancias, hasta en un 25% de la cantidad otorgada en concepto de perjuicio personal básico.

Quizás es por estas dos modificaciones sustanciales por las que el artículo 33.1 declara que el principio de reparación íntegra del daño es uno de los principios fundamentales del sistema, para luego, en el apartado segundo del mismo artículo, indicar que este principio «tiene por finalidad asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos», sosteniendo, asimismo, que las indemnizaciones del sistema que la Ley instaura tienen en cuenta «cualesquiera circunstancias personales, familiares, sociales y económicas de la víctima, incluidas las que afectan a la pérdida de ingresos y a la pérdida o disminución de la capacidad de obtener ganancias».

En definitiva, y más allá de la letra de la Ley: ¿es esta reforma la solución absoluta a los problemas planteados por la LRCSCVM en orden a la valoración y la reparación íntegra de los daños morales? Como respuesta a este interrogante debemos decir que, si bien la situación es mucho más halagüeña gracias a la mentada reforma, es inevitable que el sistema siga adoleciendo algunas de las carencias y fallas típicas de cualquier baremo que pretenda aplicarse a realidades que no son tangibles ni, por tanto, materialmente medibles. Siempre podrán existir supuestos que, por exceso o por defecto, no queden adecuadamente cubiertos según las previsiones del Baremo, o supuestos que, aún idénticos de cara a la aplicación de la Ley, ostenten diferencias significativas entre sí en cuanto al daño moral realmente sufrido en la práctica. Por tanto no puede afirmarse que el nuevo sistema sea, tampoco, el garante perfecto del principio de reparación íntegra del daño moral, precisamente porque, probablemente, ningún sistema de baremo puede serlo.

Ahora bien, si hemos de aceptar la aplicación de un sistema tal para este tipo de supuestos como solución intermedia entre la reparación total del daño causado y la absoluta seguridad jurídica, por cuestiones de conveniencia, y hemos de juzgar las distintas versiones del Baremo, no puede negarse que el sistema instaurado por la última reforma es, como mínimo, bastante más satisfactorio que el precedente, ya que introduce mecanismos y previsiones que sin duda repercutirán en una mejor cobertura de los daños efectivamente causados mientras que, al mismo tiempo, otorga una certeza jurídica que permite tanto marcar los límites que un sistema de este tipo lleva consigo y demanda, como también (y ésta es una consecuencia muy positiva del empleo de este tipo de métodos de valoración del daño) evitar cualquier tipo de trato desigual entre casos similares.

Resuelta esta cuestión, procede preguntarnos acerca de la tercera de las presunciones que realiza el sistema de la LRCSCVM, junto con la de la valoración y la concurrencia del daño moral, que es la relacionada con la identidad de las personas a quienes haya de concederse la indemnización por dicho daño.

Se trata, más bien, de una cuestión de presunción de concurrencia del daño, pero hemos preferido reseñarlo aquí, tras explicar la posibilidad de la aplicación orientativa del Baremo (que en la práctica despliega sus efectos sobre la valoración del daño, más que en relación a su concurrencia), puesto que también esta dualidad entre la aplicación orientativa y la obligatoria del mismo afecta a la cuestión de las personas que han de considerarse perjudicadas.

Partiendo, por tanto, de esta distinción, es posible identificar dos supuestos diferenciados.

La solución más sencilla viene dada a propósito de la aplicación del Baremo como criterio meramente orientativo; y es que, si no es de obligatoria observancia en cuanto a las cantidades indemnizatorias, a todas luces tampoco lo será en cuanto a las personas que designa como beneficiarias de estas indemnizaciones.

A este respecto, parece que sí es posible apartarse en la práctica, por tanto, de lo marcado por el Baremo; solución que es la más lógica, dado que, especialmente en el caso de los daños morales indirectos por muerte²³⁷, no puede saberse con seguridad qué personas sentirán ese daño moral por el fallecimiento de la víctima, por tratarse de algo eminentemente emocional y personal (en caso de lesiones incapacitantes será más sencillo, por concederse –este daño moral indirecto– directamente a las personas que hayan de hacerse cargo de sus cuidados). Suele presumirse que se trata de los familiares más próximos, por ser así como acostumbra a suceder, pero es posible, en ciertas ocasiones, que se conceda a otras personas cercanas a la víctima, y no sólo a los familiares.

También el artículo 113 del Código Penal abre las puertas a esta posibilidad, por cuanto indica que «la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros», siendo la inclusión de la palabra *terceros* totalmente expresiva de lo que aquí se está exponiendo.

Igualmente, la jurisprudencia ha terminado por avalar esta posición, habiendo evolucionado notablemente, desde las primeras sentencias en las que parecía requerir, incluso, de una cierta obligación alimenticia entre la víctima y el tercero afectado²³⁸, para posteriormente requerir un vínculo de parentesco estrecho²³⁹, a una jurisprudencia que, tras años de evolución, avala, incluso, a terceras personas que no tienen vínculo familiar alguno con la

²³⁷ Este supuesto se distingue del caso del daño moral de la propia víctima fallecida que transmite su derecho a otras personas, caso en el que sí sería transmitido a los que fueran puramente herederos, y no propiamente a los afectados moralmente por el fallecimiento del causante. Recuérdese la diferencia, antes apuntada (vid. nota al pie nº 48), entre daños morales adquiridos iure proprio (al que ahora nos referimos) y los adquiridos iure hereditatis (caso en el que sí estarían legitimados únicamente los herederos, sin posibilidad de hacerse extensible a otras personas). Ha de destacarse que el nuevo artículo 47 de la LRCSCVM declara expresamente la compatibilidad entre ambos tipos de indemnizaciones.

²³⁸ STS de 27 de abril de 1953.

²³⁹ Se presupone el daño moral cuando se trata de lo que la jurisprudencia conoce como «familia nuclear», que es la integrada por el cónyuge y los hijos, mientras que el resto de familiares deberán acreditar el perjuicio moral (GARCÍA LÓPEZ, R.: *op. cit.*, pp. 254, 255).

víctima²⁴⁰, o que, ya en jurisprudencia posterior a la aprobación del Baremo, como la STS de 17 de junio de 2003, tiene en consideración a estos efectos al conviviente *more uxorio*²⁴¹. Como de estas sentencias se deduce, la atención de la jurisprudencia se centra en la intensidad del vínculo afectivo entre ambas víctimas (sobre la cual, efectivamente, habrá que desplegar cierta actividad probatoria, con el fin de demostrar que se ha sufrido un padecimiento de especial entidad por la muerte).

Ahora bien, la cuestión ha sido siempre más ardua en aquellos supuestos en los que el Baremo es de aplicación obligatoria.

Bajo el imperio de la versión de la Ley vigente hasta el 1 de enero de 2016, fecha en la que entra en vigor la reforma introducida en virtud de la Ley 35/2015, muchas han sido las voces que se han preguntado si la lista de potenciales perjudicados contenida en la misma era o no *numerus clausus*, dado que la propia Ley nada decía al respecto, no pudiendo saber si se trataba de una lista exhaustiva, completa y excluyente, por tanto, de cualquier otro posible legitimado, constriñendo, así, la legitimación activa de cualesquiera otra personas que no se encuentren expresamente contempladas en la Ley, o si se trataba de una omisión de la Ley en cuanto a otros posibles perjudicados, o bien una lista sin vocación de exhaustividad²⁴².

Aunque por el propio espíritu del Baremo parecía difícil pensar que no tuviera vocación de regular todos los posibles supuestos, lo cierto es que no realizaba exclusión expresa alguna, por lo que no es de extrañar que existan sentencias como la de la Audiencia Provincial de

²⁴⁰ STS, 2ª, de 10 de febrero de 1972. Esta sentencia dice que «cabe muy bien (...) cuando se encuentren rotos por completo los vínculos familiares, no resulten perjudicados por el fallecimiento», por lo que concede la indemnización a una tercera persona, que prestó a la fallecida, «por vínculos de amistad y cariño, los cuidados requeridos».

²⁴¹ Como indica la sentencia, este tipo de uniones constituyen «una realidad social que, cuando reúnen determinados requisitos –constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia (...). La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, y entre ellos el de la extinción».

En este pronunciamiento se trata un supuesto de convivencia *more uxorio* durante un período ininterrumpido de tiempo de 53 años, concurriendo incluso apariencia pública de matrimonio, según la sentencia, en el que, además, se da el caso de que no pudo formalizarse el matrimonio, al inicio de la relación sentimental, so pena de incurrir en un delito de bigamia, al haber desaparecido el marido de la ahora viuda durante la Guerra Civil.

ÁLVAREZ VIGARAY expone un argumento interesante en favor de la limitación de las personas a considerar perjudicadas en supuestos de daño moral indirecto por muerte de la víctima al reflexionar que, en casos en que la ésta deje muchos parientes próximos, no es posible que todos ellos sean indemnizados («en proporción a su número», dice el autor), dado que entonces la indemnización podría sobrepasar lo que el responsable debe pagar, y se daría lugar a una injusticia para con éste; una «sanción» mayor de la que equitativamente debe soportar (ÁLVAREZ VIGARAY, R.: op. cit., p. 94). Esta idea puede, no obstante, entrar en tensión con la de la reparación íntegra del daño. No es una cuestión de resolución fácil, especialmente cuando, como en el supuesto expuesto, existe un gran número de parientes cercanos susceptibles de recibir una indemnización por el daño sufrido, con la complejidad que conlleva la prueba del daño cualificado en este tipo de casos. Éste es, probablemente, uno de los motivos justificativos o razones de ser del sistema de presunciones del Baremo, respecto del cual habrá que ver si es posible hacer valer prueba en contrario (bien para indemnizar a quien no se encuentra incluido, bien para excluir a quien sí lo está).

Burgos, Sección 1^a, de 3 de junio de 2013, en la que se indemniza a personas que no se encontraban expresamente recogidas en la Ley, a pesar de reconocerse el carácter tajantemente obligatorio del Baremo.

En concreto, esta sentencia concedía el carácter de perjudicado a un hermano del fallecido en accidente de circulación, que era mayor de edad (por lo que, en principio, no habría de haber sido indemnizado según el Baremo), pero que convivía con la víctima y era, además, discapacitado. El pronunciamiento es muy claro en sus términos, mereciendo la pena destacar el párrafo siguiente:

«Por ello resulta evidente que si bien el Baremo es totalmente vinculante, su interpretación no tiene por qué ser literal, y la determinación de las personas perjudicadas corresponde al Órgano Jurisdiccional, pudiendo entender que tienen dicha condición personas que expresamente no se mencionen en el texto legal, admitiéndose como regla general la aplicación analógica para aquellos supuestos que el Legislador no ha previsto expresamente pero que pueden ser asimilados a otros de análoga significación, debiendo primar en todo caso la existencia de un perjuicio o daño moral para determinadas personas por su relación con la víctima²⁴³».

No obstante, y a pesar de sentencias como la recién reseñada, no puede eludirse la realidad de que, en la práctica, se ha entendido mayoritariamente que el Baremo regulaba de manera íntegra la cuestión y éste es el sentido en el que se ha aplicado hasta ahora.

La Ley 35/2015 ha venido a introducir también importantes cambios en lo relativo a las personas que han de entenderse perjudicadas, ofreciendo respuestas a las muchas críticas que el anterior sistema había suscitado.

Así, el artículo 36.1 indica que «tienen la condición de sujetos perjudicados» la víctima del accidente, en primer lugar, y, en relación a las indemnizaciones en caso de fallecimiento de la víctima, las categorías de perjudicados contenidas en el artículo 62.

En relación a estas categorías de perjudicados, ya el Preámbulo de la Ley declara que se trata de un sistema que, a diferencia del hasta ahora vigente, el cual «configura los perjudicados en grupos excluyentes», dispone cinco categorías autónomas de perjudicados, respecto de las cuales se considera que «sufren siempre un perjuicio resarcible y de la misma cuantía con independencia de que concurran o no con otras categorías de perjudicados». Por tanto, ya con lo que se acaba de decir puede apreciarse un notable avance, al resultar que el hecho de que concurran otros perjudicados no supondrá la imposibilidad de obtener una indemnización sólo por esta circunstancia.

²⁴³ La última consideración de la cita es muy válida a la hora de plantear la cuestión a la luz del espíritu de la indemnización por daño moral, que sin duda se relaciona con el principio de reparación integral del daño, tal y como lo hacía la STS de 26 de marzo de 1997, antes examinada, en su crítica hacia el Baremo. Y es que, si se trata de indemnizar el daño causado (todo el daño causado, como el enunciado principio anuncia), parece lógico que, una vez probado que el daño concurre en determinada persona, se le pueda conceder la correspondiente indemnización.

Ya lo decía GARCÍA LÓPEZ (en una obra, sí, anterior a la publicación del Baremo, pero que quizás precisamente por eso nos sirva para comprender el significado último de la indemnización por daño moral a familiares del fallecido), al indicar que se trata de una presunción en favor de los familiares que habrá de estar siempre «al servicio de la constatación efectiva del perjuicio moral» (op. cit., p. 256).

Pasando a examinar cuáles son los potenciales perjudicados según el artículo 62, es posible ver, en su apartado primero, cinco categorías: el cónyuge viudo, los ascendientes, los hermanos, y los allegados.

Estos últimos suponen también una novedad notable, y vienen descritos por el artículo 67.1 como aquellas personas que, «sin tener la condición de perjudicados según las reglas anteriores, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ellas en parentesco o afectividad».

Pero es que, además de la figura del allegado, el Preámbulo contempla que, además de los perjudicados tabulares, puedan existir lo que acierta en llamar como perjudicados funcionales o por analogía, los cuales son aquellas personas que, «de hecho y de manera continuada, ejercen las funciones que por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una categoría concreta o que asumen su posición».

Por último, en relación a las parejas de hecho, el artículo 36.2 considera que «el miembro supérstite de una pareja de hecho estable constituida mediante inscripción en un registro o documento público o que haya convivido un mínimo de un año inmediatamente anterior al fallecimiento o un período inferior si se tiene un hijo en común» se equipara, a los efectos de la Ley, al cónyuge viudo.

El sistema se cierra, por último, con una limitación del todo lógica²⁴⁴, contenida en el Preámbulo: «el alcance de la condición de perjudicado tabular se restringe al establecerse que puede dejar de serlo cuando concurran circunstancias que indiquen la desafección familiar o la inexistencia de toda relación personal o afectiva que "supongan la inexistencia del perjuicio a resarcir"».

Contando, en resumen, con que las categorías de perjudicados no son excluyentes; con la figura del allegado; con los perjudicados funcionales o por analogía; y, en último lugar, con la equiparación de la pareja de hecho al cónyuge viudo en los supuestos recogidos, encontramos que, sin duda, el nuevo sistema viene a cubrir la mayor parte de supuestos en los que una persona que, a priori, podría no ser considerada perjudicada según las tablas, pueda ver reconocido su derecho a ser indemnizado por el fallecimiento de una persona cercana.

Es cierto que se introducen una serie de requisitos (así, el período mínimo de convivencia, en caso de las parejas de hecho no registradas formalmente como tales, o la norma de la convivencia durante los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento, para los allegados), y que podrían dejar fuera de consideración algunos casos en los que concurriera dolor

Esta limitación viene a reflejar un sentir manifestado por la jurisprudencia desde hace décadas, como en la ya citada STS, Sala 2ª, de 10 de febrero de 1972, relativa a un supuesto de ruptura de los lazos familiares (vid. nota nº 132), al considerarse que podía no haber lugar a la indemnización de probarse que no existe la estrecha relación entre la víctima y el perjudicado que es precisamente razón de esta presunción.

Para MAGRO SERVET, ésta sería la consecuencia típica en cualquier supuesto de maltrato en el seno familiar, el cual, de probarse, sería motivo suficiente para apreciar la falta de afección del perjudicado y, por tanto, denegar el derecho a la indemnización por daño moral. (MAGRO SERVET, V.: Inclusión del daño moral como elemento indemnizable en el Derecho de la Circulación y posibilidades de oposición al pago de la aseguradora. *Tráfico y Seguridad Vial*, nº 154, p. 14). En el mismo sentido, ÁLVAREZ VIGARAY (*op. cit.*, p. 112).

por la pérdida del ser querido. Por ello puede decirse que, como cualquier sistema reglado que ha de aplicarse a una realidad intangible, adolece de una cierta generalidad que impedirá su aplicación perfecta al caso concreto en todos los supuestos que se presenten.

Sin embargo, es comprensible que se requieran ciertas circunstancias mínimas para poder conceder la indemnización, puesto que no es dificilmente imaginable que otras muchas personas no incluidas en las tablas puedan también sentirse afligidas por una muerte, y no por ello han de ser todas ellas indemnizadas. Es enormemente dificil probar que se sufre un "dolor de cierta entidad", como el requerido para la apreciación del daño moral, y en ese sentido el sistema, aunque imperfecto, ayuda a tratar de objetivar de algún modo, o fijar patrones externos o materiales que puedan arrojar con mayor o menor claridad la idea, de que efectivamente ese daño "de entidad" se está padeciendo.

Ahora queda por ver si, en la práctica, estos requisitos son aplicados de manera férrea y estricta por el Juzgador o si, en algún supuesto excepcional, será posible apreciar el daño moral a pesar de que no se den todas las circunstancias requeridas para la concesión de la indemnización.

A la postre, resulta que tampoco la reforma incluye expresamente un pronunciamiento sobre el carácter cerrado o no de la relación de perjudicados que incorpora; sin embargo, desde aquí aventuramos que dificilmente se apreciará la concurrencia del daño en personas que no se encuentren previstas ya por el sistema, dado que, como se ha visto, es bastante exhaustivo al incluir la nueva (amplia) tipología de perjudicados susceptibles de obtener una indemnización por daño moral.

2.2. LA LEY ORGÁNICA 1/1982.

Otro de los cuerpos normativos que también incluye criterios de valoración es la Ley Orgánicas 1/1982, de Protección del derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen. Éstos venían incorporados en el artículo 9.3, antes reproducido, y que se cerraba diciendo que el daño moral se valoraría «atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido».

Como puede observarse, el artículo relaciona una serie de criterios a tener en cuenta (las circunstancias del caso²⁴⁵, la gravedad de la lesión efectivamente producida, mesurada según

Hace ZUMAQUERO GIL un comentario que merece la pena reseñar al decir que no es posible utilizar como criterio la situación económica de los perjudicados, de manera que se conceda una indemnización meramente simbólica (vid. también la nota nº 93, al respecto de la censura jurisprudencial en relación a las condenas simbólicas) por el hecho de que las víctimas disfruten de una probada o conocida solvencia económica (ZUMAQUERO GIL, L.: Infracción del derecho a la intimidad y a la imagen. Político de renombre, cuyas imágenes han sido captadas, junto a su compañera sentimental, en «lugares abiertos al público». Comentario a la STS de 16 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 660). Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, nº 27, 2011, pp. 278 a 279).

Aunque la citada autora lo dice a propósito del ámbito de aplicación de la L.O 1/1982, creemos que la discusión es practicable y útil con respecto a cualquier supuesto dado en sede de daño moral. Y es que otros autores, como ÁL-VAREZ VIGARAY, se manifiestan en sentido contrario, indicando éste, por ejemplo, que es posible apreciar como elemento de valoración, entre los varios existentes, la condición económica de las partes. Según el autor, este criterio

la difusión del medio a través del cual se hubiera producido) con el fin de valorar el daño moral causado y, con ello, determinar la cantidad a indemnizar²⁴⁶.

Ciertamente, este caso difiere del anterior en que no da unas cantidades fijas que limiten las indemnizaciones, sino que se limita a aportar una serie de criterios a utilizar con el fin de dilucidar la cuestión, incluyendo, asimismo, una cláusula tan abierta como la que supone la remisión a las circunstancias del caso, que siempre permite tener en cuenta las diferentes vicisitudes de cada supuesto de hecho. Ahora bien, esto se hará siempre bajo el prisma del resto

sería consecuencia de «la consideración de la reparación del daño moral como una satisfacción compensatoria», dado que la posición social y económica del agraviado puede servir para «medir la satisfacción que le proporcionará la indemnización» (ÁLVAREZ VIRAGAY, R.: op. cit., p. 114).

La misma idea refleja AGUSTÍN CALVO al decir que resulta evidente que una misma suma de dinero puede ser considerada por una persona pobre como importante y capaz de proporcionarle satisfacciones apreciables y, en cambio, una persona que disfrute de buena posición económica necesitaría, para procurarse satisfacciones de la misma intensidad, una cantidad mucho mayor (AGUSTÍN CALVO, M. G.: op. cit., p. 8616).

Creemos que, a este respecto, es preciso distinguir dos situaciones: en primer lugar, aquella en la que la posición social del agraviado sí conforma una circunstancia que influye en la intensidad del daño causado (podemos imaginar, por ejemplo, la trascendencia disimilar que ciertas manifestaciones injuriosas puedan tener sobre una persona u otra, dependiendo de su posición social; por ejemplo, la célebre sentencia de XX de diciembre de 1912, la primera en reconocer el daño moral, como sabemos, tuvo en cuenta la posición social alta de la señorita sobre la cual recayeron las informaciones difamatorias). En este caso, sí podría el Tribunal tener en cuenta esta circunstancia fáctica del caso, puesto que, en efecto, influye en el daño causado.

Por otro lado, sin embargo, encontramos el supuesto que comentan los dos últimos autores citados, en los que la posición económica del agraviado ha de tenerse en cuenta no porque influya en el daño causado, sino porque se considera que, para procurarse satisfacciones que puedan compensar el daño moral sufrido (recordemos que ésta es la función de la indemnización pecuniaria por daño moral; la de procurar sensaciones agradables que sirvan para compensar los sufrimientos padecidos), esta persona precisa de una cantidad monetaria mayor con el fin de procurarse satisfacciones de igual intensidad; y, por otro, el supuesto que criticaba ZUMAQUERO GIL, esto es, el supuesto contrario, en el que, precisamente porque las personas eran de alta clase social, se estimaba que no *necesitaban* percibir una indemnización tan alta, en supuestos de afrentas al derecho al honor de estas personas). Pues bien, en nuestra opinión, ni en un sentido ni en otro debe el Ordenamiento entrar a valorar la posición económica o social de la persona en tanto en cuanto ésta no influya en el daño efectivamente causado, que es lo que se ha de valorar, así como tampoco debe ocuparse de los fines particulares que la víctima dé a la indemnización (la tutela del Derecho ha de tener, necesariamente, unos límites). Por demás, parece que la jurisprudencia, en general, tampoco utiliza el criterio de la posición económica o social de la víctima más que en el sentido que apuntamos que sería aceptable (es decir, en la medida en que ésta supone una agravación efectiva del daño), por lo que tampoco recogería la tesis defendida por autores como ÁLVAREZ VIGARAY o AGUSTÍN CALVO, según lo expuesto.

Merece la pena recordar que en la redacción primigenia del artículo, hasta su modificación en virtud de la LO 5/2010, se hacía también referencia al beneficio económico obtenido por el infractor; criterio que levantó múltiples críticas, entre otras causas, porque desplazaba el foco de atención de la víctima al infractor, pasando de examinar el daño sufrido por la primera, a examinar el beneficio obtenido por el segundo, y provocando que lo que inicialmente eran daños morales, se impregnaran de un carácter punitivo que nada gustó a la generalidad de la doctrina y que reflejan, entre otras, las STSS de 7 de diciembre de 1995 o la de 25 de noviembre de 2002.

Sin embargo, algunos autores, excepcionalmente, se manifestaron a favor, por estimar que así se impedía que fuera mayor el beneficio obtenido que la condena impuesta, y más económica la sanción que la obtención legítima de esas informaciones (ver ROVIRA SUERIO, *op. cit.* pp. 250 a 252). Es de observar que en la reforma operada por la LO 5/2010 se introdujo igualmente, en el artículo comentado, el apartado 2.d), que permite el apoderamiento por parte de la víctima de las ganancias obtenidas por el infractor a consecuencia de la intromisión, con lo que se consigue un doble resultado: que la indemnización por daños y perjuicios sea puramente resarcitoria, y que el causante de la infracción no se enriquezca injustamente con motivo de la intromisión ilegítima.

de criterios aportados por el propio artículo, no pudiendo entenderse esta expresión como una remisión a la simple *prudencia* del Tribunal, que debe tener en cuenta inexcusablemente el resto de criterios del 9.3; comentario que también se hace extensible a los escritos aportados por las partes, que deben basarse en estos mismos criterios de manera expresa y fundamentada para cuantificar las indemnizaciones peticionadas, no bastando con realizar una mención genérica a dichos criterios, según se encarga de explicitar la STS de 19 de diciembre de 2011.

Así lo hacen, pues, los Tribunales, que deberán partir de la prueba de las circunstancias fácticas del caso para determinar la cuantía a indemnizar, pudiendo ayudarse también, y como explicábamos anteriormente en relación a la prueba del daño moral en general, de otras sentencias recaídas en temas similares, con el fin de utilizarlas como marco comparativo²⁴⁷. Y así lo hace, por ejemplo, la STS de 9 de abril de 2012, en un supuesto de inclusión indebida en fichero de morosos, en la que pondera circunstancias concurrentes tales como «la repercusión, el tiempo de permanencia en el fichero correspondiente y la publicidad por el número de consultas (...), ponderando según la jurisprudencia las circunstancias del caso».

En conclusión, el sistema nos parece bastante más acertado que el que se emplea en el Anexo de la LRCSCVM, pues se dan criterios que permiten centrar la cuestión y suponen una guía para los Tribunales, pero dejan el suficiente margen como para que éstos puedan, en el ejercicio de las funciones que les son propias, valorar las pruebas presentadas en cada supuesto con el fin de determinar la cuantificación del daño bajo el marco de estos criterios.

2.3. OTRAS NORMAS QUE INCORPORAN CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL.

A) La Ley de Propiedad Intelectual.

También la Ley de Propiedad Intelectual, en el artículo 140.2, indica, en términos similares a los que utiliza el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, que para la valoración del daño moral «se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra», pudiendo remitirnos, en cuanto a nuestra apreciación de este artículo, a los comentarios hechos a propósito del 9.3 de la L.O. 1/1982.

B) La Ley de Expropiación Forzosa.

Por último, también el artículo 47 de la Ley de Expropiación Forzosa aporta un criterio de valoración del daño moral, al fijar el premio de afección en una cantidad igual al 5% del justiprecio acordado.

Aquí sí se está poniendo un límite claro y prefijado a la posibilidad de compensar el daño causado al expropiado, y es que se establece una cantidad proporcional a la principal sin

²⁴⁷ Precisamente trataba un tema de protección del derecho al honor la anteriormente citada STS de 17 de octubre de 2014, que comparaba el supuesto de hecho con otros similares de mayor gravedad, con el fin de enjuiciar si la cantidad acordada a modo de indemnización era acertada, tras comprobar si se habían seguido los criterios legales del artículo 9.3 en cuanto al examen de las circunstancias concretas del caso, gravedad de la lesión, difusión de la misma, etc.

dar, en principio, opción al administrado a demostrar que el daño moral que sufre es mayor. Por tanto, es tan criticable como lo es el Baremo, si bien en este supuesto estamos tratando bienes materiales en lugar de la propia integridad física de la persona, por lo que se convierte en una *píldora más fácil de tragar*, al menos en comparación con lo que ocurre en relación al Baremo, y se toma como una especie de premio de consolación al tener en cuenta que las indemnizaciones ofrecidas en el procedimiento de expropiación son bastante exiguas, y que, al menos, se tiene en cuenta, aunque sea *en un 5%*, el apego emocional hacia el bien expropiado. Además de lo dicho, se sitúa en el marco de un procedimiento administrativo, por lo que no se da la figura del juez como valorador de la prueba, que sólo entrará a conocer de llevarse la cuestión a la jurisdicción contencioso-administrativa por medio de recurso (y, aquí sí, el juez deberá ceñirse a lo previsto por el artículo 47 de la LEF, igualmente).

V. CONCLUSIONES.

Todo lo expuesto puede llevarnos a una serie de conclusiones principales, que expondremos de manera esquemática para su mayor claridad:

- 1- El daño moral no se haya expresamente previsto en el Código Civil, ni regulado general e íntegramente en ninguna norma. Como consecuencia, no existen un concepto ni una clasificación claras de lo que sea el daño moral, aunque de la jurisprudencia pueden tomarse supuestos que se entienden normalmente aceptados como tales, los cuales están habitualmente relacionados con algún tipo de sufrimiento de tipo psicofísico.
- 2- Es unánimemente aceptada la idea de que el daño moral encuentra su apoyatura legal en los amplios términos del artículo 1.902 del Código Civil, y se encuentra ahora expresamente previsto en el Código Penal y en diversas leyes especiales.
- 3- Es un concepto que ha tenido un desarrollo notable desde que por primera vez fuera empleado en la STS de 6 de diciembre de 2012, habiéndose extendido apreciablemente en la actualidad, y dando cabida a supuestos de lo más variopinto, hasta llegar a identificarse, incluso, con el derecho a una vida tranquila y sin molestias, lo que ha provocado críticas doctrinales.
- 4- El daño moral, como daño que es, debe ser probado, pero, por su especial contenido, de marcado carácter subjetivo, la jurisprudencia relaja considerablemente sus exigencias en determinados supuestos, permitiendo una mínima actividad probatoria, si de los hechos se deduce claramente la concurrencia del daño.

Aun así, existen supuestos especialmente dudosos y que deben probarse con mayor ahínco, sobre todo en supuestos en los que no queda claro si realmente se lesiona el patrimonio moral (los que se encuentran a medio camino entre molestias y verdaderos daños morales, básicamente), y aquéllos en los que también se produce un daño material o patrimonial.

Por el contrario, existen otros casos en los que se estima la producción de daño moral de manera casi connatural al hecho dañoso, por el contenido de los derechos en juego, y que dan lugar a leves especiales que llegan a contener verdaderas presunciones de daño moral, mu-

chas de las cuales incorporan, al mismo tiempo, criterios sobre la valoración o cuantificación del daño moral

- 5- La cuantificación del daño moral es otra de las cuestiones más problemáticas en torno a éste, también por el delicado y subjetivo contenido de los derechos en cuestión. Las partes deben aportar las bases para la cuantificación del daño, debiendo el Tribunal *a quo* (salvo excepciones que acceden a casación) decidir la cantidad indemnizatoria según su prudente aprecio.
- 6- Las graves oscilaciones provocadas por este sistema entre las distintas resoluciones de los órganos jurisdiccionales fueron atajadas por la aprobación de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, motivada inicialmente por los intereses económicos de las compañías aseguradoras, y que contiene un sistema de baremo que incorpora una presunción de daño moral, así como unas cantidades indemnizatorias prefijadas y una determinación de las personas que, a priori, han de considerarse perjudicadas por el daño moral y consecuentemente indemnizadas.

Desestimadas las varias cuestiones de inconstitucionalidad presentadas al respecto (por violentar el derecho de las víctimas a obtener la compensación íntegra del daño causado, y de los Tribunales en su función de valoración de la prueba, entre otras), el Baremo es de aplicación obligatoria a los supuestos de accidentes de circulación y, en la práctica, se aplica también a supuestos ajenos a su ámbito de aplicación original, aunque con un valor meramente orientativo.

- 7- La Ley de Expropiación Forzosa contiene también, en su artículo 47, una presunción de daño moral, que se aplica automáticamente, y una valoración tasada del mismo en el marco de un procedimiento administrativo, por lo que cabe reproducir las críticas en relación al Baremo.
- 8- La Ley Orgánica 1/1982, sobre Protección del Derecho al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen, incorpora también, aunque de manera menos clara, una cierta presunción del daño moral, y en materia de valoración del daño moral ofrece unos criterios para valorar el daño que hemos estimado adecuados y respetuosos con la labor de los Tribunales de apreciación de la prueba, y con el derecho a una total reparación de las víctimas.
- 9- La Ley de Propiedad Intelectual, por último, no contiene una presunción de daño moral, debiendo éste probarse normalmente, pero sí otorga, para el caso de que se aprecie su concurrencia, una serie de criterios de similares características a los dispuestos por la Ley Orgánica 1/1982, para su valoración, mereciendo el mismo comentario realizado al respecto de ésta.
- 10- Como conclusión final, puede decirse que se trata de una materia compleja, que todavía se encuentra en desarrollo y que, a falta de una regulación legal completa y general (cuya elaboración, si trata de obtenerse una normativa que realmente se adecúe a las especificidades de la materia, es harto complicada, como hemos visto), se va creando y definiendo día a día en los Tribunales y, también, gracias al trabajo de la doctrina, siempre dispuesta a depurar los conceptos y a contrastar la práctica jurisprudencial con la más rigurosa técnica jurídica y con los principios jurídicos básicos del Ordenamiento.

Hemos tratado, a lo largo de este trabajo, de ofrecer, primero, una visión general de lo que se pueda entender por daño moral, reflejando siempre el estado actual de la cuestión (aunque éste sea, en ocasiones, no más que un cúmulo de preguntas sin respuestas claras), y, después, de presentar al lector los problemas principales que tanto partes procesales como órganos jurisdiccionales se encuentran en la práctica al aplicar el concepto, siempre ayudándonos de la doctrina, basándonos en la jurisprudencia, y aportando a todo ello cierta dosis de opinión personal a un tema como éste, de marcado carácter subjetivo.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

AGUSTÍN CALVO, M. G..: La valoración judicial en la indemnización por daño moral. *Revista General de Derecho*, nº 610-611, julio-agosto 1995, p. 8603-8641.

ÁLVAREZ VIGARAY, R.: La responsabilidad por daño moral. *ADC*, nº 19, enero-marzo 1966, pp. 81 a 116.

ALEMÁN MONTERREAL, A.: Algunas observaciones sobre el daño moral. *Revista General de Derecho Romano*, nº 16, 2011. Recuperado de: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle revista.asp?id noticia=410571

ARANA DE LA FUENTE, I.: Responsabilidad contractual e indemnización de daños y perjuicios: la prueba de los daños en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. En Cabanillas Sánchez, A. [et al.] (coord.): Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Tomo II. Madrid, Thomson-Civitas, 2003.

BECH SERRAT, J. M.: Sentencia de 7 de marzo de 2005: Responsabilidad contractual por vicios constructivos. Daño moral derivado de la lesión de bienes inmateriales. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 70, 2006, pp. 203-220.

BREBBIA, R. H.: El daño moral: doctrina, legislación, jurisprudencia: precedida de una teoría jurídica del daño. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1950.

CASAS PLANES, M. D.: Reflexión acerca del daño moral al enfermo psíquico derivado de actuaciones judiciales, y del funcionamiento anormal de la Administración Pública (propuesta de lege ferenda). *La Ley: revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* n° 2, 2007, pp. 1854-1864.

CASAS VALLÉS, R.: El caso Calatrava o Zubi Zuri, ¿una victoria pírrica en apelación? *Revista de Propiedad Intelectual*, nº 32, agosto-mayo 2009, pp. 99-117.

CAVANILLAS MÚGICA, S.: La motivación judicial de la indemnización por daño moral. Derecho privado y Constitución, nº 20, 2006, pp. 153-172.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.: Inminente y esperada modificación del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 13, 2015, pp. 167-192.

DE CUPIS, A.: *El daño: teoría general de la responsabilidad civil* (Ángel Martínez, trad.). Barcelona, Bosch, 1975 (obra original publicada en 1966, 2ª edición).

DÍEZ PICAZO, L.: Derecho de daños. Madrid, Civitas, 1999.

Id.: El Escándalo del Daño Moral. Navarra, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008.

Id.: Ensayos Jurídicos. Tomo II. Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011a.

Id.: Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, V. La responsabilidad Civil Extracontractual. Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2011b.

ESPIAU ESPIAU, S.: Daño moral: Concepto y requisitos. Prueba del daño. Daño moral y responsabilidad por incumplimiento contractual. Sentencia de 31 de mayo de 2000. *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, nº 54, 2000, pp. 1477-1488.

GARCÍA AMADO, J. A.: Sobre algunos mitos del derecho de daños. Causas que no son causas e imputaciones objetivas bastante subjetivas. En Herrador Guardia, M.J. (director): Derecho de daños 2013. Navarra, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

GARCÍA LÓPEZ, R.: Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia. Barcelona, Bosch, 1990.

GARCÍA RUBIO, M. P.: Sentencia de 16 de diciembre de 1996. Unión de hecho more uxorio. La promesa de matrimonio no sirve de fundamento al resarcimiento de los daños y perjuicios. Aplicación del artículo 1.902. Exclusión de los daños morales. Atribución temporal al uso de la vivienda familiar al miembro de la pareja no titular de la misma. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 43, 1997, pp. 401-414.

GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I. (dir.): *El daño moral y su cuantificación*. Barcelona, Bosch, 2015.

ITURMENDI MORALES, G.: Daño moral y prueba pericial en la responsabilidad civil por perturbación de derechos reales. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 35, 2010, p. 9-38.

LLAMAS POMBO, E.: Reflexiones sobre el derecho de daños: casos y opiniones. Madrid, Las Rozas, La Ley, 2010.

LÓPEZ DE LA CRUZ, L.: El resarcimiento del daño moral por el incumplimiento de los deberes conyugales. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2010, 40 págs. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/783_es.pdf

MACÍAS CASTILLO, A.: *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*. Madrid, Las Rozas, La Ley, D.L., 2004.

MAGRO SERVET, V.: Inclusión del daño moral como elemento indemnizable en el Derecho de la Circulación y posibilidades de oposición al pago de la aseguradora. *Tráfico y Seguridad Vial*, nº 154, pp. 7-14.

MARTÍN-CASALS, M.: Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal ("baremo"). Líneas generales de los trabajos de la "Comisión de expertos". *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº4, 2012, 39 págs. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/938.es 1.pdf

MARTÍN DEL PESO, R.: El daño moral: determinación y cuantía. Algunos aspectos de su problemática jurisprudencial. En Herrador Guardia, M.J. (director): Derecho de daños 2013. Navarra, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

MARTÍNEZ ESPÍN, P.: El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual. Madrid, Tecnos, 1996.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, M. C.: La reparación del daño moral y los derechos de la personalidad. *Actualidad Civil*, nº 21, 2010, p. 2612-2630.

NAVARRO MENDIZÁBAL, I. A. y VEIGA COPO, A. B.: *Derecho de daños*. Navarra, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013.

NAVEIRA ZARRA, M. M.: El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual. Madrid, ER, 2006.

NIETO ALONSO, A.: Daños morales derivados del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación contractual. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente). *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, nº 3, 2006, p. 1115-1198.

QUICIOS MOLINA, S.: Sentencia de 15 de julio de 2011. Incumplimiento de contrato de edificación por constructora y directores técnicos de la obra: reclamación del daño moral sufrido por los socios de la cooperativa de vivienda que encargó la obra. Inexistencia de daño moral. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 89, 2012, pp. 309-332.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: El resarcimiento de los daños morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración y cuantificación (II). *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, nº 169, 2014, pp. 83-112.

Id.: El resarcimiento de los daños morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración y cuantificación (I). *Nueva revista española de Derecho del Trabajo*, nº 167, 2014, pp. 123-147.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: Daño moral de persona jurídica. Comentario a la STS de 20 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3501). *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 8, 2002, pp. 361 a 368.

Id.: Indemnización del daño moral contractual. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2614). *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 16, 2006, pp. 277-285.

ROMERO COLOMA, A. M.: Incumplimientos del régimen de visitas y daños morales. *Revista jurídica del notariado, nº 67*, 2008, pp. 517 -530.

ROVIRA SUERIO, M. E.: La responsabilidad derivada de los daños ocasionados al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Barcelona, Cedecs, 1999.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: Daños morales tras la extinción del contrato de trabajo: responsabilidad de la empresa por difundir información falsa sobre el despido de una trabajadora. *Aranzadi Social*, nº 3, 2005, pp. 2504-2508.

ZUMAQUERO GIL, L.: Infracción del derecho a la intimidad y a la imagen. Político de renombre, cuyas imágenes han sido captadas, junto a su compañera sentimental, en «luga-

res abiertos al público». Comentario a la STS de 16 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 660). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n° 27, 2011, pp. 269-280.

VII. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL CRONOLÓGICO.

1. Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 181/2000, de 29 de junio de 2000 (RTC 2000/181)

2. Sentencias de la Sala 1^a del Tribunal Supremo

STS 6 de diciembre de 1912 (Colección Legislativa de España 1912/96)

STS 14 de diciembre de 1917 (Colección Legislativa de España 1917/205)

STS 31 de marzo de 1930 (RJ 1930/816)

STS 9 de diciembre de 1949 (RJ 1949/1463)

STS 21 de enero de 1957 (RJ 1957/1133)

STS 28 de febrero de 1959 (RJ 1959/1497)

STS 7 de febrero de 1962 (Roj 2941/1962)

STS 28 de febrero de 1964 (Roj 4320/1964)

STS 18 de febrero de 1967 (RJ 1967/787)

STS 24 de noviembre de 1970 (RJ 1970/2130)

STS 14 de mayo de 1973 (RJ 1973/2130)

STS 23 de octubre de 1978 (Roj 164/1978)

STS 22 de abril de 1983 (Roj 97/1983)

STS 31 de mayo de 1983 (RJ 1983/2956)

STS 9 de mayo de 1984 (RJ 1986/2403)

STS 25 de junio de 1984 (RJ 1986/1145)

STS 20 de octubre de 1988 (RJ 1988/7592)

STS 6 de julio de 1990 (RJ 1990/5780)

STS 23 de julio de 1990 (RJ 1990/6164)

STS 19 de octubre de 1990 (RJ /19907982)

STS 3 de junio de 1991 (RJ 1991/4407)

STS 25 de febrero de 1992 (RJ 1992/1554)

STS 26 de enero de 1993 (RJ 1993/515)

STS 22 de octubre de 1993 (RJ 1993/7762)

- STS 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9886)
- STS 15 de febrero de 1994 (RJ 1994/1308)
- STS 9 de diciembre de 1994 (RJ 1994/9433)
- STS 22 de mayo de 1995 (RJ 1995/4089)
- STS 3 de noviembre de 1995 (Roj 5477/1995)
- STS 7 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9268)
- STS 18 de julio de 1996 (RJ 1996/5893)
- STS 19 de octubre de 1996 (RJ 1996/7508)
- STS 21 de octubre de 1996 (RJ 1996/7235)
- STS 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9020)
- STS 26 de marzo de 1997 (RJ 1997/1864)
- STS 24 de mayo de 1997 (RJ 1997/4323)
- STS 27 de enero de 1998 (RJ 1998/551)
- STS 17 de marzo de 1998 (RJ 1998/1122)
- STS 12 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9431)
- STS 12 de julio de 1999 (RJ 1999/4770)
- STS 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726)
- STS 24 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7272)
- STS 23 de noviembre de 1999 (RJ 1999/9048)
- STS 11 de marzo de 2000 (RJ 2000/1520)
- STS 31 de mayo de 2000 (Roj 4430/2000)
- STS 14 de julio de 2000 (RJ 2000/6884)
- STS 2 de febrero de 2001 (RJ 2001/1003)
- STS 22 de febrero de 2001 (Roj 1264/2001)
- STS 15 de marzo de 2001 (RJ 2001/5982)
- STS 31 de octubre de 2002 (RJ 2002/9736)
- STS 25 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10274)
- STS 17 de junio de 2003 (RJ 2003/4605)
- STS 21 de junio de 2004 (RJ 2004/3955)
- STS 22 de julio de 2004 (RJ 2004/6630)
- STS 17 de febrero de 2005 (RJ 2005/1679)
- STS 28 de marzo de 2005 (RJ 2005/2614)
- STS 21 de abril de 2005 (RJ 2005/4133)

STS 7 de febrero de 2006 (RJ 2006/629)

STS 10 de febrero de 2006 (RJ 2006/674)

STS 2 de marzo de 2006 (RJ 2006/919)

STS 13 de junio de 2006 (RJ 2006/3129)

STS 27 de julio de 2006 (Roj 5866/2006)

STS 16 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8086)

STS 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007/396)

STS 31 de mayo de 2007 (Roj 3265/2007)

STS 10 de marzo de 2009 (RJ 2009/2796)

STS 15 de junio de 2010 (Roj 4384/2010)

STS 9 de febrero de 2011 (RJ 2011/1822)

STS 11 de abril de 2011 (RJ 2011/3446)

STS 15 de julio de 2011 (RJ 4900/2011)

STS 7 de noviembre 2011 (RJ 2011/1367)

STS 12 de diciembre de 2011 (RJ 2012/35)

STS 19 de diciembre de 2011 (RJ 2012/298)

STS 29 de febrero de 2012 (RJ 2012/4056)

STS 9 de abril de 2012 (RJ 2012/4638)

STS 10 de octubre de 2012 (Roj 8859/2012)

STS 14 de marzo de 2013 (RJ 2013/2422)

STS 17 de octubre de 2014 (Roj 3895/2014)

3. Sentencias de la Sala 2^a del Tribunal Supremo

STS 12 de noviembre de 1957 (RJ 1957/2969)

STS 6 de julio de 1967 (RJ 1967/2906)

STS 10 de febrero de 1972 (RJ 1972/584)

STS 7 de mayo de 1987 (RJ 1987/3953)

STS 29 de junio de 1987 (RJ 1987/5018)

STS 22 de abril de 1989 (Roj 8106/1989)

STS 5 de julio de 1999 (RJ 1999/5818)

4. Sentencias de Audiencias Provinciales

SAP Barcelona, Sección 14^a, de 17 de enero de 2000 (RJ 2000/1134)

SAP Valencia, Sección 7^a, de 29 de noviembre de 2004 (JUR 2005/39564)

SAP Zaragoza, Sección 5^a, de 22 de febrero de 2007 (AC 2007/813)

SAP Valencia, Sección 7^a, de 5 de septiembre de 2007 (Roj. 2216/2007)

SAP Cantabria, Sección 4^a, de 7 de noviembre de 2007 (AC 2007/2012)

SAP León, Sección 1^a, de 3 de marzo de 2008 (JUR 2008/165404)

SAP Madrid, Sección 9^a, de 18 de febrero de 2009 (AC 2009/354)

SAP Vizcaya, Sección 4^a, de 10 de marzo de 2009 (AC 2009/225)

SAP Álava, Sección 1^a, de 16 de mayo de 2011 (JUR 2011/293905)

SAP Burgos, Sección 1^a, 3 de junio de 2013 (RJ 2013/211911)

SAP Barcelona, Sección 1^a, de 11 de marzo de 2014 (JUR 2014/110684)

SAP Albacete, Sección 2^a, de 3 de abril de 2014 (AC 2014/656)

SAP Madrid, Sección 28^a, de 5 de mayo de 2014 (JUR 2014/164000)

SAP Ávila, Sección 1^a, de 25 de septiembre de 2014 (JUR 2014/261251)

5. Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 10 de mayo de 2005 (Roj. 2982/2005)

6. Sentencias de Juzgados de Primera Instancia

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1, Sección 1ª, de Bilbao, de 23 de noviembre de 2007 (Roj 120/2007)

CERTIFICATE OF INHERITANCE: ACCESS TO LAND REGISTERS

Jorge López Fernández Land registrar Secretary General of ELRA (European Land Registry Association)

ABSTRACT

The European Certificate of Inheritance is certainly a valid document for purposes of registration. This registration should fulfil the requirements of the law applicable to land registers and property law.

Assuming that the European Certificate shares the same purposes and effects as national certificates, this leads to the interpretation that all registration should be carried out to the same extent as the latter, but never provoking duplications. The requirements for registration do not seem only formalities but also substantial requirements and prerequisites.

KEY WORDS

Certificate of Inheritance, land register, registration, recording, distribution of estate, numerus clausus, relevant registers, property law, property rights, rights in rem.

SUMMARY

I. Access to what extent?

- I.1. A valid document for registration
- I.2. Exclusion of land registration matters
- *I.3. Registration to the same extent as national certificates*
- I.4. Information of requirements for the purposes of registration of immovable property
- I.5. Other hypotheses about the legal effectiveness of the European Certificate of Inheritance
 - I.6. Conclusions

II. Relevant registers

- II.1. Relevant precisely for purposes of land registration
- II.2 Registers of Wills

III. Conflicts between property law and succession law

- III.1. Contradiction between the list of assets of the European an Certificate of Inheritance and national land registry information or formal publicity
 - III.2 Acquisition from "person with authority to dispose" according to the Certificate

I. ACCESS TO WHAT EXTENT?

I.1. A VALID DOCUMENT FOR REGISTRATION

Regulation UE 650/2015 establishes (article 69.5) that the Certificate of Inheritance shall constitute a valid document for the recording²⁴⁸ of succession property in the relevant register of a Member State.

The main goal of this article is to interpret the extent of this provision.

For the first time European legislation in creating a specific European document, the Certificate of Inheritance, has also envisaged its registration in "any of the relevant land registers" corresponding to the different organizations of the Member States.

Land registers of Europe are characterized by a high legal diversity within themselves, no less than the systems of property rights which they are based on. National land registers are closely linked with national systems of property rights.

The potential of the Certificate of Inheritance for purposes of registration was already introduced in the first drafts of the Regulation 650/2012. However, Green Paper on Succession and Wills (published in 2005 by EC) nothing mentioned regarding to it. We could well say that there was actually a need for a Certificate of Inheritance as a cross border tool that enabled heirs and legatees (or executors) to prove their legal standing across Europe, but the idea of registration of the Certificate in relevant land registers appeared nowhere in the Green Paper, not even in the many comments that the Green Paper attracted.

The usefulness of this provision has been put into question. Not everybody believes that article 69.5 is a good idea for three reasons at least. Firstly: matters of property rights and land registration are genuinely in the fields of national legislations (*lex rei sitae*, specifies Recital 18 of the Regulation) and rather unrelated to European scope, really have little to do with what should be the objectives of European legislation. Secondly: procedures and effects of registration are very different and uneven according to the national systems; therefore the Regulation embodies a provision of variable results across the Member States. Finally, given that it shares the legal purposes of the national certificates, it would not be necessary to specify much more or add any provision in respect of the European Certificate for purposes of registration, since one could expect that is assured an equal treatment as the national ones.

From another point of view such a provision, insofar as states the registrability of the European Certificate of Inheritance in relevant land registers, turns out indeed to be explanatory, that is to say, it becomes helpful to clarify doubts about the possibility of land registration, an issue that European legislation deals with in a rather unusual way, given its close link with property law, in other words: with national legislations or *lex rei sitae*.

^{248 &}quot;Recording" applied to land registration is a word that falls short. It likely fits to deed registration systems because suggests deeds archived or filed, but does not turn out too good with respect to title registration systems.

I.2. EXCLUSION OF LAND REGISTRATION MATTERS

In any case, the European Certificate of Inheritance appears certainly as a valid document for the recording (or registration)²⁴⁹ of succession property in the relevant register of a Member State, without prejudice to points (k) and (l) of Article 1. However, although the European Certificate of Inheritance is an important part of the Regulation, land registration matters are not included therein.

Then, first of all, let's bear in mind this important exception. We can agree on the fact that nature of rights in rem as well as proceedings and effects or registration are out of scope of the Regulation as explicitly set out in article 69.5, and also Recital 18 in clarifying that the requirements for the recording in a register of a right in immovable (or movable) property should be excluded from the scope of the Regulation.

Furthermore recital 18 explains the capacities of authorities of registration and national procedures for this purpose remain intact about the issues raised by the European Certificate of Inheritance within scope of land registration, in indicating that as a result of this exception it should be the law of the Member State in which the register is kept (for immovable property, the *lex rei sitae*) which determines under what legal conditions and how the recording must be carried out and which authorities, such as land registers or notaries, are in charge of checking that all requirements are met and that the documentation presented or established is sufficient or contains the necessary information. In particular, authorities may check that the right of the deceased to the succession property mentioned in the document presented for registration is a right which is recorded as such in the register or which is otherwise demonstrated in accordance with the law of the Member State in which the register is kept.

Hence we estimate that the exclusion of property rights and land registration matters has to be considered in its proper dimension, probably with an observation: the application in this respect of the national law should not lead to duplicate certificates, so that registration authorities should not demand a certificate or other national document with the same purposes as a European Certificate of Inheritance already issued. The European Certificate of Inheritance does not replace them but, once issued, the national ones will become unnecessary for these purposes. That appears to be the reason according to Recital 8: "In order to avoid duplication of documents, the registration authorities should accept such documents drawn up in another Member State by the competent authorities whose circulation is provided for by this Regulation. In particular, the European Certificate of Succession..."

1.3. REGISTRATION TO THE SAME EXTENT AS NATIONAL CERTIFICATES

Moreover, if we focus on the main guidelines of the European Certificate, as set out in article 62.3, the Certificate shall not take the place of internal documents used for similar purposes in the Member States. Then, a reading of the previous provision might be enough

²⁴⁹ RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, José Simeón. *Una introducción al reglamento de sucesiones de la UE desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España*. Colegio de Registradores de la Propiedad de España. Madrid, 2013. Page 260, see *References*.

to interpret that the Regulation is aiming to build a The European Certificate with similar nature, purposes and the same effects as national certificates.

If we take such guidelines to the field of land registration, the role or value of the European Certificate seems to become the same as national certificates: the same purposes, same effects, and same use in just one word²⁵⁰; the same main purpose —to prove the legal standing of heirs—, the same registry effectiveness. Conclusion could be reached that, in practice, it should constitute a document suitable for the purposes of registration to the same extent as national certificates. And in principle not further. Registration would be intended in terms of potential or possibility and vary according to each land register system.

This position —the European Certificate of Inheritance should be means of registration to the same extent as national certificates—would involve the following consequences:

The European Certificate of Inheritance should be **completed by other documents or requirements** (governed by local or property law) to the same extent as the national ones. For purposes of registration, land registry systems —such as the Recitals of the Regulation assume—, nearly always impose requirements of a different nature whose range embraces not only formalities but also specific deeds or the fulfillment of legal prerequisites.

The European Certificate of Inheritance should lead to the **same type and effects of registrations**, full registrations or limited or provisional registrations as the national ones, or declaratory or constitutive effects: European Certificate will be relevant for purposes of land registration to the same extent as national certificates and this issue shall be governed by domestic law.

1.3.1. SAME REQUIREMENTS AS NATIONAL CERTIFICATES

Unless one believes that registration of the European Certificate of Inheritance should take place unconditionally and regardless of any other consideration (legal opinions can be different, even free), it seems to be reasonable to apply similar requirements to this as to national certificates. According to recital 18, authorities of registration could ask the person applying for registration to provide such additional information, or to present such additional documents, as are required under the law of the Member State in which the register is kept, for instance information or documents relating to the payment of revenue. The competent authority may indicate to the person applying for registration how the missing information or documents can be provided.

Registration remains subject to those conditions or requirements stemming from national legislations insofar as law applicable to the land registration. Different kinds of requirements can be distinguished:

²⁵⁰ Certainly as Max Planck Institut Comments suggest, "the relationship between the European Certificate of Succession and national certificates is not regulated and therefore unclear." (Page 700).

1st Formalities

Recital 68 states that the authority that issues the Certificate should have regard to the formalities required for the registration of immovable property in the Member State in which the register is kept.

As we will see, the requirements for registration are not only formalities but it is to be expected that they will be observed and a suitable exchange of information in this respect within the framework of Article 77.

National procedures of registration often demand the fulfilment of applications or forms suitable for the purposes of their organization. So, for example, in the Land Register System of *Libro Fondiario* of Trentino-Alto Adige (Autonomous Province of Italy) It would be necessary to present a registry request or *domande tavolari* to be examined and solved by the court²⁵¹. Its content will vary depending on the type of registration.

Forms or applications are intended to meet with the organization of the land registers in different aspects, such as their data protection policy, or for identifying the interested parties or the type of entries requested, or statistics, even with the aim of establishing priority of the deeds for registration. Although the United Kingdom is exempt from Regulation 650/2012 at the moment we can quote the case of the land register system of England and Wales, whose organization provides a wide range of forms in function of the type of entries or interests, which constitute a relevant stage of the procedure for registration.

2nd Fiscal obligations

It is a widespread prerequisite of the land register systems to prove the fulfillment of tax duties, in advance or as a precondition for a registry proceeding. So, the European Certificate of Inheritance would not lead to any registration unless the fulfillment of fiscal obligations is justified, purportedly in the same way as national inheritance documents at that case.

<u>3rd</u> Substantive requirements

There are cases in which *mortis causa* acquisitions of properties are subject to certain substantive requirements such as deed of acceptance by heirs or significantly the act or deed of distribution of estate (this might be the case of Italy, Spain and other systems).

The content of the European Certificate of Inheritance as set in article 68.k) shall include "information in respect of each beneficiary concerning the nature of the acceptance or waiver of the succession". But in principle, acceptance should be supported probably by evidentiary documents governed by the national legislation. Article 66 envisages that the issuing authority shall verify the information and declarations and the documents and other evidence provided by the applicant and more enquiries or requests of any further evidence if it deems necessary could be carried out but, within this procedure, what would happen if the evidence of the acceptance provided does not the European Certificate of Inheritance exactly coincide

²⁵¹ See articles 83 and following and 93 and following of *Reggio Decreto 28 marzo 1929 n. 499, Disposizioni relative ai libri fondiari dei territorio delle nuove province*

with the evidentiary means —a deed of acceptance— demanded by the succession law applicable (article 23) to the succession. Can article 66.2 modify this? As set in this provision, "Where the applicant has been unable to produce copies of the relevant documents which satisfy the conditions necessary to establish their authenticity, the issuing authority may decide to accept other forms of evidence."

In several European legal systems distribution of estate is considered a necessary act for vesting ownership of properties in the heirs lawfully. This act has to be formalized by a deed. On the contrary there are legal systems that do not impose such requirement and in this event European The European Certificate of Inheritance can lead to direct registrations as long as it meets other possible requirements, not differently from the national certificates. The simple fact of being included in the list in the Certificate would not lead to the registration of the acquisition of specific properties in most cases.

Moreover, within the legal context of these systems, a distribution of estate is far from being just a formality. It is the stage to meet substantive requirements of the succession. Let us consider a succession in which minors or persons lawfully incapacitated are parties in the distribution of estate; in this event legislations demand legal precautions or intervention of legal guardians. From a document of distribution of estate these important requirements —on which the validity of the succession, and to that extent the registration, does depend—, we can find the proper explanation or justification by which these requirements have been met; however, the structure of a standard document such as the European Certificate of Inheritance does not appear so flexible and the control of this type of requirements is absent from the content governed by article 68.

4th The respect for *numerus clausus*

VAN ERP and AKKERMANS have explained the main ideas of theory of *numerus clausus* in Europen legislations; according to them "the application of the *numerus clausus* principle differs from country to country". "The *numerus clausus* is a filter through which legal relations muss pass for property law to apply..." "Property law is mandatory law..." "First and foremost, the *numerus clausus* limits party autonomy, but it is also a rule of "constitutional" property law in that it decides on who has authority to create new property rights" 252.

Although they were created by application of the *lex successions* dully established and included in the list of rights or assets embodied in the Certificate as set out in article 68.l), these rights might not be entered in the relevant land register if they do not fit in the *numerus clausus* list of the property rights set out by the legislation of the Member State where the properties are located.

In fact recital 15 remarks that the Regulation should not affect the limited number ('numerus clausus') of rights in rem known in the national law of some Member States and that a

²⁵² Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law. Van Erp, Sjef (JHM) (Maastricht University). Akkermans, Bram (Maastricht University). Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon. 2012. See page 65 and following. From page 72 and on, comment of legal provisions on *numerus clausus*.

Member State should not be required to recognise a right *in rem* relating to property located in that Member State if the right *in rem* in question is not known in its law.

So, if the European Certificate of Inheritance comprised a legate of a lease on a property in Germany, it presumably could not be registered in any German register because a lease is not included in the German *numerus clausus* list. For the same reasons, neither a trust could be registered in a Spanish land register nor a usufruct in registers of countries where this real right does not exist. It may even happen that there were national legislations that admitted the usufruct but not the usufruct such as was constituted; for instance, a usufruct in favour of a legal person for longer than thirty years, in Spain, because the Spanish legislation rejects the usufruct of these characteristics for public policy reasons.

A possible solution for these cases could be to invoke article 31 of Regulation 650/2012 and the principle of adaptation, also quoted in Recital 16, so that those rights —raised under the law applicable to the succession but unknown by the property law of the Member State where properties are located—should be adapted to the closest equivalent right *in rem* under the law of that State, taking into account the aims and the interests pursued by the specific right *in rem* and the effects attached to it. The acquisition of heritable properties could be registered then by adding the documents that prove that this adaptation has been carried out.

1.3.2. SAME TYPE AND EFFECTS OF REGISTRATIONS

Submitting documents as such will not always cause a full registration of specific acquisitions of properties so that specific properties or rights are registered in favor of individual persons.

It might be the case in the event of land register systems which explicitly admit this possibility as a general rule. It happens in Spain, where The European Certificate of Inheritance could lead to full registration in favor of the sole heir (also in Portugal), but in the event of several heirs a deed of distribution of estate would be required for this purpose, otherwise the Certificate only, that is to say without distribution of estate, will only lead to a provisional registration, an annotation for four years. We therefore can say that the law applicable to land register shall govern this aspect²⁵³.

Taking into account the purpose of certain registrations, there are some of them that are used specifically, like those of the properties or real rights for all the heirs or community of heirs with or without shares. This type of registration are rooted in the national legal background and seemingly addressed to make effects that turn out natural within national scope or legal system. So, they might not make sense outside it.

In Germany, registration of national certificate (*Erbschein*) seems to correspond to a precise kind of community in Spain called German community, which is subject to certain rules, or which arises by statute and heirs may dispose of its share of the assets left but there is a

²⁵³ Rodríguez Sánchez José Simeón. Una introducción al reglamento de sucesiones de la UE desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España. (An introduction to the Regulation (EU) on Successions from the perspective of real rights on immovable property and the Land Register in Spain.) Colegio de Registradores de la Propiedad de España. Madrid, 2013. Page 260 and following.

effect which prevents the disposal of shares on each of the goods (§ 1032 and 2033 BGB)²⁵⁴. The question is: in the event that the European Certificate of Inheritance contained legal situations like this German community, how could be they moved out to countries in which this legal community is unknown or not admitted? Probably in this event the most sensible solution would not be to record the certificate imitating the German kind of registration, but rather in the same way as the property law provides for the registration of the national certificates.

Then registry entries might be time-limited or provisional since the stage of community among heirs is considered only a transition towards the distribution of estate, whereupon other types of entries, the full registration, will take place. So, the Spanish Mortgage Act would not admit final entries or full registration before the distribution of estate, but only a provisional registration (annotation for 4 years) because the community of heirs is understood as a transitional stage.

Portuguese law includes the option of a registration of the succession rights in favour of all of the heirs without a specific share of the property.

Other times simply national certificates of inheritance do not lead to any registration. In Belgium *mortis causa* acts are not recorded. If property law does not envisage any type of registration, it would not make much sense to insist in recording it.

So, the kind of possible registrations is varied and the European Certificate of Inheritance should align with what corresponds to its nature from the point of view of the *lex rei sitae* or law applicable to land registers.

The same also happens with effects of registration, declaratory or constitutive as is acknowledged by recital 19 which interprets that should be the law of the Member State in which the register is kept which determines whether the recording is, for instance, declaratory or constitutive in effect. As is the case of the type of registration, its effects should be decided by the property law of the Member States where the immovable is located, *lex rei sitae*, even the registration law.

Regarding the effects, the design of the Certificate has its limitations. Legal deeds are adequate ground for developing the terms agreed or recognized, but the content of the European Certificate of Inheritance is envisaged as a limited list of elements. In the Netherlands, the different effects of the type of sharing out—in rem or only a personal claim seems to be relevant for acquisitions *mortis causa*. The stipulations that can develop these issues do not appear to fit the design of the European Certificate of Inheritance. They would not covered by article 68.1) or other provision on the content of the European Certificate.

I.4. INFORMATION OF REQUIREMENTS FOR THE PURPOSES OF REGISTRATION OF IMMOVABLE PROPERTY

An idea might be found on the potential requirements for registration mentioned before. Transparent and most detailed explanations about these requirements seem fair. As set in

²⁵⁴ Weber-Grellet, Heinrich. *La comunidad germánica* (The Germanic community). 2007 Fundación Registral del Colegio de Registradores de España. See pages 46 and the following.

article 77, the Member States shall also provide fact sheets **listing all the documents and/or information** usually required for the purposes of registration of immovable property located on their territory. Also, the Member States shall keep the information permanently updated.

Although some authors may consider something else (Ortiz Herrera)²⁵⁵, in order to be efficient this information should not be comprise only a collection of formalities but further explanations about what requirements of all kinds could be expected if registration is to be achieved, and this includes the ones about the rules of property law, at least the most essential for its application. In other words, in having really specific, information within the scope of article 77 might demand information much more detailed and comprising explanations of property law related to rights *in rem*.

I.5. OTHER HYPOTHESES ABOUT THE LEGAL EFFECTIVENESS OF THE EUROPEAN CERTIFICATE OF INHERITANCE

So far the registration of the European Certificate of Inheritance has been interpreted in terms of possibility, as a European document suitable for purposes of registration to the same extent as national certificates. Nevertheless, this might not be the only interpretation. As the Max Planck Institut suggests, the relationship between certificate and property law does not seem totally clear in spite of the exclusion of Article 1²⁵⁶ and it may lead to other opinions.

It is tempting to believe that a European tool once created may be applied in a way that overcomes any possible inconvenience, even internal or national legal obstacles. That's why we should take particular care about possible hypotheses in favor of a maximalist idea such as the unconditional registration of the European Certificate of Inheritance, which may occur given that the most different opinions are possible about law. From this point of view, the European Certificate would be a privileged tool of European law and lead to registration so that objections or obstacles stemming from national property law should not be absolutely taken into account in this respect: its registration would be carried out regardless the requirements of the land register system in which it should be recorded.

So, the European Certificate of Inheritance would be object of transcription in deed systems and registration in the title systems²⁵⁷. It would be considered a suitable deed to be transcribed or filed in the first case and the suitable basis for defining a title in the second one.

²⁵⁵ Ortiz Herrera, Silvia, mentions just "formalities" in her article (see pages 22 and 23) "El Reglamento de Sucesiones. Tribunales competentes y ley aplicable. Excepciones al principio general de igualdad de la ley." (The Regulation of Successions. Competent courts and law applicable. Excepcions to the general principle of equality of law). Instituto de Estudios Europeos. Universidad San Pablo. Documento de Trabajo. Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales. Número 69 / 2013 CEU Ediciones. 2013 Madrid.

²⁵⁶ Max Planck Institut Comments outline: "the relation to the applicable property law should be clarified" (page 548) and also "it should be made clear that the property law exception does not impact the property related effects of the European Certificate of Succession pursuant to Art. 42 SP [Article 69 in definitive version]. The exclusion of questions of property law from the scope of the Regulation should, however, not obscure the reality that the actual delimitation of property law from the law of succession might be quite difficult (page 559).

²⁵⁷ Rodríguez Sánchez. Op. cit. Page 260.

One may understand that the purpose of registration is limited to file a document in a public archive, the European Certificate of Inheritance in this case, just in order for conservation and eventual use as evidence, being the main effect the mere opposability. Obviously, if the goals of a land registration system were just conservation and eventually submitting it to courts if need be, to record the European Certificate would be something forced but not traumatic. Nevertheless, this is not the only perspective possible. The view of national land register systems could be broader, the effects of the registration go further, even much further than the mere conservation, and in fact this is what often happens and at this case an unconditional registration theory may trigger negative consequences.

Many European legislations award to the registration more legal value or effects than the mere opposability, establishing legal presumptions of veracity or accuracy of the content of the land registers with respect to the legal status of the properties (positive publicity), and consequently keep stricter criteria for requirements of registration. It becomes inviable to dispense with national legal controls if we intend to keep the principles of registration proposed by Ruoff, *mirror*, *curtain* and *insurance* principles²⁵⁸, whose compliance is the aspiration of all modern title registration systems.

Probably, opinions such as those above would lead to continual struggles with the property law and push us ad absurdum. These interpretations would mutate into positions, also maximalist, which would in effect push national legislations (*lex rei sitae*) into submitting to massive amendments in order to facilitate the registration of the European Certificate of Inheritance. In the scope of land registration the only modifications that Member States should tackle concerning their legislations likely to be limited to ensure that the European Certificate has the same role and value as the national certificates, or prevent authorities for registration from requesting national certificates once issued —and submitted—the European Certificate of Inheritance.

This is what Spain has done on the occasion of passing the International Judicial Cooperation Act modifying article 14 of Mortgage Act in order to add the European Certificate as "Certificate of Hereditary Succession" in addition to the national ones for the purposes of registration. Nevertheless, even probably would not be necessary such amendment given that the European Certificate of Inheritance entails similar nature and purposes of the national certificates and only the origin (European, not national) is changed.

The opinion in this respect of Rodríguez Sánchez and Alonso Landeta²⁵⁹ seems to be that the law applicable to the competent land register governs registration issues of the Certificate and the Regulation 650/2012 does not alter this principle.

As Theodore Ruoff set out, the main three functions the register served was (1) to mirror ownership interests in land (2) to curtain off minor, or equitable interests that could be bypassed (or "overreached") in the land conveyance business, and (3) to provide insurance through Registrar funds to anyone who lost property as a result of register defects. Also mentioned by Sandra Clarke, and Sarah Greer in *Land Law Directions*. 2nd Edition. Oxford University Press 2010.

²⁵⁹ Sucesiones Internacionales. Page 563 and following about the registration of the European Certificate.

Let's imagine what would happen if a lease acquired by a legate had to be compulsorily entered in German land registers when there is a prohibition of breaching *numerus clausus* stemming from (German) property law; or a German or joint community of heirs whose effects are governed by German law or a trust—as mentioned recital 13, trusts can be created under a will or under statute in connection with intestate succession the law applicable to the succession and shouldn't be interpreted that these are excluded—would have to be entered in Spanish land registers (neither of which are envisaged by Spanish property law). Eventually these kinds of registrations would be misleading and from the point of view of efficiency, would be left in a vacuum. They cannot produce effects because applicable property law envisages nothing in this respect.

Definitely, to force the realms of the property law does not appear a good idea. Maximalist interpretations may even breach the Treaty on the Functioning of the European Union. As set in article 345 the Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership. Regulations should abide by the same limit as the Treaties.

In the scope of the land registration, once avoided the risk of duplication of certificates, the only modifications related to their legislations that Member States should tackle are likely to be limited to guaranteeing that the European Certificate of Inheritance has the same role and value as the national certificates, or prevents registration authorities from requesting national certificates once issued —and presented—the European Certificate of Inheritance.

I.6. CONCLUSIONS

These would be the conclusions for summarizing this presentation:

It is reasonable to assume that the European Certificate of Inheritance has the same registry effects as national certificates that will be accepted for registration to the same extent as the aforementioned.

Within the scope of registration, if the European Certificate of Inheritance has been issued, national certificates should not be required to avoid duplication, and are fully justified the legislative amendments undertaken to ensure this.

The property should not be affected by the application of succession law, bearing in mind the exception of Article 1.

II. RELEVANT REGISTERS

II.1. RELEVANT PRECISELY FOR PURPOSES OF LAND REGISTRATION

In terms of "relevant registers" for registration of properties we consider that this meaning is not broad but precisely refers to those registers that deal with land registration insofar as protective function of the registered rights; that is to say, the scope of 69.5 makes sense exclusively with respect to registers for purposes of land registration and not for others.

Relevant registers consequently would be those ones concerning ownership or other property rights so as to be recorded and eventually provide evidence of title, in order to facilitate transactions and to prevent unlawful disposal. In fact, Article 69 of the Regulation 650/2012 is devoted to protecting legally the rights which the European Certificate of Inheritance includes, so not only literal interpretation is in favour of this argument but also the systematic and the logical ones.

Therefore, the scope of article 69.5 falls entirely on land registration; not all organizations related to land might be considered within the scope of land registration. It does not seem that its scope embraces all the archives, registers or organizations that are concerned with land or territorial information or geographical institutes.

Land registers do not equal other organizations of the Member States that deal with information on land, which can have different goals, such as cadasters, whose role is fiscal and to which national legislations do not recognize the purpose of declaring legal status of ownership. So, it seems adequate to understand that *relevant* land registers are those which provide officially this legal status and deal with the legal protection of titles in accordance with property law. In some Member States certainly there are merged organizations or agencies that deal both with cadastral functions and land registration; in this event they might –or not-have recognized this role. Anyhow there are Member States in which cadastre and land register are separate organizations —with some type of interaction or not—; there are even European countries in which there is no cadaster.

In the same way that Member States have competent authorities for different purposes and appoint what is suitable for them (for instance, for issuing the European Certificate of Inheritance), also they have organizations suitable for land registration that will turn out "relevant registers" within the scope of article 69.5. It wouldn't make sense obviously registering the European Certificate of Inheritance for purposes of land registration in other registers different from those which would ordinarily deal with true land registration. It would be helpful to make a European list²⁶⁰ of the competent bodies of the Member States that are considered *relevant land registers* in this respect.

II.2 REGISTERS OF WILLS

As above suggested, the scope of article 69.5 is not related to record The European Certificate of Inheritance in Registers of Wills or similar registers. The European Certificates of Inheritance may be the object of specific Registers of Wills conducted by national public administrations, which have nothing to do with the land registers.

This also happens concerning specific Registers of Certificates of Inheritance at the national or European level.

Likely it wouldn't be very different from the list provided by ELRN factsheet on Description of Land Register systems in Europe that can be consulted in ELRA website, http://network.elra.eu/?cat=103

III. CONFLICTS BETWEEN PROPERTY LAW AND SUCCESSION LAW

We must not pretend that there are no conflicts between law applicable to succession and property law, or even that the functioning of the certificate will always be harmonic as for the land registration issues from the first moment, and we should rather assume conflicts will be created and they should be solved proportionally and properly.

The effectiveness of a new tool like the European Certificate comes into play but legal security on real property is also at stake.

So, two problems or potential conflicts may appear at least.

III.1. CONTRADICTION BETWEEN THE LIST OF ASSETS OF THE EUROPEAN CERTIFICATE OF INHERITANCE AND NATIONAL LAND REGISTRY INFORMATION OR FORMAL PUBLICITY

The content of the European Certificate of Inheritance may comprise information of the assets (a list of them). Article 68 (l) of the Regulation envisages that the European Certificate of Inheritance shall contain "the share for each heir and, if applicable, the list of rights and/or assets for any given heir..." Apart from this, in accordance with article 66.5 courts or competent authorities are entitled to require information of the land registers of the Member States for purposes of issuing the European Certificate.

The idea appears to be that once collected information on the properties, registration will be facilitated, and it might happen... or not. Likely provisions of the Regulation —69.5, 68 (1), 66.5— do not ensure a successful registration for various reasons:

There is not provided any procedure of updating information. Once issued the registry information on properties —in compliance with article 66.5—could be modified as for the ownership (for example as a result of another application) or legal status of encumbrances —on which nothing is mentioned in article 68.1) and may well condition the acquisition—. Considering that land register matters are in the fields of property law, the procedures for updating information should be developed by the Member States as a part of their policies on implementation of the Regulation.

In any case, land registry information across Europe appears uneven. Many differences exist with respect to a) formalities for issuing extracts or attestations, so some LR systems impose a compulsory form or schema that would not be modified; b) search criteria —for instance, search by person is restricted in several systems—; c) data protection policy; but particularly significant differences appear: d) about if the information issued has evidentiary value or not; e) its reliability; or f) responsibility for issuing land registry information in the event of inaccuracies or errors.

So, it seems probable that information of the list of assets differs from the official information of the land Registers (formal publicity), that is to say cases which will not coincide. But it could be said that the conflict between property law and succession law may begin from the registry information, above all considering the wording of other provisions of the Regulation. Whereas article 63.1 provides that the certificate, as main purpose, is for heirs

who need to invoke this status —which is the indubitable purpose of the certificate—, as set out in article 63.2.b) "the certificate may be used, in particular, to demonstrate **the attribution of a specific asset or specific assets** forming part of the estate to the heir(s) or, as the case may be, the legatee(s) mentioned in the Certificate".

Thus, if the registered status of the properties were different, this could lead to a contradiction with the statement of article 63.2 as well as to worrying misunderstandings and clashes with the principle of accuracy of the public content of land registers such as established by legislations of the Member States (this is a widespread principle, which means that it is legally presumed that the statements of the land register are accurate). In other words, it does not seem helpful somehow that a provision of the Regulation may lead to a clash with what is considered registry evidence in the Member States. It would become a paradox imposing an inaccurate statement against the ordinary evidence used to prove the legal status of ownership and burdens at any given moment. In the event of divergences—due to lack of updating or other reasons— national land register information would prevail, considering the exception from article 1.1). This seems to be the possible interpretation in the light of recital 71, in accordance with which the evidentiary effect of the Certificate should not extend to elements which are not governed by this Regulation, such as questions of affiliation or the question whether or not a particular asset belonged to the deceased.

Moreover, articles 65.3-66.2 establish that the information for purposes of ECS shall be authentic to be admitted unless competent authorities accept (in each case) other means of evidence: some LR information does not meet requirements of authenticity. And what different means of evidence might there be different to the LR information?

III.2 ACQUISITION FROM "PERSON WITH AUTHORITY TO DISPOSE" ACCORDING TO THE CERTIFICATE

Article 69.4 envisages that if (the heir stated by the certificate) disposes of such property in favor of another person, this third person *will "be considered to have transacted* with a person with authority to dispose of the property concerned..."

This is the final wording after the successive drafts of the Regulation. Although it does not appear to have the value of a legal presumption, this provision somehow could interfere with the systems of acquisition of rights *in rem* of the national legislations, which govern the transmission and acquisition of properties within their scope.

We must insist in our objections due to the possible differences between what the Certificate states and the legal status resulting from the land registers.

Although competent authorities request and obtain land registry information by applying article 66.5 and this information is taken to the content of the Certificate in compliance with article 68 (l), there is a risk of differences between certificate and national formal publicity, particularly in not having a procedure to keep the information updated once issued.²⁶¹

²⁶¹ López Fernández, Jorge. *Una adquisición a non domino en la Propuesta del Reglamento europeo de Sucesiones y Testamentos*. (An acquisition a non domino in the Proposal of European Regulation on Successions and Wills.). Revista Jurídica de la Región de Murcia nº 45. Murcia 2011.

Fortunately, Recital 71 appears to clarify: "Whether or not such an acquisition of property by a third person is effective should not be determined by this Regulation", an interpretative statement that allows us to believe that property law effects should be applied.

REFERENCES

Clarke, Sandra, and Greer Sarah. Land Law Directions. 2nd Edition. Oxford University Press 2010

Iglesias Buigues, José Luis and Palao Moreno, Guillermo (Directors). *Sucesiones Internacionales. Comments on the Regulation (UE) 650/2012* (International Successions, Comentarios al Reglamento EU 650/2012). Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

Max Planck Institut for Comparative and International Private Law. Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a The European Certificate of Succession. Max Planck Private Law Research Paper No. 10/2. Hamburg 2010.

Rodríguez Sánchez, José Simeón. Una introducción al reglamento de sucesiones de la UE desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España. (An introduction to the Regulation (EU) on Successions from the perspective of real rights on immovable property and the Land Register in Spain.) Colegio de Registradores de la Propiedad de España. Madrid, 2013.

Van Erp, Sjef (JHM) (Maastricht University). Akkermans, Bram (Maastricht University). *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law.* Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon. 2012.

EL CERTIFICADO DE HEREDERO: ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Jorge López Fernández
Registrador de la Propiedad
Secretario General de ELRA (Asociación Europea de Registros de la Propiedad)

RESUMEN

El certificado sucesorio europeo es, sin duda un documento válido a efectos de inscripción registral. La registración deberá cumplir los requisitos de la legislación aplicable la lex rei sitae y a la ley reguladora del registro de la propiedad.

El presupuesto de que el Certificado Europea comparte los mismos fines y efectos que los certificados nacionales lleva a la interpretación de que todos las inscripciones registrales debe llevarse a cabo del mismo modo que estos últimos, y nunca provocar duplicaciones. Los requisitos para la registración en todo caso no parecen limitarse a formalidades, sino también a requisitos sustantivos y condiciones legales previas.

PALABRAS CLAVE

Certificado de heredero, registro de la propiedad, inscripción registral, transcripción, partición de herencia, numerus clausus, registros relevantes, lex rei sitae, derechos reales inmobiliarios, derechos reales.

SUMARIO

I. ¿Acceso hasta qué punto?

- I.1. Un documento válido para la inscripción registral
- I.2. La exclusión de la materia registral
- I.3. Inscripciones en la misma medida que los certificados nacionales
- I.4. Información de los requisitos a fines de inscripción
- I.5. Otras hipótesis sobre la eficacia jurídica del certificado sucesorio europeo
- I.6.Conclusiones

II. Registros relevantes

- II.1. Relevantes precisamente a los efectos de inscripción registral
- II.2 Registros de Testamentos

III. Los conflictos entre la lex rei sitae y la aplicable a la sucesión

- III.1. Contradicción entre la lista de los bienes hereditarios del certificado de heredero y la información proporcionada por los medios de publicidad nacionales
 - III.2 Adquisición de "persona facultadas para disponer" de acuerdo con el Certificado

I.1. UN DOCUMENTO VÁLIDO PARA LA INSCRIPCIÓN

El Reglamento (UE) 650/2012 establece (art. 69.5) que el certificado de herederos constituirá un documento válido para la registración²⁶² de los bienes sucesorios en los registros de la propiedad relevantes de los Estados Miembros.

El principal objetivo de este artículo es interpretar el alcance de esta norma.

Es la primera vez que la legislación europea al crear un documento europeo especial, el certificado de heredero, ha previsto también su inscripción en lo que llama registros de la propiedad "relevantes", que corresponden a las diferentes organizaciones de los Estados Miembros.

Los registros de la propiedad de Europa están caracterizados por una gran diversidad legal entre ellos, no menor que los sistemas de derechos reales en los cuales se fundamentan. Los registros de la propiedad nacionales están íntimamente relacionados con los sistemas nacionales de derechos reales.

La posibilidad de inscripción registral del certificado de heredero fue ya introducida en los primeros Borradores del reglamento. Sin embargo, el libro verde de sucesiones y testamentos (publicado en 2005 por la Comisión Europea) nada había mencionado respecto a su carácter de título inscribible. Bien podríamos decir que existía realmente una necesidad de un certificado de heredero como herramienta transfronteriza que posibilitara a herederos legatarios (o albaceas) la prueba de su legitimación en cualquiera de los países europeos, pero que la idea de inscripción registral del certificado no aparecía en ningún lugar del libro verde, ni siquiera en los muchos comentarios que al mismo siguieron.

La utilidad de este precepto ha sido puesta en cuestión. No todo el mundo cree que el art. 69.5 sea una buena idea, aduciéndose al menos tres razones. En primer lugar, la materia de derechos reales inmobiliarios y su inscripción registral pertenecen genuinamente al ámbito de las legislaciones nacionales (la *lex rei sitae*, especifica el considerando 18 del Reglamento). En segundo lugar, los procedimientos y efectos de la inscripción registral son muy diferentes y desiguales en función de de los sistemas nacionales; por consiguiente el reglamento incorpora un precepto de variables resultados entre los distintos Estados Miembros. Finalmente, dado que comparte la naturaleza y propósito legal de los certificados nacionales, no sería en rigor necesario especificar mucho más ni añadir precepto alguno al respecto del certificado europeo a efectos de inscripción, puesto que cabría esperar que tuviera asegurado el mismo trato que los nacionales.

Ahora bien, ciertamente tal precepto resulta aclaratorio en la medida que declara la registrabilidad del certificado europeo de heredero en los registros de la propiedad relevantes, es

²⁶² En la versión oficial del Reglamento en inglés el término legal utilizado para referirse a la inscripción es "recording", que es más propio de los sistemas de transcripción que los de inscripción, más adecuado para los registros de documentos que para los registros de derechos. Nos hubiera parecido más acertada la palabra "registration" en la medida que tiene mayor alcance.

decir, ayuda a despejar las dudas sobre las posibilidades de inscripción registral, materia de la que la legislación europea se ocupa pocas veces, dada su relación con la ley aplicable a los inmuebles, la *lex rei sitae*.

I.2. EXCLUSIÓN DE LA MATERIA DE INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD

En cualquier caso el certificado europeo de heredero parece claramente un documento válido para la transcripción o inscripción²⁶³ de los bienes inmuebles objeto de una sucesión en el registro de la propiedad relevante del Estado miembro de que se trate, sin perjuicio de los apartados k) y l) del artículo 1º del Reglamento. Sin embargo, aunque el certificado europeo de heredero es una parte importante del Reglamento, las materias relativas a la inscripción en el Registro de la propiedad no están incluidas en él.

Así, en primer lugar la importante excepción del artículo 1º ha de ser tenida en cuenta y convenir en que la naturaleza de los derechos reales, así como los procedimientos y efectos, de la inscripción registral, están fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, como explícitamente establecen el artículo 69.5 y el considerando 18, al interpretar que los requisitos para la inscripción en el registro de la propiedad de un derecho real sobre bienes muebles o inmuebles deben considerarse excluidos del ámbito del Reglamento.

Es más, el considerando 18 explica que las facultades de las autoridades para inscripción registral y los procedimientos nacionales a este efecto permanecen intactos en cuanto a la inscripción registral del certificado de heredero, al indicar que como resultado de esta excepción será la ley del Estado Miembro en el que el registro esté establecido (para la propiedad inmobiliaria la *lex rei sitae*) la que determine las condiciones legales y qué modalidades de inscripción deben observarse, o cuales son las autoridades como registradores o notarios que han de ocuparse de comprobar el cumplimiento de todos los requisitos y que la documentación es suficiente o contiene la información necesaria. En particular, las autoridades podrán comprobar que el derecho del causante sobre los bienes sucesorios mencionados en el documento presentado para su inscripción es un derecho inscrito como tal en el registro o un derecho que de otro modo se haya probado que es conforme con el ordenamiento jurídico del Estado miembro en que esté situado el registro.

De aquí que consideremos que la excepción relativa a los derechos reales inmobiliarios y su inscripción registral haya de ser estimada en su dimensión adecuada, probablemente con una advertencia previa, y es que la aplicación en este punto de la ley nacional no debería dar lugar a duplicar certificados, de modo que las autoridades para la inscripción no deberían exigir nunca un certificado nacional u otro documento nacional que cumpla la misma función legal que un certificado europeo de heredero ya expedido. El certificado europeo de heredero no los reemplaza pero, una vez expedido, los certificados nacionales devienen innecesarios a los efectos que tratamos. Así parece ser según el considerando 18, pues "para evitar la duplicidad de documentos, las autoridades del registro deben aceptar los documentos expedidos

²⁶³ RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, José Simeón. *Una introducción al reglamento de sucesiones de la UE desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España*. Colegio de Registradores de la Propiedad de España. Madrid, 2013. Página 260.

por las autoridades competentes de otro Estado miembro cuya circulación se contempla en el presente Reglamento. En particular, el certificado sucesorio europeo..."

I.3. INSCRIPCIÓN REGISTRAL, CON EL MISMO ALCANCE QUE LOS CERTIFICADOS NACIONALES

Además, si nos centramos en las directrices principales del certificado de heredero, tal y como establece el artículo 62.3, el certificado no viene a reemplazar a los documentos internos usados con propósito similar en los Estados Miembros, de modo que una lectura del precepto anterior podría ser suficiente para interpretar que el Reglamento se propone construir un certificado heredero con similar naturaleza, función y efectos que los certificados nacionales.

Si llevamos a estas directrices al ámbito de la inscripción registral, el papel o la eficacia del certificado de heredero parecen ser idénticos a los certificados nacionales: el mismo propósito legal, los mismos efectos, y el mismo uso, en una palabra²⁶⁴. La misma finalidad principal —la prueba de la cualidad de heredero— y la misma eficacia registral. Parece aceptable la conclusión de que en la práctica debería constituir un documento idóneo a efectos de registración en la misma extensión que los certificados nacionales. Y en principio no más allá. La inscripción registral sería concebida en términos de potencialidad o posibilidad y variaría en función de cada sistema registral.

Esta postura (el certificado europeo de heredero debería ser un medio de inscripción registral en la misma extensión que los certificados nacionales) implicaría las siguientes consecuencias

El certificado europeo de heredero habrá de ser completado por otros documentos o requisitos regulados por la ley del lugar o aplicable a los inmuebles del mismo modo que los certificados nacionales. A efectos de la inscripción, los sistemas registrales, tal como los considerandos del reglamento suponen, casi siempre imponen requisitos de diferente naturaleza y cuyas modalidades abarcan no sólo formalidades sino también documentos específicos o la justificación del cumplimiento de requisitos legales.

El certificado europeo de heredero debería dar lugar a inscripciones registrales de la misma clase y de los mismos efectos que el nacional, inscripciones definitivas o temporales o provisionales, de la misma manera que los certificados nacionales, y lo mismo respecto al efecto declarativo o constitutivo de la inscripción. El certificado tendrá la misma relevancia a efectos de la inscripción registral que la que tienen los certificados nacionales, y esta materia quedaría bajo la regulación de la ley doméstica.

1.3.1. LOS MISMOS REQUISITOS QUE LOS CERTIFICADOS NACIONALES

A menos que uno crea que la inscripción registral del certificado de herederos debe tener lugar incondicionalmente y con independencia de cualquier consideración de Derecho

²⁶⁴ Entre los comentarios del Instituto Max Planck (ver referencias), página 700, se encuentra el de que la relación entre el certificado europeo y los nacionales no está regulada y permanece incierta.

interno, parece razonable aplicar similar tratamiento al certificado europeo de heredero que el que se aplica a los certificados nacionales. Según el considerando 18, las autoridades que tramiten la inscripción pueden pedir a la persona que la solicita que presente la información o los documentos adicionales requeridos en virtud de la ley del Estado miembro en el que esté situado el registro, por ejemplo información o documentos relativos al pago de impuestos. La autoridad competente puede indicar a la persona que solicita la práctica del asiento cómo puede proporcionar la información o los documentos que falten.

La inscripción registral queda sometida a aquellas condiciones o requisitos impuestas por la ley nacional como ley aplicable al registro de la propiedad. Pueden distinguirse tipos distintos de estos requisitos:

1° Formalidades

El considerando 68 declara que la autoridad que expide el certificado deberá considerar las formalidades requeridas para inscripción registral de la propiedad inmobiliaria en el Estado miembro en que el registro esté establecido.

Como veremos, los requisitos para la registración no son sólo formalidades y es de esperar que sea observado un intercambio adecuado de información a este respecto en el marco del artículo 77.

Los procedimientos nacionales de inscripción a menudo exigen el cumplimiento de solicitudes o formularios adecuados a las funciones de su organización. Así por ejemplo, en el sistema registral del Libro Fondiario de Trentino-Alto Adigio (provincia autónoma de Italia) es necesario presentar una demanda o solicitud de registración o *domande tavolare* a fin de que sea examinada y resuelta por el tribunal²⁶⁵. Su contenido variará dependiendo del tipo de inscripción solicitado.

Los formularios o solicitudes tienen por objeto cumplir los requerimientos de las organizaciones registrales en diferentes aspectos, tales como su política de protección de datos, o bien para identificar a las partes interesadas, o el tipo de inscripción requerida, bien facilitar estadísticas, o el orden de registración, incluso para establecer la prioridad de los documentos sujetos a inscripción. Aunque el Reino Unido está desvinculado del Reglamento 650/2012, podemos reseñar que la organización del sistema registral de Inglaterra y Gales pone a disposición de sus clientes una variada tipología de formularios en función de la clase de inscripción o de los intereses inscribibles, que constituyen un trámite relevante de su procedimiento registral.

2° Obligaciones fiscales

La justificación del cumplimiento de las obligaciones fiscales es un extendido requisito de los sistemas registrales, a menudo concebido como cumplimiento previo sin el cual el certificado europeo de heredero no daría lugar a inscripción registral alguna, presumiblemente como ocurriría con los documentos nacionales en el mismo caso.

²⁶⁵ Ver los artículos 83 y siguientes y 93 y siguientes del *Reggio Decreto 28 marzo 1929 n. 499, Disposizioni relative ai libri fondiari dei territorio delle nuove province.*

3° Requerimientos sustantivos

Hay casos en los cuales las adquisiciones *mortis causa* de bienes hereditarios están sometidas a ciertos requisitos sustantivos, tales como la aceptación en un documento otorgado por los herederos, o de forma significativa el acto o documento de partición (este podría ser el caso de Italia, España y también de otros ordenamientos jurídicos).

El contenido del certificado europeo de heredero, tal y como establece el artículo 68. k), puede incluir con relación a cada beneficiario información relativa a la aceptación o renuncia de la sucesión, pero en principio la aceptación probablemente debería estar basada en documentos probatorios admitidos por las legislaciones nacionales. El artículo 66 prevé que la autoridad que expida el certificado verifique la información, declaraciones, los documentos y otras pruebas aportadas por el solicitante, y que realizará de oficio las averiguaciones necesarias para efectuar esta verificación, cuando así lo disponga o autorice su propia legislación, o instará al solicitante a presentar cualesquiera otras pruebas que considere necesarias, dentro de este procedimiento, lo que ocurriría si la prueba de la aceptación aportada no coincidiera exactamente con los medios de prueba de la aceptación exigidos por la ley aplicable a la sucesión (artículo 65.3). ¿Puede el artículo 66.2 modificar esto? Como establece este precepto, "si el solicitante no puede presentar copias de los documentos pertinentes, que reúnan las condiciones necesarias para considerarlas como auténticas, la autoridad emisora podrá decidir aceptar otros medios de prueba".

En varios sistemas legales europeos la partición de herencia es considerada un acto necesario para conferir legalmente la propiedad de bienes hereditarios a los herederos. Este acto tiene que ser formalizado en un documento público. Al contrario, también hay otros ordenamientos que no imponen tal requisito y en este caso el certificado europeo de heredero puede dar lugar directamente a su inscripción siempre que reúna los otros posibles requisitos legales exigidos, de un modo no distinto al de los certificados nacionales. El solo hecho de que los bienes formen parte de la lista del certificado, en la mayoría de los casos, no dará lugar a la inscripción registral de la adquisición.

Además, dentro del contexto legal de estos sistemas, una partición de herencia está lejos de ser solamente una formalidad. Representa la fase de reunir requisitos sustantivos de la sucesión. Consideremos una sucesión en la que intervengan menores o personas incapacitadas. En este caso las legislaciones suelen exigir medidas de precaución o la intervención de representantes legales. En un documento de partición de herencia, podemos encontrar la apropiada explicación o justificación de estos importantes requisitos, de los que depende la validez de la sucesión y en esa medida la inscripción registral; sin embargo, la estructura de un documento tipo o formulario como el certificado europeo de heredero no parece tan flexible. El control de este tipo de requisitos está ausente en el contenido regulado por el artículo 68.

4º El respeto al *numerus clausus* de los derechos reales

VAN ERP y AKKERMANS han explicado las principales ideas de la teoría del *numerus clausus* en las legislaciones europeas, según las cuales la aplicación del principio del números difiere de país a país. "el *numerus clausus* es un filtro a través del cual deben pasar las relaciones legales para aplicar la ley del lugar donde los bienes inmuebles están situados..."

"la ley aplicable a los inmuebles es ley imperativa..." "ante todo, el *numerus clausus* limita la autonomía de las partes pero es también una regla "constitucional" aplicable a los inmuebles decide sobre las facultades para crear nuevos derechos reales" 266.

Aunque fueran creados por aplicación de la ley sucesoria debidamente establecida e incluidos en la lista o inventario de bienes y derechos incorporada al certificado como establece el artículo 68 l), estos derechos podría no ser inscritos en el registro de la propiedad relevante si no encajaran en el *numerus clausus* de derechos reales establecido por la legislación del Estado Miembro donde los inmuebles están situados.

De hecho, el considerando 15 destaca que el Reglamento no afectará al numerus clausus de los derechos reales conocidos por la ley nacional de los Estados Miembros y que un Estado miembro no estará obligado a reconocer un derecho real establecido sobre un inmueble situado en ese Estado Miembro si el derecho real en cuestión es desconocido por esa ley.

Así, si el certificado europeo de herederos comprendiera un legado de arrendamiento sobre un inmueble en Alemania, presumiblemente no sería inscrito en ningún registro de la propiedad alemán porque un arrendamiento no está incluido el *numerus clausus* alemán de derechos reales. Por las mismas razones, ni un *trust* inglés podría ser inscrito en el registro de la propiedad español ni un usufructo en registros de países donde este derecho real no existe. Incluso podría suceder que hubiera legislaciones nacionales que admitieran el usufructo pero no del modo en que haya sido constituido; por ejemplo, un usufructo a favor de una persona jurídica por más de 30 años en España, pues la legislación española rechaza el usufructo de estas características por razones de orden público.

Una posible solución para estos casos podría ser invocar el artículo 31 del reglamento 650/2012, también citado en el considerando 16, de modo que aquellas clases de derechos surgidos bajo la ley aplicable a la sucesión, pero desconocidos por la ley aplicable a los inmuebles del Estado miembro donde están situados, hubieran de adaptarse al derecho real más cercano equivalente (*closest equivalent right*) teniendo en cuenta la naturaleza e intereses a que se acomoda por ese particular derecho real y los efectos dimanantes del mismo. La adquisición de bienes inmuebles podría ser inscrita entonces mediante la aportación de los documentos que justificaran que esa adaptación ha sido llevada acabo

1.3.2. EL MISMO TIPO Y LOS MISMOS EFECTOS DE LA REGISTRACIÓN.

La presentación de los documentos no siempre causará una completa inscripción registral de las adquisiciones de bienes inmuebles de modo que bienes o derechos concretos sean registrados a favor de personas determinadas.

Pudiera ser el caso de los sistemas registrales que expresamente admiten esta posibilidad como regla general. Así ocurre en España, donde el certificado europeo de heredero podría dar lugar a la inscripción definitiva de bienes determinados en favor del único heredero (tam-

²⁶⁶ Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law. Van Erp, Sjef (JHM) (Maastricht University). Akkermans, Bram (Maastricht University). Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon. 2012. Ver página 65 y siguientes. Desde la página 72, comentarios sobre los preceptos legales de varias legislaciones europeas que regulan el numerus clausus.

bién en Portugal), pero en el caso de varios herederos se requerirá un documento de partición de herencia a este efecto, es decir, sin partición de herencia el certificado de heredero solamente dará lugar a una registración provisional, una anotación preventiva por cuatro años. Por consiguiente podemos decir que la ley aplicable al registro de la propiedad será la que decida esta cuestión²⁶⁷.

Teniendo en cuenta la finalidad de ciertas inscripciones, hay algunas de ellas que son utilizadas específicamente, como las de las fincas o derechos reales a favor de todos los herederos en régimen de comunidad hereditaria, con distinción de cuotas o sin ellas. Esta modalidad de inscripción está arraigada en algunas de las legislaciones nacionales, aparentemente dirigida a producir efectos que resultan naturales dentro su ámbito nacional o sistema legal. Así, podría no tiene sentido fuera de los mismos.

En Alemania, la inscripción del certificado nacional parece corresponderse con la de una clase precisa de comunidad de bienes llamada en España *comunidad germánica* que está sometida a ciertas reglas que surgen por ministerio de la ley, y los herederos podrán disponer de su cuota sobre los bienes hereditarios relictos pero teniendo en cuenta el efecto de la indisponibilidad de la cuota sobre alguno de los bienes hereditarios en particular (§ 1032 y 2033 BGB)²⁶⁸. La cuestión es que, en el caso de que el certificado europeo de heredero contuviera tal figura legal, ¿cómo podría trasladarse esta comunidad *germánica* a países en los que este tipo de comunidad es desconocida o no está admitida? Probablemente en este caso la solución más sensata no es inscribir el certificado del mismo modo o imitando el Derecho registral alemán, sino de la forma prevista por la ley doméstica para sus certificados nacionales.

Pero el asiento registral practicado podría ser uno provisional o temporalmente limitado porque la etapa de comunidad hereditaria fuera considerada sólo una transición hacia la partición de herencia, a raíz de la cual tendrá lugar otro tipo de inscripciones registrales completas y definitivas. Así, no admitiría la ley hipotecaria española la inscripción indefinida o completa sino una anotación provisional, porque la comunidad de herederos se concibe como una fase de transición.

La ley portuguesa incluye la opción de una inscripción de los derechos sucesorios a favor de los herederos conjuntamente sin una específica cuota en la propiedad.

En otras ocasiones, los certificados nacionales de heredero no dan lugar a inscripción alguna. En Bélgica los actos *mortis causa* no se inscriben. Si la ley aplicable a los inmuebles no prevé ninguna clase de registración, no tendría sentido insistir en hacerla.

Así, las modalidades posibles de registración son diversas, y el certificado europeo de heredero debería ajustarse a la que correspondiera a su naturaleza desde el punto de vista de la *lex rei sitae* o de la ley aplicable al registro de la propiedad.

²⁶⁷ Rodríguez Sánchez José Simeón. *Una introducción al reglamento de sucesiones de la UE desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España*. Colegio de Registradores de la Propiedad de España. Madrid, 2013. Págs. 260 y siguientes.

²⁶⁸ Weber-Grellet, Heinrich. *La comunidad germánica*. 2007 Fundación Registral del Colegio de Registradores de España. Págs. 46 y siguientes.

Lo mismo ocurre con los efectos declarativo o constitutivo de la inscripción, como se reconoce en el considerando 19, que interpreta que debería ser la ley del Estado Miembro en que esté situado el registro determinar si la inscripción tiene, por ejemplo, efecto declarativo o constitutivo. Los efectos de la inscripción deberían ser decididos por la ley aplicable a los bienes inmuebles de los Estados Miembros en que están situadas, la del registro.

El diseño del Certificado muestra sus limitaciones en lo concerniente a los efectos jurídicos. Los documentos legales habituales son un buen terreno para desarrollar las estipulaciones, pero el contenido del certificado europeo de heredero se reduce a una lista taxativa de elementos. En los Países Bajos, los diferentes efectos del tipo de partición —reales o personales— parecen ser relevantes para las adquisiciones mortis causa. Las estipulaciones que pueden desarrollar estos efectos no parecen encajar en el diseño del certificado europeo de heredero. No las acoge el elenco del artículo 68.1) ni otro precepto acerca del contenido del certificado europeo.

I.4. INFORMACIÓN DE REQUISITOS A EFECTOS DE INSCRIPCIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES

Más arriba puede encontrarse una idea sobre los potenciales requisitos de la inscripción registral. Pero en este punto es deseable la mayor transparencia y las más detalladas explicaciones. Como establece el artículo 77, los Estados Miembros deberá facilitar fichas informativas (*fact sheets*) que enumeren todos los documentos y datos habitualmente exigidos para registrar los bienes inmuebles situados en su territorio o derechos sobre los mismos. Los Estados Miembros deberán tener la permanentemente actualizada esta información.

Aunque algunos autores parecen considerar otra cosa (ORTIZ HERRERA)²⁶⁹ en orden a que sea eficaz esta información no se limitará ni debería limitarse a una relación de formalidades, sino constar de explicaciones específicas sobre qué requisitos de todas clases pueden esperarse para lograr la inscripción registral, y esto incluye informaciones sobre las reglas de la ley aplicable a los bienes inmuebles, al menos lo más esencial al respecto. En otras palabras, tener realmente información específica dentro del ámbito del artículo 77 demandaría información detallada y explicaciones de la ley aplicable a los derechos reales inmobiliarios.

I.5. OTRAS HIPÓTESIS SOBRE LA EFICACIA LEGAL DEL CERTIFICADO EUROPEO DE HEREDERO

Hasta aquí se ha interpretado la inscripción registral del certificado europeo de heredero en términos de posibilidad, como un documento europeo idóneo a efectos de inscripción registral del mismo modo y extensión que los certificados nacionales. Sin embargo, ésta podría no ser la única interpretación al respecto. El Instituto Max Planck sugiere que las relaciones

²⁶⁹ Ortiz Herrera, Silvia se refiere simplemente a "formalidades" en su artículo (págs. 22 y 23) "El Reglamento de Sucesiones. Tribunales competentes y ley aplicable. Excepciones al principio general de igualdad de la ley." Instituto de Estudios Europeos. Universidad San Pablo. Documento de Trabajo. Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales. Número 69 / 2013 CEU Ediciones. 2013 Madrid

entre el certificado y la ley aplicable a los inmuebles no parecen totalmente claras a pesar de la exclusión del artículo 1°270, y pudieran propiciar otras opiniones.

Es tentador creer que una herramienta europea, una vez creada, pueda ser aplicada de un modo que supere todo posible inconveniente, incluso obstáculos legales internos o nacionales. Por eso deberíamos poner especial cuidado en posibles hipótesis a favor de una idea maximalista como la registración incondicional del certificado europeo de herederos, que podrían surgir dadas las muy diferentes opiniones que puede existir en Derecho. Desde esta perspectiva, el certificado europeo seria una herramienta privilegiada del derecho europeo que conduciría a la inscripción registral, de tal manera que las objeciones y obstáculos derivados de la ley aplicable a los inmuebles no deberían ser tenidos en cuenta en absoluto a este respecto: su inscripción registral se llevaría acabo con independencia de los requisitos impuestos por el sistema registral al que fuera a acceder.

Así, el certificado europeo de heredero sería objeto de transcripción en los registros de documentos (*deed systems*) y de inscripción en los registros de derechos (*title systems*). Sería considerado un documento apropiado para ser transcrito o archivado en el primer caso y el título inscribible adecuado en el segundo para practicar la inscripción.

Podría entenderse esta posición cuando la función de la registración se limita al depósito de un documento en un archivo público solo para su adecuada conservación y utilización eventual como medio de prueba, siendo su principal efecto la mera oponibilidad. Obviamente, si los objetivos de un sistema registral son sólo la conservación del documento y su eventual utilización de los tribunales si resulta necesario, inscribir el certificado europeo podría ser algo forzado, pero no traumático. No obstante, esta no es la única perspectiva posible. El ámbito de los sistemas registrales nacionales podría ser más amplio y los efectos de la inscripción ir más allá, incluso mucho más allá que la simple conservación del documento, y en la práctica esto es lo que ocurre, y en estos casos la teoría de la registración incondicional podría comportar consecuencias negativas.

Muchas legislaciones europeas confieren a la inscripción registral valor legal y efectos más intensos que la oponibilidad, estableciendo presunciones legales de veracidad y exactitud del contenido de los asientos del registro en cuanto al estado legal de los inmuebles (publicidad positiva) y consiguientemente adoptan criterios más estrictos para la inscripción. Desde luego que es inviable prescindir de los controles legales nacionales si la intención es mantener los principios de la inscripción registral propuestos por RUOFF²⁷¹, es decir, los

²⁷⁰ Entre los Comentarios del Max Planck Institut se hallan los de que la relación de la ley applicable a los inmuebles debería ser aclarada (página 548) así como que debería aclararse que la excepción en favor de la ley aplicable a los inmuebles no afecta a los efectos del certificado europeo de heredero derivados del artículo 42 (uno de los proyectos, el definitivo fue el 69) y que la exclusión de la ley que rige los inmuebles del ámbito del Reglamento debería sin embargo no oscurecer la realidad de que la actual delimitación de la misma con respecto a la ley de la sucesión podría ser verdaderamente difícil (página 559).

²⁷¹ Theodore Ruoff se refirió a las tres principales funciones que debía cumplir el registro de la propiedad (1) *mirror*, espejo, el fiel reflejo de la propiedad inscrita (2) *curtain*, telón, de modo que aquel que quiere averiguar el estado de dominio y cargas de una finca no tenga que buscar más allá de la información que le proporciona el registro y (3) *insurance* o seguridad de que el registro respondería debidamente de los errores que cometiera. Mencionado por Sandra Clarke y Sarah Greer en su obra *Land Law Directions*. 2ª Edición. Oxford University Press 2010.

principios "espejo", "telón" y "seguridad" (*mirror, curtain, insurance*) cuyo cumplimiento es la aspiración de todos los modernos registros de derechos (*title registration systems*).

En mi opinión, posiciones como las más arriba expuestas nos llevan a forcejeos incesantes con el Derecho interno y al absurdo. Estas interpretaciones podrían evolucionar a posiciones también maximalistas cuya lógica llevaría a impulsar masivas reformas en las legislaciones en orden a facilitar la inscripción del certificado de heredero. Las únicas modificaciones que los Estados Miembros deberían afrontar en el ámbito del registro de la propiedad deberían limitarse a asegurar que el certificado europeo tenga el mismo cometido y eficacia que los certificados nacionales e impedir que las autoridades registrales soliciten los certificados nacionales una vez expedido —y presentado a inscripción— el certificado europeo de heredero.

Esto es lo que España ha hecho con ocasión de aprobar la ley de cooperación judicial internacional que modifica el artículo 14 de la ley hipotecaria y, a efectos de acceso al registro, agrega el certificado de heredero al elenco de los títulos inscribibles fundamentales de la sucesión junto con los certificados nacionales. Sin embargo probablemente no hubiera sido necesaria enmienda alguna dado que el certificado europeo de heredero se ajusta a la misma naturaleza y función que los certificados nacionales y sólo cambia el origen (europeo, no nacional).

La opinión a este respecto de RODRÍGUEZ SÁNCHEZ y ALONSO LANDETA²⁷² es que la ley aplicable al registro de la propiedad competente rige las cuestiones registrales y que el Reglamento 650/2012 no parece alterar este principio.

Imaginemos qué sucedería si un legado de arrendamiento tuviera que ser obligatoriamente inscrito en registros de la propiedad alemanes cuando existe una prohibición de infringir el numerus clausus derivada de la ley alemana aplicable a los inmuebles; o una comunidad germánica de herederos cuyos efectos se rigen por la ley alemana, o un trust —el considerando 13 indica que en caso de que se cree un trust en virtud de un testamento o por ley en relación con una sucesión intestada, la ley aplicable a la sucesión determinada con arreglo al presente Reglamento regulará la cesión de los bienes y la determinación de los beneficiarios— tuviera que inscribirse en registros de la propiedad españoles (ni uno ni otro son objeto de regulación por la ley aplicable a los inmuebles). Estos tipos de inscripciones inducirían a confusión y desde el punto de vista de la eficacia legal, quedarían en el vacío. Estas inscripciones no pueden producir efecto alguno porque la ley aplicable nada prevé acerca de ellas

Decididamente, forzar los dominios de la ley aplicable a la propiedad no parece una buena idea. Las interpretaciones maximalistas podrían incluso infringir el tratado de funcionamiento de la Unión Europea. Como establece el artículo 345, los tratados no prejuzgan en modo alguno las normas de los Estados Miembros que regulan la propiedad. Los Reglamentos deberían atenerse al mismo límite que los tratados.

En el ámbito de la propiedad, una vez evitado el riesgo de duplicidad de certificados, las únicas modificaciones relativas a sus legislaciones que los Estados Miembros deberían afrontar habrían de limitarse a garantizar que el certificado europeo heredero tiene el mismo

²⁷² En *Sucesiones Internacionales* (Página 563), ver bibliografía, ambos autores examinan las diferentes cuestiones relativas a la inscripción registral del Certificado europeo de heredero en el sistema español.

cometido y eficacia legal que los certificados nacionales e impedir que las autoridades registrales soliciten los certificados nacionales una vez expedido —y presentado— el certificado de heredero.

I.6. CONCLUSIONES

Estas serían las conclusiones en que se resume esta exposición:

Es razonable suponer que el certificado europeo de heredero tiene los mismos efectos registrales que los certificados nacionales y que su inscripción será aceptada del mismo modo que la de éstos.

Dentro del ámbito de la inscripción registral, si el certificado europeo de heredero ha sido expedido, no deberían requerirse los certificados nacionales para evitar duplicidades, y están completamente justificadas las modificaciones legislativas emprendidas para asegurar que así sea.

La propiedad inmobiliaria no debería verse afectada por la aplicación de la ley sucesoria considerando la excepción del artículo 1.

II. REGISTROS DE LA PROPIEDAD "RELEVANTES"

Al referirnos a "registros de la propiedad relevantes" a efectos de inscripción de bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos, podemos considerar que tal concepto no es amplio sino precisamente ceñido a aquellos registros que tienen por objeto la función registral como función legal protectora de los derechos inscritos; es decir, el ámbito del artículo 69.5 tiene sentido exclusivamente con fines registrales y no para otros.

Los registros *relevantes* por consiguiente serán aquellos que tienen por objeto el dominio y demás derechos reales inmobiliarios y su protección legal, de modo que sean inscritos y surtan efectos de prueba de la titularidad inscrita, en orden a facilitar las transacciones e impedir actos indebidos de disposición por quien no es titular. De hecho, el artículo 69 del Reglamento 650/2012 está dedicado a la protección legal de los derechos que sean objeto del certificado europeo de heredero, por lo cual este argumento tiene a favor no solamente la interpretación literal del art. 69.5 sino también la sistemática y lógica.

Por consiguiente, el ámbito del artículo 69.5 recae íntegramente en materia de inscripción registral así entendida; no todas las organizaciones incluidas en la administración que manejan información territorial pueden considerarse dentro del ámbito de la función registral. No parece que este ámbito comprenda todos los archivos, registros u organizaciones nacionales que desempeñan algún papel en la información territorial ni las instituciones geográficas.

Los registros de la propiedad no son equiparables a otras organizaciones que se ocupan de la información territorial y que sirven a distintas finalidades legales, como los catastros, cuyo cometido es fiscal, a los cuales las legislaciones nacionales no conceden la función de declarar el estado legal del dominio y cargas de los bienes inmuebles. Así, parece adecuado entender por registros relevantes a aquellos que publican oficialmente el estado legal de los inmuebles de conformidad con la ley aplicable a los mismos y se ocupan de la protección le-

gal del título inscrito. En algunos Estados Miembros ciertamente hay organizaciones o agencias fusionadas — merged systems — que se ocupan conjuntamente de las funciones catastral y registral, en este caso podrían — o no— tener reconocido dicha función. De cualquier modo, hay Estados Miembros en los que el catastro y el registro de la propiedad son organizaciones independientes, con algún tipo de interactuación o no e incluso países europeos en los cuales no hay catastro.

Del mismo modo que los Estados Miembros tienen autoridad competente a diferentes funciones y señala cuál es la idónea para ellas (por ejemplo para expedir el certificado europeo de heredero) también tienen organizaciones idóneas a efectos de registración, que resultan ser los registros relevantes dentro del ámbito del artículo 69.5. Obviamente carecería de sentido inscribir el certificado europeo de heredero en registros diferentes de los que ordinariamente tienen por objeto la inscripción de los derechos reales inmobiliarios, y en este sentido seria clarificador elaborar una lista europea de los organismos competentes de los Estados Miembros considerados registros de la propiedad relevantes a este respecto²⁷³.

II.2. REGISTROS DE TESTAMENTOS

El ámbito del artículo 69.5 no se refiere a la inscripción del certificado europeo de heredero en registros de testamentos o similares. El certificado europeo de herdero podría ser el objeto de registros especiales de testamentos llevados por administraciones públicas nacionales distintos de los registros de la propiedad.

Lo mismo ocurre con los registros especiales de certificados de heredero a nivel nacional o europeo.

III. CONFLICTOS ENTRE LA *LEX REI SITAE* Y LA LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN

No deberíamos fingir que no habrá conflictos entre la ley aplicable a los inmuebles y la aplicable a la sucesión, ni tampoco que el funcionamiento del certificado será siempre armónico en sus aspectos registrales desde el primer momento, sino que deberíamos asumir que tendrán lugar conflictos, que deberían ser resueltos de manera proporcionada.

La eficacia de una nueva herramienta como el certificado europeo está en juego, pero también la seguridad jurídica inmobiliaria.

Así, al menos dos potenciales conflictos podrían aparecer.

²⁷³ Probablemente esa lista no sería muy diferente de la confeccionada por la ELRN (*European Land Registry Network*) en su "Descripción de los sistemas registrales europeos". Puede consultarse en la página web de ELRA, http://network.elra.eu/?cat=103

III.1. CONTRADICCIÓN ENTRE LA LISTA DE BIENES HEREDITARIOS DEL CERTIFICADO EUROPEO DE HEREDERO Y LA INFORMACIÓN PROPORCIONADA POR LOS MEDIOS DE PUBLICIDAD REGISTRAL NACIONAL

En el contenido del certificado europeo de heredero puede figurar información sobre los bienes hereditarios (una lista de ellos). El artículo 68.1) del Reglamento prevé que el certificado europeo de heredero contendrá "la parte alícuota correspondiente a cada heredero y, cuando proceda, el inventario de los derechos y/o bienes que corresponden a cada heredero determinado". Por otro lado, de acuerdo con el artículo 66.5 los tribunales o autoridades competentes están autorizados para requerir información de los registros de la propiedad de los Estados Miembros al objeto de expedir el certificado europeo.

La idea parece ser que una vez recogida la información sobre los bienes inmuebles se facilitarán la inscripción, y esto podría ocurrir... o no. Las normas de la del reglamento —artículos 69.5, 68.1), 66.5— no aseguran la inscripción registral por varias razones:

No hay previsto ningún procedimiento para actualizar la información registral. Una vez expedida la información registral sobre los bienes inmuebles de conformidad con el artículo 66.5, podría verse modificada en cuanto al dominio inscrito (por ejemplo como resultado de la inscripción de otro documento) o en cuanto al estado legal de las cargas, sobre las cuales nada se menciona el artículo 68.1) y que bien pudiera condicionar la adquisición. Considerando que la materia registral pertenece al ámbito de la ley aplicable a los inmuebles, los procedimientos para actualizar la información registral debería ser definidos por los Estados Miembros como parte de sus políticas sobre implementación del Reglamento.

En cualquier caso, la información registral en Europa parece desigual. Existen muchas diferencias con relación a: a) formalidades para expedir información ordinario o certificaciones, pues algunos registros imponen formularios o esquemas obligatorios que no pueden ser modificados; b) criterios de búsqueda —por ejemplo la búsqueda por persona encuentra restricciones en varios sistemas registrales—; c) política de protección de datos; y particularmente significativas d) acerca del valor probatorio o no de la información expedida; e) su fiabilidad y f) la responsabilidad por los errores o imprecisiones al expedir la información registral.

Así pues, existe la probabilidad de que la información de la lista de bienes hereditarios difiera de la información oficial de los registros de la propiedad, es decir, hay casos en que no coincidirán. Tal vez el conflicto entre la ley aplicable a los inmuebles y la ley sucesoria comience por la información registral, sobre todo considerando la redacción de otros preceptos del Reglamento. Mientras que el artículo 63.1 prevé que el certificado, como objetivo principal, es para herederos que necesitan invocar su status —lo cual es el propósito indudable de este certificado—, establece el artículo 63.2.b) que "el certificado podrá utilizarse como prueba de la atribución de uno o varios bienes concretos que formen parte de la herencia al heredero o a los herederos o, en su caso, al legatario o a los legatarios mencionados en el certificado.

Por consiguiente, si el estado de dominio y cargas de los inmuebles registral fuera diferente al del certificado, esto podría llevar a una contradicción con la declaración del artículo 63.2 así como a enojosos malentendidos y fricciones con el principio de legitimación del contenido de los asientos registrales (extendido principio hipotecario que significa que se presume legalmente que los pronunciamientos del registro de la propiedad se presumen exactos y válidos). En otras palabras de alguna manera puede decirse que no sería de gran ayuda una interpretación de la norma del Reglamento que llevara a colisionar con lo que en los Estados Miembros se considera evidencia registral. Sería una paradoja imponer una declaración inexacta contra la prueba comúnmente usada para probar el estado legal de la propiedad y las cargas. En el caso de discrepancias, por falta de actualización de la información u otras causas, la información registral nacional debería prevalecer, habida cuenta de la excepción del artículo 1.l). Esta interpretación parece ser la más posible a la luz del considerando 71 según el cual, el valor probatorio del certificado no debe afectar a los elementos que no se rigen por el presente Reglamento, como la determinación de si un bien pertenecía al causante o no.

Por otra parte los artículos 65.3 y 66.2 establecen que la información a efectos del certificado europeo de enero para ser admitida deberá ser auténtica, a menos que las autoridades competentes acepten, caso por caso, otros medios de prueba: algunas clases de información registral carecen de autenticidad y ¿a qué otros medios de prueba distintos de la información registral podría recurrirse con garantías?

III.2. ADQUISICIÓN DEJA DE PERSONA CON FACULTADES PARA DISPONER SEGÚN EL CERTIFICADO

El artículo 69.4 dispone que cuando una persona que figure facultada en el certificado para disponer de bienes de la herencia disponga de los mismos en favor de otra persona, se considerará que esta, si actúa en virtud de la información contenida en el certificado, ha tratado con una persona facultada para disponer de los bienes en cuestión.

Esta es la redacción final tras los sucesivos proyectos del reglamento. Aunque no parece tener el valor de una presunción legal, esta norma de alguna manera podría interferir en los sistemas de adquisición de los derechos reales de las legislaciones nacionales que regulan la transmisión y adquisición de la propiedad dentro de su ámbito.

Debemos insistir en nuestras objeciones por razón de las posibles divergencias entre lo que el certificado declare y el estado de dominio y cargas que resulte del registro de la propiedad. Aunque las autoridades competentes pidan y obtengan información registral en aplicación del artículo 66.5 y dicha información se llevara al contenido del certificado en cumplimiento del artículo 68.1), hay riesgo de discrepancia entre el certificado y la publicidad formal nacional, particularmente al no existir un procedimiento para mantener actualizada la información registrada una vez expedida.

Afortunadamente parece aclarar el considerando 71 que el Reglamento "no debe determinar si dicha adquisición de bienes por una tercera persona es efectiva o no, declaración interpretativa que nos permite suponer que se observarán los efectos de la ley aplicable a los inmuebles".

BIBLIOGRAFÍA

Clarke, Sandra, and Greer Sarah. *Land Law Directions*. 2nd Edition. Oxford University Press 2010.

Iglesias Buigues, José Luis, y Palao Moreno, Guillermo (Directores). *Sucesiones Internacionales. Comments on the Regulation (UE) 650/2012*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2015.

Max Planck Institut for Comparative and International Private Law. Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a The European Certificate of Succession. Max Planck Private Law Research Paper No. 10/2. Hamburgo 2010.

Rodríguez Sánchez, José Simeón. *Una introducción al reglamento de sucesiones de la UE desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España*. Colegio de Registradores de la Propiedad de España. Madrid, 2013.

Van Erp, Sjef (JHM) (Maastricht University). Akkermans, Bram (Maastricht University). *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law.* Hart Publishing. Oxford y Portland (Oregon). 2012.

Normativa estatal y regional



NORMATIVA ESTATAL Y AUTONOMICA

BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO. DISPOSICIONES GENERALES 2015.

JEFATURA DEL ESTADO.-

Acuerdos internacionales.- Instrumento de ratificación del Tercer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de extradición, hecho en Estrasburgo el 10de noviembre de 2010. (BOE. 30-1-15)

Instrumento de ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003. (BOE. 30-1-15) Corrección de errores (BOE. 28-2-2015)

Medidas urgentes.- Real Decreto-ley 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. (BOE.28-2-2015)

Seguridad Social. Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.-Correc. de erratas de la Ley 35/2014 de 26 de diciembre por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. (BOE. 14-3-2015)

Oferta de Empleo Público Extraordinario.- R.D.-Ley 3/2015 por la que se prevé una oferta de empleo Público extraordinaria y adicional para luchar contra el fraude en los servicios públicos párale impulso del funcionamiento de la Administración de Justicia y en aplicación de las medidas previstas en la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (BOE. 23-3-2015)

Formación profesional para el empleo.- R-D-Ley 4/2015, de 22 de marzo para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral (BOE. 23-3-2015).-Correc. de errores (BOE. 16-4-15)

Código Penal.- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. (BOE. 31-3-2015). Correc. de errores (BOE.11-6-15)

Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. (BOE; 31-3-2015)

Seguridad Ciudadana.- Ley Orgánica 4/2015, de 30 de enero, de protección de la seguridad ciudadana. (BOE. 31-3-2015)

Enjuiciamiento criminal. Poder Judicial.- Ley Orgánica 5/2015 de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, para trasponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho de información en los procesos penales. (BOE. 28-4-15)

Víctimas de delitos.- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. (BOE. 28-4-15)

Financiación empresarial.- Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. (BOE. 28-4-15)

Medidas urgentes.- Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.- (BOE. 26-5-15)

Nacionalidad española.- Ley 12/2015 de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España. (BOE. 25-6-15)

Hipotecas. Catastro inmobiliario.- Ley 13/2015 de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004 de 5 de marzo (BOE. 25-6-15)

Jurisdicción voluntaria.- Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria.- (BOE. 3-7-15). Correc. de errores (BOE. 2-9-15)

Administración de Justicia. Registro Civil.- Ley 19/2015 de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.- (BOE. 14-7-15)

Entidades aseguradoras y reaseguradoras.- Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.- (BOE. 15-7-15)

Montes.- Ley 21/2015 de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 42/2003 de 21 de noviembre de Montes. (BOE. 21-7-15)

Auditoría de Cuentas.-Ley 22/2015 de 20 de julio de Auditoría de Cuentas (BOE. 21-7-15)

Poder Judicial.- Ley Orgánica 7/2015 de21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial.- (BOE. 22-7-15)

Inspección de Trabajo y Seguridad Social.- Ley 23/2015 de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.- (BOE. 22-7-15)

Patentes.- Ley 24/2015 de 24 de julio, de Patentes. (BOE. 25-7-15)

Menores. Protección jurídica.- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.- BOE 29-7-15)

Cooperación Jurídica Internacional.- Ley 29/2015 de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. (BOE. 31-7-15) Corrección de errores (BOE. 28-11-15)

Fraude fiscal.- Ley Orgánica 10/2015, de 10 de septiembre, por el que se regula el acceso y publicidad de determinada información contenida en las sentencias dictadas en materia de fraude fiscal (BOE. 11-9-15)

Interrupción voluntaria del embarazo.- Ley Orgánica 11/2015 de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo (BOE. 22-9-15)

Tributos.- Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. (BOE. 22-9-15). Correc. de errores (26-9-15)

Accidentes de circulación.- Ley 35/2015, de 22 de septiembre de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.- (BOE. 23-9-15)

Carreteras.- Ley 37/2015 de 29 de septiembre de carreteras.- (BOE. 30-9-15)

Sector ferroviario.-Ley 38/2015, de 29 de septiembre del sector ferroviario.- (BOE: 30-9-15)

Administraciones públicas.- Procedimiento administrativo.- Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (BOE. 2-10-15)

Sector público.- Régimen jurídico.- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.- (BOE. 2-10-15)

Enjuiciamiento criminal.- Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. (BOE. 6-10-15). Correc. Errores (11-10-15) Corrección de errores (BOE. 28-11-15)

Ley 41/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.- (BOE. 6-10-15)

Enjuiciamiento Civil.- Ley 2 de 5 de octubre de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.- (BOE: 6-10-15)

Código Penal Militar.- Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre del Código Penal Militar. (BOE. 15-10-15)

Sociedades laborales y participadas.- Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas (BOE. 115-10-15)

Presupuestos Generales del Estado.- Ley 48/2015, de 28 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado.- (BOE. 30-10-15)

MINISTERIO DE PRESIDENCIA.-

R.D. 44/2015, de 2 de febrero, por el que se regulan las especificaciones y condiciones para el empleo de Documento Único Electrónico (DUE),para la puesta en marcha de sociedades cooperativas, sociedades civiles, comunidades de bienes, sociedades limitadas laborales y emprendedores de responsabilidad limitada mediante el sistema de tramitación telemática. (BOE.11-2-2015)

Explosivos.- Real Decreto 989/20015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de artículos pirotécnicos y cartuchería.- (BOE 7-11-15)

Subastas judiciales y notariales.- Gestión informatizada.- Real Decreto 1011/2015 de 30 de octubre, por el que se regula el procedimiento para formalizar el sistema de consignaciones en sede electrónica de las cantidades necesarias para tomar parte en las subastas judiciales y notariales.- (BOE. 7-11-15)

MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACION Y MEDIO AMBIENTE.-

Real Decreto 180/2015 de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, aprobado por el Real Decreto2090/2008 de 22 de diciembre. (BOE. (7-4-15)

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACION.-

Acuerdos Internacionales.- Aplicación provisional del Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino de Marruecos relativo al transporte internacional por carretera de viajeros y mercancías y su Protocolo de aplicación, hecho en Rabat el 3 de octubre de 2012. (BOE. 14-4-15)

MINISTERIO DE ECONOMIA Y COMPETITIVIDAD.-

Seguros privados.- R.D. 128/2015, de 27 de febrero, por el que se modifica el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por RD. 2486/1998, de 20 de noviembre en materia de tipo de interés aplicable para el cálculo de la provisión de seguros de vida. (BOE. 28-2-2015)

Entidades aseguradoras y reaseguradoras.-Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras.- (BOE.2-12-15)

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL.-

Seguridad Social. Recaudación.- Resolución de 26 de diciembre de 2014 de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se autoriza la utilización de tarjetas, tanto de debito como de crédito, como medio de pago de las deudas con la Seguridad Social en vía voluntario ingresadas dentro del plazo reglamentario, de las deudas en vía ejecutiva y de las deudas que hayan sido objeto de reclamación de deuda. (BOE. 14-1-15).

Orden ESS/86/2015 de 30 de enero por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía

Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2015. (BOE. 31-1-15)

Empresas de trabajo temporal.- Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal (BOE. 20-6-15)

Seguridad Social. Incapacidad temporal.- Orden ESS/1187/2014 de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. (BOE. 20-6-15)

Seguridad Social.- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.- (BOE. 31-10-15)

Enfermedades profesionales.- Real Decreto 1150/2015, de 18 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen para su notificación y registro. (BOE. 19-12-15)

Seguridad Social. Pensiones.- Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio de 2016. (BOE. 31-12-15)

Salario Mínimo Interprofesional.- Real Decreto 1171/2015, de 29 de diciembre, por el que se fija el Salario Mínimo Interprofesional.- (BOE. 30-12-15)

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.-

Real Decreto 196/2015 de 22 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2015. (BOE. 23-3-2015)

Real Decreto 634/2015 de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre sociedades (BOE. 11-6-15)

Contratos de las Administraciones públicas. Reglamento.- Real Decreto 773/2015 de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. (BOE. 5-9-15)

Información catastral.- Resolución de 26 de octubre de 2015, de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para dar cumplimiento a las obligaciones de suministro de información por los notarios establecidas en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.- (BOE. 30-10-15)

Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. (BOE. 31-10-15)

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre el Valor Añadido.-Orden HAP/2429/2015, de 10 de noviembre, por la que se modifica la orden EHA/3127/2009 de 10 de noviembre, por la que se aprueba el modelo 190 para la declaración del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas sobre rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganan-

cias patrimoniales e imputaciones de renta y la Orden EHA/3111/2009 de 5 de noviembre, por la que se aprueba el modelo 390 de declaración-resumen anual del Impuesto sobre el Valor Añadido.(BOE. 18-11-15)

Orden HAO/2430/2015, de 12 de noviembre por la que se desarrollan para el año 2016, el método de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido. (BOE: 18-11-15)

Días Inhábiles.- Resolución de 3 de noviembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se establece el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2016, a efectos de cómputos de plazo. (BOE. 18-11-15)

Contratación Administrativa.- Orden HAP/2846/2015, de 29 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de contratación del sector público a partir de 1 de enero de 2016. (BOE. 31-12-15)

MINISTERIO DEL INTERIOR.-

Armas de fuego.- Resolución de 27 de marzo de 2015, de la Dirección General de la Guardia Civil, por la que se determinan las medidas de seguridad para guardar las réplicas o reproducciones de armas de fuego antiguas en domicilios particulares.(BOE. 9-4-1)

Resolución de 27 de marzo de 2015, de la Dirección General de la Guardia Civil, por la que se determinan las pruebas de capacitación para la obtención de la autorización especial para el uso de réplica o reproducciones de armas de fuego antiguas. (BOE. 9-4-15)

Procedimientos administrativos. Gestión informatizada.- Resolución de 9 de abril de la Dirección General de Trafico, por la que se crea y regula el Registro de apoderamiento, de sucesiones y de representaciones legales de la Jefatura Central de Tráfico. (BOE. 16-4-15)

Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo.- Real Decreto 413/2015 de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo.- (BOE. 30-5-15)

Documento Nacional de Identidad.- Real Decreto 414/2015, de 29 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1553/2005 de 23 de diciembre por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica. (BOE. 30-5-15)

Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.- Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. (BOE. 31-10-15)

MINISTERIO DE JUSTICIA.-

Emprendedores. Legalización de libros.- Instrucción de 12 de febrero de 2015, de la Dirección de los Registros y del Notariado, sobre legalización de libros de los empresarios en aplicación del artículo 18 de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. (BOE.16-2-2015)

Ministerio Fiscal. Plantilla orgánica.- R.D. 62/2015 de 6 de febrero, por el que se amplia la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para adecuarla a las necesidades existentes. (BOE. 23-2-2015)

Registro General para la Protección de Víctimas de Violencia Doméstica.- Orden JUS/375/2015 de 26 de febrero, por la que se modifica la Orden JUS/242/2009, de 10 de febrero, por la que se aprueban los modelos de remisión al Registro Central para la protección de las Victimas de Violencia de Género de la información que debe inscribirse en el mismo. (BOE. 6-3-2015)

Demarcación notarial.- RD. 140/2015 de 6 de marzo, sobre demarcación notarial. (BOE9-3-2015). Corrección de errores (BOE. 28-3-2015)

Instrucción del 13 de mayo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre remisión de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia. (BOE. 25-5-15)

Nacionalidad Española.- Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.- (BOE. 7-11-15)

Administración de Justicia.- Sistemas telemáticos.- Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema LexNET. (BOE 1-12-15)

Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses.- Real Decreto 1148/2015, de 18 de diciembre por el que se regula la realización de pericias a solicitud de particulares por los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en las reclamaciones extrajudiciales por hechos relativos a la circulación de vehículos a motor. (BOE. 19-12-15)

Víctimas de delitos.- Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. (BOE. 30-12-15)

Organización.- Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de delincuentes Sexuales.- (BOE. 30-12-15)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.-

Registro General.- Acuerdo de 19 de febrero de 2015 de la Presidencia del Tribunal Constitucional, por el que se habilitan, con carácter extraordinario, determinadas fechas y horarios para la presentación en el Registro General del Tribunal del recurso de amparo electoral (BOE.23-2-2015)

Registro General.- Acuerdo de 27 de abril de 2015 de la Presidencia del Tribunal Constitucional, por el que se habilitan con carácter extraordinario, determinadas fechas y horarios para la presentación en el Registro General del Tribunal del recurso de amparo electoral. (BOE. 28-4-15)

Datos de carácter personal.- Acuerdo de 23 de julio del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales.- (BOE. 27-7-15)

BOLETIN OFICIAL DE LA REGION DE MURCIA DISPOSICIONES GENERALES 2015

PRESIDENCIA.-

Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia (BORM. 27-3-15). Corrección de errores (BORM. 16-4-15)

Ley 7/2015, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia (BORM. 27-3-1)

Ley 8/201, de 24 de marzo, de la Actividad Física y el Deporte de la Región de Murcia.-(BORM. 27-3-15)

Ley 9/2015, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2014, de 13 de marzo, de Artesanía de la Región de Murcia (BORM. 27-3-15)

Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia (BORM. 6-4-15)

Ley 14/2015, de 28 de julio de reforma de la Ley 2/1987, de 24 de febrero, Electoral de la Región de Murcia. (BORM. 30-7-15)

Ley 15/2015, de 29 de octubre, de reforma de la Ley 9/2004, de creación de la Empresa Pública Regional Radiotelevisión Española de la Región de Murcia, (BORM. 30-10-15)

Ley 16/2015, de 9 de noviembre, por la que se modifica la ley3/2003 de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia. (BORM. 30-10-15)

Ley 17/2005, de 24 de noviembre, de modificación de la Ley 5/2001, de 5 de diciembre del Personal Estatutario del Servicio Murciano de Salud. (BORM. 26-11-15)

Ley 18/2015, de10 de diciembre, de Medidas de Actualización en el ámbito de la Actividad Investigadora, Científica, Técnica e Innovadora, en el Sector Público Regional (BORM. 1-12-15)

CONSEJO DE GOBIERNO.-

Decreto nº 5/2005 de 30 de enero, por el que se regula el Plan Regional de Rehabilitación y Vivienda.- (BORM. 3-1-15)

Decreto-ley 1/2015, de 6 de agosto, de medidas para reducir la carga tributaria en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y otras de carácter administrativo. (BORM. 7-8-15)

Decreto-ley 2/2015, de 6 de agosto, por el que se modifica la Ley 3/2003, de abril del sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia. (BORM.7-8-15)

Decreto-ley 3/2015, de 7 de octubre, por el que se modifican los requisitos de acceso a la prestación económica de Cuidados en el Entorno Familiar y Apoyo a Cuidadores no profesionales del Sistema de la Dependencia así como la intensidad en su prestación y se regula la acreditación de las Comunidades Hereditarias para reclamar los atrasos devengados y no percibidos por las personas dependientes fallecidas. (BORM. 10-10-15)

Decreto nº 279/2015, de 7 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Tributaria de la Región de Murcia.

CONSEJERIA DE HACIENDA Y ADMINISTRACION PÚBLICA.-

Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, de 22 de diciembre de 2015, por la que se regula la aplicación de la prórroga de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2015, durante el ejercicio 2016. (BORM. 30-12-15)

Revista de Revistas



REVISTA DE REVISTAS

DERECHO ADMINISTRATIVO.-

Los bandazos organizativos de la Lotería Nacional y lo que el Tribunal Constitucional sortea.- Manuel Medina Ortega.- Rev. Dº Administrativo-Civitas. 168/2015. Pág.13

Sobre la interdisciplinariedad en el Derecho Administrativo. Las utilidades de la ciencia política y de la administración para el Derecho Administrativo. Agustí Cerrillo Martínez.-Rev. Do Administrativo-Civitas. 168/2015.- Pág., 25

La protección de la vivienda frente a la potestad administrativa de la ejecución forzosa con entrada domiciliaria.- Mercedes Lafuente Benaches. Rev. Dº Administrativo.- Rev. Derecho Administrativo-Civitas. 168/2015. Pág. 67

El premio de afección en la expropiación forzosa. César Cierco Siera.- Rev. Derecho Administrativo-Civitas. 168/2'15. Pág., 93

Sobre el silencia de antijuricidad en la responsabilidad patrimonial por anulación de acto administrativo.- María Astrid Muñoz Quijosa.- Rev. Derecho Administrativo-Civitas. 168/2015.- Pág. 145

El cómputo de las penas según la Doctrina de Estrasburgo.- Lorenzo Martín-Retortillo Baquer.- Rev. Derecho Administrativo-Civitas. 168/2015. Pág. 169

La prestación de los servicios municipales mínimos en el nuevo artículo 26de la LBRL. La difícil interpretación del precepto fundamental.- Concepción Barrero Rodríguez. Rev. Do Administrativo.- Civitas, 170/2015. Págs. 21

Apogeo y crisis del silencio administrativo positivo.- Xabier Arzoz Santisteban. Revista Derecho Administrativo Civitas, 170/2015. Pág. 53

La europeización de la administración que aplica el derecho de defensa de la competencia ¿Hasta que punto influye el derecho europeo en la configuración de su estructura organizativa en su procedimiento y en el contenido de sus decisiones?- Julia Ortega Bernardo. Rev. Derecho Administrativo Civitas. 170/2015. Pág., 87

Actividad de policía y principio de precaución en la responsabilidad de daños ambientales.- Rev. Derecho Administrativo Civitas 170/2015. Pág., 157

Buen gobierno, ética pública y altos cargos.- Martín Bassols Coma.- Rv. Derecho Administrativo Civitas. 172/2015. Pág. 27

El estado territorial y el título VIII de la Constitución, Unas pinceladas a contracorriente.-Juan Manuel Alegre Ávila.- Rev. Derecho Administrativo Civitas.- 172/2015.Pág., 61

Garantías del derecho ciudadano al buen gobierno y a la buena administración.- Federico A .Castillo Blanco.- Rev. Derecho Administrativo Civitas. 172/2015. Pág., 123

Perspectivas de futuro ante las últimas iniciativas legislativas reguladoras de las obligaciones informativas y de rendición de cuentas en el sector público.- Carmen Fernández Rodríguez.- Rev. Derecho Administrativo Civitas. 172/2015. Pág., 163

La cuestión de nulidad en materia de contratación: infracciones del derecho europeo y refundación de un mecanismo infrautilizado.- Xavier Codina García-Andrade.- Rev. Derecho Administrativo Civitas.- 172/2015. Pág., 195.

DERECHO BANCARIO Y BURSATIL.-

Los conflictos de intereses de los socios con la sociedad en la reforma de la legislación mercantil. Fernando Vives Ruiz. Derecho de D° Bancario. n° 137/2015. Pág., 7

El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos de las juntas generales en las sociedades de capital: las causas de invalidez y los motivos de inimputabilidad. Maite Martínez.-Rev. Dº Bancario. Nº 137/2015. Pág. 63

El sector de las cajas de ahorro tras la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias. Rafael Lacasa García. Rev. Dº Bancario 137/2015. Pág. 115

El nuevo régimen jurídico contable de las fundaciones: fundamental instrumento de transparencia. Elena Leiñena Mendizábal. Rev. D° Bancario nº 137/2015 Pág. 219

El administrador oculto. Isabel Rodríguez Díaz. Rv. Dº Bancario nº 138/2015 Pág. 7

La extensión del estatuto jurídico del administrador a la persona física representante de un administrador persona jurídica en la Ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo.-Rev. Do Bancario 138/2015. Pág. 49

El nuevo régimen europeo de resolución bancaria. Francisco Uría. Rv. Dº Bancario 138/2015. Pág. 107

Las webs corporativas de las sociedades cotizadas como instrumento de comunicación y de ejercicio de los derechos de los socios.- Rafael Rojo Álvarez-Manzanera. Rev. Dº Bancario, 138/2015. Pág. 133

El régimen jurídico de las asociaciones de accionistas. Nuria Fernández Pérez. Rev. Bancario. 139/2015. Pág. 57

El buen gobierno de las fundaciones bancarias.- Margarita Viñuelas Sanz. Rev. Dº Bancario. 139/2015. Pág. 87

DEERECHO CONSTITUCIONAL-

La reforma permanente: el Consejo General del Poder Judicial ala búsqueda de un modelo.- Manuel Gerpe Landín y Miguel Ángel Cabellos.- Rev. D° Constitucional n° 103/2015. Págs. 13-44

Víctimas y disidentes. El"discurso del odio" en EE. Y Europa. Rafael Alcácer Guirao. Rev. Dº Constitucional 103/2015. Págs., 45-86

La moción de censura: ¿constructiva u "obstructiva"?.- Fernando Simón Yarza. Rev. Dº Constitucional. Nº 103. Págs., 87-109

El referéndum de independencia escocés: ¿Evolución o revolución del Derecho Constitucional británico?- Susana Sánchez Ferro.- Rev. Dº Constitucional, 103/2015. Págs., 111-156

Régimen electoral (maquiavélico) y sistema de partidos (con sesgo mayoritario).- Miguel Ángel Fresno Linera.- Rev. D° Constitucional. 104/2015. Págs., 13-48

La insuficiente reforma de la financiación de los partidos: la necesidad de un cambio de modelo. Óscar Sánchez Muñoz. Rev. Dº Constitucional 104/2015.Págs. 49-82

Partidos políticos y "autoridades independientes".- María Salvador Martínez. Rev. Dº Constitucional. 104/2015. Págs., 83-99

La admisibilidad constitucional de un referéndum autonómico con base en la competencia estatutaria sobre consultas populares. María Reyes Pérez Alberdi.- Rev. D° Constitucional 104/2015. Págs., 101-132

Sobre la designación de los magistrados constitucionales; una propuesta de reforma constitucional.- Rev. 105/2015. Germán Fernández Farreres. Rev. Dº Constitucional. 105/2015. Págs., 13-49

Enseñanzas de la crisis financiera para la estabilidad presupuestaria y el control del Sector Público. Carlos Monasterio Escudero.- Rev. Dº Constitucional. 105/2015. Págs., 51-76

Multipartidismo territorial y forma de gobierno parlamentario.- Federico de Montalvo. Rev. Dº Constitucional 105/2015. Págs., 77-104

Las Cortes Constitucionales frente a los derechos "civiles y políticos". Una mirada desde la teoría analítica del Derecho. Rev. Dº Constitucional. 105/2015. Págs., 105-136

DERECHO DE FAMILIA.-

Al menor ante adultos.- Javier Meseguer Martínez.- Rev. Sepin. Familia y Sucesiones. Nº 109, 2014

El secreto de las comunicaciones en el derecho de familia (control parental y valor probatorio de comunicaciones entre integrantes de un núcleo familiar).- José Luis Rodríguez Lainz.- Rev. Derecho Familia. Lex Nova. 65/2014. Pág., 25

Contador partidor: honorarios, provisión y sanción prevista en el artículo 342 de la LEC ante el impago.- Juan José Reyes Gallur.- Rev. Derecho de Familia Lex Nova. Pág. 53

La ejecución forzosa de los pactos patrimoniales del convenio regulador: cuestiones polémicas y soluciones.- Ana Dolores Sánchez López.- Rev. Derecho de Familia Lex Nova.-64/2015. Pág., 25

Presente y futuro de la consideración del interés del mejor en las decisiones judiciales y administrativas.- Julieta Moreno Torres.- Rev. Derecho de Familia Lex Nova. 64/2014. Pág., 89

El abogado de familia ante el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.- María Dolores Azaustre Garrido.- Rev. Derecho de Familia Lex Nova. 66/2015. Pág., 25

Reconocimiento de complacencia e impugnación de la filiación.- Teresa Rodríguez-Cachón.- Rev. Derecho de Familia Lex Nova. 66/2015. Pág., 83

El reconocimiento y ejecución de órdenes europeas de protección en la Ley 23/2014.-José Luis Rodríguez Lainz.- Rev. Derecho de Familia Lex Nova.- 68/2015. Pág. 27

De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea de jurisprudencia actual.- Cristina Guilarte Martín-Calero.- Rev. Derecho de Familia Lex Nova. 68/2015.-Pág., 55

Problemática del pago de Hipoteca y de otras deudas del matrimonio tanto en la fase declarativa como de ejecución.- María Dolores Azaustre Garrido.- Rev. Derecho de Familia Lex Nova. 69/2015.- Pág., 27

Hacia una corresponsabilidad parental: la superación de la distinción entre patria potestad y guarda y custodia.- Belén Ureña Carazo.- Rev. Derecho de Familia 69/2015. Pág. 49

DERECHO LABORAL.-

Novedades en materia de Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015.- Raquel Presa García y José Antonio Panizo.- Rev. Información Laboral 1/2015.- Pág., 45

La nueva situación de "post-ultraactividad" del convenio colectivo: una visión "rupturista" Ángel Blasco Pellicer.- Rev. Información Laboral 2/2015. Pág., 49

El uso de las modalidades contractuales como medida de fomento del empleo juvenil y prolongación de la vida laboral.- Juan Antonio Altés Tárrarga y Elena García Testal.- Rev. Información Laboral.- 2/2015. Pág., 67

La acumulación de acciones: el despido objetivo por causas económicas y la resolución del contrato por retraso o impago del salario.- Luisa Vicedo Cañada.- Rev. Información Laboral.- 3/2015. Pág., 55

El cada vez más amplio papel que las ETT desempeñan en la formación profesional de los trabajadores más jóvenes.- Alejandra Selma Penalva.- Rev. Información Laboral.- 3/2015. Pág., 81

La renta activa de inserción para las víctimas de violencia de género.- José Antonio del Olmo del Olmo.- Rev. de Información Laboral. 4/2015. Pág., 49

La comisión paritaria en el modelo legal de negociación colectiva.- Farah Amaadachou Kaddur.- Rev. Información Laboral 4/2015. Pág., 67

Las recaídas versus recidivas en la incapacidad temporal. Criterios jurídicos.- José Miguel Alcántara y Colón.- Rev. Información laboral 5/2015.-Pág., 53

La incidencia de las últimas reformas en materia de dependencia ¿sostenibilidad o destrucción del sistema?- Manuela Durán Bernardino.- Rev. Información laboral.- Pág., 65

La elasticidad jurisprudencial de catorce palabras. Algunas consideraciones sobre el accidente "in itinere".- Gabriela Rizzo Lorenzo, Rey, Información Laboral.- 6/2015.- Pág., 47

La garantía juvenil.- Pilar Palomino Sabrina.-Rev. Información Laboral 6/2015. Pág., 61

Los beneficiarios de la prestación por cese de actividad a partir de la Ley 35/2015, de 26 de diciembre.- José Francisco Blasco Lahoz.- Rev. Información Laboral, 7/2015. Pág., 49

El acoso sexual y su proyección en las relaciones laborales, José Sánchez Pérez.- Rev. Información Laboral 8/2015.- Pág., 55

Aspectos laborales de las Stoks options: puntos críticos.- Igual Ángel Buján Brunet.- Rev. Información Laboral.- 8/2015. Pág., 75

E. teletrabajo en el derecho de la OIT.- Tatsiana Ushakova.- Rev. Información laboral.- 9/2015.- Pág., 55

Análisis sistemático de la nueva Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.- Pablo Martínez-Botella.- Rev. Información laboral 10/2015.- Pág., 45

La jubilación de los trabajadores a tiempo parcial: vicisitudes de una ordenación en la línea roja de la protección social. Consideraciones críticas y propuestas de mejora.- Marina Fernández Ramírez.- Rev. Información Laboral 11/2015.- Pág., 19

El modelo español de formación profesional dual.- Antonio Costa Reyes.- Rev. Justicia Social, 1/2015. Pág., 13

La identificación entre contrato de trabajo y trabajo en los orígenes y el la actualidad del derecho italiano.- Antonio Laffredo.- Rev. Justicia Social 1/2015. Pág., 39

El uso de Facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos. Julen Llorens Espada.- Rev. Justicia Social 1/2015. Pág., 53

Lagunas de cobertura del sistema español de Seguridad Social y la necesaria reordenación del nivel no contributivo.- María Belén García Romero.- Rev. Justicia Social 1/2015. Pág., 67

Reflexiones en torno a los requisitos de acceso a la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos (tras la aprobación de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre).- Eduardo Enrique Talens Visconti.- Rev. Justicia Social 1/2015.- Pág., 99

Los derechos fundamentales de los trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.- Giovanni Orlandini.-Rev. Justicia Social 2/2015.- Pág., 57

La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional español: auge y declive de la función de tutela.- Antonio Baylos Grau.- Rev. Justicia Social.- 2/2015.- Pág., 17

El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales.- María Amparo Ballester Pastor.- Rev. Justicia Social.-2/2015.- Pág., 31

La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- Jaime Cabeza Pereira.- Rev. Justicia Social 2/2015.- Pág., 79

La situación del Estado Español en relación al emplimiento de la Carta Social Europea.-María Belén Cardona Rubert.- Rev. Justicia Social 2/2015.Pág., 103

La eficacia de la protección antidiscriminatoria por origen racial ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- Belén Fernández Decampo.- Rev. Justicia Social 2/2015.- Pág., 195

La tutela del embarazo en la jurisprudencia constitucional y de la Unión Europea, María Fernández Prieto.- Rev. Justicia Social.- 2/2015. Pág., 209

Crisis de deuda, rescates y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de los trabajadores.- Nora María Martínez Yáñez.- Rev. Justicia Social.- 2/2015.- Pág., 223

Un nuevo modelo democrático de relaciones laborales.- Antonio Baylos Grau.- Rev. Justicia Social.- 3/2015.- Pág. 13

La responsabilidad civil por daños en el acoso laboral.- Gemma Fábregat Monfort.-Rev. Justicia Social.- 3/2015.- Pág., 55

¿Favorece el emprendimiento femenino el vigente régimen jurídico de la protección por maternidad biológica?..- María del Carmen López Aniorte y María Monserrate Rodríguez Egío.- Rev. Justicia Social, 3/2015.- Pág., 75

La demandada y ausente transparencia española.- Emilia Castellano Burguillo.- Rev. Justicia Social 3/2015. Pág., 97

El irresistible ascenso de la licencia para despedir.- Umberto Romagnoli.- Rev. Justicia Social 5/2015.- Pág., 13

La ultraactividad del convenio en el nuevo sistema de negociación colectiva: hacia la pérdida de las señas de identidad del Derecho del Trabajo.- Borja Suárez Corujo. Rev. Justicia Social 34/2015. Pág., 25

Las cláusulas de delimitación funcional inclusivas de las empresas multiservicios en convenios sectoriales.- Amparo Esteve Segarra.- Rev. Justicia Social 4/2015. Pág., 39

La vulneración del derecho a la intimidad por delatores, detectives privados y medios tecnológicos. Daniel Toscani Giménez.- Rev. Justicia Social. 4/2015. Pág., 55

El reformado sistema de dependencia.- Juan Antonio Maldonado Molina.- Rev. Justicia Social 4/2015.- Pág., 79

La construcción judicial del despido tácito.- Raquel Poquet Catalá.- Rev. Justicia Social 4/2015. Pág., 107

DERECHO PENAL Y PROCESAL.-

Contribución de la neurociencia en el de3recho penal. A propósito del Síndrome de Medea en el "caso Bretón". Culpabilidad o imputabilidad? - Custodia Jimenez Martínez. Rev. Derecho y Proceso Penal. Aranzadi. 37/2015. -

La tutela cautelar patrimonial en la jurisdicción penal.- José Portal Manrubia.- Re3v. Derecho y proceso penal. Aranzadi. 37/2015. Pág., 23

Sherlock Holmes en el centro de trabajo. Las investigaciones internas empresariales.-Ana María Neira Pena.- Rev. Derecho y Proceso Penal. Aranzadi. 37/2015. Pág., 49

La acción popular: pasado, presente y futuro de una institución controvertida.- Gonzalo Quintero Olivares. Rev. Derecho y Proceso Penal. Aranzadi. 37/2015. Pág., 93

Análisis del nuevo estatuto de la víctima del delito. Retos y oportunidades.- Manuel José García Rodríguez.- Rev. Derecho y Proceso Penal. Aranzadi. 38/2015.- Pág., 23

El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas de la Unión Europea: la Directiva 2011/99, el Reglamento 606/2013, y su respectiva incorporación a los ordenamientos español y alemán.- Monserrat de Hoyos Sancho.- Rev. Derecho y Proceso Penal Aranzadi. 38/2015. Pág., 63

Problemática de los delitos de peligro abstracto, especial consideración de los delitos contra el medio ambiente.- María del Mar Rodríguez Medina.- Rev. Derecho y Proceso Penal Aranzadi. 38/2015. Pág., 109

La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código Penal de 2015.- Jaime Goyena Huerta. Rev. Derecho y Proceso Penal, Aranzadi. 38/2015. Pág., 179

La clasificación en grados, análisis crítico de la normativa penitenciaria...- Salvador Cutiño Raya.- Rev. Derecho y Proceso Penal. Aranzadi, 38/2015. Pág., 201

Recompensas y beneficios penitenciarios: dos instrumentos distintos de estimular al condenado a una pena privativa de libertad.- Manuel Gallego Díaz.- Rev. Derecho y Proceso Penal. Aranzadi. 38/2015. Pág., 241.

