

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Mala fe, abuso de derecho y relaciones familiares

Bad faith, abuse of right and familiar relations

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular
Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La mala fe se identifica con el dolo entendido este como acto consciente e intencional que requiere la voluntariedad y la antijuridicidad de la conducta. En derecho de familia, concretamente en cuestiones de infidelidad se entiende que la conducta del cónyuge infiel pese a la existencia de hijos fruto de dicha relación no es dolosa y no cabe aplicar el artículo 1902 del Código Civil. Aunque no se duda del carácter de obligación contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que cada cónyuge viene obligado a cumplir.

ABSTRACT: *Bad faith is known and understood as a conscious and intentional act of fraud that involves wilful intent and unlawful conduct. In family law, particularly in matters of infidelity, it is understood that the unfaithful behaviour of the spouse, despite the existence of children as a result of this relationship, is not fraudulent, and the law art. 1902 CC cannot be applied. Although there is no doubt about the nature of the contractual obligation, which has its origin in the marriage contract and that each spouse is obliged to comply to.*

PALABRAS CLAVE: Mala fe. Relaciones familiares.

KEY WORDS: *Bad faith. Familiar relations.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CRITERIOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA MALA FE EN GENERAL.—III. CALIFICACIÓN DE LA MALA FE.—IV. MALA FE: MAQUINACIÓN PARA BURLAR LOS EFECTOS

INDICADOS POR EL CONTRATO.—V. APUNTES SOBRE LA MALA FE Y EL ABUSO DEL DERECHO EN DERECHO DE FAMILIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA: A) MALA FE, MATRIMONIO E INFIDELIDAD CONYUGAL. B) MALA FE, RUPTURA MATRIMONIAL Y RELACIONES PATERNO-FILIALES. C) ABUSO DEL DERECHO, RUPTURA MATRIMONIAL Y VIVIENDA HABITUAL.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (del TEDH, TC, TS, AP) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN¹

Hay un gran número de decisiones judiciales que se aproximan al problema del abuso del derecho y la mala fe en algunas cuestiones de Derecho de Familia y concretamente en el ámbito de las relaciones paterno-filiales.

Recordemos que el artículo 7.1 del Código Civil contiene la teoría de que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Como es sabido, este precepto se enmarca dentro del Título Preliminar del Código Civil, y, concretamente, dentro del capítulo en el cual se recoge la *eficacia general de las normas jurídicas*, y donde se establecen los *principios generales del Derecho o informadores* que han de presidir el ejercicio de los derechos.

La buena fe es el principio básico que debe regir las relaciones entre las partes de un negocio jurídico y que se configura como el *elemento básico de la obligación*. Así, el artículo 1258 del Código Civil impone a las partes el cumplimiento, no solo de lo pactado, sino de aquellas otras consecuencias que sean *conformes a la buena fe, al uso y a la ley*.

A su vez, el artículo 7.1 del Código Civil es un precepto de *ius cogens*, que informa todo el ordenamiento jurídico, y consiguientemente impone al juzgador la necesidad de realizar una interpretación de las acciones si están basadas en la buena fe. De manera que si se puede considerar por las circunstancias concurrentes y se acredita en la fase probatoria que existe *mala fe* en la actuación de una de las partes, *habrá que aplicar el artículo 7.2 del Código Civil, que permite la adopción de las medidas judiciales que impidan la persistencia del abuso*.

II. CRITERIOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA MALA FE EN GENERAL

La doctrina y la jurisprudencia consideran que la mala fe va más allá de la mera conducta desleal realizada para la obtención de un beneficio, y lo identifican con el dolo, entendido este como acto consciente e intencional que requiere la voluntariedad y la antijuridicidad de la conducta, aunque no exija de modo necesario el ánimo de lucrarse.

Desde la STS de 25 de octubre de 1928, se reitera que el dolo, determinante en la celebración del negocio jurídico, cuyo elemento objetivo es un comportamiento engañoso informado por el ánimo de lograr la declaración mediante el artificio utilizado. Lo concibe el artículo 1269 del Código Civil en términos de gran generalidad, en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes induciendo a otro a celebrar un contrato.

El artículo 1269 del Código Civil se refiere al *dolo como vicio del consentimiento contractual*, comprensivo no solo de la insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante sino también la reticencia dolosa del que

calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe. Se exige la concurrencia de dos *requisitos*²:

1. El empleo de maquinaciones engañosas, conducta insidiosa del agente que puede consistir tanto en una actuación positiva como en una abstención u omisión, y
2. La inducción que tal comportamiento ejerce sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado.

En este sentido se pronuncia unánimemente la jurisprudencia, habiendo declarado que *el dolo no se presume y debe ser acreditado por quien lo alega*, no pudiendo admitirlo por meras conjeturas o deducciones, y aunque el Código Civil no dice que se entiende por él ni cuáles son las características de la conducta dolosa, los *requisitos* comúnmente exigidos por la doctrina científica son los siguientes:

- a) Una conducta insidiosa, intencionada o dirigida a provocar la declaración negocial, utilizando para ello las palabras o maquinaciones adecuadas.
- b) Que la voluntad del declarante quede viciada por haberse emitido sin la natural libertad y conocimiento a causa del engaño, coacción u otra insidiosa influencia.
- c) Que dicha conducta sea determinante de la declaración.
- d) Que sea grave si se trata de anular el contrato.
- e) Que no haya sido causado por un tercero, ni empleado por las dos partes contratantes.

Para que la *intimidación* pueda provocar la invalidación de lo convenido, es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo, induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses. Consiste en la amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales que concurran en el sujeto intimidado y no un temor leve. También debe de haber un nexo de causalidad entre la amenaza y el consentimiento otorgado.

III. CALIFICACIÓN DE LA MALA FE

Es sabido, que para la determinación de buena o mala fe que constituye una cuestión de hecho, debe ser apreciada por el juzgador de instancia.

La STS de 25 de febrero de 2013 expresa que «la constatación y calificación de la mala fe de los comportamientos implicados se realiza de forma lógica y precisa por ambas instancias que aprecian un claro propósito de vulnerar el principio general de buena fe contractual en su proyección de rectitud y honradez en los tratos celebrados y en la manera consecuente de proceder en su celebración, interpretación y ejecución o cumplimiento; pues difícilmente puede calificarse de otro modo la conducta de los que plenamente conscientes de la cesión de contrato formalizada, notificada, reconocida y expresada en los contratos en liza, celebren un contrato en daño de tercero, a través de un posterior contrato de compraventa, propiciando directamente la resolución de la cesión operada a los

únicos efectos, de repartirse el margen de beneficio que los cedentes del contrato debían de percibir tras operarse la citada cesión»³.

IV. MALA FE: MAQUINACIÓN PARA BURLAR LOS EFECTOS INDICADOS POR EL CONTRATO

Para la doctrina científica y la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS de 21 de abril de 1964 y, la más reciente, de 10 de julio de 2012⁴), la regla o principio general de la libertad contractual, que preside nuestro artículo 1255 del Código Civil, permite la posibilidad de que las partes puedan configurar su relación negocial sin la necesidad de ajustarse a los tipos pre establecidos por la ley y, a la vez, la posibilidad de modificar o sustituir la disciplina correspondiente a un determinado tipo de contrato; todo ello de conformidad con los concretos intereses negociales que, en cada caso, las partes quieran articular por medio de su relación negocial.

La *autonomía privada* se extiende a la facultad de configurar una *modificación contractual ya en orden a una unidad contractual, o bien, en relación a un marco complejo de contratos*, estableciéndose su correspondiente relación causal o interrelación entre los mismos.

En este contexto la alteración o adecuación de la regla de la eficacia relativa de los contratos (eficacia *inter partes: res inter alios acta*), consagrada en el primer párrafo del artículo 1257 del Código Civil, no representa un obstáculo para la interpretación normal y no excepcional, tanto de figuras inicialmente previstas, caso del contrato en favor de tercero, como para negocios atípicos, como el de cesión de contrato; en la medida en que mediante su realización se dé cauce a intereses legítimos y merecedores de tutela, de forma que estas figuras no deben presentar otros límites que los que generalmente se deriven del control social de la autonomía privada en materia contractual.

No obstante, la señalada atipicidad de la figura de la *cesión de contrato* requiere de una necesaria concreción y diferenciación de otras figuras próximas en el tratamiento de su peculiar eficacia y estructura negocial, caso del ya citado contrato en favor de tercero⁵.

V. APUNTES SOBRE LA MALA FE Y EL ABUSO DEL DERECHO EN DERECHO DE FAMILIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

A) MALA FE, MATRIMONIO E INFIDELIDAD CONYUGAL

Con anterioridad a la modificación del Código Civil de 2005 donde se descausalizó la ruptura matrimonial, era frecuente la alegación de *la mala fe en una de las partes y el incumplimiento de deberes conyugales* y no solo para la obtención de la separación matrimonial. La jurisprudencia de las Audiencias constata la desaparición del afecto marital entre los cónyuges ya que el demandado⁶, que se opone a la separación, advierte que su esposa actúa de mala fe en sus relaciones familiares e infringe los deberes conyugales del matrimonio. Tras decretarse en primera instancia la separación matrimonial con la consiguiente regulación de los efectos personales y patrimoniales que supone la ruptura matrimonial, el marido apela ante la Audiencia alegando que se «*declare no haber lugar a la separación entre los esposos por falta de causas y puesto que no se han incumplido los deberes conyugales*».

No olvidemos que tanto la STC de 15 de noviembre de 1990⁷, como la STS de 20 de febrero de 1997⁸ afirman que la fidelidad es un deber que nace *ope legis* del propio vínculo matrimonial y de la propia esencia del matrimonio, basado en el *consentimiento* de los contrayentes.

Las primeras sentencias eran reacias a aplicar el artículo 1902 del Código Civil, centradas en la infracción del deber de fidelidad con el plus añadido de existencia de hijos extramatrimoniales. Así la STS de 22 de julio de 1999⁹, pese a concretar que la cónyuge había sido infiel y el hijo no era del cónyuge, entiende que su *conducta no fue dolosa* y por tanto no cabe aplicar el artículo 1902 del Código Civil¹⁰.

La STS de 30 de julio de 1999¹¹ va más allá en sus afirmaciones al indicar que «la fidelidad conyugal es una *obligación contractual*, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que cada cónyuge viene obligado a cumplir» (FJ 2.º).

Según esta STS de 1999, el legislador ha elevado a la categoría de derecho positivo, el criterio moral y social de la fidelidad¹², pero no le otorga la posibilidad de indemnizar por el incumplimiento contractual en base a que «no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar»¹³. Pero realiza esta afirmación teniendo en cuenta que «es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82, pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos».

No obstante, es obvio que el deber de fidelidad se diferencia de los derechos de crédito, como también dice la sentencia, por la existencia preeminente del *elemento ético de manera que la conducta debida* —derivada de la obligación del contrato matrimonial— no posibilitaría ni un cumplimiento forzoso específico, ni un cumplimiento forzoso equivalente a expensas del patrimonio del cónyuge incumplidor.

La infidelidad, en sí misma, constituye un acto intencional. Sin embargo, se exige un *plus* adicional en el comportamiento, el cual viene referido a la conducta de la esposa respecto de la paternidad del hijo (o hijos), teniendo en cuenta que la mera ocultación consciente supone un engaño. También supone un engaño la mera actuación sin prever las consecuencias —posible nacimiento de un hijo, como fruto de esas relaciones extramatrimoniales—. Esta actuación, en sí misma, ya es negligente.

En relación con otros deberes conyugales como los de ayuda y socorro mutuos entre ambos cónyuges (arts. 67 y 68) de orden ético y afectivo, son deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna sino (anteriormente a la Ley de 2005) como causa de separación, divorcio y desheredación»...¹⁴

A partir de la sentencia dictada por la SAP, de 2 de noviembre de 2004¹⁵, la doctrina jurisprudencial experimenta una evolución en relación con los planteamientos iniciales ya comentados. Se va abriendo la vía al resarcimiento de daños en virtud de la aplicación del artículo 1902 del Código Civil. Sentencia que consideró que la infidelidad no era indemnizable, pero afirmó que, si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de *causar daño, como en el supuesto del engaño al marido en relación con su no paternidad, sí puede haber lugar al resarcimiento del daño causado*. El incumplimiento del deber de fidelidad se configura como medio a través del cual se lesiona un interés digno de protección, cual es la integridad moral del esposo.

ROMERO COLOMA constata que «para que el daño moral sea indemnizable tras la infidelidad, se exige *el dolo de la esposa en la ocultación de la verdadera paternidad del hijo*, la mala fe en relación con su esposo, o ex esposo. Se trata de un planteamiento que choca con la dicción del artículo que se aplica, el 1902 del Código Civil, pero se ha entendido de esta forma en sede de Derecho de Familia, quizás con el objetivo de evitar —o disminuir— la litigiosidad»¹⁶.

Problema que ahora no existe tras el cambio de la Ley de 2005, donde se ha descausalizado la ruptura matrimonial.

No obstante, se ha detectado un aumento progresivo de los acuerdos pre-matrimoniales que delimitan todas las cuestiones relativas a las obligaciones o deberes conyugales (convenios expresos o inclusive tácitos)¹⁷. Incluso hay autores que mantienen la debilitación del deber de fidelidad matrimonial en la actualidad¹⁸. Y otros que tras apuntar la jurisprudencia contraria a la aprobación de la pretensión indemnizatoria del marido engañado ponen de relieve el precio de la infidelidad¹⁹.

Las SSAP de León, de 2 de enero de 2007²⁰, y de Barcelona, de 16 de enero de 2007²¹, que se limitan a reproducir en el mismo sentido que la anteriormente expuesta STS de 30 de julio de 1999, en sus Fundamentos Jurídicos que «el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil es merecedor de un innegable reproche ético-social (...) es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82, pero *sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos*».

B) MALA FE, RUPTURA MATRIMONIAL Y RELACIONES PATERNO-FILIALES

Otro ámbito donde el *abuso del derecho* ha sido un recurso a utilizar se encuentra en los acuerdos relativos a las relaciones paterno-filiales tras la ruptura matrimonial. Generalmente el tema de disputa se centra en la guarda y custodia de los hijos menores (ya sea en los primeros acuerdos del convenio o en la solicitud posterior de una modificación de medidas). Donde lo que menos prima es el interés de los menores y donde se puede comprobar la *mala fe y enfoque sesgado de la situación por las partes*²².

Mala fe existente en las relaciones paterno-filiales incluso desde el momento del reconocimiento de la paternidad como es el caso de la SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 28 de febrero de 2006²³, donde la madre ha negado la paternidad del actor respecto a su hijo cuando la prueba biológica ha acreditado lo contrario.

C) ABUSO DEL DERECHO, RUPTURA MATRIMONIAL Y VIVIENDA HABITUAL

Tras pactarse en el convenio regulador de separación el otorgamiento de la ocupación de la vivienda familiar en favor de la esposa, esta no tiene que abonar cantidad alguna al exesposo por la utilización de la misma, ya que su uso estuvo fundamentado en la propia decisión de las partes, *sin que se acredite causa abusiva o de mala fe por parte de la actora en la ocupación de la vivienda*, y sin manifestación contraria en el convenio del divorcio, ni oposición posterior de la contraparte, cuyos propios actos revelan la falta de interés en la pretensión del uso del inmueble²⁴.

También se produce un abuso de derecho y mala fe en el supuesto en el que tras atribuirse judicialmente a la esposa separada el uso de la vivienda familiar, se constata la *mala fe del adjudicatario*, conocedor del gravamen que pesaba sobre la finca, ya que se anotó registralmente la carga con posterioridad a la adquisición del inmueble por un tercero en pública subasta²⁵.

VI. CONCLUSIONES

I. El artículo 7.1 del Código Civil contiene la teoría de que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, precepto que se enmarca dentro del Título Preliminar del Código Civil, y, concretamente, dentro del capítulo donde se establecen los *principios generales del Derecho o informadores* que han de presidir el ejercicio de los derechos.

II. Si se acredita que existe mala fe en la actuación de una de las partes, habrá que aplicar el artículo 7.2 del Código Civil, que permite la adopción de las medidas judiciales que impidan la persistencia del abuso. La determinación de mala fe que constituye una cuestión de hecho, debe ser apreciada por el juzgador de instancia.

III. Con anterioridad a la modificación del Código Civil de 2005 que descausalizó la ruptura matrimonial, era frecuente la alegación de la mala fe en una de las partes y el incumplimiento de deberes conyugales para la obtención de la separación matrimonial. La jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene que la fidelidad es un deber que nace *ope legis* del propio vínculo matrimonial, y de la propia esencia del matrimonio, basado en el *consentimiento* de los contrayentes. También afirma que si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el supuesto del engaño al marido en relación con su no paternidad, sí puede haber lugar al resarcimiento del daño causado.

IV. El *abuso del derecho* ha sido un recurso a utilizar que se encuentra en los acuerdos relativos a las relaciones paterno-familiares tras la ruptura matrimonial: donde menos prima el interés de los menores es en relación con su guarda y custodia (ya sea en los primeros acuerdos del convenio o en la solicitud posterior de una modificación de medidas), y sí existe mala fe y enfoque sesgado de la situación por las partes.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA, Ángel: «El precio de la infidelidad», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 666/2005, Parte Tribuna, 2005, edición electrónica (<http://www.westlaw.es>).

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción», en *Diario La Ley*, núm. 7646, año XXXII, 7 de junio de 2011. Ref. D-234, Editorial LA LEY.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (a propósito de la STS de 14 de julio de 2010)», en *Diario La Ley*, núm. 7582, Sección Doctrina, de 4 de marzo de 2011, año XXXII. Ref. D-97, Editorial LA LEY. LA LEY 1671/2011.

SANCHO VILLARREAL: «El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción», en *Revista de Derecho de familia*, núm. 11, abril de 2001, pág. 77 y sigs.

VARGAS ARAVENA, David: «De la responsabilidad civil de los terceros por su interferencia en el incumplimiento de los deberes conyugales» en *Daños civiles en el matrimonio*, edición núm. 1, Editorial LA LEY, Madrid, octubre de 2009. LA LEY 7407/2011.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (del TEDH, TC, TS, AP) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STC, Pleno, 184/1990, de 15 de noviembre de 1990, recurso 1419/1988. Ponente: Jesús LEGUINA VILLA. Número de sentencia: 184/1990. Número de recurso 1419/1988. La Ley 1511-JF/0000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de febrero de 1997, recurso 758/1993. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso 758/1993. La Ley 2255/1997.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 1999, recurso 12/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Número de recurso 12/1995. La Ley 11277/1999.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de julio de 1999, recurso 190/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Número de recurso 190/1995. La Ley 11101/1999.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 4 de diciembre de 2000, recurso 3181/1995. Ponente: Antonio ROMERO LORENZO. Número de sentencia: 1103/2000. Número de recurso 3181/1995. La Ley 3127/2001.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de julio de 2012, recurso 109/2010. Ponente: Francisco JAVIER ORDUÑA MORENO. Número de sentencia: 428/2012. La Ley 151678/2012.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 25 de febrero de 2013, recurso 994/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Número de sentencia: 58/2013. La Ley 148674/2013.
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 27 de mayo de 1999, recurso 915/1998. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. La Ley 86170/1999.
- SAP de Segovia, de 30 de septiembre de 2003, recurso 237/2003. Ponente: Pilar ÁLVAREZ OLALLA. Número de sentencia: 186/2003. La Ley 151419/2003.
- SAP de Valencia, Sección 7.^a, de 2 de noviembre de 2004, recurso 594/2004. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA. Número de sentencia: 597/2004. Número de recurso 594/2004. La Ley 59/2005.
- SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 28 de febrero de 2006, recurso 535/2005. Ponente: Francisco CARRILLO VINADER. Número de sentencia: 96/2006. Número de recurso: 535/2005. La Ley 55530/2006.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de noviembre de 2006, recurso 268/2006. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 643/2006. Número de recurso 268/2006. La Ley 237025/2006.
- SAP de León, Sección 2.^a, de 2 de enero de 2007, recurso 304/2006. Ponente: Alberto Francisco ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. Número de sentencia: 1/2007. Número de recurso 304/2006. La Ley 1789/2007.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de enero de 2007, recurso 430/2006. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. Número de sentencia: 27/2007. Número de recurso 430/2006. La Ley 154841/2007.
- SAP de Córdoba, Sección 2.^a, de 18 de diciembre de 2012, recurso 399/2012. Ponente: José María MORILLO-VELARDE PÉREZ. Número de sentencia: 325/2012. La Ley 229205/2012.

IX. LEGISLACIÓN CITADA

CC: 7,1.^o y 2.^o; 1. 258, 1269.

NOTAS

¹ Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la profesora doctora doña Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM, «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

² Su prueba incumbe a quien alega el vicio del consentimiento. El Tribunal de instancia deberá apreciarlo en su aspecto externo, aunque el dolo en su aspecto interno, subjetivo o ánimo de perjudicar es cuestión de derecho que puede ser revisada en casación.

³ STS, Sala Primera de lo Civil, de 25 de febrero de 2013, recurso 994/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Número de sentencia: 58/2013. La ley 148674/2013.

⁴ STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de julio de 2012, recurso 109/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Número de sentencia: 428/2012. La Ley 151678/2012.

⁵ En este sentido debe puntualizarse que la configuración básica de la cesión de contrato atiende a tres criterios, principalmente.

En primer lugar, en atención a su función económica y social y a la causa eficiente o concreta el objetivo pretendido, la base del negocio de la cesión de contrato se proyecta sobre el propósito común de las partes de transmitir al cesionario el contenido contractual de la relación negocial del cedente a los efectos de subrogarle en su misma posición contractual, de forma unitaria e íntegra, en el entramado de derechos y obligaciones dimanantes del contrato cedido.

En segundo lugar, el objeto de la cesión de contrato se limita al estricto contenido contractual dispuesto en el contrato cedido, sin alcanzar su propia ejecución o cumplimiento, de manera que no se atribuye al cesionario, de forma directa, un derecho subjetivo de exigir las prestaciones contractuales, ni tampoco se articula la transmisión de un derecho de crédito previamente adquirido.

En tercer lugar, por aplicación de la regla de la eficacia relativa de los contratos, requiere del consentimiento del promitente cedido, cuestión que puede venir causalizada en el mismo contrato cedido, o realizarse posteriormente mediante el correspondiente negocio de aceptación de la cesión de contrato proyectada.

⁶ Vid., por ejemplo, la SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 27 de mayo de 1999, recurso 915/1998. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. La Ley 86170/1999.

⁷ STC, Pleno 184/1990, de 15 de noviembre de 1990, recurso 1419/1988. Ponente: Jesús LEGUINA VILLA. Número de sentencia: 184/1990. Número de recurso 1419/1988. LA LEY 1511-JF/0000.

«...razones de certidumbre y seguridad jurídica, y la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanan, abundan en la consideración de que no pueda entenderse caprichoso o irrazonable que el legislador no incluya a los unidos por vía de hecho de una pensión como la de viudedad que ha sido prevista en función de la existencia de un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario...».

⁸ STS, Sala Primera de lo Civil, de 20 de febrero de 1997, recurso 758/1993. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Número de recurso 758/1993. La Ley 2255/1997.

⁹ Así, la STS, Sala Primera de lo Civil, de 22 de julio de 1999 (recurso 12/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Número de recurso 12/1995. La Ley 11277/1999) en su Fundamento Jurídico 2.^o afirma que: «El precepto también ha sido vulnerado respecto a los *daños morales*, no solo en cuanto a su valoración, sino que ni tan siquiera la Audiencia se ha pronunciado sobre su existencia. Aunque el matrimonio fue declarado nulo, esa apariencia de matrimonio acarreó importantes consecuencias para el señor YYY, al que se

le atribuyó la paternidad de Jorge Ignacio por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio, y en consecuencia cargó con todas las obligaciones que le correspondían como consecuencia de esa apariencia de paternidad, obligaciones entre las que se encontraban las de prestar alimentos a dicho hijo. Después de haber mantenido económicamente a su hijo y de haberse creado el vínculo afectivo con él, se ve sometido a otro procedimiento: el de impugnación de paternidad, donde se reconocen las relaciones extramatrimoniales de la señora XXX, y su resultado: el nacimiento de Jorge Ignacio, con lo que se ha ocasionado al señor YYY unos daños morales innegables al haber sido humillado y lesionado en su honor y dignidad. La apreciación que realiza la Sala sobre el comportamiento doloso de doña XXX, no considerándolo acreditado al no estimar que con anterioridad a las pruebas de paternidad... en el año 1990 aquella tuviera conocimiento de que el padre de Jorge Ignacio no era el demandante, contradice los hechos alegados por la contraparte en el hecho quinto de su contestación a la demanda y la negación de la indemnización de los daños económicos y morales causados, supondría, en definitiva, la vulneración de la norma más genérica *alterum non laedere* consagrada en el artículo 1902¹⁰.

¹⁰ Vid. el FJ 4.º: «...la imposibilidad de calificar de dolosa la actuación y conducta de la señora XXX en torno a ocultar al señor YYY la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio...».

¹¹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de julio de 1999, recurso 190/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. Número de recurso 190/1995. La Ley 11101/1999.

¹² «El recurrente, no solo ha vivido en engaño permanente, sino que el resultado final del propio engaño ha sido la pérdida de los hijos, ya que los que consideraba como tales no lo eran, así como un sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro. La propia parte contraria lo sabe, pero no solo le pareció poco el daño causado, sino que le dio publicidad en el diario *El País*, circunstancia esta que incrementa el daño causado —el recurrente ha estado contribuyendo a las cargas del matrimonio que impone el art. 110 del CC al padre, y el 39.3 CE, cuando realmente no lo era, cuando era un tercero el padre y gracias al engaño de la esposa, el verdadero padre se ha visto eximido del deber de alimentar a sus hijos, habiéndolo hecho mi representado porque creía que los hijos eran suyos. Es decir, ha habido dolo en la conducta de la esposa— y —todos estos conceptos se reclaman como consecuencia de que ha habido un incumplimiento contractual, con dolo y mala fe por parte de la esposa, de sus obligaciones matrimoniales, y este incumplimiento tiene sus consecuencias legales, con independencia de que una de ellas sea la de estar incurso en causa de separación—».

¹³ Concreta el FJ 4.º que: «El daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal *a quo* haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1101 del mismo, y esto así, y dado lo dispuesto en el rituario artículo 1715.3».

¹⁴ La SAP de Segovia, de 30 de septiembre de 2003 (recurso 237/2003. Ponente: Pilar ÁLVAREZ OLALLA. Número de sentencia: 186/2003. La Ley 151419/2003) ante una demanda de indemnización de perjuicios presentada por Soledad en contra de su cónyuge, por el sufrimiento ocasionado a la actora por «el abandono del hogar familiar por parte del marido demandado, dada la grave enfermedad que aquella padecía y padece», rechazó la demanda fundándose en que «el supuesto abandono por el marido del hogar conyugal no está contemplado en el Código Civil como comportamiento que dé lugar a indemnización alguna, sino exclusivamente su concurrencia es causa para solicitar la separación, el divorcio, o también se considera causa de desheredación». En el FJ dice que, «si bien es cierto que los deberes de ayuda y socorro mutuos entre ambos cónyuges están proclamados en los artículos 67 y 68 y son comprensivos no solo de lo que materialmente pueda entenderse como alimentación, sino de otros cuidados de orden ético y afectivo, se trata de deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna —con excepción del deber de alimentos, que en este caso no fue incumplido— sino, como decimos, son contemplados exclusivamente como causa de separación, divorcio y desheredación».

¹⁵ SAP de Valencia, Sección 7.ª, de 2 de noviembre de 2004, recurso 594/2004. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA. Número de sentencia: 597/2004. Número de recurso

594/2004. La Ley 59/2005. Sentencia que falla la indemnización a un hombre por el daño moral sufrido tras descubrir que no era el padre de tres de los cuatro hijos nacidos durante su matrimonio, sino que eran fruto de una relación extraconjugal de su esposa. Los demandados —la esposa y el padre biológico— actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos, y de forma dolosa en la ocultación de su no paternidad al demandante, siendo el posterior conocimiento de la verdad el desencadenante del daño sufrido por este. Resarcimiento del daño moral derivado del padecimiento psicológico sufrido —100.000 euros— pero no del reclamado por deterioro de la fama, honor, intimidad y prestigio profesional del demandante, ni del generado por la infidelidad de su cónyuge.

¹⁶ ROMERO COLOMA, Aurelia M.^a, «Mala fe de la esposa y responsabilidad civil en el marco conyugal», en *Abogados de Familia*, núm. 57, Sección Tribuna Abierta, tercer trimestre de 2010, Editorial La Ley, La Ley 8742/2010.

¹⁷ VARGAS ARAVENA afirma que «nos adherimos parcialmente a la doctrina dominante... creemos que los deberes y derechos conyugales, efectivamente, antes de contraer el vínculo matrimonial, no son susceptibles de ser derogados ni modificados sustancialmente; son deberes legales, ya que ellos constituyen el verdadero contenido del matrimonio en lo concerniente a sus efectos personales...», «...después de celebrado el matrimonio, creemos que es posible que los cónyuges dispongan de la obligatoriedad de los deberes y derechos conyugales; si bien sostener lo contrario es plenamente justificable en teoría, creemos que es desconocer cierta realidad sociológica que se halla en el ambiente actual —realidad social que, conforme al art. 3 núm. 1 del CC, constituye una herramienta de interpretación— es ser, quizás, un poco utópico e ilusorio. Si bien existen muchos matrimonios en la sociedad española cuyos cónyuges cumplen todos y cada uno de los deberes y derechos conyugales, no es menos cierto que existen otros en los cuales los cónyuges se han dispensado, anticipada o posteriormente, mediante pactos o convenios expresos o inclusive tácitos, y preferentemente verbales (dudamos que podamos encontrar un pacto escrito de esta naturaleza, pero aun así, no descartamos dicha posibilidad)...» (VARGAS ARAVENA, David, «De la irresarcibilidad de los daños entre cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales», en *Daños civiles en el matrimonio*, edición núm. 1, Editorial LA LEY, Madrid, octubre de 2009. La Ley 7405/2011).

¹⁸ Vid. SANCHO VILLARREAL, «El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción», en *Revista de Derecho de familia*, núm. 11, abril de 2001, pág. 77 y sigs.; quien afirma que «siempre se ha considerado que los cónyuges no pueden disponer, al menos inicialmente, mediante convenio de este deber —afirmación que es plenamente extensible a los demás deberes y derechos— que se configura como de orden público, aunque actualmente ese carácter se ha ido debilitando...».

¹⁹ Vid. CARRASCO PERERA, Ángel, «El precio de la infidelidad», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 666/2005, Parte Tribuna, 2005, edición electrónica (<http://www.westlaw.es>). «La jurisprudencia rechaza hoy que del incumplimiento del deber matrimonial de fidelidad pueda nacer una pretensión indemnizatoria para el marido engañado. Doctrina que tiene como justificación el propósito de no socavar por vía de indemnización (a favor del marido) la pensión compensatoria que pueda corresponder a la mujer separada. Y como excusa, un pretendido derecho personalísimo a desarrollarse libremente como adulterio... Pues se enseña con ella que tonto es el marido que se compromete demasiado con el cuidado y la educación de los hijos de su mujer, ya que muy bien pueden no ser suyos, y luego no habrá nadie que le compense por el chasco y la cara de tonto que se le queda», presagiando para el futuro que «los varones no querrán devenir maridos y los maridos no querrán tener hijos con sus mujeres. Solo estarán dispuestos a dejar embarazadas a las mujeres aquellos varones que ya por anticipado tengan previsto que no asumirán compromisos con la prole de la mujer con la que yacen. A estos les acabará dando igual si los hijos de esa mujer son suyos o de otros».

²⁰ SAP de León, Sección 2.^a, de 2 de enero de 2007, recurso 304/2006. Ponente: Alberto Francisco ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. Número de sentencia: 1/2007. Número de recurso 304/2006. LA LEY 1789/2007.

²¹ SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de enero de 2007, recurso 430/2006. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. Número de sentencia: 27/2007. Número de recurso 430/2006. LA LEY 154841/2007.

En dicha sentencia se pone de manifiesto que: «Si el embarazo se produjo tras diecisiete años de matrimonio, durante los cuales no quedó embarazada pese a los tratamientos y durante la época de la concepción mantuvo relaciones sexuales con Carlos, debió haberse planteado la posibilidad de que el padre de la niña no fuera su marido. La *diligencia que debe exigirse a la demandada* debe ponerse en relación, con el contexto social actual, que le permite, cuanto menos haber podido excluir mediante una simple extracción de sangre, la paternidad de la persona con la que mantenía relaciones sexuales de forma paralela a las relaciones matrimoniales, persona con la que mantenía una relación personal. La culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa. Puede afirmarse que Luisa no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor no era su marido, pero pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, por lo que de su actuación u omisión se deriva responsabilidad extracontractual. No resulta cuestionable la concurrencia del nexo causal entre la conducta negligente de la madre que no hizo en su día las comprobaciones pertinentes en cuanto a la paternidad y el resultado producido cual es la extinción de la relación paterno-filial».

²² SAP de Córdoba, Sección 2.^a, de 18 de diciembre de 2012, recurso 399/2012. Ponente: José María MORILLO-VELARDE PÉREZ. Número de sentencia: 325/2012. La Ley 229205/2012.

²³ SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 28 de febrero de 2006, recurso 535/2005. Ponente: Francisco CARRILLO VINADER. Número de sentencia: 96/2006. Número de recurso 535/2005. La Ley 55530/2006.

²⁴ La SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 21 de noviembre de 2006 (recurso 268/2006. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Número de sentencia: 643/2006. Número de recurso: 268/2006. La Ley 237025/2006) afirma que las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios de un inmueble sujeto al régimen de la propiedad horizontal han de ser íntegramente abonadas, en el caso de concurrir dos o más titulares del inmueble, por quien goza del uso material del mismo. Las cuotas de carácter extraordinario derivadas de derramas por reparaciones no corrientes, de rehabilitación de fachada o de instalación de servicios de la edificación, si que habrán de ser compartidas por los propietarios del inmueble, no obstante la utilización del mismo por tan solo uno de los titulares.

²⁵ STS, Sala Primera de lo Civil, de 4 de diciembre de 2000, recurso 3181/1995. Ponente: Antonio ROMERO LORENZO. Número de sentencia: 1103/2000. Número de recurso 3181/1995. La Ley 3127/2001.