

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXIV, FASCÍCULO II

Abril-junio, 2021



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Catedrático de Derecho civil

Dirección

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

Secretaría

NIEVES FENOY PICÓN

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

Universidad Autónoma de Madrid

Consejo de Redacción

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Barcelona

M.ª PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Santiago de Compostela

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ

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

Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Pablo Olavide

PEDRO DEL OLMO GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO

Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Málaga

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA

Profesora Titular de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

ANTONI VAQUER ALOY

Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Lleida

Consejo Asesor

XABIER BASOZABAL ARRUE

Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad de Navarra

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

ANA CAÑIZARES LASO

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Málaga

ESTHER GÓMEZ CALLE

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO GÓMEZ POMAR

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Pompeu Fabra

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Murcia

JOSÉ M.ª MIQUEL GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO

Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

M.ª ÁNGELES PARRA LUCÁN

Magistrada del Tribunal Supremo

ANTONIO PAU PEDRÓN

Registrador de la Propiedad

M.ª JOSÉ SANTOS MORÓN

Catedrática de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

IGNACIO SOLÍS VILLA

Notario

TEODORA F. TORRES GARCÍA

Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Valladolid

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

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

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

tienda@boe.es

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXIV, FASCÍCULO II
Abril-junio, 2021

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2021

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

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

NIPO (AEBOE): 090-20-072-9 (edición en papel)
090-20-071-3 (edición en línea, pdf)
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0 (edición en papel)
051-15-003-6 (edición en línea, pdf)
ISSN: 0210-301X (edición en papel)
2659-8965 (edición en línea, pdf)
Depósito Legal: M-125-1958

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

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Antonio José VELA SÁNCHEZ: «La indignidad sucesoria por ofensas <i>post mortem</i> al causante en el Código civil español»	355
M. ^a Dolores CASAS PLANES: «De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)»	407
Mauro TESCARO: «La sucesión hereditaria del Estado en el Derecho italiano y en el Derecho español»	543
Crónica de Legislación y Jurisprudencia de la Unión Europea	
Por Marta OTERO CRESPO y Julia AMMERMANN YEBRA	565
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
ARROYO AMAYUELAS, Esther/CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dirs.): «El derecho privado en el nuevo paradigma digital», por Sebastián López Maza	623
CRESPO MORA, María Carmen: «La prestación de servicios jurídicos», por María Teresa Alonso Pérez	628
GARCÍA RUBIO, María Paz/MORESO, Josep Joan (dirs.), VARELA, Ignacio (coord.): «Conceptos multidimensionales del Derecho», por A. Daniel Oliver-Lalana	634
GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Negligencias médicas en anestesiología y responsabilidad civil del anestesista (Bases teóricas y análisis jurisprudencial)», por Carlos Castells Somoza	642
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ; María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE; Sebastián LÓPEZ MAZA, y Alma M. ^a RODRÍGUEZ GUITIÁN	647
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: Alicia AGÜERO ORTÍZ; Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO; Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO; Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ; Sebastián LÓPEZ MAZA; Jose María MARTÍN FABA; Carlos ORTEGA MELIÁN; Ricardo PAZOS CASTRO; Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN; Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, y Francisco SANTANA NAVARRO	673

La indignidad sucesoria por ofensas *post mortem* al causante en el Código civil español¹

ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

RESUMEN

La cuestión cardinal que se plantea en este trabajo es si, conforme al vigente artículo 756.3.º CC, hay indignidad sucesoria si un heredero o legatario imputa falsamente al causante, ya fallecido, un delito castigado con pena grave. A mi juicio, la indignidad sucesoria supone una sanción civil a un comportamiento infame, e inmoral socialmente, del heredero o legatario actuante, de modo que la imposibilidad de acudir al correspondiente procedimiento penal, en el supuesto de fallecimiento del causante, no debería impedir, conforme al espíritu y finalidad del citado artículo 756.3.º CC –que es el de evitar el menoscabo del honor o reputación del causante–, la virtualidad de la acción civil de declaración judicial de indignidad que prive al ofensor de todos sus derechos hereditarios.

PALABRAS CLAVE

Indignidad sucesoria: ofensas post mortem al causante, presupuestos, legitimación, plazo.

Indignity to inherit by offenses *post mortem* to the deceased in the spanish civil Code

ABSTRACT

The cardinal question that arises in this work is if, in accordance with the current article 756.3.º of the spanish civil Code, there is indignity to inherit if

¹ La versión original de este trabajo fue galardonada con el *Premio Ilustre Colegio Notarial de Andalucía* de la Convocatoria 2018, otorgado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada en la sesión del Pleno de Académicos Numerarios celebrada el día 24 de octubre de 2019, y que fue entregado en la bella ciudad de la Alhambra en solemne acto público celebrado el día 30 de enero de 2020.

an heir or legatee falsely imputes the deceased an offense punishable by a severe penalty. In my judgement, the indignity to inherit is a civil penalty for infamous behavior, and socially immoral, of heir or legatee that acts, so that the impossibility of resorting to the corresponding criminal procedure, in the event of death of the owner of the inheritance, that should not avoid, in accordance with the spirit and purpose of the aforementioned article 756. 3.º of the Spanish Civil Code –that it is to prevent undermining honor or reputation of the deceased –, the virtue of civil action to get a judicial declaration of indignity that deprives the offender of all his or her hereditary rights.

KEY WORDS

Indignity to inherit: offenses post mortem to the deceased, requirements, procedural legitimization, term.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Naturaleza jurídica de la indignidad para suceder y su virtualidad:* 1. Tesis esenciales sobre su índole jurídica. 2. La cuestión de la necesidad o no de la previa declaración judicial de la indignidad. III. *Fundamento de la indignidad sucesoria y sus consecuencias:* 1. Criterios sobre la razón de ser de la indignidad. 2. La posibilidad de aplicación analógica de las causas legales de indignidad. IV. *Presupuestos de la causa de indignidad del vigente artículo 756.3.º CC:* 1. Acusación al causante. 2. Imputación de delito al que la ley señale pena grave. 3. Condena por denuncia falsa: 3.1 Preliminar: ¿comprende el precepto solo el delito de acusación y denuncia falsas o también el delito de calumnia? 3.2 Obligatoriedad de previa sentencia penal firme: 3.2.1 Criterio general; 3.2.2 Argumentos a favor la exigencia de previa sentencia penal firme para que proceda la declaración civil de indignidad; 3.2.3 Razonamientos en contra de la necesidad de previa sentencia penal firme si concurre causa cierta de indignidad comprobable por el juez civil: especial referencia a la SAP de Murcia de 19 de noviembre de 2012. V. *Legitimación en la acción de declaración de la indignidad para suceder:* 1. Legitimación activa. 2. Legitimación pasiva. VI. *Plazo de ejercicio de tal acción:* 1. Duración. 2. Naturaleza jurídica. 3. Inicio del cómputo: diversos supuestos.–VII. *Conclusiones.*–VIII. *Bibliografía.*–IX. *Sentencias empleadas:* 1. Sentencias del Tribunal Constitucional. 2. Sentencias del Tribunal Supremo. 3. Sentencia de Tribunal Superior de Justicia. 4. Sentencias de las Audiencias Provinciales.

I. INTRODUCCIÓN

Conforme al actual artículo 756.3.º CC²: «*Son incapaces de suceder por causa de indignidad:... 3.º El que hubiese acusado al*

² Redactado por el Apartado sesenta y ocho de la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (RCL 2015\1016). En su redac-

causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa». Pues bien, la cuestión fundamental que se plantea en este estudio es si cabría esta causa de indignidad sucesoria si un heredero o legatario, antes o después de aceptar su llamamiento hereditario, acusa al causante, ya fallecido, de haber realizado actos que son constitutivos de delito castigado con pena grave por el Código Penal (CP).

Téngase muy en cuenta, en primer lugar, que en esta sede se ha producido una, aparentemente, significativa alteración en el articulado del Código Civil. En efecto, en la anterior redacción del comentado artículo 756.3.º CC se hablaba de que la acusación fuese «*declarada calumniosa*», y, en su versión actual, el Código Civil se refiere ahora a la condena del actuante «*por denuncia falsa*». El delito de calumnia está recogido en el artículo 205 CP: «*Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*»; mientras que el delito de acusación y denuncia falsas se contiene en el artículo 456.1.º CP: «*Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación...*».

Pues bien, de un lado hay que advertir que el causante fallecido no puede ser ya sujeto activo del delito grave que se le imputa por el actuante, presunto indigno, pues debe tratarse de una persona existente³. De otra parte, hay que considerar que en el delito de calumnia (art. 205 CP) el problema radica en que es necesario tam-

ción anterior se hablaba de: «*El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor; cuando la acusación sea declarada calumniosa*». Obsérvese, en primer lugar, que se ha sustituido la expresión «*testador*» por la de «*causante*», pues la indignidad tiene aplicación tanto en la sucesión testada como en la intestada. En el Derecho foral, el artículo 7.bis.1.e) de la Compilación de Derecho Civil de Baleares indica que: «*Son indignos para suceder... e) Los que hayan acusado al causante de delito para el que la ley señale pena grave, si es condenado por denuncia falsa*». Por su parte, el artículo 412-3 del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, dice que: «*Son indignos de suceder... c) El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber calumniado al causante, si lo ha acusado de un delito para el que la ley establece una pena de cárcel no inferior a tres años. d) El que ha sido condenado por sentencia firme en juicio penal por haber prestado falso testimonio contra el causante, si le ha imputado un delito para el que la ley establece una pena de cárcel no inferior a tres años*».

³ En este sentido, por ejemplo, en la doctrina penal, QUINTERO OLIVARES (2016, p. 1466), considera que la «imputación ha de dirigirse contra persona viva, pues solo con esa condición puede producirse un procedimiento contra alguien»; criterio que advertía ya antes del Código Penal de 1995, entre otros, CUELLO CALÓN: 1980, p. 315. Hay que tener en cuenta que, a partir de la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (RCL 2015\1523), se ha dispuesto la sustitución de términos de imputado por investigado en varios artículos de la ley procesal.

bién que esté vivo el sujeto pasivo del delito –el causante ofendido gravemente en el tema que nos ocupa⁴– y, por consiguiente, que se ejercite la acción penal correspondiente contra el ofensor por el sujeto agraviado, bien procediendo personalmente o bien mediante representante legal. Esta última exigencia deriva expresamente del artículo 215.1.º CP: «*Nadie será penado por calumnia... sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal*», en relación con el artículo 104.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «*Las acciones penales que nacen de los delitos de... calumnia e injuria, tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas, ni en manera distinta que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal*». Por consiguiente, al tratarse la calumnia de un delito estrictamente privado, está sometido a la querrela privada y encomendado al criterio exclusivo del acusador privado, esto es, la previa querrela del ofendido o su representante legal constituye una *conditio iuris*, una condición objetiva de procedibilidad penal.

Respecto del delito de acusación y denuncia falsas el artículo 456.2.º, segundo inciso, del CP, establece que podrá procederse penalmente «*de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido*»⁵. Pues bien, es evidente que, en el tema que ahora nos ocupa, de una parte, el agraviado o ultrajado no podría ejercitar personalmente la oportuna acción penal porque ha fallecido. De otro lado, en cuanto a la posibilidad de la actuación de oficio prevista en el comentado precepto 456.2.º del Código Penal, también sería inexistente ya que, al estar

⁴ En esta sede, como resume BOLEA BORDÓN (2011, p. 483), la doctrina penalista mayoritaria considera que «el concepto de dignidad es exclusivo de la persona física desde su nacimiento hasta su muerte», de manera que con «idéntico argumento se rechaza la consideración de los difuntos como sujetos pasivos de los delitos contra el honor». No obstante, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2.ª Penal) de 12 de junio de 2001 (ARP 2001\604), recogiendo los criterios fijados por el Tribunal Supremo en esta materia, mantuvo que en el delito de calumnia el «sujeto pasivo puede serlo las personas individuales, incluidos los niños, enajenados, y hasta las personas fallecidas»; afirmación que también recoge el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23.ª Penal) de 4 de noviembre de 2005 (ARP 2006\135); ahora bien, olvidan estas resoluciones judiciales que esta posibilidad estaba relacionada, como exponía la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 4 de julio de 1985 (RJ 1985\3953), con lo dispuesto en el antiguo artículo 466 del Código Penal, de modo que «la calumnia trascendiera a los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del agraviado difunto o que lo considerara procedente el heredero».

⁵ Como destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6.ª Penal) de 24 octubre de 2011 (JUR 2012\25670), «en el Código Penal vigente (de 1995) se abre la posibilidad, como requisito de procedibilidad, si el Tribunal no ha dado orden de proceder contra el denunciante, que exista denuncia previa del ofendido, posibilidad que, insistimos, no existía en el CP anterior de 1973».

muerto el potencial sujeto activo del delito falsamente imputado, no puede tener lugar el procedimiento penal contra él que terminara con una «sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada» (ex art. 456.2.º, segundo inciso, del CP).

En esta sede, como ya advertía, oportunamente, respecto de los indicados delitos de calumnia o injuria, la relevante Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 2.ª Penal) de 15 de octubre de 2012 (JUR 2012\14291), el «artículo 466 del Código Penal de 1973 otorgaba legitimación para iniciar un procedimiento por este tipo de delitos a los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del agraviado, si la injuria (o calumnia) trascendía a ellos y, en todo caso, a los herederos. La inexistencia de un precepto similar en el texto (penal) vigente únicamente determina la imposibilidad de ejercer acciones penales en defensa del honor de personas fallecidas, sin perjuicio de la posibilidad de acudir al orden jurisdiccional civil ejercitando las facultades que otorga la LO 1/82, de 5 de mayo⁶... (Por consiguiente) no es lo mismo el inicio de acciones penales cuando la persona ofendida ha muerto, que la continuación del procedimiento iniciado en vida por personas especialmente vinculadas a ella... Esta posibilidad nada tiene que ver con el artículo 466 del CP de 1973, suponiendo una estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 274 LECr, que expresamente prevé esta posibilidad de sucesión procesal»⁷.

A mi juicio, en cuanto que la causa de indignidad contenida en el mencionado artículo 756.3.º CC procura sancionar civilmente

⁶ La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (RCL 1982\1197), en su artículo 4 dice que: «1. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento...».

En relación con lo anterior, el artículo 7.7.º de la Ley Orgánica indicada dice que: «Tendrán la consideración de intrusiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley: ... 7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

⁷ Esta relevante resolución judicial mencionada sigue diciendo que para «que pueda cometerse delito de calumnias exige el artículo 205 (Código Penal) que se impute un delito al sujeto pasivo. El Tribunal Supremo ha sido muy estricto en la aplicación de este presupuesto, excluyendo la calificación como calumnia cuando la imputación sea de una falta y no un delito (SSTS de 7 de mayo de 1991 ó 14 de junio de 1997)».

una conducta infame del actuante tendente a menoscabar, torticera-mente, el honor o la reputación del causante⁸, entiendo que habría argumentos suficientes y razonados para la virtualidad del motivo de indignidad indicado, aun en los supuestos de ofensas graves posteriores al fallecimiento de tal causante. De este modo, aunque teniendo presente que solo la persona viva puede tener capacidad jurídica y ser titular de derechos (*ex art. 32 CC*⁹), a pesar de que la jurisprudencia constitucional ha declarado que no puede lesionarse el derecho fundamental al honor¹⁰ del fallecido (Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre¹¹), de que ningún acto administrativo puede perjudicar a un difunto, ni éste, finalmente, puede ser víctima de falta o delito alguno, ello no impide que la falsa imputación o calumnia realizada respecto del causante pueda ser padecida indirectamente por sus familiares y allegados. Es más, y ello es lo que más importa en este estudio sobre el artículo 756.3.º CC, debe tenerse muy presente que la imputación falsa o calumnia afecta al debido respeto a la memoria de los muertos, que no debe verse enturbiada por declaraciones falsas, infamantes o deshonorosas de un heredero o legatario, actuaciones

⁸ GARCÍA RUBIO (2016, p. 636), confirma en este punto que la «causa de indignidad recogida en el art. 756.3 CC... sigue manteniendo la función de reaccionar contra una conducta tendente a destruir la reputación del causante, que tiene cierto paralelismo en sede de revocación de donaciones por ingratitud (cf. Art. 648.2 CC)». La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.ª Civil) de 8 de octubre de 2004 (JUR/2005/8552), habla de injurias graves que «lesionan la dignidad, menoscaban la fama y atentan contra la propia estimación y la consideración ajena», que suponen imputación de «conductas que podrían ser constitutivas de una infracción penal», lo que «puede llevar aparejado como sanción la desheredación o la indignidad».

⁹ El artículo 32 CC dice: «*La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas*». Advertía ya ROYO MARTÍNEZ (1951, p. 2), que la «sucesión *mortis causa* es inevitable consecuencia de la muerte... y como su personalidad (la del fallecido) se extingue con la muerte es imprescindible un nuevo titular» de sus bienes y derechos transmisibles.

¹⁰ El artículo 18.1.º CE dice que: «*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*». ALONSO PÉREZ (2018, p. 14), explica que la «difamación, como agresión característica al honor, que pone en entredicho la reputación y el buen nombre de una persona o familia, o las expresiones o hechos que, sin llegar a constituir difamación, menoscaban los méritos de una persona..., pueden afectar a la memoria del difunto».

¹¹ Expone el Tribunal Constitucional en esta importante Sentencia que una «vez fallecido el titular de esos derechos (derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la *dignidad de la persona*, que reconoce el art. 10 de la C. E., y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana), y extinguida su personalidad, –según determina el art. 32 del Código Civil: *La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas*– lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos, un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente». Critica esta Sentencia IGARTUA ARREGUI (*La Ley*, 1, 1990, p. 1070), para quien «la restricción o menor protección de estos derechos tras la muerte del sujeto no tiene que pasar necesariamente por el cierre de recursos judiciales».

inmorales que, de haberlas conocido el causante, seguramente habrían llevado a la exclusión del presunto indigno del llamamiento hereditario. En definitiva, puede afirmarse que la memoria *defuncti* pervive en los herederos o familiares por transmisión del derecho a su defensa si aquélla es ofendida gravemente, sin olvidar que, en particular, el heredero se subroga en la posición jurídica del causante tras la muerte de éste y, en ese sentido, es, señaladamente, un continuador de su personalidad jurídica civil y tendría legalmente su tutela *post mortem*¹², de ahí el citado artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen que permite el ejercicio de «*las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida*». Asimismo, debe tenerse muy presente que, como se explicará detalladamente a continuación, la indignidad sucesoria supone una sanción o pena civil a un comportamiento infame del heredero o legatario actuante, de manera que la imposibilidad de acudir al procedimiento penal, en el supuesto de fallecimiento del causante, no debe impedir la virtualidad de la acción civil de declaración judicial de indignidad que, conforme al espíritu y a la finalidad del artículo 756.3.º CC, prive al ofensor de todos sus derechos hereditarios.

¹² ALONSO PÉREZ (2018, p. 11), quien añade que la «memoria *defuncti* también pertenece al pasado –*ipsa mens... praeterita meminit*, dice Cicerón–, pero tiene la virtud de fluir hacia el presente y pervivir en él con entidad propia, incluso trasvasada a íntimos y familiares... La memoria *defuncti* se traslada al cónyuge y otros familiares más próximos, al entender, como hace la doctrina italiana, que las ofensas a la misma se dirigen en realidad a los sentimientos de piedad que aquéllas tienen para con el difunto (De Cupis). A los muertos ya no se les puede dañar, ni injuriar, pero sí, como dice Degni, a los parientes ligados con el fallecido por lazos de solidaridad moral... Diríamos, por tanto, que los familiares defienden la memoria del difunto en tanto se ven afectados personal y familiarmente. Aquélla se protege por cuanto sobrevive *iure familiae* en los miembros más íntimos del círculo conyugal y parental» (*op. cit.*, pp. 3 y 7). Por su parte, GUERRERO LEBRÓN (2002, pp. 18, 29 y 42), expone que, en Derecho romano, «ante la *inuria* dirigida a una persona fallecida se concede a los herederos protección jurídica a través de la *actio iniuriarum*... (mediante la cual) el heredero no defiende un derecho ajeno –del finado–, sino su propio honor e incluso el de su familia, que puede verse afectado por la reputación que del difunto se tenga en la sociedad... (Los) herederos y la propia familia en la que el mismo se inserta son quienes se van a ver afectados por las ofensas que se dirijan al difunto. Se trata, por lo tanto, de actuaciones que, aunque dirigidas contra la persona fallecida, tienen su reflejo en las personas que sobreviven y estuvieron ligadas a él. El finado ya no puede verse perjudicado por actos en su contra, por lo tanto, el fundamento del otorgamiento de esta medida será... proteger la dignidad de los mismos, que a través de las injurias dirigidas al difunto se sienten ofendidos, ven perjudicada su reputación». En el Derecho actual, en este punto, también MONTÉS PENADÉS (2003, p. 193), subraya que cabe «una tutela *post mortem* en defensa de lo que se ha denominado personalidad pretérita, que se organiza de modo distinto. Unas veces, se confía a los herederos, como ocurre en temas de acciones de filiación, y con el derecho de rectificación, según el artículo 1.º de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo. Otras veces a la persona que ha designado el difunto o, en su defecto a los parientes o al Ministerio Fiscal. Así en el caso de las acciones de protección del honor, la intimidad o la imagen...».

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER Y SU VIRTUALIDAD

1. TESIS ESENCIALES SOBRE SU ÍNDOLE JURÍDICA

De acuerdo con el artículo 756 CC, la indignidad se califica por un sector doctrinal como una incapacidad para suceder *mortis causa* que impide, en principio, automática y legalmente, que tenga virtualidad la vocación y la delación hereditarias a favor del indigno. No obstante, para otra doctrina la indignidad también puede suponer una causa de exclusión de la sucesión hereditaria, de manera que, si la indicada delación hereditaria ha llegado a producirse a favor del presunto indigno, la dejará sin efecto con carácter retroactivo a la apertura de la sucesión, esto es, a la fecha del fallecimiento del causante, por lo que si el declarado indigno hubiese adquirido los bienes hereditarios, no puede retenerlos y deberá restituirlos al caudal sucesorio¹³.

Igualmente, en este apartado debe destacarse que aunque las causas legales de indignidad del artículo 756 CC son, por lo general, anteriores al fallecimiento del causante, se recogen también motivos de indignidad posteriores al momento de la apertura del fenómeno sucesorio, con la muerte o declaración de fallecimiento

¹³ ALBALADEJO GARCÍA (1989, p. 82), define la indignidad como la «tacha con que la ley marca a las personas que han cometido determinados actos especialmente reprobables, en virtud de la que su autor queda inhabilitado para suceder al causante que los padeció, a menos que éste lo rehabilite»; y JORDANO FRAGA (2004, p. 1), como «privación automática, *ex lege*, al ofensor, salvo rehabilitación concedida por el causante ofendido, y en virtud de la comisión por aquél de cualquiera de los hechos legalmente tipificados a tal fin, de todo derecho sucesorio en la sucesión abierta de tal causante». VALLET DE GOYTISOLO (1984, p. 305), hablaba de «una propia incapacidad relativa para suceder», mientras que VATTIER FUENZALIDA («Comentario al artículo 756 CC», 2010, p. 869), entiende que también se «trata de un motivo de exclusión de la sucesión» hereditaria. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª Civil) de 16 de octubre de 2000 (JUR 2001/43618), también plantea la cuestión de si la indignidad «supone o no una causa de incapacidad de modo que el indigno no resulta llamado a la herencia o más bien una simple ineptitud o una capacidad claudicante que lo excluye de la herencia basada en la presunción *iuris tantum* de que el causante lo hubiera excluido de la sucesión si hubiera tenido conocimiento del hecho constitutivo de la indignidad» para suceder. Pues bien, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5.ª Civil) de 9 de julio de 2012 (AC 2012\1370) se decanta porque la «indignidad no representa una categoría especial o distinta de la incapacidad para suceder, sino que el legislador la configura como una subespecie de aquélla. Por eso el encabezamiento del artículo 756 (en el que se relatan las causas) habla de quienes *son incapaces de suceder por causa de indignidad*. Esto es, por haber incurrido en alguna de las causas tipificadas, directamente se les considera incapaces para entrar en la sucesión de que se trate (cualquiera)»; criterio que ya anticipó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.ª Civil) de 15 junio de 2009 (JUR 2009\370358): «La incapacidad para suceder por causa de indignidad está regulada en el art. 756 del C. Civil, donde se contemplan una serie de causas establecidas con carácter general. Todas ellas se refieren a conductas reprobables llevadas a cabo por el eventual heredero, de tal modo que la indignidad constituye, por sí sola, un motivo de incapacidad relativa para suceder...».

del *de cuius*, de manera que, aunque exista delación hereditaria a favor del presunto indigno, cuando la causa de indignidad se produce *post mortem*, se trata, evidentemente, de una delación cuyos efectos son claudicantes. En definitiva, puede concluirse en este punto que el momento para calificar la indignidad del heredero o legatario no es el de la muerte –o, en su caso, de la declaración de fallecimiento– del causante, sino que lo que verdaderamente importa es que el presunto indigno incurra en motivo legal de indignidad (*ex art. 756 CC*) cuando esa cuestión se discuta en el proceso penal o civil correspondiente (*ex art. 758.2.º CC*)¹⁴.

2. LA CUESTIÓN DE LA NECESIDAD O NO DE LA PREVIA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA INDIGNIDAD

Indudablemente, la consideración de una u otra naturaleza de la figura de la indignidad tiene gran relevancia para su virtualidad, pues la tesis que sostiene su carácter automático y *ex lege* no considera precisa una previa declaración judicial para que exista, de manera que, de producirse tal resolución judicial, ésta solo tendría índole declarativa y no constitutiva de la indicada indignidad. De este modo, se mantiene, conforme al estudiado artículo 756 CC («*Son incapaces de suceder por causa de indignidad...*»), no se exige la concurrencia de previa declaración judicial de indignidad, sino que bastaría la incursión en una causa legalmente fijada. Por ello, podría concluirse que en el ordenamiento jurídico español la declaración judicial de indignidad no constituiría un requisito legal para la existencia de tal indignidad, pues el propio Código Civil omite tal presupuesto. No obstante, se añade finalmente, en alguna circunstancia, en la práctica, podría ser necesaria tal previa resolución judicial de indignidad como instrumento para su efectividad¹⁵,

¹⁴ Vid. HERNÁNDEZ GIL (*RD*, 1961, pp. 471-472), quien agrega que la «indignidad es motivada por hechos y... puede derivar de causas sobrevenidas después de la apertura e incluso de la aceptación hereditaria». En esta línea, por ejemplo, ALBALADEJO GARCÍA (2011, p. 632); LACRUZ BERDEJO (2009, p. 64); LASARTE ÁLVAREZ (2017, p. 38), quien apunta que en el artículo 756 CC se recogen supuestos de hecho en los «que el indigno puede haber sido llamado a la herencia e incluso haber aceptado, pero con posterioridad su adquisición hereditaria habrá de devenir ineficaz»; LLEDÓ YAGÜE (2004, p. 62), que señala que en «otros casos existe *ab initio*, delación (todo lo claudicante que se quiera) al *indigno*. Así sucede cuando la causa de indignidad acontezca después de la muerte del causante, y no antes de la apertura de la sucesión»; RIVAS MARTÍNEZ (2005, p. 944), quien escribe que, «siguiendo al Derecho Romano... nuestro Código ha querido que los indignos sean llamados a la herencia y puedan heredar, si bien de una manera *claudicante*, porque la ley permite que, por ser indignos, se les pueda privar de lo que heredaron» anteriormente; etc.

¹⁵ MENA-BERNAL ESCOBAR: 1995, p. 73. También, en esta línea, por ejemplo, O'CALLAGHAN MUÑOZ (2007, p. 61), que transcribe la teoría de Manuel Albaladejo en este punto y mantiene que si «hay sentencia que declare la indignidad porque ésta se ha discutido, será sentencia declarativa, no constitutiva; la indignidad no exige necesariamente una

cuando la concurrencia de la causa de indignidad pueda ser discutible y el conflicto jurídico tuviera que ser resuelto judicialmente, o cuando el presunto indigno ha tomado posesión material y efectiva de la herencia o legado deferido a su favor.

Este es el criterio que se contempla en la llamada jurisprudencia menor. Así, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.^a Civil) de 2 de julio de 2003 (AC/2003/1138), que declara que como «es sabido la indignidad se basa en la existencia de faltas objetivamente graves, siendo aplicable a cualquier clase de sucesión, ya testada o intestada, siendo así que por la simple razón de la existencia de causa el indigno quede excluido de la sucesión, ... siendo pues la Ley en tales casos la que se opone a que el heredero entre en el goce de los bienes hereditarios»; igualmente, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6.^a Civil) de 8 de enero de 2010 (JUR 2010/210902), que manifiesta que la «jurisprudencia ha entendido que la incapacidad por causa de indignidad no requiere del ejercicio de una acción destinada a que se dicte una sentencia que declare la incapacidad para suceder. Pese a que la doctrina ha basculado entre la tesis de que el indigno es incapaz de suceder y, por tanto, no es llamado a la herencia (por lo que no es necesaria sentencia alguna que declare la incapacidad por indignidad), y la tesis de que, siendo llamado y pudiendo heredar, el llamamiento a la herencia se produce de forma claudicante, puesto que puede ejercitarse una acción para declarar la indignidad y privarle de lo que heredó, la jurisprudencia, aun sin realizar un pronunciamiento expreso sobre la naturaleza de la indignidad, se ha inclinado por la primera de tales tesis (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1946, 28 de febrero de 1947, 20 de febrero de 1963 y 7 de marzo de 1980). Por consiguiente, no es necesario el ejercicio de una acción y el dictado de una sentencia que expresamente declare la incapacidad para suceder por causa de indignidad, pues la misma se deriva expresamente del hecho determinante de la indignidad, sin perjuicio de que su concurrencia pueda ser discutida y la controversia haya de ser resuelta judicialmente, como sucede en el caso de autos, o de que si el indigno ha tomado posesión de la heren-

sentencia que la constituya, sino la sentencia simplemente declarará, si se discutía, que el sucesor es indigno porque realmente cometió el hecho e incurrió en causa de indignidad»; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (1997, pp. 129-130), quien concluye que en «nuestro Ordenamiento jurídico no es necesaria la existencia de una sentencia judicial firme (salvo en los casos del artículo 756, n.º 2.º y 3.º Cc) para que haya indignidad, sino que ésta se produce *ipso iure* por el simple hecho de que el indigno realice alguna de las conductas tipificadas como indignas por el Código Civil. Solamente será necesaria sentencia judicial cuando haya controversia sobre si hubo o no hubo indignidad, pero en este caso la sentencia no tendrá valor constitutivo, sino meramente declarativo, es decir, se limitará a declarar que alguien es indigno porque realizó una de las conductas tipificadas como tales por la ley»; etc.

cia (por haber sido nombrado heredero en sucesión testada o intestada) pueda ejercitarse acción para declarar la indignidad y, por tanto, la incapacidad para suceder, privándole de la herencia...»; o, finalmente también, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1.ª Civil) de 23 de septiembre de 2011 (JUR 2011/364310), que explica que como «se resalta por gran parte de la doctrina, hay que partir del hecho de que la indignidad no precisa de una resolución judicial que la declare, sino que el propio hecho al que el art. 756 del Código Civil la asocia la produce de por sí; ello sin perjuicio de que como cualquier otra cuestión, si surge el conflicto se precise su solución a través del proceso» correspondiente.

A mi modo de ver, salvo reconocimiento expreso del indigno, lo que seguramente no sucederá con frecuencia, la declaración judicial de indignidad será necesaria para evitar la delación hereditaria a favor del presunto indigno y que éste entre en la posesión material y efectiva de los bienes hereditarios, así como para reclamar su devolución en el supuesto de que el heredero o legatario actuante tuviera ya tal verdadera posesión. La indignidad sucesoria no opera automáticamente, *ex lege* o *ipso iure*, sino que debe proclamarse o pronunciarse judicialmente, *ex officio iudicis*, a reclamación de los interesados o legitimados activamente, y previa comprobación de la concurrencia de alguna de las causas establecidas en el estudiado artículo 756 CC, pues no resultan imaginables fácilmente situaciones de indignidad para suceder que no precisen previa intervención judicial¹⁶.

III. FUNDAMENTO DE LA INDIGNIDAD SUCESORIA Y SUS CONSECUENCIAS

1. CRITERIOS SOBRE LA RAZÓN DE SER DE LA INDIGNIDAD

Indica la doctrina¹⁷ que, en esta sede, el razonamiento más aceptado parece ser el de que la indignidad implica un instrumento puni-

¹⁶ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ: *Revista de Derecho*, 2006, p. 176. En este mismo sentido, por ejemplo, ya VALLET DE GOYTISOLO (1974, p. 654), indicaba que en nuestro ordenamiento jurídico «las causas de indignidad han de ser siempre objeto de prueba y declaración judicial»; y GARCÍA RUBIO y ÓTERO CRESPO (2011, p. 2), mantienen que, en «cualquier caso, lo importante es que la ineficacia asociada a la indignidad y la incapacidad no es automática, sino que ha de ser hecha valer por las personas que resultarían favorecidas en caso de ser reconocida y, salvo reconocimiento expreso del indigno o inhábil, exige un pronunciamiento judicial».

¹⁷ GARCÍA RUBIO: 2016, p. 631. Ya ROCA SASTRE (1951, p. 377), decía que la indignidad tiene una base objetiva, considerándose como «sanción de un acto ilícito realizado

tivo, esto es, supone una sanción o pena civil frente a las conductas especialmente censurables del indigno para con el causante, o para con algunos de sus familiares cercanos, comportamientos tipificados taxativamente en el artículo 756 CC. De este modo, las causas de indignidad pueden entenderse como actos ilícitos del indigno que, por tanto, implican una infracción de unos deberes jurídicos esenciales, por lo que se requiere su culpabilidad, esto es, la imputabilidad de la contravención a quien la realiza. Así, nuestro ordenamiento jurídico impone una sanción civil a hechos gravemente perjudiciales –materiales o morales– esencialmente para el causante; penalidad civil consistente en la exclusión del indigno de todos los derechos hereditarios deferidos a su favor¹⁸. En esta misma línea, la reciente y relevante Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de abril de 2018 (RJ 2018/1753), refiriéndose a la causa de indignidad del antiguo párrafo primero del artículo 756 CC, esto

contra el causante». Para BLASCO GASCÓ (2015, p. 35), las «causas de indignidad se basan en una conducta grave y reprochable del llamado respecto del causante o de alguno de sus familiares». LACRUZ BERDEJO (2009, p. 60), consideraba que la indignidad «se basa en razones morales y éticas... (y) tiene la consideración de pena privada». HERNÁNDEZ GIL (RDP, 1961, p. 478), partiendo de que la indignidad supone una «sanción o pena civil», añade que guarda gran parecido con la anulabilidad: «El paralelo entre la anulabilidad y la indignidad no sólo es teórico. De igual modo que el negocio anulable produce sus efectos provisionalmente, mientras la indignidad no sea impugnada el presunto indigno se considera heredero. La anulación no procede *ex officio*; tampoco la impugnación de la indignidad, sino por personas determinadas. Así como los contratos anulables son susceptibles de convalidación, la indignidad puede dejar de producir efecto. Lo mismo que para la procedencia de la confirmación es preciso el conocimiento de la causa de nulidad (art. 1.311), para que proceda la rehabilitación es necesario conocer la causa de indignidad (art. 757). De igual forma que la confirmación purifica el negocio de los vicios de que adoleciera (art. 1.313), la remisión hace cesar definitivamente los efectos de la indignidad».

¹⁸ Vid. COSTAS RODAL (RDAC-M, 2018, pp. 7-8), que mantiene que la «incapacidad para suceder por causa de indignidad es una sanción civil prevista para comportamientos graves e inexcusables con el causante referidos en el artículo 756 CC que conlleva que el indigno quede apartado definitivamente de la herencia»; RIVAS MARTÍNEZ (2005, p. 947), quien apunta que podrá «discutirse si se trata de un ilícito civil o de un ilícito penal en sentido estricto, pero el carácter ilícito es lo que califica verdaderamente a las causas de indignidad. Esta ilicitud civil o penal debe haberse concretado en una infracción»; LLEDÓ YAGÜE (2004, p. 60), que sostiene que la «indignidad implica la comisión de un acto ofensivo y reprochable contra determinado causante de suerte que por dicha conducta se le privará de derechos sucesorios frente a este *de cuius*. Por tanto... al indigno se le reputa *ex lege* inepto para suceder, aunque objetivamente tenga personalidad jurídica, y sobreviva al causante, pero por la realización de una acción *ilícita* se le privará de recibir la titularidad sucesoria»; MEDINA DE LEMUS (2005, p. 42), quien dice que se «trata de quienes cometan un acto de gravedad relevante, pierden el derecho a heredar» al causante; y O'CALLAGHAN MUÑOZ (2007, p. 57), que advierte, citando a Antonio Cicu, que, en definitiva, esta sanción o pena civil «no satisface ni reintegra el derecho violado». La Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1.ª Civil) de 28 diciembre de 2009 (JUR 2010/107904) concluye que las «causas de indignidad que determinan la incapacidad para suceder, como todas las demás causas de indignidad señaladas en el art. 756 del Código Civil se configuran no como una vía de premiar al que, entre los posibles herederos abintestato del causante, mejor se ha portado con él, sino la de excluir, a modo de sanción o pena civil, a aquellos que incurrir en algunas de las conductas reprochables que el precepto prevé como causas de indignidad...».

es, los padres que abandonaren a sus hijos¹⁹, manifiesta que consecuencia de «la gravedad de esa conducta paterna es que la reprochabilidad de la misma tenga suficiente entidad, como razona la sentencia recurrida, para acarrear, como sanción civil, su incapacidad por indignidad para suceder»; punición civil «impuesta a un determinado comportamiento reprobable previsto legalmente» que, no obstante, «al igual que (sucede) en el Derecho Penal no cumple tampoco una función satisfactoria del derecho violado» –Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª Civil) de 16 de octubre de 2000 (JUR 2001/43618)–.

Partiendo también de la índole punitiva de la declaración de indignidad del heredero o legatario, otro sector doctrinal considera que las causas de indignidad, tipificadas por el ordenamiento jurídico en el analizado artículo 756 CC, responden, básicamente, a la reconstrucción de la voluntad hipotética del causante de excluir al indigno de la sucesión si hubiese conocido su actuación ignominiosa. En efecto, se concluye que podría presumirse *iuris tantum* que el causante habría privado de la herencia o legado al presunto indigno de haber tenido noticia del hecho o comportamiento grave determinante del motivo legal de indignidad –vid. la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª Civil) de 16 de octubre de 2000 (JUR 2001/43618)–.

Por último, un tercer juicio doctrinal fundamenta este instituto jurídico de la indignidad para suceder en el «sentimiento de moralidad social», esto es, en la conciencia pública o social, de manera que se considera radicalmente inmoral que el heredero o legatario que perpetra determinados actos o comportamientos muy graves contra el causante –o, en su caso, contra alguno de sus familiares cercanos–, se pueda beneficiar de su sucesión hereditaria²⁰.

¹⁹ En la actualidad, esa antigua causa de indignidad sucesoria se encuentra englobada en el propio artículo 756.2.º, tercer inciso, del CC, que considera indigno para suceder al «privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo».

²⁰ Así, por ejemplo, ya SÁNCHEZ ROMÁN (1910, p. 278), respecto del heredero, manifestaba «la antítesis moral que ofrecería tal hecho de la acusación contra el testador o intestado, ... hecha por el heredero, de todo punto incompatible con que éste continuara, por el título de sucesión *mortis causa*, la personalidad del acusado en sus derechos patrimoniales y transmisibles por este concepto... (De manera que) el abismo moral entre acusado y acusador, para la sucesión del primero respecto del segundo, parece ser igual, aunque no concurren las dos circunstancias; es decir, el que la acusación no fuera calumniosa o el delito no mereciera pena aflictiva, porque la razón de incompatibilidad moral es la misma...». También VALVERDE Y VALVERDE (1939, p. 443), estimaba que razones «de moralidad impulsan al legislador a privar de la herencia a aquellas personas que han cometido tales hechos en contra del difunto, que a la conciencia pública o social repugnaría que fuera el autor de ellos sucesor de la víctima». En la jurisprudencia menor, la trascendente Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1.ª Civil) de 19 de noviembre de 2012 (AC 2012/1631), habla de «la naturaleza punitiva, de reconstrucción de la volun-

2. LA POSIBILIDAD DE APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS CAUSAS LEGALES DE INDIGNIDAD

Ciertamente, la consideración de uno u otro fundamento de la indignidad sucesoria tiene gran trascendencia práctica. Así, si se opta por entenderla únicamente como un instrumento punitivo, aun civil, ello impediría la aplicación analógica de sus causas legalmente establecidas (*ex art. 756 CC*), conforme al artículo 4.2.º CC («*Las leyes penales, las excepcionales... no se aplicarán a supuestos... distintos de los comprendidos expresamente en ellas*»); aunque ello no implicara, necesariamente, la ineludible interpretación restrictiva de la institución tratada. En efecto, tal entendimiento estricto sería muy inconveniente en ordenamientos jurídicos, como el nuestro, que plasman rigurosamente las actuaciones susceptibles de engendrar indignidad para suceder por testamento o abintestato. Por ello, se continua diciendo, más que fundarse en el carácter punitivo de los motivos de indignidad del Código Civil, sería mucho más acertado valorar «la inmoralidad social de las conductas o la presunta voluntad del causante» a la vista de la concreta actuación infame del presunto indigno²¹. En este mismo sentido,

tad hipotética del causante de excluir al indigno o de sentimiento de moralidad social que pudiera otorgarse a la razón o fundamento que apoya la declaración de indignidad...»; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1.ª Civil) de 4 marzo de 1992 (AC 1992/422) ya decía que aunque «entre las causas de desheredación recogidas en los arts. 852 a 855 del Código Civil, figuran buena parte de las que motivan la incapacidad para suceder por indignidad señaladas en el 756, nuestro sistema positivo mantiene la posición dualista en la materia, distinguiendo las dos instituciones; de un lado la desheredación y sus causas y de otro la indignidad y las suyas que operan bajo un denominador común cual es la conducta reprochable del heredero en sus relaciones con el causante fallecido... existe un móvil moral que le inhabilita legalmente para entrar en posesión de la herencia».

²¹ GARCÍA RUBIO (2016, p. 632), quien añade que con «el fin de evitar su estrecho campo de actuación... se explica que los sistemas que han modificado en fechas más o menos recientes la institución hayan optado por flexibilizarla, bien ampliando los supuestos de hecho que pueden provocarla, como es el caso del CCc (Código Civil catalán), bien dejando que sea el juez quien en última instancia decida o no su aplicación, caso del Derecho francés en la llamada indignidad facultativa». En cambio, por ejemplo, MARÍN LÓPEZ (2009, p. 1), considera que como «quiera que las causas de indignidad son presupuesto de unas consecuencias claramente sancionadoras y excepcionales, deben ser objeto de interpretación restrictiva (v. STS 11 febrero 1946 [RJ 1946, 121] y 26 marzo 1993 [RJ 1993, 2394]), sin que se admita su ampliación o aplicación analógica, por mucho que el heredero o el legatario hayan ofendido al causante incluso mediante actos más graves que los previstos en este precepto»; y MARTÍNEZ ESPÍN (2016, p. 43), confirma que las causas de indignidad, dado «su carácter sancionador, han de ser interpretadas con carácter restrictivo, sin que sea posible su aplicación analógica»; criterio que comparte también VATTIER FUENZALIDA («Comentario al artículo 756 CC», 2010, p. 869), quien subraya que la interpretación restrictiva la «ha declarado hace tiempo la STS 11-2-1946 (RJ 1946/121) y se ha reiterado por la STS 26-3-1993 (RJ 1993/2394)», criterio que confirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª Civil) de 16 de octubre de 2000 (JUR 2001/43618), que declara que el Alto Tribunal exige «una interpretación restrictiva (artículo 4.2 del Código Civil) en la aplicación de las causas de carácter claramente sancionador señaladas en el artículo 756 del Código Civil»; también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barce-

recientemente, la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de abril de 2018 (RJ 2018/1753) –siguiendo, por su parte, a la también Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de enero de 2015 (RJ 2015/639)²²–, ha concluido que «una cosa es que las causas de indignidad sean de interpretación restrictiva,... y otra que sea (necesariamente) restrictiva la interpretación o entendimiento de la concreta causa» legal de indignidad cuya concurrencia se ventile judicialmente.

Finalmente, hay que destacar que también en esta sede se ha mantenido por alguna doctrina relevante que sería posible incluir en las causas de indignidad, previstas en nuestro Código Civil en el artículo 756, otros hechos o conductas que, si bien no están comprendidos en dicho precepto, por su gravedad o inmoralidad social constituirían comportamientos merecedores de la declaración judicial de indignidad para suceder²³. Conforme a esta posición doctri-

lona (Sección 1.ª Civil) de 20 febrero de 2017 (JUR 2017\226792) considera que no se puede «invocar como causa genérica los *ataques a la dignidad del fallecido*, que si bien están en la base de las causas de indignidad, exigen su tipificación en las conductas descritas como configuradoras de cada una de ellas», y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.ª Civil) de 2 de octubre de 2017 (JUR 2018\218836) recuerda que es «necesario tener presente que como constantemente ha venido señalando el Tribunal Supremo la desheredación y la existencia de causas de indignidad es una materia que debe ser objeto de interpretación restrictiva por el matiz sancionador que tiene y por constituir una excepción a la regla general (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1993 y 4 de noviembre de 1997) debiendo además los hechos en que se basa tener cumplida prueba (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1975)».

²² Esta aludida resolución del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015, basándose, a su vez en la Sentencia del propio Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 3 de junio de 2014 (RJ 2014/258), aunque referidas ambas a las causas de desheredación de nuestro Código Civil -pero ello podría también aplicarse a los motivos de indignidad del artículo 756 CC-, dice que: «... en orden a la caracterización general de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (artículo 848 del Código Civil) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo»; criterio que calca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.ª Civil) de 3 noviembre de 2016 (JUR 2017\23539).

²³ Así, ALBALADEJO GARCÍA («Comentario al artículo 756 CC», 1987, pp. 11-12), quien aboga por encuadrar en el artículo 756 CC «conductas repugnantes no singularmente contempladas por la ley, que siendo moralmente tanto y más malas que las que sí, aunque no las prevea su letra, quepan, sin embargo, de algún modo, razonablemente en su espíritu; porque no hay que olvidar que por mucho que se predique la interpretación restrictiva, ello no excluye de apreciar como causa de indignidad algún hecho de tal índole que mereciendo serlo, aunque no aparezca singularizado en el catálogo legal, quepa incluirlo en alguno de sus conceptos». También MENA-BERNAL ESCOBAR (1995, p. 65), comparte este criterio y concluye que si bien a las causas legales de indignidad del artículo 756 CC les corresponde «una interpretación restrictiva por su carácter sancionador o limitativo de derechos, nada impide y ello no es contradicción con lo anterior, que siguiendo el espíritu implícito de la ley, se castigue con la privación de herencia la conducta del heredero que por su gravedad sea desmerecedora de ello, aun cuando la propia ley no la contemple expresamente. Con lo cual, puede afirmarse la posibilidad, al no existir impedimento legal, y la conveniencia, dada la especificidad y concreción con que se presenta en nuestro Código, de ampliación de las causas expresas legales, no como potestad en manos del testador, puesto que a éste no corresponde, sino como potestad, en última instancia, judicial».

nal, que comparto abiertamente, sería al juez a quien, en su función interpretativa y aplicadora de las normas jurídicas, correspondería declarar como causa legal de indignidad un determinado hecho o comportamiento grave que no estuviese contemplado en la letra de la ley pero sí en su espíritu. Pues bien, ya anticipo en este punto que si se alega y defiende por alguna doctrina la inclusión en el artículo 756 CC de causas de indignidad no previstas expresamente en dicho precepto, pero que por su gravedad o inmoralidad deberían encuadrarse en él, también podría defenderse que actuaciones contenidas en dicho artículo fueran admitidas como causas de exclusión de la herencia o legado, aunque no cumplieran estrictamente los presupuestos legales exigidos por motivos ajenos a los propios interesados.

En definitiva, puede concluirse en este apartado que el heredero o legatario que incurre en alguna de las causas legales de indignidad (*ex art. 756 CC*) o, en su caso, en cualquier otra considerada judicialmente por su gravedad o inmoralidad social, haya tenido lugar en vida del causante o tras su fallecimiento, si el presunto indigno no es objeto de rehabilitación por dicho *de cuius*, *ex* concreto artículo 757 CC, quedará privado totalmente de su pretendido derecho sucesorio, ya sea en la sucesión testamentaria –tanto por derecho de legítima como por libre disposición hereditaria–, ya sea en la sucesión intestada o legal. Obsérvese que esta específica causa de indignidad del artículo 756.3.º CC tiene también relevancia como causa de desheredación, pues, de acuerdo con lo indicado en el artículo 852 CC, son «*justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos 853, 854 y 855, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º*», de manera que puede emplearse para desheredar justamente a hijos y descendientes, padres y ascendientes y al propio cónyuge viudo.

IV. PRESUPUESTOS DE LA CAUSA DE INDIGNIDAD DEL VIGENTE ARTÍCULO 756.3.º CC

De acuerdo con el estudiado y novedoso artículo 756.3.º CC, se deducen tres requisitos para que proceda la declaración judicial de indignidad del heredero o legatario, a saber, una acusación al causante, que la imputación sea de delito que lleve aparejada «*pena grave*» conforme al Código Penal y, por último, una condena al

actuante «*por denuncia falsa*». Veamos separada y detalladamente estos presupuestos legales indicados:

1. ACUSACIÓN AL CAUSANTE

Se trata en este presupuesto legal de la imputación falsa al causante, por parte del heredero o legatario actuante, de hechos o actos que, si fueran ciertos, serían constitutivos de delito grave²⁴. Pues bien, la cuestión fundamental que se plantea en este apartado es si por acusación hay que entender cualquier imputación hecha al *de cuius*, del delito grave de que se trate, ya verbalmente, ya por escrito, o únicamente la inculpación realizada formalmente mediante querrela criminal interpuesta contra aquél, o también a través de denuncia presentada contra dicho causante o, incluso, mediante cualquier otra actuación procesal, que hubiese dado lugar al correspondiente proceso criminal. A favor de esta última inteligencia, y ya en relación con la redacción anterior del estudiado artículo 756.3.º CC («*El que hubiese acusado al testador...*», decía el precepto), se había mostrado parte de la doctrina civilista especializada. En efecto, esta posición doctrinal razonaba que era necesaria una imputación formal de delito, que diera lugar a un procedimiento penal, en cuanto que en el supuesto del artículo 756.3.º CC era inexcusable la concurrencia de una previa sentencia penal firme condenatoria del sucesor hereditario por delito de calumnia y, por consiguiente, que la proclamada actuación ilícita penal de éste pudiera dar lugar a la posterior declaración judicial civil de indignidad para suceder al causante²⁵. Obsérvese que esta argumenta-

²⁴ En la doctrina penalista, MUÑOZ CONDE (2017, p. 946), considera que no «basta que el denunciante o acusador se limite a expresar sus sospechas de que alguien ha cometido un delito, es preciso que lo atribuya de modo claro y concreto a una persona determinada, aunque no se designe por su nombre». En efecto, como destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3.ª Penal) de 15 de febrero de 2007 (ARP 2007/322), no «bastan atribuciones genéricas, vagas o analógicas, sino que han de recaer sobre un hecho inequívoco, concreto y determinado, preciso en su significación y catalogable criminalmente, dirigiéndose la imputación a persona concreta e inconfundible, de indudable identificación, en radical aseveración, lejos de la simple sospecha o débil conjetura, debiendo contener la falsa asignación los elementos requeridos para la definición del delito atribuido, según su descripción típica, aunque sin necesidad de una calificación jurídica por parte del autor».

²⁵ En este sentido, por ejemplo, Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2012, p. 34), quienes afirman que la «acusación debe haber dado lugar a un procedimiento criminal; no bastará la simple atribución del delito al causante»; GOMÁ SALCEDO (2010, p. 2840); LLEDÓ YAGÜE (2004, p. 64), quien escribe que dicha «acusación determina que ha habido denuncia y que la declaración judicial desestima aquella considerándola *calumniosa*, con lo cual aquella denuncia era falsa y por tanto dicha conducta ilícita es tildada de indigna una vez que se produzca la sentencia firme»; MORILLAS FERNÁNDEZ (2014, p. 1100); O'CALLAGHAN MUÑOZ (2007, p. 58), quien expone que la «acusación significa la hecha formalmente mediante denuncia o querrela»; RIVAS MARTÍNEZ (2005,

ción anterior quedaría reforzada, significativamente, con la nueva redacción del referido y analizado artículo 756.3.º CC que habla ahora, expresamente, de «condena por denuncia falsa»²⁶, condena, obviamente, en sentencia penal firme.

Por el contrario, yo estoy de acuerdo con la doctrina opuesta que entiende que la expresión *acusado* que emplea el legislador civil puede comprender cualquier imputación de delito grave al causante, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad –en relación con lo establecido por los arts. 205 (delito de calumnia) y 456.1.º (delito de acusación y denuncia falsas) del CP–, y ello tanto respecto de la antigua redacción del artículo 756.3.º CC, como en cuanto a la dicción actual del comentado precepto²⁷. Recuérdese en este punto, además, que el fundamento más defendido de la causa de indignidad contenida en este repetido artículo 756.3.º CC, tanto antes como ahora, es la sanción o pena civil al heredero o legatario que menoscaba grave e injustamente el honor, la reputación o la fama del causante, y que, sobre todo, la inmoralidad social o repugnancia de la actuación infame del llamado a la herencia debe provocar la indignidad para suceder. Es más, a lo anterior no obsta que se alegue la interpretación restrictiva procedente en esta institución jurídica, pues, como anteriormente se dijo, debe atenderse básicamente al espíritu de la norma y su virtualidad sancionadora de comportamientos intolerables y graves hacia el causante, tanto los realizados durante su vida como después de su fallecimiento. Finalmente, hay que añadir que, como se explicará detenidamente más adelante, no siempre será

p. 952), quien sostiene que la acusación no «comprenderá, en cambio, la reclamación de responsabilidad civil o la difamación pública que no den lugar a un proceso criminal»; VATTIER FUENZALIDA («Comentario al artículo 756 CC», 2010, p. 870); etc. En la doctrina civilista clásica, MUCIUS SCAEVOLE (1944, p. 398), concluía ya que, a los efectos del artículo 756.3.º CC, se podría calificar de acusador a toda persona que contribuía a un procedimiento injustamente dirigido contra el causante de la herencia.

²⁶ Así, por ejemplo, respecto del actual artículo 756.3.º CC, MARTÍNEZ ESPÍN (2016, p. 46), interpreta que se sigue exigiendo «una querrela formalmente interpuesta, una denuncia, o, incluso, cualquier otra intervención procesal de la que haya derivado un procedimiento criminal contra el causante de la sucesión».

²⁷ Ya SÁNCHEZ ROMÁN (2008, p. 278), escribía que la expresión acusación «no debe tener una traducción estricta semejante sólo a la idea del querellante particular en juicio, es decir, el que mantiene la acusación dentro del procedimiento criminal, sino que debe entenderse de modo más genérico y comprender, no sólo la acusación, sino la denuncia y hasta toda otra intervención procesal más secundaria, de la cual resulte en definitiva el hecho de ser acusado el testador o intestado por el heredero o legatario de cuya indignidad se trate, ya declarando como testigo ya como perito mediante afirmación que constituyen acusación, o mediante omisiones conscientes de la verdad por él conocida que sirviera a exculpar debidamente al acusado y a dejar subsistente un acuerdo contra él». En la doctrina penal, PALOMO DEL ARCO (2015, p. 499), mantiene que el delito de acusación y denuncia falsas no precisa «que sea a través de denuncia o querrela, puede ser a través del escrito de personación con la exclusiva finalidad de dirigir un escrito de acusación contra una persona a la que se sabe inocente (STS 254/2011, de 29 de marzo)».

necesaria la concurrencia de previa sentencia penal firme del actuante, para que proceda la declaración judicial de indignidad conforme a este motivo legal del artículo 756.3.º CC.

2. IMPUTACIÓN DE DELITO AL QUE LA LEY SEÑALE PENA GRAVE

Respecto de la redacción anterior del comentado artículo 756.3.º CC –que se refería a «delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor»–, se entendía, primeramente, que era indigno para suceder el que imputaba calumniosamente al causante cualquier delito al que la Ley penal señalaba una pena superior a los seis años de prisión. Sin embargo, este criterio cambió cuando entró en vigor el Código Penal de 1995²⁸, en cuanto que se suprimió la distinción entre presidio y prisión y se sustituyó el sistema de graduación genérica de las penas por otro consistente en la fijación de la extensión de la prisión correspondiente a cada delito concreto. De este modo, y de acuerdo con la taxativa Disposición Transitoria 11.ª 1.c del Código Penal, se mantenía por la doctrina civilista que debía tratarse solo de una pena de prisión superior a tres años. Por todo lo anterior, no faltaban autores que abogaban por la necesidad de una modificación del artículo 756.3.º CC para su adaptación a la legislación penal vigente, de manera que hubiese una referencia no a las clases de penas, sino a la extensión de las mismas²⁹.

²⁸ Reformado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, con vigencia desde el 24 de Mayo de 1996 (RCL 1995\3170).

²⁹ Vid. GARCÍA RUBIO: 2016, p. 636. Para esta autora, además, saltaba «a la vista la anacrónica redacción del precepto que contiene una norma de remisión a penas que han desaparecido del CP vigente. Precisamente esto hace que algún autor considere que tras la entrada en vigor del CP de 1995 esta causa de indignidad ha de entenderse derogada, puesto que lo contrario presupone la aplicación analógica de una norma penal, de forma contraria a lo prescrito en el art. 4.2. del CC. «En concreto, para la autora citada los que» mantienen la vigencia de la causa con el matiz de sustituir la mención al presidio o prisión mayor por la de prisión superior a tres años aplican analógicamente la Disposición Transitoria 11.º 1 donde se establece que *cuando se hayan de aplicar leyes penales o procesales por la jurisdicción ordinaria, se entenderán sustituidas: c) la pena de prisión mayor, por la de prisión de tres a ocho años*, ya que se está extendiendo lo previsto para las leyes penales o procesales a una ley civil como es la que regula la indignidad para suceder. No creo que tal derogación se haya producido, sin perjuicio de reconocer que la obsoleta regulación de las causas de indignidad en el CC sea aquí especialmente evidente, ya que el mantenimiento de su vigencia no supone en absoluto la utilización del método analógico en uno de los casos en los que no está permitido por el art. 4.2 CC (ahora confirmado por el art. 4.1 del CP), puesto que la aludida Disposición Transitoria no es una genuina norma penal, sino una regla técnica de sustitución de normas que permite una aplicación extensiva». También LLEDÓ YAGÜE (2004, p. 64) escribía que la «pena de prisión mayor a la que se refiere el precepto se corresponde en la actualidad con la pena de prisión de tres a ocho años, en virtud de la Disposición Transitoria 11.ª del Código Penal»; O'CALLAGHAN MUÑOZ (2007, p. 58), subrayaba que hoy «no existe en el Código penal la distinción entre presidio

Pues bien, tras la reforma del Código Civil³⁰, la actual redacción del artículo 756.3.º ha modificado la anterior dicción y ahora habla expresamente de «delito para el que la ley señala pena grave». Con esta alteración este precepto, aunque no se refiere todavía a la extensión concreta de las penas exigibles, como reclamaba la doctrina civilista, por lo menos ya se ha conectado con el Código Penal, realizándose una remisión implícita al actual artículo 33.2.º CP. Puede observarse que hoy este aludido artículo 33.2.º CP –modificado igualmente en 2015³¹–, incluye muchas más clases de penas que las que suponen privación de libertad –aunque la pena mínima sería hoy de cinco años de prisión respecto del delito grave imputado al causante–, pluralidad de penas posibles que teóricamente ampliaría la posible declaración judicial de indignidad sucesoria contenida en nuestro ordenamiento jurídico³². En efecto, el vigente artículo 33.2.º CP dice que: «Son penas graves:

- a) *La prisión permanente revisable.*
- b) *La prisión superior a cinco años.*
- c) *La inhabilitación absoluta.*
- d) *Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.*
- e) *La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.*
- f) *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.*
- g) *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.*
- h) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.*
- i) *La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.*

y prisión»; y (en «Comentario al artículo 756», 2006, p. 689), exponía que debía tratarse «de delito castigado con pena de prisión superior a tres años» y que había «desaparecido hoy la distinción presidio-prisión y mayor-menor»; TRUJILLO DÍEZ («Comentario al artículo 756», 2013, p. 1058), consideraba que tras «la modificación del CP, la mención al presidio o prisión mayor debe sustituirse por la de prisión superior a tres años, tal como indica la DT 11.ª1.c) CP»; y VATTIER FUENZALIDA («Comentario al artículo 756 CC», 2010, p. 870), explicaba que el «delito ha de merecer hoy en día, una pena entre tres y ocho años de prisión (DT 11.ª CP)».

³⁰ Por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, con vigencia desde el 23 de Julio de 2015 (RCL 2015\1016).

³¹ El actual artículo 33.2.º CP ha sido redactado por el número veinticuatro del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo (RCL 2015\439), por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 marzo), y con entrada en vigor el 1 de julio de 2015.

³² Vid. GARCÍA RUBIO: 2016, p. 638.

j) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.*

k) *La privación de la patria potestad»³³.*

3. CONDENA POR DENUNCIA FALSA

3.1 Preliminar: ¿comprende el precepto solo el delito de acusación y denuncia falsas o también el delito de calumnia?

Hay que partir en este apartado de que la modificación efectuada en el estudiado artículo 756.3.º CC, como consecuencia de la ya mencionada reforma del Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha cambiado la anterior expresión «*cuando la acusación sea declarada calumniosa*» por la nueva de si el acusador o denunciante «*es condenado por denuncia falsa*». Para los escasos comentaristas civilistas del vigente precepto esta nueva dicción significa, literalmente, que debe tratarse de previa condena penal firme por el delito de acusación y denuncia falsas, actualmente tipificado en el artículo 456 CP³⁴. Hay que preguntarse, pues, de entrada, si el vigente artículo 756.3.º CC comprendería también como causa de indignidad una previa condena penal firme al actuante por delito de calumnia (*ex art. 205 CP*), como sucedía anteriormente y desde la promulgación del originario Código Civil.

A mi juicio, debe considerarse que, ante todo, es el honor o la reputación de la persona el que debe tenerse presente en orden a la tutela tanto penal como civil establecida en esta sede en nuestro ordenamiento jurídico³⁵. Así, como razona la doctrina penalista, si se observa detenidamente, puede entenderse claramente que el delito de acusación y denuncia falsas no es sino un delito de calumnia cualificado o agravado por las circunstancias concurrentes en su verificación, esto es, la imputación de delito hecha «*ante*

³³ Significativamente, MANRESA Y NAVARRO (1921, p. 89), partiendo de que la «falta de respeto y consideración para con el causante que implica el hecho de la falsa denuncia contra el mismo, justifica sobradamente por sí sola la procedencia de esta causa de indignidad», señalaba ya que este motivo incapacitante ha sido censurado por la doctrina pues «el legislador ha estado demasiado benévolo al limitar(lo) al caso de tener señalada pena afflictiva el delito imputado en la denuncia».

³⁴ *Vid.*, por ejemplo, por todos, GARCÍA RUBIO: 2016, p. 638.

³⁵ La trascendente Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2007, de 15 de enero (RTC 2007/9), declaró que aunque el honor es «un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento», este Tribunal «no ha renunciado a definir su contenido constitucional abstracto afirmando que ese derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas...».

funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación» (art. 456.1.º CP), de manera que ambos tipos penales tienen una idéntica conducta típica, esto es, imputar un delito «con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad». En consecuencia, el delito de acusación y denuncia falsas, aunque supone inicialmente una infracción a la Administración de Justicia por implicar la utilización indebida de la actividad jurisdiccional, también representa una vulneración del honor del acusado o denunciado falsamente, de manera que si la imputación falsa del hecho delictivo no llega a constituir una acusación o denuncia falsa, por no darse sus circunstancias especialmente exigidas, todavía podríamos encontrarnos ante un delito de calumnia³⁶, que también debe ser susceptible de provocar la indignidad sucesoria como ha sucedido, repito, desde la promulgación del Código Civil en 1889, pues, ya desde entonces, en el primitivo artículo 756.3.º se consideraba indigno para suceder a quien «hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena afflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa». En definitiva, puede concluirse, razonablemente, que conforme al vigente artículo 756.3.º CC, procede la declaración judicial de indignidad siempre que se impute falsamente al causante un delito que lleve aparejada pena grave, aunque no sea en el estricto ámbito de la Administración de justicia, es decir, tanto en el supuesto de acusación y denuncia falsas (*ex art. 456.1.º CP*), como en el de calumnia (*ex art. 205 CP*).

³⁶ MUÑOZ CONDE: 2017, p. 945. En este sentido, en la doctrina penalista, por ejemplo, ORDEIG ORERO (2000, p. 94), considera también que el delito de acusación y denuncia falsas debería haberse situado por el legislador penal entre los delitos contra el honor, «concretamente dentro del delito de calumnia, como modalidad, figura o tipo agravado de ésta...»; y PALOMO DEL ARCO (2015, pp. 497 y 499), entiende que este delito «se configura como una modalidad de calumnia agravada», de manera que la «denuncia falsa, en cuanto tipo especial desplaza al de calumnia; aunque en el caso de que la imputación no sólo se realice ante este funcionario que por su cargo resulte obligado a proceder a la averiguación de los hechos imputados, sino también ante particulares, la doctrina afirma entonces la existencia de un concurso real de ambos tipos». Por su parte, SANTANA VEGA (2011, p. 987), coincide igualmente en que la «acusación o denuncia falsa ha de realizarse ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación (cuerpos policiales, Guardia Civil, fiscales, jueces), ya que si no se trataría de una injuria o calumnia». En esta línea, en la jurisprudencia menor, la relevante Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2.ª Penal) de 14 mayo de 2007 (JUR 2007/288573), concluye que los elementos del tipo del artículo 456 del Código Penal «no son abarcados en su totalidad en el tipo delictivo de calumnias, en cuanto que éste no requiere, como aquí ha sucedido, una imputación ante funcionario administrativo o judicial que tenga el deber de proceder a la averiguación de lo falsamente imputado», confirmando el importante Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 12 de mayo de 2015 (JUR 2016/140796) que la falta de los componentes del tipo del delito de acusación y denuncia falsas no impediría la concurrencia del delito de calumnia.

3.2 Obligatoriedad de previa sentencia penal firme

3.2.1 CRITERIO GENERAL

En principio, hay que partir de que la premisa general en esta sede es que la declaración de indignidad sucesoria, como sanción civil a una actuación infame del indigno, solo requerirá una previa sentencia penal firme, que establezca la comisión del hecho ignominioso por el implicado, cuando para el Código Civil la declaración judicial de indignidad no derive directamente de la realización del correspondiente hecho o comportamiento nefando, sino de la comprobación, repito, mediante previa resolución judicial penal firme, de que tal hecho o comportamiento delictivo se cometió y de que su autor es el heredero o legatario condenado cuya indignidad va a reclamarse judicialmente³⁷.

El postulado anterior se comprueba, respecto de la antigua causa de indignidad del artículo 756.1.º CC, esto es, el abandono de los hijos, en la relevante Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.ª Civil) de 7 de octubre de 2013 (JUR 2013/325110), cuando concluye que no «puede admitirse el alegato efectuado que refiere la concurrencia de una indebida aplicación del apartado primero del artículo 756 del Código Civil por el hecho de que no se haya producido ante la jurisdicción penal pronunciamiento alguno de condena de la ahora apelante por el delito de abandono de menores, pues se olvida con dicha alegación que de la regulación de nuestro Código Civil en momento alguno se deduce que en el supuesto configurado en el apartado primero del artículo 756 a la expresión...*abandonaren a los hijos*, se le exija una explícita condena por el delito de abandono de familia o menores tipificado en el Código Penal, sino que dicha expresión ha sido interpretada por doctrina y jurisprudencia en el sentido de que tan solo refiere una actitud de dejación o abandono en el cumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad, artículos 154 y concordantes del Código Civil, que es precisamente lo que ha tenido en consideración el Juez de Instancia en su resolución para entender que (los demandados)... se encuentran inmer-

³⁷ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (1997, p. 121) escribe en este punto: «Al estudiar las diversas causas de indignidad, hemos comprobado que algunas de ellas requieren, según su propio diseño legal, que haya recaído una sentencia judicial, para su existencia; tal ocurre, por ejemplo, con la del artículo 756, 2.º Cc (*El que fuere condenado en juicio...*), y con la del 756, 3.º (*...cuando la acusación sea declarada calumniosa*). En estos dos supuestos resulta evidente la necesidad de una sentencia judicial para que pueda ser apreciada la indignidad»; por tanto, concluye que en los supuestos «en que el acto realizado por el indigno es o puede ser delito se requiere una sentencia penal que le condene para que la indignidad pueda ser apreciada» (p. 126).

sos en la específica causa de incapacidad para suceder por causa de indignidad regulada en nuestro Código Civil sustantivo a raíz del momento en que voluntariamente hicieron dejación... de la totalidad de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad en relación con sus hijos, desentendiéndose material y afectivamente de ellos...»³⁸.

En consecuencia, pues, y también con arreglo a lo dispuesto en el artículo 758.2.º CC, solo se exigirá previa sentencia penal firme, para que pueda solicitarse judicialmente la declaración civil de indignidad, en los supuestos comprendidos en los párrafos segundo –será incapaz de suceder por causa de indignidad, el *«que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada. También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo»*–, y tercero –el que es objeto de este estudio– del artículo 756 del Código Civil. No obstante, hay que advertir que el mencionado artículo 758.2.º CC ha quedado obsoleto tras la actual redacción del artículo 756 CC³⁹, pues, también en las hipótesis del vigente párrafo primero de dicho precepto 756 CC, se habla de incapacidad por indignidad de quien *«fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes»*, supuesto éste que antes estaba

³⁸ En esta sede, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª Civil) de 17 de febrero de 2010 (JUR 2010/133449), consideró que, si bien procede «una interpretación restrictiva del apartado primero del artículo 756 del Código Civil», «la carga de probar que no existió nunca una situación de abandono... le corresponde precisamente al demandado, puesto que no puede exigirse la prueba de hechos negativos a la parte demandante debiendo ser por tanto la parte demandada quien pruebe, justifique y acredite en qué forma se ocupó de su hijo, en qué manera colaboró a su sostenimiento económico y a su formación moral, y nada de esto ha acreditado en modo alguno, por lo que necesariamente ha de entenderse que el hijo del demandado estuvo en una situación total de abandono en relación con su padre, lo que constituye causa clara de indignidad para suceder en cuanto que integra y constituye también motivo suficiente de desheredación».

³⁹ Como consecuencia de la ya mencionada reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (RCL 2015\1016).

recogido –aunque de modo diferente– en el párrafo segundo del artículo 756 CC y para el que se exigía también «en todo caso, una condena penal» firme –como advertía, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6.ª Civil) de 8 de enero de 2010 (JUR 2010/210902)–. Por consiguiente, el artículo 758.2.º CC debe ser referido hoy, igualmente, a los supuestos del párrafo primero del analizado y relevante artículo 756 CC.

3.2.2 ARGUMENTOS A FAVOR DE LA EXIGENCIA DE PREVIA SENTENCIA PENAL FIRME PARA QUE PROCEDA LA DECLARACIÓN CIVIL DE INDIGNIDAD

Como apuntaba en el apartado anterior, la exigencia de sentencia penal firme que declare la falsedad de la denuncia o imputación hecha por el indigno al causante parece derivar clara y actualmente del propio artículo 756.3.º CC que precisa que tal indigno sea «condenado por denuncia falsa» (*ex art. 456 CP*), y del artículo 758.2.º CC: «Para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate. En los casos 2.º y 3.º del art. 756 se esperará a que se dicte la sentencia firme...». Por ello, la doctrina civilista, tanto la referida al antiguo artículo 756.3.º CC que hablaba únicamente de que la «acusación sea declarada calumniosa» –de manera que no se recogía expresamente la necesidad de tal previa sentencia penal firme–, como la más reciente comentarista del vigente precepto que ahora se refiere explícitamente al «condenado por denuncia falsa» –por lo que se precisará condena mediante resolución penal firme–, suele partir de que la declaración judicial de indignidad basada en el artículo 756.3.º CC exige, patentemente, una previa condena penal firme del indigno. En consecuencia, se mantiene mayoritariamente que aun habiendo incurrido el heredero o legatario de forma evidente en la conducta sancionada civilmente, si no hubo tal previa resolución judicial penal firme, por cualquier motivo, podrá suceder al causante o mantenerse en la posesión de los bienes hereditarios si dicho indigno ya llegó a adquirir la herencia o el legado deferido a su favor⁴⁰. En estos supuestos, pues, no sería

⁴⁰ Así, respecto del antiguo artículo 756.3.º CC, HERNÁNDEZ GIL (*RDP*, 1961, p. 479), entendía que se «necesita una sentencia firme en el orden penal y otra que excluya al indigno de la herencia en base a aquella declaración» judicial; MARÍN LÓPEZ (2009, p. 1), advertía que para «estas causas de indignidad (casos 2.º y 3.º del artículo 756 CC), soy de la opinión de que fue la voluntad del legislador sujetarlas a una estricta prejudicialidad penal, con el objeto de que no pueda considerarse delincuente a los efectos civiles a quien no ha sido condenado en proceso penal. Así, en el supuesto en que la causa penal haya concluido sin llegar a pronunciarse una sentencia condenatoria, no deberá apreciarse indignidad sucesoria, por muy patente que sea la comisión del delito e incluso si el heredero»

suficiente la realización de la conducta contenida en el mencionado artículo 756.3.º CC para declarar la indignidad, sino que sería preciso que una previa sentencia penal firme así lo estableciera, de manera que la comprobación penal de la concurrencia de tal causa de indignidad por calumnia (*ex art.* 205 CP) o acusación o denuncia falsa (*ex art.* 456.1.º CP) sería únicamente el antecedente jurídico inexcusable para el ejercicio de la acción judicial encaminada a proclamarla judicialmente. En definitiva, no podría existir sanción civil de indignidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 756.3.º CC, sin previa condena firme en proceso penal.

Es más, en este punto, existen numerosas sentencias de la jurisdicción penal que se arrojan la competencia de declarar directamente la indignidad para suceder, sin necesidad de pronunciamiento posterior de la jurisdicción civil, una vez declarada la culpabilidad del heredero o legatario actuante en cualquiera de los supuestos legales del artículo 756 CC que requieren una previa resolución judicial penal firme⁴¹. Estoy totalmente de acuerdo con esta orientación jurisprudencial, básicamente de la llamada jurisprudencia

ro o legatario ha reconocido cometerlo»; LLEDÓ YAGÜE (2004, p. 64), apuntaba que en «esta causa de indignidad también se exige que haya sentencia (penal) firme (art. 758.2)»; O'CALLAGHAN MUÑOZ (2007, p. 58), aseveraba que esta «causa exige... una sentencia firme dictada en proceso penal, condenatoria en la presente causa, por delito de calumnia por acusación por el indigno de cualquier delito castigado con pena de prisión», RIVAS MARTÍNEZ (2005, p. 952), mantenía que para «que la indignidad juegue es necesario que los tribunales declaren calumniosa la denuncia o querrela por sentencia (penal) firme»; y TRUJILLO DÍEZ («Comentario al artículo 756», 2013, p. 1056), quien transcribe lo escrito por Marín López y anteriormente citado. Por su parte, respecto del actual artículo 756.3.º CC, GARCÍA RUBIO (2016, p. 638), escribe que con «relación a la necesidad de condena del acusador, y aunque en este caso no se diga expresamente, la coherencia con los otros párrafos del propio art. 756 CC reclaman una sentencia penal firme que contenga tal condena, lo que significa que cuando no la haya en el momento de morir el presunto indigno, el autor del hecho muere siendo capaz para suceder, sin que tales hechos puedan ser ya comprobados por el juez civil (lo que era dudoso en la redacción previgente...)».

⁴¹ Así, la relevante Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense (Sección 2.ª Penal) de 4 de marzo de 2015 (ARP 2015/243), considera que «en cuanto a la solicitud efectuada por la acusación particular, relativa a que se declare en esta jurisdicción la incapacidad por indignidad del condenado para suceder a la víctima en base al art. 756 2.º del Código Civil, cabe citar la SAP Baleares de 12 mayo 2004, que señala que tal pronunciamiento es superfluo, pues la propia incapacidad deriva, no de pronunciamiento judicial expreso a tal fin, sino de la propia sentencia condenatoria, sin que pese a ello nada obste al pronunciamiento interesado, como parece reconocerlo también la STS Sala II de 13 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1841) a sensu contrario, que señala que en el caso que analiza, (un delito de parricidio), la norma del art. 756 2.º del CC no puede ser aplicada al no haber sido invocada en la instancia, con lo que parece admitir que si se invoca y es procedente, puede ser aplicada en una sentencia penal». En este sentido, y en relación con la causa de indignidad derivada del asesinato del causante (antiguo art. 756.2.º CC, hoy 756.1.º CC), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1.ª Penal) de 20 de septiembre de 2012 (ARP 2012\1475); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1.ª Penal) de 16 de junio de 2015 (ARP 2015\958) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2.ª Penal) de 11 de abril de 2016 (ARP 2016\1027). En cambio, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sección Penal) de 29 de diciembre de 2014 (JUR 2015\58619), concluye que la petición de declaración de indignidad rebasa las facultades correspondientes «a un tribunal penal».

menor, pues no sería sino otra consecuencia civil derivada de la comisión de un delito apreciable por el tribunal penal (conforme a los arts. 109 y siguientes del CP), sin olvidar que el propio Tribunal Constitucional reconoció ya la constitucionalidad de la eventualidad de la jurisdicción civil de los tribunales penales en la importante Sentencia 157/1990, de 18 de octubre («El conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene carácter eventual, por estar condicionada por la existencia de responsabilidad penal») ⁴². Lo que sucede es que esta posibilidad no sería viable, en principio, en el supuesto analizado de indignidad sucesoria por ofensas graves *post mortem* al causante.

3.2.3 RAZONAMIENTOS EN CONTRA DE LA NECESIDAD DE PREVIA SENTENCIA PENAL FIRME SI CONCORRE CAUSA CIERTA DE INDIGNIDAD COMPROBABLE POR EL JUEZ CIVIL: ESPECIAL REFERENCIA A LA SAP DE MURCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2012

En principio, estoy de acuerdo con que la regla general debe ser, en esta sede, que cuando la causa de indignidad alegada por los interesados en el juicio correspondiente se discute o el indigno ocupe bienes hereditarios y, conforme al Código Civil, sea precisa una precedente resolución penal firme, habrá de acudirse a la vía judicial penal y obtener una sentencia irrecurrible que declare que realmente existe la causa de indignidad invocada, porque se cometió el hecho o comportamiento indigno, de manera que con tal resolución judicial penal irrevocable se pueda solicitar la declaración judicial civil de indignidad.

No obstante, a mi juicio, puede darse también la hipótesis de que la declaración judicial de indignidad solo precise que el presunto indigno haya incurrido en una causa comprobable de la misma (*ex art. 756 CC*), sin que sea exigible, necesariamente y en todo caso, una previa sentencia penal firme que la disponga expresamente, ni siquiera en los supuestos del párrafo tercero del analizado artículo 756 CC. De este modo, cuando el indigno deba ser emplazado penalmente por su acto infame, si por cualquier motivo

⁴² Confirma este Alto Tribunal que esta interpretación favorable a la jurisdicción civil eventual (*secundum eventum litis*) de los tribunales penales se acomoda a los principios constitucionales de justicia e igualdad y sensibilidad con la víctima, a la que evita el llamado peregrinaje de jurisdicciones, y constituye una «característica de signo progresivo conectada al sentido social del Estado de Derecho proclamado en el art. 1 CE..., (que) beneficia directamente a los sectores de la población menos dotados económicamente, a quienes facilita la defensa de su derecho, para conseguir con esa actuación tuitiva la igualdad efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9 CE y, con ella, la justicia» (STC 98/1993, de 22 de marzo).

no se le persigue criminalmente –o no pueda perseguírsele por causas ajenas a los interesados–, ello no obsta a que si resulta probada su conducta infamante en vía judicial civil, deba estimarse civilmente la indignidad, aun sin previa condena penal irrecurrible. En definitiva, no hace falta previa sentencia penal firme si el indigno reconoce su grave ofensa o ya no cupiere procedimiento criminal contra éste⁴³, por la razón que sea –y no imputable a los concernidos–, señaladamente, respecto del supuesto que es objeto de este estudio (art. 756.3.º CC), por el fallecimiento del sujeto pasivo del delito de calumnia (*ex art.* 205 CP) o del delito de acusación y denuncia falsas (*ex art.* 456.1.º CP), esto es, del causante imputado falsa y gravemente, lo que impediría el inicio del proceso criminal contra el heredero o legatario que realizó la ofensa. En efecto, a ello hay que añadir que, como ya anticipé en las primeras declaraciones de este estudio, puede afirmarse que la memoria *defuncti* pervive en los herederos o familiares por transmisión del derecho a su defensa si aquélla es ofendida gravemente, sin olvidar tampoco que, en particular, el heredero se subroga en la posición jurídica del causante tras la muerte de éste y, en ese sentido, es, señaladamente, un continuador de su personalidad jurídica civil y tendría legalmente su tutela *post mortem*, de ahí el ya citado artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que permite el ejercicio de «*las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida*», y como consecuencia de las mismas podría obtenerse una sentencia civil firme estableciendo la vulneración del honor del fallecido.

En esta misma línea, incluso, se hallan autores civilistas clásicos que partían de la exigencia de precedente sentencia penal firme en este motivo de indignidad del artículo 756.3.º CC, y ello, manifiestamente, cuando no cupiera la acción penal por inexistencia del elemento subjetivo del delito de calumnia –o de acusación y denuncia falsas–, pues, en estos supuestos el Juez civil podría seguir conociendo del asunto en cuestión y declarar la concurrencia de la causa de indignidad al mismo tiempo que decide, como consecuencia, la exclusión definitiva del indigno de la herencia o legado deferidos a su favor⁴⁴.

⁴³ ALBALADEJO GARCÍA: «Comentario al artículo 756 CC», 1987, pp. 6 y 33. Así, también O'CALLAGHAN MUÑOZ (2007, p. 61), que transcribe la teoría de Albaladejo, y TRUJILLO DíEZ («Comentario al artículo 756 CC», 2013, p. 1058), quien, igualmente, parafrasea literalmente a Albaladejo y confirma que el «juez civil podrá declarar la indignidad cuando en el momento del fallecimiento del supuesto indigno no haya sentencia penal firme».

⁴⁴ Así, por ejemplo, HERNÁNDEZ GIL: *RDP*, 1961, p. 479. También SÁNCHEZ ROMÁN (1910, pp. 300-301) apuntaba ya que el artículo 762 CC, que regula la «acción

Significativa y trascendental resulta en esta sede el criterio mantenido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1.ª Civil) de 19 de noviembre de 2012 (AC 2012/1631), aunque referida a los supuestos del vigente artículo 756.1.º CC, pues estos casos también requerirían previa sentencia penal firme para que fuera declarada civilmente la indignidad⁴⁵. El supuesto de hecho de esta sentencia se refiere a un marido que había dado muerte a su esposa e hijos y después se suicidó. La cuestión central que se planteaba era si «ante la imposibilidad de que se pueda obtener una condena penal en juicio», por la muerte del imputable, la existencia de evidencias de la autoría de los asesinatos –el asesino comunicó los hechos «a los agentes» y dejó «una nota manuscrita»–, era «suficiente para activar lo dispuesto en el art. 756 n.º 2 del C.c. (en concordancia con el art. 852 C.c.)». Pues bien, esta resolución judicial establece, a mi juicio, certeramente, los argumentos cardinales explicativos de la no exigencia de previa sentencia penal firme en estas hipótesis de imposibilidad de abrir un proceso criminal contra el presunto indigno. De este modo, la comentada sentencia considera que aun «participando de la interpretación restrictiva que ha de darse al precepto (se refiere al artículo 756 CC)⁴⁶, al margen de la naturaleza punitiva, de reconstrucción de la voluntad hipotética del causante de excluir al indigno o de sentimiento de moralidad social que pudiera otorgarse a la razón o fundamento que apoya la declaración de indignidad, lo cierto es que lo que ha de valorarse es la conducta del indigno en el contexto de la concreta causa recogida en el (correspondiente artículo)... y su reprocha-

para declarar la incapacidad, no debe entenderse como creador de una acción especial para este fin, sino considerarse referido a los supuestos de ejercicio de un derecho preferente a la herencia o legado por quien lo tenga, ejercitando la acción correspondiente a partir del supuesto que le da la preferencia, siquiera sea ésta la incapacidad del actual poseedor de los bienes hereditarios, aparentemente adquiridos en virtud de título de herencia o de legado por el heredero o legatario incapaz y sin que, por consiguiente, haya de reputarse necesario el previo ejercicio, planteamiento y decisión de la litis sobre dicha incapacidad, así como a manera de cuestión prejudicial».

⁴⁵ En efecto, esta citada Sentencia se refiere expresamente a la causa de indignidad contenida en el antiguo artículo 756.2.º CC -atentado contra la vida del causante, hoy recogida en el párrafo primero del citado art. 756 CC-, pero no cabe duda que su criterio es igualmente aplicable al vigente supuesto tercero, objeto del estudio, pues ambos tienen la misma exigencia legal de existencia de previa sentencia penal firme (también *ex art.* 758 CC).

⁴⁶ La STS (Sala de lo Civil) de 26 de marzo de 1993 (RJ 1993/2394), concluye que en «esta materia no puede dejar de reconocerse, finalmente, que la jurisprudencia exige una interpretación restrictiva en la aplicación de las causas de carácter claramente sancionador señaladas en el artículo 756» del Código Civil (criterio que reitera la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1.ª Civil) de 19 de junio de 2009 –AC 2009/1710–). También la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª Civil) de 8 de septiembre de 2006 (JUR 2008/10535), recuerda que «señala la doctrina legal que, al tratarse estos supuestos de una auténtica sanción civil, han de ser interpretados restrictivamente y con cautela (STS de 26-3-93)» en cada caso concreto.

bilidad, de manera que dicha gravedad pugne con el beneficio que supone suceder a la víctima. Ciertamente el precepto... exige la condena en juicio para apreciar la causa de indignidad, si bien surge la controversia a la hora de determinar si esa condena ha de ser necesariamente de carácter penal, y a tales efectos consideramos que de seguirse la tesis de que es necesario sentencia penal, los supuestos como el que nos ocupa (donde ya no es posible entablar la acción penal y se extinguió la responsabilidad penal),... quedarían excluidos lo cual no dejaría de ir contra el propio principio que informa el precepto, donde lo que ha de primar son los actos cometidos contra el causante, su gravedad y reprochabilidad, razón por la que consideramos que dicha exigencia de condena en juicio penal tan sólo será necesaria cuando el indigno no admita que lo es y quepa el correspondiente proceso criminal, si bien en los casos como en el que nos ocupa donde no es posible dicho juicio en el ámbito jurisdiccional penal, será el tribunal civil quien estime si se produjo el acto indigno, si bien con ello no se trata de que la jurisdicción civil se arrogue competencias penales, sino que lo que debe examinarse en el ámbito en que nos hallamos es si de acuerdo con un balance de posibilidades es factible determinar verosímelmente si se produjo la conducta indigna». Por consiguiente, sigue indicando la resolución judicial comentada, la «indignidad no limita la voluntad del testador, de manera que el indigno, aun adquiriendo la herencia, es privado de ella en castigo por los actos cometidos contra el causante, razón por la que el testamento, que no adolecía de vicio alguno, no cabe declararlo nulo, sino sencillamente excluir al indigno de la herencia, de manera que ésta debe ir a quienes hubieran sido llamados si el indigno no hubiera vivido (o podido aceptar) al tiempo de la apertura de la sucesión». Es cierto que esta resolución judicial no se refiere, expresamente, al supuesto estudiado en este trabajo de la grave ofensa *post mortem* al causante del artículo 756.3.º CC, pero como puede observarse, claramente, sus postulados son perfectamente aplicables también a tal hipótesis analizada, en especial la relevante declaración de que –a pesar de la interpretación restrictiva que ha de darse al artículo 756 CC–, cuando no sea posible un juicio en el ámbito penal, deberá ser el tribunal civil quien estime si se produjo el acto indigno que prive al ofensor de sus derechos hereditarios.

En esta misma línea, ya la significativa Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª Civil) de 16 de octubre de 2000 (JUR 2001/43618), había defendido que si bien es cierto «que el artículo 756.2 del Código Civil (referido a la indignidad del «*que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del*

testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes)», exige de manera taxativa que se haya dictado (previa) sentencia penal firme» para que el juez civil declare la indignidad, tal necesidad únicamente procede «para el caso de que el hecho no se reconozca en el orden jurisdiccional civil y hubiera podido seguirse tal causa penal» previamente contra el heredero o legatario actuante, «sin que ningún obstáculo» legal haya existido para ello⁴⁷.

En definitiva, los criterios que se deducen de las anteriores resoluciones judiciales de la llamada jurisprudencia menor serían, primero, que debe atenderse a la gravedad e inmoralidad social del acto cometido por el presunto indigno; segundo, que la previa sentencia penal firme establecida por el ordenamiento jurídico en algunos supuestos de indignidad –por ejemplo, también en el concreto art. 756.3.º CC–, solo será exigible si cabe el correspondiente procedimiento criminal contra el actuante; tercero, que si tal proceso penal no es posible –en nuestro caso, por muerte del causante ofendido gravemente–, será el juez civil competente quien compruebe si se produjo el acto o comportamiento indigno y, posteriormente, declare la reclamada indignidad; y cuarto, que ello no supone en absoluto que la jurisdicción civil se arrogue competencias penales, sino que en el juicio civil declarativo de indignidad el juez tiene competencia para decidir si el presunto indigno incurrió en motivo de indignidad atendiendo a las circunstancias y pruebas pertinentes, sin necesidad estricta de tal previa sentencia penal firme.

Asimismo, la anterior inteligencia también se ha considerado por la doctrina respecto de la necesidad actual de previa sentencia firme de privación de la patria potestad⁴⁸. En efecto, en la actualidad, el vigente artículo 756.2.º, tercer inciso, del CC –tras la reforma producida por la ya comentada Ley 15/2015, de 2 de julio, de la

⁴⁷ Finalmente, debe tenerse en cuenta, en esta sede, el criterio genérico esgrimido por la importante Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.ª Civil) de 16 de julio de 2015 (JUR 2015/193926), que, si bien referida a las causas de desheredación del Código Civil –aunque idéntico criterio podría aplicarse a los motivos de indignidad del art. 756 CC–, concluye que aunque es cierto que tales causas «deben ser interpretadas de manera restrictiva ya que son de aplicación excepcional pero no puede ignorarse que en determinados supuestos nos encontramos ante situaciones que vulneran la que debe ser (*sic*) elementales comportamientos de los humanos», de manera que cuando se rompen las «normales y exigibles normas de comportamiento», ello también «ha de tener sus consecuencias» en el orden sucesorio.

⁴⁸ La privación de la patria potestad (*ex art.* 170 CC) debe sustanciarse por los trámites del procedimiento declarativo ordinario de acuerdo con lo previsto en el artículo 249.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece: «1. *Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:...* 2.º *Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente*».

Jurisdicción Voluntaria–, elimina la referencia al *abandono* de los hijos por los progenitores y en su lugar establece como motivo de indignidad sucesoria la privación «*por resolución firme de la patria potestad*». De este modo, conforme al artículo 170 CC, el «*padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma...*», siendo, en su caso, el abandono el supuesto de incumplimiento de mayor gravedad, pues implica la falta de cumplimiento total de dichos deberes anejos a la patria potestad –Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª Civil) de 8 de septiembre de 2006 (JUR 2008/10535)⁴⁹–.

Obsérvese que la divergencia esencial entre la antigua redacción y el vigente texto del artículo 756.2.º, inciso tercero, del CC, radica en que, en la regulación hoy vigente, la causa de indignidad para suceder no es ya el abandono material del menor por parte del padre o madre –cuya existencia debía ventilarse en el propio juicio de indignidad–, sino la privación por resolución judicial firme de la patria potestad, cuya constancia permitirá declarar la indignidad solicitada por los interesados. Por ello, cabría cuestionarse también, con arreglo al texto vigente, qué sucedería si se solicita judicialmente la privación de la patria potestad del progenitor, por el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad, pero fallece el menor durante el proceso correspondiente⁵⁰. Conforme al tenor literal del mencionado y novedoso artículo 756.2.º, tercer inciso, del CC, como ya no sería posible la condena al progenitor mediante sentencia firme, no cabría la causa de indignidad respecto del mismo. No obstante, se considera que, en tal hipótesis, el proceso debería continuar pese a la muerte del menor, pues la resolución judicial tiene incorporado, con la actual regulación del mencionado artículo 756.2.º, tercer inciso, del CC,

⁴⁹ Esta resolución judicial citada añade que: «El motivo en que se funda la acción ha sido el abandono de que ha sido objeto el hijo durante prácticamente toda su vida por parte de su padre. A tal efecto, el art. 756, 1.º del Cc. señala que son incapaces para suceder por causa de indignidad *los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompiesen a sus hijos*. La jurisprudencia viene comprendiendo desde antiguo dentro del abandono no solo los supuestos de exposición de los hijos, sino aquellos otros en que se produce su incumplimiento grave y flagrante de los deberes derivados de la patria potestad (STS de 3-12-46 y 28-2-47)».

⁵⁰ En este punto, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) de 23 de abril de 2018 (RJ 2018/1753), ha puesto de manifiesto que no «deja de ser llamativo que el demandado, aquí recurrente, ante una demanda en su contra de pérdida de patria potestad, con la gravedad que ello supone en las relaciones paternofiliales, no se personase y fuese declarado en rebeldía, pues si la demanda hubiese prosperado, lo que no sucedió por fallecer el menor en el curso del proceso, la causa de indignidad no ofrecería duda, como expresamente se prevé en el párrafo tercero del n.º 2 del art. 756 CC en la redacción actual por Ley 15/2015, de 2 de julio». *Vid.*, respecto de esta resolución del Alto Tribunal, CABEZUELO ARENAS: *RDPat*, 2018, pp. 1 y ss.

otro significativo efecto civil –no sólo la extinción de la patria potestad que, en efecto, queda ya suprimida por el fallecimiento del menor–, que es la incapacidad del progenitor para suceder al hijo menor fallecido, por causa de indignidad. En definitiva, la muerte prematura del hijo menor, anterior a la sentencia firme de privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, no debería favorecer al progenitor en el sentido de considerarle capaz para heredar al descendiente con apoyo en una interpretación literal del vigente texto del susodicho artículo 756.2.º, tercer inciso, del CC⁵¹. Lo mismo debería mantenerse, a mi modo de ver, en el supuesto de que el menor hubiese muerto antes de iniciarse el juicio dirigido a obtener sentencia firme privativa de la patria potestad del progenitor presuntamente indigno. De nuevo, la gravedad e inmoralidad social de los actos o comportamientos demostrados deberían permitir al juez, que conoce del juicio de indignidad, declarar el motivo de indignidad concurrente, sin necesidad de previa sentencia firme de privación de la patria potestad que ya no sería posible⁵².

V. LEGITIMACIÓN EN LA ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER

1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Partiendo de uno de los presupuestos cardinales de la declaración de indignidad, esto es, que sea instada por los llamados en lugar del indigno al todo o a una parte de la herencia, debe indicarse que la acción de declaración judicial de la indignidad, a la que se refiere el artículo 762 CC, solo puede ser ejercitada por quienes mediante la exclusión del indigno podrían obtener un derecho a la

⁵¹ Vid. COSTAS RODAL (*RDAC-M*, 2018, pp. 7-8), quien añade que la «privación de la patria potestad no ofrecería dudas en orden a la exclusión del progenitor de la herencia del hijo. Lo que ocurre en el presente caso es que el proceso no llega a término por el fallecimiento del menor. Aunque no hay sentencia de privación de la patria potestad, el incumplimiento del padre de los deberes inherentes a la patria potestad, tanto afectivos como económicos, es tan severo que puede decirse del progenitor que es indigno para suceder al hijo fallecido por cumplirse la situación de *abandono* del hijo del antiguo artículo 756.1.º CC».

⁵² Aunque referida a la antigua causa de indignidad del artículo 756.1.º CC, el abandono de los hijos sin necesidad de sentencia firme de privación de la patria potestad, la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 5.ª Civil) de 27 febrero de 2009 (JUR 2009\2853879) da la clave cuando concluye que ninguna «duda de hecho ni de derecho se ha planteado al Juez de Instancia, como tampoco se le plantea a este Tribunal, sobre la aplicación de la causa de indignidad para suceder del demandado con respecto a su hijo, dado el total incumplimiento de las obligaciones paterno filiales...».

herencia o legado o incrementar el que ya tenían⁵³, ya sean herederos testamentarios o por llamamiento abintestato. Por tanto, tienen interés jurídico y están legitimados activamente para solicitar la exclusión del indigno de la sucesión, quienes deban suceder en su lugar, o sea, quienes recibirían los bienes hereditarios en defecto de aquél o, en general, todos aquellos que podrían obtener una ventaja en la herencia del causante a causa de la exclusión del indigno. En concreto, y por ejemplo, podrían pedir la declaración de indignidad los coherederos o colegatarios si existiere el derecho de acrecer entre ellos; los sustitutos vulgares o fideicomisarios cuya sustitución fideicomisaria comprendiera la sustitución vulgar; el heredero a cuyo llamamiento hereditario le correspondiera absorber el legado dejado al indigno (*ex art. 888 CC*⁵⁴); o el heredero abintestato que sucediere al causante en defecto del declarado indigno para suceder⁵⁵. En este punto, la Sentencia de la Audiencia Provincial

⁵³ Vid. HERNÁNDEZ GIL: *RDP*, 1961, pp. 479-480. Ya SÁNCHEZ ROMÁN (1910, p. 301) consideraba que esta acción de indignidad «corresponderá a todos los que ostenten derecho a los bienes o rentas hereditarias, una vez declarada la incapacidad del que los posee, lo mismo lo sean por testamento que abintestato, sin que los de grado más próximo que no ejerciten la acción impidan que su ejercicio se realice por los parientes de grados posteriores por título de herencia en virtud de otra institución o por el carácter de coherederos por resultado del derecho de acrecer...». Actualmente, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2012, p. 37), sostienen que la «legitimación para accionar debe limitarse a los que se benefician de la ineficacia del llamamiento al indigno»; MORILLAS FERNÁNDEZ (2014, p. 1109), mantiene que la acción de declaración de la indignidad corresponde «a quien tenga interés en excluir al indigno de la sucesión, para poder conseguir o mejorar su derecho a la herencia»; RIVAS MARTÍNEZ (2005, p. 965), se refiere a «cuantos puedan de esta manera obtener un beneficio o mejorar el que ya les corresponda... La legitimación activa corresponde, pues, al llamado o llamados a la herencia o al legado, en lugar del incapaz, o, en otras palabras, los que se beneficiarían de la inefectividad (declarada judicialmente) de su llamamiento»; TRUJILLO DÍEZ («Comentario al artículo 762 CC», 2013, p. 1065), habla de que únicamente «podrán impugnar la sucesión del indigno aquellos que pudieran obtener alguna ventaja en la herencia del causante como consecuencia de la exclusión del indigno, o mejorar la situación que tuvieran, incluyendo los herederos por derecho de representación *ex artículo 761*»; etc. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.ª Civil) de 9 de marzo de 2012 (AC 2012\887), negó la legitimación activa al cónyuge supérstite -casado en segundas nupcias- contra una hija de su esposa fallecida, existiendo otro hijo en el que no concurría causa alguna de indignidad, pues el viudo «no actúa en interés propio al pretender anular la institución de heredero y su status permanece inamovible como legatario, y su usufructo vitalicio sobre la vivienda se mantiene, se anule o no la institución de heredero, sea o no declarada incapaz para suceder la demandada, puesto que hay otros descendientes que la adquirirían sin afectar al legado (art 851 CC)»; en cambio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19.ª Civil) de 21 diciembre de 2009 (JUR 2010\116336) concluye que dado «que la actora, como hermana de la difunta, se encuentra dentro de los parientes susceptibles de ser declarados herederos *ab intestato* de la misma, resulta acreditada su legitimación para interesar la indignidad de su sobrino en la sucesión de aquélla», quien fue condenado por el asesinato de su madre, la causante.

⁵⁴ El artículo 888 CC dice: «Cuando el legatario no pueda o no quiera admitir el legado, o éste, por cualquier causa, no tenga efecto, se refundirá en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer».

⁵⁵ Vid. DÍAZ ALABART (1987, p. 11), quien escribe que: «Promover la constatación del hecho productor de indignidad, o denunciar que ha tenido lugar, o instar la averiguación de su autoría o imputación al indigno, etc., son cosas que corresponderán a quien

de Asturias (Sección 5.ª Civil) de 2 de julio de 2003 (AC/2003/1138), concluye que la legitimación activa «para ejercitar judicialmente la acción dirigida a la declaración de la concurrencia de causa de indignidad corresponderá a quienes puedan beneficiarse con la misma, lo que acontece en el caso de autos, ya que en defecto de la demandada la herencia pasaría a los actores conforme a lo dispuesto en el artículo 938 del Código Civil».

Cabe preguntarse en este punto si la acción de declaración judicial de la indignidad pueden ejercitarla solo los sucesores llamados inmediatamente después del indigno o, cuando no la emprenden, también a quienes correspondería heredar en defecto de los primeros llamados que no interponen la mencionada acción judicial por cualquier causa. Aunque existen posiciones doctrinales encontradas respecto de la resolución de esta cuestión, considero más adecuada aquí la inteligencia de que la acción de declaración judicial de indignidad solo corresponde a los sucesores seguidamente posteriores al indigno, y ello, básicamente, porque siendo éstos, si lo desean, los únicos que podrían beneficiarse de la impugnación de la sucesión hereditaria de tal indigno, si optan por no actuar, se consolidaría, definitivamente, la adquisición hereditaria de éste, lo que también derivaría de la jurisprudencia recaída en sede de acción para solicitar la nulidad del testamento⁵⁶.

Otra cuestión importante en este apartado es la de qué sucede si la acción de declaración judicial de la indignidad se ejercita exclusivamente por uno de los varios llamados primeramente a la heren-

correspondan en cada caso (así, si es delito, denunciarlo o entablar querrela), pero pedir la exclusión del indigno de la sucesión, lo mismo que pedir la del instituido en la disposición testamentaria prohibida, sólo corresponde a quien sucederá en su lugar».

⁵⁶ Vid. DÍAZ ALABART (1987, p. 11), quien añade que «ello -conviene insistir- en términos de que los llamados ulteriores no ya no puedan impugnar ellos si no lo hace él, sino ni siquiera urgirle para que decida, porque depende de él solo tomar la decisión que sea, o no tomar ninguna y dejar caducar la acción. La negación de legitimación activa al no llamado inmediatamente después del incapaz o indigno, se apoya también en la jurisprudencia, en general no recaída específicamente para el caso presente, pero sí en tema de nulidad de testamento o de alguna de sus cláusulas, según cuya jurisprudencia, el ejercicio de la acción anulatoria corresponde sólo a quienes sucederían en caso de nulidad. Acierta plenamente Santamaría cuando dice que *en cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de la acción de declaración de incapacidad, es aplicable lo indicado respecto de la acción de nulidad del testamento*, pues aunque ciertamente no sea lo mismo impugnar el testamento (por ejemplo, porque tiene un defecto de forma, etc.) que impugnar la sucesión del instituido (que puede haberlo sido en un testamento válido en sí), sin embargo, quien impugna la institución del incapaz o indigno, de algún modo está pidiendo que no valga total o parcialmente el testamento en que se le instituye, por lo que, también de alguna manera, se está en el caso de lo establecido para la acción de nulidad del testamento, o, por lo menos, le es aplicable por analogía a falta de regulación propia». También PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (1997, p. 133) admite que el «ejercicio de la acción del artículo 762 corresponde exclusivamente al llamado (o llamados) a suceder *inmediatamente* después del indigno, porque solamente éste tiene derecho a la herencia (o legado) dejados por el causante».

cia o legado y no por todos conjuntamente. Teniendo en cuenta la naturaleza de la institución de la indignidad para suceder y considerando indivisibles sus efectos jurídicos, hay que concluir que la declaración judicial de indignidad excluye al indigno de la sucesión y no solo de aquella porción de bienes correspondiente a quien accionó aisladamente, pues proclamada la indignidad, decae por completo el derecho sucesorio del heredero o legatario indigno, criterio que también puede deducirse, en nuestro ordenamiento jurídico, y como resalta la doctrina más segura, de la jurisprudencia existente respecto de los efectos jurídicos de la nulidad del testamento o de alguna de sus cláusulas⁵⁷.

2. LEGITIMACIÓN PASIVA

Conforme al artículo 762 CC, puede inferirse que legitimado pasivamente en la acción de declaración judicial de la indignidad lo está el presunto indigno que esté en la posesión de la herencia o el legado, aunque también lo estará quien tiene un aparente derecho sucesorio a adquirir los bienes hereditarios. Por consiguiente, en el tema que nos ocupa, si el que imputó falsamente o calumnió al causante aceptó la herencia o legado, pero no tiene todavía la posesión material y efectiva de los bienes hereditarios, ni tampoco la reclama, el ejercicio de la acción de declaración de indignidad procedería para que el presunto indigno se aviniera a admitir la invalidez de su sucesión o, si mantiene que es válida, para que el Tribunal correspondiente declare la existencia de la causa de indignidad y la imposibilidad de que el proclamado indigno pueda reclamar los bienes de la herencia o lega-

⁵⁷ Vid. HERNÁNDEZ GIL (*RDP*, 1961, p. 480), quien añade que si «uno de los llamados renuncia a reclamar su cuota, el destino de esta cuota vacante se determinaría por los institutos de la representación o el acrecimiento, pero nunca pasaría a formar parte del patrimonio del indigno». También, en esta línea, por ejemplo, DÍAZ ALABART (1987, p. 15), que piensa que, aparte «de posibles razonamientos lógicos, ésa es la solución del caso en nuestro Derecho, habida cuenta de que en él la nulidad de los testamentos o de sus singulares cláusulas, alcanza a la sucesión entera dispuesta en el testamento o cláusula que sea, y no se reduce a la parte que toque sólo al impugnante cuando no reclaman todos los interesados. Lo que ofrece un sólido argumento para el criterio que defiende en nuestro caso a falta de regulación concreta de éste, y siempre presupuesto que la prohibición de suceder y la indignidad dan lugar de algún modo a una invalidez del testamento (o, por lo menos, les son aplicables sus reglas por analogía) o de la disposición a favor del sucesor tachado. Parece, pues, más razonable que declaradas lo mismo la nulidad que la prohibición o indignidad, que son totales, aunque no lo hayan sido a petición de todos los posibles reclamantes, invaliden la sucesión totalmente»; y PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (1997, p. 138), que expone que el «éxito de la acción del artículo 762 Cc, ya haya sido ejercitada por un solo impugnante, por varios, o por todos, afecta *absolutamente* al indigno en relación a la herencia del causante, porque a lo que se dirige es a demostrar que el indigno es tal, por haber cometido contra el causante (o su entorno familiar más cercano) alguno de los actos que la ley tipifica como generadores de indignidad...».

do. Si todavía no se ha aceptado por el presunto indigno el llamamiento testamentario o abintestato, la acción dirigida a la declaración judicial de la indignidad tendría como objetivo que la delación hereditaria pasara, directamente, a quienes correspondiera después del declarado indigno, testamentaria o legítimamente, pues se ha defendido anteriormente en este trabajo que la indignidad no opera automáticamente o *ex lege*, sino por declaración judicial o *ex officio iudicis*. En cambio, lógicamente, no sería necesaria la mencionada acción de declaración judicial de la indignidad si el presunto indigno renuncia a la herencia o al legado deferido a su favor⁵⁸, o devolviera, voluntariamente, los bienes hereditarios recibidos tras reconocer su comportamiento gravemente ofensivo.

La doctrina también se plantea en esta sede otra cuestión trascendente ignorada por el Código Civil, a saber, si la acción de declaración judicial de la indignidad podría ejercitarse contra los herederos del heredero o legatario, presuntamente indigno, que haya muerto después que el causante⁵⁹. A juicio de cierta doctrina deben distinguirse varias hipótesis. Una primera, cuando las causas de indignidad correspondientes no requieren previa sentencia penal firme, en cuyo caso no existiría impedimento alguno para entablar la susodicha acción de declaración judicial de la indignidad contra los herederos del presunto indigno que tuvieran la posesión material y efectiva

⁵⁸ Vid. HERNÁNDEZ GIL (*RDP*, 1961, p. 481) y DÍAZ ALABART (1987, p. 15). PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (1997, p. 140), mantiene que resulta «evidente que legitimado pasivamente para que se pueda ejercitar contra él la acción del artículo 762 Cc. lo está el indigno. En esto no hay duda».

⁵⁹ Respecto de esta importante cuestión, SÁNCHEZ ROMÁN (1910, p. 302) ya entendía que dentro «del referido plazo de los cinco años puede intentarse la acción para declarar la incapacidad de suceder del heredero o legatario, aunque los bienes objeto de la herencia o legado hayan pasado a los herederos, que los poseerán con el mismo vicio y bajo la natural amenaza de caducidad del ejercicio de la acción en el plazo legal indicado, si se justificara y declarase procedente, puesto que no se trata de aplicaciones civiles de carácter patrimonial sino personal». Y más recientemente, DÍAZ ALABART (1987, pp. 16-18), aboga por la transmisibilidad de la legitimación pasiva porque la «acción contra el heredero del indigno no se basa en que aquél tenga tacha alguna, como el indigno la tiene, sino en que la revocación puede alcanzar a la cosa en sus manos, como pudo en las del indigno, del que su heredero la recibe tan claudicantemente como la tenía el propio indigno, siendo inaceptable que, estando la acción en tiempo, pueda verse privado de usarla el interesado por algo tan casual como la muerte del indigno, que si, ciertamente, no transmite su tacha, sí transmite la debilidad de su adquisición, que procede, no de la transmisión de la tacha, sino de haber tenido él la tacha»; LACRUZ BERDEJO (2009, p. 64), considera que la «acción (de indignidad) puede intentarse aun muerto el indigno»; RIVAS MARTÍNEZ (2005, p. 966), acudiendo a la opinión mayoritaria, opina que «es posible mandar a los herederos del incapaz. Para ello se aduce: los antecedentes históricos, (y) la falta de carácter penal de las incapacidades, que, a lo más, son sanciones civiles...»; TRUJILLO DÍEZ («Comentario al artículo 762 CC», 2013, p. 1065), mantiene que la «legitimación pasiva la tendrá el presunto indigno y, en caso de haber fallecido éste, sus herederos, que podrán ser obligados a la restitución de los bienes que el indigno heredara indebidamente»; VATTIER FUENZALIDA («Comentario al artículo 762 CC», 2010, p. 873), distingue entre la impugnación, que «es un acto personalísimo», y la legitimación pasiva, que se «extiende a los herederos del indigno»; etc.

de los bienes hereditarios, pues así derivaría claramente de lo dispuesto en el artículo 661 CC⁶⁰. Una segunda hipótesis sería que la causa de indignidad precisara una previa sentencia penal firme (*ex* vigente art. 756, núms. 1.º, 2.º, y 3.º, en relación con el art. 758.2.º del CC), en la que sería necesario hacer una distinción. En primer término, si la existencia de la causa de indignidad estuviera comprobada por sentencia firme antes de morir el indigno, se aplicaría el régimen anterior y cabría la transmisibilidad de la acción judicial frente a los herederos del indigno premuerto. En cambio, si el presunto indigno muriese antes de demostrarse la causa de indignidad por sentencia penal firme, se sostiene que no podría ejercitarse la acción judicial de indignidad contra sus herederos, precisamente porque la indignidad no llegó a existir de acuerdo con lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico. Esto es, precisándose un previo pronunciamiento definitivo del juez penal, si el autor del hecho constitutivo de la indignidad muere antes de que la sentencia penal tenga firmeza, no incurrió en causa alguna de indignidad *ex* artículo 756 CC, es decir, murió en estado de plena capacidad sucesoria⁶¹.

A mi juicio, de un lado, defendida anteriormente la posibilidad de que puede existir indignidad para suceder, a pesar de no haber recaído previa sentencia penal firme –aun en los supuestos legalmente previstos en el art. 756 CC–, y, de otra parte, al no ser aplicable aquí el principio de personalidad de la pena, esto es, considerando el carácter estrictamente civil de la sanción derivada de la institución jurídica de la indignidad, entiendo que cabría ejercitar la acción de declaración judicial de la indignidad aun muerto el presunto indigno y dirigirla contra sus herederos, eso sí, dentro del plazo de caducidad de cinco años fijado en el artículo 762 CC que a continuación analizo.

VI. PLAZO DE EJERCICIO DE TAL ACCIÓN

1. DURACIÓN

Según el artículo 762 CC: «*No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado*». En principio, hay que

⁶⁰ El artículo 661 CC dice que: «*Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*». Para PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (1997, p. 141), resulta claro que, tratándose de una sanción civil, no hay «dificultad apreciable en este caso para que los efectos civiles de la indignidad se transmitan a los herederos del indigno, al igual que ocurre con los de la incapacidad, pues ya sabemos la regla general según la cual los herederos ocupan el puesto de su causante (art. 661 Cc.)».

⁶¹ *Vid.* HERNÁNDEZ GIL: *RDP*, 1961, p. 481.

partir de que el llamamiento realizado en la sucesión testada instituyendo o legando al presunto indigno –o en la intestada– es válido y surte todos sus efectos, hasta que, al amparo del artículo 762 CC, se ejercite la correspondiente acción y se obtenga la declaración judicial de indignidad, de manera que hasta dicho momento el presunto indigno conserva su condición de heredero o legatario y podría poseer los bienes hereditarios. La indignidad de suceder, pues, no provoca la nulidad o invalidez de la disposición testamentaria ni del llamamiento abintestato, sino que solo entraña una sanción o pena civil contra quien, en el asunto que nos ocupa (*ex art. 756.3.º CC*), menoscabó gravemente el honor o la reputación del causante.

Por consiguiente, la delación hereditaria procede en favor del presunto indigno y se consolida si no se ejercita la correspondiente acción en el plazo de los cinco años indicados en el citado artículo 762 CC. De este modo, el presunto indigno es un sucesor que puede ser excluido o removido de la sucesión, a virtud del antiguo postulado *potest capere sed non potest retinere*. Por ende, la indignidad puede operar como causa de exclusión de la herencia si es declarada judicialmente a iniciativa del interesado después de la apertura y adquisición de los bienes hereditarios, en cuyo caso se borrarán retroactivamente la delación hereditaria, viniendo a ocupar el lugar del declarado indigno el sucesor a quien le correspondiere recibir la porción de herencia vacante, bien testamentariamente, bien abintestato⁶²; subrogación que procederá también en el supuesto de que la declaración judicial de indignidad tenga lugar antes de que el proclamado indigno haya entrado en la posesión material y efectiva de los bienes hereditarios.

2. NATURALEZA JURÍDICA

En cuanto a su índole, se considera por algunos autores que el término establecido en el analizado artículo 762 CC es de prescrip-

⁶² Vid. HERNÁNDEZ GIL (*RDP*, 1961, pp. 474, 476, 483 y 485), quien agrega que la «declaración de indignidad tiene efectos retroactivos, opera desde el momento de la apertura y hace automáticamente cesar la delación que se había producido», que el «indigno es sucesor, pero no puede continuar siéndolo si algún interesado hace valer en juicio frente a él la causa de indignidad que le afecta», que la «sentencia que excluye al indigno de la herencia la atribuye, con eficacia retroactiva, a los llamados en su lugar», y, finalmente, que no se prohíbe que «antes de que se dicte sentencia firme entre el presunto indigno en la posesión de la herencia porque hasta la declaración de indignidad es capaz (*potest capere*); lo único que prohíbe es que después de declarada la indignidad por sentencia firme entre en la posesión de los bienes hereditarios». En este sentido también, entre otros, LLEDÓ YAGÜE (2004, p. 66), y O'CALLAGHAN MUÑOZ (2007, p. 61), quien apunta que el «indigno sí sucede al acusante, pero su sucesión es impugnabile por razón de la indignidad, el indigno *potest capere sed non retinere* (puede tomar pero no conservar)».

ción⁶³, de manera que puede interrumpirse conforme a lo dispuesto en el artículo 1973 CC. En cambio, la mayoría de la doctrina lo considera un plazo de caducidad, pues se establece un término máximo para interponer la acción judicial, sin que el transcurso del tiempo pueda interrumpirse por cualquier reclamación puramente privada o notarial, sin que sea preciso que el reclamante haya tenido conocimiento de los hechos que producen la indignidad –basando simplemente que el presunto indigno posea efectivamente los bienes hereditarios por herencia o legado–, y procediendo la apreciación de oficio por el juez de la caducidad si el demandado no invocara oportunamente y por vía de excepción su existencia⁶⁴. Igualmente, en este sentido, en la llamada jurisprudencia menor, la ya mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6.ª Civil) de 8 de enero de 2010 (JUR 2010/210902), consideró en este punto que si el heredero o legatario, presuntamente indigno, entró en la posesión material y efectiva de los correspondientes bienes hereditarios «es aplicable la previsión de un plazo de caducidad contenido en el art. 762 del Código Civil».

3. INICIO DEL CÓMPUTO: DIVERSOS SUPUESTOS

El plazo de cinco años establecido en el artículo 762 CC no se cuenta desde el día de la apertura de la sucesión –desde la muerte o declaración de fallecimiento del causante–, sino, en principio,

⁶³ En este sentido, por ejemplo, HERNÁNDEZ GIL (*RDP*, 1961, p. 482) habla de «iniciación de la prescripción»; PUIG PEÑA (1954, p. 70), se refiere a «prescripción especial de la acción»; y VATTIER FUENZALIDA («Comentario al artículo 762 CC», 2010, p. 873), dice que el «plazo de cinco años es un plazo de prescripción, y puede por ello ser interrumpido». Además, como indica PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (1997, p. 147), también en la jurisprudencia la «STS de 21 de mayo de 1910 considera que se trata de un caso de *prescripción extraordinaria de cinco años* (Cdo I.º)».

⁶⁴ Así, por ejemplo, ya SÁNCHEZ ROMÁN (1910, p. 302) hablaba de «amenaza de caducidad» y, más recientemente, ARECHEDERRA ARANZADI (*ADC*, 1984, p. 668), destaca que se trata de «una acción inejecutable -por caducidad- pasados cinco años»; DÍAZ ALABART (1987, p. 1), mantiene que no «se trata, pues, de que el impugnante tenga un derecho a reclamar la declaración de incapacidad del que tomó la herencia o legado, derecho que usándolo él (así, por ejemplo, en las dichas reclamaciones privadas) o reconociéndolo el incapaz, se mantenga vivo por su ejercicio, y sólo viniese a prescribir al cabo de cinco años a contar desde la última vez que se le utilizó, sino que se trata de una facultad otorgada para, a partir de cierto momento, poder usarla, más sólo hasta cierto otro»; LLEDÓ YAGÜE (2004, p. 67), habla de que se «establece un término de caducidad»; O'CALLAGHAN MUÑOZ (2007, p. 61), considera que se «establece un plazo de caducidad para pedir la declaración», o que es un «plazo de caducidad de cinco años» («Comentario al artículo 762 CC», 2006, p. 702); PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (1997, p. 147), sostiene que al «tratarse de un plazo de caducidad, lógicamente no admitirá interrupciones, y podrá ser apreciado de oficio por los Tribunales de justicia»; RIVAS MARTÍNEZ (2005, p. 967), defiende que la «acción para declarar la incapacidad y restitución de los bienes ha de ejercitarse en el *plazo de caducidad de cinco años...*»; TRUJILLO DÍEZ («Comentario al artículo 762 CC», 2013, p. 1065), etc.

como indica el propio precepto comentado, desde que el presunto indigno entra en la posesión material y efectiva, aunque no sea inmediata, de la herencia o legado, momento que es posterior a la apertura de la sucesión hereditaria, y ello puesto que hasta entonces no ha surtido efecto jurídico real alguno la disposición testamentaria o abintestato objeto de la reclamación pertinente. Eso sí, debe tratarse de posesión por el indigno de los bienes hereditarios en calidad de heredero o legatario, y no de posesión de tales bienes por cualquier otro título distinto. También hay que subrayar que en la posesión del indigno, tratándose de adquisición por herencia, no debe comprenderse la llamada posesión civilísima del artículo 440 CC⁶⁵, que se entiende transmitida al llamado por la aceptación de la herencia, pues si dicha posesión civilísima fuese bastante, el plazo de cinco años se contaría desde el fallecimiento del causante, ya que, a tenor de este último precepto mencionado, es desde esa fecha desde cuando se considera percibida la posesión cuando se acepta el llamamiento hereditario. Es éste el criterio que por su aparente claridad legal se mantiene por la mayor parte de la doctrina⁶⁶.

⁶⁵ El artículo 440 CC dice: «La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia. El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento».

⁶⁶ Así, por ejemplo, DÍAZ ALABART (1987, p. 3), parte de que «lo concedido es un plazo que comienza con la toma de posesión de la herencia o legado por el incapaz, y acaba a los cinco años contados desde entonces»; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS (2012, *op. cit.*, p. 37), consideran que el «plazo de extinción de la acción se cuenta no desde la muerte del testador, sino desde la entrada del incapaz en la posesión de bienes hereditarios»; LLEDÓ YAGÜE (2004, p. 67) afirma que el cómputo del «*dies a quo* deberá realizarse desde el momento que el incapaz esté en posesión de los bienes hereditarios... la posesión no es la civilísima del artículo 440... sino *expressis verbis* una posesión material de los bienes siendo indigno para suceder, sin que tuviera que haber adido la herencia»; O'CALLAGHAN MUÑOZ («Comentario al artículo 762 CC», 2006, p. 702), sustenta que el «cómputo es desde el día en que el indigno ha entrado en posesión de la herencia o del legado. Lo cual no implica que el interesado no puede ejercer la acción desde que muera el causante o desde que se produzca la causa de indignidad, que sí puede, pero el plazo de caducidad no empezará a computarse sino desde que el indigno entre en posesión de los bienes de la herencia o del legado»; PUIG PEÑA (1954, p. 60) declara que esta «prescripción especial de la acción comenzará a correr a partir del momento en que el incapaz o indigno ha tomado posesión de los bienes que integran su herencia o legado»; RIVAS MARTÍNEZ (2005, p. 967), entiende que deben contarse los cinco años establecidos en el artículo 762 del Código Civil «desde el día en que el incapaz está en *posesión efectiva y material* de los bienes hereditarios», sin que pueda «contarse la civilísima del art. 440. Mantener lo contrario llevaría a admitir que la acción pudiera extinguirse sin que el legitimado haya tenido posibilidad de actuarla»; y TRUJILLO DÍEZ («Comentario al artículo 762 CC», 2013, p. 1065), mantiene que debe «entenderse que el incapaz está en posesión de la herencia o legado desde la aceptación, no considerándose a estos efectos el tiempo de la posesión civilísima». No obstante, VATTIER FUENZALIDA («Comentario al artículo 762 CC», 2010, p. 873), olvidando los supuestos, como el que nos ocupa, en los que la causa de indignidad puede ser posterior al fallecimiento del causante, yerra cuando sostiene que el «*dies a quo* no puede ser sino el de la apertura de la sucesión, pues es el único relevante para apreciar la existencia o no de la indignidad (art. 758.1.º CC)».

Por todo lo anterior, si el presunto indigno no tomó posesión material y efectiva de los bienes hereditarios hasta cierto tiempo después de la muerte del causante, el interesado cuenta con un plazo más largo para accionar, que iría desde tal fallecimiento a la toma de posesión por el presunto indigno y cinco años más. Así, la falta de posesión material y efectiva de los bienes hereditarios por el presunto indigno lo único que impide es que se le pueda reclamar la restitución –pues, obviamente, solo está obligado a devolver los bienes hereditarios quien los tiene–, pero ello no obsta a que se pueda pedir la declaración judicial de indignidad y se impida que el ya declarado indigno llegue a tener la posesión efectiva de la herencia o legado deferido a su favor. En esta línea, la ya citada y trascendente Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6.^a Civil) de 8 de enero de 2010 (JUR 2010/210902), desestimó «el motivo de recurso consistente en que la acción para declarar la incapacidad ha caducado por transcurso del plazo previsto en el artículo 762 del Código Civil, pues para que se inicie el mecanismo de caducidad previsto en dicho precepto es preciso que el indigno haya entrado en posesión (efectiva) de la herencia y se ejercite acción para que se declare su indignidad para suceder y se le prive de la herencia, lo que no sucede en el caso de autos».

Por consiguiente, conforme a esta inteligencia se suele afirmar que pasados los cinco años desde el momento en que el indigno entra en la posesión material y efectiva de los bienes hereditarios, aunque no sea inmediata, ya no se podría dirigir acción judicial para declarar la indignidad, incluso aunque la causa de la misma no se hubiera producido todavía o lo hubiera hecho con posterioridad, de manera que si la sentencia penal firme que condena al sucesor no se dicta hasta pasado tal plazo su derecho quedará inatacable. En efecto, se añade por esta doctrina, incluso en los supuestos de indignidad sobrevenida después del fallecimiento del causante, habiendo empezado el futuro indigno a poseer los bienes hereditarios debidamente –porque todavía no era incapaz para suceder–, el plazo de cinco años se contará desde el comienzo de la posesión material y efectiva, aunque no sea inmediata, repito, de la herencia o legado, y, transcurrido dicho término, la situación del presunto indigno quedaría consolidada definitivamente, deviniendo inatacable. Este criterio interpretativo, se concluye, se debe a evidentes razones de conveniencia práctica, aunque en casos singulares pueda resultar muy injusto o inequitativo⁶⁷.

⁶⁷ Vid. DÍAZ ALABART (1987, p. 7), y TRUJILLO DÍEZ («Comentario al artículo 762 CC», 2013, p. 1065), quien se basa en que el «*dies a quo* se sitúa en el día en que el incapaz para suceder haya entrado en la posesión de la herencia o legado». También, en este sentido, por ejemplo, LLEDÓ YAGÜE (2004, p. 68), quien entiende que la dicción del

No obstante, en este punto existe también una teoría que mantiene que los cinco años señalados en el analizado artículo 762 CC deben contarse a partir de la declaración judicial de indignidad. La razón de esta posición doctrinal radica en que el plazo contenido en el precepto debe ser el mismo para todas las causas de indignidad prescritas y puesto que algunas de ellas pueden producirse después de esos cinco años desde que el presunto indigno está en la posesión material de los bienes hereditarios, el término debe ser idéntico. Se alega también en esta tesis que no es inconveniente la dicción del indicado artículo 762 CC, pues la expresión «*desde que el incapaz (indigno) esté en posesión de la herencia o legado*» presupone, al referirse expresamente al incapaz –al indigno en la cuestión que nos ocupa–, que ya debe estar comprobada judicialmente la causa de indignidad. Tampoco debe olvidarse, continúa esta postura doctrinal, que ello se compagina con lo dispuesto en el artículo 1969 CC, que establece que el «*tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*». En efecto, de acuerdo con este precepto citado, la acción dirigida a la declaración judicial de la indignidad no puede ejercitarse mientras el motivo de indignidad no esté comprobado judicialmente, mediante previa sentencia penal o civil firme, en los supuestos correspondientes fijados en el artículo 756 CC. Por consiguiente, se concluye, hasta que no haya resolución judicial firme no se puede pedir la declaración judicial de indignidad y la consiguiente restitución de los bienes hereditarios, de modo que será aquél –el de la sentencia firme–, el momento a partir del cual se computará el término de los cinco años establecidos por el artículo 762 CC, lo cual también está en conexión con lo indicado en el artículo 758.2.º CC que, no se olvide, al fijar el tiempo para calificar la indignidad del sucesor se

artículo 762 CC respecto del término de los cinco años desde que el incapaz esté en posesión de los bienes hereditarios está referida «tanto para el sucesor que en el momento de la apertura de la sucesión resultara *per se* indigno, como si *ex post factum*, deviene a dicha condición»; por consiguiente, sigue diciendo, y copiando literalmente a Silvia Díaz Alabart (*ibidem*), «pasados los cinco años desde que el incapaz entra en posesión de la herencia o legado, no cabe pedir su declaración de incapacidad, lo mismo si el hecho incapacitador es anterior a la muerte del causante, que si es posterior. De modo que si lo realizó después de cinco años de tener la herencia no le incapacita en absoluto, y si lo realizó en esos cinco años, la acción de incapacitación únicamente cabe interponerla durante el tiempo que falte para que concluyan. Todo ello, porque la mente de la ley es que, omisión hecha incluso de que el hecho que incapacita no se haya descubierto o no sea conocido por el reclamante, el paso de los cinco años poseyendo los bienes el incapaz, hace caducar la acción». En esta línea, el artículo 412-7.1.º Código Civil catalán: «*La acción declarativa de la indignidad o inhabilidad sucesorias caduca una vez transcurridos cuatro años desde que la persona legitimada para ejercerla conoce o puede razonablemente conocer la causa de ineficacia y, en todo caso, una vez transcurridos cuatro años desde que la persona indigna o inhábil toma posesión de los bienes en calidad de heredera o legataria...*».

refiere al momento que recaiga «sentencia firme»⁶⁸. Este razonable y fundado criterio doctrinal ha sido asumido, expresamente, por el artículo 412-7.º del Código Civil catalán: «*Si la causa de indignidad exige una condena en sentencia, el cómputo del plazo de caducidad no se inicia hasta que la sentencia es firme*».

A mi juicio, en la cuestión de las ofensas *post mortem* al causante, si mantenemos la tesis mayoritaria de que el plazo se computa desde que el indigno entra en posesión efectiva y material de la herencia o legado podría permitirse una actuación torticera de éste. En efecto, el heredero o legatario, una vez transcurridos cinco años desde que adquirió materialmente los bienes hereditarios, podría libre e injustamente ofender gravemente al causante y los interesados no podrían solicitar la declaración de indignidad y la devolución del caudal hereditario percibido por el indigno, pues ya transcurrió el plazo legal fijado. En principio, no podría ser aplicable aquí la inteligencia de que el plazo comienza desde la firmeza de la previa sentencia penal, puesto que, como se ha explicado anteriormente, no puede haberla. Por ello, parece más razonable y efectivo que el *dies a quo* sea en estos supuestos el de la realización de la ofensa grave. A esta inteligencia no puede oponerse que atenta contra la seguridad jurídica que pretende la fijación de un término por el ordenamiento jurídico, pues el plazo sigue existiendo, el de cinco años, lo que sucede es que se reinterpreta el momento de comienzo del cómputo para hacerlo más congruente con el espíritu de la norma que es el de evitar el menoscabo del honor o de la reputación del causante y evitar la flagrante inmoralidad que supone que herede quien la vulnera seriamente, imputando un delito que conlleve pena grave.

VII. CONCLUSIONES

- La cuestión cardinal que se plantea en este estudio es si, conforme al artículo 756.3.º CC, hay indignidad sucesoria si un

⁶⁸ Vid. HERNÁNDEZ GIL: *RDP*, 1961, p. 483. Igualmente, RIVAS MARTÍNEZ (2005, p. 967), entiende que en la causa tercera del artículo 756 CC, «el plazo deberá comenzar a partir de la firmeza de la sentencia penal condenatoria...»; y PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (1997, p. 146), siguiendo a este último autor añade que este planteamiento «está en armonía con lo que establece el artículo 758, párrafo 2.º, Cc, en relación con el momento en que ha de ser calificada la indignidad del sucesor», sin olvidar que, conforme al artículo 762 CC, que habla del «*incapaz*», debe deducirse, lógicamente, que para «ejercitar la acción que declare la indignidad tiene que hacerse contra alguien que ya es indigno». Curiosamente, hay que recordar aquí –como apunta ARECHEDERRA ARANZADI (*ADC*, 1984, pp. 668-669)–, que el Anteproyecto de Código Civil de 1882-1889, en su artículo 762, hablaba de que la «*acción para declarar la incapacidad o indignidad no podrá deducirse pasados cinco años desde que el incapaz o indigno esté en disposición de la herencia o legado*», de modo que, comprobando su redacción final en el Código definitivo, literalmente sólo comprendería la incapacidad para suceder y no la indignidad.

- heredero o legatario imputa al causante, ya fallecido, un delito castigado con pena grave.
- Hay que partir de que el causante fallecido no puede ser sujeto activo del delito grave que se le imputa, pues ha de ser una persona viva. Además, primero, el delito de calumnia exige querrela del ofendido o de su representante legal (*ex art. 215.1.º CP*); y, segundo, el delito de acusación y denuncia falsas tampoco podría solicitarse por el ofendido, ni perseguirse de oficio (*ex art. 456.2.º*, segundo inciso, del CP), pues al estar muerto el causante no puede tener lugar el juicio penal por el delito grave que se le imputa falsamente.
 - Como quiera que el artículo 756 CC recoge también motivos de indignidad posteriores al fallecimiento del *de cuius*, el momento para calificar la indignidad del heredero o legatario no es el de la apertura de la sucesión, sino el del proceso penal o civil correspondiente en que esa cuestión se discuta (*ex art. 758, 2.º CC*).
 - Aunque, incluso, alguna jurisprudencia menor mantenga la doctrina de que la indignidad sucesoria opera *ex lege* o *ipso iure*, entiendo que, salvo reconocimiento del indigno, debe declararse judicialmente, a petición de los interesados, y previa comprobación de la concurrencia de alguna de las causas establecidas en el artículo 756 CC.
 - Teniendo en cuenta el carácter de sanción civil de la indignidad sucesoria, la inmoralidad social de la concreta conducta realizada por el indigno y la presunta voluntad del causante de excluirlo del llamamiento sucesorio en estos casos, nuestro Tribunal Supremo ha concluido que una cosa es que las causas legales de indignidad sean de interpretación restrictiva y otra que sea necesariamente restrictivo el entendimiento del específico motivo de indignidad cuya concurrencia se ventile judicialmente, lo que permitirá, según fundada doctrina, incluir en el artículo 756 CC conductas que, por su gravedad o inmoralidad social, sean merecedoras de esta pena civil.
 - Respecto de los presupuestos de la causa de indignidad del vigente artículo 756.3.º CC se concluye que:

1.º La expresión *acusado* que emplea el legislador puede comprender cualquier imputación de delito grave al causante, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad, tanto en el caso de acusación y denuncia falsas (*ex art. 456.1.º CP*), como también en el de calumnia

(*ex art.* 205 CP), y ello por cuanto ambos tipos penales tienen idéntica conducta típica.

2.º La imputación *de delito para el que la ley señala pena grave* implica una remisión tácita al vigente artículo 33.2.º CP que, además de una pena mínima de cinco años de prisión respecto del delito grave imputado al causante, incluye otras clases de penas (inhabilitación absoluta, etc.), lo que amplía la posible declaración judicial de indignidad en esta sede.

3.º En principio, la sanción civil de indignidad del artículo 756.3.º CC requiere previa condena firme obtenida en el correspondiente proceso penal. No obstante, no será precisa esta resolución judicial firme si el indigno reconoce su grave ofensa o no cupiere ya acción penal –en el supuesto tratado, por la muerte del causante agraviado–, en cuyo caso será el juez civil quien compruebe la concurrencia de la causa cierta de indignidad atendiendo a la gravedad o inmoralidad social de los comportamientos demostrados, sin que ello suponga arrogación de competencias penales. Este criterio puede confirmarse, esencialmente y entre otras, en la trascendente SAP de Murcia de 19 de noviembre de 2012 que si bien no se refiere expresamente al supuesto de la grave ofensa *post mortem* al causante del artículo 756.3.º CC, no obstante, como puede observarse, claramente, sus postulados son perfectamente aplicables también a tal hipótesis analizada.

Asimismo, debe recordarse que la memoria *defuncti* pervive en los herederos por transmisión del derecho a su defensa si aquélla es ofendida gravemente, de manera que tendrían legalmente su tutela civil *post mortem*, de ahí el artículo 4 LO 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que permite el ejercicio de «*las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida*», y como consecuencia de las mismas podría obtenerse una sentencia civil firme estableciendo la vulneración del honor del fallecido.

- La acción de declaración judicial de la indignidad corresponde solo a los sucesores llamados inmediatamente después del presunto indigno, quedando éste privado totalmente de su derecho hereditario aunque solo uno de los legitimados activamente hubiese accionado.

- Al tratarse de una sanción civil y no existir el principio de personalidad de la pena, cabría ejercitar la acción de declaración judicial de la indignidad aun muerto el presunto indigno y dirigirla contra sus herederos.
- En los supuestos de ofensas *post mortem* al causante, si el plazo de caducidad de cinco años de la acción de indignidad (*ex art. 762 CC*), se computara desde que el presunto indigno tiene la posesión material de los bienes hereditarios –criterio general–, podría dar lugar a una actuación torticera de éste, por lo que parece razonable que el *dies a quo* sea el de la realización de la ofensa grave, pues tampoco podría comenzar desde la firmeza de la previa sentencia penal, ya que en estos supuestos no cabría proceso criminal.
- En definitiva, la indignidad sucesoria supone una sanción civil a un comportamiento infame, e inmoral socialmente, del heredero o legatario actuante, de modo que la imposibilidad de acudir al correspondiente procedimiento penal, en el supuesto de fallecimiento del causante, no debe impedir, conforme al espíritu y finalidad del artículo 756.3.º CC –que es el de evitar el menoscabo del honor o reputación del causante–, la virtualidad de la acción civil de declaración judicial de indignidad que priva al ofensor de todos sus derechos hereditarios.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Compendio De Derecho Civil*, Edisofer, Madrid, 2011.
- *Curso de Derecho Civil*, T. V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1989.
- «Comentario al artículo 756 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo X, Vol. 1.º: artículos 744 a 773 del Código Civil, Manuel Albaladejo (Director), Edersa, Madrid, 1987 (<http://vlex.com/vid/231864>), pp. 1 y ss.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: «Daños causados a la memoria del difunto y su reparación», <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html>, última consulta: 21/7/2020, pp. 1 y ss.
- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: «Capacidad para suceder y Constitución», *Anuario de Derecho Civil*, 1984, pp. 641 y ss.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula: *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- BOLEA BORDÓN, Carolina: «Consideraciones previas a los arts. 205 a 216 del Código Penal», en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Mir Puig, Santiago (Directores), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 482 y ss.

- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Padre declarado indigno de suceder a su hijo, un menor paralítico cerebral, por manifestar por escrito que nunca le quiso ni deseó su nacimiento. Aplicación del anterior art. 756.1 CC en lugar del art. 756.7 CC. STS de 23 de abril de 2018 (Sala de lo Civil). (RJ 2018, 1753)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 46/2018, parte Jurisprudencia. Derecho de Sucesiones, BIB 2018\11025, pp. 1 y ss.
- COSTAS RODAL, Lucía: «Indignidad para suceder al hijo menor fallecido por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2018, parte Jurisprudencia. Comentarios, BIB 2018\10237, pp. 1 y ss.
- CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1980.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «Comentario al artículo 762 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo X, Vol. 1.º: artículos 744 a 773 del Código Civil, M. Albaladejo (Dir.), Edersa, Madrid, 1987, <http://vlex.com/vid/231864>, pp. 1 y ss.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, T. II, *Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2012.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Comentario al artículo 756 del Código Civil», en *Código Civil Comentado*, Vol. II, Ana Cañizares Laso y otros (Directores), Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 628 y ss.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, y OTERO CRESPO, Marta: «Efectos de la indignidad y la incapacidad», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, BIB 2011/5612, pp. 1 y ss.
- GOMÁ SALCEDO, José Enrique: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Tomo 4.º, *Sucesiones hereditarias*, Bosch, Barcelona, 2010.
- GUERRERO LEBRÓN, Macarena: *La protección jurídica del honor post mortem en Derecho romano*, Comares, Granada, 2002.
- HERNÁNDEZ GIL, Félix: «La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos», *Revista de Derecho Privado*, junio, 1961, pp. 468 y ss.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «La causa séptima de indignidad sucesora: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas», *Revista de Derecho*, Uned, n.º 1, 2006, pp. 171 y ss.
- IGARTUA ARREGUI, Fernando: «La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona (Comentario a la STC 231/1988, de 2 de diciembre)», *La Ley*, 1, 1990, pp. 1066 y ss.
- JORDANO FRAGA, Francisco: *Indignidad sucesoria y desheredación*, Comares, Granada, 2004.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil*, T. V, *Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2009.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil*, T. VII, *Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco: *Compendio de Derecho Civil*, T. V, *Derecho de Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2004.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: «Comentario al artículo 756 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, T. VI, Vol. I, arts. 744 a 839, Reus, Madrid, 1921, pp. 78 y ss.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Comentario al artículo 756 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, 2009, BIB 2009/1705, pp. 1 y ss.

- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: *Lecciones de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Ángel Carrasco Perera (Director), Tecnos, Madrid, 2016.
- MEDINA DE LEMUS, Manuel: *Derecho Civil, T. V, Derecho de Sucesiones*, Dilex S. L., Madrid, 2005.
- MENA-BERNAL ESCOBAR, María José: *La indignidad para suceder como figura de exclusión de herencia en el Código civil español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, Francisco de Paula Blasco Gascó y otros (Coordinadores), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta: «Las causas de indignidad y la acción procesal de indignidad e incapacidad», en *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo II, Francisco Lledó Yagüe, M.^a Pilar Ferrer Vantrell y José Ángel Torres Lana (Directores); Óscar Monje Balmaseda (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 1089 y ss.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus: *Código Civil comentado y concordado*, T. XIV, Reus, Madrid, 1944.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho Civil, T. V, Derecho de Familia*, Dijusa, Madrid, 2007.
- «COMENTARIO AL ARTÍCULO 756 DEL CÓDIGO CIVIL», en *Comentario del Código Civil*, T. 4, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Coordinador), Bosch, Barcelona, 2006, pp. 688 y ss.
- «COMENTARIO AL ARTÍCULO 762 DEL CÓDIGO CIVIL», en *Comentario del Código Civil*, T. 4, Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Coordinador), Bosch, Barcelona, 2006, pp. 702 y ss.
- ORDEIG ORERO, María José: *El delito de acusación y denuncia falsas*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- PALOMO DEL ARCO, Andrés: «Comentario al artículo 456 del Código Penal», en *Comentarios Prácticos al Código Penal, T. V, Delitos de falsedades, contra la Administración pública y contra la Administración de justicia. Artículos 386-471 bis*, Manuel Gómez Tomillo (Director), Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 497 y ss.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José: *La indignidad sucesoria en el Código civil español*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997.
- PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho Civil Español, T. V, Sucesiones*, Vol. 1.º, *Teoría general de las sucesiones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Delitos contra la Administración de Justicia», en *Comentarios al Código Penal español*, Quintero Olivares, Gonzalo (Director); Morales Prats, Fermín (Coordinador), Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 1465 y ss.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, T. I, Dykinson, Madrid, 2005.
- ROCA SASTRE, Ramón M.^a: *Notas al Derecho de Sucesiones de T. Kipp*, T. V, Vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1951.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel: *Derecho Sucesorio «mortis causa»*, Edelce, Sevilla, 1951.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, vol. 1.º, *Derecho de Sucesión*, Analecta, Pamplona, 2008, reimpresión de la edición de 1910.

- SANTANA VEGA, Dulce: «Comentario al artículo 456 del Código Penal», en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Corcoy Bidasolo, Mirentxu y Mir Puig, Santiago (Directores), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 986 y ss.
- TRUJILLO DÍEZ, Iván Jesús –actualizado por Sebastián López Maza–: «Comentario al artículo 756 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coordinador), Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1056 y ss.
- «Comentario al artículo 762 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coordinador), Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 1064 y ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans: *Panorama de Derecho de Sucesiones*, T. II, *Perspectiva dinámica*, Civitas, Madrid, 1984.
- «Las legítimas», en *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, vol. LVIII, INEJ, Madrid, 1974, pp. 654 y ss.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho Civil Español*, T. V, *Parte especial. Derecho de Sucesión Mortis Causa*, Talleres tipográficos «Cuesta», Valladolid, 1939.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Comentario al artículo 756 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Andrés Domínguez Luelmo (Director), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 868 y ss.
- «Comentario al artículo 762 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Andrés Domínguez Luelmo (Director), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 872 y ss.

IX. SENTENCIAS EMPLEADAS

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia 9/2007, de 15 de enero.
- Sentencia 98/1993, de 22 de marzo.
- Sentencia 157/1990, de 18 de octubre.
- Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre.

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS (Sala de lo Civil) de 23 de abril de 2018 (RJ 2018/1753).
- ATS (Sala de lo Penal) de 12 de mayo de 2015 (JUR 2016\140796).
- STS (Sala de lo Civil) de 30 de enero de 2015 (RJ 2015/639).
- STS (Sala de lo Civil) de 26 de marzo de 1993 (RJ 1993/2394).
- STS (Sala de lo Penal) de 4 de julio de 1985 (RJ 1985\3953).

3. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sección Penal) de 29 de diciembre de 2014 (JUR 2015\58619).

4. SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Navarra (Sección 3.^a Civil) de 2 de octubre de 2017 (JUR 2018\218836).
- SAP de Barcelona (Sección 1.^a Civil) de 20 febrero de 2017 (JUR 2017\226792).
- SAP de Madrid (Sección 12.^a Civil) de 3 noviembre de 2016 (JUR 2017\23539).
- SAP de Pontevedra (Sección 2.^a Penal) de 11 de abril de 2016 (ARP 2016\1027).
- SAP de Badajoz (Sección 2.^a Civil) de 16 de julio de 2015 (JUR 2015/193926).
- SAP de Orense (Sección 2.^a Penal) de 4 de marzo de 2015 (ARP 2015\243).
- SAP de Islas Baleares (Sección 1.^a Penal) de 16 de junio de 2015 (ARP 2015\958).
- SAP de Valladolid (Sección 1.^a Civil) de 7 de octubre de 2013 (JUR 2013/325110).
- SAP de Murcia (Sección 1.^a Civil) de 19 de noviembre de 2012 (AC 2012/1631).
- SAP de Alicante (Sección 2.^a Penal) de 15 de octubre de 2012 (JUR 2012\14291).
- SAP de Burgos (Sección 1.^a Penal) de 20 de septiembre de 2012 (ARP 2012\1475).
- SAP de Islas Baleares (Sección 5.^a Civil) de 9 de julio de 2012 (AC 2012\1370).
- SAP de Asturias (Sección 7.^a Civil) de 9 de marzo de 2012 (AC 2012\887).
- SAP de Ciudad Real (Sección 1.^a Civil) de 23 de septiembre de 2011 (JUR 2011/364310).
- SAP de Madrid (Sección 18.^a Civil) de 17 de febrero de 2010 (JUR 2010/133449).
- SAP de Sevilla (Sección 6.^a Civil) de 8 de enero de 2010 (JUR 2010/210902).
- SAP de León (Sección 1.^a Civil) de 28 diciembre de 2009 (JUR 2010\107904).

- SAP de Barcelona (Sección 19.^a Civil) de 21 diciembre de 2009 (JUR 2010\116336).
- SAP de La Rioja (Sección 1.^a Civil) de 19 de junio de 2009 (AC 2009\1710).
- SAP de Guipúzcoa (Sección 2.^a Civil) de 15 junio de 2009 (JUR 2009\370358).
- SAP de La Coruña (Sección 5.^a Civil) de 27 febrero de 2009 (JUR 2009\2853879).
- SAP de Pontevedra (Sección 2.^a Penal) de 14 mayo de 2007 (JUR 2007\288573).
- SAP de Córdoba (Sección 3.^a Penal) de 15 de febrero de 2007 (ARP 2007\322).
- SAP de Granada (Sección 4.^a Civil) de 8 de septiembre de 2006 (JUR 2008/10535).
- AAP de Madrid (Sección 23.^a Penal) de 4 de noviembre de 2005 (ARP 2006\135).
- SAP de Valencia (Sección 7.^a Civil) de 8 de octubre de 2004 (JUR\2005\8552).
- SAP de Asturias (Sección 5.^a Civil) de 2 de julio de 2003 (AC/2003/1138).
- SAP de Valladolid (Sección 2.^a Penal) de 12 de junio de 2001 (ARP 2001\604).
- SAP de Cáceres (Sección 1.^a Civil) de 16 de octubre de 2000 (JUR 2001/43618).
- SAP de Sevilla (Sección 1.^a Civil) de 4 marzo de 1992 (AC 1992\422).

De nuevo sobre la indemnización por daño moral y patrimonial por ocultación de la paternidad, tras la STS de 13 de noviembre de 2018 (ciertas referencias al derecho francés y angloamericano)

MARÍA DOLORES CASAS PLANES

Prof. Titular de Universidad

Universidad de Jaén

RESUMEN

Este trabajo se encuadra en la evolución acontecida, frente a una inmunidad implícita, en la responsabilidad civil en las relaciones familiares en España, en concreto en el supuesto de «ocultación de la paternidad», desde que nuestro Tribunal Supremo dictara las dos primeras sentencias paradigmáticas en 1999, y en el que la última sentencia del Pleno de 2018 que causa jurisprudencia niega que todo daño moral y patrimonial derivado del supuesto en estudio sea indemnizable. Y limita el debate a la responsabilidad civil pura, al margen del daño derivado de un delito y de la lesión a derechos fundamentales. Al estudio de los argumentos poco explícitos del Tribunal Supremo, en torno a la especialidad del Derecho de familia o la falta de autonomía de la ocultación de la paternidad y la vulneración del deber de fidelidad, y sus contraargumentos se dedica el presente estudio; exponiendo, al respecto, la experiencia francesa en la complementariedad de las acciones de responsabilidad civil y de derecho de familia. Así como a formular, al hilo de las posiciones de doctrina muy especializada que me precede en este ámbito, las razones por las que defiendo, tanto la responsabilidad civil como fundamento legitimador de la indemnización del daño moral por ocultación de la paternidad como, sin embargo, la teoría del enriquecimiento injusto, como institución diferente a la del cuasicontrato del cobro de lo indebido, para la compensación del daño patrimonial; analizando igualmente las dificultades que surgen en la práctica. Finalmente, se deduce la necesidad de acometer una reforma de lege ferenda en punto a la coordinación de esta institución con los principios de Derecho de familia; planteándose, incluso, la irrepetibilidad del pago de los alimentos sobre la base del cumplimiento de una obligación natural bajo ciertos requisitos; cuyo reconocimiento se

está realizando en los últimos años en países europeos, no en el ámbito del derecho de obligaciones sino en el de las relaciones en el seno de la familia.

PALABRAS CLAVE

Relaciones familiares, ocultación de la paternidad, daño moral y patrimonial, responsabilidad civil, cobro de lo indebido, enriquecimiento injusto, obligación natural.

Again on the compensation for moral and patrimonial damages for concealment of paternity, after the Supreme Court Judgment of 13 november 2018 (certain references to french and anglo-american law)

ABSTRACT

This work is framed in the evolution, against an implicit immunity, of civil liability in family relations, specifically in the case of «concealment of paternity», since our Supreme Court issued the first two paradigmatic judgments in 1999, and in which the last judgment of the Plenary in 2018 denies that all non-pecuniary and pecuniary damage arising from the case under consideration is compensable. And the study limits the debate to pure civil liability, apart from the damage derived from a crime and from the injury to fundamental rights. The present study is dedicated to the study of the Supreme Court's not very explicit arguments, regarding the speciality of family law or the lack of autonomy of concealing paternity and the violation of the duty of fidelity, and its counter-arguments; exposing, in this respect, the French experience in the complementarity of civil liability and family law actions. It also formulates, in line with the positions of highly specialised doctrine that precedes me in this field, the reasons why I defend the civil liability as a legitimate basis for compensation of moral damage by concealment of paternity and, however, the theory of unjust enrichment, as an institution different from that of the quasi-contract of recovery of the undue, for the compensation of pecuniary damage; also analysing the difficulties that arise in practice. Finally, it is necessary to undertake a reform of lege ferenda in order to coordinate this institution with the principles of family law, even considering the unrepeatability of the payment of maintenance on the basis of the fulfilment of a

natural obligation under certain conditions, which has been recognised in recent years in European countries, not in the field of the law of obligations but in that of relations within the family.

KEY WORDS

Family relationships, concealment of paternity, moral and patrimonial damage, civil liability, undue payment, unjust enrichment, natural obligation.

SUMARIO: 1. Introducción. Delimitación del tema de estudio.–2. Superación del «principio de inmunidad familiar» en el derecho angloamericano: en especial, las diferencias entre el derecho inglés y el americano respecto a los daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad y de ocultación de la paternidad.–3. Evolución en la admisión de la responsabilidad civil en las relaciones familiares en el derecho continental, en especial el derecho español, frente a una inmunidad implícita: debate no cerrado.–3.1 Factores que han influido en la implícita impunidad familiar en el derecho español: de carácter ético; de técnica jurídica y de coherencia con la autonomía del derecho de familia; y en razones de orden práctico.–3.2 Debate no cerrado respecto a la responsabilidad civil pura: consenso sobre su aplicación en supuestos de delitos en el ámbito familiar y vulneración de los derechos fundamentales.–4. ¿Obligación indemnizatoria por vulneración del deber conyugal de fidelidad?–4.1 Mayoritaria negativa doctrinal y jurisprudencial a la obligación indemnizatoria derivada del incumplimiento del «deber de fidelidad».–4.2 Doctrina minoritaria y apunte personal crítico.–5. Responsabilidad civil por el daño moral por «ocultación de la paternidad»: 5.1 Acerca de los argumentos jurisprudenciales del Tribunal Supremo en contra de la obligación indemnizatoria. Contraargumentos, en especial, a la «autonomía del Derecho de familia» con referencia a la experiencia francesa.–5.2 Análisis de los presupuestos ex artículo. 1902 CC.–5.2.1 Acción u omisión antijurídica. Criterio de imputación subjetivo: 5.2.1.1 Criterio de imputación subjetivo del dolo y culpa grave: relajación del estándar de precaución en el ámbito doméstico.–5.2.1.2 Criterio de imputación subjetivo de la negligencia u omisión de la diligencia media.–5.2.2 Daño moral: su cuantificación, su prueba. ¿Daño continuado o permanente?: 5.2.2.1 Idea previa acerca del daño moral y el interés vulnerado en el supuesto en estudio: cuestión terminológica.–5.2.2.2 En torno a la cuantificación del daño moral en la ocultación de la paternidad.–5.2.2.3 La prueba del daño moral: ¿presunción del mismo?–5.2.2.4 Respecto al inicio de la prescripción de la acción o dies a quo: ¿daños continuados o daños permanentes?–5.2.3. La causalidad: la teoría de la imputación objetiva.–6. El daño patrimonial por alimentos derivado de la ocultación de la paternidad: tesis actuales en torno a la responsabilidad civil versus cobro de lo indebido.–6.1 Tesis a favor de la restitución: en base al «cobro de lo indebido»–6.2 Jurisprudencia que fundamenta la indemnización en la responsabilidad extracontractual: en torno a la STS de 24 de abril de 2015 frente a la de 13 de noviembre de 2018.–7. A modo de recapitulación y opinión personal.–7.1 Acerca

del fundamento de la indemnización del daño moral en la responsabilidad civil, y posición contraria a la aplicación del cuasicontrato del cobro de lo indebido y la responsabilidad civil para la indemnización del daño patrimonial.—7.2 Una vía abierta al principio del enriquecimiento injusto, diferente al cobro de lo indebido, en orden a la indemnización del daño patrimonial por los alimentos pagados. Dificultades en la práctica.—7.3 ¿Irrepetibilidad de lo pagado por cumplimiento de una obligación natural?—8. Conclusiones. Bibliografía. Índice jurisprudencial.

1. INTRODUCCIÓN. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE ESTUDIO

El análisis del instituto jurídico de la responsabilidad civil en las relaciones familiares es objeto de creciente actualidad y de debate doctrinal y jurisprudencial en España, sobre todo a raíz de la última sentencia de pleno de nuestro Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5154) que niega la indemnización tanto del daño moral como del patrimonial derivado de la ocultación de la paternidad, con argumentos poco explícitos y desarrollados que se abordarán a en el trabajo.

Para situar la problemática que nos ocupa y la sentencia que nos sirve de punto de partida de este estudio, es de interés recoger los hechos que dan base a la STS de 13 de noviembre de 2018, que son los siguientes: a) Durante la vigencia del matrimonio de D. Marino con Dña. Juliana nacieron tres hijos llamados Inocencio, Raúl y Javier, respectivamente en 1992, 1994 y 1997. En 2009 se decretó el divorcio con las medidas pertinentes, entre otras, una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de 700 euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Con anterioridad en 2001 ambos cónyuges se habían separado por sentencia judicial en la que se aprobó un convenio regulador y se puso a cargo del padre, en concepto de alimentos a los tres hijos, el 45% de los haberes líquidos que pudiera percibir. b) Tras un proceso de filiación, en el que se declaró la no paternidad de don Marino respecto del que había venido considerando como hijo suyo, Raúl, D. Marino formuló una demanda frente a quien había sido su esposa, para reclamarle: 35.304,37 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, en virtud de sentencias, primero de separación y luego de divorcio; la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad

y 70.000 euros en concepto de daños morales dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno, lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos. La demandada se opuso a dichas pretensiones y planteó la excepción de prescripción de la acción, de conformidad con el art. 1968.2 CC. c) El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda por prescripción del acción, la cual, recurrida por el demandante, es revocada por la Audiencia condenando a la demandada a pagar 45.971,56 euros por las pensiones alimenticias abonadas hasta el mes de mayo de 2013 y la cantidad que aparezca en ejecución de sentencia correspondiente a dicha pensión del que aparecía como su hijo, desde junio de 2013 hasta que adquiera firmeza la sentencia de modificación de medidas dictada. Asimismo, sentencia a la demandada a pagar como gastos la cantidad de 522.88 euros y por daños morales 15.000 euros, absolviéndole del resto de las peticiones.

Y contra dicha sentencia se presenta recurso de casación por infracción, al margen de la cuestión procesal sobre la prescripción del daño que se analizará detenidamente en el trabajo, por vulneración de los artículos 1902 CC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige una conducta dolosa en la demandada para apreciar culpa extracontractual en las relaciones familiares. Por tanto, por la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, en consecuencia, tanto la restitución de lo indebidamente cobrado en concepto de alimentos como las acciones indemnizatorias por daño moral y psicológico; existiendo jurisprudencia contradictoria de las Audiencia Provinciales. De tal modo que, aunque los argumentos jurídicos por los que el Tribunal Supremo casa en parte la sentencia (en lo que respecta a la devolución de alimentos y a la indemnización del daño moral) se analizarán más adelante en el trabajo, es preciso dejar constancia desde el principio del trabajo de una afirmación con la que nuestro Alto Tribunal intenta conciliar su fallo con la aplicabilidad del artículo 1902 CC en el marco, puntualiza, de una relación de matrimonio rota por el divorcio: «*No se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar*» Y sigue añadiendo: «*esta solución no deja sin aplicación*

el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código Civil ni, por supuesto, deja sin sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, supuesto en el que tiene encaje el recurso formulado, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa».

Al respecto, y en primer lugar, es necesario poner de manifiesto que, al estar ante una sentencia del Pleno causa jurisprudencia, sin necesidad del criterio de reiteración, por Acuerdo de la Sala primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 *sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal*; quizás por estar ante una materia sensible, así como mediática, sobre la que se ha considerado importante que haya unidad de criterio¹. En concreto, la falta de unidad que, quizás, ha motivado una sentencia de Pleno de nuestro Alto Tribunal se desprende del hecho de que antes de aquélla, en dos sentencias relevantes [SSTS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721)]² y de 24

¹ Vid. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-de-la-Sala-Primera-sobre-criterios-de-admision-de-los-recursos-de-casacion-y-extraordinario-por-infraccion-procesal>. Y PARRA LUCÁN, *Revista electrónica de Derecho, RED*, 2017, p. 33, quien nos explica que «(...) podrán ser llamados, para formar Sala, todos los magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de justicia. No existe una regulación de cuándo un asunto debe ser decidido en Pleno y, a la vista de lo dispuesto en el precepto citado, cabe pensar que se llevarán al Pleno, por iniciativa del Presidente o de una mayoría de magistrados, aquellos asuntos en los que los propios magistrados consideren importante que haya unidad de criterio por parte de la mayoría». La autora de modo pertinente divide en tres clases las posibles causas, por estar ante supuestos relacionados con la protección del consumidor o pueden ser causa de un número muy elevado de pleitos; estar relacionados con la protección del menor y de las personas con discapacidad; y por último por ser casos mediáticos.

² Los hechos que dan base a la STS de 22 de julio de 2009 son los siguientes: a) Las partes, D. Gustavo R. y Dña. Concepción C. S. contrajeron matrimonio el 26 de julio de 1956, teniendo varios hijos, e inscribiéndose como tal Jorge Ignacio, nacido el 11 de abril de 1966. b) El matrimonio entra en una grave crisis que determina su separación legal y su declaración de nulidad. El 25 de febrero de 1969 pactan su separación y que los tres hijos mayores vivieran con el padre y los cuatro menores con la madre. En 1967 se acuerda por auto la separación provisional de los cónyuges; conceder la guarda y custodia de los cuatro hijos menores a la madre, así como la de los tres hijos mayores al padre, y un auxilio económico a cargo del esposo de 20.000 pesetas mensuales para la esposa e hijos. Por Sentencia de 30 de marzo de 1974 el Tribunal Eclesiástico concede la separación a la esposa por sevicias y adulterio por parte del esposo, desestimando la petición reconventional de separación de éste por sevicias y adulterio por parte de la esposa. En 1975 el Juzgado de Primera Instancia de Madrid dicta Sentencia en juicio de alimentos provisionales, por la cual condena al ahora demandante a pagar a la demandada la cantidad de 55.000 pesetas mensuales en concepto de alimentos provisionales para los cinco hijos que convivían con la última. Y en 1997 se decreta la nulidad eclesial, y con efectos civiles del matrimonio c) El 17 de enero de 1990, tras practicarse una prueba de investigación de paternidad, se

de abril de 2015 (RJ 2015, 1915) aquél admitiera teóricamente la indemnizabilidad del daño moral y patrimonial sobre la base de la institución jurídica de la responsabilidad extracontractual, a pesar de que, finalmente, ambas desestimaron el recurso, respectivamente, por falta de dolo de la demandada y por prescripción de la acción. Y por el contrario, en otra sentencia de 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721)³ negara dicha posibilidad, afirmando que la única consecuencia jurídica de la infidelidad es su consideración legal como causa de separación matrimonial al estar basada la demanda en la responsabilidad contractual por la vulneración del deber matrimonial de fidelidad. A estas sentencias han de añadirse las SSTs de 14 de julio de 2010 (RJA 2010, 5152) y de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6849) que no entran a dar una respuesta sobre el fondo del asunto al entender en ambos supuestos que la acción de daños interpuesta estaba prescrita. Pero, a mi parecer, de estos dos últimos pronunciamientos tampoco se desprende que, de modo taxativo, el Tribunal esté prohibiendo la reparación de los daños dentro del matrimonio, en concreto por ocultación de la paterni-

excluye la paternidad de D. Gustavo respecto a quién creía su hijo y se tiene, por prácticamente demostrada, la paternidad respecto al mismo de don Jesús I. de M. d) El 31 de octubre de 1990 Jorge Ignacio presenta demanda contra D. Gustavo R. impugnando la paternidad de éste, el cual contestó oponiéndose a la demanda y sólo después de la comparecencia se allanó a las pretensiones de la misma, dictándose sentencia en julio de 1992 estimatoria de la demanda y declarativa de no existir filiación entre las partes. e) En 1991 D. Gustavo demanda a su exmujer reclamando veinticuatro millones de pesetas correspondiente a los alimentos abonados por don Gustavo R. S. a doña Concepción C. S. a favor de don Jorge Ignacio, más otra cantidad de veinticinco millones de pesetas por el daño moral, dada la actitud y comportamiento doloso de la hoy demandada al ocultar la verdadera paternidad de Jorge Ignacio, es decir, un total de cuarenta y nueve millones de pesetas. Esta demanda se desestima en primera Instancia (en cuanto a la devolución de alimentos, y dejando imprejudgada la del daño moral por admitir la falta de litisconsorcio pasivo necesario) y posteriormente por la Audiencia Provincial.

³ Los hechos que dan base a la STS de 30 de julio de 1999 son los siguientes: a) D. Alberto y Dña. M.^a Ángeles contrajeron matrimonio civil y canónico en Madrid en 1974 de cuyo matrimonio nacieron dos hijos en 1977 y 1981. En 1983 suscribieron convenio regulador por el que los hijos quedaban bajo la custodia de la madre con las obligaciones del padre respecto a las cargas matrimoniales. b) En 1984 Dña. M. A impugna la paternidad de su marido respecto a los hijos, y por sentencia de 18 de marzo de 1986 se declaró la paternidad de D. Vicente de los dos hijos por la relación extramatrimonial mantenida con Dña. M. A, con los derechos y deberes inherentes a dicha relación paterno-filial, y con orden de realizar las oportunas rectificaciones en el Registro civil. En 1986 se estima la demanda de ésta contra D. Alberto por la disolución del matrimonio sin conceder pensión compensatoria a favor de éste. c) D. Alberto demanda en juicio declarativo de menor cuantía a su exmujer por indemnización, por un lado, por el daño patrimonial sufrido al mantener dos hijos fruto de las relaciones extramatrimoniales, la cantidad de veinticinco mil pesetas por hijo y por mes, hasta el momento de la separación de hecho, lo que asciende a dos millones ciento cincuenta mil pesetas. Se condene también a la devolución de las cantidades abonadas en concepto de pensión por don Alberto V. M. y que asciende a cincuenta mil pesetas. Y, por otro, diez millones de pesetas en concepto de daño moral por cada uno de los hijos. Así como otras pretensiones. El Juzgado de Primera Instancia en 1992 estimó parcialmente la demanda, condenando a la demandada al pago del daño moral en la cantidad de diez millones de pesetas y absolviéndole del resto de las peticiones; pero dicha sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial.

dad, al ser significativo que la primera subrayara tanto la hipotética ilicitud de la conducta de la demandada como que la STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5490) reconociera la posibilidad de daños por culpa extracontractual en el ámbito de las relaciones consiguientes a la crisis matrimonial⁴. Más allá, es significativo que en ambos casos los Tribunales no se hubieran pronunciado, a través de un argumento *obiter dictum*, acerca de la viabilidad del artículo 1902 CC para el caso en estudio, pudiéndolo haber hecho.

En definitiva, aunque es cierto, como se verá más adelante, que todas las sentencias del Alto Tribunal se caracterizan por acoger el principio de no reparación de los daños entre cónyuges derivados del incumplimiento del deber conyugal de fidelidad, como daño con autonomía respecto al de la ocultación de la paternidad; sin embargo, los pronunciamientos sobre la ocultación de la paternidad que emanan de las sentencias anteriores a la del 2018 no asumen su doctrina en su totalidad. Esto es, no contamos con criterios uniformes que otorguen seguridad jurídica, debiendo matizarse que ha sido a través de las sentencias, más avanzadas y valientes, de muchas Audiencias Provinciales por las que el principio de inmunidad familiar en este ámbito de la ocultación

⁴ Es cierto que esta sentencia se refiere a otro tipo de daños cuales son los derivados del impedimento de las relaciones paterno-filiales y que, realidad, las partes no estaban casadas. En concreto, y brevemente, en el caso en litigio el padre había demandado a la madre –con quién había mantenido una relación sentimental, de la que nació un hijo, que posteriormente reconoció–, así como a la Iglesia de la Cienciología, a la que la madre se adhirió para poco después marcharse a Estados Unidos con el hijo y privando al actor de la posibilidad de relacionarse con él y participar en su educación. Tanto el juzgado como, en apelación, la Audiencia provincial de Madrid en sentencia de 13 de enero de 1995 concedieron la guarda y custodia del hijo al padre. Tras el intento sin éxito de ejecutar la sentencia en los Estados Unidos, el padre presentó posteriormente una demanda de responsabilidad extracontractual contra la madre y contra la Iglesia de la Cienciología en España. En ésta se solicita que se les condenara solidariamente a pagar una indemnización de 210.354 euros por el daño moral producido al actor al ser captada la madre de su hijo por aquélla y por privarle de todo contacto con su hijo menor de edad José Ángel. La pretensión fue desestimada por los Tribunales *a quo*, pero el Tribunal Supremo condenó a la madre a resarcir el daño moral causado estableciendo la cuantía de la indemnización en sesenta mil euros. El Tribunal declara que el daño debe imputarse a la madre por ser la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del padre como titular de la potestad y guarda pudieran ser ejercitadas por éste de forma efectiva, y al impedirlo se hace responsable del daño moral causado al padre.

Para un análisis de dicha sentencia, *vid.* por todos, CALLEJO RODRÍGUEZ, *La Ley. Derecho de familia*, núm. 8, cuarto trimestre, 2015. Disponible en *La Ley* 5940/2015, que afirma que no es preciso que exista un precepto específico que prevea de forma expresa tal resarcimiento de daños en estos casos, pues el art. 1902 CC constituye una cláusula general, establece un régimen general y no cabe excluir su aplicación en el ámbito concreto de la obstaculización de las relaciones paterno filiales de un progenitor frente al otro, sino que habrá que examinar en cada caso si concurren los presupuestos. Y, de igual modo, la autora estima acertado el argumento basado en que la cuestión de la responsabilidad civil en las relaciones internas familiares conecta directamente con la resarcibilidad de la lesión de los derechos fundamentales e irrenunciables de la persona (salud, integridad física y psíquica, intimidad, honor, derecho a la educación, etc.) reconocidos y garantizados constitucionalmente).

de la paternidad ha empezado a resquebrajarse. Más allá, a pesar de que hay división de la jurisprudencia menor sobre si el criterio de imputación subjetivo es el dolo o culpa grave o la mera negligencia, aquélla admite de modo cuasi unánime la indemnización del daño patrimonial y moral derivado de la ocultación de la paternidad.

Por otra parte, y aun afirmando que la STS de 2018 cause jurisprudencia, se ha de tener en cuenta que, como es sabido, con arreglo al sistema de fuentes diseñado por la Constitución española de 1978 y por el artículo 1 del Código civil, la jurisprudencia no es fuente del Derecho, pues por mucho que el Tribunal Supremo pretenda formular con abstracción su interpretación de la norma, la misma no puede desvincularse de la situación fáctica concreta en la que esa interpretación se ha mantenido; así en la Exposición de Motivos de Ley 1/2000 de 7 de enero, *de Enjuiciamiento civil* (LEC) se afirma que la jurisprudencia o el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar, pero no por su fuerza vinculante⁵. De tal modo que nos podemos preguntar si en una era en la que la expansión de la responsabilidad es una tendencia dominante en el Derecho de daños, la categoría, por calificarla así, de la responsabilidad civil en las relaciones familiares no es una excepción. Pues desde el punto de vista legal nos encontramos ante un supuesto en el que no hay una respuesta específica ni una forma de resarcimiento especial en el ámbito del derecho de familia y, sin embargo, el artículo 1902 CC constituye una cláusula general de indemnización de daños por cualquier hecho ilícito con daño, basado en un inveterado principio de justicia.

En otras palabras, nos preguntamos si basta con decir, como hace nuestro Tribunal Supremo, que para la ocultación a la paternidad hay respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, como sería el divorcio, sencillamente porque la pareja puede no estar casada; o en la normativa de la impugnación de la paternidad; o si, por el contrario, nuestro ordenamiento jurídico, que es único, permite que dichas soluciones sean compatibles con una indemnización por el daño si las circunstancias concretas así lo justifican. En tal sentido, y a nivel doctrinal nos encontramos con tres respuestas, las cuales solo las enuncio pues se desarrollarán a lo largo del trabajo y se han de matizar respecto a su fundamentación jurí-

⁵ Según el art. 493 LOPJ solamente la sentencia que se dicte en los *recursos en interés de la ley* respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, *fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial*. En este caso, se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* y, a partir de su inserción en él, *complementará* el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo.

dica dependiendo de si el daño a resarcir es moral o patrimonial: la primera, la que niega la indemnización por daño patrimonial y moral por ocultación a la paternidad al no subsumirse, como regla general, en un ilícito delictivo o en un lesión a un derecho fundamental; la segunda la que admite la ocultación de la paternidad como supuesto potencialmente resarcible sobre la base del artículo 1902 CC al entender que, según las circunstancias del caso en concreto, pudiera causar un daño a intereses separables de su interés en el mantenimiento del matrimonio y el respeto a sus reglas. Y dentro de este sector hay quienes defienden que el criterio subjetivo de justicia para imputar el daño es el dolo o la culpa grave y quienes sostienen que es la mera negligencia. Y, por último, los que niegan la reparación en todo caso, dado que el daño en estudio descansa en un significado de la paternidad que tiene en cuenta básicamente los vínculos biológicos, cuando la actual concepción de las relaciones paterno-filiales se basa principalmente en la construcción de lazos afectivos. Es cierto, sin embargo, que la mayoría de la doctrina en España niega la indemnización por la vulneración del deber conyugal de fidelidad.

Habiendo delimitado, sucintamente, el tema es reseñable señalar que el incremento de las demandas por ocultación de la verdadera paternidad tiene su parangón sociológico en la actualidad, al situarse el porcentaje aproximado de la discordancia parental, con matices según diferentes poblaciones, entre el 1 y el 4%⁶. Y en la misma línea matiza un estudio en el Reino Unido que uno de cada cincuenta padres mantiene a un hijo que no es el suyo, lo que equivale el 2% de los hombres que se creen padres⁷.

Con este trabajo, por tanto, se pretende exponer la peculiaridad que envuelve el daño derivado de la ocultación de la paternidad, como un tipo de daño perteneciente a los daños en el ámbito familiar; así como su respuesta legal, jurisprudencial y doctrinal hasta el momento presente. Y, asimismo, diferenciarlo del supuesto del incumplimiento del deber de fidelidad del que deriva la ocultación de la paternidad, cuyo análisis previo y detenido es necesario dado que uno de los argumentos de la STS de 13 de noviembre de 2018 para negar la indemnización por ocultación de la paternidad es su falta de autonomía respecto a la del daño derivado del incumplimiento del deber de fidelidad, lo que a todas luces chirría. En definitiva, incluyo mi tesis a lo largo del mismo acerca de la posible

⁶ Ref. BELLIS et al., «Measuring paternal discrepancy and its public health consequences», *Journal of Epidemiology & Community Health*, n.º 59, 2005, pp. 749-754, en NEVADO CATALÁN, *InDret*, 4/2018, np. 2, p. 4.

⁷ Vid. SALEEM, 2016, <https://saracenssolicitors.co.uk/litigation/in-the-name-of-the-father-what-are-your-rights-regarding-paternity-fraud>.

indemnización y de su fundamento legitimador, el cual diferencio si el daño es moral o si es patrimonial.

En orden a constatar el objetivo principal, estimo necesario enmarcar el trabajo, a su vez, en la evolución de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, en orden a destacar que, en nuestro derecho, perteneciente al Derecho continental o del *Civil Law*, nunca ha existido un principio de inmunidad explícito como en el derecho del *Common Law* angloamericano, pero tenemos en común la similitud de unos criterios que empezaron a justificar la aplicación del derecho de daños al derecho de familia. Por ello, se expone en una primera parte introductoria la superación del principio de la «inmunidad familiar» y el contexto socio-jurídico que lo sustentaba y que conllevó la posibilidad de plantear la aplicación del Derecho de daños al ámbito familiar⁸. No obstante, es de interés destacar como en ambos sistemas, en lo que respecta al supuesto en estudio de la indemnización por daño por ocultación de la paternidad, la propia evolución del contexto socio-jurídico que ha permitido en general la ruptura del principio de inmunidad conlleva, paradójicamente, el efecto contrario, esto es, la dificultad o limitación de dicha indemnización; y, en nuestro país, en concreto, por la superación de las causas de imputabilidad en el divorcio español por Ley 15/2015, de 8 de julio.

Y sobre la base de dicho marco, en una segunda parte se estudian los dos supuestos a los que me he referido anteriormente y a los que otorgo entidad distinta, la indemnizabilidad del daño derivado de la vulneración del deber de fidelidad y del derivado de la ocultación de la paternidad. Es por ello que de modo previo analizo la negativa mayoritaria doctrinal y unánime desde el punto de vista jurisprudencial a la indemnización por vulneración del deber de fidelidad, con un apunte personal crítico. Pare después pasar a abordar, en primer lugar, los fundamentos que legitiman el «daño moral» del que se creía padre, existiendo consenso en la jurisprudencia menor acerca de que aquél se basa en la institución jurídica

⁸ Es ilustrativa al respecto una cita de una autora francesa, Pons, 2007, p. 2, «(...) el recurso al principio general de responsabilidad civil del artículo 1382 Code se normaliza en los litigios de las relaciones familiares. Sin paradoja, el derecho común moraliza las relaciones de parentesco y de los vínculos emocionales integrándose en la evolución del derecho de familia. Sea que dicho principio de civismo sanciona una culpa familiar causada por la violación de un deber prescrito por la ratio legis o la ley familiar, sea que el mismo repare un daño a la familia causado por una regla de derecho. Este principio no absorbe entonces el derecho especial. Al contrario, su aplicación valora tanto la especificidad de la relación familiar que dicho principio se encuentra a partir de ahora absorbido por las reivindicaciones nuevas del individuo. (...) La ideología de la reparación viene a consagrar un derecho a una normalidad familiar (...)».

Tener en cuenta, que en la actualidad se corresponde con el artículo 1240 Code civil con el mismo contenido, tras la Ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

de la responsabilidad civil extracontractual ex artículo 1902. Más allá, las problemáticas, entre otras, que se recogen en el trabajo se centran, además de analizar cada uno de los presupuestos para que nazca la responsabilidad civil extracontractual, en dilucidar el carácter permanente o continuado del daño en orden a determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción, así como en su prueba, revestida por cierta corriente jurisprudencial del carácter de daño *in re ipsa*. Asimismo, se recoge la postura contraria del Tribunal Supremo en STS de 30 de julio de 1999 (RJ 2009, 5490) ratificada por la ya citada sentencia de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158) sobre la base de la «especialidad del Derecho de familia» y la controvertida, y no aceptable a mi parecer, «falta de autonomía del incumplimiento del deber de fidelidad de la ocultación de la paternidad». Y en segundo lugar, y existiendo más controversia al respecto, se examinan aquellos argumentos que legitiman el deber de reparar el «daño patrimonial» que ha sufrido el presunto padre por el pago de unos alimentos de los que no era deudor (el instituto jurídico de la responsabilidad civil, el cobro de lo indebido, o el principio general del enriquecimiento injusto), frente a los razonamientos alegados por nuestro Tribunal Supremo para su negación y otros apuntados más recientemente por la doctrina especialista.

2. SUPERACIÓN DEL «PRINCIPIO DE INMUNIDAD FAMILIAR» EN EL DERECHO ANGLOAMERICANO⁹: EN ESPECIAL, LAS DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO INGLÉS Y EL AMERICANO RESPECTO A LOS DAÑOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD Y DE OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD

Tradicionalmente el sistema del *Common Law* angloamericano fraguó históricamente el principio de inmunidad familiar y, más en

⁹ Para una aproximación general al Derecho de daños angloamericano, *vid.* VAN GERVEN, 2000, pp. 44-46, quien afirma que el derecho angloamericano, a pesar de sus diferencias, tuvo una influencia del Derecho romano más extensa que la del Derecho continental, basándose en supuestos de daños tasados, de modo que los abogados y jueces angloamericanos tienden a subsumir cada caso en uno de los tradicionales tipos de daños (entre otros, *trespass to the person*, *trespass to the land*, *nuisance*, *trespass to the chattels*, *fraud or deceit*, etc.) al proteger cada tipo de daño un particular interés. Si bien, la evolución ha conllevado que la mayoría de los daños que no se pueden encuadrar en dichos tipos los acoge la *negligence*, siempre que el demandante tuviera un deber de cuidado respecto a la víctima, lo hubiera vulnerado, y se hubiera producido un daño como consecuencia de dicho incumplimiento, no siendo un daño remoto; e implicando en sí negligencia el incumplimiento de un deber estatutario.

concreto, el de inmunidad conyugal (*interspousal immunity*), a pesar de las diferencias que veremos en el sistema inglés y en el americano en lo que respecta a la ocultación de paternidad por incumplimiento del deber de fidelidad. En concreto, este principio tuvo sus raíces en la doctrina de la «*unidad conyugal*» en virtud de la cual el marido y la mujer constituían jurídicamente una sola persona representada por el marido, y evitaba que un cónyuge pudiese solicitar el resarcimiento del daño causado como consecuencia de un acto ilícito cometido por el otro, tanto en su patrimonio como en su persona¹⁰.

No obstante, por una parte en el Derecho inglés, este principio sufrirá un primer quebranto restringido al ámbito de los bienes materiales, dejándolo en vigor respecto a los personales entre cónyuges, con la promulgación de la *Married Women's Property Act* 1870 por la que una mujer casada puede accionar en su propio nombre para recuperar su propiedad sobre un bien, así como la *Married Women's Property Act* 1882 que le concede legitimación plena para accionar por cualquier *tort* patrimonial cometido contra ella. De tal modo que se ha de esperar a la *Law Reform (Husband and wife) Act*, de 1962, aún en vigor en el Reino Unido, chapter 48, 1. para que dicha inmunidad dejara de tener vigor en lo relativo a los daños personales, al rezar: «*Subject to the provision of this section, each of the parties to a marriage shall have the like right of action in tort against the other as if they were not married. 2. Where an action in tort is brought by one of the parties to a marriage against the other during the subsistence of the marriage, the court may stay the action if it appears that no substantial benefit would accrue to either party from the continuation proceedings*»¹¹. El tribunal, por tanto, solo podía oponerse al proceso cuando la acción fuese interpuesta constante matrimonio y considerase que no se derivaba ningún beneficio a favor de ninguna de las partes intervinientes en el mismo. El temor a que disputas triviales entre cónyuges pudiesen llegar a colapsar los tribunales de justicia quedaba patente, así como evitar poner en peligro la armonía de la relación matrimonial¹².

¹⁰ Esta regla de la unidad jurídica tiene como antecedentes la Biblia y la posición del paterfamilias en el Derecho Romano, el concepto de Derecho Natural de la familia como una unidad informal de gobierno con la persona físicamente más fuerte como cabeza, y la propiedad feudal (*vid.* PROSSER, 1971, p. 860).

¹¹ Esta norma está derogada por el derecho escocés, *vid.* Act repealed (S.) (4.5.2006) by Family Law (Scotland) Act 2006 (asp 2), s. 46(2), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/10-11/48>.

¹² SIEGAL, 105 *Yale Law Journal*, 1996 pp. 2117-2207, Disponible en https://digital-commons.law.yale.edu/fss_papers/1092/. Y RODRIGUEZ GUITIÁN, 2017, np. 15 y 112, pp. 848 y 891, respectivamente.

Del mismo modo, en Estados Unidos empieza a tomar forma la posibilidad de que los cónyuges se demanden entre sí por daños cometidos uno contra el otro, a lo que contribuyó en gran medida la existencia de contratos de seguro que permitían reclamar directamente a la compañía aseguradora, y mantener a salvo, en consecuencia, la paz y tranquilidad familiar. La desaparición del principio de inmunidad en el ordenamiento americano trajo como consecuencia que los Tribunales, en muchas ocasiones, declararan nulas las cláusulas de estilo de dichos contratos por las que se excluía la responsabilidad en el caso de que el lesionado y el causante del daño perteneciesen a la misma familia. Asimismo, los Tribunales estadounidenses desde los años setenta sobre la base del *Restatement (Second) of Torts* en 1977¹³ han venido rechazando mayoritariamente el argumento de la inmunidad y, en consecuencia, vienen admitiendo demandas entre cónyuges. Entre ellas, las relativas a los menores y temas de custodia en las que se demanda al cónyuge que secuestra a su hijo tras un divorcio, o al padre que interfiere en el derecho de visitas de otro¹⁴. Al respecto, la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses recurren al derecho de daños para compensar económicamente a un cónyuge por los daños causados por el otro cónyuge durante el matrimonio.

Si desde un plano general se puede afirmar la ruptura del principio de inmunidad consagrado históricamente en el derecho angloamericano *hay que realizar ciertas matizaciones en lo que respecta a los daños derivados del adulterio y de la ocultación de la paternidad (fraud of paternity) y sus diferencias entre el derecho inglés y el americano.*

i) Por un lado, respecto al derecho inglés, históricamente, a pesar de que a mediados del siglo XIX se abrogó la acción criminal por adulterio, el artículo 59 de *The Matrimonial Causes Act 1857* continuó regulando el derecho del marido a demandar por daños al *paramour* quién había cometido adulterio con su mujer (generalmente conocida como acción de daños por adulterio) en un proceso judicial por divorcio o separación; daños que se concretaban más bien en el daño moral causado por el deshonor, la pérdida del afecto marital de su esposa, la destrucción del confort doméstico y, por últi-

¹³ RESTATEMENT OF TORTS 2ND, 1997 § 895F: (1): *A husband or wife is not immune from tort liability to the other solely by reason fo that relationship.* (2). *Repudiation of general tort immunity does not establish liability for an act or omisión that, because of the marital relationship, is otherwise privileged or is not tortious»* (vid. TOBIAS, 23 *Georgia Law Review*, 1989, pp. 395-478).

¹⁴ Vid. MAC DONNELL DOBBS, *William Mitchell Law Review*, vol. 17, issue 4, 1991, pp. 1159-1188, referente a *Larson v. Dunn* 460, N. W 2d 39 (minn 1990), que arguye que el reconocimiento del daño ilícito por interferencia en la custodia de menores es de interés público.

mo «*suspicion cast upon legitimacy of her offspring*», esto es, la sospecha sobre la legitimidad de su descendencia¹⁵. Incluso el art. 34 concedía al Juez poder discrecional para hacer pagar a la mujer total o parcialmente las costas del litigio. Si bien, la famosa sentencia o más conocida sobre este caso de 1920 (*Butterworth v. Butterworth and Englefield*), que analiza en profundidad los daños que puede demandar el marido, pone de manifiesto los factores tenidos en cuenta por el juez en la *action for damage for adultery*: en primer lugar, el valor de la mujer hacia el esposo que se analizaba, tanto respecto a los daños pecuniarios causados (como la ayuda de la mujer en la carrera del marido, o la habilidad para administrar el hogar) como a los daños al *consortium* (el amor y la moralidad de la mujer, para cuya valoración el juez, curiosamente y teniendo en cuenta las coordenadas culturales y sociales de la época, consideraba relevante el comportamiento del amante, pues si éste había tenido que utilizar su riqueza para seducirla implicaba un mayor valor de la mujer hacia su esposo al no ser aquélla fácilmente seducible). Y, en segundo lugar, se valoraban los daños a la autoestima del marido, sobre los que existía mayor consenso en la doctrina y en los precedentes que sobre el anterior (de nuevo, el que el tercero se aprovechara de su alto status para el adulterio agravaba los daños a la autoestima y elevaban los daños debidos). Sin embargo, el carácter rudo o cruel del marido hacia la esposa, o la ignorancia del *paramour* sobre la relación matrimonial conllevaba la inexistencia del deber de indemnizar por aquél¹⁶. Por último, la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970* del Reino Unido claramente prohíbe la responsabilidad por daños derivados de adulterio sobre las bases expuestas para dicha abrogación por la *English Law Commission*. Entre otras, el que dicha acción de daños implicaba la consideración de la mujer como la propiedad del marido, y genera un clima de amargura entre las partes al producirse la humillación de uno de los cónyuges e, incluso, habiendo convivencia entre el marido y la mujer, pudiera conllevar un chantaje contra el *paramour*. En conclusión, es ilógico que la persona que comete adulterio y del que resulta la ruptura del matrimonio sea responsable por daños patrimoniales mientras que en otras de las que resulta también la ruptura pero sin ser adulterio no lo sea; no siendo dicha acción preventiva de la situación¹⁷.

¹⁵ Vid. POLLOCK, 1890, p. 321 (Disponible en: <https://oll.libertyfund.org/titles/pollock-the-law-of-torts-4th-ed.>) quien matiza que aunque el perjuicio como consecuencia de la pérdida del servicio de la esposa incrementaría la compensación del marido, en realidad, no es una condición necesaria para la indemnización del daño.

¹⁶ Vid. SUMMER HOLMES, *Law & Social Inquiry*, vol. 20, n.º 2, 1995, pp. 601-620.

¹⁷ Law Commission, *Matrimonial and Related Proceedings-Financial Relief*, paras 128-132 (English and Wales Law Common Working Paper no.9, 1967), disponible en <http://www.bailii.org>.

De tal modo que, ante la desaparición de la acción de daños por vulneración del deber de fidelidad, el problema al que va unido en bastantes ocasiones, el ocultamiento de la paternidad (*fraud of paternity*) no se planteó hasta tiempo reciente en los tribunales. En concreto son pocas las sentencias a las que he tenido acceso, si bien, es de reseñar el caso *A v B* (2007) EWHC 1246 (QB) de 3 de abril de 2007 resuelto por el Juez Blofeld, relativo a la demanda de daños y perjuicios por *concealment of paternity* en la que finalmente el juez concede una indemnización por daños emocionales al que se suponía padre, pero sin existir matrimonio entre las partes (*for emotional injury*), valorando en £ 7,500 libras esterlinas dichos daños. Por el contrario, el juez negó la concesión de la indemnización por los daños patrimoniales por los alimentos pagados al menor, siendo una de las razones, además de la política pública, el que el demandante hubiera obtenido mucha felicidad de su relación con el que consideraba su hijo, antes de que conociera la verdad. Aunque sí le concedió una indemnización por gastos a la mujer con la que cohabitaba en £14.900 libras esterlinas por vacaciones y comidas en restaurantes¹⁸. En definitiva, existe una clara autoridad en afirmar en el derecho inglés la viabilidad jurídica de la acción de daños por ocultación de la paternidad en las parejas no casadas¹⁹.

Siendo, como he comentado, escasos los pronunciamientos sobre la materia, es de interés la más reciente sentencia FRB contra DCA (2019) EWHC 2816 (Fma) dado que en este caso el Juez afirmó que el daño por engaño podía existir en el ámbito de las relaciones familiares por ocultación de la paternidad. Si bien, negó

¹⁸ WEIFEI (*PKU Transnational Law Review*, vol. 4:1, 2016, pp. 36-37) recoge el caso entre dos personas que trabajaban en la misma empresa y ambos no estaban casados, y de su relación durante varios años la demandada (B) quedó embarazada de su hijo que nació en 1997. De modo que el demandante (A), creyendo que era su hijo, pagó todos los gastos asociados a su crianza. Tras el deterioro de su relación, A interpuso acción civil por daños y perjuicios contra B por engaño y ocultar la verdad de su falta de paternidad cuando su pareja había tenido oportunidades para decir la verdad.

¹⁹ Vid. <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed204529>, los leading cases son *P v B (Paternity: Damages for Deceit)* [2001] 1 FLR 1041, un fallo del Mr Justice Stanley Burnton; y la ya citada *A v B (Damages: Paternity)* [2007] 2 FLR 1051, de Sir John Blofeld. En cada supuesto, el hombre alegó que había sido fraudulentamente engañado por la madre, con quién tenía una relación, sobre el que fuera el padre del hijo. En cada uno de los procesos el Tribunal tuvo que dilucidar si el daño por engaño se aplica a una pareja que cohabitaba no casada, afirmado que: «No veo ninguna razón por la que un embaucador de confianza que obtiene dinero u otros bienes de una mujer mintiéndole y viviendo con ella, posiblemente por un período corto, deba quedar fuera del alcance de la responsabilidad extracontractual; y lo mismo debe aplicarse a una mujer que engaña fraudulentamente a un hombre para obtener su dinero o bienes. (Esto no quiere decir que sea tal caso: si lo es o no se determinará en el juicio). La ley debe fomentar la honestidad entre las parejas que cohabitan en lugar de condonar la deshonestidad».

la demanda dado que el marido presentó la acción *tort of deceit* de modo paralelo y habiendo presentado previamente una acción de *financial remedy proceedings* ante la petición de divorcio de su mujer, arguyendo que dicho error se puede tener en cuenta en dicha acción²⁰. En el mismo sentido de denegar dicha indemnización por daños morales por ocultación de la paternidad es en el caso *Magill v Magill* (2006) HCA 51 en el que la Corte Suprema de Australia rechazó la acción en un supuesto en el que el demandante había sido engañado en la paternidad de dos de sus tres hijos nacidos durante el matrimonio, sobre la base de «la falta de obligación de los cónyuges de revelar la infidelidad conyugal, si bien con el voto disidente de tres jueces que negaron dicho argumento y afirmaron que dicha acción se puede ejercer, pero no en el caso que enjuiciaban al faltar los presupuestos para ello²¹.

ii) Por otro lado, respecto al derecho americano, históricamente en el *Common Law* de algunos estados de USA el adulterio, calificada de injerencia directa en una relación matrimonial, podía dar lugar a la acción de daños y perjuicios tanto patrimoniales como morales contra el cónyuge [según Restatement (Second) of Torts § 685, 1965]; debiendo diferenciar dicha acción de llamada «*for alienation of affection*», la cual por otra parte nunca ha existido en el derecho inglés, dado que el interés que se protege en aquella es la exclusividad de las relaciones maritales y en ésta la pérdida del afecto del cónyuge y de sus servicios al hogar²².

Sin embargo, hoy en día en la mayoría de los estados de USA las acciones de daños por adulterio han desaparecido, perviviendo sólo en algunos Estados²³, limitando las llamadas *heart-balm actions*. Los propios Tribunales reconocen diversas razones para su eliminación como son, entre otras, que el ejercicio de dicha acción facilita el chantaje y extorsión de los cónyuges a un tercero y está

²⁰ [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-0226529?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-0226529?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true). Las partes se casaron en 2003, naciendo un hijo C varios años después. Se separaron en 2017 y en el 2018 C fue sometido a una prueba de ADN. Esa prueba reveló que H no era el padre biológico de C, de tal modo que el supuesto padre, paralelamente a la demanda por *financial remedy proceedings* presentó otra ante el Queen's Bench Division por «*tort of deceit*» en orden a la indemnización de daños morales (haciendo dejación de los patrimoniales).

²¹ *Vid.* <http://www.lawscot.org.uk/members/journal/issues/vol-60-issue-08/dad-or-undad-liability-for-paternity-fraud>.

²² *Vid.* KUTNER, 17, *W. Aus. L. Rev.*, 34, 1987, y GEER, 25 *Baylor L. Rev.* 495, 496, 1973 quienes explican cómo el juez tendrá en cuenta diferentes factores para elevar o reducir la cuantía indemnizatoria, por ejemplo, cuando el cónyuge que demanda por daños anteriormente también cometió adulterio, o fue negligente e indiferente hacia el otro cónyuge.

²³ Hasta el 2012 sólo cuatro estados mantienen la acción por *alienation of affection*: Hawaii, Illinois, New Mexico y North Carolina (*vid.* WEIFEI, *PKU Transnational Law Review*, vol. 4:1, 2016 np. 24, p. 38).

motivada en la venganza, y el hecho de que cada cónyuge es una persona independiente y no la propiedad del otro. En definitiva, los riesgos de añadir más acciones legales a los asuntos familiares además de las propias del derecho de familia, abriendo las puertas a una catarata de litigios frívolos. Una vez clarificado que no se admite la indemnización de daños por vulneración el deber de fidelidad, hay que precisar que en bastantes Estados se reconoce la posibilidad de demandar por fraude al no haber informado al marido que los hijos del matrimonio no eran suyos (*infliction of emotional distress*), con la condición de estar ante una conducta indignante (atroz), y no solo insultante u ofensiva aplicando la Sección 46 (1) del *Second Restatement of Torts-1977*)²⁴. Y aunque la reciente revisión por *Restatement (Third) of Torts (Discussion Draft, 3 april 2014)*, § 104 se refiere a «intencional (o negligente) imposición de daño emocional, sin embargo, las condiciones de la responsabilidad son substancialmente las mismas, en concreto: conducta extrema o indignante que intencionalmente o por imprudencia causa un daño emocional grave; tal y como veremos que exige una corriente de la jurisprudencia menor española y una de las escasas sentencias de nuestro Tribunal Supremo que resuelve sobre la cuestión, la STS de 22 de abril de 2009 (RJ 2009, 5721).

Respecto a su aplicación jurisprudencial, es de interés el caso *Koestler v. Pollard* resuelto por la Corte Suprema de Wisconsin en 1991, basado en los hechos en torno al adulterio por la mujer de Koestler del que resultó el nacimiento de un hijo. El demandante, evitando la acción de daños por adulterio que estaba abolida, arguyó que su mujer le engañó intencionadamente respecto a su paternidad, revelándole la verdad cuando ya había consolidado un lazo de cariño y causándole, por tanto, un grave daño emocional sobre la base de la acción «*infliction of emotional distress*». El Tribunal es cierto que razonó su negativa sobre la falta de autonomía de ambas acciones al derivar la ocultación de la paternidad, de modo probable y natural, del adulterio y ser sus presupuestos en parte semejantes. Pero existió un voto particular, de todo punto a mi parecer razonable, en el sentido de que si bien una serie de hechos pueda dar lugar a diferentes causas de acciones, estas causas eran separadas y diferentes, dado que la acción de daños por adulterio se centraba en la relación matrimonial del demandante y no reque-

²⁴ AMERICAN LAW INSTITUTE (1979). *Restatement of the Law Second. Torts*. 2d. Vol. 4, American Law Institute Publishers. St. Paul, Minnesota. La sección 46 del *Second Restatement of Torts* establece tres elementos: conducta extrema o indignante que intencionalmente o por imprudencia causa un daño emocional grave al rezar que: «*One who by extreme and outrageous conduct intentionally or reckless causes severe emotional distress to another is subject to liability for such emotional distress, and if bodily harm to the other results from it, for such bodily harm*».

ría que la conducta del demandado fuera extrema y ultrajante, y la que accionó el demandante se centraba en el bienestar de éste y no requería que el demandante estuviera en una relación matrimonial cuando el daño se cometiera.

No obstante, nos encontramos con sentencias que han reconocido el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad, como en la sentencia *Miller v. Miller*, resuelta por la Corte Suprema de Oklahoma en 1998, que resolvió un caso en el que la madre y sus padres engañaron al demandante para que se casara con su hija al estar embarazada, y sólo tras quince años de matrimonio supo que no era el padre de su hija. De tal modo que la Corte admitió la acción la *intentional infliction of emotional distress*, concediendo los daños morales pero negando los daños patrimoniales por los alimentos pagados, pues el pago se hizo en virtud de una sentencia válida y no revocada, no admitiendo el enriquecimiento injusto²⁵. Es interesante señalar que en algunos Estados de USA las leyes expresamente prohíben la indemnización o devolución de los alimentos pagados por su madre, inclusive en casos en los que se ha impugnado la paternidad²⁶.

En definitiva, estamos ante una cuestión no cerrada en el derecho angloamericano y del que la doctrina moderna ha llegado a argumentar la legitimidad de la demanda de daños morales por ocultación de la paternidad en el derecho a «la integridad de la vida familiar» consagrado en el ar. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos²⁷.

3. EVOLUCIÓN EN LA ADMISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES FAMILIARES EN EL DERECHO CONTINENCIAL, EN ESPECIAL EL DERECHO ESPAÑOL, FRENTE A UNA INMUNIDAD IMPLÍCITA: DEBATE NO CERRADO RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL PURA

A pesar de que, a diferencia del sistema del *Common Law* angloamericano, el derecho continental, en concreto el derecho español, no consagró de modo explícito un principio de inmunidad familiar ni conyugal, es cierto que en la práctica el derecho de

²⁵ *Koestler v Pollard*, 471 n.w.2d 7 (Wis. 1991), y *Miller v. Miller*, 956 P. 2d 887 (Okla 1998) en WEIFEI, *PKU Transnational Law Review*, vol. 4:1, 2016, pp. 39-40.

²⁶ ROBERTS, 37 *Fam. L. Q.*, 69, 2003.

²⁷ WHITTY / ZIMMERMANN, 2009, pp. 68-70.

daños ha sido un campo ajeno al derecho de familia²⁸. Hay razones de diversa naturaleza que han podido favorecer dicha exclusión y, por tanto, una inmunidad implícita de la responsabilidad civil al ámbito del derecho de familia. Esta realidad fáctica, a mi parecer, no justifica que no exista la posibilidad, de principio y teórica, de que en ciertos supuestos del ámbito familiar el derecho de daños pueda ser aplicado; la cuestión es dilucidar cuáles, y si es necesaria una reforma y adaptación de la normativa de daños a las peculiaridades del ámbito de la familia. Esto es, la tendencia al individualismo y la búsqueda de la justicia conmutativa entre el que daña y el que ha sufrido conllevan que la responsabilidad civil pueda ser aplicada a temas de derecho de familia con la debida coordinación, en punto a su aplicación, con la especialidad de las normas de derecho de familia²⁹. Y, en lo que concierne a la debida armonización, hay quienes sostienen, por ejemplo, que el principio de solidaridad que rige la familia tornaría injusto que el perjudicado pueda exigir responsabilidad con el mismo rigor que a un extraño, por ejemplo en el supuesto de responsabilidad de los padres en el que éstos han venido asumiendo cargas asistenciales en beneficio de aquél, pero podría extenderse a quienes cumplen funciones de protección formal e informal respecto a la víctima³⁰.

Hay que precisar, por otra parte, lo acertado de limitar el debate a la responsabilidad civil pura, o extramuros de los supuestos de comisión de un delito entre familiares, dado que éstos nunca han supuesto en el derecho español una inmunidad en la responsabilidad penal y, por tanto, civil ex delito; aunque el parentesco siga siendo un fundamento, tanto para la atenuación como para la agravación de la responsabilidad penal. Es ilustrativa, como prueba de la exclusión de la inmunidad en este ámbito, la respuesta penal frente al fenómeno de la violencia doméstica y de género y el que el Derecho penal se haya decantado paulatinamente por un agrava-

²⁸ Para indagar en esta materia, es imprescindible partir del influyente trabajo de ROCA TRÍAS, 2000, p. 535. Así como, posteriormente, LÓPEZ DE LA CRUZ, *Indret*, 4/2010, p. 5; FARNÓS AMORÓS, *Indret*, 4/2007, pp. 18-19; y FAYÓS GARDÓ, *Actualidad civil*, núm. 14, 2011, tomo 2, p. 1564.

²⁹ RODRIGUEZ GUTIÁN, 2017, pp. 841-949, en especial, pp. 922-937; y 2009, pp. 37-40, propone que, en atención a las características propias del Derecho de Familia, la aplicación de la responsabilidad civil al ámbito familiar, además de que no ha de ser automática en todo caso de existencia de un daño a un familiar, ha de revestir de una serie de peculiaridades en el sentido de que en su proyección al ámbito familiar la normativa de la responsabilidad civil ha de sufrir ciertas modificaciones, sobre todo, respecto a la exigencia del dolo y o culpa grave como criterio de imputación subjetivo.

³⁰ Según (FERRER RIBA, *Indret* 4/2001, p. 11), este argumento de la solidaridad tiene su límite en las relaciones fundadas en un contrato de prestación de servicios, tal y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia alemana (en BGH NJW 1996, 53, el Tribunal Supremo alemán rechazó acertadamente la extensión del privilegio del § 1664 a una asistenta familiar).

miento de la sanción penal cuando las conductas criminales consisten en actos de violencia física o psíquica contra las personas más vulnerables del hogar³¹.

3.1 FACTORES QUE HAN INFLUIDO EN LA IMPLÍCITA INMUNIDAD FAMILIAR EN EL DERECHO CONTINENTAL, EN ESPECIAL, EN EL DERECHO ESPAÑOL: DE CARÁCTER ÉTICO-SOCIAL; DE TÉCNICA JURÍDICA Y COHERENCIA CON LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE FAMILIA, Y EN RAZONES DE ORDEN PRÁCTICO

Dado que el análisis del trabajo se centra en el estudio de un supuesto muy concreto de las relaciones familiares, se abordará este apartado desde un punto de vista más general para concretar en los apartados siguientes las singularidades respecto a las relaciones conyugales en torno al ocultamiento de la paternidad derivada del incumplimiento del deber de fidelidad. Las razones que han llevado a una inmunidad familiar al derecho de daños las agruparía y clasificaría en los tres grupos siguientes:

i) En primer lugar, en razones de *carácter ético-social* que serían predicables cuando regía la influencia del modelo patriarcal aún en los Códigos del siglo XIX, a pesar de que en los mismos están presentes de igual modo rasgos de la familia burguesa impregnados de individualismo. En cualquier caso, la jerarquía de la estructura familiar de la época conllevaba que el cabeza de familia impusiera a los otros familiares un deber de obediencia, así como la universal limitación de la capacidad de la mujer³². Esta razón, hoy en día, deja de tener vigor dado que en la actualidad la

³¹ Hay doctrina que restringe los casos de indemnización a los supuestos especialmente graves tipificados por el Código penal (así como cuando se produce la infracción a los derechos fundamentales), como MARTÍN-CASALS/RIBOT IGUALADA, ADC, 2011, p. 526, citando a los arts. 147.8, 4-5; 1531.1; 171.4 y 172.2 CP. SSTC 59/2008, de 14 de mayo y 45/2009, de 19 de febrero; y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, pp. 28-29 que junto a los anteriores preceptos añade el art. 149 CP por el delito de lesiones por transmisión de enfermedades citando la STS (sala 2.ª) de 8 de noviembre de 2011 en la que se condena por contagio de VIH apreciando la existencia del dolo eventual y condenando a la indemnización de 90.000 euros por daño moral; y delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual que se aplican en toda su extensión también entre cónyuges, citando la STS (sala 2.ª) de 13 de septiembre de 2007 que no se pronuncia sobre los daños al haberse renunciado a la acción; o el art. 268 CP que regula la responsabilidad civil, que no penal, por la comisión de delitos contra la propiedad de los cónyuges.

³² Es significativo que la investigación de la paternidad de los hijos naturales fue acogida en el Derecho Canónico, por lo menos, desde la Baja Edad Media, pero no se recoge en los Códigos civiles en orden a preservar la tranquilidad de la vida familiar (DÍEZ PICAZO, 1984, p. 16 y pp. 74-75).

evolución de la familia, la emancipación e independencia económica de la mujer y los parámetros jurídico-culturales que ponen el énfasis en el respeto a los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia son causas que tornan coherente la aplicación de la responsabilidad civil al ámbito familiar. Lo dicho lo refrenda el que la STS del 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5490) aplicara por primera vez en España el reconocimiento del daño moral como remedio en aquellos casos en que un progenitor obstaculiza el derecho de otro a relacionarse con sus hijos. Y con arreglo al régimen general de la responsabilidad civil por culpa del artículo 1902 CC, condenando a la madre de un menor a indemnizar el daño moral ocasionado al padre por impedirle el ejercicio de la custodia de un hijo común que le había sido atribuido judicialmente, y por obstaculizar las relaciones entre ambos. En palabras de la doctrina: «*se trata de una resolución puntera en el campo de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones personales y constituye un importante avance en orden a romper el prejuicio consistente en considerar que las normas de derecho de familia conforman un sistema cerrado, que no permite la aplicación de normas o principios generales tendentes al resarcimiento, prejuicio que carece de fundamento legal y que aparece contradicho en esta resolución judicial*»³³.

Sin embargo, de modo paradójico, en lo que respecta a la parcela en concreto de resarcimiento de daños por vulneración de los deberes conyugales, la evolución del derecho de familia que rechaza la imposición de obligaciones que restrinjan coercitivamente aspectos centrales para el sentido personal de identidad implicaría ahora, según parte de la doctrina, una limitación o inmunidad, si se quiere decir así, al resarcimiento de los daños sufridos en el ámbito familiar sobre la base del derecho de daños³⁴. Es cierto que durante el trámite parlamentario de la Ley 15/2005 de 8 de julio se afirmó que el incumplimiento de los deberes conyugales establecidos en los arts. 67 y 68 CC pueden ser valorados a la hora de establecer las pensiones, pero que ello en ningún caso supondría introducir de nuevo en nuestro ordenamiento jurídico el «divorcio-sanción». Y en esta línea se defiende una inmunidad a la responsabilidad civil en el ámbito conyugal para no «volver a un marco de relaciones familiares opresivas de las que el moderno Derecho de familia ya nos había liberado»³⁵. Esta afirmación, no obstante a mi parecer, es

³³ DE VERDA Y BEAMONTE, *La Ley*, 14894/2018, p. 8. Y RODRÍGUEZ GUITIÁN, *ADC*, 2009, pp. 1381-1382.

³⁴ FERRER RIBA, *InDret* 04/2001, p. 9.

³⁵ Aunque son también otras razones las que sostienen los autores, en dicho sentido, MARTÍN-CASALS/RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, p. 561.

cuestionable pues el hecho de que durante el curso de la tramitación de la ley no se introdujera un precepto expreso que incluyera la indemnización por los daños ocasionados por el incumplimiento de los deberes conyugales, no supone en principio un impedimento para la posible aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil³⁶.

En este primer motivo también tiene predicamento la «regla de moralidad que impide que los miembros de una familia se demanden entre sí»³⁷. Pues el que la relación matrimonial esté sustentada en vínculos afectivos y de confianza implica que no sean frecuentes los litigios de este tipo entre cónyuges, salvo que se trate de conductas tipificadas como delito, o de daños de una cierta cuantía en los que, las más de las veces, entran en juego las compañías aseguradoras (accidentes caseros, o siniestros automovilísticos, por ejemplo, por el daño causado por un familiar que conduce un vehículo a otro en un accidente de circulación³⁸ etc.) al no conllevar la condena de la reparación consecuencias patrimoniales desfavorables para la familia y situarse el conflicto en el tercero asegurador y no en el ámbito familiar. En otras palabras, el vínculo de solidaridad y gratuidad que caracteriza a las relaciones familiares explica el que el perjudicado de un daño crea en el deber de tolerarlo y aceptarlo y de no interponer litigios que puedan romper la «armonía doméstica». Por otra parte, en la doctrina española se ha sostenido la posibilidad de interpretar la falta de pronunciamientos judiciales sobre accidentes domésticos como manifestación de la existencia de un privilegio que ajustaría los criterios de imputación del daño a las reglas sociales dominantes y, por esta vía, se limitaría la responsabilidad al dolo o la culpa grave; siendo común en los ordenamientos jurídicos de derecho continental que por una vía u otra admiten formas de privilegio doméstico, como se refleja en el derecho alemán en el §277 BGB³⁹.

³⁶ GARCÍA RUBIO, *Estudios jurídicos en memoria del profesor Lete del Río*, 2009, p. 365.

³⁷ Vid. BOSQUES HERNÁNDEZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83/2010, p. 902, quien explica que son los vínculos de solidaridad y altruismo ligados a un deber de tolerancia intrafamiliar lo que ha servido de escudo para evitar la entrada de las reclamaciones jurídicas en el ámbito familiar. Y VERDA Y BEAMONTE/CHAPARRO MATAMOROS, 2012, núm. 28, p. 105.

³⁸ Es cierto que es una práctica difundida que en los criterios subjetivos de delimitación del riesgo del contrato de seguro se excluya a los familiares del asegurado de la consideración de terceros perjudicados, sobre todo en los seguros voluntarios de responsabilidad civil; las cuales según criterio jurisprudencial no deben considerarse como delimitadores del riesgo, sino como limitativas de derechos (REGLERO CAMPOS, 2014, pp. 1412-1415).

³⁹ SALVADOR CORDECH/RAMOS GONZÁLEZ/LUNA YERGA, *InDret*, 3/2000, p. 9, y FERRER RIBA, *InDret*, 4/2001, p. 12.

Y en esta regla de moralidad también influye, por último, el interés de los cónyuges en «mantener el vínculo matrimonial» pues no cabe duda de que la exigencia del resarcimiento del daño, además de la existencia del daño en sí, va a suponer una importante quiebra de la estabilidad de la pareja. Incluso el ejercicio de dicha acción es más probable en los supuestos de régimen económico de separación que en el de gananciales. A pesar de que el artículo 1346.6 CC establezca la naturaleza privativa de la indemnización por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos, lo cierto es que el cónyuge condenado al resarcimiento debe hacer frente al mismo con sus propios bienes privativos. Ahora bien, si dicho cónyuge carece de ellos la obligación será a cuenta de los gananciales, ciertamente limitado a la parte que le correspondería en el reparto. En la práctica, el caso expuesto se traduciría en que a un cónyuge se le indemnice con su propio patrimonio⁴⁰.

En definitiva, la preservación de la armonía familiar no tendría encaje como justificación, tal y como se ha apuntado desde el inicio del trabajo, en los daños derivados de delito como en los malos tratos físicos o psíquicos, abusos sexuales, etc., de tal modo que solamente en los casos de mera negligencia es cuando el miembro de la familia, que sopesa las consecuencias de la interposición de una demanda, dejaría de interponerla al ver que peligraría su paz familiar. Asimismo, dicha razón no es coherente porque cuando dicha acción se ejercita en muchas ocasiones ya se ha roto la unidad familiar mediante un previo proceso de divorcio o disolución del vínculo o separación, como veremos más adelante al analizar el supuesto en concreto de vulneración del deber conyugal de fidelidad con ocultación de la paternidad. Sin embargo, sorprende que nuestro Tribunal Supremo, en la última sentencia sobre esta materia de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158), negara la indemnización del daño moral en un supuesto de incumplimiento del deber de fidelidad con ocultación de la paternidad porque se ejercitan unas acciones « (...) *propias de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar*» (FD 4.º); argumento también presente en la STS de 30 de julio 2009 (RJ 1999, 5726).

ii) En segundo lugar en *razones de técnica jurídica y de coherencia con la autonomía del Derecho de familia*: el ejercicio de la acción de la responsabilidad civil en el ámbito familiar se ve condicionado y limitado, por un lado, por el breve plazo de prescripción

⁴⁰ LÓPEZ DE LA CRUZ, *InDret*, 4/2010, p. 4.

de la acción de la responsabilidad civil que, como es sabido, es un año desde que lo supo el agraviado según el art. 1968.2 CC; junto a la ausencia de mecanismos de suspensión del plazo de la prescripción de tal acción mientras dura la convivencia familiar, esto es, entre los cónyuges, y padres e hijos⁴¹. Es por ello que esta falta de previsión legal (que podría ser muy útil para preservar la relación conyugal o paterno-filial) se ha intentado atemperar por la doctrina mediante la interpretación objetivista del art. 1969 CC de manera que el plazo de prescripción ha de computarse sólo desde el momento en que la pretensión correspondiente pudo ejercitarse desde una perspectiva objetivo-teórica y con abstracción de las circunstancias concretas que afecten al titular⁴². Y por otro, por el hecho de que la indemnización de los daños familiares no cumpla las funciones propias de la responsabilidad civil, cual es la reparación o compensación del daño, dado que con la indemnización solo se logrará la redistribución de la riqueza entre los familiares⁴³.

Al margen de las razones de técnica normativa, y respecto al argumento de la especialidad o autonomía del Derecho de familia se defiende que se debería aplicar de modo exclusivo las normas de derecho de familia para la resolución de los daños entre los miembros de la misma pues su normativa particular excluye cualquier pretensión de naturaleza aquiliana; debiendo resolverse las relaciones personales dentro de la comunidad familiar en un contexto de libertad y no bajo las amenazas de sanciones resarcitorias⁴⁴. Esta razón llevaría a que la responsabilidad civil no nacería en los casos en los que dicha responsabilidad tampoco existiría cuando se tratara de personas sin vínculos familiares, dado que los intereses involucrados en las relaciones familiares se organizan y protegen

⁴¹ Es encomiable, sin embargo, según referencia de RODRÍGUEZ GUTIÁN, la regulación de la suspensión de la prescripción de la acción por motivos familiares por el art. 121-16 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el libro 2.º del *Código civil de Cataluña relativo a la Persona y la Familia*; así como por preceptos de ordenamientos jurídicos europeos como, entre otros, el art. 207 BGB y los arts. 2235 y 2236 *Code civil* según nueva redacción dada por la Loi n.º 2008-561 du 17 juin 2008, que reforma la prescripción en materia civil, referidos a los menores no emancipados, los mayores sujetos a tutela, y a los esposos y a las parejas ligadas por un pacto civil de solidaridad (*vid.* RODRÍGUEZ GUTIÁN, Vol. VI, 2017, np. 95-96, pp. 883-884).

⁴² UREÑA MARTÍNEZ, 1997, pp. 240-241, propone de modo muy acertado una interpretación del art. 1932 CC adecuada al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, en el sentido de interpretar la expresión «*en perjuicio de toda clase de personas*» referida a personas que puedan ejercitar de manera real y efectiva (no solo formal y teóricamente) sus derechos y pretensiones, y valorando tal posibilidad en relación al titular que debe actuar, es decir, teniendo en cuenta la situación personal y circunstancias concretas de éste. Y de igual modo, la suspensión del plazo de prescripción sería más conveniente para evitar en la medida de lo posible poner en peligro la convivencia y la paz familiar por medio de litigios entre los propios miembros.

⁴³ PATTI, 1984, p. 288.

⁴⁴ FAYOS GARDÓ, *Actualidad civil*, 2011, pp. 1562-1563.

mediante el Derecho de familia vigente en cada momento histórico, sin partir de la base de que éstas son incompletas (cuyas disposiciones prevén remedios específicamente familiares como la separación matrimonial o el divorcio; la pérdida de la guarda y custodia sobre un hijo menor; o la suspensión o privación de la patria potestad, entre otras)⁴⁵. De modo que el silencio del Código civil habría que interpretarlo que obedece a una decisión de política jurídica coherente con los principios que informan el Derecho de familia actual; tal y como corrobora el artículo VI-1:103 c del Marco Común de Referencia que especifica que las reglas de responsabilidad civil «*do not apply in so far as their application would contradict the purpose of other private law rules*». De modo que resultaría un contrasentido hacer entrar las reglas de la responsabilidad civil, de modo general, en un ámbito del que en los últimos decenios el Derecho de familia conscientemente ha ido retirando sus propios remedios en aras del criterio que ha ido ganando terreno, esto es, del deber del Estado de respetar la autonomía del grupo familiar y la opinión de cada uno de los cónyuges respecto a la tolerabilidad de la situación en la que se encuentra dentro de su matrimonio. En definitiva, nuestro ordenamiento ha optado por limitar la intromisión estatal en asuntos familiares a la mínima expresión y debe, por tanto, ordenar la tutela aquiliana coherentemente con el principio de proporcionalidad con los intereses que la ley tutela ⁴⁶.

Este razonamiento es cierto en la medida en que la responsabilidad civil funcionara como efecto disuasorio en su caso; pero estimo de interés el argumento que considera también el reverso de la moneda cuestionándose el incentivo también perverso que brinda

⁴⁵ Para un análisis detenido de estas medidas es interesante consultar el trabajo de RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2017, pp. 903-919, quien analiza de modo profundo tres ámbitos: en primer lugar, las normas que prevén una forma especial de resarcimiento para los daños entre familiares tanto en el ámbito del matrimonio respecto a sus relaciones patrimoniales durante el matrimonio (arts. 1390-1391 CC) y tras la crisis matrimonial (al prever formas especiales de resarcimiento como remedio *ex arts. 97 y 98 CC*) como en el de las relaciones paterno-filiales *ex art. 168 CC*; y el desafortunado art. 1932CC que regula, en realidad, una regla objetiva de prescripción sin excepción en los supuestos de estar ante menores de edad y personas con capacidad modificada, prescindiendo de razones de equidad para hacer prevalecer la seguridad jurídica. En segundo lugar, las normas que prevén un remedio distinto al resarcimiento tanto en el ámbito del matrimonio (la separación, divorcio y nulidad aunque sin tener que estar basado en el incumplimiento de los deberes conyugales; si bien éstos influyen en ser justa causa de desheredación *ex art. 855.2 CC* y extinción del deber de alimentos *ex art. 152.4CC*) y en el de las relaciones paterno-filiales (entre otros, la privación y suspensión de la patria potestad, o las medidas previstas en los arts. 167 y 168 CC cuando la administración del padre ponga en peligro el patrimonio del hijo).

⁴⁶ Ref. VON BAR/CLIVE, *Principles, Definitions and Modern Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 4, 2009, p. 3117, en MARTÍN-CASALS/RIBOT IGUALADA, ADC, 2011, np. 82, p. 528, y p. 530.

la exclusión de la responsabilidad ⁴⁷; así como otras razones que pondré de manifiesto más adelante (*vid.* epígrafe 5.2).

iii) Y, por último, sobre la base de *razones de orden práctico menos relevantes* como el peligro de la proliferación de demandas triviales. Esta causa, tal y como se recogió en el anterior epígrafe acerca del sistema del *Common Law* angloamericano, ha sido referenciada por los tribunales y doctrina partidaria de mantener la inmunidad entre los esposos. En realidad, se podría calificar dicho motivo de paternalista, sentado que los particulares están siempre en mejor disposición que los jueces para valorar las consecuencias de litigar en la vida familiar⁴⁸, y además es un dato constatable que tras quebrarse el principio de inmunidad nuestros jueces y tribunales no se han visto desbordados de demandas frívolas o banales. Éstas, a todas luces, están fuera del ámbito de aplicación de la acción de responsabilidad civil, como son los daños implícitos y riesgos a asumir en toda relación, o las contradicciones, disgustos o en definitiva las meras molestias. De igual modo, desconcierta que el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de julio de 1999 (RJ 2009, 5726), también respecto al incumplimiento el deber de fidelidad con ocultación del paternidad, insinuara dicho argumento al argüir que: «*el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, (...) pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alternación de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización*» (FD 3.º). Sería como decir, según alguna voz doctrinal crítica, que no deberían resarcirse los daños morales derivados de un accidente de circulación en orden a no sobrecargar a los tribunales dado su elevado número en nuestros días⁴⁹.

Asimismo, a dicha razón práctica se le uniría otra no tan eximia como es la amenaza o el riesgo de la conflictividad en el seno de la familia vulnerando la armonía y paz familiar, el cual, en realidad se ha analizado anteriormente en este epígrafe al tratar la regla de moralidad implícita entre los miembros de la familia en orden a evitar litigios.

⁴⁷ En este sentido PAPAYANNIS (2017, p. 76) razona, por ejemplo, en términos del análisis económico del derecho, que el cónyuge infiel obtiene los beneficios del matrimonio y no asume los costes de éste (coste de oportunidad de dejar pasar la oportunidad de tener relaciones sexuales más satisfactorias), de modo que el incentivo sería prorrogar la situación lo más posible.

⁴⁸ TOBIAS, 23 *Georgia Law Review*, 1989, p. 445.

⁴⁹ ALGARRA PRATS, 2012, p. 53; e YZQUIERDO TOLSADA, 2018, p. 420.

3.2 DEBATE NO CERRADO RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL PURA: CONSENSO SOBRE SU APLICACIÓN EN SUPUESTOS DE DELITOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR Y VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Una vez expuestas las razones de diversa índole que explican la reticencia o la falta de aplicación del derecho de daños al ámbito familiar en el derecho continental y en especial en el español, es de interés la propuesta de cierto sector doctrinal de limitar la posibilidad de ejercitar la acción de responsabilidad civil solamente a los supuestos ya mencionados de responsabilidad civil derivados de un delito. Y, de igual modo, cuando se está ante conductas que causan daños a derechos o intereses del otro cónyuge conceptualmente separables de su interés en el mantenimiento de la relación familiar, esto es, cuando se vulneran los derechos fundamentales de un miembro de la familia por otro: por ataques a bienes de la personalidad como al *honor* cuando, para justificar una infidelidad con ocultación de la paternidad se utilizan expresiones ofensivas acerca del otro cónyuge o de sus hábitos sexuales; cuando mediante palabras o la conducta se provoque en el otro un sentimiento de humillación tal que lesione su dignidad como persona; o, incluso según algún autor, cuando la falsa paternidad era una circunstancia conocida, o al menos sospechada por el entorno social de la familia, o cuando fue la propia madre quien dio a conocer esta circunstancia a terceras personas durante el matrimonio o incluso al propio actor una vez surgida la crisis⁵⁰. O bien, una vulneración al derecho fundamental a la *intimidad* por interceptación de conversaciones telefónicas; a la integridad física o psíquica por contagio de enfermedad venérea, etc.,⁵¹. Se ha de entender que, en realidad, no será el mero ataque al interés o derecho subjetivo el que haga nacer la obligación indemnizatoria pues la mera lesión a un derecho de la personalidad no implica, como regla general⁵², que se ha producido un daño resarcible moral y/o patrimonial, dado que éste ha de ser probado, al igual que el resto de los presupuestos a los que se anuda la responsabilidad civil.

⁵⁰ FARNÓS AMORÓS, 2015, p. 560.

⁵¹ En este sentido, entre otros, FERRER I RIBA, *InDret*, 4/2001, p. 15 y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, pp. 19-64, en especial 27-30.

⁵² Hay excepciones de presunción como la que se positiviza en el art. 9.3 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, *sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* que reza que: «La existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima (...)».

En esta línea es de interés el razonamiento que sostienen algunos autores en el sentido de matizar, en orden a evitar una concepción moralizante de la tutela de los derechos fundamentales, que el interés del demandante debe ponderarse con el ejercicio legítimo de derechos como la libertad sexual, o más genéricamente, con el libre desarrollo de la personalidad. De tal modo que no serían supuestos indemnizables la falta de cumplimiento de la promesa de matrimonio, o la conflictividad matrimonial derivada de la transexualidad del otro cónyuge, incluso la infidelidad conyugal con ocasión de la ruptura de una familia y la posterior interposición de una acción de impugnación de la paternidad sobre los hijos comunes⁵³. No obstante, a mi parecer, el problema de esta tesis radicaría en la dificultar de subordinar el ejercicio del derecho a la indemnización por daños al concepto jurídico indeterminado del «libre desarrollo de la personalidad» que debería interpretarse de acuerdo con los principios de la Constitución española, es obvio, pero es que dicho principio, desde un planteamiento general de la cuestión, ampararía a ambas partes en el conflicto; estando por tanto ante una petición de principio dado que la conclusión de excluir la responsabilidad civil extracontractual no parece obvia respecto a la premisa. Asimismo, es cierto que respecto a los casos que versan principalmente en perjuicios derivados del mero impacto emocional o psicológico de la conducta del agente habría que ponderar el derecho del cónyuge a tomar decisiones respecto a su propia vida con autonomía y libertad; pero por otra parte la propia teoría de la responsabilidad civil da solución al estar ante un daño no resarcible por la ruptura de la imputación objetiva por la excepción del llamado riesgo general de la vida y, por ende, faltando un presupuesto de la responsabilidad civil de la que nace la obligación indemnizatoria. En definitiva, habría que discriminar del daño moral toda una serie de hipótesis en las que el derecho no debe intervenir cuando el daño sea mínimo, dado que dichos daños no serían indemnizables sobre la base del principio *minimus praetor non curat*, bien porque no existe gravedad de la consecuencia dañosa, bien porque toda la vida de relación comporta enojos, disgustos y contrariedades en las que el derecho no debe intervenir⁵⁴.

Tras lo expuesto, estimo que la aplicación de la responsabilidad civil no está vedada por nuestro ordenamiento jurídico, y más allá de los casos en los que haya delito y un ataque a un derecho fundamental concreto. En primer lugar, porque el hecho de que el Código civil español carezca de una disposición legal que afirme expre-

⁵³ MARTÍN-CASALS, M./RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, pp. 535-539.

⁵⁴ MARTÍN-CASALS, 1990, p. 1231.

samente la aplicación de las normas de la responsabilidad civil a los daños causados en las relaciones de familia, no implica la prohibición de la misma al construirse el instituto jurídico de la responsabilidad civil sobre una cláusula general positivizada en el art. 1902 CC que no establece las características típicas que ha de reunir el daño resarcible⁵⁵. Y, en segundo lugar, el Código civil español solo otorga a ciertos perjuicios familiares unos mecanismos reparatorios específicos, como puede ser la pensión compensatoria en materia de divorcio.

A partir de tales postulados, y dado que en la mayoría de los casos no hay regulaciones específicas frente a los daños que acontecen en las relaciones familiares, cobra sentido preguntarse si cabría acudir al derecho común o instituto jurídico de la responsabilidad civil ex artículo 1902 y siguientes del Código civil. Ahora bien, compartimos la opinión de los que sostienen la no conveniencia de una aplicación generalizada del Derecho de daños a todo conflicto familiar y la necesidad de sistematizar las diferentes hipótesis de daños entre familiares, distinguiendo en qué casos ha lugar a la responsabilidad civil y en qué casos no⁵⁶. Más allá, y a modo solo de apunte, en los supuestos en los que se admita, como sería, entre otros, el que es objeto de este estudio y con los límites que se expondrán más adelante, se podría plantear, sobre la base del «principio de indemnidad» o «reparación integral a la víctima»

⁵⁵ Es de interés el artículo de SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 112, cuarto trimestre, 2014, pp. 1-20. Disponible en La Ley 6602/2014, que recalca que el hecho de la inexistencia de una norma excluyente de la aplicación del régimen general de responsabilidad se erige como primer fundamento para declarar en principio resarcibles los daños familiares. De tal modo que el fundamento de la plena resarcibilidad de los daños familiares no puede ser otro que el principio de atipicidad (no sólo desde una vertiente formal sino sustantiva ya admitida) del ilícito civil que rige nuestro sistema siendo resarcible la lesión de cualquier interés legítimo, esté tutelado o no como derecho subjetivo, absoluto o relativo (como los daños *in contrahendo*, o la privación de un bien por el mero poseedor, o el daño producido al conviviente supérstite por la causación de la muerte del otro conviviente). Lo decisivo es que el interés lesionado no resulte indigno de tutela en cualquier caso (por concurrir con un interés prevalente, o por ilícito o contrario a la moral social) y se anuden el resto de los presupuestos de la responsabilidad civil.

⁵⁶ *Vid.* por todos, RODRÍGUEZ GUTIÁN, *La Ley-Derecho de familia*, núm. 8, 2015, p. 10, quien destaca como razones de que no todo sufrimiento ha de ser objeto de reparación; el principio de especialidad del Derecho de familia y la necesaria protección de las relaciones familiares; citando al respecto una interesante sentencia del ámbito anglosajón referida al caso resuelto por la Corte Suprema de Canadá de 9 de julio de 1999 [Dobson (litigation Guardian of) v. Dobson (1999) 2. S. C. R. 753] en la que Cynthia Dobson, embarazada de veintisiete semanas y mientras conduce una tormenta de nieve, colisiona con otro vehículo, provocando el nacimiento prematuro del hijo con graves lesiones. Tras el paso de los años, el hijo interpone una acción de daños contra la madre debido a su comportamiento negligente. Y el Tribunal Supremo revoca las dos sentencias de instancia, que habían concedido indemnización al hijo, alegando, entre otras consideraciones, que la responsabilidad civil implica aquí una intromisión en la vida privada de la mujer, con posibles consecuencias dañinas para la unidad familiar y podría llevar consigo serias consecuencias psicológicas en la relación madre-hijo.

si la indemnización sobre la base del artículo 1902 CC se podría aplicar de modo complementario a los supuestos de regulación específica en el derecho de familia. Más en concreto, respecto a dicha complementariedad de acciones, se podría plantear la posible compatibilidad de la acción de indemnización de daños y perjuicios con la compensación económica al no poder subsumirse ésta, como institución *sui generis*, ni en la del enriquecimiento sin causa (hay causa para hacer legítima la ganancia, como es el matrimonio y bien de la familia, no hay error), ni en la de indemnización por perjuicios (pues no es necesaria la culpa), ni en la de alimentos (no tienen como objetivo la subsistencia ni es revisable). Sería posible que el afectado del divorcio no tuviera derecho a la compensación, pero sí a daños y perjuicios en el caso de que se den los presupuestos que se anudan a la responsabilidad civil; excluyendo, eso sí, los supuestos que entran dentro de los riesgos de la vida tal y como se vienen apuntando.

En definitiva, aun estando ante una cuestión no pacífica sino ambivalente, una vez admitida la pertinencia del instituto jurídico de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en el derecho español, doy paso al análisis más profundo del supuesto objeto del estudio presente en la «responsabilidad civil por vulneración del deber de fidelidad con ocultación de la paternidad» y a indagar en la razones doctrinales y jurisprudenciales tanto de su admisión como de su exclusión. Si bien, tal y como he apuntado desde el inicio del trabajo se ha de distinguir con toda nitidez el daño derivado de la infidelidad (daño moral) del daño derivado de la ocultación de la paternidad (daño moral y patrimonial) como daño autónomo e independiente, dado que, aunque la infidelidad es presupuesto de la falta de paternidad, en este último caso el daño viene de su ocultación dolosa o culposa que crea en la otra parte la confianza en una filiación inexistente.

4. **¿OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA POR VULNERACIÓN DEL DEBER CONYUGAL DE FIDELIDAD?**

4.1 MAYORITARIA NEGATIVA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL A LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DEL «DEBER DE FIDELIDAD»

Es doctrina común, avalada por la jurisprudencia menor en los últimos años, aunque contradicha o matizada por la del Tribunal

Supremo, la existencia del deber de indemnizar los daños morales y patrimoniales derivados de la ocultación de la paternidad derivada del incumplimiento del deber de infidelidad. Por el contrario, tal y como se ha apuntado en el epígrafe anterior, la mayoría o casi unánime posición doctrinal y jurisprudencial es la negativa al nacimiento del deber de indemnizar por el solo incumplimiento del «deber mutuo de fidelidad entre los cónyuges».

El argumento principal en el que se basa este sector *mayoritario* de la doctrina civilista es la naturaleza ético-moral, cuyo cumplimiento depende de la conciencia de cada cónyuge, y no jurídica *stricto sensu* de los deberes consagrados en los artículos 67 y 68 CC⁵⁷. Se alega, asimismo, que el tercero no debería tampoco responder frente al cónyuge que sufre el incumplimiento del deber conyugal ya que éstos, por su propia naturaleza, son deberes que conciernen exclusivamente a los dos cónyuges⁵⁸. Es cierto, en definitiva, que este tipo de deberes tiene una naturaleza especial dado que su carácter moral se explica si se atiende al contenido ético del Derecho de familia pues en este caso el Derecho se apropia de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos⁵⁹.

En realidad, se podría afirmar que a raíz de la reforma de modificación del Derecho de familia por Ley 15/2015, de 8 de julio un deber de indemnizar por incumplimiento del deber de fidelidad como conducta reprochable del cónyuge infiel no sería coherente. Dado que el legislador, tras dicha reforma no tiene en cuenta la imputabilidad de las conductas determinantes de la ruptura conyugal para la determinación de las medidas compensatorias arbitradas por el Derecho de familia⁶⁰. En definitiva, este sector entiende que hay comportamientos que, aun causando daño moral, no son

⁵⁷ En este sentido, entre otros, FERRER RIBA, *InDret*, 4/2001, p. 15; MARTÍN-CASALS/RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, p. 517-518; SALVADOR CORDECH/RUIZ GARCÍA, 2000, p. 63; y CUADRADO IGLESIAS, 2015, pp. 1-18., y FARNÓS AMORÓS, 2015, pp. 537-540.

⁵⁸ *Vid.* ALGARRA PRATS, 2012, p. 55.

⁵⁹ CASTÁN TOBEÑAS, 1987, pp. 236-237.

⁶⁰ *Vid.* MARTÍN CASALS/RIBOT IGUALADA (*ADC*, 2011, p. 545) quienes explican que la liquidación de dichos daños llega a extremos francamente risibles cuando se propone objetivar la responsabilidad de los cónyuges por esos incumplimientos y apuntar a la posibilidad de establecer un baremo de daños producidos durante la convivencia conyugal.

En contra, VERDA y BEAMONTE, *Revista Jurídica La Ley*, 2007, tomo 2, D-70, pp. 1659-1660, que destaca ser significativo que con la reforma del Derecho de familia efectuada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, se ampliarán, de modo paradójico, los deberes matrimoniales, añadiendo los de atención a las responsabilidades domésticas y el cuidado a ascendientes y descendientes a su cargo. La imposición por el legislador a los cónyuges de un modelo de organización de las tareas domésticas, basadas en la igualdad, resulta paradójico, si se tiene en cuenta que precisamente el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad es el hilo conductor de la reforma introducida por la Ley 15/2005, al establecer como causa de separación y disolución del matrimonio la mera voluntad de los cónyuges; así como también lo es de la reforma operada por la Ley 13/2005 en el que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

indemnizables en cuanto que no son jurídicamente exigibles, como el derecho a que me quieran, derecho a convivir, derecho a compartir penalidades, etc. Y si lo fuera estaríamos utilizando el mecanismo de la responsabilidad civil extracontractual más allá de su finalidad fundamental, convirtiéndolo en un instrumento sancionador. En este caso el derecho resarcitorio entraría en colisión con el derecho fundamental a la libertad de las personas, con el riesgo, tal y como ya hemos apuntado anteriormente, de reintroducir en nuestro ordenamiento el sistema de la culpa, a modo de pena privada, como castigo por haber ocasionado o directamente solicitado la separación o divorcio⁶¹.

Ahora bien, es de interés apuntar la opinión de quienes, defendiendo la no indemnizabilidad del daño en cuestión, sostienen que estamos ante una contradicción y absurdo del vigente Derecho de familia. Pues el que permanezcan invariables unas normas (las que consagran los deberes conyugales ex arts. 67 y 68 CC), mientras existe una radical transformación en paralelo de otras no deja de ser paradójico y contrario a las exigencias de la sistemática y de la coherencia; incluso, cuando se avanza hacia una patrimonialización del Derecho de familia en las que priman las consecuencias económicas sobre cualesquiera otras⁶². Es por ello que se afirma como posición de compromiso que únicamente podrán resarcirse los daños consecuencia de la infidelidad cuando se afecten otros derechos de la persona ajenos al matrimonio, esto es, en el caso de que se vulneren derechos fundamentales al ser el daño relevante jurídicamente⁶³.

A mayor abundamiento, la tesis jurisprudencial más secundada también es la que sostiene la negativa a la obligación indemnizatoria por el solo incumplimiento del deber de fidelidad. Así lo apuntan sentencias paradigmáticas de nuestro Tribunal Supremo en este campo, como la STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726) que resuelve un supuesto de vulneración del deber de fidelidad con ocultación de la paternidad en el que el marido, el cual, recurrente ante el TS, fundamentó el recurso en que el deber de fidelidad «es una obligación contractual, que tiene su origen en el con-

⁶¹ LÓPEZ DE LA CRUZ, *InDret*, 4/2010, p. 26.

⁶² Es muy interesante el estudio en profundidad de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, p 33, quien advierte que los conocidos como acuerdos prematrimoniales o prerruptura es el camino por donde debe avanzarse hacia la valoración económica del incumplimiento de los deberes entre esposos y parejas; aunque con la prudencia debida por parte de los Tribunales, no debiendo admitir por pacto, por mutuo acuerdo, lo que se niega a los propios esposos.

⁶³ LÓPEZ DE LA CRUZ, *InDret*, 4/2010, pp. 34-35, así como GONZÁLEZ BEILFUSS/ NAVARRO MICHEL, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3- 2010, p. 813. y MARÍN GARCÍA/LÓPEZ RODRÍGUEZ, *InDret*, 2/2010, p. 16.

trato de matrimonio y que la esposa viene obligada a cumplir; y respecto al daño moral el marido alegó que reclamaba «*no sólo que ha vivido en engaño permanente, sino que el resultado final del propio engaño ha sido la pérdida de los hijos, ya que los que consideraba como tales no lo eran, así como un sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro*». El TS, no pronunciándose por motivos procesales respecto a la pretensión de restitución de las pensiones alimenticias, arguyó, haciendo suyos los razonamientos del tribunal de instancia, que a pesar de que el quebrantamiento de los arts. 67 y 68 CC es merecedor de un innegable reproche ético-social, el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, siendo la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación la ruptura del vínculo conyugal. A lo que añade que, de igual modo, no cabe cimentar la exigibilidad de dicha indemnización dentro del precepto genérico del art. 1101 CC por más que se estimen contractuales tales deberes en razón de la propia naturaleza de matrimonio, *pues lo contraría llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar (FD 3.º)*⁶⁴. Asimismo, la negativa a la obligación indemnizatoria por vulneración del deber de fidelidad se desprende de las sentencias más recientes del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152), 18 de junio de 2012 (RJA 2012, 6849), y la de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158) con argumentos semejantes al de la STS de 30 de julio de 1999. Y, en el mismo sentido, de modo concluyente se pronuncia la jurisprudencia menor, entre otras, la SAP de Segovia de 30 de septiembre de 2003 (JUR 2003, 244422) al argumentar que tales supuestos entran en el terreno de lo extrajurídico (infidelidades, abandonos, ausencia de lealtad, etc.), no debiendo el derecho, por tanto, jugar papel alguno ni entrar a tomar partido.

Por último, la última STS de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158) también legitima la falta del deber de indemnizar del daño moral derivada del incumplimiento del deber de fidelidad. En concreto, por la «*falta de autonomía del incumplimiento del deber de fidelidad y de la ocultación de la paternidad*» (que funda en el exiguo y asombroso razonamiento de que «*lo que lleva a la oculta-*

⁶⁴ En esta sentencia la posición del Tribunal Supremo es taxativa en el sentido de negar la indemnización del daño moral por vulneración del deber de fidelidad, y lo hace manteniendo el carácter contractual de los deberes matrimoniales por razón de la propia naturaleza del contrato; cuando, en realidad, no se observa en la actitud de los Tribunales un acercamiento sin fisura del matrimonio al contrato, estando a mi parecer ante un negocio jurídico especial de Derecho de familia pues en un contrato su cumplimiento no puede quedar al albor de una de las partes ex art. 1156 CC.

ción es el incumplimiento del deber de fidelidad) arguye que la infidelidad (y por tanto también la ocultación de la paternidad) sólo tiene respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, mediante la separación o el divorcio, dado que aquélla no contempla la indemnización del daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo. Se trata, tal y como apuntó su precedente de 30 de julio de 1999, de deberes no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como sí ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe. En definitiva, con una regulación tan específica y propia del Derecho de familia español en orden a obtener, modificar o extinguir derechos, es significativo que nada se diga sobre las consecuencias que en este ámbito tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 CC (FD 4 3 *in fine*).

4.2 DOCTRINA MINORITARIA. Y APUNTE PERSONAL CRÍTICO

Por otra parte, si bien es cierto que como posición minoritaria en la doctrina española, existen quienes defienden la responsabilidad civil por vulneración del deber de fidelidad en determinados supuestos y bajo ciertas circunstancias⁶⁵; señalando dos fundamentos en los que se basar la legitimación de la obligación indemnizatoria: i) bien en la llamada «responsabilidad contractual» ex artículo 1101 CC, ya sea porque se estime el matrimonio como un contrato, ya sea porque en el caso de los daños económicos o morales originados por violación de los deberes conyugales, «*obligaciones legales sin carácter patrimonial*» se deben de aplicar las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones, las de la llamada culpa contractual, que no se aplican solamente al incumplimiento de las obligaciones contractuales o, en último término, las reglas relativas de la responsabilidad civil⁶⁶. ii) Bien en la «responsabilidad extracontractual» ex artículo 1902 CC⁶⁷, la cual sobre

⁶⁵ Además de los que se citan a continuación, *vid.* GARCÍA CANTERO, 1982, pp. 195-196; GETE-ALONSO Y CALERA, 1984, p. 338. Y PÉREZ GALLEGO, *Revista de Derecho civil*, vol. 2, núm.3, 2015, p. 167, basándose en la STS de 30 de junio de 2009. Estamos en estos supuestos ante lesiones a otro bien jurídico digno de protección como es el «derecho al respeto a la vida familiar» protegido por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁶⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 2016, pp. 155-156 y, no tan recientemente, en LACRUZ BERDEJO, 1989, p. 146.

⁶⁷ En este sentido DE VERDA Y BEAMONTE/CHAPARRO MATAMOROS, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2012, p. 118, al afirmar que «no parece necesario justificar que la indemnización del daño deba discurrir por la vía del artículo 1902 CC, y no por la

todo se defiende en el supuesto de interposición de demandas frente al tercero de forma solidaria si conoce que la persona con la que mantiene relaciones sexuales está casada porque en cierta manera también sería responsable.

En concreto, el argumento que exponen es que el hecho de que estemos ante deberes personalísimos, y por ello no coercibles de modo forzoso (inexigible jurídicamente tanto *in natura* como por equivalente), no conlleva su falta de juridicidad⁶⁸. Pues la infidelidad se anuda a ciertos efectos jurídicos como son las presunciones de paternidad matrimonial (arts. 116 y 117 CC), la desheredación (arts. 855.1 CC), la cesación del deber de alimentos (art. 152.4 CC), o la revocación de las donaciones otorgadas entre cónyuges (art. 1343 CC)⁶⁹. Incluso, se podría decir que los deberes morales pueden tener repercusiones normativas toda vez que su infracción es suficiente para invalidar un contrato o una condición testamentaria o para limitar la libertad de contratación o para prohibir ciertos actos de disposición sobre el propio cuerpo, entre otros supuestos. De modo que en ninguno

del artículo 1101 CC de dicho Código, ya que las obligaciones conyugales no tienen carácter contractual por la sencilla razón de que el matrimonio no es un contrato, sino un negocio jurídico de Derecho de familia». En este sentido se pronuncia también la jurisprudencia francesa como señala MALAURIE / FULCHIRON, 2011, pp. 586-587, quienes afirman que la infidelidad podría ser causa de la acción de responsabilidad civil ex artículo 1382 Code, si bien la Corte de casación francesa afirma que dicha acción no podría ser ejercitada contra el cómplice del adulterio, incluso si tenía conocimiento del matrimonio (Cass. civ, 2ème, 4 mai 2000, *JCP G.* 2000. II.10356, n. Th. Garé).

⁶⁸ LACRUZ BERDEJO, 2010, p. 66, quien afirma que, aunque no sea posible la exigencia coactiva de los deberes jurídicos, no por ello pierden su condición jurídica, teniendo los deberes conyugales una sanción imperfecta. De modo que el autor afirma, en base a la misma juridicidad de dichas obligaciones, que no debería excluirse, en el caso de infracción de las obligaciones recíprocas, en especial las de abandono y adulterio, la posibilidad de una acción de daños al cónyuge ofendido frente al ofensor, o bien a su cómplice. Y DE VERDA Y BEAMONTE, (*Diario La Ley*, 2018, p. 4), razona que no se puede pretender aplicar al matrimonio los esquemas propios del contrato, en concreto, del cumplimiento forzoso en forma específica de las obligaciones; pues el matrimonio no es un contrato es un negocio jurídico de Derecho de familia que afecta profundamente a la persona de los cónyuges, en la medida que impone una plena comunidad de vida, marital y espiritual. Incluso, en el ámbito de los negocios de carácter patrimonial, se excluye la ejecución específica de las obligaciones contractuales en los casos en los que la naturaleza de la obligación o su carácter personalísimo (*intui personae*) haga inviable tal ejecución.

⁶⁹ Según MURILLAS ESCUDERO, *REDUR*, p. 113, en la nueva redacción dada a los arts. 81 y 86 CC por reforma operada en el 2005, el cónyuge víctima de infidelidad conyugal puede accionar la separación judicial unilateral (sin tener que transcurrir los tres meses desde la celebración del matrimonio), y el divorcio. De modo que la respuesta jurídica a la infidelidad ya encuentra respuesta en el Código civil. Disponible en <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero13/murillas.pdf>. En el sentido de no privar de juridicidad a dichos preceptos, *vid.* RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2017, pp. 888.

Por el contrario, es cierto que el art. 855 CC tiene difícil encaje en un régimen jurídico en el que existe el divorcio y la reconciliación hace desaparecer la posibilidad de privar de la parte de legítima, pues el causante (para ejercer dicha causa de desheredación) no ha tenido que romper su matrimonio, ni tampoco reconciliarse (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, p. 40).

de estos casos la palabra moral es interpretada jurídicamente como estéril⁷⁰. En definitiva, siendo indiscutible que el carácter jurídico de una obligación se define por su coercibilidad, dada la unanimidad doctrinal acerca de la actual noción de obligación que conlleva la necesidad de considerar desde el preciso momento de su constitución la existencia simultánea del del débito y de la responsabilidad⁷¹; sin embargo, hay supuestos, es cierto que marginales como son las obligaciones naturales, que suponen una excepción al estar ante obligaciones verdaderamente jurídicas que no conllevan dicha responsabilidad. Y, en otro orden de cosas, se arguye que la fidelidad, cuyo concepto en las sociedades democráticas ha evolucionado hacia una concepción más amplia, gira alrededor de la confianza recíproca, de la lealtad y del respeto a la dignidad de la persona del otro cónyuge, así como del deber de respeto mutuo⁷².

Por otra parte, este sector arguye que la fidelidad constituye el contenido de una verdadera y propia obligación jurídica, y un elemento que delinea el modelo de matrimonio que el legislador propone a los ciudadanos y en el cual la comunidad de vida conyugal continúa implicando una relación personal entre los cónyuges de carácter exclusivo. Teniendo que matizar que el deber de fidelidad no supone un deber de amar al otro en toda circunstancia y hasta el fin de los tiempos, sino en adoptar la diligencia, mientras dure la relación, adoptando las medidas razonables para el que daño no se produzca, esto es, dando término a la relación que se ha vuelto

⁷⁰ PAPAYANNIS, 2017, pp. 71-72, este razonamiento lo acomete al hilo de la reforma el 1 de agosto de 2015 del nuevo Código civil y Comercial argentino, cuyo art. 431 reza que «Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el *deber moral de fidelidad*». Es de interés la explicación del autor de que el término moral puede interpretarse como moral positiva (conjunto de creencias y actitudes de una comunidad en un tiempo determinado, estando determinada exclusivamente por el contexto social y puede ser observada empíricamente) o como moral crítica (es independiente de que ciertos valores sean compartidos en la comunidad, teniendo que ver con lo que realmente tenemos razones para hacer, de modo que no tiene relevancia cuánta gente en la comunidad piensa que cierta conducta está prohibida, importando sólo los buenos argumentos, aquellos que identifican o apelan a las razones de mayor peso, e independientemente de nuestros deseos, gustos o preferencia -ética personal-). En definitiva, los deberes morales pueden imponer restricciones al tipo de vida que uno legítimamente puede desarrollar en sociedad.

⁷¹ Vid. por todos, LASARTE ÁLVAREZ., 2019, p. 10.

⁷² Dentro de esta corriente, algunos autores, basándose en un concepto de fidelidad en sentido amplio que comprende, no solo la esfera relativa a la exclusividad sexual sino las esferas afectiva, familiar y social, afirman que la deslealtad como difamación del cónyuge o las mentiras con carácter reiterado se considera incumplimiento del deber jurídico fidelidad. Y por tanto conllevaría el deber de indemnizar por la vulneración de derechos fundamentales (vid. RAGEL SÁNCHEZ, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 1996-1997, p. 261, PÉREZ GALLEGO, *Revista de Derecho Civil*, 2015, p. 144, y ECHEVERRÍA DE RADA, *La Ley. Derecho de Familia*, núm. 8, 2015, p. 2).

insostenible comunicándolo a la otra parte, cuando el divorcio es una alternativa accesible y rápida en España⁷³.

De igual modo, respecto a la jurisprudencia, se hace preciso matizar que existen, también de modo más marginal, pronunciamientos en la jurisprudencia menor de nuestras Audiencias Provinciales⁷⁴ que afirman la obligación de indemnización por vulneración del deber de fidelidad sobre la base de la responsabilidad civil extracontractual. Así lo señalan, entre otras, la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004, 1994) al argumentar (en un supuesto de infidelidad es cierto con ocultación de paternidad) la suma concedida, superior a la de instancia, en el hecho de que los padecimientos del demandante no pueden imputarse solo al descubrimiento de su no paternidad sino, en gran medida, al conocimiento de la infidelidad de su esposa⁷⁵. Y en términos semejantes la SAP de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 59972), ante demandas que se interponen contra el cónyuge incumplidor y no contra el tercero. En este sentido de modo contundente se pronuncia la SAP de Cádiz de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 353634) al defender la aplicabilidad del artículo 1902 CC al incumplimiento del deber conyugal de fidelidad, que afirma que: «*Disponemos en la actualidad de diversas estructuras jurídicas que dan cobertura y regulación a diferentes modelos de convivencia en pareja y es evidente que nuestra sociedad acepta y ampara todos y*

⁷³ PAPAYANNIS, 2017, p. 82.

⁷⁴ Para un desarrollo de los pronunciamientos a favor y en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias, *vid.* MURILLAS ESCUDERO, *REDUR*, núm. 13, pp. 114-123; PÉREZ GALLEGU, *Revista de Derecho civil*, 2015, pp. 155-163. Y DE VERDA y BEAMONTE/CHAPARRO MATAMOROS, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2012, pp. 153-155.

⁷⁵ El supuesto de hecho sobre el que versa la sentencia es el siguiente: el matrimonio se casa en 1987 y tienen una hija en 1988. En 1994 pactan separación de bienes, comenzando ella su relación con su amante y naciendo los tres hijos en 1996, 1997, y 1999. En el 2001 el marido conoce la infidelidad, firmando dicho año un convenio regulador de separación y se divorcian en 2002. Ella reconoce en 2002 la no paternidad de quién era su esposo de tres de los cuatro hijos y la paternidad del amante (recociendo deuda patrimonial por alimentos indebidamente satisfechos), y dictándose sentencia de impugnación en mayo de 2003. En el caso en litigio el padre biológico está presente en las relaciones familiares, frecuenta la casa, va al hospital cuando ella da a luz, las madres de ambos saben que es el padre de los tres niños, e incluso éste se lo comenta al guarda de seguridad de su urbanización, lo que denota una relación extramatrimonial pública y notoria. Estamos, por tanto, ante un marido, persona muy conocida y con importante patrimonio, ausente del ámbito familiar y destinando los fines de semana a sus aficiones artísticas. Es por ello que el dolor, la depresión y secuelas del marido nazcan más bien del conocimiento de la infidelidad y no de la verdadera paternidad.

Estamos ante un supuesto en el que todos pierden, y según parte de la doctrina y que comparto, ante una lesión al honor del exmarido, dado que la situación (cercana al escarnio, pública y en boca de todos, al jactarse la esposa que sus hijos extramatrimoniales se sentirían en el Consejo de Administración de la empresa) evidencia una lesión al derecho a no ser escarnecido o humillado ante los demás. Si bien, la Audiencia lo niega (*vid.* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, p. 51).

cada uno de ellos, siendo así que cada pareja puede adaptar su modelo de convivencia a la institución más acorde a sus necesidades, deseos e inquietudes. En este sentido quién contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efectos los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquéllos le han causado un daño. Ello debería legitimar las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquier ruptura de pareja. Y ello, aunque tal posición pudiera generar una inflación de pleitos en tal sentido, que consideramos que no es argumento de peso mientras esté vigente el artículo 1902 CC».

Tras todo lo expuesto estimo que es cierto que la respuesta a la indemnización derivada del incumplimiento del deber de fidelidad como principio general se pone en entredicho tras la Ley de 2005, por las razones puestas de manifiesto anteriormente. Si bien, a mi parecer, ante ciertos supuestos, pudiéramos calificar de excepcionales, la obligación indemnizatoria no está vedada totalmente. Esta posibilidad la baso en considerar armónicamente el sistema jurídico como plexo normativo aunque no exento de complejidad, en el que cada conjunto jurídico del Derecho privado (el derecho de familia y el derecho de daños en el caso en estudio) se guía por finalidades o principios teleológicos diferentes. Es por ello que dotar de sentido y relevancia a la institución del matrimonio y su garantía institucional, recogida y consagrada en el artículo 32 CE, significa dotar de relevancia a la base de la misma. Esto es, al propio consentimiento libre de la persona contrayente para vincularse en un proyecto común de vida basado en el derecho natural⁷⁶,

⁷⁶ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 1996, pp. 105-106, quién recoge la idea, acertada en mi opinión, de que quizás exista una visión desenfocada del «libre desarrollo de la personalidad», no siendo el matrimonio un institución exclusivamente dirigida a la satisfacción de los intereses puramente individuales y subjetivos de sus miembros; cuando además el interés individual y el interés familiar no necesariamente han de contraponerse ya que la tutela de los intereses de cada uno de los miembros implica como regla general el bien de la familia en su conjunto.

Y desde el campo de la antropología y la filosofía, de MELENDO GRANADOS, *Revista sobre Metafísica, conocimiento y vida. Metafísica y persona*, núm. 6, 2011, p. 11: «No existe familia sin persona, pero tampoco persona sin familia. El origen radical de la familia se encuentra en el exceso de ser propio de toda persona; el de la familia humana. Y, precisamente, en cuanto humana queda reforzado por el carácter indigente de todo varón y mujer, que necesita de otros para alcanzar su plenitud personal. En toda familia se establecen relaciones estrictamente personales, es decir, presididas por el amor recíproco incondicional o, si se prefiere, incondicionable». Por lo que el concepto de la defensa del derecho de autonomía del individuo que se aboga como prioritario no está reñido con el derecho al bien de la familia, antes bien son complementarios.

y libremente adoptar unos deberes recíprocos matrimoniales. Si posteriormente por la sola voluntad de un cónyuge (sin implicar imputación subjetiva ni análisis causal) el legislador permite la ruptura del vínculo conyugal⁷⁷, esto no implica que en el incumplimiento de los deberes conyugales dejen de estar imbricados y afectados otros intereses y valores jurídicos, cuya defensa es legítima, tales como el respeto a la vida familiar y la dignidad protegidos ex artículo 10 CE⁷⁸. No se puede obviar, por otra parte, tal y como recoge la Exposición de Motivos de nuestra reforma del Título Preliminar del Código civil por reforma de 1974, que los principios éticos forman e imbuyen a la norma jurídica. De tal modo que, el incumplimiento de estos deberes puede dar lugar en algunos casos (considerando los factores de gravedad, reiteración y consecuencias que deriven de ésta), a un daño antijurídico si se prueban los extremos que se anudan a la responsabilidad civil, pudiéndose por tanto desvincular el daño moral del reproche a la infidelidad. Estamos en estos supuestos en la producción de una lesión a otro bien jurídico digno de protección como es el «derecho al respeto a la vida familiar» protegido por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos; tal y como lo fundamenta y defiende cierta doctrina angloamericana reciente, según hemos visto en el epígrafe 2.

En definitiva, sería acorde a nuestro ordenamiento jurídico una indemnización derivada del incumplimiento del deber de fidelidad

⁷⁷ Basándose en el uso del concepto del «libre desarrollo de la personalidad», y en la reforma del Derecho de familia que establece un nuevo modelo cuya clave es el «derecho a no seguir casado», teniendo como base la igualdad, la trascendencia de la autonomía de la voluntad del sujeto familiar y el libre desarrollo de la personalidad. Por ello, la Exposición de Motivos de la Ley de reforma del 2005 establece que los deberes conyugales han sufrido una importante transformación para una más acorde adecuación a la concepción del matrimonio actualmente vigente: un matrimonio civil, laico, presidido por los principios y valores democráticos en cuya regulación priman los derechos fundamentales de los cónyuges. Es curioso cómo, no obstante, desaparece la culpa como causa del divorcio y separación, pero continúan los deberes conyugales.

A este respecto, y desde otras consideraciones ajenas a lo jurídico, considero que esta reforma también se basa en la difusión de los elementos de la mentalidad pro-divorcio, como fenómeno no casual que se produce en toda Europa. Asimismo, no se debe olvidar el concepto de «sana laicidad» que implica que las realidades terrenas ciertamente gocen de una autonomía, pero no del orden moral (*Benedicto XVI, Discurso en el 56.º Congreso nacional organizado por la Unión de Juristas Católicos Italianos el 9 de diciembre de 2006*).

⁷⁸ Vid. ROMERO COLOMA, *Revista Jurídica la Ley*, 2011, pp. 1432-1433, quien nos explica que el deber de fidelidad se conecta íntimamente con el deber de respeto y, por tanto, su transgresión es el corolario de la falta de respeto de un cónyuge a otro y una lesión a su dignidad. Es por ello que sería posible invocar plenamente el artículo 10.1 CE, así como los derechos fundamentales personales, pues es en el ámbito de las relaciones familiares donde encuentran su escenario más apropiado, que es paradigma del creciente proceso de constitucionalización del derecho privado. En definitiva, el artículo 10 es el núcleo orientador, de carácter jurídico, al que deben ir enfocadas todas las situaciones que puedan presentarse a lo largo de la existencia de la persona, en cuanto fundamento de la paz social.

sin connotaciones sancionadoras, dado que es «inimaginable un supuesto derecho a ser infiel que forme parte integrante del pleno desarrollo de la personalidad y que actúe como contrapeso o en igual valor al derecho fundamental lesionado»⁷⁹. Por otra parte, es necesario a mi parecer el requisito de la «gravedad» de los incumplimientos conyugales, siendo razonable sostener la exigencia de dicha gravedad derivada de que la infidelidad vaya acompañada de otras circunstancias como el abandono el hogar, su repercusión pública, su reiteración, o llegar a la bigamia⁸⁰; o, en definitiva, cuando muestran un grave desprecio por el bienestar del otro. Y esto en orden a la necesaria adaptación de las normas jurídicas de la responsabilidad civil al ámbito propio del Derecho de familia, debiendo analizar las circunstancias de cada caso en concreto.

Una vez acometido el estudio del supuesto de indemnización por vulneración del deber conyugal de fidelidad, se pasa al estudio de la viabilidad de accionar la responsabilidad civil en la ocultación de la paternidad derivada de la infidelidad al estar afectados otros derechos ajenos al matrimonio, como supuesto autónomo del estudiado anteriormente, por las razones que se alegarán en el siguiente epígrafe y a pesar de su negativa por el TS en sentencia de 13 de noviembre de 2018. Y en dicho epígrafe se pondrá de manifiesto la tarea de coheronar las normas de la responsabilidad civil con las del ámbito propio del derecho de familia.

⁷⁹ PÉREZ GALLEGO, *Revista de Derecho civil*, 2015, p. 172.

⁸⁰ En cierto sentido en contra de dicha gravedad, DE VERDA Y BEAMONTE/CHAPARRO MATAMOROS, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2012, p. 158: «(...) a nuestro entender, el hecho de que uno de los cónyuges mantenga una relación sexual con un tercero es, en sí mismo, un incumplimiento grave de la obligación de fidelidad, que puede dar lugar a un daño moral resarcible en quien ve truncada la confianza en que su consorte respetaría el compromiso jurídico de exclusividad sexual, libremente asumida al casarse». Y citan al derecho francés según el cual el adulterio constituye, en sí mismo, una falta cuya gravedad debe ser presumida, sin que sea necesario que sea reiterada. Así, por ejemplo, la Corte de Toulouse, 1.ª Ch. Sec.02, 30 octubre de 2007, núm. 07/00316 condenó al marido a pagar a la mujer veinticinco mil euros, por haber mantenido varios años una relación extraconyugal, a pesar de que nunca se había mostrado en público con su amante». En sentido parecido citan las Sentencia de la Corte de Apelación de Versalles de 6 de enero de 2011 que condenó al marido, que tras diecinueve años de matrimonio había abandonado el hogar conyugal para convivir con una tercera persona (de la que había tenido un hijo), a pagar a su mujer cinco mil euros; de la Corte de Apelación de Orleans de 26 de octubre de 2010 que condenó a la mujer infiel, que había abandonado al marido, dejándolo al cuidado de dos hijos comunes y uno de ellos con graves deficiencias, al pago de dos mil euros. Así como la Sentencia de la Corte de Casación de París de 21 de octubre de 2010 que condenó al marido a pagar dos mil euros a su mujer por el daño moral que ésta había sufrido, al haberse instalado aquél con su amante en un apartamento próximo al domicilio conyugal. Y la sentencia de la Corte de casación de París de 2 de febrero de 2010 que condenó al marido a pagar tres mil euros a su mujer, a la que había engañado manteniendo una relación extraconyugal desde el primer año del matrimonio, la cual se prolongaría durante todo el tiempo de duración de la vida en común.

5. RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL DAÑO MORAL POR «OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD»

5.1 EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL. ACERCA DE LOS ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL SUPREMO EN CONTRA DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA. CONTRAARGUMENTOS, EN ESPECIAL AL DE «AUTONOMÍA DEL DERECHO DE FAMILIA», CON REFERENCIA A LA EXPERIENCIA FRANCESA⁸¹

Llegado este punto es cierto que un sector significativo de la doctrina niega la responsabilidad civil por incumplimiento del deber conyugal de fidelidad, admitiéndola, sin embargo, cuando dicho incumplimiento conlleve la ocultación grave de la paternidad⁸². Pero no hay que obviar que no hay unanimidad doctrinal en este punto al alzarse voces doctrinales que sostienen que el supuesto de ocultación de la paternidad no sería un daño indemnizable, ni el daño patrimonial ni el moral, en la misma línea que el daño sufrido por la propia infidelidad, pues arguyen que: « (...) *el daño al que aluden los Tribunales, generado por la constatación de no ser padre biológico del hijo, descansa en un significado de la paternidad que tiene en cuenta únicamente los vínculos biológicos, mientras que la actual concepción de las relaciones paterno-filiales se basa principalmente en la construcción de lazos afectivos y en la importancia del consentimiento a la hora de criar y educar al menor como hijo o hija propios, idea que se refuerza en el instituto jurídico de la adopción o con las actuales posibilidades de procreación a través de las técnicas de fecundación asistida (...). La decepción sufrida por el descubrimiento de un distinto origen biológico del menor no tienen necesariamente que incidir en la relación afectiva instaurada entre el que creía ser su padre, y el hijo*»⁸³. Más allá, hay doctrina que sostiene que en aras de la seguridad

⁸¹ En el tema de los daños patrimoniales se indagará en el siguiente epígrafe (vid. 6.2).

⁸² Por todos vid. GARCÍA AMADO, 2017, p. 106, y otros autores que se han citado anteriormente, como GONZÁLEZ BEILFUSS/NAVARRO, MICHEL, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2010, p. 81; MARÍN GARCÍA/LÓPEZ RODRÍGUEZ, *InDret*, 2/2020, p. 16; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, p. 63; YZQUIERDO TOLSADA, 2018, pp. 411-423, en especial p. 415; y CUADRADO IGLESIAS, 2015, p. 3 y ss.

⁸³ Vid. LÓPEZ DE LA CRUZ, *InDret*, 4/2020, p. 29; UREÑA MARTÍNEZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019, pp. 223-238; y MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019, pp. 239-282. Disponible en BIB 2019/5949.

jurídica solo sería indemnizable el daño patrimonial pero no el daño moral⁸⁴.

Ahora bien, el sector que admite dicha obligación indemnizatoria en el supuesto de ocultación de la paternidad, y ante la falta en nuestro ordenamiento jurídico de normativa que regule esta cuestión ha utilizado diferentes títulos de legitimación para la concesión de la reparación, en concreto, la institución jurídica de la *responsabilidad civil extracontractual* ex artículo 1902 CC, sobre todo y de modo pacífico en orden a indemnizar el *daño moral* por ocultación de la verdadera paternidad biológica. Esta acción se ejercita por el exmarido frente a su exmujer y, en algún caso, también contra el tercero, padre biológico. En este caso si, en connivencia con la madre, el tercero era consciente de la situación y desearon ambos tener descendencia; bien con ánimo de perjudicar directamente al marido, o por deseo de la madre de quedarse embarazada ante la imposibilidad de lograrlo con su marido, siendo el tercero consciente de la relación extramatrimonial de la esposa⁸⁵.

El que no estemos ante una cuestión pacífica se desprende, por otra parte, de la tesis negacionista de nuestro Tribunal Supremo en las SSTs de 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726) y de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158). Siendo cierto que, tal y como se ha afirmado anteriormente, la Sentencia del Pleno de 2018 causa jurisprudencia, a mi parecer, si no se hubiera constituido de tal modo, no la sentaría, dado que la STS de 30 de julio de 1999 argumenta sobre la base del motivo del recurso de casación de estar ante una responsabilidad contractual dada la naturaleza del matrimonio como contrato (quizás para obviar el corto plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual), y la de 2018 en la responsabilidad extracontractual.

Asimismo, la falta de jurisprudencia se desprende de que la razón de la negativa de la obligación indemnizatoria por la STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721) residía en la falta de dolo de la demandada, admitiendo, *a sensu contrario*, la posibilidad teórica de la responsabilidad extracontractual como fuente legitimadora de la obligación indemnizatoria en el supuesto que estudiamos, a diferencia de la sentencia de 2018 que niega dicho fundamento en todo caso. Más allá, es curioso cómo, con presupuestos fácticos seme-

⁸⁴ Vid. FARNÓS AMORÓS, *InDret*, 2/2005, p. 10, quien considera que al no desvincularse totalmente la infidelidad de una cierta concepción social de la misma, en aras del principio de seguridad jurídica, lo más adecuado sería que en los casos en los que la infidelidad vaya seguida de hijos extramatrimoniales y de la ocultación de la verdadera paternidad, los Tribunales, ya sea por vía de la responsabilidad extracontractual, o del enriquecimiento injusto resolvieran únicamente sobre la procedencia de la reclamación de las cantidades pagadas en concepto de alimentos.

⁸⁵ Vid. por todos, MURILLAS ESCUDERO, *REDUR*, 2015, p. 114.

jantes a la de 30 de julio, la STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721) resolvió con una argumentación distinta, aunque con el mismo resultado de no conceder indemnización al marido que solicitó sendas indemnizaciones por los alimentos abonados al hijo que creía suyo durante quince años y por el daño moral sufrido por haberle ocultado la paternidad. En este caso el Tribunal no niega *strictu sensu* que el daño moral derivado de la vulneración del deber de fidelidad con ocultación de la paternidad pueda ser objeto de indemnización sobre la base de la responsabilidad extracontractual, sino que, en el caso en litigio al no existir dolo por parte de la esposa faltaría el presupuesto del criterio subjetivo de imputación y por tanto no nacería obligación indemnizatoria alguna; y en cuya valoración quizás se tuvo en cuenta (como razones *dérrière de la tête* de la que hablan los franceses) que el marido demandante también vulneró previamente el deber de fidelidad. Y al resolver conjuntamente el daño patrimonial y moral, aquél sigue la misma suerte que éste. Y en sentido parecido a la STS de 22 de julio de 1999, la de 24 de abril de 2015 (RJ 2015, 1015), a pesar de que consideró prescrita la acción, afirmó que la fuente legitimadora del daño derivado de la ocultación de la paternidad sería la responsabilidad extracontractual. Sin poder sacar conclusiones del resto de sentencias de nuestro Alto Tribunal, dado que las SSTS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152) y de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6849), aun tratándose de casos de responsabilidad civil por ocultación de la paternidad, no entran a conocer del fondo del asunto, sino que entienden meramente que en ambos supuestos la acción ha prescrito (tema en el que se indagará posteriormente).

En definitiva, de la trayectoria expuesta no se puede extraer con certeza que este tema esté consensuado, admitiendo nuestro Alto Tribunal que: *«constituye, sin duda, una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como en el de las Audiencias Provinciales y en el derecho comparado, con posiciones contrarias sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones de familia, algo que hasta hace no mucho tiempo ha sido ajeno al derecho de daños, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajarla en nuestro sistema (FD.4.º de la STS de 13 de noviembre de 2018)»*.

Al hilo de los fundamentos jurídicos esgrimidos por nuestro Tribunal Supremo para la negación de dicha obligación indemnizatoria (derivada tanto de la responsabilidad contractual ex arts. 68 y 1101 del CC, como de la extracontractual ex art. 1902 del CC),

aún reconocimiento la posibilidad de que la ocultación de la paternidad pueda causar un daño moral, destacamos las siguientes:

i) En primer lugar, la llamada «*autonomía del Derecho de familia*» que tiene como consecuencia que la ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo el esposo tiene las respuestas jurídicas suficientes en dicho sector, como es la separación y el divorcio de los cónyuges, así como las restantes consecuencias jurídicas derivadas de la separación y el divorcio, y en la acción de impugnación de la filiación (razones citadas por la SSTS de 30 de julio de 1999 y de 13 de noviembre de 2018).

En realidad, como he apuntado anteriormente, es cierto que se pueda afirmar que el silencio de la normativa jurídica que regula en nuestro Código civil las relaciones familiares obedece a una decisión de política jurídica. Pero esta presunción interpretativa se desvanece, en mi opinión, por el hecho de que el legislador podría haber prohibido dicha normativa si estuviera tan preocupado por limitar al máximo la intromisión estatal en asuntos familiares. El ordenamiento jurídico es unitario y conexo, debiendo interpretar las normas según los criterios consagrados en el artículo 3.1 CC, y por otra parte debiendo ponderarse la equidad en la aplicación de las normas ex art. 3.2; pues hemos de ser conscientes de la virtualidad y utilidad del Título preliminar de nuestro Código civil en la aplicación de la justicia. Más en concreto, es sabido que una primera aplicación de la equidad, aunque la ley no efectúe una remisión expresa a ésta, es la que, implícitamente, se impone, tanto en los casos de normas jurídicas que utilizan conceptos jurídicos de necesaria generalización o abstracción y que tienen estrecha vinculación con los valores fundamentales de seguridad y justicia; como en los supuestos de normas jurídicas abiertas o flexibles (como es la de la responsabilidad civil), sin olvidar los casos de lagunas legales. De tal modo que en estos casos podemos subsumir la problemática en estudio, siendo campo abonado para la aplicación de la equidad y que el derecho de daños pueda dar una respuesta en coordinación con el derecho de familia, llegando a una solución justa. Dado que la valoración de la equidad no debe ser hecha de acuerdo con el sentido particular de justicia del juzgador, sino teniendo en cuenta los valores objetivos predominantes en el Ordenamiento jurídico; esto es, la nota de discrecionalidad, dentro de la cual funciona la equidad, debe estar inspirada en la noción de justicia que deriva de los principios generales del Ordenamiento⁸⁶.

⁸⁶ BREBBIA, 1997, pp. 45-54; en especial, pp. 47-48 y 54, quien afirma: «*esa meta final del Derecho que es la justicia, penetra e impregna toda su estructura, e impone a la equidad como factor moderador de todo el sistema, para obtener su concreción en el caso*

Entiendo por ello que, en los casos de daños en las relaciones familiares, y en concreto por ocultación de la paternidad los Tribunales tienen el deber de resolver acordes con la normativa de la responsabilidad civil que es la institución jurídica destinada a la indemnización del daño por vulneración de cualquier interés legítimo, y en equidad lo que les llevará a negar o admitir la indemnización. Y faltan a dicho mandato si de modo taxativo y absoluto se resuelve que todo supuesto de ocultación de la paternidad, al margen que suponga una vulneración a un derecho fundamental o llegara a constituir delito, no tendría derecho a ser indemnizado. Es por ello que ordenamientos jurídicos de nuestro entorno europeo han admitido la complementariedad de las normas de derecho de familia con las de la responsabilidad civil, sin entrar en el debate, por no ser adecuado, de estar sancionando; máximo cuando se constituye dicha institución jurídica sobre la base de una cláusula general que no establece las características típicas del daño resarcible.

A mayor abundamiento, la experiencia francesa nos muestra que la defensa de la autonomía del derecho de familia no obsta para una complementariedad de acciones. En concreto, en el modelo francés se debatió la eliminación del deber de fidelidad consagrado en el artículo 212 del *Code civil*⁸⁷, con motivo de la reforma del Código civil acerca del matrimonio por personas del mismo sexo que finalmente se adoptó en abril del 2013. Es significativo que dicho precepto finalmente no sufriera reforma alguna, y que la doctrina francesa afirme que la sexualidad constituye un deber matrimonial dotado de una doble dimensión positiva y negativa, y que dicho incumplimiento es causa de divorcio culpable del que se derivaría la indemnización de daños y perjuicios.

Es cierto, por tanto, que el derecho francés, a diferencia del español, ha positivizado dicha indemnización para el infractor por las consecuencias de particular gravedad producidas por el divorcio ex artículo 266 *Code civil*⁸⁸. Si bien, lo que pretendo poner de

particular; sin la cual, las normas positivas constituirían sólo meras aspiraciones y no, concreciones del valor de justicia en el plexo del mundo del ser». Y LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA/LUNA SERRANO, 1988, p. 208, quienes nos recuerdan que en el Derecho positivo la equidad entra a cumplir una función específica y propia en cuanto integra necesariamente el proceso seguido por el intérprete cuando aplica la ley a un caso particular. La equidad es un criterio en la interpretación y aplicación de la norma en busca de la máxima justicia individual, tomando en consideración más que los elementos formales, el sentido humano que ha de tener el Derecho positivo, y más que los esquemas generales de la norma jurídica, la adecuación y adaptación de ésta a las circunstancias del caso.

⁸⁷ Artículo 212 *Code civil*: «*Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance*».

⁸⁸ Ref. CA, Aix-en Provence, de 3 de mayo de 2011, núm. 2011/292, RG, núm. 09/05752, en BORRILLO/FLORES RODRÍGUEZ, *Actualidad civil*, núm. 4, 2013. Disponible en <http://hal.archives.ouvertes.fr/hal-01235222>, p. 21.

manifiesto es la admisión jurisprudencial en la demanda de la indemnización de daños y perjuicios diferentes a los producidos por la disolución del vínculo e incumplimiento de los deberes conyugales sobre la base del actual artículo 1240 *Code civil* (del mismo contenido que el antiguo 1382 *Code civil*), el cual tiene como parangón nuestro artículo 1902 CC. Es decir, se está evidenciando la compatibilidad de ambos preceptos, uno del ámbito del derecho de familia y otro del derecho de daños.

En este sentido es revelador el razonamiento expuesto durante la tramitación parlamentaria de la reforma del art. 266 por Código civil francés por Loi n.º 2004-439 du 26 mai 2004-art. 17 JORF 27 mai 2004, en vigor el 1 de enero de 2005 que afirma que: «El párrafo III da una nueva redacción al art. 266 Código civil francés a fin de prever la indemnización al cónyuge que no ha accionado el divorcio, cuando la disolución del matrimonio podría tener consecuencias de una excepcional gravedad. Dicho precepto permite hoy en día obligar al cónyuge, con culpa exclusiva del divorcio, a indemnizar daños y perjuicios en orden a reparar el daño patrimonial o moral (*en réparation du préjudice matériel ou moral*) que la disolución del matrimonio hubiera provocado a su excónyuge. Esta demanda no puede ser presentada más que en el momento de accionar el divorcio, no siendo posible cuando la decisión del divorcio deviene definitiva; pudiéndose presentar, no obstante, en causa de apelación. Las reglas de derecho común se aplican, de tal modo que compete al demandante aportar la prueba de la culpa, del daño y de la relación de causalidad entre ambos; pudiendo ser la forma de la reparación, tanto una suma alzada de capital, como de una renta, y son fijados, en razón de su misma naturaleza, con independencia de los recursos de los esposos. *Paralelamente, la Corte de casación ha admitido siempre que la existencia de dichas disposiciones no impiden la aplicación, en materia de divorcio, de los artículos 1382 y siguientes del Código civil relativos a la responsabilidad civil, a condición de que el perjuicio invocado no derive de la mera disolución del matrimonio. Y de igual modo, la Asamblea nacional ha previsto expresamente los daños e intereses que pudieran ser fijados por el juez competente para el divorcio sobre la base del artículo 1382 del Code civil (art.8bis, art.259-5 Code civil).* El artículo presente es un sustituto, bajo la forma de daños e

Vid. artículo 166 *Code civil*: «*Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce*».

intereses, de la *clause d'exceptionnelle dureté* prevista actualmente en el artículo 240 del *Code civil* que permite al juez rechazar la demanda de divorcio si éste pudiera tener para el otro cónyuge o para los hijos consecuencias materiales o morales de una excepcional dureza o gravedad (...). Teniendo en cuenta el mantenimiento del divorcio por culpa, se propone por el contrario conservar la redacción actual del artículo 266 previendo la posibilidad de condenar a indemnizar daños y perjuicios al cónyuge por cuya culpa exclusiva se ha pronunciado el divorcio (...)⁸⁹.

En este orden de cosas, se puede concluir que en el derecho español no tiene parangón el precepto francés que prevé la indemnización de daños y perjuicios en supuestos de disolución del vínculo y por los daños derivados de dicha disolución. Pero, dado que la especificidad y autonomía del derecho de familia se predica tanto en el derecho francés como en el español, la experiencia francesa refleja que la autonomía del derecho de familia no es óbice para plantear la compatibilidad de los preceptos propios de este ámbito con las normas generales de la responsabilidad civil, y que los daños no cubiertos (de cierta gravedad) por los preceptos de derecho de familia pudieran tener encaje en los de la institución jurídica de la responsabilidad civil. De tal modo que el argumento de la autonomía del derecho de familia que para negar la indemnización por ocultación de la paternidad ha utilizado el Tribunal Supremo se podría poner en tela de juicio.

ii) En segundo lugar, las razones de orden práctico se insinúan en las sentencias anteriores al razonar que: «*estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización produciría consecuencias nada favorables para la preservación de las relaciones conyugales (familiares)*»⁹⁰. En términos de la STS de 13 de noviembre de 2018: «*el daño derivado*

⁸⁹ Acerca de la modificación del art. 266 del Código civil francés por Loi n.º 2004-439 du 26 mai 2004-art. 17 JORF 27 mai 2004, en vigor el 1 de enero de 2005, *vid.* SÉNAT. UN SITE AU SERVICE DES CITOYENS (n.d), «Proposition de loi portant réforme du divorce. Rapport n.º 252 (2001-2002) de M. Patrice Gélard, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 février 2002» en <https://www.senat.fr/rap/101-252/101-25227.html>. (fecha de consulta: 20 de octubre de 2020). Traducción propia.

Es significativo, por otra parte, que el derecho francés haya estimado más justo que sea el derecho de daños el que dé una respuesta a un problema de ámbito familiar que el derecho de familia (la prohibición del divorcio cuando las consecuencias materiales o morales para los hijos son de excepcional gravedad).

⁹⁰ En la STS de 13 de noviembre de 2018 (JUR 2018/313404) se afirma que: «*la responsabilidad civil en el ámbito familiar constituye sin duda una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como de las Audiencias Provinciales y en el derecho comparado, con posiciones contrarias sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones de familia, algo que hasta hace no mucho tiempo ha sido ajeno al derecho de daños, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajar en nuestro sistema*».

de la ocultación de la paternidad no puede ser indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar», argumento presente también en la STS de 30 de julio 2009. De modo muy acertado aduce Yzquierdo Tolsada que dicho argumento podía tener cierta justificación por el contexto en el que se dictó la STS de 1999 en la que aún no se había producido la reforma de 2005 que implicó una descausalización de la ruptura del vínculo matrimonial. Pues sería como admitir que el matrimonio fuera una exigente para dicha indemnización, como arguyó el ATC de 4 de junio de 2001 que inadmitió el recurso de amparo contra la STS de 30 de julio de 1999 con la paupérrima argumentación de ser el matrimonio una exigente que obligue a la esposa a indemnizar al recurrente pues los hijos eran fruto de una infidelidad; de modo que, de no mediar matrimonio, obligaría a aquélla a indemnizar al recurrente⁹¹.

iii) En tercer lugar, el que «la vulneración del deber de fidelidad y la ocultación de la paternidad no sean daños autónomos». El Alto Tribunal en la STS de 13 de noviembre de 2018, como se ha apuntado en líneas anteriores, afirmó escuetamente que «lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad» para justificar la aplicación a la ocultación de las mismas razones expuestas en la STS de 30 de julio de 1999 para negar la indemnización por vulneración del deber de fidelidad. Un argumento poco preciso y que falta a la fundamentación jurídica. A todas luces, estamos ante un daño diferente y resarcible pues: «haber vivido engañado durante años en la creencia de ser padre es algo independiente respecto del interés del mantenimiento del matrimonio y del respeto a sus reglas, de tal modo que es discutible que los daños se puedan dejar al margen de la responsabilidad extracontractual (...)»⁹². Asimismo, la ocultación de la paternidad no es una consecuencia automática y en todo caso natural del incumplimiento del deber de fidelidad, resultando que no habrá resarcimiento si de las relaciones extramatrimoniales no ha habido gene-

⁹¹ YZQUIERDO TOLSADA, 2018, p. 415.

⁹² FARNÓS AMORÓS, *InDret*, 2/2005, p. 8; y en el mismo sentido RODRÍGUEZ GUITIÁN, *La Ley-Derecho de familia*, 2015, p. 14 que arguye que es cierto que en las hipótesis en que el daño provenga de la infidelidad de los esposos y el demandante sea el exmarido o el marido es más complicado vislumbrar tal independencia entre ambos tipos de daños; pero hay otras hipótesis en las que se constata más claramente la autonomía, como por ejemplo cuando el daño se produce en parejas de hecho al no poder hablar de deber de fidelidad; y el propio hijo podría demandar también a la madre si el comportamiento dañoso de ésta vulnera el derecho de toda persona a conocer sus orígenes y la integridad física y moral. Y en contra de la autonomía, MARTÍN-CASALS/RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, p. 558.

ración, ni si son relaciones con personas del mismo sexo, con independencia de que sean esporádicas o estables; o incluso, tampoco habría compensación si se informa al esposo de que el hijo legalmente matrimonial puede no serlo según interpretación de la jurisprudencia menor. En todo caso, la disociación entre ambos se basa en que la decisión de compensar o no dicho daño implicaría un juicio de valor pues el que el incumplimiento del deber de fidelidad no conlleve consecuencia indemnizatoria alguna no implica legitimar la ocultación de paternidad con daño, como refleja la experiencia angloamericana.

iv) Por último, y en relación con lo ya expuesto, la razón que se expone es que «*la indemnización por ocultación de paternidad tiene su origen en el incumplimiento de uno de los deberes del matrimoniales, los cuales son deberes meramente morales*». Considero desatinado y erróneo el razonamiento dado que olvida que estamos ante un daño moral que puede afectar a una persona no casada, respecto de la cual, obviamente, no hay obligación de fidelidad, ni juega la presunción de paternidad derivada del hecho de estar casado con la madre, pues no lo está; sin embargo ésta, mediante afirmaciones falsas, puede inducirle a pensar que el hijo no es suyo y, como consecuencia de ello, reconocerlo: si después llega a saber que, en realidad, no lo es, puede sufrir un daño moral semejante (aunque no idéntico) al que el TS se niega a reparar»⁹³.

En este sentido, es significativo que precisamente por dicho argumento, y a *sensu contrario*, la reciente SAP de Madrid de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019/214532)⁹⁴ defiende como no aplicable la doctrina del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018,

⁹³ DE VERDA Y BEAMONTE, *Diario la Ley*, núm. 9318, 2018. Disponible en *La Ley* 14894/2018, p. 4.

⁹⁴ Esta sentencia se retoma más adelante cuando se trate el criterio subjetivo de imputación (5.2.1.2).

Los hechos en los que se basa la sentencia son los siguientes: el actor y la Sra. Delfina mantuvieron una relación de noviazgo desde 2003 hasta 2007, año en la que ingresa el actor en el Seminario de León. Doña Delfina había mantenido en ese tiempo un noviazgo, con proyecto de boda, con un piloto de la compañía aérea en la que ella trabajaba; si bien tras contactar Delfina con él y manifestarle que ya no se iba a casar y que le esperaba hasta que saliera del Seminario, en marzo de 2009, él lo abandonó y comenzaron nuevamente a salir. El último fin de semana de octubre de 2009 tras tomar unas copas, tuvieron una relación sexual no completa, siendo la única relación sexual mantenida en todo el noviazgo, y en el puente de diciembre Delfina le dijo que estaba embarazada de él, siendo el motivo por el que contrajeron matrimonio el 6 de marzo de 2010, naciendo la menor el 2 de agosto del mismo año. El actor, después de casarse, empezó a sospechar de infidelidad puesto que su esposa recibía llamadas y mensajes de un compañero de trabajo, si bien ella lo negaba. Hasta que, en 2013, tras una discusión, ella le manifestó que iba a presentar demanda de divorcio y que se iba a vivir con el codemandado, por ser el padre biológico de la niña. Ante estas afirmaciones el actor decidió hacerse una prueba de investigación biológica, dando como resultado que la paternidad de él respecto de la menor quedaba excluida; habiéndose probado que los demandados lo conocían desde 2011, puesto que el Sr. Luis Pablo se había realizado otra prueba de paternidad en esa fecha. Ante estos hechos, D. José

y el derecho a recibir indemnización por el daño moral derivado de ocultación dolosa de paternidad: « (...) puesto que la ocultación de las dudas sobre la paternidad biológica o del conocimiento de que la menor no era hija de D. José Ángel, no se puede incardinar en el incumplimiento de los deberes impuestos a los cónyuges en el Código Civil, ni, concretamente a las consecuencias de la infracción del deber de fidelidad que el artículo 68 CC impone a los casados. *Pues la relación mantenida entre Doña Delfina y D. Luis Pablo por la que se concibió a la niña fue anterior al matrimonio de Doña Delfina y D. José Ángel, y simplemente eran novios y para las relaciones de noviazgo no existe regulación legal alguna. Pues es responsable del daño causado si uno de los miembros de la pareja realiza una conducta* (en el presente caso ocultar las dudas sobre la paternidad) *que causa un daño* (frustración y dolor por la pérdida de la relación paternal considerada existente y del proyecto de vida en común con la menor) *y que está causalmente relacionado* (pues si Doña Delfina hubiera comunicado que había mantenido relaciones sexuales simultáneas en el tiempo también con D. Luis Pablo el hecho de haber asumido como propia la paternidad no se habría producido) *y este actuar debe calificarse de culposo (...)*».

En cualquier caso, y sobre la base de mi opinión favorable a la posible indemnización del daño moral por ocultación de la paternidad, se pasa a analizar en este apartado la aplicación de la institución de la responsabilidad civil en orden a reparar el daño moral, para dejar el análisis del daño patrimonial para el siguiente epígrafe (6); tal y como se refrenda por las SSAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994), de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007/59972) y de 30 de enero de 2009 (JUR 2009/192431), y de Barcelona de 17 de enero de 2007 (JUR 2007/323682). Y más recientemente la SAP de Gerona de 19 de abril de 2018 (JUR 2018/114596) al no estar ante un juicio sobre la moralidad del cónyuge, sino ante un juicio jurídico.

Por último, es cierto que además del padre a quién se le ha ocultado la paternidad, el menor sufre igualmente un daño que pudiera ser indemnizable; estando ante un tema con cierto olvido doctrinal y que, por no ser objeto del trabajo, solamente lo dejamos apuntado⁹⁵.

Ángel interpone demanda de indemnización de daños y perjuicios morales y patrimoniales por error doloso en su paternidad frente a su esposa y al progenitor biológico.

⁹⁵ Este tema lo apuntó, de modo pionero, ROMERO COLOMA, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 4/2008, D-255, p. 1880; y se ha desarrollado de modo muy acertado en diversos estudios por RODRÍGUEZ GUTIÁN, citando por todos, 2017, pp. 956-958.

5.2 EL DAÑO MORAL EN LA OCULTACIÓN DE LA PATER- NIDAD: ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS ARTÍCULO 1902 CC

Es doctrina común afirmar que los presupuestos de la responsabilidad civil que se anudan a la obligación indemnizatoria ex artículo 1902 CC son una acción u omisión antijurídica; el daño, como elemento esencial sin el cual no existe la responsabilidad civil; un criterio de imputación subjetivo, como pauta de justicia que justifique la imputación del daño al causante; y una relación de causalidad entre dicho acción u omisión y el daño basada en una imputación objetiva. Aunque es sabido que la imputación objetiva habría de analizarse de modo previo a la imputación subjetiva al evitar analizar ésta en supuestos en los que el daño se ha producido por varias causas. De tal modo que dichos presupuestos son los que tienen que concurrir en la ocultación de la paternidad para que nazca la obligación indemnizatoria. Estos serán objeto de análisis en orden, en su caso, a su necesaria adecuación al ámbito del derecho de familia en el que se aplica, cuyos principios son la conyugalidad, la intimidad familiar e individual, y la patria potestad.

5.2.1 Acción u omisión antijurídica. Criterio de imputación subjetivo

En primer lugar, y respecto a la «*acción u omisión antijurídica*», en un número relevante de sentencias se ha puesto de manifiesto que ha sido la omisión de la esposa de hacerse en sus días las pruebas y comprobaciones pertinentes las que están en el origen del daño antijurídico sufrido. Y respecto a la antijuridicidad, como concepto que se asume por los que defienden su existencia al ser negado por parte de la doctrina, hay que decir que es un concepto de contenido jurídico y no fáctico, como es el daño. En el sentido de conllevar que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar dicho daño y, por tanto, el agente del daño no tiene derecho a causarlo al no estar amparado el mismo en causa de justificación alguna, como el consentimiento de la víctima, el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho. Pues, claramente, la esposa no cumple ni un deber, ni ejercita, a mi parecer, un derecho legítimo al ocultar la paternidad; tema en el que se profundizará más adelante.

En segundo lugar, y respecto al segundo presupuesto del «*criterio subjetivo de imputación*» la regla general, según los términos del artículo 1902 CC, es la responsabilidad civil subjetiva, esto es,

que el «*criterio de imputación*» que justifica que se impute dicho daño a una persona es la culpa en sentido amplio. De tal modo que la responsabilidad civil objetiva o sin culpa es de naturaleza excepcional, pudiéndose aplicar por un juez en el solo supuesto que exista una ley en concreto que establezca dicha responsabilidad⁹⁶; la cual se ha defendido, es cierto, por alguna parte de la doctrina, como opción de *lege ferenda*, para ciertos supuestos muy concretos del ámbito familiar orientados a la procreación, por conllevar un riesgo y deber dejar fuera del debate la culpabilidad del miembro de la familia que actúa (como las técnicas de reproducción asistida)⁹⁷.

En consecuencia, la responsabilidad civil por ocultación de la paternidad sería subjetiva o basada en el criterio de la culpa, pero al abarcar el concepto de culpa tanto el dolo como la culpa en sentido estricto o negligencia, los pronunciamientos judiciales están divididos, tal y como se expondrán en los apartados que siguen, y a ello me remito. Pues unas sentencias requieren la existencia de un dolo o culpa agravada para que nazca la responsabilidad civil por ocultación de la paternidad. Mientras que otras solo exigen una negligencia como falta de diligencia media ex artículo 1104 CC, artículo que regula la culpa contractual, que se aplica analógicamente a la responsabilidad extracontractual ante la falta de regulación.

5.2.1.1 CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVO DEL DOLO Y CULPA GRAVE: RELAJACIÓN DEL ESTÁNDAR DE PRECAUCIÓN EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO

Tal y como se expondrá y se argumentará en las líneas que siguen, hay un grupo doctrinal y un sector de la jurisprudencia que exige como criterio de imputación el que la conducta se hubiera realizado por la esposa con dolo, revelado, entre otros indicios, en la larga duración de tiempo en el que se mantuvo la ocultación.

En el ámbito del sistema del *Common Law* angloamericano se predica la relajación en el ámbito doméstico del estándar de precaución razonable, de acuerdo con las pautas de comportamiento, menos cuidadoso, que se presumen en la intimidad. Incluso, en virtud del principio de solidaridad y equidad sería injusto que el per-

⁹⁶ Acerca de la responsabilidad civil objetiva desde la teoría general de la responsabilidad civil, y como análisis de interés, *vid.* ROSSO ELORRIAGA, *Revista de Derecho privado*, 2014, Universidad externado de Colombia, núm. 26, pp. 449-450.

⁹⁷ *Vid.* ref. MOSSET ITURRASPE, *Revista de Derecho de Daños*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, núm. 2, 2002, pp. 11-12, en RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2017, np. 205, p. 927.

judicado pueda exigir responsabilidad con el mismo rigor que a un extraño, al haber venido asumiendo cargas asistenciales en su beneficio. De modo que la culpa grave o el dolo es el criterio de imputación subjetivo que exigen para imputar un daño en el ámbito doméstico; no siendo, por tanto, la diligencia exigida la de un buen padre de familia sino una diligencia menor (la que se adopta en sus propios asuntos *quam in suis*)⁹⁸. En esta línea de pensamiento, tal y como se ha recogido al principio el trabajo, la jurisprudencia americana concede la posibilidad de demandar por fraude al no haber informado la esposa al marido que los hijos del matrimonio no eran suyos (*infliction of emotional distress*) siempre que se estuviera ante una conducta indignante (atroz), y no solo insultante u ofensiva aplicando la Sección 46 (1) del *Second Restatement of Torts-1977*. Y respecto al sistema del *civil law* es significativo que de modo excepcional los pronunciamientos del Tribunal Supremo alemán hayan reconocido el derecho a ser indemnizado en el caso de ocultación de la paternidad al sólo supuesto de causación dolosa de daños contra *bonos mores*. Esto es, si el adulterio va acompañado de una intención cualificada de causar daño, como en el caso en que se haya engañado al marido sobre su paternidad al haberle realizado afirmaciones falsas para disipar sus dudas acerca de su paternidad o por existir amenazas o manipulación para evitar que el marido pueda determinar la filiación del hijo o para impedir que pueda impugnarlo; estimando que se tratarían de hechos generadores de responsabilidad extracontractual y que obligaría a reparar el daño causado. Pero según jurisprudencia alemana no habría dolo o comportamiento inmoral si el cónyuge infiel guarda silencio de su conducta, ya que no hay un deber de los esposos de dar a conocer al otro su adulterio⁹⁹. En términos parecidos el actual artículo 1725 del Código civil y comercial argentino ha positivizado el estándar de diligencia extrema en los supuestos en que existe una confianza especial entre las partes como es evidente en las relaciones conyugales, al rezar: «Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes».

Por otra parte, en España se ha sostenido la posibilidad de interpretar la falta de pronunciamientos judiciales sobre accidentes domésticos como manifestación de la existencia de un privilegio que ajustaría los criterios de imputación del daño a las reglas socia-

⁹⁸ Vid. DOBBS, 2000, p. 758.

⁹⁹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2017, p. 925.

les dominantes y, por esta vía, limitaría la responsabilidad al dolo y a la culpa grave¹⁰⁰. Incluso, pudiera instrumentarse dicho privilegio, bien limitando la imputación de ciertos daños mediante la aplicación del principio del consentimiento del ofendido como causa de justificación que excluye la antijuridicidad, o bien dando virtualidad al principio de asunción de riesgo (si se trata de una relación de convivencia entre personas adultas libremente consentida) como criterio negativo de imputación. Esta corriente hace referencia a los artículos 168 y 1390 CC para justificar que en el ámbito de las relaciones familiares solo se debe responder por dolo o culpa grave¹⁰¹. Y desde el plano jurisprudencial, es de interés que el que sentencias de nuestro Tribunal Supremo citen a los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil (*PETL*) en orden a corroborar que el estándar de diligencia exigible en relaciones de confianza conlleve que la causa de justicia para imputar un daño en las relaciones familiares sea el dolo o culpa grave, dado que el artículo 4:102-1 afirma que dicho estándar exigible (a una persona que se halle en las mismas circunstancias) depende, en particular, entre otras circunstancias, «de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas»¹⁰². Considero, igualmen-

¹⁰⁰ FERRER RIBA, *InDret*, 4/2001, p. 12, cuyo artículo, de gran interés, desarrolla con claridad las excepciones que se han venido consolidando a la inmunidad en las relaciones familiares y los argumentos jurídicos en los que se basan.

¹⁰¹ Se pone en entredicho por MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, pp. 160-161, quien explica que en realidad solo el artículo 1390 CC supedita la responsabilidad del infractor (en este caso, la del cónyuge), cuya administración de los bienes gananciales causa daño a la sociedad, a su actuación dolosa, pues el artículo 168 CC hay que ponerlo en relación con el artículo 164 CC de modo que los padres responderán de los daños causados en el patrimonio de los hijos por administrarlo sin haber desplegado una diligencia media, si éste era el grado de diligencia con el que gestionaban su propio patrimonio.

¹⁰² Estos Principios han abandonado el estricto recinto académico y ya han sido objeto de atención por parte de nuestro Tribunal Supremo. Así, empiezan a seguir la estela de los Principios Europeos de Contratos que ya han sido citados en más de diferentes ocasiones, bien por parte de nuestro Tribunal Supremo, bien por otros tribunales españoles, adquiriendo así el carácter de fuente interpretativa (*vid.* MARTÍN-CASALS, 2008, p. 243).

La STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895), citada por RODRÍGUEZ GUTIÁN, pp. 922-937, es indicador de lo expuesto, al utilizar dicho estándar de diligencia recogido en los *PETL* como criterio que supliría la falta de regulación de la diligencia exigible en la responsabilidad extracontractual en el ámbito del Derecho de familia. En concreto lo utiliza en el FD 7.º cuando arguye que el importante grado de proximidad o especial confianza entre el matrimonio anfitrión agente del daño y la víctima hacen inexigible en aquéllos una diligencia tan extrema que les conduzca a tomar unas medidas de precaución específicas (se trataba de un caso que plantea la responsabilidad civil de un matrimonio por las secuelas y lesiones resultantes que sufre la demandante, amiga de los anfitriones e invitada por los mismos a cenar a su casa, al pisar un juguete con ruedas que se encuentra en el pasillo de la vivienda de los cónyuges demandados, al adentrarse en el pasillo sin encender la luz). Esta autora defiende, en definitiva, las necesarias modificaciones de la normativa general de la responsabilidad civil en su aplicación al ámbito de la familia, entre las cuales estaría exigir un criterio subjetivo de imputación del dolo o la culpa grave, debiendo excluir la responsabilidad en supuestos de meras negligencias, imprudencias o impericias comunes o leves y en aras de ponderar los principios esenciales del Derecho de Familia, por ejemplo,

te, que dicho razonamiento se podría corroborar con el hecho de que los mismos Principios citados tengan en cuenta las características generalizables en determinados grupos en orden a valorar la diligencia exigida a una persona, de modo que habría de compararse la conducta llevada a cabo por el causante con la de otra persona diligente en sus mismas circunstancias externas, pero con las características generalizables y objetivables a un determinado grupo. Es cierto que aquéllos solo lo reconocen para los menores de edad y las personas con discapacidad (art. 4: 102 (2)), pero considero que podría ser justo aplicarlo a las personas que conviven en un ámbito familiar, dado que es generalizable que en el ámbito familiar las personas adoptan un comportamiento relajado y cada conviviente acepta a los demás con sus defectos y cualidades.

En otras palabras, en el ámbito de cumplimiento de las obligaciones matrimoniales o domésticas el estándar de cuidado, en consideración a las circunstancias, tiende a acercarse a la culpa grave o dolo. Esto es, el resultado sería imputable al demandado si su conducta no ha sido ni en lo mínimo coherente con lo que generalmente se espera de una persona casada en su círculo social, en su ambiente, o ha perseguido directamente causar daño; debiéndose determinar el estándar. Siendo cierto que el dolo no se vincula con la intención específica de causar daño, sino con la existencia de una ocultación o engaño respecto a la filiación biológica del menor.

En torno a la *línea argumental de basar en el dolo* la existencia de la obligación indemnizatoria se pronunció la STS de 22 de julio de 1999 ya comentada anteriormente (RJ 1999, 5721) que negó la obligación indemnizatoria por el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad sobre la base de la imposibilidad de calificar de dolosa la actuación y conducta de la esposa en torno a ocultar a su marido la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio (FD4.º). Asimismo, esta solución tiene encaje, sobre todo, en un sector significativo de la jurisprudencia menor emanada de las Audiencias Provinciales, en concreto, y por su interés, en la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994). En ésta se determina la no filiación de tres hijos tenidos por propios dentro del matrimonio y queridos y criados como tales y, siendo lo relevante para el nacimiento de la obligación indemnizatoria, la actuación negligente en la concepción y «*dolosa en la ocultación*

con el fin de respetar la paz y la armonía familiar. Aunque también reconoce que en los comentarios a dicho precepto se pone de manifiesto que dicho criterio se aplica en un ámbito en el que los daños suelen tener un carácter patrimonial como en la responsabilidad por servicios, y por eso un sector doctrinal sigue manifestando que ante relaciones conyugales dicha proximidad habría que computarse como agravante, al menos en la medida en que son mayores los deberes de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

de la paternidad »por parte de la esposa y la persona con quién ésta mantenía una relación afectiva larga y duradera, que era el padre biológico de los tres hijos pequeños del matrimonio. Por dicha ocultación dolosa, arguye el Tribunal, procede la reparación del daño causado por dicha ocultación, como excepción, de aparición progresiva en nuestra doctrina y jurisprudencia, a la regla de inmunidad en las relaciones familiares y conyugales. Por todo lo expuesto, afirma el Tribunal: «*se considera que doña A. R. y don F. L. conocieron, desde el primer momento, que los menores, no eran hijos del Sr. V. pese a lo cual, permitieron que se inscribieran en el Registro Civil como sus hijos, y que pasaran a formar parte de su familia, con todas las obligaciones, derechos y vínculos a ello inherentes, actuación que repitieron con los tres niños y han mantenido desde 1996 hasta octubre de 2002. Y en este actuar consciente, estimamos que radica el dolo de los demandados que ha generado, al romperse el vínculo afectivo que nació entre los menores y el Sr. V. propio de una relación paterno-filial, un daño moral que debe ser resarcido*». La Audiencia fijó, finalmente, en cien mil euros la cuantía indemnizatoria a pagar solidariamente por los demandados ex artículo 1902 CC¹⁰³. En este sentido se deduce que se ha de acreditar que la madre tuvo «un conocimiento pleno y total certidumbre» de la falta de paternidad del marido.

En sentido parecido a la anterior resolución se pronuncian las SSAP de León de 2 de enero de 2007 (RJ 2007, 59972), y de 30 de enero de 2009 (JUR 2009, 192431). En esta última se resuelve un caso claro de dolo que se desprende del hecho de que la demandada «*urdió toda una estrategia referida a la finalidad de obtener su ansiada maternidad fuera del matrimonio, ya que con su esposo lo veía inviable, y sin tener en cuenta los sentimientos de su esposo ni*

¹⁰³ En este supuesto el Juzgador de instancia niega la existencia de dolo en la concepción por el uso continuo de métodos anticonceptivos, pero acoge la existencia de culpa. Frente a dicha resolución la parte demandada interpone el recurso de apelación en base a que no puede hablarse de negligencia en base a una inadecuada elección o incorrecta utilización de medios anticonceptivos, pues los hijos fueron tenidos por el Sr. V. y por toda la familia como propios de éste, y la demandada no podía sospechar que no lo eran. Consta que la Sra. R. y el Sr. V. mantenían relaciones sexuales sin protección, y a la demandada, no teniendo formación universitaria ni médica, no puede exigírsele una mayor diligencia. No obstante, la Audiencia Provincial desestima el recurso sobre la base de considerar probado que los demandados conocieron de forma inmediata que el primero de los hijos era del Sr. L. y que, por tanto, los medios anticonceptivos utilizados no eran seguros. Y respecto a la ocultación de la paternidad, y siguiendo la afirmación de la STS de 22 de julio de 1990 a *sensu contrario*, considera que hubo dolo en la ocultación de la paternidad, suponiendo un plus en el elemento subjetivo del hecho enjuiciado, procediendo a la reparación del daño causado. Dado que la amplia prueba testifical propuesta, admitida y practicada de personas muy allegadas a las partes da por probado que aunque los demandados no buscaron a propósito los tres hijos, supieron de inmediato que eran del Sr. V. y lo ocultaron al marido (vid. LLAMAS POMBO, *Revista Práctica de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2005, núm.25, pp. 3-4).

el daño irreparable que su conducta produciría (...) mantuvo en secreto tal circunstancia haciendo creer a su esposo que la hija era suya». Asimismo, la SAP Madrid de 9 de mayo de 2014 (AC 2014, 1397) aplica el artículo 1902 CC en base a la actuación dolosa de la demandada, resolviendo la obligación a indemnizar al demandante en la cantidad de cuatro mil euros por los daños morales causados como consecuencia del engaño a quien entonces era su marido respecto de la filiación de la hija nacida en el 2011. Pues estando vigente el matrimonio, y sin existir separación de hecho entre los cónyuges, hizo creer al actor que la hija era suya, cuando en realidad era fruto de una relación extramatrimonial mantenida por la demandada desde el 2008. Y más recientemente la SAP de Valencia de 13 de noviembre de 2014 (AC 2015, 228) que trata de la actuación dolosa de la mujer al engañar sobre el origen de la gestación de la menor, haciendo creer al marido que era resultado de una fecundación *in vitro*, provocando el conocimiento de la falsa paternidad alteraciones emocionales en el demandante¹⁰⁴.

A *sensu contrario*, en esta línea encontramos sentencias que revocan la aplicación del artículo 1902 CC por no apreciar en la conducta de la ocultación de la paternidad el elemento exigido del dolo. Así lo ilustra la sentencia, que destaca por su interés y extensión, de la Audiencia Provincial de Segovia de 11 de diciembre de 2007 (JUR 2008, 148138) que afirma que no cabe reconocer la existencia de dolo porque la demandada hubiese tenido relaciones sexuales con otra persona, pues es obvio que también las mantenía con su esposo en el tiempo de la concepción y nacimiento. Ni tampoco pueden equivaler al dolo, por la conducta falaz y engañosa que caracteriza al dolo, las conjeturas que pudiera hacer la esposa sobre la posibilidad, por las relaciones mantenidas, de que el hijo no fuera de su esposo. Incluso, añade la Audiencia, su oposición a la demanda de paternidad es indicio de que aquella no conocía con exactitud que el hijo no era del actor, pues de haber sido así hubiese reconocido los hechos ante la previsibilidad de que las pruebas biológicas por su fiabilidad pudiesen demostrar su realidad. Este pronunciamiento se alinea al de la sentencia ya citada del

¹⁰⁴ En el caso resuelto por la STS de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6227) la acción ejercitada de impugnación no iba acompañada de otra de responsabilidad, pero hubiera sido posible debido al dolo manifestado por el largo período de tiempo en el que la esposa mantuvo la ocultación de la paternidad. En concreto, decide el caso de una separación matrimonial con un hijo, en la que el exmarido, una vez rehecha su vida junto con otra mujer e intentar tener descendencia con ella, es informado por los médicos que no puede tener hijos, y lo más importante que nunca pudo tenerlos. Así el exmarido descubrió que el hijo no era suyo e interpuso una acción para impugnar la filiación paterno-matrimonial, y se admitió la misma ejercitada a los trece años de la inscripción del nacimiento del hijo, pero dentro del año siguiente al conocimiento de su esterilidad; pudiendo estar ante un supuesto de daños ocasionados al padre que durante doce años creyó serlo.

Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721) en la que se desestima la pretensión del demandante, es decir, del exmarido por haber descubierto la infidelidad de su esposa y la no paternidad del que creía su hijo. En este caso, el Tribunal Supremo estimó que la demandada no actuó dolosamente ya que la madre no era consciente con anterioridad a las pruebas de paternidad de que el hijo no era del demandante.

Por último, la SAP de La Coruña de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2303) resuelve que el demandante no tenía derecho a la indemnización porque en realidad no hubo conducta dolosa en la demandada por omitir poner en conocimiento de su cónyuge ese estado de incertidumbre y practicarse, en su momento, las correspondientes pruebas biológicas para resolver la duda. Esta conducta argumenta el Tribunal *«que, aunque encomiástica y responsable, cabe plantearse si sería exigible, por sus consecuencias, máxime de resultar una progenie matrimonial, y ante semejante cuestión este Tribunal, no sin vacilación, se decanta por considerarla no exigible, desde la base, se recuerda, de una situación de duda»*.

5.2.1.2 CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVO DE LA NEGLIGENCIA U OMISIÓN DE LA DILIGENCIA MEDIA

Hay un sector doctrinal¹⁰⁵ y jurisprudencial (sobre todo a raíz de la vigencia de la Ley 5/2005) que considera que no es necesario que concurra el dolo para imputar subjetivamente el daño por ocultación de la paternidad a la esposa, *siendo suficiente que la conducta sea culposa* o en cierta medida negligente. Y esto en coherencia con la redacción del artículo 1902 CC que admite como criterio de imputación la culpa o negligencia, e, incluso, con los términos del artículo 1089 CC que asume como fuente de obligación la que nace del acto ilícito derivado de *«cualquier género de culpa o negligencia»*. A tenor de lo anterior lo cierto es que la omisión en la adopción de medidas tendentes a la veraz determinación de la paternidad debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1902 CC.

Como apoyo argumental a la actuación negligente en estos casos, las sentencias tienen en cuenta el tenor del artículo 1104 CC, de aplicación analógica a la responsabilidad extracontractual. Éstas consideran que una conducta es culpable cuando se ha actuado en contra del canon de la diligencia media, la de un buen padre de familia, pero adecuada, agravando normalmente la misma, a las circunstancias externas, tales como el contexto social en el que se

¹⁰⁵ ROCA TRÍAS, 2000, p. 561, y NEVADO CATALÁN, *InDret*, 4/2018, p. 18.

desarrollan los hechos. Esto es, las medidas a adoptar han de ser las que derivan de un esfuerzo o norma de cuidado medio pero agravado o adaptado, tanto por las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, como por el contexto social en el que vivimos, distinto del de los años noventa en el que aparecieron las primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia. A este respecto, no se puede ignorar que los avances de la ciencia en materia de prueba biológica se traducen en un fácil acceso por parte de los ciudadanos a este tipo de pruebas, así como en un conocimiento generalizado por parte de la sociedad del acceso a aquéllas, y en consecuencia a la posibilidad de determinar con certeza la paternidad de una persona.

En torno a esta tesis se encuentra la SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007 (JUR 2007, 323682), en la que la Audiencia pasará a considerar que se trata más bien de una conducta negligente al estimar que: *«(...) la culpa o negligencia a que se refiere el artículo 1902 CC del Código civil constituye un concepto más amplio que el dolo o intención maliciosa. Puede afirmarse que la señora no tenía la certeza o no sabía que el padre de la menor, 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 de adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación. La omisión en la adopción de dichas medidas debe calificarse como un comportamiento o conducta negligente»*. En este caso, en orden a valorar la conducta negligente se tuvo en cuenta, tal y como conmina el artículo 1104 CC, que la demandada no adoptó la diligencia adecuada considerando tanto el contexto social o facilidad, en el que con una simple extracción de sangre se puede determinar de modo veraz la paternidad del hijo, como sus circunstancias personales, dado que durante los primeros años de matrimonio se había sometido a tratamiento ante las dificultades de quedar embarazada, sin haberlo conseguido. De modo que razona la Audiencia *«(...) 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 Don. Carlos María, debió haberse planteado la posibilidad de que el padre de la niña no fuera su marido»*. Incluso, en la actualidad, ya no es necesaria la extracción de sangre invadiendo la integridad física para la obtención del ADN, tal y como lo pone de manifiesto la jurisprudencia reciente.

La tesis anterior la refrenda la SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 340366) que fue la que de algún modo abrió la brecha en la doctrina del Tribunal Supremo e interpreta que, si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, sí lo es la

procreación de un hijo extramatrimonial con ocultación al cónyuge, permitiendo que los hijos se inscribieran en el Registro civil como sus hijos, actuación que repitió con los tres hijos habidos y que mantuvo desde 1999 hasta 2002. Así como la SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675) al afirmar que no resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada para imputarle responsabilidad. Porque el mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción al marido, es un hecho que, por sí mismo, genera su responsabilidad civil «(...) pues exigir en este ámbito una culpabilidad reforzada se antoja innecesario y además resulta, la mayoría de las veces imposible». Y, más recientemente, se pronuncia la SAP de Madrid de 26 de octubre de 2012 (JUR 2013, 28582) cuya resolución afirma que «ante las dudas del progenitor (dada la azoospermia que sufría antes de casarse) y que la esposa le asegurase que solo podía ser hijo suyo hasta que la prueba de paternidad demostró lo contrario, se deduce que la conducta de la madre es negligente y hace nacer la acción de daños y perjuicios por el daño moral sufrido constatado por los informes médicos psiquiátricos de sufrir un trastorno adaptativo mixto». Así, como la SAP de Alicante de 16 de enero de 2013 (JUR 2013, 150976) que condena a la esposa a indemnizar al marido en la cantidad de veinticinco mil euros por haber ocultado durante el matrimonio la verdadera paternidad.

Asimismo es reseña obligada la SAP de Cádiz 16 de mayo de 2014 (JUR 2014/203955) la cual, en un intento unificador al apoyarse en las valiosas contribuciones de las Audiencias provinciales en los últimos años, afirma que no resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada y que el mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero, atribuido falsamente por vía de presunción a su marido, es hecho que por sí mismo genera su responsabilidad civil. Y esta doctrina es ratificada por la más reciente SAP de Madrid de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019, 214532)¹⁰⁶ que resuelve que hubo culpa o negligencia de la esposa (pero no error doloso sobre la paternidad del esposo) ya que, sabiendo que había mantenido relaciones sexuales cercanas y esporádicas en el tiempo con D. Luis Pablo y solo tuvo un encuentro sexual e incompleto con D. José Ángel, no puede estimarse que no tuviera dudas sobre el origen de su estado cuando conoció que estaba embarazada, al ser una consideración que por inverosímil no puede aceptarse. Y al no comunicar dicha sospecha al que entonces era su novio (antes al

¹⁰⁶ Los hechos se recogen en la np. 94.

contrario le manifestó que había quedado embarazada de él y determinó que contrajeran matrimonio) ni, incluso, cuando en el 2011 el verdadero progenitor se hizo las pruebas de paternidad y dieron un resultado positivo, permitió que la relación paterno-filial con la menor se mantuviera hasta el 2013, cuando tras una discusión ella le plantea que va a solicitar el divorcio y que la hija no es suya, sino de Luis Pablo con quién se iba a ir a vivir. En definitiva, los principios que rigen las relaciones interpersonales (lealtad, honradez, etc.,) y las circunstancias de tiempo y lugar, (no estaban casados, libremente podía manifestar sus relaciones con un tercero) le imponían a la demandada un comportamiento diferente del que tuvo, y al no hacerlo es responsable del daño causado al actor (FD 3.º)¹⁰⁷.

Por último, respecto a la posible responsabilidad civil por culpa del padre biológico por el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad, hay que precisar que son escasas las sentencias que se han pronunciado dado que son pocos los casos en los que también se demanda solidariamente con la esposa a aquél. Y en los supuestos en los que se ha producido la demanda se ha puesto de manifiesto lo complejo que resulta admitir que pueda existir una responsabilidad por culpa. Al respecto considero de interés cómo abordó la cuestión la SAP de Madrid 24 de mayo de 2019 (JUR 2019, 214532) para eximir de responsabilidad al padre biológico; en concreto por la falta tanto del deber de comunicar al esposo las dudas y, es cierto, posterior certeza sobre su paternidad biológica, como de interponer la demanda de determinación de filiación en el momento en que tuvo conocimiento de los hechos. En este caso es cierto que la ejercitó cuando se produjo la ruptura de la convivencia matrimonial. Y en el mismo sentido se pronuncia la anterior sentencia citada de la Audiencia Provincial del Madrid de 26 de octubre de 2012 (JUR 2013, 28582) que absuelve al terce-

¹⁰⁷ Según el FD 3.º son hechos admitidos que Doña Delfina había mantenido antes del matrimonio relaciones sexuales esporádicas con D. Luis Pablo, existiendo cercanía temporal en una de ellas y en la que la citada Doña Delfina mantuvo con D. José Ángel en octubre de 2009. Por lo que claramente, y a pesar de lo que manifiesta la citada apelada, la duda sobre la paternidad era una realidad por ella conocida de forma necesaria que no comunicó, como exige una actuación leal y de buena fe, al que entonces era su novio y, más al contrario, le manifestó que se había quedado embarazada de él, lo que determinó que contrajeran matrimonio en los meses posteriores y que la niña que nació fuera considerada por D. José Ángel como hija suya e inscrita como hija matrimonial de ambos. En consecuencia, el apelante mantuvo una relación afectiva con la niña derivada de su considerada relación paternal, con los consiguientes e intensos vínculos que esa situación genera. Además, en 2011, cuando D. Luis Pablo se hizo las pruebas de determinación de paternidad y dio resultado positivo, Doña Delfina, al contrario de lo que manifiesta, no se lo comunicó a D. José Ángel, permitiendo que la relación paterno filial con la menor se mantuviera por más tiempo, lo que supone un grado mayor de vivencias y experiencias que incrementan, en supuestos como el presente de posterior separación, el dolor y la frustración por la situación vivida.

ro con el argumento de que «(...) *las relaciones extramatrimoniales no originan por sí mismo daños, (...) no pudiendo el actor pretender que el codemandado le anunciara aquellas relaciones (...)*». Así como la SAP de Alicante de 6 de noviembre de 2017 (JUR 201, 111191), relativa a una demanda dirigida por el marido que se creía padre biológico de hijos habidos en matrimonio contra el hombre que mantuvo relaciones extramatrimoniales con la madre. En concreto esta sentencia de modo razonable, citando jurisprudencia del TEDH, resuelve que: frente al derecho del padre biológico a reclamar una paternidad extramatrimonial, impugnando al tiempo la matrimonial de que los hijos disfrutaban, ha de protegerse la seguridad jurídica y afectiva de los hijos en una familia. Se trata (la verdad biológica y la preservación de la paz familiar) de valores dignos de protección constitucional no jerarquizados, pues ninguno de ellos prima sobre otro al encontrarse ambos principios en el art. 39 CE. En este sentido, la protección de la situación familiar consolidada en que se encuentra integrado el menor, al margen de la biológica, vendría a tener el mismo apoyo constitucional que el principio de investigación de la paternidad. En dicha tesitura *«el demandado, carente de posesión de estado, ajeno al círculo familiar y un extraño para los menores, no tiene la obligación de irrumpir en una familia legalmente constituida (con los afectos consolidados inherentes a tal situación, afectos filiales y fraternales y hacia la familia extensa, abuelos, tíos y primos) planteando una demanda de filiación, cuando lo haría bajo simples sospechas por importantes que estas fuesen. Y tampoco le era exigible haber hecho unas pruebas de paternidad a espaldas del actor, porque aparte de suponer una intromisión en su intimidad, que puede considerarse ilegítima, solo tendrían sentido si a ella siguiese una demanda de paternidad»*.

En síntesis, son dos las bases de la responsabilidad por daño moral de la esposa por ocultación de la paternidad: por un lado, el incumplimiento negligente, no doloso del deber de información, al otorgar prevalencia casi absoluta al principio de veracidad biológica y, por otro que, no sancionándose la infidelidad, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge. En definitiva, la madre que duda sobre la paternidad biológica debe hacer todo lo razonable para determinarla desde el nacimiento, evitando así que el marido pueda seguir siendo considerado padre por efecto de la presunción legal de paternidad matrimonial (ex arts. 116 CC y 235-5-1.º CCcat). La omisión de las medidas para determinar la paternidad biológica es especialmente reproachable si tenemos en cuenta, como se ha apuntado anteriormente, la

facilidad cada vez mayor en el acceso a las pruebas de ADN¹⁰⁸. Este criterio podría quedar subsumido en la nueva redacción del deber de diligencia exigible por la Propuesta de Código civil por la Asociación de Profesores de Derecho civil, en concreto en el artículo 5191-8, segundo párrafo, que reza que: «*en la fijación del deber de diligencia exigible se tendrán en cuenta fundamentalmente el valor de los bienes jurídicos afectados, la peligrosidad de la conducta, la pericia exigible que causa el daño, y la disponibilidad y coste de las medidas para evitarlo*»¹⁰⁹.

5.2.2 Daño moral: su cuantificación, su prueba. ¿Daño continuado o permanente?

5.2.2.1 IDEA PREVIA ACERCA DEL DAÑO MORAL Y EL INTERÉS VULNERADO EN EL SUPUESTO EN ESTUDIO: CUESTIÓN TERMINOLÓGICA

En tercer lugar, y como elemento indispensable, dicha acción u omisión antijurídica y negligente ha de producir un *daño resarcible patrimonial o moral*». Como idea previa, en torno a este supuesto considero que hay que distinguir, por un lado, el ataque o lesión a intereses o derechos dignos de protección que causa la acción u omisión antijurídica y, por otro, el daño patrimonial y/o moral a resarcir, pues la doctrina española califica a ambos de daños induciendo a confusión. En otras palabras, se utiliza el término «daño» tanto para referirse al interés vulnerado como a las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales que sufre el sujeto y serían indemnizables.

i) Al respecto, y no siendo quizás del todo ortodoxa con la teoría expuesta en los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia¹¹⁰, considero que se debería proponer un cambio termino-

¹⁰⁸ FARNÓS AMORÓS, *Derecho privado y Constitución*, 2011, núm. 25, pp. 9-54, en especial, p. 26.

¹⁰⁹ Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018). *Propuesta de Código civil*, ed. Tecnos, Madrid. En concreto, título XIX «De la responsabilidad civil extracontractual», capítulo primero, sección 2.^a Disponible en http://www.derechocivil.net/imagenes/libros/obra_completa.pdf, p. 864.

¹¹⁰ En dicho sentido no considero acertada la afirmación jurisprudencial de que los daños morales «(...) tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico [...]». Dado que el Baremo de Indemnización de daños corporales incluye tanto el daño patrimonial como el moral en la cuantía que se concede a la víctima por una lesión o ataque a su integridad física o a la vida. En definitiva, el daño moral (tanto el sufrimiento físico como el psíquico, o el de pérdidas de relaciones afectivas, etc.) puede derivar de un ataque a la integridad física (como derecho de la personalidad de la esfera corporal) como de un ataque a otros

lógico que ayudara a aprehender de modo más claro que la acción u omisión antijurídica produce, en un primer momento conceptual, un ataque o vulneración a un bien jurídico (ya sea un derecho o un interés legítimo). Y este ataque o lesión puede ser: bien al ámbito personal [ya sea una a la integridad física (el daño corporal) como a otros derechos espirituales de la personalidad (honor, intimidad, etc.)], bien al familiar (en este caso el ataque al vínculo jurídico paterno-filial), o bien al ámbito de los bienes materiales. Y en todos estos casos, dichas lesiones o ataques a dichos intereses producen, en un segundo momento conceptual, tanto *daños patrimoniales* (o daños con repercusión en el patrimonio, en concreto, gastos emergentes y/o un lucro cesante) como *daños morales* o sin repercusión patrimonial y que son igualmente indemnizables. De este modo se evitaría tratar al daño corporal como un *tertium genus*, lo que, a mi parecer, es inadecuado pues la indemnización de los daños patrimoniales que resulta de la aplicación del baremo a los daños por lesión a la integridad física (el llamado daño corporal) incorpora la debida también por el daño moral que es, por mandato legal igual para todas las víctimas, como se consagra en el apartado 7 del anexo legal al que se incorpora el Sistema de Valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación del Texto Refundido de la *Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor*, aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre; habiéndose modificado dicho Anexo por la Ley 35/ 2015, de 22 de septiembre, que reza: «*la cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral del respeto o restauración del derecho a la salud (...)*».

En este sentido, y como propuesta de *lege ferenda* sería de interés tener en cuenta como el legislador canadiense y la doctrina del país distingue la lesión (*l'atteinte*) de las consecuencias, esto es, del daño patrimonial y moral (*préjudice moral et pécuniaire*) al que el causante del daño responsable civil está obligado a reparar¹¹¹. De hecho, según el artículo 2:101 de los Principios de Dere-

derechos de la personalidad relativos a la esfera espiritual, como el honor, la intimidad personal o familiar o la propia imagen. Es cierto que es excepcional el daño moral derivado de una lesión a los bienes materiales de la persona.

¹¹¹ Según material cedido amablemente por los profesores canadienses, GOUT, en *Colloque International Vers une réforme de la responsabilité civile française: regards croisés franco-québécois* (sous la direction de Blandine Mallet- Bricout), 2017. Los autores resaltan que en el derecho canadiense tienen en cuenta tres criterios para determinar la indemnización por daño moral: una aproximación conceptual (desde un punto de vista objetivo), personal (subjetivo), y funcional (Cinar Corporation c. Robinson, [2013] 3 RCS 1168).

cho europeo de la Responsabilidad civil: «*el daño resarcible requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido*». De ahí que es mejor utilizar dos términos distintos (lesión y daño) para aludir a diferentes realidades. Esta propuesta la considero más adecuada que la recogida por la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en su art. 5192-1 que diferencia, a mi parecer de modo redundante el daño (en referencia a la lesión) del daño resarcible, en referencia a los daños patrimoniales y morales a indemnizar. En esta línea, por último, voces doctrinales destacan la necesidad de diferenciar claramente el daño (ataque a la lesión) del perjuicio (las consecuencias), conscientes de que dicha confusión lleva a que la cuestión principal no se resuelva bien, esto es, si el interés está o no jurídicamente protegido, lo que se dilucida teniendo en cuenta lo que denominan la función de demarcación del derecho de daños y no sólo por encumbrar el principio *pro víctima*, o el hecho de que sufrir un daño conlleva la indemnización¹¹².

Cerrado el paréntesis conceptual y respecto, en concreto, al daño moral, la STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242) afirma que, «*el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece, que siempre sobrepasa las meras molestias*». Éste se define, por tanto, por exclusión, abarcando cualquier daño que no tenga cabida dentro del daño patrimonial y, en consecuencia, se le dota de unos contornos difusos, más aún si tenemos en cuenta la falta de restricciones a su reparación pecuniaria en el Código civil (arts. 1101 y 1902 CC), a diferencia de aquéllos códigos civiles europeos que condicionan su indemnización a la existencia de una norma legal que así lo prevea, como el alemán e italiano¹¹³. Dada esta peculiaridad del daño moral, y en orden a evitar que estos daños no escondan otras partidas indemnizatorias y que

¹¹² MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110/2019, consulado en versión on line, BIB2019/5949, pp. 14-18, quien nos explica que dicha función de demarcación implica tener en cuenta no solo los intereses de la víctima, sino también los del pretendido causante del daño y, de modo especial, su libertad de actuación, sino olvidar en dicho análisis el interés público. También, MARTÍN-CASALS, 2011, pp. 11-112.

¹¹³ MARÍN GARCÍA/LÓPEZ RODRÍGUEZ, *InDret*, 2/2010, p. 5, sostiene que la limitación de los daños se recoge en el § 253 BGB, si bien reformado en su párrafo segundo que reconoce con «carácter general» el resarcimiento del daño moral derivado de una lesión corporal, a la salud, a la libertad, o a la libertad sexual. Asimismo, en un primer momento la creación jurisprudencial italiana del *danno biologico*, lesión psicofísica unida a una pérdida de funcionalidad, sirvió para superar la reserva legal. Pues la ley tan solo preveía la indemnización del daño moral irrogado por ilícitos penales (artículo 185 Código penal italiano), de modo que posteriormente, la jurisprudencia italiana extendió el resarcimiento a cualquier daño moral derivado de la lesión a los bienes constitucionalmente protegidos, entre otros, los derechos de la personalidad.

se produzca una duplicidad de indemnizaciones por conceptos iguales, el art. 11 de la Resolución 75/7, del Consejo de Europa ofrece una pauta para unificar conceptos o partidas indemnizables conminando a que: *«la víctima debe ser indemnizada del daño estético, de los dolores físicos, y de los sufrimientos psíquicos, entre éstos, sentimientos de inferioridad, disminución de placeres de la vida por la imposibilidad de realizar determinadas actividades, etc.»*.

ii) Aplicando lo dicho hasta ahora al caso en estudio, estimo que en la ocultación de la paternidad la esposa lesiona un bien o interés jurídicamente protegido cual es la «certeza de la filiación y el mantenimiento del vínculo legal paterno-filial al producirse la *pérdida del vínculo legal paterno filial y, en consecuencia, la desaparición o disminución definitiva del derecho a relacionarse con sus supuestos hijos*» al impugnarse la paternidad, una vez descubierta la realidad. El Tribunal Supremo ha refrendado este interés como jurídicamente relevante en las sentencias que han conocido sobre el caso al marcar como *dies a quo* de la eventual acción de responsabilidad civil el de la pérdida del vínculo paterno-filial al que se conectarían los daños resarcibles.

Y de dicha lesión, nos debemos preguntar si nace un daño patrimonial como daño emergente por los alimentos pagados, que se analiza en un epígrafe posterior, y, por otro, un daño moral que se ha llegado a asemejar al daño por duelo por la muerte de un hijo, como lo ilustra la ya citada SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004, 1994) en la que el Tribunal afirma que *«(...) siendo cierto que existen discrepancias entre los distintos expertos que han depuesto sobre la denominación de la afección psicológica del Sr. V. y su entidad, en nuestra opinión, tras el examen de todos los informes, llegamos a la conclusión que ha existido una dolencia que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio, y todo generado, no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos, con una entidad semejante a la de la pérdida física de éstos»*. En otras sentencias se habla de un «dolor extremo e intolerable», como en la SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 340366).

Así las cosas lo cierto es que, si es un lugar común en la doctrina reconocer como daño moral *«cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito»*.

to», la ocultación negligente de la paternidad con la ruptura del vínculo legal paterno-filial produce dicha frustración. En estos supuestos, y como consecuencia de la verdad biológica impuesta, se produce una pérdida de afectos y un vacío emocional que puede considerarse «equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido». En este sentido se pronuncia de igual modo, y de modo más explícito la SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007 (JUR 2007/323682) cuando afirma que: «(...) *habiéndose creado los naturales y lógicos vínculos de afectividad entre ambos (padre e hija), y planteado un proyecto de vida familiar, se ha visto, no obstante mutilado como consecuencia de la verdad biológica impuesta, causando una pérdida de afectos y vacío emocional que puede considerarse equivalente o muy próximo a la pérdida definitiva de un ser querido*».

Al respecto y a mi parecer, no es de recibo asimilar el daño moral por la pérdida del vínculo parental al duelo por la muerte del hijo en la medida en que sobre la base del artículo 160 CC los menores y el que fue padre tienen derecho a seguir relacionándose con el menor, tal y como la jurisprudencia ha interpretado el término de «allegados». Pero no lo es menos reconocer, igualmente, que el normal desarrollo de la relación afectiva se interrumpirá hasta que todos los implicados, incluso los menores, superen el impacto emocional que la situación ha generado y que, de todos modos, no alteraría el ya padecido. Así lo reconoce el auto del TS de 9 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 245986) al razonar que la equiparación a la muerte es rechazable porque la extinción del vínculo legal no impide una futura recuperación de la relación, y, en el mismo sentido, la SAP de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019, 214532) que rechaza el argumento del apelante para concretar la indemnización por el daño moral por la pérdida del vínculo paterno-filial en 157.700 euros sobre la base del cálculo de la LRCSCVM aplicando la indemnización básica por muerte y la edad del padre, así como los factores de corrección. Pues el Tribunal, sin desconocer la dificultad de cuantificar el daño en supuestos como el presente y la objetividad del baremo, estima prudencialmente fijar la indemnización por daño moral en la cuantía de 50.000 euros al considerar que la equiparación de la realidad biológica que consideraba existía con la indemnización por muerte no es posible, «*puesto que la relación entre ambos puede existir e incluso el art. 160 CC posibilitaría el establecimiento de un régimen de visitas, sin embargo no puede desconocerse que se impide el derecho-deber de estar en su compañía y los de crianza (cuidado, educación y formación integral) ni el profundo dolor y vacío emocional del proyecto de*

vida familiar existente y teniendo en cuenta que la relación paterno-filial se ha mantenido durante casi cuatro años» (FD4.º).

iii) Por último, es interesante constatar cómo la jurisprudencia menor en las sentencias que conceden indemnización por daño moral por ocultación de la paternidad, también conceden, en algunas ocasiones en las que se añade al *petitum*, indemnización por el daño psico-físico que se refleja en la necesidad de una asistencia médica y en el tratamiento psicológico y psiquiátrico como consecuencia «de conocer que no es el padre biológico del menor». Y para su valoración sí se ha llegado a admitir la aplicación del baremo fijado para los daños causados en accidentes de circulación, concediendo la cuantía correspondiente por días improductivos y no improductivos. Así se recoge en la SAP de Madrid de 24 de mayo de 2019 al resolver que: «*la pretensión debe prosperar pues el conocimiento de no ser el padre biológico de la menor le ha ocasionado los trastornos diagnosticados, tal y como declararon en la vista los médicos que le asisten, derivando directamente de la ocultación realizada (...)*» (FD 4.º). Y en la STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6849) que estimó prescrita la acción porque el recurrente solicitó indemnización por «*las secuelas psicofísicas*» y estas se probó que trajeron causa, no del momento posterior en que se dicta la sentencia de impugnación de la paternidad (y por tanto por la pérdida del vínculo paterno-filial), sino del engaño sobre la forma de concebir a las hijas y del hecho de que, tras el divorcio, por decisión de la madre, se fueran a vivir con el padre biológico, situación que le produjo una depresión.

De lo dicho se podría deducir que se está admitiendo por los tribunales que son indemnizables el daño a la integridad psíquica por el engaño al conocer la inexistencia de la paternidad; adquiriendo por tanto sustantividad propia respecto a la del daño moral que deriva de la pérdida o ruptura del vínculo paterno-filial. Si bien, lo que sería cuestionable a mi entender sería la aplicación del baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (aplicado como es sabido, analógicamente, a todo daño corporal) para determinar la cuantía indemnizatoria por el daño psico-físico por el conocimiento de no ser el padre, como llevaron a cabo las sentencias citadas anteriormente. Pues, a pesar de que las secuelas psico-físicas entren en el concepto de daño corporal al tenerse en cuenta en el baremo¹¹⁴, en

¹¹⁴ Se contempla dentro del apartado de perjuicio personal particular de la indemnización por secuelas (referido a la tabla 2. B que adjunta el anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, modificado por Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los

este caso a mi parecer estamos solamente ante un ataque a la integridad psíquica como derecho de la personalidad en su vertiente espiritual, sin existir una lesión, además, en su vertiente física o corporal (daño a la vida o integridad física) que siempre ha de existir para que se aplique el baremo).

Asimismo, y en el mismo sentido que la sentencias citadas de identificar el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad como el padecimiento derivado del engaño o del mero conocimiento de la inexistencia de la filiación, algunas voces doctrinales nos explican que la ocultación de la paternidad puede conllevar la indemnización porque vulnera otro interés diferente al de la ruptura del vínculo paterno-filial, cual el «*interés de conocer la verdadera filiación de sus supuestos hijos*» que sería, en realidad, correlativo a la obligación de la mujer de informar sobre la paternidad o de sus dudas que formaría parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad en su faceta de proyecto de vida familiar que incluye tener hijos propios y criarlos como propios. Esto es, la ocultación de la paternidad produciría la lesión al derecho al libre desarrollado de su personalidad al vulnerar su derecho a la libertad por privación de la decisión sobre su filiación no conocida hasta que se descubre la ausencia del vínculo biológico con el hijo¹¹⁵.

La ventaja de esta teoría a mi parecer, sería que la ocultación a la paternidad se podría subsumir como un caso de vulneración de un derecho fundamental como es la libertad y, por tanto, la indemnización se solicitaría al margen de la condición familiar y, por tanto, como persona afectada por la conducta culpable de otro; supuesto que, en teoría, admite el Tribunal Supremo en su STS de 2018 para ser indemnizado sobre la base del art. 1902 CC. No obstante, por otra parte, tendría como dificultad que dicho reconocimiento tendría también como problema que entraría en colisión con el derecho fundamental a la intimidad de la madre, y que existieran diferentes momentos de inicio de la prescripción de la acción de responsabilidad o *dies a quo* (un inicio lo marcaría el mero conocimiento con certeza de la inexistencia de la filiación y otro el de la sentencia de impugnación de la filiación), no favoreciendo a la seguridad jurídica.

Haciendo un paréntesis y solo a modo de apunte y de reflexión por ser un tema novedoso, se podría sostener que la ocultación de

daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación), en particular los artículos 107 a 110. En concreto, tras la reforma de 2015 se tienen en cuenta las secuelas psico-físicas, orgánicas y sensoriales, así como el perjuicio a la calidad de vida.

¹¹⁵ En este sentido, y para indagar en esta temática, vid. los trabajos de interés, entre otros, GARCÍA AMADO, 2017, pp. 87-119; y NEVADO CATALÁN, *InDret*, 4/2018, pp. 12-13, que incluso califica los casos como *wrongful fatherhood*, al establecer su similitud con los supuestos admitidos jurisprudenciales de *wrongful birth*.

la paternidad conlleva un daño moral indemnizable derivado también de la lesión al «proyecto de vida» de una persona; concepto que se elabora en torno a la idea de realización personal y tiene una entidad más objetiva que el daño moral por lesión psico-física. En este caso el padre putativo, tras dejar de serlo al conocer que la filiación que creía cierta no lo es a partir de la sentencia de impugnación, frustra un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución de ser padre, esto es, impide unas funciones parentales de trascendencia vital. Y esta lesión, a mi parecer, debería tenerse en cuenta a la hora de determinar la cuantía indemnizatoria ya que se ha producido un gran menoscabo al desarrollo personal de forma irreparable o de muy difícil reparación. El daño al proyecto vital, es cierto, que no ha sido citado por nuestra jurisprudencia y es ajeno a la doctrina española, pero de modo muy interesante ha tenido un respaldo por la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos humanos y, recientemente lo ha incorporado y positivizado el nuevo artículo 1738 del nuevo Código civil y Comercial de Argentina de 2014 (Ley 26.994) que, al regular el daño resarcible, obliga al causante del daño a indemnizar, entre otros conceptos, *el daño inferido al proyecto de vida de su víctima*, (al margen de la indemnización por daños a su salud psico-físico) en la medida que las lesiones causadas se hayan erigido en imposibilidades que obstan a alcanzar una forma de vida determinada, a la que su vocación la convocara a realizarla y a la que se sintiera llamada a ello¹¹⁶. Estimo que la noción jurídica sobre un perjuicio a un proyecto de vida es válida en tanto reconozca al hombre como ser espiritual y libre, como libertad que se proyecta, pues dentro de una concepción humanista del Derecho, el daño a la esencia de la persona debe adquirir un rango dentro del nuevo derecho de daños¹¹⁷; tema que desborda el objeto de estudio.

¹¹⁶ Vid. CURUTCHET, *Derechos En Acción*, 1(2), 2017, pp. 173-179 (vid. <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3188>).

¹¹⁷ Para profundizar en este concepto vid. FERNÁNDEZ SESSAGERO, 2006; y *Foro Jurídico*, pp. 77-104; ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, Año VII, núm. 4, abril, 2005; GARCÍA RAMÍREZ, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm.3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 342 y ss. quienes ponen de manifiesto que esta doctrina se ha desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos humanos, la cual advierte que ya el Preámbulo de la Declaración Americana de derechos humanos reza que: «*el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría*».

No obstante, hay que matizar que la doctrina de la reparación del daño por frustración del «proyecto de vida» de la persona se ha aplicado a supuestos distintos del caso en estudio, como el de amnistías, torturas, privación de la nacionalidad o de propiedades; negación arbitraria de ascensos; e incluso por «impedir desarrollarse integralmente por la actitud machista y celos excesivos del cónyuge» (Sentencia de la sala especializada de familia de la Corte Superior de Lima de 10 agosto de 2006).

En definitiva, tras todo lo expuesto estimo que la solución que favorecería la seguridad jurídica, así como la justicia, sería asumir el daño moral como el sufrimiento derivado de la pérdida del vínculo jurídico (y por tanto afectivo) declarada su extinción por sentencia firme. Y este sería el momento que marcaría el *dies a quo*, pero tanto el daño psico-físico derivado del conocimiento de no ser el padre, como el derivado de la frustración de su proyecto de vida deberían tenerse en cuenta para una mayor o menor cuantificación del daño, tal y como se verá en el epígrafe siguiente. Asimismo, respecto al deber de informar por parte de la madre, que dejamos apuntado para su posterior referencia cuando se trate el daño patrimonial, considero que aun no reconociendo dicho deber, continuaría siendo legítima la indemnización del daño moral que deriva de la ruptura del vínculo paterno-filial al atacar un interés digno de protección.

Finalmente, y llegado este punto se hace preciso abordar las cuestiones más polémicas de su *cuantificación* (5.2.2.2); su *prueba* (5.2.2.3); y su *calificación como daño continuado o permanente*, en relación al inicio de la prescripción de la acción o *dies a quo* (5.2.2.4).

5.2.2.2 EN TORNO A LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD

Respecto a la «*cuantificación del daño moral*», es sabido que es una de las cuestiones que hoy en día genera mayor controversia en el derecho español dada la tendencia en la última década a reconocer los Tribunales ampliamente su existencia¹¹⁸. Y la dificultad de valorar el daño moral no es un problema exclusivo de las víctimas que lo sufren y que reclaman una compensación por él, sino también de los jueces que han de decidir la compensación debida a la víctima; tratándose de un problema cuantitativo y no cualitativo, al que se enfrenten los jueces y tribunales de todos los sistemas legales. Es por ello que, como nos explica Gómez Ligüerre, en algunos sistemas legales la judicatura ha elaborado baremos orientativos, no vinculantes, que los jueces y tribunales pueden utilizar como guía para calcular la indemnización debida por un daño moral; y al no ser vinculante, tiene las ventajas de un sistema legal y carece de la mayor parte de sus inconvenientes. En definitiva, la certeza que da al juez la existencia de unos criterios orientadores reduce los

¹¹⁸ MARÍN GARCÍA/LÓPEZ RODRIGUEZ, *InDret*, 2/2010, p. 4.

costes del proceso, pues ahorra la prueba de la cuantía que indemniza los daños por los que se reclama la indemnización¹¹⁹.

En concreto, en orden a la valoración de la cuantía del daño moral en el supuesto en estudio según la mayoría de la doctrina se debería atender a una serie de criterios como: la gravedad de las secuelas físicas o psíquicas del demandante causadas por el descubrimiento de que no era el padre; el número de hijos extramatrimoniales; su edad; el tiempo que haya durado la convivencia con ellos. Incluso, se debería considerar como relevante otros dos criterios: la posibilidad de poder seguir manteniendo en el futuro una relación afectiva y personal con el que creía su hijo o hijos suyos, y la existencia o no de una relación de convivencia hasta la declaración formal de no paternidad¹²⁰; así como, quizás, el que sea o no la madre la que en un momento determinado ejercite la acción de impugnación de la filiación.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial reconoce que su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, de modo que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, las cuales coinciden en parte con las señas por la doctrina, normalmente los «años transcurridos desde el nacimiento de la menor hasta que se ha tenido conocimiento de la verdad» y la «entidad de la pérdida padecida por el actor». Son ilustrativas a este respecto, como jurisprudencia más actual, la SAP de Cantabria de 3 de marzo de 2016 (AC 2016, 799), que afirma que: «*la valoración del daño moral causado (a quién creía ser padre), y corroborado por los informes que confirman que el trastorno ansioso depresivo producido tras la ruptura del matrimonio se agravó con el conocimiento de la exclu-*

¹¹⁹ GÓMEZ LIGÜERRE, 2015, pp. 65-67 con referencia a GEISTFELD, Mike, «Placing a price on pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Torts Damages for Nonmonetary Injuries», *California Law Review*, vol. 83, núm3, 1995, p. 773-852. De igual modo recoge en su estudio una herramienta utilizada por varias jurisdicciones de los Estados Unidos de América, en orden a imponer límites legales máximos para indemnizar el daño moral y así contener el incremento de las indemnizaciones por dicho concepto en aquel país. Este instrumento tiene más sentido en este país en el que la indemnización es decidida por un jurado, conforme a las orientaciones dadas por un juez, pudiendo igualmente el jurado conceder daños punitivos si considera que la actuación del responsable fue especialmente descuidada [según información facilitada por la *American Tort Reform Association* (www.atra.org)]. No obstante, en opinión del autor es cierto que dicha medida es limitada pues nada impediría entonces a los jurados compensar en otras partidas la cantidad que el límite legal no les permite conceder en concepto de daño moral, e, incluso necesaria desde un doble punto de vista, pues la indemnización podría ser inferior al daño efectivamente causado a la víctima y, en teoría, el establecimiento de un límite cuantitativo previo a la determinación de la indemnización supone que el potencial causante del daño puede carecer de incentivos a evitar daños que le reportan un beneficio o una utilidad mayor a la indemnización máxima a la que se expone.

¹²⁰ Vid. por todos MURILLAS ESCUDERO, REDUR, 2015, p. 124. Y MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, p. 28.

sión de su paternidad), por recaer en bienes de difícil o imposible cuantificación, dado su carácter extrapatrimonial, obliga a su determinación ponderando todas las circunstancias concurrentes. Y tomando en consideración los hechos, claramente traumáticos, su impacto probado en el sujeto y las dificultades para ser asumidos, se estima adecuada la cantidad reconocida en la sentencia de instancia de treinta mil euros». Y de igual modo la SAP de Valencia de 13 de noviembre de 2014 (AC 2015, 228) que ante hechos parecidos también otorga treinta mil euros; lo cual contrasta con el hecho de que la SAP de Murcia de 30 de octubre de 2014 (JUR 2015, 54272) concediera solamente la cuantía de siete mil quinientos euros por el daño moral, cuando habían transcurrido veinte años antes de conocer el demandante que no era su padre. No obstante, lo relevante es que la concesión no sea arbitraria, esto es, esté fundada en criterios que razone el tribunal en orden a otorgar dicha cuantía¹²¹.

Por otra parte, tal y como se ha precisado anteriormente, el criterio de «la falta de relación entre padre e hijo hasta la declaración formal de no paternidad» se debería tener en cuenta para la cuantificación del daño moral, no existiendo al respecto uniformidad en las sentencias emanadas de las Audiencias provinciales, dado que existen sentencias que han negado indemnización al padre que ha accionado daños y perjuicios por ocultación de la paternidad sobre la base de estar probada la falta de relación entre el padre y el hijo hasta la declaración formal de no paternidad, como la SAP de Castellón de 10 de febrero de 2009 (AC 2009, 346) que rechazó la demanda planteada por un hombre condenado por delito de maltrato familiar y amenazas sobre el hijo putativo. Pero por el contrario la SAP de Alicante de 14 de julio de 2011 (AC 2011, 1537) concedió doce mil euros por los supuestos daños morales de un padre putativo que nunca llegó a convivir con la hija, e incluso cuando ésta fue declarada en desamparo y puesta al cuidado de la abuela paterna sin que el demandante llegara a tratarla ni a cuidarla nunca. Ahora bien, respecto al criterio de tener en cuenta «la posibilidad de continuar la relación afectiva personal con el hijo», a pesar de que algunas sentencias han equiparado la ruptura del vínculo paterno-filial con la muerte del hijo tal y como se ha apuntado en líneas anteriores, hay sentencias que de modo razonable han reducido la indemnización, estableciendo cuantías inferiores, por la escasa

¹²¹ Si bien, es obvio que, a pesar de invocarse la aplicación del Baremo para la valoración de los daños corporales, ésta no es posible, como lo constata la SAP de Alicante de 16 de enero de 2013 (JUR 2013, 150976) que, aunque afirma que la ocultación de la verdadera paternidad al marido genera daños morales, niega sea de aplicación el Baremo de tráfico y no se extiende la responsabilidad al padre biológico.

relación paterno-filial existente, ya sea por un rápido descubrimiento o por las circunstancias propias de la relación personal. Así se constata en las SSAP de Murcia de 18 de noviembre de 2009 (AC 2009, 60) por la difícil relación paterno-filial y ser el hijo mayor de edad; de Jaén de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015, 129380) y de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 340366) que revoca la sentencia de instancia que condenaba al pago de cien mil euros para reducirla a doce mil euros dado que el engaño no duró más de un año y desde el nacimiento existían sospechas sobre la paternidad. A este respecto, como bien apunta doctrina autorizada y comparto, «las consecuencias de la falsa paternidad no podrían distribuirse del mismo modo si quién promovió la impugnación fue el propio padre putativo, aunque esté en su derecho de impugnar una falsa paternidad, o si fueron otros como la madre, representante legal del hijo menor, el propio hijo tras acceder a la mayoría de edad o el padre biológico, quienes interpusieron la acción. (...) siendo en el segundo escenario más claro que el padre putativo hubiera deseado continuar con su vinculación tanto legal como afectiva sin poder evitar sin embargo la extinción de la primera ni los posibles cambios que ello provoque en la relación con su supuesto hijo»¹²².

Por otra parte, y desde el punto de vista adjetivo o formal, el Tribunal Supremo tiene declarado que la evaluación del daño es una cuestión de hecho y, por consiguiente, no susceptible de revisión en casación, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consista. A menos que el Tribunal de instancia haya infringido normas legales o criterios jurisprudenciales, sin que el daño moral constituya una excepción, ya sea en sede civil, penal o contencioso-administrativo. Esta doctrina casacional consolidada contribuye a las diversas respuestas en la jurisprudencia menor¹²³. De tal modo

¹²² MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de responsabilidad civil*, 2019, p. 29.

¹²³ PÉREZ GALLEGO, *Revista de Derecho Civil*, 2015, pp. 164-167, quien cita un repertorio de sentencias de la jurisprudencia menor que reflejan dicha disparidad. Entre las sentencias que cita, unas establecen como factores para rebajar o aumentar la cuantía el escaso tiempo de convivencia con el menor, y la convicción del progenitor de que el hijo no era suyo (SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007, de cien mil a doce mil euros), en otras se aumenta la cuantía dado el tiempo transcurrido de cuatro años de ocultación de la paternidad (SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007). Frente a otras en las que se concede solamente tres mil euros al no llegar a un año la ocultación y quizás por ser una pareja de hecho (SAP de Asturias 18 de mayo de 2012- JUR 2012/265689-), cuando en otras, a pesar de que el tiempo de ocultación no llega a un año, se concede una indemnización de treinta y cinco mil euros (SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008). En definitiva, el autor constata la mayor cuantía en los supuestos de daños familiares relativos a las relaciones paterno-filiales, en concreto por daño moral derivado por la privación de todo contacto con hijo menor de edad, como lo constata la STS de 30 de junio de 2009 que estableció la

que se predica la necesidad de crear un marco jurídico adecuado a los daños que se producen en la esfera del Derecho de familia, así como de elaborar las categorías jurídicas que otorguen la necesaria seguridad jurídica que debe presidir las relaciones personales¹²⁴; tal y como lo recoge la SAP de Cádiz de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014, 203955).

Por último, no es desdeñable que los jueces utilicen el concepto de daño moral como «comodín» en orden a incrementar de modo significativo su cuantía para indemnizar aquellos daños patrimoniales que por diferentes razones son difíciles de cuantificar. Esta aplicación se basa en sus contornos demasiado difusos¹²⁵ y en la dificultad y rechazo de la acción indemnizatoria por daños patrimoniales por ocultación de la paternidad, como el coste de los tratamientos psicológicos o médicos. En este sentido, el daño moral trata de compensar bienes cuya pérdida o deterioro son muy diversos, tales como la salud, la libertad, la tranquilidad de ánimo, el equilibrio psíquico, la honorabilidad sexual, etc.¹²⁶. Ahora bien, lo que la jurisprudencia no ha llegado es a dotar a dicha responsabilidad de una función punitiva, tan controvertida en nuestro derecho civil¹²⁷.

5.2.2.3 LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL: ¿PRESUNCIÓN DEL MISMO?

En lo que concierne a la «prueba del daño moral», es regla general según los términos del artículo 217 LEC que el daño moral habrá de ser, en lo posible, objeto de la debida probanza o demostración por parte del perjudicado. En tema de daños y como criterio general la carga de la prueba, en cuanto a su ocurrencia y cuantificación, incumbe siempre a la persona que pretende su resarcimiento; esto es, la existencia del daño y su cuantía habrán de demostrarse de forma indiscutible o indubitada por la persona que reclama la correspondiente responsabilidad y resarcimiento. Por tanto, y en principio, será justamente la víctima quien acredite a través normalmente de informes médicos y psicológicos, o por lo menos, exponga o exteriorice la realidad de todos estos conceptos que han

cuantía indemnizatoria en sesenta mil euros. Y también, NEVADO CATALÁN, *InDret*, 4/2018, pp. 24-26.

¹²⁴ GARCÍA DE LEONARDO, *Revista de Derecho de Familia*, 2010, núm. 47, p. 48.

¹²⁵ En este sentido, *vid.* FARNÓS AMORÓS, 2015, p. 555.

¹²⁶ *Vid.* Díez PICAZO, 2008, y GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2/2000, pp. 7-9.

¹²⁷ *Vid.* GÓMEZ POMAR, *InDret*, 1/2000, pp. 9-10, quien matiza que en la jurisprudencia española este uso sancionador es palmario en supuestos en los que la gravedad de los hechos y la repulsa social que merecen son los factores principales en la determinación del *quantum*, en concreto en el campo de las agresiones contra la libertad sexual, y en las intromisiones al honor y a la intimidad.

integrado el instituto: ese sufrimiento, ese dolor, esa zozobra, esa inquietud, esa desazón, esa ruptura de lazos afectivos, esa soledad, esa orfandad.

No obstante lo expuesto, son significativos los pronunciamientos judiciales que denotan cierta presunción del daño moral, como se ilustra por la SAP de Madrid de 9 de mayo de 2014 (AC 2014, 1397) al argüir que: «(...) *aun prescindiendo del mencionado informe pericial, es notorio que hechos como los descritos en la demanda implican de por sí un padecimiento moral para quien los sufre, que ve cómo la paternidad en la que creía es inexistente, lo que conlleva la existencia de una infidelidad de su esposa y la destrucción de su matrimonio, de modo que la actuación de la demandada al engañar a su marido consciente y premeditadamente sobre la paternidad de la hija que tuvo en mayo de 2011 ha causado al que era su marido daños morales que merecen ser indemnizados*». En otras palabras, el daño moral no suele ser objeto de prueba ni pericial ni testifical, sino que se funda en la presunción implícita de tratarse de sentimientos comunes a todas las personas, de modo que no es posible alegar su dificultad probatoria para mantener su supresión, *padecimiento psíquico sufrido por el esposo que puede quedar acreditado por la prueba pericial médica*¹²⁸. Al igual que las SSAP de León, 2.^a, de 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 59972), y de 30 de enero de 2007 (JUR 2007, 192431) al señalar que: «en cualquier caso, ni las pruebas practicadas ni las que hubieran podido llevarse a cabo en tal sentido, son necesarias para llegar a una conclusión que entendemos evidente, y es el dolor y el sufrimiento que con total seguridad se le ocasiona a cualquier persona en la situación de D. Raúl (FD 3.º)».

En esta línea y de modo contundente la SAP de Zaragoza de 31 de enero de 2013 (JUR 2013, 112359) limita los casos de presunción de daño moral a los casos de ocultación dolosa de la paternidad, encontrándonos ante un daño moral *ex re ipsa* o presunción derivada de la naturaleza de las cosas. En este supuesto, la mujer había hecho creer a su marido que los cuatro abortos primeros eran del actor, y éste descubrió el engaño cuando se le practicó a la menor una prueba médica para verificar si padecía o no la enferme-

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 9-11, quién afirma que en determinadas materias tales como en agresiones a la libertad sexual o la autoestima y reputación el Tribunal Supremo se muestra especialmente proclive a condenar el pago de indemnizaciones sin requerir constatación alguna de la realidad y alcance del daño. Esto es, sin exigir acreditación de un impacto psíquico e, incluso, deduciendo como hipótesis la que apunta a que las indemnizaciones por daño moral se aplican como sanción en los casos en que el daño patrimonial es típicamente bajo, pues la gravedad de estos hechos, así como la relevancia y repulsa social que merecen aparecen como los factores preponderantes en la fijación de la indemnización por daño moral.

dad de transmisión hereditaria del actor. Y ante el recurso fundado en que el demandante no probó daño moral alguno, el Tribunal resuelve que: «*el hecho en sí mismo, el mantenimiento continuado del estatus paterno-filial, que después cesa y actualmente parece que ha desaparecido en cuanto a los contactos entre padre e hija, determina que hay de estimarse que está ínsito el daño en la declaración de hechos, en la propia forma en que esto suceden, como que, sin mayores razonamientos, ha de estimarse que una situación así, necesariamente genera daño moral ex re ipsa conforme prevé en un supuesto precisamente de dolo la STS de 15 de junio de 2010, que ha de ser reparado por el agente que lo ocasionó*».

Por último, en este orden de cosas, es loable la propuesta de Código civil por la Asociación de profesores de derecho civil, al formular en el segundo párrafo del artículo 5192-2 que: «*en aquellos casos en los que la prueba de la valoración exacta del daño resulte excesivamente gravosa para el perjudicado, el Tribunal podrá estimarla de manera motivada*»¹²⁹.

5.2.2.4 RESPECTO AL INICIO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN O *DIES A QUO*: ¿DAÑOS CONTINUADOS O DAÑOS PERMANENTES?

i) Desde el plano de la teoría general de la prescripción de las acciones, dado el tenor de los artículos 1969 CC (que establece que los plazos de prescripción de las acciones en general comienzan contarse desde el día en que estos pudieron ejercitarse) y 1968.2 CC (que concreta el *dies a quo* del plazo en las acciones de responsabilidad extracontractual «desde que lo supo el agraviado»), nuestra jurisprudencia ha aclarado que la expresión del precepto 1968 CC se refiere al momento en que se han acabado de producir las consecuencias dañosas de la acción del causante. Es decir, hasta que no se consuman esas consecuencias dañosas no empieza a correr el plazo. Asimismo, y en orden por tanto a paliar el rigor de la brevedad del plazo de la acción de responsabilidad extracontractual así como de la inexistencia de mecanismos de suspensión del plazo de suspensión mientras dura la convivencia, la jurisprudencia también ha ido retrasando, en la medida de lo posible, el momento de inicio del cómputo del plazo, pero sin alargar el mismo, en aras del principio «*pro víctima*», cuyo fin es aplicar la justicia material¹³⁰.

¹²⁹ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018, p. 865. Disponible en http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf.

¹³⁰ Vid. RODRÍGUEZ GUTIÁN, *La Ley. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2011, p. 1356.

Antes de profundizar en el inicio del cómputo del plazo de la acción de daños y perjuicios que estamos analizando, es conveniente aludir al inicio del plazo de la acción de impugnación de la paternidad, relacionado con nuestro tema. Pues es sabido que el *dies a quo* ha sido aclarado por la reforma del artículo 136 por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que reza que: «si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento». Al respecto, la jurisprudencia adolece de la falta de una respuesta unánime sobre lo se debe considerar por «conocimiento de falta de paternidad». Más en concreto, aquélla ha interpretado el artículo 136 CC en el sentido de que el plazo de la acción de impugnación comienza en el momento en que el marido sepa o pudiera saber que no era el verdadero progenitor. De modo que la STS de 20 febrero de 2012 (RJ 2012, 4047) vincula el *dies a quo* a la existencia de un principio que pruebe la no paternidad biológica, considerando como tal el envío de diferentes mensajes por parte de la madre al exmarido en los que informaba de que él no era el padre, proponiéndole así que realizara la pertinente prueba de ADN¹³¹. A partir de ese momento se establece iniciado el plazo de caducidad de la acción de impugnación. Se afirma entonces que el *dies a quo* debe cifrarse no tanto en el conocimiento cuanto en la cognoscibilidad, de modo que entenderá caducada la acción si el marido se mantiene inactivo a pesar de haber sospechas y signos claros de la ausencia de paternidad.

Por el contrario, en el tema que tratamos relativo a la «indemnización derivada de la ocultación de la paternidad», las sentencias hacen referencia a tal asunto considerando en la mayoría de los casos que el *dies a quo* comienza en el momento en que la sentencia de impugnación de la paternidad adquiere firmeza. Y es doctrina del Tribunal Supremo, tal y como se refleja en la STS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152) que fija el *dies a quo* cuando se tienen conocimiento del hecho y siempre que la paternidad haya cesado en la forma legalmente establecida. Este criterio se ratifica por la STS de 13 de noviembre de 2018 (2018, 5158) que consideró que la acción no estaba prescrita, pues el plazo debe computarse desde que lo supo el agraviado, y ese momento se concreta cuando

¹³¹ Vid. DE LA IGLESIA MONGE, *RCDI*, núm. 760, 2017, p. 923 que establece que la demostración de la no paternidad del marido se rige por el artículo 767.2 LEC, el cual admite toda clase de pruebas, así aparte de las biológicas, que son las pruebas directas, pueden utilizarse las indirectas, como la impotencia del marido, la falta de convivencia con la esposa a pesar del matrimonio, o la ausencia del marido en el período de la concepción.

adquirió firmeza la sentencia en el procedimiento de filiación (fue el 9 de noviembre de 2010), y posterior inscripción registral. Instado acto de conciliación el 9 de noviembre de 2011, la prescripción se interrumpió hasta la celebración de dicho acto (13 de junio de 2012), por lo que al presentarse la demanda el 13 de junio de 2013, la acción ejercitada no estaba prescrita. En consecuencia, no se admite la pretensión del recurrente de remitir el *dies a quo* al conocimiento que tuvo de que el segundo de los hijos no era suyo con los resultados del estudio genético al que se sometió privadamente, momento en el que, a su juicio, nace la acción; debiéndose remitir al momento en que cesa la presunción de paternidad por sentencia de 9 de noviembre de 2010, y se practica la inscripción, dado que de otra forma la acción ejercitada sería inoperante (FD 2.º). Asimismo, lo aplica la jurisprudencia menor tal y como se refleja, entre otras, en las SSAP de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 59972) que estima el inicio del cómputo del plazo cuando la sentencia que estimó la impugnación de la paternidad sea firme; así como la de Murcia de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010, 60)¹³².

Tras lo expuesto puede concluirse, por un lado, la posibilidad de interrupción de la prescripción con la presentación de la demanda de conciliación, produciéndose el inicio del nuevo plazo de prescripción a partir de la celebración sin avenencia del acto de conciliación, acorde con el art. 1973 CC y 479 LEC. Si bien, el actual art. 143 LJV de 2015 al rezar que: «el plazo para la prescripción volverá a computarse desde que recaiga decreto del Secretario judicial o auto del Juez de Paz poniendo término al expediente» no marca el inicio necesariamente desde el acto de conciliación¹³³. Y, por otro lado, que el plazo de prescripción es de un año a contar desde la fecha en que la sentencia de impugnación de la paternidad deviene firme, no pudiendo considerarse que debería contarse como iniciado el plazo cuando el actor solo tuviera sospechas acerca de su falsa paternidad. E, incluso, una apreciación restrictiva de la prescripción como límite al ejercicio de los derechos subjetivos debe conducir a que sea, en realidad, la notificación de la resolución que declara firme la sentencia de impugnación de la filiación la que marque la fecha del cómputo, como indica la STS de 14 de julio de 2010 (RJA 2010, 5152). No obstante hay doctrina que, a mi parecer contrariando la seguridad jurídica, sobre la base de dife-

¹³² Que sitúa el inicio del cómputo con la firmeza de la sentencia añadiendo que: «en efecto, además de operar la presunción de paternidad del artículo 116 CC, Don Daniel también figuraba inscrito en el Registro civil como hijo de D. Héctor y tal inscripción, en tanto en cuanto no se dictara sentencia judicial que obligara a modificarla, constituía, conforme al artículo 2 LRC prueba de tal hecho, es decir de la paternidad de D. Héctor».

¹³³ MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, p. 14

rentes intereses lesionados por ocultación de la paternidad defiende diferentes *dies a quo* para reclamar la responsabilidad civil, sin exigir, cuando se lesiona la libertad del esposo por la imposición de una paternidad la firmeza de la sentencia de impugnación sino la obtención de los resultados de la prueba de paternidad o cuando se tiene la certeza de la ausencia de vínculo genético¹³⁴.

De tal modo que, en coherencia con el principio afirmado en el párrafo anterior, solamente en el supuesto de que se probara que el esposo que no resulta ser el padre conociera de modo inequívoco esta falsa paternidad, el plazo de prescripción sí se entendería comenzado¹³⁵. Esto es, si el tribunal tiene certeza que el marido conocía la falsa atribución de la paternidad durante el matrimonio no procederá la indemnización alguna por daño moral, pues al margen de que con su actitud pasiva consentía la situación, se plantearía la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad sin llegar el tribunal a conocer del fondo del asunto porque no se puede dejar la impugnación a su entera discrecionalidad. En este sentido, de modo loable a mi entender, la SAP de Pontevedra de 22 de septiembre de 2016 (JUR 2016, 227006), anuda el inicio del plazo a la «certeza de la no paternidad» y no a las meras sospechas de la misma, afirmando que aunque el marido abrigare serias sospechas sobre su paternidad ello no implica una certeza de su no paternidad, señalando textualmente: *«más aún cuando efectivamente conociera aquellas circunstancias, no puede sostenerse que aceptó tal situación y asumió voluntariamente la paternidad, cuando precisamente consta que, a principios del año 1993 dedujo demanda de impugnación de paternidad y ello con independencia de que aquella pretensión le fuera desestimada, atendiendo a la normativa vigente a la sazón, por caducidad de la acción. (...) No es sostenible afirmar que el demandante conocía, desde el principio y con total seguridad y certeza, que no era el progenitor biológico del hijo nacido en el matrimonio. Entre otras razones porque la única persona que podría proporcionarle tal conocimiento, no solamente no lo hizo, sino que mantuvo una posición contraria a la realidad (...)»*. Y por tanto sería criticable la sentencia recaída en SAP de Gerona de 19 de abril de 2018 (JUR 2018, 114596) pues en el caso en litigio el conocimiento de la falsa paternidad no fue incontestable dado que fue el propio hijo, mayor de edad, quién

¹³⁴ NEVADO CATALÁN, *InDret*, 4/2018, p. 36, quien explica que, aunque lo normal es que se realice una acumulación objetiva de acciones de rescancimiento e impugnación por considerarse que ésta tiene carácter prejudicial, a su parecer en este caso de daños por imposición de paternidad no debería condicionarse a la posterior impugnación de la misma.

¹³⁵ DE LA IGLESIA MONGE, *RCDI*, 2017, ob. cit. p. 927, y MURILLAS ESCUDERO, *REDUR*, 2015, p. 124.

hizo saber la no paternidad al falso padre, pudiendo no ser necesariamente cierta la información y, por tanto, no siendo concluyente el conocimiento¹³⁶.

En cualquier caso, frente a la unánime tesis de ser el *dies a quo* el día en que sea firme la sentencia de impugnación, nos encontramos con una STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6849), citada anteriormente, que niega para el recurrente dicho inicio, a mi parecer de modo injusto, cifrándolo, sin embargo, en el momento en el que las hijas se fueron a vivir con el padre biológico tras el divorcio. La razón señalada por la sentencia es que responde a la realidad y a los hechos probados que fue dicho momento (2006), y no el de la sentencia de impugnación de 18 de julio de 2007, en el que se acredita el impacto emocional y depresión en el que se sumió quién se creía ser el padre; esto es, el daño tiene su origen en el engaño sobre la forma de concebir a las hijas y en el hecho de que tras el divorcio y por decisión de la madre, las tres se fueron a vivir con el padre biológico. Esta última situación sumió al exmarido en una depresión de la que sí existe constancia en un informe emitido por el psicólogo (siendo la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción de la acción de daños precisamente la fecha del informe médico en el que se da el alta al demandante del «trastorno adaptativo con depresión prolongada, el 16 de octubre de 2006»). En concreto, y brevemente, en este caso el D. Matías formula demanda frente a su exmujer y el padre biológico reclamándoles una indemnización por los daños físicos y morales por él sufridos como consecuencia de la pérdida de dos hijas criadas como tales y concebidas por los demandantes ocultándole la realidad de la concepción y paternidad. Se solicita que les condene a pagar solidariamente la cantidad de 199.038, 36 euros. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda y condena a los demandados al pago conjunto y solidario de la semana de 117.130, 08 euros y, al ser ésta recurrida por ambos alegando la demandada prescripción de la acción, la Audiencia acoge dicha excepción y desestima el recurso plantado por el exmarido. Y contra dicha sentencia de apelación D. Matías interpone recurso de casación arguyendo que la acción no ha prescrito ya que el plazo de un año debe contarse desde la sentencia que resuelve el procedimiento de impugnación de la paternidad que declara que las hijas son extramatrimoniales de 18 de julio de 2007, habiéndose interpuesto la demanda cinco meses después, el 18 de diciembre de 2007.

¹³⁶ Criticada dicha sentencia, junto a la STS de 18 de junio de 2012, por YZQUIERDO TOLSADA, 2018, p. 415.

ii) A modo de postrera observación, y como defensa ante la brevedad del plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual y la inexistencia de mecanismos de suspensión del plazo mientras dura la convivencia¹³⁷, resulta interesante la calificación del daño derivado del incumplimiento del deber de fidelidad con ocultación negligente de la paternidad como daño permanente; precisando que, según la jurisprudencia, existe una diferencia entre los «daños continuados» y los «daños permanentes» que influye en el cómputo de la prescripción.

Los «daños continuados» son aquellos de producción sucesiva en los que el inicio del cómputo se pospone hasta la producción del resultado definitivo. Esto es, son continuados porque la causa del daño se mantiene en el tiempo, razón por la cual sigue produciéndose el daño y no comienza a correr el plazo de prescripción hasta que no cesa el hecho dañoso; aunque se permite que en aquellos supuestos en los que el daño se pueda fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados no se retrase el inicio del cómputo del plazo de prescripción, y tras cada etapa o daño diferenciado comience a correr el respectivo plazo de un año¹³⁸. A diferencia del anterior, el llamado «daño permanente» dice nuestro Alto Tribunal, es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del responsable del mismo, pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso el plazo para la prescripción de la acción comienza desde que lo supo el agraviado, desde que tuvo conocimiento real del mismo y por tanto pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable. De tal modo que en estos daños es el perjuicio mismo el que prevalece, pero no su causación, que puede ser única y, en consecuencia, desde que pueda valorarse el alcance definitivo del daño permanente comenzará a correr el plazo que podrá prescribir pese a mantenerse el daño o secuelas¹³⁹.

¹³⁷ RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, p. 72.

¹³⁸ Un ejemplo de daños continuados en el ámbito de las relaciones familiares lo encontramos en el STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5490) ya citada en este trabajo en la que se condena a la madre a indemnizar al padre el daño moral por la privación de la relación con su hijo al que trasladó ilícitamente a Estados Unidos. El TS finalmente niega que el *dies a quo* deba situarse en el momento del traslado sino en el momento de la extinción de la patria potestad dado que se está ante un daño continuado en el que la causa (la vulneración de los derechos de guarda y custodia al haberse atribuido al padre la custodia) se han vulnerado hasta el momento de la mayoría de edad del hijo. En este momento se puede conocer el alcance definitivo del daño y comienza a correr el plazo de prescripción.

¹³⁹ Según NEVADA CATALÁN, *InDret*, 4/2018, p. 37, en el caso de ocultación de la paternidad con daño por la pérdida de la relación del menor es un daño permanente y no continuado porque a partir del pronunciamiento judicial la voluntad de la madre de impedir el contacto con el menor o, en su caso, limitarlo al régimen de visitas como allegado, estaría jurídicamente amparado.

Parece, por tanto, que la clave para diferenciar ambos tipos de daños y por tanto conocer con seguridad cuándo se inicia el cómputo del plazo de prescripción de la acción en cada caso, va a depender de cuál sea el conocimiento que el perjudicado tenga sobre el alcance real y final del daño; siendo fundamental a tales efectos la prueba a practicar sobre tal extremo¹⁴⁰.

Esta cuestión jurídica fue invocada por el recurrente en casación y resuelta por la STS de 14 de julio de 2010 (JUR 2010, 5152), dada la gravedad de los daños morales probados en la sentencia, entre otros, afección psíquica requiriendo asistencia ambulatoria por cuadro de amnesia global transitoria¹⁴¹. En este caso los hechos, de modo sucinto, se basan en que el demandante y demandada contraen matrimonio en junio de 1983, siendo inscrita en el Registro civil la hija de ambos nacida el 22 de febrero de 1984. Ambas partes siguen un procedimiento de separación confirmado por sentencia de la AP en 2001, y a instancias de la mujer se sigue en procedimiento de impugnación de la filiación de la paternidad terminando por sentencia de 2003 que declara que Beatriz es hija biológica de una persona distinta al demandante. En el mismo año el demandante interpone demanda de divorcio, solicitando la custodia del otro hijo en común del matrimonio y la extinción de la pensión de alimentos respecto a quien no era hija suya. Y el 17 de noviembre de 2005 presenta una demanda de responsabilidad extracontractual frente a su exmujer, por la que reclama una indemnización por daño patrimonial y enriquecimiento injusto por haber criado, educado y alimentado a una hija no siendo suya, así como por el daño moral derivado tanto de la pérdida de su hija, como de las secuelas psicológicas producidas por la separación matrimonial y del deterioro de su fama y honor como consecuencia del conocimiento de la infidelidad de su exmujer. El JPI desestima la demanda, argumentando que la acción del artículo 1902 CC ha prescrito, e interpuesto recurso de apelación entendiéndose que ha sido causado un daño continuado, que comienza con el proceso de separación conyugal iniciado por la esposa en el año 2001 y que continúa con el procedimiento de impugnación de filiación y sus consecuencias en 2003, que conducen a que en noviembre de 2005 se le declare un grado de discapacidad del 65%, a que se le ingrese en enero de 2006 en un hospital y a que se declare su incapacidad total

¹⁴⁰ LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA (Legal Today, 27 de julio de 2016, p. 1).

¹⁴¹ En concreto, daños físicos con intervención quirúrgica por el síncope cardiogénico que sufrió, reconocimiento en un grado de discapacidad del 65% en un primer momento y total al final; secuelas psicológicas ingresando en un centro hospitalario presentado un cuadro de amnesia global transitoria y afección psíquica requiriendo asistencia ambulatoria desde la interposición de la demanda de divorcio.

para la profesión habitual en mayo de 2006. Por ello se alega que la fecha a tener cuenta es en septiembre de 2005 que es el momento en que se conocen de modo definitivo las secuelas producidas, a raíz del informe médico que diagnostica la dolencia cardiaca. De modo que la Audiencia Provincial a pesar de admitir estar ante un daño continuado afirma que los distintos conceptos por los que reclama indemnización se basan en unos hechos perfectamente diferenciados y concretados en el tiempo, pues en cuanto al daño patrimonial y el daño moral derivado de la pérdida de la hija y del honor la acción ha prescrito pasado un año desde la notificación de la sentencia de impugnación de filiación, así como el daño derivado de la separación matrimonial ha prescrito al pasar más de un año desde la fecha de la sentencia de separación. Si bien, ante el recurso del demandante, el Tribunal Supremo niega estar ante un daño continuado sino permanente.

En concreto, en la sentencia se pone de manifiesto y se prueba la ocultación negligente de la paternidad de uno de los dos hijos tenidos hasta entonces por matrimoniales. Y la misma, aun considerando prescrita la acción y desestimando dicho recurso, como pronunciamiento *obiter dictum*, acomete una extensa reflexión sobre el carácter continuado o no de los daños morales derivados de la averiguación por el padre de la auténtica paternidad biológica del hijo. El Tribunal nos explica que en estas situaciones suele ser frecuente un estadio previo a la separación o el divorcio que se remonta tiempo atrás, con episodios de crisis físicas y psíquicas generadas por las dudas y la malas relaciones entre los cónyuges, lo que podría dar lugar a la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de los daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada en el artículo 9.3 CE. Por ello, concluye el Tribunal que, *«frente al daño continuado, en caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr desde que lo supo el agraviado, como dispone el artículo 1968.1 CC, es decir, desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, excluyendo, por tanto, que los daños reclamados puedan presentarse como continuación o agravación de los daños hechos posteriores a la propia presentación de la demanda»*. Aplicando la teoría expuesta al caso en litigio, se concluye que la acción había prescrito dado que el *dies a quo* no se representa en la fecha del informe médico que habría constatado el empeoramiento del demandante y la producción del resultado definitivo (2005), sino el 27 de septiembre de 2003 en la

que se notificó la sentencia de impugnación de paternidad¹⁴². Pues el «*recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo de lo sucedido anteriormente, o incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, no justifica que se retrase el inicio del dies a quo, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente...*». Y en el mismo sentido la SAP Cádiz de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012, 353634). Dicho sufrimiento debería a mi parecer, no obstante, tenerse en cuenta al cuantificar el daño moral.

En definitiva, los pronunciamientos judiciales sobre ocultación de la paternidad niegan estar ante daños continuados, sino ante «*daños permanentes*» fijando el *dies a quo* en la fecha de la sentencia que niega que exista la relación paterno-filial. Si bien, me pregunto si pudiera plantearse una nueva pretensión indemnizatoria por parte del esposo a quién le han ocultado la paternidad, como *daño sobrevenido*. Este daño es admitido si se dan dos requisitos, que no fueran previsibles cuando se presentaran las anteriores reclamaciones, porque si lo fueran la acción está prescrita, y la imputación objetiva entre el hecho dañoso y los nuevos daños¹⁴³. Por ejemplo, cuando de modo sobrevenido y posterior a la sentencia que establezca la extinción de la relación paterno-filial se produce una agravación, como la declaración de una incapacidad total, o cualquier enfermedad en nexo causal con el hecho dañoso o extinción de la relación filial¹⁴⁴. En esta línea de aceptar los daños sobrevenidos, tanto para los daños continuados como los permanentes, que son los que nos atañen, parece pronunciarse la propuesta de modificación de Código civil español por la Asociación de profesores de Derecho civil en su artículo 5192-3, segundo párrafo que afirma: «*Cuando los daños tuviesen carácter continuado o permanente, la condena a la reparación de los ya producidos, no impedirá la formulación de ulteriores pretensiones en orden a la reparación de los que se hayan generado con posterioridad*»¹⁴⁵.

¹⁴² PÉREZ GALLEGO, *Revista de Derecho Civil*, 2015, pp. 157-158.

¹⁴³ Es sabido que la regla general es que, si el perjudicado ha sido indemnizado, éste carece de todo derecho posterior a la reclamación, pues tiene la sentencia en la que se le concede indemnización o la transacción entre el dañado y dañante tienen el carácter de cosa juzgada.

¹⁴⁴ Marcando las diferencias existentes, acerca de los daños sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria, *vid.* disposición adicional tercera, de la Ley 35/2015, de 23 de septiembre, de reforma del sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

¹⁴⁵ *Vid.* ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2018, p. 866. Disponible en http://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf.

5.2.3 La causalidad: la teoría de la imputación objetiva

En cuarto lugar, y como último presupuesto de la responsabilidad civil, se requiere el nexo causal entre la acción u omisión anti-jurídica y culpable y el daño; adoleciendo nuestra normativa de la falta de criterios legales para determinar cuándo una acción es causa de un daño desde el punto de vista jurídico. Es por ello que, siguiendo a Pantaleón Prieto¹⁴⁶, y la más reciente jurisprudencia, la teoría de la imputación objetiva ha venido a determinar si un concreto daño puede ser justamente, de modo total o parcial, puesto a cargo de quien se encuentra en relación de causalidad con el evento generador¹⁴⁷.

Esta imputación presupone, a su vez, el nexo material o mero antecedente causal físico desde la teoría de la equivalencia de las condiciones, como fórmula de la que parte el análisis del nexo causal. Por su parte, y una vez afirmado el nexo material, se ha de considerar la dimensión jurídica de la relación causal; y es por ello que la teoría de la imputación objetiva nació con la finalidad de superar las insuficiencias, sobre todo, de la doctrina de la «causalidad adecuada». La virtualidad de aquella se basa en que discrimina entre las causas del daño que son jurídicamente relevantes y las que no lo son a partir de la valoración del riesgo creado por cada una de ellas de que el daño se produjese. Incluso, dicha teoría se descompone en una serie de criterios, llamados criterios de imputación objetiva, que facilitan al intérprete la valoración de si, efectivamente, se cumplen respecto de cada causa del daño las condiciones abstractas que permiten considerarla causa jurídicamente relevante. En concreto, y sucintamente, los criterios que excluyen la imputación objetiva son el criterio del riesgo general de la vida, la prohibición del regreso, el criterio de incremento del riesgo, el criterio de la adecuación, y el criterio del fin de protección de una norma en que se fundamenta la responsabilidad. Por último, la prueba de dicho presupuesto como el resto, conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil, corresponde a la víctima.

En consecuencia, en el caso en estudio no habría problema en probar que la lesión al interés jurídico protegible del esposo al extinguirse la relación de filiación y el daño moral derivado de dicho cese se imputa objetivamente a la omisión antijurídica de

¹⁴⁶ Para un estudio de este presupuesto, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, 1990, pp. 1561-1593.

¹⁴⁷ *Vid.* ROCA TRÍAS/NAVARRO MICHEL, 2011, p. 177, quienes matizan que, en consecuencia, la imputación objetiva tiene acceso a casación al no ser una cuestión de puro hecho, y que la técnica de la imputación objetiva no evita la prueba por parte del perjudicado.

ocultar la paternidad. Más allá, estimo que no concurren los criterios típicos de exclusión de la imputación objetiva, al no encuadrarse en el «*riesgo permitido*» o «*riesgo general de la vida*» al no ser dicha ocultación la manifestación de un riesgo que cabría considerar como cotidiano o propio del normal desenvolvimiento de la vida social. Tampoco se subsumiría en el «*criterio de la causalidad alternativa hipotética del daño*» o «*del incremento del riesgo*» pues es difícil imaginar un supuesto en el que el daño por dicha ocultación se hubiera producido igualmente, con certeza prácticamente absoluta, de modo que dicha ocultación no sea causa del daño. Tampoco se subsumiría en la «*prohibición del regreso*» dado que en este caso habría que probar que dicha ocultación negligente aunque es causa deja de serlo desde que se verifique una intervención dolosa o gravemente negligente de un tercero en la causación de dicho daño. Por último, se excluye igualmente el *criterio fundamentador de protección de la norma jurídica vulnerada*, pues no estamos ante la vulneración de un reglamento o norma que no tenga por fin la protección del interés en estudio¹⁴⁸.

Si bien, lo que podría apuntarse en este apartado sería la aplicación de la concurrencia de causas en el supuesto en que se pudiera probar la contribución causal de la negligencia del padre al daño sufrido. En este caso se aplicaría la teoría jurisprudencial pacífica de la «reducción o moderación de la cuantía indemnizatoria», en proporción a la contribución causal. Por ejemplo, cuando el comportamiento del demandante no rompe el nexo de causalidad pero sí concurre a la producción del mismo o de su agravamiento, lo que deberá ser apreciado para reducir su cuantía.

Incluso, sobre la base de la teoría general de la responsabilidad civil, no ignoramos que el nexo causal puede quedar roto, por un lado, por un suceso de fuerza mayor, esto es, por un acontecimiento externo al ámbito de actuación del demandado. Los pronunciamientos judiciales en los que se exonere de responsabilidad por dicha causa son escasos, pero el que la conducta de un tercero impidiera u obstaculizara el actuar diligente de la madre se constató en la SAP de La Coruña de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2303) que exonera de responsabilidad civil a la madre por el hecho de que la hija, ya siendo mayor de edad, no quiso someterse a la prueba biológica para determinar la verdadera paternidad, especialmente por el grado de deterioro en las relaciones afectivas que mantenía con su padre. Por otro lado, la ruptura del nexo causal

¹⁴⁸ Para profundizar en el significado de los criterios de exclusión e la imputación objetiva, vid REGLERO CAMPOS, 2013, pp. 109-112; SALVADOR CODERCH/FERNÁNDEZ CRENDE, *InDret*, 1/2006, pp. 1-40; y XIOL RÍOS, *La Ley - Actualidad Civil*, 2, 2010, pp. 123-49.

puede traer causa en la conducta de la víctima con incidencia causal¹⁴⁹, por ejemplo, sobre la base del conocimiento por el demandante de la falta de paternidad del hijo. Así lo ilustran las SSAP de León de 23 de noviembre de 2012 (AC 2012, 1643), y de Castellón de 10 de febrero de 2009 (AC 2009, 346) en las que dicho conocimiento se basó en que el cónyuge había informado al demandante de las dudas al respecto, al haberse producido la concepción durante una crisis matrimonial con posterior reconciliación, eludiendo aquél la prueba de paternidad. Y quizás de los términos de la SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 anteriormente citada (AC 2004, 1994) se podría llegar a entender que la actitud del esposo podría ser una suerte de culpa de la víctima que funcionaría como excepción al resarcimiento del daño moral; al ser igualmente infiel y mantener una actitud tolerante, dado que no serían íntegramente reparados los daños en cuya causación ha intervenido la víctima, ni la cuantía debida por la agravación de daños producida por la desidia del dañado en reducir las consecuencias del perjuicio sufrido¹⁵⁰. Por último, se podría discutir la existencia del nexo causal cuando el daño proviene de otras circunstancias no indemnizables como el descubrimiento de la infidelidad o la ruptura de la pareja, lo cual es habitual en estas reclamaciones que se suelen plantear en un contexto de grave crisis familiar.

6. EL DAÑO PATRIMONIAL POR ALIMENTOS DERIVADO DE LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD: TESIS ACTUALES EN TORNO A LA «RESPONSABILIDAD CIVIL» VERSUS «COBRO DE LO INDEBIDO»

6.1 TESIS A FAVOR DE LA RESTITUCIÓN: EN BASE AL COBRO DE LO INDEBIDO

Hay un sector doctrinal que se posiciona sin ambages a favor de la restitución de los alimentos satisfechos en base al «cobro de

¹⁴⁹ DE VERDA BEAMONTE, *Revista Jurídica La Ley*, 2007, tomo 2, p. 123, que cita una sentencia ilustrativa del derecho italiano, aunque relativa al incumplimiento de un deber conyugal diferente a la fidelidad. En concreto, la sentencia de la Corte de Casación de Apelación de Pau, de 19 de octubre de 2010 que confirmó la sentencia recurrida, la cual había desestimado la pretensión resarcitoria del marido, afirmando que los múltiples reproches que le había dirigido su mujer se veían compensados con los que aquél, a su vez, le había hecho a ésta en el ámbito de la educación de los hijos, lo que evidencia en las partes litigantes una incapacidad recíproca para superar sus conflictos personales.

¹⁵⁰ *Vid.* GÓMEZ LIGÜERRE, 2015, p. 35. Y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, np. 56, p. 50.

lo indebido», negando la responsabilidad civil¹⁵¹, en esencia por ser más favorable a la víctima el mayor plazo de prescripción de aquella, cinco años frente al de ésta, un año¹⁵². Hay que precisar desde ahora que, además de dicho daño patrimonial por alimentos, se pueden señalar otros posibles daños patrimoniales a liquidar, como el coste de los medicamentos y tratamientos por daños a la salud física vinculados a la ruptura de la relación paterno-filial, de los gastos procesales del divorcio y de impugnación de la paternidad o de los profesionales para obtener la información; así como todos los demás de carácter análogo cuya indemnización podría tener otro fundamento. Se ha de matizar que el Tribunal Supremo ha tenido escasas ocasiones de pronunciarse sobre la partida de los gastos por la prueba de paternidad, pero en la última STS de 13 de noviembre de 2018 llegó a ratificar el pronunciamiento de las sentencias de instancias «en lo que no era la indemnización del daño moral y el patrimonial por devolución de alimentos (FD 5.º)», y en consecuencia manteniendo la petición del padre putativo del pago de la mitad de los gastos abonados para dicha prueba. Tal y como se ha pronunciado la jurisprudencia menor sobre la base de que la prueba de paternidad se entiende hecha en beneficio de ambos padres al resultar necesaria para conocer si existe vínculo biológico [SSAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675) y de 13 de junio de 2017 (JUR, 2017/221073)].

En cualquier caso, el argumento del cobro de lo indebido en orden a indemnizar el daño patrimonial se ha estimado por la jurisprudencia menor y es negada por el Tribunal Supremo, aunque de modo no pacífico, como se analizará en el siguiente epígrafe. En este sentido la SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 (AC 2008, 234675) admite que la madre tiene que restituir al exmarido los alimentos abonados tras haberse dictado la sentencia de separación, por importe de mil cincuenta euros mensuales, no admitiendo como restituibles las cantidades pagadas durante el matrimonio ya que ambos cónyuges tienen que contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales (artículo 1318 CC). En el mismo sentido, las SSAP de Barcelona de 22 de julio de 2005 (JUR 2006, 163268), de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 599707) y de Madrid de 17

¹⁵¹ Vid. PÉREZ GALLEGU, *Revista de Derecho civil*, 2015, p. 173; MURILLAS ESCUDERO, *REDUR*, 2015, p. 125; ÁLVAREZ OLALLA, *Aranzadi Civil*, núm. 9, 2011, p. 3; ROMERO COLOMA, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2016 (BIB 2016/736); PÉREZ CONESA, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2015, (BIB 2015/2592). Díez PICAZO, 2007, pp. 235-254; PANIZA FULLANA, *Revista Doctrinal Aranzadi-Civil-Mercantil*, núm. 11, vol. 2, 2015, pp. 153-165; y GARCÍA AMADO (Almacén del Derecho, 1 de octubre de 2015).

¹⁵² Por modificación del artículo 1964 por reforma de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero.

de diciembre de 2014 (JUR 2015, 50444), en las cuales se demanda a la madre, a la que una sentencia de separación o divorcio le atribuyó pensión de alimentos por el que se creía padre. Estos supuestos son anteriores a la reforma del plazo de prescripción de las acciones personales del artículo 1964 CC por reforma de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de tal modo que el plazo de la acción de reclamación de lo indebidamente pagado era de quince años, y no el actual de cinco años.

Más en concreto, existe unanimidad en entender que no puede prosperar la reclamación por lo pagado durante la convivencia porque existe el deber de contribuir a las cargas del matrimonio, y aunque el hijo fuese solo de uno de los cónyuges los gastos corren a cargo de la sociedad de gananciales ex art. 1362.1.ºII CC¹⁵³. En este sentido, la SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015, 129380) admitiendo teóricamente la acción del cobro de lo indebido en orden a la devolución de los alimentos pagados, y señalando su plazo de prescripción de cinco años, rechazó su aplicación al caso en litigio porque la demanda se interpuso en el primer año de vida de la menor, y en ese momento la menor estaba registrada como hija del reclamante. De tal modo que, *«en tanto no se declara que el presunto padre ha resultado no serlo, la obligación de alimentos existe y no resulta de aplicación la institución del cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos son debidos. Se trata, en definitiva, de un pago realizado a su hijo con sustrato en una obligación legal»*.

En cualquier caso, las peculiaridades de la previsión legal del cobro de lo indebido ex artículo 1895 CC¹⁵⁴ exigen para que nazca de dicho cuasicontrato la obligación indemnizatoria que dicho pago se hubiera realizado por error, pues si el pago se hubiera realizado aún a sabiendas de que no era el padre biológico, no podrá repetir dicha cantidad, debiéndose considerar una liberalidad¹⁵⁵. En este sentido se pronuncia la SAP de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 59972), en la que se desestima la demanda contra la esposa dado que tanto el auto de medidas provisionales como de separación señalaron con cargo a ella una pensión alimenticia al habersele concedido la custodia al padre; pero se estima la acción por

¹⁵³ Incluso cuando los cónyuges han pactado régimen de separación de bienes, la Audiencia en la SAP de Valencia, 7.ª de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004, 1994) negó la responsabilidad por daños patrimoniales, pues se constata que la demandada carecía de ingresos o rentas por lo que, sin aplicar el art. 1362 CC se considera que la educación y alimentación de los hijos corría a cargo de la economía doméstica (vid. Nevado Catalán, *InDret*, 4/2018, p. 27).

¹⁵⁴ Recordemos que el artículo. 1895 CC reza: *«Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla»*.

¹⁵⁵ Vid., por todos, DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, 2015, pp. 306-307.

el cobro de lo indebido contra el padre biológico que durante casi nueve años se mantuvo al margen del cuidado de la menor. En la sentencia se afirma que: «*el error del solvens sobre el carácter indebido del pago es presupuesto del enriquecimiento, y su prueba corresponde al demandante. Sin embargo, a los efectos que aquí interesan, el error se presume, cuando se entrega la cosa que nunca se debió, o cosa que ya estaba pagada ex artículo 1901 CC*». Y en sentido parecido las SSAP de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 59972) y de Asturias de 18 de mayo de 2012 (JUR 2012, 190526).

En definitiva, tras todo lo que se ha dicho hasta ahora respecto a la reclamación de los alimentos debidos en base al pago de lo indebido, se ha de precisar que la figura del *accipiens* puede ser, bien el padre biológico, bien la madre, pudiendo dirigirse la acción a uno u otro, pero prestando atención a la situación matrimonial. Esto es, si el matrimonio seguía vigente habría que tener en cuenta que, en realidad, el que se ha estado lucrando injustamente es el verdadero padre biológico ya que durante todo el tiempo que duró el matrimonio no tuvo que abonar ninguna cantidad por alimentos hacia el hijo. En este supuesto el verdadero progenitor tendría que restituir las cantidades abonadas por los alimentos. En cambio, la madre sí podrá verse obligada a la devolución de lo obtenido tras la separación de hecho o la sentencia judicial de separación o divorcio que impone al padre una obligación de alimentos respecto de los hijos, pues en estas circunstancias existe un cobro de lo indebido por parte de la madre, al habersele entregado las pensiones indebidamente, lo que la obliga a restituir lo cobrado (artículo 1895 CC). Y en el supuesto de que se demande conjuntamente a la exmujer con el progenitor hay que precisar que no existe litisconsorcio pasivo necesario¹⁵⁶. Por último, las dificultades que existen de orden práctico para el éxito del ejercicio de la acción contra el padre biológico en orden a la devolución de los alimentos pagados se verán más detenidamente en el epígrafe 7.2.

6.2 JURISPRUDENCIA QUE FUNDAMENTA LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: EN TORNO A LA STS DE 24 DE ABRIL DE 2015 FRENTE A LA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018

Frente a la posición doctrinal y jurisprudencial expuesta, existen sentencias que admiten la demanda por daño patrimonial y

¹⁵⁶ FARNÓS AMORÓS, *Derecho privado y Constitución*, 2011, p. 49.

advierten que, a pesar de que en la mayoría de los casos resueltos por nuestra jurisprudencia el actor fundamenta la demanda alegando que se trata de un «cobro de lo indebido» ex artículo 1895 CC, no se trata del pago de una cantidad ajena a la existencia del título de quién la recibe. Y que, por tanto, la posición del actor resulta incongruente dado que únicamente exige la devolución de las cantidades abonadas en concepto de pensión de alimentos cuando, en realidad, la acción del pago de lo indebido debería extenderse también a otras cantidades satisfechas para educación, vestido, habitación. Y tanto con anterioridad a la crisis matrimonial como en un momento posterior, porque en ambos casos son debidas.

Así las cosas, las razones que apoyan la pertinencia de la acción de responsabilidad extracontractual ex art. 1902 CC en orden a la devolución de los alimentos pagados son tanto el acortamiento del plazo de prescripción como la limitación de la retroactividad a la fecha de la declaración judicial de impugnación de la filiación¹⁵⁷. En este sentido, y con anterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo del 2015, se había venido pronunciando una línea de la jurisprudencia menor en el sentido expuesto; entre otras, las SSAP de Baleares de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 279201), de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 340366), de Barcelona de 16 de enero de 2007 (JUR 2007, 178240), y de 31 de octubre de 2008 (AC 2009, 93); de Cuenca de 8 de abril de 2013 (JUR 2013, 184078); de Granada de 13 de junio de 2014 (AC 2014, 1628), y de Gerona de 19 de abril de 2018 (JUR 2018, 114596).

Y hemos de esperar a la STS de 24 de abril de 2015 (RJ 2015, 1915) para que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre el tema en el sentido de negar la posibilidad de reclamar estos alimentos por la vía del cobro de lo indebido, dado que por cuestiones procesales la STS de 22 de julio de 1999 (que admitió, a *sensu contrario*, basar la indemnización por daños derivados en la ocultación de la paternidad en la institución jurídica de la responsabilidad civil extracontractual) no se pronunció sobre el tema, pudiéndose presumir que hubiera basado su negativa a la indemnización en el mismo argumento por el que negó la del daño moral, esto es, la falta de dolo como requisito para que naciera la responsabilidad civil por ocultación de la paternidad. En concreto, en aquella sentencia se dirime la reclamación del hombre para que su exmujer le devuelva

¹⁵⁷ Siendo así las cosas que en bastantes ocasiones la desestimación de la demanda no se produce por no ser acorde a la pretensión dicho fundamento, sino por no apreciar conducta dolosa en la ocultación de la paternidad, como en la prescripción de la acción, tal y como señala la STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999, 5721), al igual que lo hacen las SSAP de Baleares de 20 de septiembre de 2006, Valencia de 5 de septiembre de 2007, y 2 de noviembre de 2011; de Barcelona de 16 de enero de 2007, y de Cuenca de 8 de abril de 2013.

lo que en concepto de alimentos para la hija él le ingresó entre el inicio del convenio regulador (2002) y el momento en el que fue firme la sentencia que declaraba la inexistencia de aquella relación de filiación (2009). Los antecedentes de hecho de la STS de 2015, bastante difundida en los medios sociales y jurídicos, tratan de un matrimonio que, tras considerar que su relación conyugal se había deteriorado después de dieciocho años de matrimonio, se separan, en 2003, y se divorcian al poco tiempo en el 2005. Conforme al convenio regulador, él debe pagar trescientos euros mensuales en concepto de alimentos para la hija común, que había nacido en 1990. Unos años más tarde, el hombre se somete a una prueba de paternidad y resulta que la hija no es hija biológica suya, por lo que impugna la paternidad y su demanda es estimada por sentencia de 2008 y confirmada en el 2009 por la Audiencia Provincial. Y finalmente la reclamación del daño patrimonial se fundamentó por el recurrente en el artículo 1895 CC, y *no en el artículo 1902 CC que es el que el Tribunal Supremo considera finalmente el fundamento adecuado*¹⁵⁸. Esto es, el Tribunal Supremo negó la vía del cobro de la indebito para la reclamación del daño patrimonial porque los alimentos son debidos hasta la sentencia que estime la acción de impugnación, y nada se puede reclamar. Si bien es cierto que la sentencia emite un voto particular firmado por los magistrados Salas Carceller y Orduña Moreno.

Es paradójico, sin embargo, que la reciente STS de 13 de noviembre de 2018 (JUR 2018, 31304), reproduciendo los argumentos de esta sentencia relativos al cobro de lo indebito, niegue la indemnización por daño patrimonial sobre la base del artículo 1902 CC que ejercitaron los demandantes (en su FD 3.º). De modo resumido los antecedentes de hecho de aquella sentencia se sintetizan en los siguientes: durante la vigencia del matrimonio nacieron tres hijos nacidos, respectivamente, en 1992, 1994 y 1997.

¹⁵⁸ En primera instancia, el Juzgado estimó la demanda en base a la acción de enriquecimiento injusto al concurrir los requisitos del artículo 1895 CC, pero reduciendo su importe debido a la falta de pago de tres mensualidades en 2003, en concreto a 17.852, 65 euros. La Audiencia la revocó y niega que, a tenor del mencionado artículo, tenga el reclamante derecho a la restitución del importe de los alimentos, en cuanto pago de lo indebito, situando más bien la relación jurídica en el ámbito del artículo 1902 CC, pues el pago de dichas pensiones es consecuencia de una resolución judicial y por tanto de obligado cumplimiento, existiendo así una justa causa para el pago; además de estar prescrita la acción. Recurre en casación el antiguo esposo y ya no padre y, en esta sentencia el Tribunal Supremo desestima el recurso.

Acerca del análisis de la sentencia, *vid.* PANIZA FULLANA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, vol. 2, 2015, pp. 153-165. Y, desde un análisis peculiar, GARCÍA AMADO (Almacén del derecho, 1 de octubre de 2015), quien con humor plantea que: «así que podríamos cantar aquello de que ni contigo ni sin ti tienen mis males remedio: nos dicen que al 1902 CC si apelamos el 1895, y que al 1895 si invocamos al 1902 C, y resulta que no vale ninguno».

En 2009 se decretó el divorcio con las medidas pertinentes, entre otras una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de setecientos euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Con anterioridad, en 2001 ambos cónyuges se habían separado por sentencia judicial en la que se aprobó un convenio regulador y se puso a cargo del padre, en concepto de alimentos a los tres hijos, el cuarenta por ciento de los haberes líquidos que pudiera percibir. Tras un proceso de filiación, en el que se declaró la no paternidad de don M. respecto del que había venido considerando como hijo suyo, d. M formuló una demanda frente a quien había sido su esposa, para reclamarle: a) 35.304,37 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, en virtud de sentencias, primero de separación y luego de divorcio; b) la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad, y c) 70.000 euros en concepto de daños morales, dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno, lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos.

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo en abril del 2015 sostiene dos razones para negar el recurso y rechazar la aplicación de la institución jurídica del cobro de lo indebido para la devolución de los alimentos frente a la madre (pues en esta ocasión sólo se reclamó frente a la madre, pero se presume que la misma solución debería predicarse si se ejercitara la acción del cobro de lo indebido frente al padre biológico) y defender la aplicación de la responsabilidad civil. Curiosamente, como analizaremos son las mismas razones que arguye el Tribunal Supremo en noviembre de 2018 para negar también la indemnización del daño patrimonial por la vía de la responsabilidad civil. En concreto, los argumentos son los siguientes:

i) No se cumplen los *requisitos del cobro de lo indebido* que son los de realizar un pago efectivo cuya intención es extinguir una deuda o el cumplimiento de un deber jurídico; que no exista ninguna obligación entre el que paga y el que recibe; y error por parte de quién paga. A lo dicho añade la jurisprudencia consolidada que los alimentos no tienen efectos retroactivos de suerte que no puede obligarse a devolver, ni las pensiones recibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida, como tampoco los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se manten-

gan¹⁵⁹. En otras palabras, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quién pagaba y quién se beneficia de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de filiación matrimonial. Es por ello que la acción formulada del «cobro de la indebido» es inviable pues la filiación según el artículo 112 CC produce sus efectos desde que tiene lugar, y su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos, y la ley no disponga lo contrario. Este efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación solo opera cuando éste sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario, como acontece en el de extinción de la adopción (artículo 180.3 CC), de declaración de nulidad del matrimonio (artículo 79 CC); o en el supuesto de fallecimiento del alimentante (artículo 148.3 CC). Y en el supuesto que nos ocupa no es posible dado el carácter consumible de los alimentos, que es doctrina pacífica de nuestra jurisprudencia tal y como señala la sentencia del Alto Tribunal de 18 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5948), conforme a la cual la extinción de la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad no puede tener efectos retroactivos desde la fecha de la demanda de modificación de medidas, sino desde el día siguiente de la notificación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Tal y como se ha apuntado anteriormente, el Tribunal Supremo en el 2018 recoge el fundamento para negar la indemnización del daño patrimonial en el interés superior del menor y de protección de la familia en los mismos términos que los expuestos en el párrafo anterior. Ahora bien, con la importante diferencia de negar, igualmente, que lo hubiera sido sobre la base de la responsabilidad civil. Nuestro Alto Tribunal razona que desde el momento en el que nace el niño constante la relación de matrimonio y se inscribe como tal en el registro civil por razón de la presunción de paternidad matrimonial ex arts. 113 y 116 del Código Civil (reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69) se aplican las normas de protección de la familia a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales, entre las que se encuentra el deber de alimentos. Y dichos alimentos se rigen, tal y como ya apuntó la STS de 24 de abril de 2015 por el principio de la no retroactividad (no devolución de los alimentos) que tiene su origen en una antigua sentencia de 18 de abril de 1913 «*de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto con-*

¹⁵⁹ Vid. PANIZA FULLANA, *Revista de Doctrinal Aranzadi-Civil-Mercantil*, núm. 11, vo. 2, 2015 p. 155.

sumidas en necesidades perentorias de la vida». En otras palabras, el derecho a los alimentos del hijo existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y, como consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, formarlo, representarlo y administrar sus bienes. En definitiva, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial. En este sentido se habían pronunciado sentencias provenientes de las Audiencias provinciales, tanto anteriores a la STS de 2018, como la SAP de Ciudad Real de 29 de febrero de 2012 (AC 2012, 359) de Cádiz de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014, 203955) como posteriores, como la interesante SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de marzo de 2019 (AC 2019, 956)¹⁶⁰.

En definitiva, de la doctrina del Tribunal Supremo se desprende que el principio del «real y superior interés del menor» sirve de contrapeso al que predica que las relaciones de paternidad tengan como base principal la realidad biológica. Esta idea se recoge también en la STS de 20 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 5948), aun-

¹⁶⁰ Esta sentencia tiene como antecedentes de hecho que el demandante, teniendo fundadas sospechas que sus hijos no eran biológicos, presentó demanda de impugnación de filiación, dictándose sentencia con fecha 18 de julio de 2016, declarando que no era el padre de ninguno de los tres hijos que hasta ese momento constaban como hijos suyos. Entretanto, la demandada interpuso querrela con fecha 31 de enero de 2013 por alzamiento de bienes contra el demandante por reclamación de alimentos para sus hijos, habiéndose señalado fecha para el juicio el día 9 de febrero de 2017, cuando ya se había dictado la sentencia de filiación la cual era firme y continuó con el procedimiento penal a pesar de ello. Y como consecuencia de todo lo anterior, se le causa al apelante un daño moral como fue su ingreso en prisión por tres meses, querrela por alzamiento de bienes y un perjuicio económico, consistente en la reclamación de alimentos de los hijos que resultaron no ser ninguno de él y los gastos ocasionados por la demanda de filiación, calculando el daño y el perjuicio ocasionado en la cantidad de 12.415 euros: 6.000 euros por los tres meses que estuvo en prisión; 4.300 euros por las pensiones de alimentos reclamadas por la demandada a no ser que en su contestación a la demanda renuncie a las que no hayan sido abonadas; y 2.115 euros por la demanda de impugnación de filiación. En su FD 4.º la Audiencia Provincial afirma respecto a la indemnización por la devolución de alimentos « (...) es cierto que en esta sentencia se resolvió con base en el artículo 1895 CC, de cobro de lo indebido, y que ahora la devolución se plantea al amparo del artículo 1902, configurando la indebida prestación alimenticia a un hijo, que luego se demostró que no era suyo, como un daño indemnizable, para trasladar sin más la reclamación a las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual, con legitimación activa de quien alimentó a ese hijo para que se le restituya lo abonado, y pasiva de quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de este hijo». Igualmente, sobre la base de la doctrina emanada del TS en sentencia de 13 de noviembre de 2018, también deniega la indemnización del daño moral derivado del ingreso en prisión, no lo pide por la ocultación de la paternidad, lo cual no está bien justificado en la sentencia.

que relativa a un supuesto de guarda y custodia de una niña, que afirma que: «(...) la inexactitud en la determinación de la paternidad no impide el derecho a tener contacto entre uno y otro cuando toda la prueba que se valora pone en evidencia la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares que existieron entre ambos. De forma que el interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, que no debe prevalecer, sino el que resulta de la valoración de los hechos desde la realidad de la vida familiar, pues, si bien es cierto que en el momento actual, dicho señor, no puede ser considerado progenitor respecto a la menor, también lo es que las circunstancias graves permiten atribuirle la custodia en la forma que resolvió la sentencia del Juzgado (a través de los arts. 103 y 158 CC, y 11.2 LO 1/96)»¹⁶¹.

Dicho argumento, no obstante, *fue refutado por el voto particular* mencionado al argüir que sí cabría el cobro de lo indebido pues lo que se está solicitando en la sentencia no es la «devolución de los alimentos», sino la devolución de las cantidades pagadas en concepto de alimentos, resaltando que tratándose de una hija extramatrimonial la obligación de alimentos corresponde solidariamente a los verdaderos progenitores. A lo dicho se une la probanza de que la mujer que cobró indebidamente esas cantidades, incumpliendo así la obligación de la patria potestad, actuó con el añadido de la mala fe y dolo por la ocultación de la paternidad pues convenció al marido para que se sometiera a un sufrido y costoso tratamiento de fertilidad para, acto seguido, tener las relaciones extramatrimoniales que dieron lugar al nacimiento de la hija. En este sentido, hay doctrina que critica este pronunciamiento, sobre la no retroactividad de los alimentos pagados por el marido en una ocultación de la paternidad, dado que se le quiere encontrar apoyo en la regla «*in praeterium no vivitur*» cuando no tiene nada que ver, como tampoco lo tiene el hecho de que se tenga derecho a los alimentos desde que se necesitan, pero los consumidos, consumidos quedan, y por parecida razón, no pueden pedirse los alimentos anteriores a la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial *ex art. 148 CC*. Sería una posible solución, quizás la recuperación de las cantidades satisfechas a partir de la fecha de interposición de la demanda, a semejanza de lo que sucede en el régimen común de alimentos entre parientes *ex art. 148 CC*¹⁶²; opción que no deja de

¹⁶¹ PÉREZ GALLEGO, *Revista de Derecho civil*, 2015, p. 170.

¹⁶² *Vid.* YZQUIERDO TOLSADA, 2019, pp. 416-417; y FARNOS AMORÓS, *InDret*, 4/2007, p. 15, y pp. 269-296. Y en el mismo sentido, ÁLVAREZ OLALLA (*Aranzadi Civil (revista doctrinal)*), núm.9, 2011, pp. 25-33) quien afirma que con esta doctrina el que se

ser discutible desde que dicho precepto no es aplicable a los alimentos para los hijos, pues el art. 112 CC prevé la retroactividad de los efectos de la filiación con excepción de que fuera incompatible con su naturaleza, de modo que la obligación de alimentar existiría y sería exigible a ambos progenitores desde el nacimiento del hijo¹⁶³.

ii) En segundo lugar, y respecto a la *retroactividad de los alimentos*, el Tribunal Supremo explica en la STS de 2015 que solo se reclama lo que pagó por sentencia tras la ruptura matrimonial, lo que en sí mismo resulta incongruente. Pues tan indebido sería lo invertido antes como después, dado que ambos cónyuges, aún divorciados, seguían comprometidos al pago de los alimentos por deber de la patria potestad. De igual modo, dicho *argumento es rehusado por el voto particular* en el sentido de que no se trata de la devolución de los alimentos que han sido consumidos, sino de la reclamación de lo indebidamente satisfecho por el demandante en tal concepto, no contra la alimentista, sino contra la persona que estaba obligada a prestar los alimentos y no lo hizo, beneficiándose económicamente de ello. Por su parte, negando el ejercicio de la acción del artículo 1895 CC se impide no solo el resarcimiento del daño frente a la madre, sino también frente al verdadero padre, en el que caso de que llegara a ser conocido. Y también se impide el alcance declarativo *ex tunc*, que acompaña o caracteriza el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación matrimonial, que necesariamente declara la ausencia del presupuesto causal de la filiación desde su inicial determinación, sin intervalos o espacios intermedios al respecto¹⁶⁴.

En definitiva, tras el debate expuesto sobre la posibilidad de la indemnización del daño patrimonial, al día de hoy nos encontramos con una tesis mayoritaria tradicional que afirma que no constituye daño patrimonial ni serán objeto de indemnización los alimentos a los hijos, ni por parte de la esposa que oculta la paternidad ni por el

enriquece injustamente es el padre biológico, no resultando el menor perjudicado porque esas cantidades ya han sido consumidas.

¹⁶³ SÁNCHEZ JORDÁN (*Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 42, 2017, pp. 329-346) matiza que la acción tendría el límite de 5 años que establece el art. 1966.1 CC, y no sería necesario acudir al art. 1158 CC porque siendo codeudores solidarios, si uno pagase la totalidad, luego tendría acción contra el otro deudor solidario por la parte que le hubiese correspondido asumir (art. 1145 CC).

¹⁶⁴ En definitiva, los dos magistrados que emiten el voto particular afirman que lo que en el fondo está en discusión es el modelo de Derecho de familia, pues: «el moderno Derecho de familia, referenciado en la Constitución española y las reformas realizadas, ha profundizado tanto en la responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge como en la distinción de sus respectivas responsabilidades de índole patrimonial; todo ello conforme al principio de igualdad jurídica que informa plenamente a los cónyuges tanto para contraer matrimonio como para desarrollar las relaciones familiares sin dispensa o pretexto alguno al respecto».

verdadero padre biológico, con independencia, advierten, de las posibles acciones que se deriven de la existencia de reconocimiento de deuda por parte de los causantes del daño. Se desestima la restitución de estos alimentos por considerar que la filiación produce efectos mientras rige, prevaleciendo siempre el «interés del menor» y que dicha obligación solo se extingue en el momento en el que una sentencia estimatoria de un proceso de impugnación deje sin efecto una filiación determinada¹⁶⁵. Así lo ratifica expresamente la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158) y la reciente SAP de Madrid de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019, 214532).

No obstante, la afirmación anterior, de los votos particulares expuestos y de la falta de jurisprudencia sobre este tema se desprende que la cuestión no llega a ser pacífica. Incluso hay una propuesta de interés que aboga por la aplicación por parte de los Tribunales de un método por el que no sólo tengan en cuenta el interés del menor sino la totalidad de las circunstancias, esto es, si ha existido o no engaño por parte de la madre, la falta o no de diligencia debida por parte del padre en orden a poder haber sabido antes de la demanda si no era el padre biológico y, por último, las consecuencias que la obligación de restituir los gastos alimenticios al progenitor tendría sobre el orden público, esto es, si incentivaría dicha solución a que los progenitores que tengan razones para dudar de su paternidad dejaran de pagar los alimentos ordenados por sentencia judicial¹⁶⁶.

7. A MODO DE RECAPITULACIÓN Y OPINIÓN PERSONAL

7.1 ACERCA DEL FUNDAMENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL, Y POSICIÓN CONTRARIA A LA APLICACIÓN DEL CUASICONTRATO DEL COBRO DE LO INDEBIDO Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL

A partir de todo lo expuesto, considero que el derecho a la indemnización por los alimentos pagados frente al verdadero progenitor si llegara a ser conocido no sería encuadrable de

¹⁶⁵ Vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, 2012, p. 47.

¹⁶⁶ Ref. EPSTEIN, A. S. «The parent trap: should a man be allowed to recoup child support payments if he discovers he is not the biological father of the child?», 42 Brandeis Law Journal, 2003-2004, pp. 669-670 (en RODRÍGUEZ GUITIÁN, *La Ley-Derecho de Familia*, 2015, np. 51, p. 14).

modo pacífico en el instituto jurídico de la «responsabilidad civil». La razón es que la obligación indemnizatoria en orden a indemnizar los daños causados por la extinción de la relación paterno-filial por ocultación de la paternidad con base en el artículo 1902 CC comprendería solamente las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales producidas a partir de dicha extinción, no antes, dado que la responsabilidad civil da respuesta a los daños que sean un *posterius*. Esto es, si la responsabilidad civil es una institución jurídica que repara el daño una vez causado, por tanto, en coherencia con la tesis que mantengo de que el daño moral se produce a partir de la sentencia de impugnación por la ruptura de la relación paterno-filial solamente las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales producidas a partir de dicha extinción, no antes, serían susceptibles de ser reparadas por la institución jurídica de la responsabilidad civil.

Es por ello que estimo que la acción jurídica para exigir la compensación por el daño moral sería, en su caso, la responsabilidad civil ex artículo 1902 CC, pero no lo sería en orden a reclamar el daño patrimonial, como se ha comentado. A excepción de las consecuencias dañosas patrimoniales que sean un *posterius* del ataque o lesión a un interés jurídico digno de protección, tales como los gastos del proceso de impugnación de la paternidad, y en su caso los del divorcio, o los gastos profesionales para obtener la información que dio lugar a dichos procesos, así como todos los demás de carácter análogo que se amparan en la indemnización del daño ilícito ex artículo 1902 CC.

Ahondando en la idea anterior, en primer lugar como reflexión respecto a la viabilidad de fundamentar el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad en la responsabilidad civil, además de los argumentos señalados a lo largo del trabajo, considero de interés traer el art. 4: 103 *PETL* (que según el Tribunal Supremo son fuente integradora) que consagra «*el deber de proteger a los demás de daños*», no sólo cuando se establezca así legalmente, *sino también si existe una especial relación entre las partes, o si la gravedad de daño por una parte y la facilidad de evitarlo por la otra indican la existencia del deber de proteger y además quién actúa crea y controla la situación de peligro*». Pues este precepto pudiera dar contenido al deber de la esposa en orden a evitar daños, y no como un deber absoluto, sino teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto; pues es cierto que el silencio de la madre puede venir motivado por proteger el interés de los hijos y por la voluntad de preservar la paz familiar, siendo estas particula-

ridades las que han de analizar los jueces en el cumplimiento de su deber inexcusable de impartir justicia. Si bien, en muchas sentencias (y en concreto en las dos primeras conocidas por nuestro Tribunal Supremo en 1999) se constata que es la mujer la que impugna la paternidad de su marido y la que, igualmente, acciona el divorcio. En definitiva, no se puede resolver este tema arguyendo que estamos ante cuestiones morales en las que el Estado no debe tener injerencia, o que son daños que la víctima tiene el deber de soportar por estar amparado en el derecho absoluto de la madre a la intimidad; antes al contrario, se debe conocer del asunto dada la cláusula general que consagra el art. 1902 CC, pero teniendo presente todas las circunstancias, muchas veces procelosas del caso concreto y el contexto en el que se produce la ocultación. Y esto en orden, bien a eximir de responsabilidad en unos casos por existir causa justa, por ejemplo cuando existe un riesgo real de violencia por decir la verdad¹⁶⁷; o se interponen las acciones de modo oportunista al probar que no se había ejercitado la acción cuando la relación con la madre funcionaba y teniendo la misma la intención de desentenderse de sus obligaciones para con quién se tuvo un hijo (SAP de Valencia de 16 de octubre de 2017 –AC 2018, 1076–). O bien, de afirmar la responsabilidad en otros casos, pero no negarlos *a priori* y de modo absoluto. Incluso, como acontece a nivel de otras ramas del derecho civil, las intenciones de la parte pueden tenerse en cuenta a veces por el ordenamiento jurídico para declarar o no con causa ilícita un contrato, o para declarar abusivo el ejercicio legítimo de un derecho como se desprende de la teoría del abuso del derecho ex art. 7 CC, que no sólo tiene una vertiente subjetiva sino también objetiva.

Y, en segundo lugar, respecto a la devolución de los alimentos debidos, no estimo aplicable el cuasicontrato del «cobro de lo indebido» (o «pago de lo indebido» según el derecho histórico)¹⁶⁸ en

¹⁶⁷ De modo desacertado, la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 16 de octubre de 2009 (JUR 2010, 79320) rechazó las alegaciones referentes al temor o miedo a la reacción del marido porque «no está acreditado como tan intenso e insuficiente que no le permitiera actuar desde un principio como lo hizo con posterioridad, ejerciendo su derecho a separarse y a que se reconociera la verdadera paternidad».

¹⁶⁸ *Vid.* ALVAREZ CAPEROCHIPI, 2000, p. 220, quien explica que el cambio de terminología no es baladí, y tiene su causa en que el Código español, siguiendo el Código de Napoleón, abandona la noción contractualista del pago de Savigny que considera a éste como un contrato. Por el contrario, lo enfoca desde la perspectiva del *accipiens*, concibiéndolo como un acto debido, aunque aquél sea indebido, por ejemplo, por error en la persona o en la causa, o por haber otro acreedor preferente. Además, exime del deber de restituir si en el patrimonio del *accipiens* no persiste provecho alguno en el momento de la demanda. Tal es el enfoque que se acuña por el Tribunal Supremo español, de modo que el *accipiens* tiene derecho a retener si se paga por una deuda válida y existente, aunque se entregue la cantidad por otra causa, de modo que para que haya error en el pago no debe haber causa para retener (arts. 1900 y 1901 CC). De tal modo que el *accipiens* no tiene que devolver la

orden a indemnizar el daño patrimonial por ocultación de la paternidad, al no cumplirse los presupuestos de dicha institución jurídica (considerando al *accipiens* no al menor de edad, sino a la madre y al verdadero progenitor). Estos son, como se ha apuntado en líneas anteriores, realizar un pago efectivo cuya intención es extinguir una deuda o el cumplimiento de un deber jurídico; que no exista ninguna obligación entre el que paga y el que recibe; y error por parte de quién paga. Dado que no se cumple el segundo requisito, sentado que quién pagó lo hizo en base, bien a una deuda existente en el momento del pago, en el supuesto de que el deber de alimentos derive de una sentencia de disolución del matrimonio sin extinción aún de la relación paterno-filial (pues mientras existe el derecho de alimentos del hijo frente al padre putativo existe asimismo legitimación legal de la madre para el cobro de las cantidades reclamadas)¹⁶⁹; bien a una deuda legal fundamentada en una relación jurídica de filiación antes de la extinción de la misma.

En este sentido, y en orden a superar las críticas vertidas, se podría sostener, *de lege ferenda*, que las reglas de la restitución se extendieran al caso en que el pago de lo indebido pierda su causa «por el efecto de la anulación de una resolución»; pues estaríamos ante un pago, es cierto, no indebido, pero sí sin causa. En una primera aproximación podría subsumirse nuestro caso en debate en dicho supuesto pues por el hecho de una resolución judicial de extinción de la relación jurídica de filiación pierde su causa el pago de los alimentos a quién estimó como su hijo, tornando el pago como sin causa frente al verdadero progenitor¹⁷⁰. Pero es una cuestión que no

cantidad debidamente pagada por orden de un tercero si falla la relación de cobertura (por ejemplo, el que paga siguiendo una transferencia de un directivo cuyo poder se ha revocado válidamente) entre el tercero y el ordenante, siendo este supuesto muy corriente en la intermediación bancaria donde frecuentemente se producen pagos indebidos por error en la solvencia.

¹⁶⁹ Hay autores que niegan el ejercicio de la acción del cobro de lo indebido frente a la madre (en el sentido de lo afirmado por la STS 2015) pero de ahí no se deduce (como defiende el voto particular) que también se excluya esa posibilidad teórica (aunque con dificultades en la práctica) de reclamar esas pensiones al padre biológico en caso de que llegara a ser declarado padre legal, dado que el padre putativo no carece de acción para reclamar lo abonado a quién de hecho se ahorró lo que hubiera tenido que pagar de no haberlo pagado él (MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, p. 32).

¹⁷⁰ En realidad, esta tesis se mantuvo en el *Avant-Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, cuyo artículo 1331 reza que: «Hay lugar a la restitución cuando la deuda que justificaba el pago es anulada o resuelta luego, o por otra razón pierde su causa», resultando el pago no indebido pero sí sin causa, entrando ahí la justificación de la extensión analógica. Aunque, finalmente no se positivizara dicho precepto en la reforma del Código civil francés por la *Ordonnance n.º 2016-131, du 10 février* sobre la base de que dicha disposición ha sido contradicha por la mayoría de la doctrina francesa al salir del ámbito del cuasicontrato; siendo una extensión a los casos que corresponden a la materia de nulidades (*vid.* CATALA, *La Documentation française*, Doc,

convence, dado que dicha regulación saldría del ámbito del cuasi-contrato. Es por ello que propongo lo que apunto a continuación.

7.2 UNA VÍA ABIERTA AL PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, DIFERENTE AL COBRO DE LO INDEBIDO, EN ORDEN A LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL POR LOS ALIMENTOS PAGADOS. DIFICULTADES EN LA PRÁCTICA

Así las cosas, lo cierto es que la obligación indemnizatoria del pago de alimentos realizados con anterioridad a la extinción de la relación paterno-filial podría tener su fundamento legítimo de *lege data* en la teoría general del «enriquecimiento injusto» como principio general del derecho que tiene sus contornos precisos y forma una unidad con la gestión de negocios ajenos sin mandato y con el cobro de lo indebido. Así se pone de manifiesto de modo más explícito en el *Code civil* al que se le dedica, a diferencia del español, un capítulo independiente del resto de los cuasicontratos. En otras palabras, frente al daño causado sin derecho, nos encontramos un provecho recibido sin derecho, y en el seno de esta categoría genérica de los cuasicontratos vienen naturalmente a ordenarse las dos aplicaciones específicas de la tradición, la gestión de negocios ajenos sin mandato y el pago de lo indebido, pero también proveniente de la costumbre el principio general de que «nadie puede enriquecerse sin causa en detrimento de otro», producto de soluciones lógicas y de sentido común.

En concreto, la teoría general del enriquecimiento sin causa¹⁷¹, tal y como lo define, de modo muy pertinente, el artículo 1303 *Code civil* se basa en que, fuera de los casos de gestión de negocios ajenos sin mandato y del pago de lo indebido, quién se beneficia de un enriquecimiento injustificado en detrimento de otro debe, a favor de quién se ha empobrecido, una indemnización igual a la menor de los dos valores al que asciendan el enriquecimiento y el empobrecimiento. En este sentido, la teoría del enriquecimiento sin causa, diminutivo menos ambicioso y más razonable de la teoría amplia del enriquecimiento injusto, y técnicamente encuadrado por la subsidiariedad, emana de la enseñanza doctrinal y jurisprudencial.

fr. 2006, p. 139. Disponible en http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALA-SEPTEMBRE2005.pdf).

¹⁷¹ Vid. por todos el estudio profundo y actualizado de PARRA LUCÁN, 2014, pp. 847 y ss.; OROZCO MUÑOZ, 2015; GARCÍA RUBIO, 2017, pp. 239-282; VENDRELL CERVANTES, 2017; DEL OLMO GARCÍA, *Anuario de Derecho civil*, 1/2016, pp. 6-98; LACRUZ BERDEJO, *RCDI*, 1969, pp. 529 y ss.

dencial. Es de interés reseñar que, sobre la base de dicha subsidiariedad, en la reforma del Derecho de obligaciones francés por Ordenanza núm. 2016-131 de 10 de febrero de 2016, el artículo 1301-5 *Code civil* reenvíe al «enriquecimiento sin causa» las acciones del gestor que no responden exactamente a las condiciones de la gestión de negocios ajenos¹⁷².

Tras todo lo expuesto, considero más apropiado basar la obligación indemnizatoria del verdadero progenitor en la teoría general del enriquecimiento sin causa, cuyo plazo de prescripción deja de ser el expedito de un año. La diferencia, por tanto, entre la aplicación de la responsabilidad civil y el enriquecimiento sin causa se basa en que la pretensión de daños se asienta como regla general en la culpabilidad, no así la del enriquecimiento; en que aquélla se extiende al daño total y ésta al enriquecimiento; la de daños se asienta en un hecho ilícito, y la del enriquecimiento en un hecho lícito, como regla general; y el daño se puede producir por acción y omisión, y enriquecimiento solo positivamente por el desplazamiento del valor de un patrimonio a otro¹⁷³. Asimismo, es más coherente con la dinámica de los hechos el que cumpliendo el supuesto padre con sus deberes paterno-filiales se produzca un enriquecimiento sin causa en el verdadero progenitor que deja de pagar una deuda debida en base a la relación paterno-filial, y un empobrecimiento en aquél.

Inclusive, sobre la base de la subsidiariedad de dicho principio, se podría sustentar la aplicación del enriquecimiento injusto cuando se deja de cumplir exactamente las condiciones del pago de lo indebido, que es lo que acontece en nuestro caso respecto del requisito de que no exista ninguna obligación entre quién pagó y quién recibe, pues en el momento del pago existía dicha obligación, nacida de la ley, o de resolución judicial. En consecuencia, la obligación indemnizatoria del verdadero padre, y/o a la madre sería la menor de las sumas a las que ascienda el empobrecimiento y el enriquecimiento. Es por ello que el único requisito para exigir la acción e enriquecimiento injusto sería, sin serlo la culpa o negligencia, probar que se haya producido el tránsito no justificado de un valor patrimonial desde un patrimonio a otro, que es lo que acontece en este caso.

De tal modo que paso a analizar la posibilidad de ejercitar la acción del enriquecimiento injusto tanto frente a la madre como

¹⁷² Vid. SAVAUZ, *Anuario de Derecho Civil*, 2016, fasc. III, np. 4, p. 717. El art 1301-5 *Code civil* reza que: «*Si l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais profite néanmoins au maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement injustifié*».

¹⁷³ Vid. DíEZ-PICAZO, 2007, p. 238.

frente al padre biológico. *i)* Respecto a la «acción de enriquecimiento contra la madre», es razonable afirmar con parte de la doctrina que la madre, como regla general, habrá cumplido sus obligaciones alimenticias, bien como contribución a las cargas familiares, en forma de trabajo doméstico o bien como aportación de recursos económicos, dado que el mantenimiento de los hijos forma parte de la contribución a las cargas familiares y sería difícil determinar en qué medida contribuyó cada uno a su manutención, siendo compleja la articulación del enriquecimiento injusto¹⁷⁴. Y, quizás, a pesar de que la cuantificación de la pretensión frente a la esposa fuera más sencilla en cuanto a la devolución de los alimentos decretados por resolución de separación o divorcio habría que probar que las cantidades cobradas las ha consumido en su propio beneficio y no en el del menor. Se podría sostener, igualmente, que no existe un enriquecimiento en la madre que sea correlativo al empobrecimiento del padre putativo sobre la base del argumento de que si no hubiera existido tal padre putativo, o a falta de recursos de éste, sobre la base del principio de proporcionalidad entre alimentos y capacidad económica del obligado a prestarlos, se habría reducido el alcance cuantitativo y cualitativo de los alimentos del hijo en la medida correspondiente a la reducción de la aportación del padre putativo. Y por lo tanto la madre no hubiera tenido que aportar más de lo que ya aportó¹⁷⁵. En todo caso, es lógico que en el supuesto de estar ante un caso de custodia compartida en la que la madre no tiene la custodia y es ella quien, tras la separación, debe pagar las pensiones alimenticias no cabría dicha acción de enriquecimiento contra la madre.

ii) Y en lo que concierne a la acción de enriquecimiento «frente al progenitor biológico» es sabido que se han formulado dos inconvenientes en su aplicación práctica que reflejan la complejidad de la articulación del reembolso de los alimentos prestados: por un lado, la falta del deber de información de la madre sobre su identidad dado que se vulneraría o entraría en colisión con el derecho fundamental a la intimidad de la madre¹⁷⁶. Y, por otro, la falta de legitimación activa del padre putativo para ejercitar la acción de reclamación de filiación frente al verdadero progenitor según nuestra normativa española de filiación (ni siquiera por la vía de la acumulación de acciones *ex art. 134 CC a sensu contrario*), dado que para ser obligado a pagar alimentos se requiere que exista el título legal que le imponga dicho pago, esto es, el padre

¹⁷⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2017, pp. 58-59, y MIQUEL-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, p. 32.

¹⁷⁵ MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, p. 33.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 17

biológico debe haber adquirido la condición legal de padre que es la que le obliga a prestar alimentos ex art. 110 CC.

Incluso, alguna voz doctrinal sostiene que la reclamación de alimentos al progenitor biológico adolece de falta de coherencia interna desde el momento en el que junto a ésta se reclame también una indemnización por daño moral por la privación de la relación con el menor. Pues mientras que la primera pretensión presupone la existencia de una relación y afecto que se desea mantener, en la segunda pretensión se podría intuir la voluntad del propio demandante de poner fin con carácter retroactivo a todos los efectos derivados de dicha relación, entre los que se incluyen los patrimoniales¹⁷⁷.

De igual modo que en el derecho español, la reclamación de los alimentos pagados frente el padre biológico adolece de la falta de consenso tanto en el Derecho angloamericano como en el de otros países de nuestro entorno europeo. Así cabe señalar que en algunos estados de USA las leyes expresamente prohíben la recuperación de los alimentos pagados por el padre putativo frente a la madre, incluso en una situación en la que la paternidad es impugnada, pues cuando la manutención del niño se paga en virtud de una sentencia válida y no revocada, aquél no puede presentar una reclamación para recuperarla como enriquecimiento injusto (*Miller v. Miller*, 956 P. 2d 887-Okla.1998)¹⁷⁸.

Y respecto a países de nuestro entorno, se admite en unos casos la acción de enriquecimiento injustificado del padre putativo y se rechaza en otros. Se debe reseñar, sin embargo, que el derecho alemán intentó dar respuesta a esta problemática completando una regulación especial de la acción de alimentos abonados por parte del supuesto padre, a través de la reforma del BGB por la *Kinderunterhaltsgezet* de 1998 (§ 1607 BGB) que reconoció el derecho del padre putativo en orden a recuperar los alimentos prestados al hijo hasta la firmeza de la sentencia declarando la verdadera filiación, incluyendo los costes procesales, las prestaciones *in natura* y los gastos del proceso de impugnación de la paternidad. Pero las dificultades vinieron, según Martín Casals, del hecho de que el Tribunal Constitucional alemán (VerfG de 24 de febrero de 2015) considerara que imputar a la madre el deber de informar sobre la identidad del padre biológico sobre la base del deber general de buena fe era una extralimitación judicial contraria a los derechos fundamentales de la madre. E, incluso, el proyecto de ley pre-

¹⁷⁷ NEVADA CATALÁN, *InDret*, 4/2018, p. 29.

¹⁷⁸ ROBERTS, *Family Law Quarterly*. Vol. 37, n.1, 2003, pp. 69.103, p. 69. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/25740410>.

sentado el 22 de agosto de 2016 (que finalmente no prosperó) encontraría la misma limitación de estar ante la vulneración del derecho fundamental de la madre a la intimidad. Este proyecto intentó ofrecer la cobertura legal que exigía el Tribunal Constitucional federal, proponiendo imponer a la madre el deber legal de revelar la identidad del padre biológico para que el padre putativo pudiese dirigir contra él la acción de reembolso de los alimentos y limitando la retroactividad total que permitía el derecho alemán a los dos años anteriores a la fecha de presentación de la demanda de impugnación de la paternidad y hasta la conclusión de dicho procedimiento. Estaríamos ante una especie de compensación por los gastos que ya no podría recuperar cuando perdiese su condición de padre legal sobre la base de evitar el enriquecimiento injusto, y no en la devolución de los alimentos pagados al hijo y consumidos por todo el tiempo en el que hubiera ejercido de padre sin tener conocimiento que no lo era.

Al hilo de todo lo expuesto, y a mi parecer, es posible el ejercicio de la acción de enriquecimiento al padre biológico. En primer lugar, el que existan inconvenientes prácticos no exime de la posibilidad teórica de poder interponer la acción cuando el padre biológico es conocido y se hubiera ejercitado una acción de impugnación y reclamación de paternidad por el padre biológico o por la madre en representación del hijo. Dichos presupuestos acontecen, por ejemplo, en las sentencias conocidas por nuestro Alto Tribunal, aunque lo dicho no conllevó la demanda contra el progenitor biológico, pero hubiera podido ser tanto en la STS de 22 de julio de 1999 en la que el propio hijo ejercita una acción de impugnación frente al padre putativo (y se puede presumir que reclama la paternidad del biológico dado que es conocido y accedió a la realización de prueba de investigación de paternidad con un resultado positivo). Como en la STS de 30 de julio de 1999 en la que es la propia madre (en representación de los dos hijos menores de edad respecto a los que se produjo ocultación de la paternidad) la que ejercita la acción de impugnación frente a su marido y se declara la paternidad del progenitor biológico. De tal modo que en ninguno de los supuestos se vulnera la intimidad de la madre, no existiendo tampoco el impedimento derivado de la falta de acción del padre putativo. E, incluso puede ocurrir, como en la interesante y ya citada SAP de Madrid de 24 de mayo de 2019, que sea el verdadero progenitor, también conocido, el que impugne la paternidad del padre putativo.

Y, en segundo lugar, al inconveniente práctico de la falta del deber de información de la madre sobre la identidad del padre bio-

lógico por conllevar una vulneración del derecho fundamental de la madre a la intimidad se le podría objetar su posible limitación o modulación al entrar en conflicto con otros intereses jurídicos dignos de protección. Pues no se puede obviar ni que el derecho de familia está integrado en su mayoría por normativa imperativa o de *ius cogens* lo que denota su conexión con cuestiones de orden público, a pesar de la progresiva autonomía del grupo familiar concedida por el Estado. Ni que en este supuesto no sólo están implicados dos partes sino que hay un tercero, el menor quien, como consecuencia de dicha ruptura, sufre un daño moral por una lesión en su integridad psíquica *ex art. 15 CE* por la ruptura de ese vínculo jurídico y también afectivo, al menos, con la normalidad vivida con anterioridad a la sentencia de impugnación. Incluso, se aduce la violación del derecho a conocer sus orígenes biológicos como derecho fundamental para el desarrollo de la identidad del menor¹⁷⁹, el cual tiene a mi parecer mayor jerarquía que el de la intimidad de la madre. Y no creo que sea objetable a la existencia de dicho daño moral del menor por pérdida del vínculo legal de filiación el que la disociación entre la filiación legal y genética sea una circunstancia que entra dentro de la normalidad familiar actual y que legalmente se admite, por ejemplo, en la reproducción asistida con gametos de donante, en las adopciones o en los reconocimientos de complacencia; ni tampoco el no exista en España el deber de indemnizar de quien realiza un reconocimiento de paternidad por complacencia y posteriormente lo impugna, como sí acontece en Francia aplicando el art. 1240 *Code civil*¹⁸⁰. Este tema, en todo caso, de la posible reclamación del menor de edad desborda el objeto del presente trabajo.

En conclusión, tras todo lo expuesto, no considero que aplicar, bien la normativa del derecho de daños para indemnizar el daño moral en los supuestos debidos, teniendo en cuenta según se ha expuesto las circunstancias del caso concreto; bien la institución jurídica del enriquecimiento injusto para la devolución de los alimentos pagados frente al verdadero padre o frente a la madre, dependiendo de la situación concreta, sea utilizar dicha normativa

¹⁷⁹ RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2017, np. 11, p. 957, que cita la STEDH Backlund v. Finlandia de 6 de julio de 2010 (TEDH 2010, 81).

¹⁸⁰ NEVADO CATALÁN, *InDret*, 4/2018, pp. 33-34 quien nos explica que de la misma manera que el derecho francés ampara el deber de indemnización del padre que realiza un reconocimiento de complacencia y posteriormente lo impugna (*reconnaissance mensongère*), admite la posibilidad de demandar a la madre que permite que se establezca legalmente una filiación paterna y luego la impugna, citando la sentencia CA Nancy, 3e ch, de 26 de febrero de 2007 (N.º05/035), que aplicando el art. 1382 *Code civil* (ahora el art. 1240) condenó a una madre a indemnizar con diez mil euros a su hija de diecisiete años por haber impugnado la filiación paterna, evitando así que sus hermanas compartiesen con ella la herencia que le habría correspondido.

de modo descontextualizado y de modo supuestamente neutral. Entiendo que, como ya apuntaron nuestro codificadores, toda institución jurídica, y en concreto la de la responsabilidad civil extracontractual se creó, con un potencial de desarrollo o de flexibilidad para adaptarse a las nuevas y siempre inmanentes necesidades humanas¹⁸¹. Y en palabras de García Cantero, los artículos 1902 a 1910 CC siguen siendo normas jurídicas eficaces para la consecución de un orden justo y de una convivencia pacífica en la sociedad actual¹⁸². En definitiva, será el juez el que deberá ponderar todos los intereses en conflicto y las circunstancias del caso concreto para dar una respuesta u otra, como se ha ido justificando a lo largo del trabajo; lo contrario sería asumir una parcela del Derecho, la de familia, aislada del resto.

En cualquier cosa, lo dicho es sin perjuicio de la imperiosa necesidad de una regulación de *lege ferende* en sede de familia de estas acciones acomodándola a los principios del Derecho de familia. Pues «*este tipo de problemas impone reformas de gran envergadura en el propio derecho de familia que es la verdadera sedes materiae pues es ahí donde, en cada momento histórico, se ponderan los derechos y deberes de los miembros de la familia según los valores predominantes en la sociedad*»¹⁸³

En este sentido, se podrían regular, entre otras cuestiones, bien el criterio de imputación en el dolo o la culpa grave respecto a la responsabilidad civil por daño moral, o bien el plazo máximo de retroacción para pedir devolución de alimentos sobre la base de la acción del enriquecimiento injusto, dada la inviabilidad de la devolución de los alimentos consumidos por el hijo durante todo el tiempo en el que el padre putativo hubiera ejercido como padre, tal y como se ha justificado en el trabajo. Incluso, estimo de interés regular un procedimiento para que sin alterar el estado civil del hijo (con independencia de los procesos de impug-

¹⁸¹ Discurso del diputado RODRÍGUEZ SAN PEDRO, «Enmiendas y Adiciones al Código Civil publicado por el Gobierno. 1888-1889. Congreso de los Diputados. Debates. Sesión del 16 de abril de 1889 (núm.96)», en *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889*, vol. II, ed., CCGG, Senado, Madrid, 1989, p. 1783, cuyas palabras, aunque con ocasión del debate sobre el instituto jurídico de la prenda, aludían a aspectos más generales de toda institución jurídica en los términos siguientes: «De modo que ha justificado aquello que se verifica en el derecho de una manera constante, que es, crear una institución normal, y que por ficción legal se refieren a la que les sirve de tipo, y como ella se desenvuelven y desarrollan. (...), por virtud de la elasticidad de todas las instituciones jurídicas, se acomodan a las distintas necesidades de las relaciones humanas».

¹⁸² GARCÍA CANTERO, 1989, p. 879. Los artículos 1902 y 1903 CC, con la perspectiva que da un siglo de aplicación, se han comportado como flexibles instrumentos de aplicación de la justicia al caso concreto, y han servido de válido punto de partida de una legislación especial de carácter complementario y una sólida apoyatura para una encomiable jurisprudencia creadora.

¹⁸³ MARTÍN-CASALS, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, pp. 37.

nación de paternidad) y a los solos efectos del ejercicio de la acción de reembolso de alimentos, permitiera demandar al padre biológico identificado por la madre o conocido a través de otros indicios, tal y como lo ha regulado Alemania al incorporar en su normativa de derecho de familia el proyecto de ley de reforma legal, promovida por el Gobierno alemán el 26 de marzo de 2008¹⁸⁴. En este caso, no habría violación del derecho fundamental a la intimidad de la madre y existiría la posibilidad del ejercicio de la acción del enriquecimiento injusto frente al progenitor biológico sin tener que tener la condición legal de padre. En definitiva, estas propuestas de reforma, meramente apuntadas, necesitarían para su adecuado tratamiento ser objeto de otro estudio más en profundidad en el futuro.

7.3 ¿IRREPETIBILIDAD DE LO PAGADO POR CUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN NATURAL?

Una vez expuesto que el fundamento del daño moral por ocultación de la paternidad reside en la responsabilidad extracontractual, y el del daño patrimonial por alimentos debidos en el principio del enriquecimiento sin causa, y en orden a superar las dificultades de la aplicación de ambos fundamentos, me cuestiono si pudiera ser irrepetible dicho pago sobre la base del cumplimiento de una obligación natural. Entendiendo, en su caso, que el padre pagara teniendo ciertas dudas de su paternidad y lo hiciera en base a razones morales y éticas, fundamento de la obligación natural según una interpretación extensiva aceptada por la doctrina en la que la aquélla es un deber moral cuya ejecución voluntaria impide toda repetición¹⁸⁵. Es cierto que si tuviera dudas fundadas y razonadas empezaría a correr desde dicho momento el plazo de prescripción de la acción de impugnación de la paternidad y, por tanto, también precluiría la posibilidad de solicitar el daño patrimonial. No obstante, cuando las dudas no son lo suficientemente ciertas o razonables podría plantearse la utilidad de la técnica de la obligación natural.

Se sustenta que la obligación natural es un antídoto posible a las derivas contemporáneas pues, a pesar de que el aumento del individualismo y del relativismo moral podrían poner en tela de

¹⁸⁴ Vid. LAMARCA MARQUÉS, *InDret*, 3/2008 para profundizar en la «ley alemana para clarificar la paternidad independientemente de los procesos de impugnación»

¹⁸⁵ Acerca de la obligación natural según la doctrina española, *vid.* como referencia clásica, VÁZQUEZ BOTE, *RCDI*, núm. 509, 1975, pp. 891-902; y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, 1990, y REALES ESPINA, 2000.

juicio a la obligación en su fundamento mismo, la técnica jurídica de la obligación natural, basada en su flexibilidad y en que permite al juez aprehender situaciones de hecho *a posteriori*, haciendo justicia al respecto, puede ofrecer un gran servicio a la aplicación de la justicia a los operadores jurídicos. Al ser opuesta a la técnica normativa actual basada en la acumulación de textos cada vez más precisos y que tienden a regir las situaciones de hecho *a priori*, de manera rígida y restringiendo el campo de actuación de los jueces¹⁸⁶. Comparto la opinión de los que defienden que la obligación natural podría tener en cuenta una necesidad de moralización o de revitalización de lazos sociales debilitados, no representando una amenaza para la libertad de las personas, dado que su ejecución forzosa no es posible al limitarse la obligación natural a sancionar una elección libre¹⁸⁷. Se advierte, no obstante, que más allá de su incontestable interés social, éste no debe llevar a deformar el mecanismo de la obligación natural al extender excesivamente su campo de aplicación; debiendo ser la obligación natural el punto de fusión entre el derecho y la moral, y no la confusión entre ellos¹⁸⁸.

A mayor abundamiento, una vez encuadrada la obligación natural y hecha una breve referencia de su fundamento y utilidad, es destacable resaltar, en relación con el tema que nos ocupa, que la jurisprudencia francesa en los últimos años haya venido realizado un reconocimiento limitado de la obligación natural, no en el ámbito del derecho de obligaciones sino en el de las relaciones en el seno de la familia en sentido extenso. Esta ha llegado a ser reconocida en el supuesto en el que quién, en ausencia de una filiación establecida (el padrastro respecto al hijo de su consorte con quién no hay relación jurídica de filiación alguna), se comporta como padre subviniendo voluntariamente a las necesidades de un menor, de modo que los alimentos pagados tienen el carácter de irrepetibles¹⁸⁹. E, incluso, en el supuesto de falta de reconocimiento de filiación extramatrimonial, como lo ilustra la sentencia de la *Cour de Cassation* (Civ, 1re, 3 octubre 2006) en la que el Alto Tribunal francés, frente a la decisión de las sentencias precedentes, afirma que M. Y al ejecutar un deber de conciencia transformó una obligación natural en una obligación civil. En concreto, por el hecho de que Y se comprometiera por documento formalizado en 1998 en pagar una cantidad fija de 3000 F todos los meses hasta el fin de los

¹⁸⁶ COUDRAIS, *Revue trimestrielle de Droit civile*, juillet- septembre, núm. 3. 2011, p. 468.

¹⁸⁷ Vid. MESTRE/FAGES, *Revue trimestrielle de droit civile*, núm. 1, 2007, pp. 119-120.

¹⁸⁸ Vid. CIOCIA, 2000, pp. 221-222, que refiere que la obligación natural ha llegado a aplicarse a la empresa familiar.

¹⁸⁹ Vid. COUDRAIS, *Revue trimestrielle de Droit civile*, juillet- septembre, núm. 3. 2011, p. 459.

estudios a su hijo extramatrimonial (no reconocido). Esta resolución se dicta tras haber dejado el padre de pagar dicha cuantía en el 2001 y demandar su hijo la condena a cumplir con sus obligaciones o subsidiariamente ejercitar una acción de reconocimiento de filiación en su contra¹⁹⁰. En esta misma línea el derecho belga ha reconocido expresamente y positivizado la existencia de una obligación natural del padrastro *vis à vis* de los hijos de su cónyuge¹⁹¹. De modo que ante la falta de regulación específica necesitamos aprovecharnos de instrumentos jurídicos ya existentes, más que crear nuevos textos legales. Esto implica, sin duda, tener en cuenta consideraciones extra jurídicas, así, por ejemplo, sopesar como ventaja de tal solución el dejar de imponer *a priori* automáticamente una obligación legal en ciertos casos en los que la nueva pareja no se manifiesta muy estable (regulando el estatuto del padrastro), pero permitir, en las hipótesis precisas dejar de cuestionar *a posteriori* la contribución material y financiera aportada por el padrastro. Y *a contrario*, rechazar la demanda de reembolso en la medida en que el padrastro ha pagado voluntariamente los gastos de educación del hijo de su consorte. De este modo, se actúa no solamente de acuerdo con la conciencia, sino con la moral común.

Por tanto, aun no siendo del mismo jaez que los pronunciamientos apuntados en el párrafo anterior, si el padre tuviera dudas de su paternidad en un supuesto de ocultación se podría aducir la irrepetibilidad de lo pagado sobre la base de haber cumplido dicha obligación natural por razones ético-morales ex artículo 1901 CC. En definitiva, aunque se afirme que el cruce del Derecho patrimonial en el Derecho de familia no es una cuestión fácil dada la especial naturaleza de este último¹⁹², no es imposible tal y como se ha querido mostrar a lo largo de este trabajo.

¹⁹⁰ MESTRE/FAGES, *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 1, 2007, p. 120.

Por otra parte, las decisiones más numerosas en las que la jurisprudencia francesa aplica la obligación natural conciernen a las relaciones entre padres e hijos, sobre todo respecto a hijos mayores, siendo irrelevante que los padres estén casados o no (*Cour de Cassation*, 1, chambre civil 1, 27 janvier 2016, 14-29.359, (non publié au Bulletin) en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000031950897>. Incluso se ha aplicado dicha teoría en supuestos en los que el menor ha sido objeto de una adopción simple, para el caso en el que el padre adoptivo estaba en un estado de necesidad, como ilustra la interesante sentencia de la *Cour de Cassation, section civile*, du 23 mars 2007, 98-14561 (en una interpretación *a contrario*). –*vid.* <https://www.legifrance.gouv.fr/initRechExpJuriJudi.do>, y <https://www.doctrine.fr/d/CASS/2007/JURITEXT000017830608> (fecha consulta 19/11/2019).

¹⁹¹ COUDRAIS, *Revue trimestrielle de Droit civil*, juillet-septembre, núm. 3. 2011, 461.

¹⁹² PANIZA FULLANA, *Revista Doctrinal Aranzadi-civil-mercantil*, núm. 11, 2015. p. 159.

8. CONCLUSIONES

Primera. El recurso al principio general de responsabilidad civil se normaliza, en la actualidad, en los litigios de las relaciones familiares, con exclusión del inveterado principio de «inmunidad familiar conyugal» tanto en el sistema del *Common Law* del derecho angloamericano como en el continental. Pues en la práctica el derecho de daños ha sido, hasta tiempo reciente, un campo ajeno al derecho de familia, pudiéndose hablar en el derecho continental, y en concreto en el español, de una inmunidad implícita por muy diversos factores (como la estructura familiar en la época de la codificación; el interés en mantener la armonía familiar; la autonomía del Derecho de familia; el breve plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil; y, el menos relevante pero insinuado por nuestro Tribunal Supremo, de evitar el peligro de la proliferación de demandas triviales). Si bien, de modo paradójico, en lo que respecta a la parcela del resarcimiento de daños por vulneración de los deberes conyugales, y por tanto respecto al daño por vulneración del deber de fidelidad por ocultación de la paternidad, la evolución del derecho de familia que rechaza la imposición de obligaciones que restrinjan coercitivamente aspectos centrales para el sentido personal de identidad implicaría ahora, según parte de la doctrina, una vuelta a la inmunidad al resarcimiento del daño.

Segunda. Es cierto que tras años de incertidumbre la STS del Pleno de 13 de noviembre del 2018 causa jurisprudencia, negando la indemnización del daño moral y patrimonial derivado del incumplimiento del deber de fidelidad con ocultación de la paternidad, contribuyendo a la seguridad jurídica. No obstante, no se ha de olvidar que la jurisprudencia, al no ser fuente del derecho ni gozar de fuerza vinculante, no va a impedir que continúe el vivo debate jurídico doctrinal que existe sobre el problema en estudio, al adolecer de la falta de regulación jurídica en su sede propia, el Derecho de familia, y existir una cláusula general positivizada en el artículo 1902 CC que obliga a reparar el daño ilícito causado sin vincularlo a un daño típico. Aunque defiendo la discriminación o exclusión del ámbito de aplicación de dicho precepto de toda una serie de hipótesis, en las que el derecho no debe intervenir por ser el daño mínimo (meros enojos, disgustos y contrariedades), al producirse la ruptura de la imputación objetiva por la excepción del riesgo general de la vida y, por ende, faltando uno de los presupuestos de la responsabilidad civil de la que nace la obligación indemnizatoria.

A mi parecer, de igual modo, el debate sobre si indemnizar o no el daño derivado de la ocultación de la paternidad se debería de restringir a la responsabilidad civil pura que excluye, tanto los supuestos de comisión de un delito entre familiares como las conductas que causan daños cuando se vulneran los derechos fundamentales de un miembro de la familia por otro, dado que en estos casos hay un consenso doctrinal y jurisprudencial de que es aplicable la institución jurídica de la responsabilidad civil.

Tercera. Se debe distinguir con nitidez la responsabilidad civil por daño moral derivado, por un lado, de la vulneración del deber conyugal de fidelidad y, por otro, de la ocultación de la paternidad. Ya que, es pacífico, al menos jurisprudencialmente y defender la mayoría de la doctrina, que el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, en concreto la infidelidad, no admite el ejercicio de acciones propias de la responsabilidad civil. En esencia, por no ser coherente con las reformas últimas del derecho de familia español por Ley 15/2015 de 8 de julio que no tiene en cuenta la imputabilidad de las conductas determinantes de la ruptura conyugal para la determinación de las medidas compensatorias arbitradas por el Derecho de familia. Y, por el contrario, no ha existido ni existe unanimidad en lo que respecta a la posible aplicación de la responsabilidad civil al daño derivado por ocultación de la paternidad como lo constata el que con anterioridad a la STS del 2018 la posiciones eran distintas tanto en si existía o no responsabilidad civil como en su fundamento legitimador; a lo que se unía la posición, a mi parecer, más valiente de las Audiencias Provinciales que de modo unánime consagró una línea de reconocimiento de la responsabilidad civil por daño moral por ocultación de la paternidad. Y en la misma línea de distinguir ambos supuestos se desarrolla el derecho angloamericano, dado que tanto el derecho inglés abrogó la *action for damages for adultery* aplicado históricamente, como en la mayoría de los estados de USA las acciones de daños por adulterio han desaparecido. Y, por el contrario, en aquél, se afirma una firme viabilidad jurídica, al menos, de la indemnización del daño moral por ocultación de la paternidad en las parejas de hecho; y, en éste se reconoce la posibilidad de demandar por fraude al no haber informado al marido que los hijos del matrimonio no eran suyos ejercitando la *action for infliction of emotional distress*, con la condición de estar ante una conducta indignante y no solo insultante u ofensiva.

A pesar de lo expuesto considero que se puede cuestionar si el incumplimiento de los deberes conyugales, en concreto el de fidelidad, desde la concepción amplia sostenida en las sociedades

democráticas, puede dar lugar en algunos casos (sólo en los que se constate la gravedad o cuando se muestre un grave desprecio por el bienestar de otro o por las serias consecuencias que conlleva para el cónyuge y para los hijos) a un daño antijurídico si se prueban los extremos que se anudan a la responsabilidad civil, pudiéndose por tanto desvincular el daño moral del reproche a la infidelidad al solicitarse, en cierto sentido, la indemnización al margen de la condición familiar sino como persona afectada por la conducta culpable de otro.

Cuarta. En lo que concierne a la ocultación de la paternidad, se ha de deslindar la indemnización del daño moral del daño patrimonial, al ser las problemáticas distintas y por tanto el debate sobre si existe obligación de indemnizar uno u otro daño y, en su caso, la fuente que la legitime. En lo que concierne a la indemnización del «daño moral», la postura negacionista que emana de la STS de 13 de noviembre de 2018 (que también afecta a la del daño patrimonial), que impide la acción de responsabilidad civil entre cónyuges o excónyuges, se basa en unos argumentos bastante discutibles. Entre otros, el impedir la proliferación de demandas triviales y asegurar la preservación de la paz y la armonía familiar; argumento que tendría sentido en el contexto social anterior a las reformas del 2005 pero no en la actualidad.

En segundo lugar, y sobre la base de la especialidad y autonomía de las normas del Derecho de familia, evitar una doble sanción, y no caer en la inmoralidad de lucrarse con el dolor provocado por los hechos ilícitos cometidos al interior de la familia. Es cierto que este mismo argumento se ha sostenido, en algunas ocasiones y sin haber consenso, por los tribunales de tradición del *Common Law*, en concreto en aplicación del derecho inglés a la indemnización por ocultación de la paternidad en el ámbito del matrimonio (pues en el de las parejas de hecho se admite la indemnizabilidad sin problema) al aplicar los específicos remedios del derecho de familia ante una petición previa de divorcio, en concreto, la acción de *financial remedy proceedings*; sin poder obviar que estamos ante un sistema legal de tradición jurídico ajeno al nuestro. Frente a dicho argumento, estimo que el ordenamiento jurídico es unitario y conexo, máxime cuando se constituye dicha institución jurídica sobre la base de una cláusula general que no establece las características típicas del daño resarcible. Incluso, la experiencia francesa pone en entredicho este argumento, al ser significativa la admisión jurisprudencial en Francia de la indemnización de daños diferentes a los producidos por la disolución del vínculo (regulados en el art. 166 *Code civil*) sobre la base del actual artícu-

lo 1240 *Code civil*, el cual tiene como parangón nuestro artículo 1902 CC, y por tanto la compatibilidad de ambos preceptos. Siendo cierto que en el derecho español no tiene consagrado un precepto como el art. 166 *Code civil* sería plausible afirmar que la autonomía del derecho de familia (que se predica en ambos países) no es óbice para plantear la compatibilidad de los preceptos de este ámbito con los de la responsabilidad civil.

En tercer lugar, el que «la vulneración del deber de fidelidad y la ocultación de la paternidad no sean daños autónomos», cuando, al contrario, estamos ante daños diferentes pues haber vivido engañado durante años en la creencia de ser padre es algo independiente respecto del interés del mantenimiento del matrimonio y del respeto a sus reglas, a lo que se une el hecho de que la ocultación de la paternidad no es una consecuencia automática y en todo caso natural del incumplimiento del deber de fidelidad. Y, por último, es desatinado y erróneo argüir que «la indemnización por ocultación de paternidad tiene su origen en el incumplimiento de uno de los deberes del matrimoniales, los cuales son deberes meramente morales», pues es como admitir que el matrimonio actúa como eximente y que, sin embargo, se afirme en todo caso, *a sensu contrario*, la indemnizabilidad de los daños producidos por dicha ocultación cuando a las partes no les vinculaba deber matrimonial alguno (durante el noviazgo, o en parejas de hecho, por ejemplo). Es cierto, por otra parte, que en el derecho americano, mientras unas sentencias niegan la indemnización sobre la base de equiparar la ocultación de la paternidad respecto a la vulneración el deber de infidelidad; otras afirman su autonomía y distinción sobre los diferentes intereses a proteger.

Quinta. Frente a los argumentos del Tribunal Supremo, creo que es pertinente poner de manifiesto que desde las últimas décadas del siglo XX hemos asistido a un cambio de paradigma o una transición del antiguo modelo de la familia patriarcal a uno moderno de familia igualitaria que se inspira en los modernos principios del constitucionalismo social, de protección de la familia, igualdad de la pareja, igualdad de los hijos, protección del miembro más débil de la pareja, protección del mejor interés del hijo, autonomía de voluntad e intervención mínima del Estado. Asimismo, no se puede obviar que desde el prisma de la Declaración Universal de los Derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Naciones Unidas, y el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y culturales de Naciones Unidas, la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y no existe prerrogativa familiar que permita que un miembro de la

familia cause daño dolosa o culpablemente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar. En otras palabras, la familia y la vida en ella constituyen un espacio vital en el que las personas pueden perseguir y alcanzar su mayor realización espiritual y material posible, y el vínculo paterno que genera la filiación biológica es un factor de enorme calado anímico; pudiendo aseverar, pues, que el conocimiento de que no se es progenitor de un hijo tras tenerlo por tal durante años ha de generar un estado anímico incuestionablemente perjudicial para la salud psíquica de quien lo padece. Se está ante un juicio jurídico y de ningún modo ante un juicio sobre la moralidad del cónyuge.

Sexta. Estimo que si la STS de 2018 no hubiera sido del Pleno no hubiera causado jurisprudencia, pues frente a la reciente STS de 2018 que niega la indemnización de todo daño patrimonial y moral sobre la base de la responsabilidad civil, las sentencias anteriores, SSTS de 22 de julio y de 30 de julio de 1999, se fundaron ambas, igualmente en argumentos diferentes y tampoco coincidentes con aquélla: dado que la primera sentencia argumenta sobre la base del motivo del recurso de casación de estar ante una responsabilidad extracontractual y fundando la negativa a la indemnización en la falta del dolo de la demandada (admitiendo, *a sensu contrario*, la posibilidad teórica de que la responsabilidad extracontractual sea fuente legitimadora de la obligación indemnizatoria) y ésta en la responsabilidad contractual dada la naturaleza del matrimonio como contrato. De igual modo no se deduce conclusión alguna de las SSTS de 14 de julio de 2010 y de 18 de junio de 2012 pues, aun tratándose de casos de responsabilidad civil por ocultación de la paternidad, no entran a conocer del fondo del asunto al entender que en ambos supuestos la acción de responsabilidad civil había prescrito.

Séptima. Defiendo que la fuente legitimadora de la obligación indemnizatoria del daño moral por ocultación de la paternidad es la institución jurídica de la responsabilidad civil, al ser autónomo del daño derivado de la vulneración del deber de fidelidad. Y dicha obligación nacería cuando se constaten los cuatro presupuestos clásicos de la responsabilidad civil; en este supuesto, el cónyuge o excónyuge demandante habría de probar la omisión antijurídica de la esposa, el daño moral y la relación causal entre ambos. Existiendo mayor controversia en lo que respecta al criterio subjetivo de imputación, dado que un sector doctrinal y jurisprudencial, al que me adhiero, exige el dolo o culpa agravada, sin vincularse éste a la intención específica de causar daño, sino revelado, entre otros indicios, en urdir estrategias o por la conducta falaz y engañosa sobre

el origen de la gestación del hijo. Y esto sobre la base de la relajación del estándar de precaución razonable de acuerdo con las pautas menos cuidadosas que se presumen en la intimidad y en orden a adaptar las reglas de la responsabilidad civil a los principios del Derecho de familia; principio que, por otro parte, se puede inferir de los artículos 168 y 1390 CC, y 4:102-1 PETL. Mientras que, por el contrario, otro sector sólo exige una negligencia como falta de diligencia media, en coherencia con la redacción de los artículos 1089 y 1902 CC, así como con la aplicación analógica del artículo 1104 CC; no pudiéndose ignorar que los avances de la ciencia en materia de prueba biológica se traducen en el fácil acceso por parte de los ciudadanos a este tipo de pruebas. Y, en consecuencia, en la posibilidad de determinar con certeza la paternidad de una persona, evitando así que el marido pueda seguir siendo considerado padre por efecto de la presunción legal de paternidad matrimonial ex artículo 116 CC. Esta posición se refrenda de modo indirecto por el artículo 5191-8 segundo párrafo de la Propuesta de Código civil por la APDC. Por el contrario, es complejo admitir la responsabilidad civil por culpa del padre biológico por el daño moral derivado de la ocultación de la paternidad pues, frente al derecho del padre biológico a reclamar una paternidad extramatrimonial, impugnado al tiempo la matrimonial de que los hijos disfrutaran, ha de protegerse la seguridad jurídica y afectiva de los hijos en una familia. Ambos (la verdad biológica y la preservación de la paz familiar) son valores dignos de protección constitucional no jerarquizados, pues ninguno de ellos prima sobre otro al encontrarse ambos principios en el art. 39 CE.

Octava. Considero que hay que distinguir, por un lado, la lesión a intereses legítimos o derechos que causa la acción u omisión antijurídica y, por otro, el daño patrimonial y/o moral resarcible, pues la doctrina española califica a ambos de daños induciendo a confusión. De ahí la propuesta de utilizar dos términos distintos para aludir a diferentes realidades, tal y como de modo clarificador ha regulado el legislador canadiense (*l'attente* y *le prejudice moral et pécuniare*, respectivamente). En el supuesto en estudio, por tanto, estimo que la ocultación de la paternidad lesiona un interés legítimo cual es la certeza y el mantenimiento del vínculo legal paterno-filial al producirse su pérdida y «*la desaparición o disminución definitiva del derecho a relacionarse con sus supuestos hijos*», al impugnarse la paternidad una vez descubierta la realidad. Y de dicha lesión se deriva un daño moral resarcible pues, es evidente, que en estos supuestos se produce una frustración por la

pérdida de afectos y también, añadido, por la privación de un proyecto de vida familiar de entidad más objetiva.

Asimismo, en algunas ocasiones la jurisprudencia concede indemnización por el daño psico-físico, pudiendo deducirse la indemnizabilidad del daño a la integridad psíquica por haber ocultado la paternidad con sustantividad propia respecto del daño moral por pérdida del vínculo paterno-filial, y por vulnerar el «*interés legítimo de conocer la verdadera filiación de sus supuestos hijos*». Esta teoría creo que tendría como dificultad el que existieran diferentes momentos de inicio de la prescripción de la acción de responsabilidad o *dies a quo*, no favoreciendo a la seguridad jurídica, o que entrara en colisión con el derecho fundamental a la intimidad de la madre. Por ello propongo que sería razonable que el daño a la integridad psíquica por ocultación de la paternidad tuviera reflejo en la cuantificación del daño moral por ruptura del vínculo filial, aumentándola.

Novena. En cuanto a la controvertida «cuantificación» del daño moral, estimo que han de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes, tales como las que señala nuestra jurisprudencia: la gravedad de las secuelas físicas o psíquicas del demandante causadas por el descubrimiento de que no era el padre; el número de hijos extramatrimoniales; su edad; el tiempo que haya durado la convivencia con ellos. Si bien, comparto con cierta doctrina el que existen otros factores a tener en cuenta en la cuantificación: por un lado, la posibilidad de poder seguir manteniendo en el futuro una relación afectiva y personal con el que creía su hijo o hijos suyos, y por otro el que la madre hubiera ejercitado o no la acción de impugnación de la paternidad, así como la existencia o no de una relación de convivencia hasta la declaración formal de no paternidad; no existiendo respecto a esta última pauta uniformidad en las sentencias emanadas de las Audiencias provinciales. En todo caso, la pérdida del vínculo parental no se ha de asimilar al duelo por la muerte del hijo en la medida en que los menores y el que fue padre tienen derecho a seguir relacionándose con el menor ex art. 160 CC; pero, no lo es menos reconocer, igualmente, que el normal desarrollo de la relación afectiva se interrumpirá. A los criterios citados, añadido uno no señalado por la doctrina ni por la jurisprudencia española, cual es tener en cuenta el daño a la frustración al «proyecto de vida», que está al margen de la indemnización por daños a su salud psico-física al ser de entidad objetiva. Pues el padre putativo quien, tras dejar de serlo al conocer que la filiación que creía cierta no lo es a partir de la sentencia de impugnación, frustra un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución.

Esta noción ajena a la doctrina española está teniendo respaldo por la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos humanos y, recientemente lo ha incorporado y positivizado el artículo 1738 del nuevo Código civil y Comercial de Argentina de 2014.

Y en lo que concierne a la «prueba» del daño moral comparto el criterio jurisprudencial de que en estos casos aquél, como regla general, no siendo objeto de prueba ni pericial ni testifical, se funda en la presunción implícita de tratarse de sentimientos comunes a todas las personas, de modo que no es posible alegar su dificultad probatoria para mantener su supresión; encontrándonos ante un daño moral *ex re ipsa*.

Décima. En lo relativo al inicio de la «prescripción de la acción» o *dies a quo*, el Tribunal Supremo lo reconduce al momento en que la sentencia de impugnación de la paternidad adquiere firmeza, excluyendo el momento en que el actor solo abrigare sospechas de su falsa paternidad (a diferencia del de la acción de impugnación de la paternidad). De igual modo se afirma, tanto la posibilidad de interrupción de la prescripción con la presentación de la demanda de conciliación como que sea, en realidad, la notificación de la resolución que declara firme la sentencia de impugnación de la filiación la que marque la fecha del cómputo. En este sentido, la jurisprudencia ha calificado a dicho daño de «daño permanente» del tal modo que el plazo comienza desde que lo supo el agraviado y tuvo conocimiento real del mismo y, por tanto, pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable; frente al daño continuado en el que la causa del daño se mantiene en el tiempo. En expresión del Alto Tribunal en STS de 14 de julio de 2010, dado que en estas situaciones existe normalmente la posibilidad de agravarse el daño moral por factores ajenos a la acción u omisión el demandado, si identificamos el daño como continuado el inicio del plazo se prolongaría indefectiblemente dando lugar a supuestos de absoluta imprescriptibilidad, viéndose amenazada la seguridad jurídica que se ha de garantizar. No obstante, se plantea en el trabajo la posibilidad de accionar por «daños sobrevenidos» siempre que estuviéramos ante daños no previsibles en el momento del ejercicio de la acción y exista una imputación objetiva causal entre la omisión antijurídica de la esposa y los nuevos daños.

Undécima. Estimo viable en teoría la responsabilidad civil para indemnizar el *daño moral* derivado de la ocultación de la paternidad, al no poder resolverse este tema arguyendo que estamos ante cuestiones morales en las que el Estado no debe tener injerencia, o que son daños que la víctima tiene el deber de sopor-

tar por estar amparado en el derecho absoluto de la madre a la intimidad. Antes al contrario, se debe conocer del asunto, dada la cláusula general que consagra el art. 1902 CC, pero teniendo presente todas las circunstancias, muchas veces procelosas del caso concreto y el contexto en el que se produce la ocultación. Y, esto, en orden en unos casos a admitir la demanda y en otros a eximir de responsabilidad por existir causa justa, por ejemplo, cuando existe un riesgo real de violencia por decir la verdad, o se interponen las acciones de modo oportunista. Como acontece a nivel de otras ramas del derecho civil, las intenciones de la parte pueden tenerse en cuenta, a veces, por el ordenamiento jurídico para declarar o no con causa ilícita un contrato, o para declarar abusivo el ejercicio legítimo de un derecho como se desprende de la teoría del abuso del derecho ex art. 7 CC.

Duodécima. En lo que respecta a la indemnización por *daño patrimonial* por alimentos por ocultación de la paternidad ha existido en España una división doctrinal y jurisprudencial que ha desembocado en la discutible tesis negacionista de la STS de 13 de noviembre de 2018, en el sentido de que no constituir daño patrimonial ni ser objeto de indemnización los alimentos a los hijos, con independencia de las posibles acciones que se deriven de la existencia de reconocimiento de deuda por parte de los causantes del daño. Esta sentencia, de modo incoherente, fundamentó dicha posición en los argumentos que utilizó una sentencia precedente (STS de 24 de abril de 2015) para negar la devolución pero sobre la base del cobro de lo indebido y que admitía como fundamento que legitima dicha devolución la responsabilidad civil. No obstante, a nivel doctrinal y jurisprudencial la cuestión no es pacífica: por un lado, hay un sector que se posiciona a favor de la restitución de los alimentos satisfechos en base al «cobro de lo indebido» por ser más favorable a la víctima el mayor plazo de prescripción de aquella, y por permitir ejercitar la acción de resarcimiento del daño frente a la madre, y también frente al verdadero padre, en el que caso de que llegara a ser conocido, y se posibilitaría el alcance declarativo *ex tunc*, que caracteriza el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación matrimonial. La madre estaría obligada a restituir los alimentos debidos tras dictarse sentencia de separación, negando como restituibles las cantidades pagadas durante el matrimonio ya que ambos cónyuges tienen que contribuir al sostenimiento de las cargas matrimoniales. Y, por otro, existe otro sector que, por el contrario, defiende la viabilidad de la responsabilidad civil para indemnizar del daño patrimonial, al no tratarse del pago de una cantidad ajena a la existencia del título de quién la

recibe, dado que los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial; limitándose la retroactividad a la fecha de la declaración judicial de impugnación.

Decimotercera. Finalmente, considero que la acción jurídica para exigir la compensación por el daño patrimonial no sería la responsabilidad civil extracontractual ex artículo 1902 CC al ser una institución jurídica que repara el daño una vez causado, esto es, a raíz de la sentencia de impugnación (como sería el daño moral por la pérdida del vínculo jurídico de paternidad y del lazo afectivo). Por tanto, no sería coherente fundar en la responsabilidad civil el daño patrimonial consistente en la devolución de los alimentos pagados al menor que es un *ex ante*, a excepción de las consecuencias dañosas patrimoniales que sean un *posterius* de la lesión al interés legítimo. Como tampoco lo sería el cuasicontrato del «cobro de lo indebido» para la indemnización del daño patrimonial al no cumplirse los presupuestos de dicha institución jurídica.

De tal modo, considero más apropiado basar la obligación indemnizatoria del pago de alimentos en la teoría general del «enriquecimiento sin causa» como principio general del derecho que tiene sus contornos precisos y distintos del cuasicontrato del cobro de lo indebido, cuyo plazo de prescripción deja de ser el expedito de un año. Es por ello que el único requisito para exigir la acción del enriquecimiento injusto sería, sin serlo la culpa o negligencia, probar que se haya producido el tránsito no justificado de un valor patrimonial desde un patrimonio a otro, que es lo que acontece en este caso. Ahora bien, hay que distinguir la acción del enriquecimiento injusto, por una parte, frente a la madre, la que, a mi parecer, aun limitándose a la devolución de los alimentos decretados por resolución de separación o divorcio, reviste más dificultad. Y, por otra, frente al progenitor biológico, cuya aplicación práctica tiene dos grandes inconvenientes, puestos de manifiesto por la doctrina especializada: por un lado, la falta del deber de información de la madre sobre su identidad dado que se vulneraría su derecho fundamental a la intimidad (cuyo deber de informar no se puede basar en el principio general de la buena fe, tal y como ha corroborado la experiencia alemana). Y, por otro, la falta de legitimación activa del padre putativo para ejercitar la acción de reclamación de filiación frente al verdadero progenitor según nuestra normativa española de filiación.

Decimocuarta. Los inconvenientes prácticos de ejercitar la acción del enriquecimiento injusto frente al padre biológico no eliminan la posibilidad teórica de poder interponer la acción cuando el padre biológico es conocido y se hubiera ejercitado una acción de impugnación y reclamación de paternidad por el padre biológico o por la madre en representación del hijo (tal y como reflejan las sentencias paradigmáticas sobre el supuesto en estudio resueltas por el Tribunal Supremo de 22 y 30 de julio de 1999). No debiendo olvidar, ni que el derecho de familia está integrado en su mayoría por normativa imperativa o de *ius cogens*, lo que denota su conexión con cuestiones de orden público, a pesar de la progresiva autonomía del grupo familiar concedida por el Estado; ni que en este supuesto no sólo están implicados dos partes, sino que hay un tercero, el menor, quien, como consecuencia de dicha ruptura, sufre una lesión en su integridad psíquica *ex art. 15 CE* y, según parte de la doctrina, también en su derecho a conocer sus orígenes biológicos como derecho fundamental para el desarrollo de la identidad del menor. E, incluso, el daño por ocultación de la paternidad reside en un daño relevante a la esencia de la persona (desde la perspectiva de que implica una lesión y/o frustración a un proyecto de vida y de realización personal) con el mismo rango y jerarquía que el derecho a la intimidad de la madre.

No obstante lo dicho, estimo que el pago por alimentos podría ser irrepetible sobre la base del cumplimiento de una obligación natural siempre que el padre, teniendo ciertas dudas de su paternidad, lo hiciera sobre la base de razones morales y éticas, fundamento de la obligación natural. La técnica jurídica de esta obligación, basada en su flexibilidad y en que permite al juez aprehender situaciones de hecho *a posteriori*, puede ofrecer un gran servicio a la aplicación de la justicia a los operadores jurídicos. Es significativo que países de nuestro entorno europeo, en concreto el derecho francés, haya venido realizado un reconocimiento limitado de la obligación natural, no en el ámbito del derecho de obligaciones sino en el de las relaciones en el seno de la familia en sentido extenso.

Decimoquinta. Para concluir, juzgo que de *lege data* se puede afirmar la viabilidad jurídica de la institución jurídica de la responsabilidad civil para indemnizar el daño moral derivado por ocultación de la paternidad pues toda institución jurídica y, en concreto, la de la responsabilidad civil extracontractual, se creó, con un potencial de desarrollo o de flexibilidad para adaptarse a las nuevas necesidades humanas, como son hoy en día los daños causados en las relaciones familiares.

Ahora bien, considero que en este campo sería necesaria una reforma de *lege ferenda* con el fin de coordinar los principios de Derecho de familia con los de la responsabilidad civil y que su aplicación no sea neutral ni vaya en contra de lo ya consensuado con las reformas de derecho de familia, ya que la aplicación del dicho principio al ámbito especial del derecho de familia se ha de acometer valorando dicha especificidad, de modo que absorba las reivindicaciones nuevas del individuo (y cuyo desarrollo requeriría otro trabajo). En este sentido, propondría la positivización de un criterio subjetivo de imputación del dolo o la culpa grave en la responsabilidad por daño moral por ocultación de la paternidad; así como un plazo máximo de retroacción para pedir devolución de alimentos sobre la base de la acción del enriquecimiento injusto. Asimismo, la regulación de un procedimiento para que sin alterar el estado civil del hijo y a los solos efectos del ejercicio de la acción de reembolso de alimentos, permitiera demandar al padre biológico identificado por la madre o conocido a través de otros indicios, tal y como lo ha regulado Alemania. Por último, la sede normativa de dicha futura reforma debería residenciarse en el Derecho de familia como sede propia; siendo, quizás, oportuno que dichas acciones de reclamación se conocieran, en vez de por el Juzgado de Primera Instancia de carácter ordinario, por los juzgados especializados de familia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGARRA PRATS, Esther: «Incumplimiento de deberes conyugales y responsabilidad civil», *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, MORENO MARTÍNEZ (coord.), ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 11- 60.
- ÁLVAREZ OLALLA, M.^a del Pilar: «Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su exmujer por daños sufridos al determinarse judicialmente la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2010», *Aranzadi Civil*, núm. 9, 2011, pp. 25-33.
- AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement of the Law Second. Torts*. 2d. Vol. 4, American Law Institute Publishers. St. Paul, Minnesota, 1979.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código civil*, ed. Tecnos, Madrid, 2018. Disponible en http://www.derehocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf, título XIX «De la responsabilidad civil extracontractual», pp. 862-877.
- BORRILLO, Daniel/FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «La reforma del Derecho de familia en Francia. A propósito del Proyecto de Ley núm. 344, de 7 de noviembre de 2012, de apertura del matrimonio de parejas del mismo sexo», *Actualidad civil*, 2012, núm. 4. Disponible en <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01235222/document>.

- BOSQUES HERNÁNDEZ, Gerardo José: «Comentario a la STS de 30 de junio de 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83, 2010, pp. 885-904.
- BREBBIA, Roberto: «La equidad en el Derecho de daños», *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini* (dir. A. J. BUERES. / A. KEMELMAJER DE CARLUCCI), ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 45 -54.
- BUSTO LAGO, José Manuel/REGLERO CAMPOS, Fernando: *Lecciones de responsabilidad civil*, ed. Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2013.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: «Responsabilidad civil derivada de la obstaculización de las relaciones paterno-filiales», *La Ley. Derecho de familia*, núm. 8, cuarto trimestre, 2015. Disponible en La Ley 5940/2015.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: *La obligación natural*, ed. Bosch, Barcelona, 1990.
- CATALA, Pierre: «Rapport sur l'avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription», *Documentation française*, 2006. Disponible en: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.
- CIOCIA, María Antonia: *L'obligazione naturale. Evoluzione normativa e prassi giurisprudenziale*, ed. Giuffré, Milán, 2000.
- COUDRAIS, Maud: «L'obligation naturelle: une idée moderne?», *Revue trimestrielle de droit civile*, juillet-septembre, núm. 3, 2011, pp. 453-469.
- CUADRADO IGLESIAS, Manuel: «Infidelidad en el matrimonio: ocultación de la verdadera paternidad (1)» en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, ed. La Ley, 2015. La Ley 2893/2015, pp. 1-18.
- CURUTCHET, Eduardo: «El daño al proyecto de vida en el nuevo Código civil y comercial», *Derechos En Acción*, 1(2), 2017, pp. 173-179. Disponible en <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3188>.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «El valor de los deberes personales entre los cónyuges: incumplimiento del deber de fidelidad», *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares* (dir. Juan ANTONIO GARCÍA AMADO), ed. Bosch, Barcelona, 2017, pp. 19-65.
- DE LA IGLESIA MONGE, M.^a Isabel: «El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial», *RCDI*, marzo-abril, núm. 760, 2017, pp. 921-936.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial», *Diario La Ley*, núm. 9318, 2018. La Ley 14894/2018, 2018, pp. 1-9.
- «Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», *Revista Jurídica La Ley*, tomo 2, D-70. 2007, pp. 1658-1671.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón/CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», en *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Thomson Reuters Aranzadi, núm. 28, 2012, pp. 103-174.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro: «Enriquecimiento injusto y pago de un tercero en la tradición del *common law* PICC, PECL, DCFR, CESL», *Anuario de Derecho civil*, 1/2016, pp. 6-98.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *El escándalo del daño moral*, ed. Civitas, Madrid, 2008.

- «Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos», en *La responsabilidad civil su problemática actual* (coord. Juan A. MORENO MARTÍNEZ), ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 235-254.
- *Familia y Derecho*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 1984.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*. vol. II, tomo 2, 11.ª edición, ed. Tecnos, Madrid, 2015.
- DOBBS, Daniel: *The law of Torts*, West Group, St. Paul, Mim, 2000.
- EACHEVERRÍA DE RADA, M.ª Teresa: «Responsabilidad civil por infidelidad conyugal», *La Ley. Derecho de Familia*, núm. 8, octubre, 2015.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardías y abono de alimentos», en *Asociación de Profesores de Derecho civil. Retos actuales de la filiación*, ed. Tecnos, Madrid, 2018, pp. 269-296.
- «Daño moral en las relaciones familiares», en *El daño moral y su cuantificación* (dirs. GÓMEZ POMAR/MARÍN GARCÍA), ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 529-563.
- «Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad», *Derecho privado y Constitución*, núm. 25, enero-diciembre, 2011, pp. 9-54.
- «Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad», *InDret*, 4/2007. Disponible en http://www.indret.com/pdf/482_es.pdf.
- «El precio por ocultar la infidelidad. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de noviembre de 2004», *InDret*, 2/2005. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/279_es.pdf.
- FAYOS GARDÓ, Antonio: «Daños morales en las relaciones familiares: derecho de familia o de la responsabilidad civil. Una perspectiva española y norteamericana», *Actualidad civil*, núm. 14, del 16 al 31 de julio, tomo 2, 2011, pp. 1562-1570. *La Ley* 13199/2011.
- FERNÁNDEZ SESSAGERO, Carlos: «Deslinde conceptual entre el daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral», en *Studi In Onore di Cesare Massimo Bianchi*, tomo IV, Giuffrè Editore, 2006. Disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona73/73Sessarego.htm>.
- FERRER RIBA, Josep: «Relaciones familiares y límites del derecho de daños», *InDret*, 4/2001. Disponible en http://www.indret.com/pdf/065_es.pdf.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio: «Infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad. ¿Dónde está el daño indemnizable?», en *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares* (dir. Juan Antonio GARCÍA AMADO), ed. Bosch, Barcelona, 2017, pp. 87-119.
- «¿Devolución de alimentos pagados al hijo que no lo era?», *Almacén del Derecho. Casos, derecho civil*, 1 de octubre de 2015.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Exégesis comparativa del artículo 1902 CC», en *Centenario del Código Civil*, t. I, ed. Asociación de Profesores de Derecho civil, 1989, pp. 875-884.
- «Comentario al artículo 68 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO), T. II, arts. 42 al 107 del Código civil, 2.ª edición, Edersa, Madrid, 1982, pp. 190-198.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: «Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm.3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 342 y ss.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa en España», en *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización/*

- coord. Por Ángel Juárez Torrejón; Pedro del Olmo García (dir.), Xabier Basozabal Arrue (dir.), ed. Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 239-282.
- «La prestación compensatoria tras la separación y el divorcio. Algunas cuestiones controvertidas», *Estudios jurídicos en memoria del profesor Lete del Río*, GARCÍA RUBIO (coord.), ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 341-379.
- GEER, William E.: «Criminal conversation: civil action for adultery», *25 Baylor L. Rev.* 1973, pp. 495- 496.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen: «Comentario al artículo 68 del Código civil», en AA. VV. *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. 1, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 331- 341.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: «Concepto del daño moral», en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. GÓMEZ POMAR, F./ MARÍN GARCÍA), ed. Bosch, Barcelona, 2015, pp. 27-78.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «Daño moral», *InDret*, 2/2000. Disponible en http://www.indret.com/pdf/006_es.pdf.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina/NAVARRO MICHEL, Mónica: «Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009)», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm.3- 2010, pp. 805-832.
- GOUT, Olivier: «La consécration de dommages spéciaux», *Colloque International Vers une réforme de la responsabilité civile française: regards croisés franco-québécois* (sous la direction de Blandine Mallet- Bricout), Université Jean Moulin, Lyon 3, Lyon, décembre 2017.
- JAKOBS, Günther: «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico penales del riesgo permitido, la prohibición del regreso y el principio de la confianza», en G. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, ed. Civitas y UAM Ediciones, Madrid, 1997, pp. 209-229.
- KIMEL, Dori: *From Promise to Contract*, ed. Hart Publishing, Oxford, 2003.
- KUTNER, Peter B: «Law Reform in Tort: Abolition of Liability for Intentional Interference with family relationships», 17, *UW. Austl. L. Rev* (25)1987, pp. 34 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Efectos del matrimonio», en LACRUZ BERDEJO et al. *Elementos de Derecho civil*, IV, Familia, 4.^a edición, revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, ed. Dykinson, Madrid, 2010, 62-70.
- «Notas sobre el enriquecimiento», *RCDI*, 1969, pp. 529 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis/SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís/LUNA SERRANO, Agustín: *Elementos de Derecho civil*, I, vol.1.^o, ed. Bosch, Barcelona, 1988.
- LAMARCA MARQUÉS, Albert: «Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB», *InDret*, 3/2008, Disponible en: http://www.indret.com/pdf/561_es.pdf.
- LARENZ, Karl: *Derecho de obligaciones*, versión española y notas de Jaime Santos Brinz, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «Capítulo I. La obligación en general», *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*. 23.^a edición, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 2-14.
- LAW COMMISSION, MATRIMONIAL AND RELATED PROCEEDINGS-FINANCIAL RELIEF, paras.128-132 (English and Wales Law Comm'n Working Paper no.9, 1967), disponible en <http://www.bailii.org>.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Responsabilidad civil y derecho de familia», *La Ley*, 13905/2011, pp. 1-17.

- «Responsabilidad, infidelidad y paternidad», *Revista Práctica de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 25, 2005, pp. 1-34.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura: «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales», *InDret*, 4/2010. Disponible en http://www.indret.com/pdf/783_es.pdf.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier: «Daños continuados y daños permanentes», en *Legal Today*, 27 de julio de 2016. Disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/civil/danos-continuados-y-danos-permanentes-2016-07-27/>.
- MAC DONNELL DOBBS, Sharon: «Tort Law. Tort recovery for intencional interfe-rente with custodial Rights in Minnesota», *William Mitchell Law Review*, vol. 17, issue 4, 1991, pp. 1159-1188.
- MALAURIE, Philippe/FULCHIRON, Hugues: *La famille*, ed. Défrenois, París, 2011.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio/LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel: «Indemnización del daño moral por la privación de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso», *InDret*, 2/2010, abril. Disponible en http://www.indret.com/pdf/741_es.pdf.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.^a Teresa: «¿Es indemnizable la infidelidad?», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 47, 2010, pp. 13-16.
- «Remedios indemnizatorios en las relaciones conyugales», en *Daños en el derecho de familia* (COORD. DE VERDA Y BEAMONTE), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Thomson Reuters Aranzadi, núm.17, 2006, pp. 147-175.
- MARTÍN-CASALS, Miquel: «Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la responsabilidad biológica de un hijo», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019, pp. 239-282. Disponible en BIB 2019/5949.
- «La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual», *Asociación de Profesores de Derecho Civil. Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Universidad de Murcia, 2011, pp. 11-112.
- (COORD.) *Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad civil*. trad. a cargo de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (RED-PEC), Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
- «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la Ley Orgánica 1/1982», en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, tomo II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1231-1275.
- MARTÍN-CASALS, Miquel/RIBOT IGUALADA, Jordi: «Daños en el Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *Anuario de Derecho Civil*, LXIV, fascículo II, 2011, pp. 503-561.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «El matrimonio como estado», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C./DE PABLO CONTRERAS, P./PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho civil*. IV. Familia, ed. Edisofer, Madrid, 2016, pp. 151-161.
- *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia. Análisis sobre el sentido y los contrasentidos de las transformaciones contemporáneas del Derecho de Familia*, ed. Rialp, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: *La obligación legal de alimentos entre parientes*, ed. La Ley, Madrid, 2012.
- MEDINA, Graciela: «Daños en el derecho de familia en el Derecho civil y derecho comercial unificado», *Revista de derecho de familia y sucesiones*, núm. 5,

2015. Disponible en <http://www.graciamedina.com/assets/Uploads/medina.pdf>.
- MELENDO GRANADOS, Tomás: «Familia y persona: una relación biunívoca y constitutiva», *Revista sobre metafísica, conocimiento y vida. Metafísica y persona*, núm. 6, julio 2011, pp. 11-37.
- MESTRE, Jacques/FAGES, Bertrand: «La vitalité des obligations naturelles se confirme avec l'appui mais aussi le contrôle de la Cour de Cassation», *Revue trimestrielle de droit civile*, núm. 1, 2007, pp. 119-120.
- MORACCHINI-ZEIDENBERG, Stéphanie: «La contractualisation du droit de la famille», *Revue Trimestrielle de droit civil (RTDC)*, octubre-diciembre, 2016, pp. 773-796.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge: «Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares», *Revista de Derecho de Daños*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, núm. 2, 2002, pp. 7-16.
- MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel: «La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal», *REDUR (Revista electrónica del departamento de Derecho civil de la Universidad de La Rioja)*, núm. 13, diciembre, 2015, pp. 111-127. Disponible en <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero13/murillas.pdf>.
- NEVADO CATALÁN, Verónica: «Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de paternidad», *InDret*, 4/2018, pp. 1-51. Disponible en <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/11/1420-1.pdf>.
- OROZCO MUÑOZ, Martín: *El enriquecimiento injustificado*, Navarra, 2015
- PANIZA FULLANA, Antonia: «Derecho de familia y Derecho patrimonial: reclamación de alimentos abonados por quién resulta no ser el padre de la menor», *Revista Doctrinal Aranzadi-civil-mercantil*, núm. 11, vol. 2, 2015, pp. 153-165.
- PANTALEÓN PRIETO, Ángel Fernando: «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en AA. VV, *Centenario del Código civil (1889-1989)*, v. II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1561-1591.
- PAPAYANNIS, Diego: «El deber de fidelidad en las relaciones conyugales», *La responsabilidad civil por daños familiares en las relaciones familiares* (dir. J. A. GARCÍA AMADO), ed. Bosch, Barcelona, 2017, pp. 65-86.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Alcance y valor de la jurisprudencia en el Derecho privado español», *Revista Electrónica de Direito, RED*, núm. 1, 2017, pp. 1-52.
- «Capítulo 26. Los cuasicontratos IV. El enriquecimiento injusto», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE (coord), *Curso de Derecho civil (II). Derecho de obligaciones*, ed. Colex, Madrid, 2014, pp. 847 y ss.
- PATTI, Salvatore: *Famiglia e responsabilità civile*, Dott. A, ed. Giuffrè Editore, Milano, 1984.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Impugnación de la filiación matrimonial y reclamación de pensión de alimentos (STS de 4 de abril de 2015. Voto particular)», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2015. BIB 2015/2592.
- PÉREZ GALLEGU, Roberto: «Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica», *Revista de Derecho civil*, vol. 2, núm.3, estudios, 2015, pp. 141-175.
- PIZARRO WILSON, Carlos/VIDAL OLIVARES, Álvaro: «Responsabilidad civil por el no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial», en *Daños en el derecho de familia* (coord. José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE), *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Thomson Reuters Aranzadi, núm.17, 2006, pp. 101-115.

- POLLOCK, Frederic: *The Law of Torts: a treatise on the principles of obligations arising from civil wrongs in the Common Law*, 273, 2nd ed. Stevens and Son, London 1890. Disponible en <https://oll.libertyfund.org/titles/pollock-the-law-of-torts-4th-ed>. (fecha de consulta 20/10/2020)
- PONS, Stéphanie: *La réception para le droit de la famille de l'article 1382 du Code civil*, ed. Presses universitaires d'Aix Marseille, P. U. A. M, 2007.
- PROSSER, William: *Handbook of the law of torts*, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1971.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Los deberes conyugales», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm.14-15, 196-1997, pp. 261-313.
- REALES ESPINA, Juan Ignacio: *La obligación natural en el Código civil*, ed. Comares, Granada, 2000.
- REGLERO CAMPOS, Fernando: «El seguro de la responsabilidad civil», *Tratado de responsabilidad civil*, REGLERO CAMPOS, F./BUSTO LAGO, J. M. (coord.), Tomo I, Actualización por Busto Lago, 5.ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1412-1415.
- «El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas», en *Lecciones de responsabilidad civil* (coor. José Manuel BUSTO LAGO./L. Fernando REGLERO CAMPOS), ed. Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 105-134.
- ROBERTS, Paula: «Truth and consequences: Part III Who pays when paternity is disestablished?», *37 Fam. L. Q.*, 69, 2003, pp. 69-103. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/25740410?seq=1> (fecha de consulta 20/10/2020)
- ROCA TRÍAS, Encarna: «La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 531-563.
- ROCA TRÍAS, Encarna/NAVARRO MICHEL, Mónica: *Derecho de daños. Textos y materiales*, ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 2011.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María: «La responsabilidad civil en las relaciones familiares», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano/CUENA CASAS, Matilde (dirs) *Tratado de Derecho de familia*. Vol VI, 2.ª ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 841-949.
- «Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano/CUENA CASAS, Matilde (dirs) *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, 2.ª ed, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 956-958.
- «Luces y sombras de la aplicación del Derecho de daños al ámbito de familia», *La Ley-Derecho de familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 8, 2015, pp. 1-20.
- «De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS 14.07.2010)», *La Ley. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2 (2011), pp. 1355-1364.
- «Responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales», ed. Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- «Indemnización del daño moral al progenitor por privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)», *Anuario de Derecho Civil*, t. LXII, fasc. IV, 2009, pp. 1825-1855.
- RODRÍGUEZ SAN PEDRO: «Enmiendas y Adiciones al Código Civil publicado por el Gobierno. 1888-1889. Congreso de los Diputados. Debates. Sesión del 16

- de abril de 1889 (núm.96)», en *El Código Civil. Debates Parlamentarios. 1885-1889*, vol. II, ed., CCGG, Senado, Madrid, 1989, pp. 1783 -1784.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Pensiones alimenticias indebidamente pagadas a hijos menores de edad (en torno a la STS de 24 de abril de 2015)», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2016. BIB 2016/736.
- «El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción» en *Revista Jurídica la Ley*, tomo 2, D-234, 2011, pp. 1430-1438.
- «Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil», ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- «El problema de la indemnización por daños morales entre cónyuges y ex cónyuges): Referencia a la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia de 5 de septiembre de 2007)», en *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 4/2008, D-255, pp. 1877-1882.
- ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco: «El principio de responsabilidad civil objetiva limitada: un elemento de equilibrio sistémico que no contradice al denominado principio de reparación integral del daño», *Revista de Derecho privado*, Universidad externado de Colombia, núm. 26, enero-junio, 2014, pp. 449-497.
- ROXÍN, Claus: *Derecho penal: parte general. Fundamento, la estructura de la teoría del delito*, ed. Civitas, Madrid, 2008.
- SALVADOR CODERCH, Pablo/FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio: «Causalidad y responsabilidad», *InDret*, 1/2006, pp. 1-40.
- SALVADOR CORDECH, Pablo/RAMOS GONZÁLEZ, Sonia/LUNA YERGA, Álvaro: «Un ojo de la cara (I)», *InDret*, 3, 2000, pp. 1-24.
- SALVADOR CORDECH, Pablo/RUIZ GARCÍA, Juan Antonio: «Comentari a l'art.1 del Codi de família», en EGEA FERNÁNDEZ, J, FERRER I RIBA, J (dir) *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, ed. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 43-66.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Belén: «La tipicidad de los daños intrafamiliares en la jurisprudencia español. Necesidad y oportunidad de la tutela aquiliana en el ámbito familiar», en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 112, cuarto trimestre, 2014, pp. 1-20. Disponible en La Ley 6602/2014.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.^a Elena: «Reclamación de reembolso de cantidades satisfechas por la madre para el mantenimiento y atención del hijo menor desde su nacimiento. Comentario a la SSTS (Sala de lo Civil, Pleno) números 573/2016 y 574/2016, de 29 y 30 de septiembre (RJ 2016, 4457 y RJ 2016, 4844)», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 42, 2017, pp. 329-346.
- SAVAUX, Éric: «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contractos», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, fasc. III, 2016, pp. 715-741.
- SALEEM, NISHAR: In the name of the father. What are your Rights regarding paternity fraud?, 24 de mayo de 2016, en <https://saracenssolicitors.co.uk/litigation/in-the-name-of-the-father-what-are-your-rights-regarding-paternity-fraud>. (fecha de consulta: 20/10/2020).
- SÉNAT. UN SITE AU SERVICE DES CITOYENS (N.D), «Proposition de loi portant réforme du divorce. Rapport n° 252 (2001-2002) de M. Patrice Gélard, fait au nom de la commission des lois, déposé le 20 février 2002» en <https://www.senat.fr/rap/101-252/101-25227.html>. (fecha de consulta: 20/10/2020).
- SIEGAL, Reva: «The Rule of Love: Wife Beating as Prerogative and Privacy», 105 *Yale Law Journal*, 1996, pp. 2117-2207. Disponible en https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1092/ (fecha de consulta: 20/10/2020).

- SUMMER HOLMES, Anne: «The double standard in the English divorce Law 185-1923», *Law & Social Inquiry*, vol. 20, n.º 2, 1995, pp. 601-620.
- TOBIAS, Carl: «Interspousal Tort Immunity in America», *23 Georgia Law Review*, 1989, pp. 359-478.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «La ocultación de la paternidad no genera daño patrimonial ni moral resarcible ex art. 1902 CC», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019, pp. 223-238.
- «La suspensión de la prescripción extintiva en el Derecho civil», ed. Comares, Granada, 1997.
- VAN GERVEN, Walter: *Cases, Materials and Text on National, Supranational and Internation Tort Law*, ed. Hart Publishing, 2000.
- VAZQUEZ BOTE, Eduardo: «Sobre el artículo 1901 del Código civil y la obligación natural», *RCDI*, núm. 509, 1975, pp. 891-902.
- VENDRELL CERVANTES, Carles: *El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Navarra, 2017.
- WEIFEI, Sun: «Damages for Adultery and Interference with Mariage Relation from the perspective of Anglo-American Law», *PKU Trasnational Law Review*, vol. 4:1, 2016, pp. 31-48.
- WHITY, Niall R./ZIMMERMANN, Reinhart (edit): *Rights of Personality in Scots Law*, Dundee, Dundee University Press, 2009.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «La imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», *La Ley - Actualidad Civil 2*, 2010, pp. 123-149.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018(629/2018). Ocultación al marido de la verdadera paternidad. Consecuencias para el Derecho de familia y para la Responsabilidad civil», en *Comentarios a las sentencias de unificación doctrinal*, ed. Dykinson, vol. 10, 2018, pp. 411-423.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: «Daños a proyectos de vida», *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, Año VII, núm. 4, abril, 2005.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999/5721).
- STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5490).
- STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726).
- STS de 22 de febrero de 2001(RJ 2001/2242).
- STS de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6227).
- STS del 30 de junio de 2009 (RJ 2009/5490)
- STS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010/5152).
- STS de 20 febrero de 2012 (RJ 2012/4047).
- STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/6849).
- STS de 24 de abril de 2015 (RJ 2015/ 1915).
- STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018/5158).

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Valencia de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004/1994).
- SAP de Barcelona de 22 de julio de 2005 (JUR 2006\163268).
- SAP de Baleares de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006/279201).
- SAP de León de 2 de enero de 2007 (JUR 2007/59972).
- SAP de Barcelona de 16 de enero de 2007 (JUR 2007/323682).
- SAP de León 30 de enero de 2007 (JUR 2007/192431).
- SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007/340366).
- SAP de Segovia de 11 de diciembre de 2007 (JUR 2008/148138).
- SAP de Cádiz de 3 de abril de 2008 (JUR 2008/234675).
- SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2008 (AC 2009/93).
- SAP de León 30 de enero de 2009 (JUR 2009\192431).
- SAP de Castellón de 10 de febrero de 2009 (AC 2009/346).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 16 de octubre de 2009 (JUR 2010/79320).
- SAP de Murcia de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010/60).
- SAP de La Coruña de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010/2303).
- SAP de Alicante de 14 de julio de 2011 (AC 2011/1537).
- SAP de Ciudad Real de 29 de febrero de 2012 (AC 2012/359).
- SAP de Asturias 18 de mayo de 2012 (JUR 2012/265689).
- SAP de Cádiz de 21 de septiembre de 2012 (JUR 2012/353634).
- SAP de Madrid de 26 de octubre de 2012 (JUR 2013/28582).
- SSAP de León de 23 de noviembre de 2012 (AC 2012/1643).
- SAP de Alicante de 16 de enero de 2013 (JUR 2013/150976).
- SAP de Zaragoza de 31 de enero de 2013 (JUR 2013/112359).
- SAP de Cuenca de 8 de abril de 2013 (JUR 2013/184078).
- SAP Madrid de 9 de mayo de 2014 (AC 2014/1397).
- SAP de Cádiz de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014/203955).
- SAP de Granada de 13 de junio de 2014 (AC 2014/1628).
- SAP de Murcia de 30 de octubre de 2014 (JUR 2015/54272).
- SAP de Valencia de 13 de noviembre de 2014 (AC 2015/228).
- SAP de Madrid de 17 de diciembre de 2014 (JUR 2015/50444).
- SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015/129380).
- SAP de Cantabria de 3 de marzo de 2016 (AC 2016/799).
- SAP de Pontevedra de 22 de septiembre de 2016 (JUR 2016/227006).

- SAP de Cádiz de 13 de junio de 2017 (JUR, 2017/221073).
- SAP de Valencia de 16 de octubre de 2017 (AC 2018/1076).
- SAP de Alicante de 6 de noviembre de 2017 (JUR 201, 111191).
- SAP de Gerona de 19 de abril de 2018 (JUR 2018/114596).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de marzo de 2019 (AC 2019/956).
- SAP de Madrid de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019/214532).

La sucesión hereditaria del Estado en el Derecho italiano y en el Derecho español*

MAURO TESCARO
Professore associato di diritto privato
Università di Verona, Italia

RESUMEN

Existen, fundamentalmente, dos planteamientos distintos en relación con el problema del destino de la herencia vacante: uno es de naturaleza (principalmente) publicista y se basa en la adquisición de las herencias vacantes por un acto de soberanía estatal; el otro es de carácter privatista, y se asienta en la adquisición sucesoria que correspondería al Estado en su condición de heredero. La comparación entre el Derecho italiano y el español ofrece buenos argumentos para preferir este último planteamiento y además permite evaluar de manera crítica el art. 33 del Reglamento (UE) n.º 650/2012.

PALABRAS CLAVE

Derecho de sucesiones. Sucesión legítima. Sucesión del Estado. Herencia vacante. Derecho privado europeo.

The succession of the State according to Italian law and Spanish law

ABSTRACT

The main approaches concerning the issue of the acquisition of a vacant inheritance are essentially two: the (mainly) public-law one, based on the

* El artículo forma parte de la actividad investigadora del grupo *Invecchiamento della popolazione e passaggi generazionali* en el marco del *Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona «Diritto, Cambiamenti e Tecnologie»*.

occupation of the vacant inheritances by virtue of state sovereignty and the private-law one, based on the succession of the State as heir. The Italian and the Spanish legal systems, considered together, offer a valuable point of view to prefer the private-law approach and critically evaluate the law referred to in art. 33 of the Regulation (EU) No. 650/2012.

KEY WORDS

Law of successions. Intestate succession. Succession of the State. Vacant inheritance. European private law.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La tesis publicista y su aplicación en Francia.–3. La tesis privatista y su aplicación en Alemania.–4. El Derecho italiano y la cuestión abierta de la relación con la herencia yacente.–5. El Derecho español y las aportaciones que de él pueden extraerse en perspectiva comparatista.–6. El artículo 33 del Reglamento (UE) n.º 650/2012.–7. Conclusiones.–Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El problema del destino de la herencia que se encuentra vacante por no haber sido adquirida por ningún familiar del causante es recurrente en la historia del Derecho y el Derecho comparado. Esta cuestión, además, no podría evitarse completamente, ni siquiera en el caso de que un ordenamiento jurídico previera una sucesión ilimitada de los familiares¹. Efectivamente, también entonces podría darse el caso de que no existiera o no fuera individualizable² un

¹ Una elección de este tipo (efectuada, por ejemplo, por el § 1929 BGB) suscitaría, por otra parte, no pocas dudas, ya que daría cabida a la figura del llamado «heredero risueño» (que ríe porque, a pesar de no haber tenido ninguna relación real con el causante, recibe, mediante sucesión, una fortuna completamente inesperada); *vid.*, al respecto, ZIMMERMANN, *Familia*, 2016, p. 59.

² *Vid.* ZIMMERMANN, *Familia*, 2016, p. 55 (asimismo, REID, DE WAAL, y ZIMMERMANN, 2015, p. 478), donde, de un lado, se precisa que no es fácil constatar la mayor o menor frecuencia del fenómeno y, de otro lado –con cita a RÖTHEL, *Non Profit Law Yearbook*, 2007, p. 193–, se afirma que en la ciudad-estado de Hamburgo ello ha sido corroborado, en el año 2006, en alrededor de 100 sucesiones abiertas de entre más de 17.000. En lo que respecta a la situación francesa, *vid.* HOUSIER, 2018, p. 107, donde se da cuenta del hecho que «en 2015, la Direction générale des finances publiques recensait plus de 25.000 successions vacantes, non réclamées ou en déshérence». No puede descartarse, en cualquier caso, que la sucesión del Estado asuma una relevancia práctica creciente en el futuro, habida cuenta también de la crisis económica: *cf.*, en relación al contexto español, CÁMARA LAPUENTE, 2015, p. 112, el cual subraya que «recently, the State's role as intestate heir has been revitalized owing to a substantial increase in renunciations of inheritance by

familiar del causante llamado a suceder (a pesar de los crecientes esfuerzos de los denominados cazadores de herencias, cuyas actividades lucrativas también han llamado la atención de los tribunales italianos³).

Desde siempre han existido, fundamentalmente, dos planteamientos distintos: uno (principalmente) publicista, basado en la adquisición de las herencias vacantes en virtud de la soberanía estatal, desarrollado particularmente en Francia (*vid. infra*, ep. 2); otro privatista, basado en la adquisición sucesoria que correspondería al Estado en su condición de heredero, desarrollado particularmente en Alemania (*vid. infra*, ep. 3).

Tras exponer brevemente estos dos modelos, el trabajo analiza el Derecho italiano con el fin de explicar cómo éste se ha ido aproximando progresivamente al planteamiento privatista, pero sin resolver de forma clara la relación entre la sucesión del Estado y la herencia yacente, que es probablemente la cuestión más importante desde el punto de vista práctico (*vid. infra*, ep. 4). Un enfoque de tipo privatista está igualmente presente en el Derecho español, lo cual es también muy interesante en perspectiva comparada, entre otras cosas, porque aporta una solución convincente a la citada cuestión (*vid. infra*, ep. 5). Además, los Derechos italiano y español, considerados conjuntamente, ofrecen un valioso punto de vista para evaluar de manera crítica la regla recogida en el art. 33 del Reglamento (UE) n.º 650/2012 (*vid. infra*, ep. 6). Es, pues, evidente la importancia de realizar una comparación entre estos dos países con carácter preferente (*vid. infra*, ep. 7).

2. LA TESIS PUBLICISTA Y SU APLICACIÓN EN FRANCIA

Según un sector minoritario de la doctrina moderna, ya en el Derecho romano, los *bona vacantia* iban a parar al *fiscus* en virtud de la soberanía (del pueblo o del emperador)⁴. Se trataba, pues, de una adquisición basada en el Derecho público. Una perspectiva de este tipo tiende a consolidarse en la Edad Media, de acuerdo con el sistema feudal. En este período histórico, el soberano hace suyas las herencias vacantes, en términos generales, gracias a la soberanía

families seeking to avoid tax liability or liability for debts: between 2007 and 2012, the number of renunciations more than doubled, from 11,047 to 23,228, and in 2014 even tripled, up to 34,319».

³ *Vid. Cass.*, 14 mayo 2014, n. 10397 (en *Jus civile*, 2015, pp. 550 ss., con nota de LINDINER). Para consultar referencias a la situación alemana, *vid. OLZEN y LOOSCHELDERS*, 2017, p. 59; BROX y WALKER, 2018, p. 54.

⁴ Para mayor información, TESCARO, 2019, pp. 210 ss.

nía (perspectiva de Derecho público), pero también gracias a que el dominio eminente del que era titular se expandía una vez desaparecido el dominio útil concedido temporalmente a otros sujetos (perspectiva de Derecho privado)⁵. La adquisición del soberano debía definirse, en sentido estricto, como adquisición por consolidación⁶, pese a que se hable a veces también de ocupación privilegiada⁷.

El enfoque de tipo (fundamentalmente) publicista, y siempre dirigido a negar que el Estado pudiera reputarse heredero del causante siguió cosechando adeptos en la era moderna, especialmente como consecuencia de los trabajos de Domat y Pothier⁸, sobre todo en Francia, pero no solo en ese país⁹. En Francia, tradicionalmente, y aún hoy, se habla de un *droit de déshérence* (palabra, esta última, que deriva de *deest heres*¹⁰); esto es, del derecho del Estado a hacer propios los bienes hereditarios que queden sin herederos o abandonados (*vid.* art. 811 del *Code civil*) en virtud de su «droit de police générale»¹¹.

Probablemente, habida cuenta también de los orígenes del Estado francés¹², ese *droit de déshérence* se puede entender gracias a la perpetuación del concepto medieval del dominio eminente¹³. No obstante, no fue hasta 1958 (*ordonnance* n.º 1307 de 23 de diciembre de 1958) que una norma estableció claramente la separación de la posición del Estado de la de todos los sucesores¹⁴, sin clasificar-

⁵ *Vid.*, por ejemplo, VAGNI, *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 284 s.

⁶ *Vid.*, entre otros, TRABUCCHI y RASI CALDOGNO, 1971, p. 784.

⁷ *Cfr.* MENGONI, 1999, p. 217 s.

⁸ Como ponen de manifiesto, en la doctrina italiana, ZANZUCCHI, 1927, p. 206, y ALLARA, 1945, p. 32.

⁹ *Vid.*, por ejemplo, por lo que respecta a Austria, el § 750 ABGB (versión en vigor a partir de 1 de enero de 2017; con anterioridad, la referencia normativa austríaca era el § 760 ABGB, formulado de otro modo, pero, aun así, en línea con el modelo publicista), en materia de «Aneignung durch den Bund». VAGNI, *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 286, menciona también Inglaterra; en el mismo sentido, *vid.* también WAUTELET y SALVADORI, 2015, p. 436, nota 3, donde se cita l'Administration of Estates Act, sec. 46(1); *vid.*, asimismo, DAVI y ZANOBETTI, 2014, p. 185, donde se mencionan «in genere tutti i paesi di common law, inclusi gli Stati Uniti». Para referencias pormenorizadas sobre el hecho de que «the sovereignty model was adopted in a number of Latin American counties, often under influence of French law», *vid.* SCHMIDT, 2015, p. 157. Sobre el derecho chino, v. PORCELLI, 2019, pp. 633 ss.

¹⁰ Como ha sido subrayado por BAUDRY-LACANTINERIE, 1910, p. 440.

¹¹ PLANIOL y RIPERT, 1956, p. 237 s.

¹² Parece razonar en términos semejantes MENGONI, 1999, p. 237.

¹³ *Vid.*, en la doctrina italiana, COVIELLO, 1937, p. 271; y además, en último término, VAGNI, *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 286. En la doctrina francesa, *vid.* TERRÉ, LEQUETTE y GAUDEMET, 2014, p. 209, donde se habla, también con respecto al Derecho francés actualmente vigente, «d'un sorte de droit éminent».

¹⁴ Con esa reforma, de hecho, les fue atribuida la cualidad de heredero a todos los «sucesores irregulares» contemplados en el *Code civil* de 1804 que todavía no la habían obtenido, excluido sin embargo el Estado, que, a consecuencia de la reforma, podría, por tanto, considerarse único sucesor irregular o, más probablemente (*vid.* lo que sigue inmediatamente en el texto), hasta desprovisto de esta última cualidad: *vid.*, *amplius*, RAYN-

lo ya ni siquiera como «sucesor irregular», a pesar de que esa denominación continúa siendo utilizada por la doctrina¹⁵.

Por otra parte, en línea con los trabajos preparatorios y, especialmente, con el *discours préliminaire* de Portalis, según el cual «l'État ne succède pas»¹⁶, esa perspectiva aparecía ya recogida en la versión original del art. 539 del *Code civil*, donde se preveía que «Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public». El precepto debía relacionarse con el art. 713, que afirmaba que «Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'État». Lo mismo se observa tras la nueva formulación del artículo, que data de 2004 (Ley n.º 809 de 13 de agosto de 2004), según la cual: «Les biens des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées appartiennent à l'État».

Todo el tenor literal del *Code civil* lleva mucho cuidado de evitar referencias que puedan relacionarse con la delación de la herencia y, por lo tanto, con la condición de heredero a favor del Estado. Piénsese, por ejemplo, en el art. 768, donde, en la versión vigente antes de la reforma efectuada por la Ley n.º 728 de 23 de junio de 2006, se establecía que «la succession est acquise à l'État» y así se evitaba, deliberadamente, la palabra «dévoüe»¹⁷. Tras la Ley n.º 1135 de 3 de diciembre de 2001, la misma redacción puede leerse en el art. 724, donde la posición del Estado es, además, claramente distinta, bien de la de los «héritiers désignés par la loi», bien de la de los «légataires et donataires universels»¹⁸.

El Derecho francés conoce, pues, una «succession aux biens», es decir, una suerte de sucesión universal¹⁹ del Estado que, sin embargo, no es hereditaria y que, a menudo (aunque no siempre), acaba por no afectar a las deudas hereditarias²⁰. Aunque este orden

AUD, 1983, p. 102; MAZEAUD, H.; MAZEAUD, L.; MAZEAUD, J., y CHABAS, 1999, p. 157 s.; TERRÉ, LEQUETTE y GAUDEMET, 2014, p. 209, nota 3.

¹⁵ *Vid.*, entre otros, HOUSSIER, 2018, pp. 72 y 76; TERRÉ, LEQUETTE y GAUDEMET, 2014, p. 211.

¹⁶ Lo recuerda YILDIRIM, *Jurisclasseur civil*, 2017, n. 216. *Cfr.*, asimismo, PORTALIS, 2013, pp. 95 ss.

¹⁷ *Cfr.* sobre este punto MENGONI, 1999, nota 36.

¹⁸ Según el art. 724: «Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt. Les légataires et donataires universels sont saisis dans les conditions prévues au titre II du présent livre. A leur défaut, la succession est acquise à l'État, qui doit se faire envoyer en possession».

¹⁹ *Vid.*, al respecto, BONFANTE, 1924, p. XXIV.

²⁰ *Vid.*, por ejemplo, YILDIRIM, *Jurisclasseur civil*, 2017, nn. 263-266, donde se precisa que, dentro de los límites del valor de los bienes adquiridos (sin necesidad de una declaración o procedimiento para limitar la responsabilidad *intra vires*, pues esta limitación deriva automáticamente de su adquisición en calidad de soberano, y no de heredero), el Estado podría ser obligado a abonar las deudas hereditarias (sobre este punto *vid.*, asimismo, LEROYER, 2014, p. 143, según la cual «la nature des droits de l'État ne fait pas

no viene impuesto por ley (lo que también permitiría al Estado declarar de inmediato la «deshérence» –*rectius*, no inmediatamente, sino una vez transcurridos, al menos, cuatro meses desde la apertura de la sucesión, art. 771 del *Code civil*²¹–), generalmente, las herencias del *de cuius* sin familiares que las reclamen son sometidas en primer lugar al procedimiento de la «vacance», gestionado por el Estado desde 1940, cuando se decidió reformar la normativa que atribuía esta tarea a los representantes privados²², pero solo con el fin de administrar provisionalmente los bienes y, sobre todo, de satisfacer a los acreedores hereditarios; obviamente –por tratarse de una mera administración provisional– esa responsabilidad es *intra vires*²³. Sólo si queda un remanente tiene entonces lugar la «succession en déshérence»²⁴, que no puede confundirse con aquella vacancia²⁵. Es decir, el Estado, que no se beneficia de la «saisine»²⁶, reclama judicialmente entrar en la posesión de los bienes para así apropiarse de manera definitiva²⁷ del activo sobrante²⁸.

obstacle à ce qu'il soit tenu à certaines obligations»), y añade, sin embargo, que normalmente (aunque no siempre y, en cualquier caso, no necesariamente) la situación ni siquiera se plantea, al haber tenido lugar un anterior procedimiento de *vacance* (sobre el cual regresaremos en el texto) que ya se ha resuelto.

²¹ *Vid.*, al respecto, YILDIRIM, *Jurisclasseur civil*, 2017, nn. 230 y 239.

²² Para otras alusiones, *vid.*, otra vez, YILDIRIM, *Jurisclasseur civil*, 2017, n. 6 s.

²³ *Cfr.*, entre otros, LEROYER, 2014, p. 138; YILDIRIM, *Jurisclasseur civil*, 2017, n. 43 s. y nn. 153-155.

²⁴ *Vid.*, muy claramente, YILDIRIM, *Jurisclasseur civil*, 2017, n. 205: «en pratique, même si l'État est fondé à exercer son droit de déshérence aussitôt après l'ouverture de la succession, la déshérence succède généralement à la vacance, lorsqu'il y a encore de l'actif après l'apurement du passif. Le service en charge des domaines attend souvent pour ne revendiquer que les successions vacantes dont la liquidation fait ressortir un solde positif. La demande d'envoi en possession de l'État, préalable à la succession en déshérence, est d'ailleurs une cause d'extinction de la succession vacante».

²⁵ *Vid.*, por todos, GRIMALDI, 2017, p. 185: «vacance et déshérence ne doivent pas être confondues: constater la vacance d'une succession, c'est pourvoir à son *administration*, alors qu'en constater la déshérence, c'est statuer sur son *appropriation*».

²⁶ Sobre este concepto fundamental del Derecho de sucesiones francés, *vid.*, por todos, HOUSIER, 2018, p. 110, donde se aclara: «la saisine réunit un ensemble de prérogatives juridiques attribuées à certains successeurs: les successeurs saisis. Ces prérogatives les autorisent à appréhender les biens et les droits de la successions, à en prendre possession, afin de les surveiller, de les conserver et de les administrer».

²⁷ Salvo en el caso de que, dentro del término de la prescripción –susceptible, por otra parte, de suspensión y de interrupción– de diez años desde la apertura de la sucesión, se produzca, entonces, la aceptación de un heredero, según lo previsto por el art. 811-2 del *Code civil*, en cuyo caso, el Estado está obligado a restituir al heredero (o a los herederos) los bienes adquiridos a título de *succession en déshérence*: *vid. amplius* YILDIRIM, *Jurisclasseur civil*, 2017, nn. 243, 267 ss. y 280 ss. A raíz de la reforma operada por l. n. 728 del 23 de junio del 2006, por otra parte, el Estado también puede (transcurridos cuatro meses desde la apertura de la sucesión) ejercitar la *actio interrogatoria* contemplada en el art. 771 del *Code civil* frente a herederos eventuales que no hayan decidido, todavía, si aceptar o repudiar.

²⁸ *Vid.*, de nuevo, YILDIRIM, *Jurisclasseur civil*, 2017, n. 27: «l'État est un successeur non saisi. À défaut d'héritiers universels, la succession lui est acquis mais pour cela, il doit se faire envoyer en possession (C. civ., art. 724, al. 3). En pratique, une période de vacance précède la réclamation de la succession par l'État»; asimismo HOUSIER, 2018, p. 107: «à la vacance de la succession, succède la déshérence».

Este planteamiento general, tradicionalmente presente en Francia, ha resultado confirmado y reforzado por la Ley n.º 728 de 23 de junio de 2006 que, significativamente, ha colocado en dos secciones diferentes de un mismo nuevo Capítulo del *Code civil*, la regulación de las «successions vacantes» y aquella de las «successions en déshérence», una a continuación de la otra (arts. 809 a 811-3).

3. LA TESIS PRIVATISTA Y SU APLICACIÓN EN ALEMANIA

Una vez desaparecido el sistema feudal y con él la noción de dominio eminente, la tesis publicista podía sostenerse, desde el punto de vista técnico del Derecho privado, recurriendo solo al concepto de ocupación privilegiada. Pero puesto que no es posible la ocupación de créditos y deudas, habría que decir que la sucesión del Estado es una «sucesión por liquidación», es decir, que solo podría adquirir lo que quedase tras la liquidación del pasivo. Esta posibilidad, presente en Francia, por lo menos por regla general, como acabamos de ver, por el contrario, fue abiertamente rechazada durante los trabajos preparatorios del BGB, porque generaba dudas el destino de los nuevos bienes hereditarios que pudieran descubrirse tras el proceso de liquidación²⁹.

Para ello debió jugar un papel importante la tesis privatista según la cual, ya en la antigüedad romana, el Estado no era realmente un heredero (ya que la noción de heredero era entonces muy restringida) sino que se le trataba como si lo fuera (*heredis loco*). Esta tesis había sido dominante entre los pandectistas³⁰, gracias a la reinterpretación de las fuentes clásicas³¹. Ahora bien, cuando se abandone la rigidez propia del Derecho romano³² y, más modernamente, cualquier sucesor *mortis causa* a título universal pueda ser considerado heredero³³, también el Estado deberá ser realmente considerado así y no solamente tratado como si lo fuera.

²⁹ Vid. MENGONI, 1999, p. 224, nota 41.

³⁰ Como subraya, por último, VAGNI, *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 285.

³¹ *Cfr.*, también para otras referencias, ZIMMERMANN, 2015, p. 194, donde se menciona la postura asumida por Gottfried von Schmitt durante los trabajos preparatorios del BGB y se subraya que la elección fundamental realizada por el Derecho alemán «was perceived to be in conformity with a long-established tradition».

³² Sobre la cual *vid.*, por todos, CARDILLI, 2019, pp. 29 ss.

³³ Vid. MENGONI, 1999, p. 216 s. En términos más generales, sobre la diferencia acontecida entre la noción de heredero en el Derecho romano y en el Derecho moderno, *cfr.*, entre otros, CICU, 1927, p. 160 s.

El Derecho alemán, al igual que los derechos de varios otros países³⁴, afirma inequívocamente que el Estado es heredero. La norma fundamental es el § 1936 BGB, cuya versión original se refería, de hecho, al «Fiskus» como a un «gesetzlicher Erbe» o heredero legal (expresión ésta presente aún hoy en los §§ 1964.2, 1966, 2011, así como en los §§ 2104 y 2149, si bien con la finalidad de establecer dos limitadas excepciones). La última reforma, mediante la *Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts* de 24 de septiembre de 2009³⁵, prevé una redacción distinta de aquel párrafo, pero no cambia nada en lo que ahora interesa. Así, sigue empleándose el verbo «erben» es decir, «heredar». El citado § 1936 BGB establece que:

«Si, en el momento de la muerte, no hay ningún pariente, ni pareja de hecho, ni cónyuge del causante, es heredero el Estado federado en el que el causante tenía su domicilio en el momento de su muerte o, si no puede ser determinado, su residencia habitual. Si no, hereda el Estado federal»³⁶.

También es una cuestión pacífica, en la doctrina y en la jurisprudencia que, según el BGB, el Estado es heredero³⁷ («wirkliches privates Erbrecht») y que no adquiere en virtud de un poder soberano³⁸.

Existen, también, ciertas particularidades³⁹. Así, mientras que, con arreglo al § 1922.1 BGB, las relaciones jurídicas, activas y pasivas del *de cuius* se transmiten *ipso iure* a los herederos (que no son el Estado) y su aceptación simplemente consolida la adquisición⁴⁰, la adquisición del Estado requiere de un previo procedimiento ante el *Nachlassgericht*. Se trata de un procedimiento dirigido a constatar la ausencia de otros herederos (§ 1964 BGB) y

³⁴ Vid., por ejemplo, los arts. 2152-2155 del *Código Civil português* en materia de «Sucessão do Estado». Vid. además, con respecto a América Latina, SCHMIDT, 2015, p. 158, el cual menciona «countries such as Guatemala, Chile, Colombia, and Ecuador, where the State is regarded as heir in the true sense».

³⁵ Sobre esta intervención legislativa, dirigida a actualizar la redacción precedente (anticuada, puesto que todavía hacía referencia a la no existente ya –desde 1934, cuando fue introducida la nacionalidad alemana única– nacionalidad de cada *Land* individual) sin modificar el significado fundamental de la materia examinada, vid., por ejemplo, OLZEN y LOOSCHELDERS, 2017, p. 57; ZIMMERMANN, 2015, p. 195.

³⁶ § 1936 BGB: «Ist zur Zeit des Erbfalls kein Verwandter, Ehegatte oder Lebenspartner des Erblassers vorhanden, erbt das Land, in dem der Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen letzten Wohnsitz oder, wenn ein solcher nicht feststellbar ist, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Im Übrigen erbt der Bund».

³⁷ ZIMMERMANN, *Familia*, 2016, p. 56.

³⁸ LANGE, 2017, p. 195. Cfr. también, entre otros, BIERHENKE, 2016, pp. 18 y 22.

³⁹ Para el examen de otras de ellas, vid. TESCARO, 2019, p. 224 s.

⁴⁰ Vid. LANGE y TISCHER, 2017, p. 84 s.; así como KINDLER, *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 363 s., donde se subraya como esta solución fue elegida por el legislador alemán con el fin de evitar el fenómeno de la herencia yacente, considerado por los padres del BGB como una situación de incerteza indeseable.

tiene lugar previo llamamiento público a reclamar⁴¹ derechos sucesorios (§ 1965 BGB) y solo después de que se declare que no existen otros herederos puede el Estado reclamar su derecho u otros frente a él (§ 1966 BGB)⁴². Se trata de una particularidad nada desdeñable, pero tampoco suficiente para modificar, realmente, el mecanismo normal de transmisión de la herencia elegido por el BGB. De hecho, se considera que a favor del Estado también se produce una adquisición *ipso iure*⁴³.

4. EL DERECHO ITALIANO Y LA CUESTIÓN ABIERTA DE LA RELACIÓN CON LA HERENCIA YACENTE

En el Libro III («Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose»), Título II («Delle successioni») del Código civil italiano de 1865, destacaba el art. 721, según el cual «La legge devolve la successione ai discendenti legittimi, agli ascendenti, ai collaterali, ai figli naturali ed al coniuge, nell'ordine e secondo le regole in appresso stabilite, ed in loro mancanza al patrimonio dello Stato»; y el art. 758, que afirmaba que «In mancanza delle persone chiamate a succedere secondo le regole stabilite nelle sezioni precedenti, l'eredità si devolve al patrimonio dello Stato». Mientras ese Código estuvo vigente y aunque no faltaban otros puntos de vista⁴⁴, tenía mucho predicamento, sobre todo entre los escritores más antiguos, la tesis publicista de tipo francés de la adquisición a título originario *iure imperii*⁴⁵. Esto es fácilmente comprensible, habida cuenta del estrecho vínculo subsistente en aquel momento entre la cultura jurídica italiana y la francesa, y no sólo en materia sucesoria, pese a que el Código civil de 1865 no había reproducido, en materia de sucesión del Estado, las mismas previsiones contenidas en el *Code civil*⁴⁶.

⁴¹ Dentro de un breve plazo fijado a la luz de las particularidades del caso en el llamamiento público, con la previsión legal de que, en cualquier caso, no se tendrán en cuenta los derechos sucesorios presuntos después de tres meses desde el transcurso del término citado: *vid.* el pár. 2 del § 1965 BGB.

⁴² Sobre tal procedimiento *vid.*, *amplius*, KRUG, 2018, pp. 231 ss.; BROX y WALKER, 2018, p. 53 s.; KROISS, 2018, p. 124 s.

⁴³ V. KROISS, 2018, p. 124; LANGE, 2017, p. 195 s., donde se precisa que «auch im Falle des § 1936 findet ein Vonselbsterwerb statt», y añade, también, que «wie jeder andere Erbe ist auch der Staat Gesamtrechtsnachfolger».

⁴⁴ Sobre este punto, se hace remisión a TESCARO, 2019, p. 225.

⁴⁵ *Vid.*, entre otros, GABBA, 1914, pp. 191 y 193; BONFANTE, 1924, p. XXIII s.

⁴⁶ *Cfr.* sobre este punto VAGNI, *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 291.

La influencia de la tradición francesa sigue siendo fuerte también con el Código civil de 1942⁴⁷ y esa circunstancia todavía pesa, probablemente, en la posición minoritaria, que aún hoy defiende la tesis de la adquisición del Estado *iure imperii*⁴⁸. Sin embargo, en el Derecho italiano actualmente vigente predomina en la doctrina⁴⁹ e, incluso todavía más, en la jurisprudencia⁵⁰, la tesis privatista que entiende la sucesión del Estado como una sucesión universal (por lo tanto, una adquisición derivativa) en calidad de heredero.

Para seguir apoyando la tesis publicista tradicional, una vez superada la concepción del dominio eminente, no queda otra, como ya sabemos, que referirse a una adquisición a título originario por ocupación privilegiada con base en la soberanía. Pero una perspectiva similar no convence desde el punto de vista técnico, en primer lugar, porque la ocupación presupone una *res nullius* (que, en sentido estricto, cualquiera debería poder hacer suya), difícilmente concebible cuando la ley prevea un derecho de apropiación a favor de un determinado sujeto (como sucede en el caso del art. 586 c.c.it.)⁵¹. En segundo lugar, esa perspectiva no convence porque la ocupación no puede referirse también a los créditos y deudas del causante⁵², en los cuales el Estado italiano, sin embargo, sucede con toda seguridad por disposición expresa del art. 586 c.c.it.⁵³, si bien con el beneficio de la responsabilidad *intra vires*.

La peculiaridad establecida en el art. 586 c.c.it. de la adquisición «di diritto» sin necesidad de aceptación y sin posibilidad de renuncia no es suficiente para excluir la condición de heredero del Estado, sino que la refuerza. De hecho, como se mencionaba en relación con el Derecho alemán, la tesis publicista exigiría, como poco, que la sucesión del Estado se organizara como una «sucesión por liquidación», con la exclusión, por consiguiente, de toda adquisición «de derecho»⁵⁴. Ciertamente, esta peculiaridad, establecida por el derecho positivo, incorpora al mismo tiempo una anomalía

⁴⁷ Sobre este tema, *cfr.*, en líneas generales, FUSARO, 2017, pp. 305 ss. *Cfr.*, asimismo, KINDLER, *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 362.

⁴⁸ *Vid.*, para concluir, GAZZONI, 2017, p. 496.

⁴⁹ *Vid.*, entre otros muchos, TRABUCCHI, 2019, p. 591 s.; VAGNI, *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 291.

⁵⁰ *Vid.*, entre otras, Cass., 26 enero 2010, n. 1549, en *Foro italiano*, 2010, I, c. 2132; Cass., 4 marzo 2008, n. 5794, en *Famiglia, persone e successioni*, 2008, p. 463; Cass., 11 marzo 1995, n. 2862, en *Notariato*, 1996, p. 18 s.

⁵¹ Sobre este punto, *vid.*, muy claramente, SANTORO-PASSARELLI, 1961, p. 619. En la misma línea de pensamiento, *vid.* CICU, 1947, p. 206; TRABUCCHI y RASI CALDOGNO, 1971, p. 784.

⁵² Como ya se aclara por COVIELLO, 1937, p. 272, y SANTORO-PASSARELLI, 1961, p. 619. *Vid.* también, entre otros, TRABUCCHI y RASI CALDOGNO, 1971, p. 784.

⁵³ Para observaciones de ese tipo, *vid.* ALLARA, 1945, p. 33 s.; MENGONI, 1999, p. 218 s.

⁵⁴ *Vid.*, por ejemplo, SPOTTI, 2009, p. 890 s.

respecto al tratamiento de los otros herederos (los cuales sólo se convierten en tales, en Derecho italiano, en general, si realizan un acto de aceptación). Pero se trata de una anomalía perfectamente justificable, si se piensa siempre en perspectiva hereditaria, en clave sistemática, a la luz de la necesidad de una solución de cierre⁵⁵ y, por tanto, de un heredero «necesario»⁵⁶.

Habida cuenta de lo anterior, es, sin duda, preferible conforme al Derecho italiano actualmente vigente, tal y como reconoce la doctrina imperante posterior a 1942⁵⁷, la perspectiva según la cual a falta de otros sucesores (art. 586 c.c.it.) el Estado sucede en las herencias vacantes en calidad de heredero; así pues, si se tiene en cuenta que, tradicionalmente, se ha considerado la nacionalidad que une al causante con el Estado como el título para suceder, esa sucesión se limitaría, en principio, a las herencias de nacionales italianos⁵⁸. Por otra parte, en el marco de la misma perspectiva, no falta quien, siempre en exclusiva relación con la normativa básica italiana, se refiere, desde hace mucho tiempo, a un título para suceder más genérico que la nacionalidad, es decir, la «appartenenza alla comunità generale»⁵⁹, que podría extenderse, también, fácilmente, a los residentes habituales⁶⁰. Esta precisión tiene una importancia considerable a la luz de la regulación internacional-privatista introducida más tarde por el Reg. UE n.º 650/2012, como enseguida se explicará.

Entre tantas otras cuestiones que se plantean en esta materia⁶¹, la que quizás tenga mayor relevancia práctica es, sin embargo, una que el Código civil italiano no resuelve de forma clara, cómo es la relación entre la sucesión del Estado y la herencia yacente⁶²; esto es, qué camino deban tomar los acreedores hereditarios para obtener satisfacción de un patrimonio hereditario que no haya sido adquirido por ningún familiar del causante.

⁵⁵ En sentido parecido, *vid.*, entre otros, TRABUCCHI, 2019, p. 591, y además MENGONI, 1999, pp. 224 ss.

⁵⁶ Sobre esta expresión, *vid.*, entre otros muchos, ya bajo la vigencia del Codice civile del 1865, POLACCO, 1937, p. 141, y, más tarde, vigente el Codice civile del 1942, ALLARA, 1954, p. 96. No obstante, *vid.* también CIATTI, 2013, p. 629, según el cual la figura romana del *heres necessarius* puede evocarse por pura sugestión pero sin alguna implicación teórica seria.

⁵⁷ *Vid.*, entre otros, NATOLI, 1968, p. 70; GROSSO y BURDESE, 1977, p. 70; TAMBURRINO, 1990, p. 1337; ALBANESE, 2012, p. 613 s.; BIANCA, 2015, p. 247; CAPOZZI, 2015, p. 656.

⁵⁸ *Vid.*, *amplius*, ALLARA, 1945, pp. 134 ss.; MENGONI, 1999, p. 209 s.; CIATTI, 2013, p. 630; CAPOZZI, 2015, p. 655; BONILINI, 2018, p. 247. *Vid.* asimismo, en relación al Codice civile del 1865, COVIELLO, 1937, p. 280.

⁵⁹ BIANCA, 2015, p. 248. *Vid.* también TRABUCCHI y RASI CALDOGNO, 1971, *op. cit.*, p. 785 s.

⁶⁰ *Vid.*, con bastante claridad, SPOTTI, 2009, p. 879 s.

⁶¹ Se hace remisión a TESCARO, 2019, p. 235 ss.

⁶² Sobre la cual *vid.*, entre otros, DI LORENZO, 2009, pp. 1177 ss.; BIANCA, 2015, p. 67 ss.; BONILINI, 2018, pp. 101 ss.

Al respecto, son previsibles, ante todo, dos tesis extremas, opuestas, y ninguna convincente en opinión de quien escribe.

La primera tesis consistiría en considerar la administración de la herencia yacente como una vía obligatoria para liquidar el patrimonio hereditario y atribuir, después, el activo sobrante al Estado⁶³. Esta tesis es, sin embargo, incompatible con el Derecho italiano actualmente vigente, no solo porque la misma está estrechamente ligada al planteamiento publicista⁶⁴, sino porque a su vez está en conflicto con el planteamiento privatista, que, como sabemos, postula que el Estado sea llamado a satisfacer las deudas hereditarias a título de heredero.

Visto lo anterior, se podría considerar seguir la tesis radicalmente opuesta, es decir, aquélla según la cual, en todos los casos en que se ignore la existencia o no de los familiares llamados (que no hayan repudiado), se verificaría sin duda la sucesión del Estado, a quién deberían entonces dirigirse de inmediato los acreedores hereditarios, de modo que quedaría completamente excluida para ellos la vía de la herencia yacente. Esta solución, adoptada por última vez por el Tribunal de Verona⁶⁵ en evidente contraste con la Corte di Cassazione italiana⁶⁶ es, de un lado, compatible en abstracto con la tesis privatista, pero, de otro lado, limita extraordinariamente (respecto a los amplios términos del art. 528 c.c.it.) los presupuestos de aplicación de la administración de la herencia yacente y, al mismo tiempo, genera una gran incertidumbre porque en Derecho italiano no existe un procedimiento formal para decretar la inexistencia o desconocimiento de los herederos llamados.

5. EL DERECHO ESPAÑOL Y LAS APORTACIONES QUE DE ÉL PUEDEN EXTRAERSE EN PERSPECTIVA COMPARATISTA

También en el Derecho español, a falta de herederos llamados, la solución de cierre es que el Estado o, en los sistemas sucesorios

⁶³ Vid. CICU, 1947, p. 207 s., el cual se ha referido a la herencia yacente, precisamente, como un puente para el paso de los bienes del causante al Estado. Vid., asimismo, AZZARITI y IANNACCONE, 1997, pp. 450 s. y 454 s.

⁶⁴ En este sentido, vid. MENGONI, 1999, p. 219, nota 28.

⁶⁵ Vid. Trib. Verona, (ordinanza) 26 octubre 2017, en *Studium iuris*, 2019, p. 240 s., con nota editorial de CULEAC. Vid. también D'AMICO, 2019, pp. 103 ss.

⁶⁶ Vid. Cass., 31 marzo 1987, n. 3087, en *Giurisprudenza italiana*, 1988, I, p. 1404, la cual ha afirmado que se puede nombrar un administrador de la herencia yacente incluso en el caso de que se ignore la verdadera existencia de llamados a la sucesión, pues es suficiente la duda de que los haya.

autonómicos⁶⁷, la Comunidad autónoma competente, adquiere las herencias vacantes, no *iure imperii*, sino a título de heredero, según la perspectiva privatista. De hecho, el art. 956 del Código Civil español –c.c.e.– afirma «heredará el Estado», y el art. 957 del mismo c.c.e. precisa que, en general, «los derechos y obligaciones del Estado serán los mismos que los de los demás herederos»⁶⁸.

Si bien en el Código Civil español no existe una regulación general de la herencia yacente⁶⁹, la institución no es desconocida⁷⁰ y, en lo que ahora interesa destacar, está claro que esa situación puede darse en caso de que se ignore quiénes son los herederos delados⁷¹, puesto que la sucesión del Estado no es inmediata y automática, sino que sólo se verifica una vez que la ausencia de tales llamados haya sido comprobada como resultado de un determinado procedimiento (el art. 958 c.c.e. establece la necesidad de una «declaración administrativa de heredero» en favor del Estado)⁷².

Se trata, hoy, de un procedimiento administrativo regulado con detalle por los arts. 20 y ss. de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (cuyo Reglamento General fue aprobado por el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto). Sólo tras esa comprobación formal, el Estado toma posesión de la herencia y asume el deber de proceder a la liquidación de la masa hereditaria (así como de destinar «dos terceras partes del valor de ese caudal relicto [...] a fines de interés social», a tenor del art. 956 c.c.e.). En general, además, parece que el Estado espa-

⁶⁷ Con la excepción de las Islas Baleares, respecto de las cuales *vid.* NIETO ALONSO, 2016, p. 296.

⁶⁸ En este sentido, *vid.* TARABAL BOSCH, 2019, p. 716 s.; YSÀS SOLANES, 2016, pp. 97 y 99; NIETO ALONSO, 2016, pp. 297 s. y 300 s.

⁶⁹ Lo subrayan, por ejemplo, SÁNCHEZ CALERO, 2019, p. 394; MADRIÑÁN VÁZQUEZ, 2016, pp. 160 s. y 169.

⁷⁰ *Vid., amplius*, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, 2017, pp. 225 ss., donde se mencionan, entre otras hipótesis, la de la «disposición en favor de persona incierta [...] que por algún evento pueda resultar cierta», mencionada en el art. 750 CC, y la del «llamado que ha pedido tiempo para deliberar si acepta o no la herencia», en la cual podría aplicarse el art. 1020 CC, y donde se expone –si bien en términos dudosos– la posibilidad de que también, después de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000 (que reconoce capacidad procesal a la herencia yacente, al ser la misma representada en juicio por quien tiene el deber de administrarla conforme a la ley), permanezca firme la tendencia jurisprudencial que permitía a los acreedores hereditarios que desearan cobrar de la herencia proceder «contra la misma y desconocidos e ignorados herederos del causante, pidiendo su citación por edictos». Sobre este punto *vid.* asimismo SÁNCHEZ CALERO, 2019, p. 395.

⁷¹ *Cfr.*, de nuevo, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, 2017, p. 227, donde se habla en relación con la herencia yacente sobre «una indeterminación transitoria de titular puesto que lo habrá necesariamente en el futuro (p. ej., el Estado en último lugar si no hay sucesores testamentarios ni sucesores *ab intestato*, o repudian la herencia)». *Cfr.* también, *amplius*, MADRIÑÁN VÁZQUEZ, 2016, pp. 166 ss.

⁷² *Vid.* YSÀS SOLANES, 2016, p. 98.

ñol no puede repudiar la herencia⁷³, pero su responsabilidad por las deudas del causante es siempre *intra vires hereditatis*, es decir, hasta el límite del valor de los bienes recibidos (art. 957 c.c.e.)⁷⁴.

Por lo que respecta al procedimiento administrativo que se acaba de mencionar, en el pasado era jurisdiccional⁷⁵, pero la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, ha establecido que la declaración de heredero *ab intestato* a favor del Estado (o de la Comunidad autónoma) sea competencia de la Administración pública correspondiente y, así, la ha simplificado considerablemente⁷⁶.

Sin ánimo de analizar las respectivas regulaciones autonómicas⁷⁷, entre las cuales es particularmente interesante la catalana⁷⁸, me interesa dejar constancia aquí del interés que presenta el Código civil español en clave de Derecho comparado, a propósito de las soluciones que ofrece respecto a la transmisión de la masa hereditaria al Estado⁷⁹. Además de posibilitar la adquisición de la herencia por parte de las Comunidades autónomas, el Estado también tiene la obligación de destinar dos tercios de la misma a fines de

⁷³ Esta tesis es la dominante, pero algunos investigadores la cuestionan: para mayores referencias a esta discusión, *cfr.* MADRIÑÁN VÁZQUEZ, 2016, p. 183 s.; NIETO ALONSO, 2016, p. 301; YSÀS SOLANES, 2016, p. 99 s.

⁷⁴ Para todas estas afirmaciones, *vid.* TARABAL BOSCH, 2019, p. 717; Díez-PICAZO y GULLÓN, 2017, p. 218.

⁷⁵ Sobre la regulación española precedente a la reforma de 2015, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, 2015, p. 122; NIETO ALONSO, 2016, p. 297, donde se recuerda que el procedimiento mencionado «tiene su origen en la Ley de Mostrencos de 1835, donde se obligaba a los representantes de la Administración a pedir la posesión judicial de los bienes hereditarios».

⁷⁶ *Vid.* al respecto GALICIA AIZPURUA, 2019, p. 569 s.

⁷⁷ Para una breve enumeración de estas normas, *vid.* MATEO SANZ, 2019, p. 719. *Vid.* asimismo, por lo que respecta a la Comunidad autónoma de Aragón, BAYOD LÓPEZ, 2016, pp. 168 ss.; en relación con la Comunidad Foral de Navarra, ARCOS VIEIRA, 2016, p. 340; y, por lo que atañe a la Comunidad autónoma de Galicia, NIETO ALONSO, 2016, pp. 294 ss.

⁷⁸ Aquélla que figura en los arts. 442-12 (donde se confirma, también, desde el punto de vista literal, que la Generalidad de Cataluña es heredera, pues se afirma que ella «sucede») y 442-13 (donde se halla una regulación especialmente articulada en materia de «destinación de los bienes») del *Código civil de Cataluña*, dedicada a «la sucesión de la Generalidad de Cataluña». Para un comentario, *vid.* YSÀS SOLANES, 2016, pp. 208 ss., donde se aclara que «la Generalitat es llamada a título de heredero» y que «es un heredero necesario a los efectos de evitar la falta de titular de los bienes, por este motivo no puede repudiar la herencia [...], si bien siempre ha de entenderse que la herencia ha sido aceptada a beneficio de inventario mediante previa [...] declaración administrativa de heredero abintestato», si bien se precisa, también, que «la Generalitat come heredera *ab intestato* del causante no puede ser considerada como un heredero común».

⁷⁹ Este aspecto ha sido evidenciado por ZIMMERMANN, *Familia*, 2016, p. 56 s., el cual añade, por otra parte, también cómo estas soluciones de la tradición española aún no se han adoptado de modo significativo a nivel internacional. En la doctrina italiana, se ha situado, al menos en parte, en una línea de pensamiento similar a la de la tradición española, en tiempos relativamente recientes, PADOVINI, 2007, pp. 107 y 113 s. Propuestas de este tipo habían sido planteadas en Italia también tiempo atrás: *cfr.*, al respecto, COVIELLO, 1937, p. 270.

interés social (art. 956 c.c.e). Además, el Derecho español presenta un procedimiento formal para la adquisición de la herencia y el pago de deudas hereditarias por parte del poder público que, tal como viene regulado en el art. 20 *bis* de la Ley 33/2003, parece rápido y eficaz (especialmente porque no es jurisdiccional). Esta vía no se opone a la condición de heredero *ipso iure*, es decir, «di diritto», tal como también reconoce la doctrina española⁸⁰, de acuerdo con la terminología del art. 586 c.c.it. Es una condición que también le atribuye al Estado otros ordenamientos, como muestra el ejemplo del Derecho alemán, a pesar de la presencia de un procedimiento formal similar que allí todavía es jurisdiccional. Por tanto, sería conveniente que también el Derecho italiano siguiera la misma vía, a fin de resolver la aún controvertida cuestión de la relación entre herencia yacente y sucesión del Estado y de permanecer fiel a la concepción privatista, al mismo tiempo que se refuerza la seguridad jurídica.

6. EL ARTÍCULO 33 DEL REGLAMENTO (UE) N.º 650/2012

Una vez visto que el Derecho italiano y el español van en la misma dirección, ya que ambos prefieren, igual que la mayor parte de los otros Estados miembros de la Unión Europea⁸¹, la concepción del Estado como auténtico heredero, es necesario, ahora, examinar el Reglamento (UE) n.º 650/2012.

El reglamento sienta el criterio general (salvo excepciones) a que se refiere su art. 21, según el cual «La ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento»⁸², que ha reducido el tradicional criterio italiano de la nacionalidad del causante⁸³ (todavía hoy presente en el art. 46.1 de la Ley n.º 218 de 1995) a una regla de excepción, solo para el caso de que haya sido expresamente elegida por el testador (art. 22 del Reglamento)⁸⁴.

La ley determinada según las normas que se acaban de mencionar debería regular la totalidad de la sucesión, de conformidad con el principio de unidad de la sucesión, que es relevante desde el

⁸⁰ *Vid.*, en especial con respecto a la Generalidad de Cataluña, YSÀS SOLANES, 2016, p. 209, según la cual «la Generalitat adquire los bienes del causante *ipso iure* con carácter retroactivo a partir de la declaración judicial (ahora administrativa) de heredero que, según el artículo 442-12.2 CCCat, es el medio a través del cual la Generalitat acepta la herencia».

⁸¹ En este sentido, *vid.* NIKOLAOU, 2017, p. 393.

⁸² Entre otros, *vid.* RIVA, 2017, p. 84.

⁸³ *Cfr.*, también, para otras referencias (incluida la referencia a los trabajos fundamentales de Pasquale Stanislao Mancini), CALÒ, *Corr. giur.*, 2013, pp. 549 ss.

⁸⁴ Sobre este tema, *vid.* BAREL y ARMELLINI, 2017, p. 236 s.

punto de vista internacional-privatista⁸⁵. Pero en lo que respecta a la sucesión del Estado, el art. 33 del Reg. (titulado «Sucesión vacante»), plantea una excepción al referido principio⁸⁶, al establecer que:

«En la medida en que, conforme a la ley aplicable a la sucesión determinada por el presente Reglamento, no hubiera heredero ni legatario de ningún bien en virtud de una disposición mortis causa, ni ninguna persona física llamada por esa ley a la sucesión del causante, la aplicación de dicha ley no será obstáculo para que un Estado miembro o una entidad designada por dicho Estado miembro pueda tener el derecho de apropiarse, en virtud de su propia ley, de los bienes hereditarios que se encuentren situados en su territorio, siempre y cuando los acreedores puedan obtener satisfacción de sus créditos con cargo a los bienes de la totalidad de la herencia».

El artículo en cuestión presupone, en primer lugar, la subsistencia de una herencia vacante, es decir, la ausencia de herederos o legatarios o de otras personas físicas que tengan derecho a suceder por ley, que se determinará según la ley aplicable a la sucesión⁸⁷. En tal caso, el art. 33 permite la primacía de la *lex rei sitae*⁸⁸ sobre la ley aplicable a la sucesión, es decir, establece una regla de derecho material uniforme que permite al Estado que haya participado en la adopción del reglamento y cuya ley así lo prevea, adquirir los bienes hereditarios situados sobre su territorio⁸⁹. En otras palabras, conforme al art. 33 la ley aplicable a la sucesión sigue siendo válida también para el caso de herencia vacante, con la consecuencia de que el Estado cuyo derecho a apropiarse de los bienes hereditarios sea reconocido por esa ley puede ejercitarlo dondequiera que estén situados los bienes, es

⁸⁵ *Cfr.*, en la jurisprudencia, STJUE de 21 de junio de 2018, asunto C-20/17, en *Notariato*, 2019, pp. 79 ss., con nota de BATTISTA y CARUSO. *Cfr.*, asimismo, en la doctrina, BALLARINO, T.; BALLARINO, E., y PETRELLI, 2016, p. 232, los cuales subrayan que este principio es tradicional en Italia, pero no en otros países, por ejemplo en el Reino Unido, donde se está bastante habituado a separar el tratamiento de los bienes muebles del de los bienes inmuebles. Un planteamiento de este último tipo estaba presente, antes de la entrada en vigor del reglamento, también en Francia, como recuerda HOUSSIER, 2018, p. 59 s.

⁸⁶ No obstante, *vid.* WAULETEL y SALVADORI, 2015, p. 440, los cuales parecen negar que se trate de una auténtica excepción, por el hecho de que se pone a salvo el derecho de los acreedores de satisfacer sus créditos con todos los bienes incluidos en la sucesión.

⁸⁷ Así lo confirma el art. 23 del reglamento, donde, tras haber establecido (en el pár. 1) que «La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión», se precisa (en el pár. 2) que «Dicha ley regirá, en particular: [...] b) la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas [...] así como la determinación de otros derechos sucesorios [...]». En la doctrina, lo ponen de manifiesto WAULETEL y SALVADORI, 2015, p. 436 s.

⁸⁸ En este sentido, con aproximación al art. 30 del reglamento: *vid.* WAULETEL y SALVADORI, 2015, p. 439.

⁸⁹ Para tales observaciones, *vid.* VAGNI, *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 294.

decir, también en el extranjero⁹⁰, a excepción, sin embargo, del caso de que los bienes estén ubicados en el territorio de un Estado diferente que los reclame por *ius imperii*, lo que supondría un conflicto positivo de leyes, resuelto por el reglamento a favor del Estado de situación de los bienes⁹¹ (o de «una entidad designada por dicho Estado miembro»), como, en efecto, ocurre en determinados ordenamientos jurídicos nacionales, que son así plenamente respetados en sus particularidades⁹²).

No obstante, el art. 33 del Reglamento contempla, también, una cláusula de excepción a favor de los acreedores, cuya tutela no puede resultar perjudicada por la aplicación de la *lex rei sitae*⁹³. Se trata de una norma material que aproxima la posición del Estado del *situs rei* (que adquiere los bienes vacantes en virtud del derecho de soberanía) a la del heredero, puesto que la responsabilidad por las deudas es rasgo esencial del sucesor a título universal⁹⁴. Esta norma expresa una elección fundamental, sin duda digna de aprecio⁹⁵, considerado siquiera que un Derecho de sucesiones acorde con los tiempos debería poner en el centro de su atención el problema de la tutela efectiva del crédito, no menos que el de la seguridad en la transmisión de la propiedad⁹⁶.

A pesar de este aspecto positivo, el art. 33 deja abiertas varias cuestiones interpretativas de no fácil solución⁹⁷ y, sobre todo, persigue el objetivo fundamental de reequilibrar la posición de ventaja que, según una *communis opinio*⁹⁸, los Estados a favor de la concepción privatista tendrían sobre aquéllos que todavía prefieren la concepción publicista⁹⁹. Tal elección fundamental, desde el punto de vista internacional-privatista puede ser comprendida y compartida, pero desde el punto de vista civilista contribuye a mantener viva una idea de sucesión del Estado que la era moderna podría (por no decir debería) haber abandonado, como hemos comprobado a la luz del Derecho italiano y del español.

⁹⁰ Vid. DAMASCELLI, 2013, p. 110; MOSCONI y CAMPIGLIO, 2016, p. 278.

⁹¹ Vid., bastante claro, LANGE, 2017, p. 197; asimismo, *amplius*, WAUTELET y SALVADORI, 2015, pp. 437 y 439.

⁹² Cfr. al respecto, WAUTELET y SALVADORI, 2015, p. 440.

⁹³ Cfr., sobre este punto, el Considerando n.º 56 y LAGARDE, 2015, p. 170.

⁹⁴ Así DAMASCELLI, 2013, p. 110 s.

⁹⁵ Vid., entre otros, DAVÌ y ZANOBETTI, 2014, p. 188 s.

⁹⁶ Lo ha puesto de manifiesto con especial eficacia, en perspectiva de comparación entre el *civil law* y el *common law*, SCHMIDT, *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. Research Paper Series*, 2018, pp. 323 ss.

⁹⁷ Se hace remisión a TESCARO, 2019, p. 250 ss.

⁹⁸ Cfr. VAGNI, *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 284 y 290; BROX y WALKER, 2018, p. 52. Por una duda sobre la solidez de tal *communis opinio*, desde el punto de vista del Derecho internacional privado italiano, vid., por otra parte, TESCARO, 2019, p. 244.

⁹⁹ Vid. VAGNI, *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 296; MOSCONI y CAMPIGLIO, 2016, p. 278.

7. CONCLUSIONES

De todo cuanto antecede se desprende, a juicio del autor, que en el Derecho privado contemporáneo la tesis que considera al Estado como heredero es preferible, al menos en lo que respecta a los sistemas jurídicos analizados. Esta conclusión se justifica desde el punto de vista conceptual y dogmático, porque es necesaria una clasificación exacta de los instrumentos técnicos del Derecho civil; pero también se justifica desde el punto de vista práctico, ya que se ha comprobado que puede combinarse esa tesis con soluciones particularmente eficaces, como la española, tendentes hacia la desjudicialización del proceso. Es cierto que el Reglamento europeo sobre las sucesiones en el Derecho internacional privado contribuye a mantener viva la tesis de Derecho público y se preocupa de garantizar la protección a los acreedores de la herencia. Ahora bien, recuérdese que, en ese sistema, el Estado no es un heredero que responde siempre con los bienes del caudal relicto o con los propios también (naturalmente, salvo que lo impida la prescripción de los respectivos créditos), sino que solo adquiere lo que queda una vez transcurrida la fase de liquidación. Por consiguiente, una vez liquidadas las deudas de la herencia y adquirido el sobrante, ¿cómo habrá que proceder si aparecen nuevos bienes u otros acreedores hereditarios? La incertidumbre lleva a concluir que en las relaciones transfronterizas probablemente será más fácil para los acreedores ser satisfechos por los Estados que tengan la cualidad de herederos.

Si además se quiere concluir con una observación general, convendría añadir que la cuestión aquí debatida demuestra, una vez más, lo útil que es tomar en consideración una comparación preferente entre España (comprendidas, obviamente, sus autonomías) e Italia. Eso, sin olvidar los otros grandes ordenamientos jurídicos y las normas comunitarias (al menos allí donde existan). Pero es aconsejable, en opinión de quien escribe, que tal comparación preferente se defienda y se consolide como instrumento no sólo de reforma de los singulares Derechos nacionales, sino también de orientación de los desarrollos futuros de la Unión Europea. Es algo que, desgraciadamente, últimamente parece no ser tenido en cuenta¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Se piensa, por ejemplo, en las «Azioni Integrate Italia - Spagna» que, en el pasado, el *Ministero dell'Università e della Ricerca* italiano financiaba en colaboración con el Ministerio de Educación y Ciencia español. Este tipo de acciones, lamentablemente, no parece que se hayan vuelto a financiar en los últimos años.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, Antonio: *Delle successioni legittime*, en *Il Codice Civile - Commentario*, en Piero Schlesinger y [después] Francesco Donato Busnelli (eds.), Artt. 565-586, Milano, 2012.
- ALLARA, Mario: *La successione legittima*, Torino, 1945.
— *La successione familiare suppletiva*, Torino, 1954.
- ARCOS VIEIRA, María Luisa: «La sucesión legal en Navarra», en María del Carmen Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Judith Solé Resina (Coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 306-340.
- AZZARITI, Giuseppe y IANNACCONE, Attilio: *Successioni dei legittimari e successioni dei legittimi*, 3.ª ed., en Walter Bigiavi (ed.), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1997.
- BALLARINO, Tito; BALLARINO, Eleonora, y PETRELLI, Ilaria: *Diritto internazionale privato italiano*, 8.ª ed., Milano, 2016.
- BAREL, Bruno, y ARMELLINI, Stefano: *Manuale breve. Diritto internazionale privato*, 12.ª ed., Milano, 2017.
- BATTISTA, Maria Teresa, y CARUSO, Giulia: «La Corte di Giustizia UE afferma il principio dell'unità della successione», en *Notariato*, 2019, pp. 81-86.
- BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel: *Précis de droit civil*, 10.ª ed., III, Paris, 1910.
- BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «La sucesión intestada en Aragón», en María del Carmen Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Judith Solé Resina (Coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 103-174.
- BIANCA, Cesare Massimo: *Diritto civile*, II-2, *Le successioni*, 5.ª ed., Milano, 2015.
- BIERHENKE, Matthias: «Aspects de droit successoral allemand», en Zoé Ancel-Lioyer y Emanuele Calò (eds.), *Les successions en droit comparé*, Napoli, 2016, pp. 15-72.
- BONFANTE, Pietro: «Appendice», en Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Trattato di diritto civile*, Gabriel Baudry-Lacantinerie y Alberto Wahl, *Delle successioni*, I, Milano, 1924.
- BONILINI, Giovanni: *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 9.ª ed., Milano, 2018.
- BROX, Hans, y WALKER, Wolf-Dietrich: *Erbrecht*, 28.ª ed., München, 2018.
- CALÒ, Emanuele: «L'inarrestabile declino della cittadinanza altrui: il Regolamento (UE) n. 650/2012 del luglio 2012», *Il Corriere giuridico*, 2013, pp. 549-558.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Intestate Succession in Spain», en Kenneth Reid, Marius de Waal y Reinhard Zimmermann (eds.), *Comparative Succession Law*, vol. II, *Intestate Succession*, Oxford, 2015, pp. 96-117.
- CAPOZZI, Guido: *Successioni e donazioni*, 4.ª ed. (a cargo de Annamaria Ferrucci y Carmine Ferrentino), I, Milano, 2015.
- CARDILLI, Riccardo: «Considerazioni romanistiche sulla resistenza dei termini "erede" e "successione"», en Sara Scola y Mauro Tescaro (eds.), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Vol. I, *Esperienze italiane*, Napoli, 2019, pp. 29-50.
- CIATTI, Alessandro: «La successione dello Stato», en Roberto Calvo y Giovanni Perlingieri (eds.), *Diritto delle successioni e delle donazioni*, 2.ª ed., Napoli, 2013, pp. 627-631.

- CICU, Antonio: «La nozione di erede nel diritto italiano vigente», in *Studi dedicati alla memoria di Pier Paolo Zanzucchi*, Milano, 1927, pp. 159-172.
- *Le successioni, Parte generale - Successione legittima e dei legittimari - Testamento*, Milano, 1947.
- COVIELLO, Leonardo sr.: *Successione legittima e necessaria*, Milano, 1937.
- CULEAC, Tina Daniela: Nota editoriale, Trib. Verona, (ordinanza) 26 ottobre 2017, *Studium iuris*, 2019, p. 240 s.
- DAMASCELLI, Domenico: *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*, Milano, 2013.
- D'AMICO, Ernesto: «L'eredità giacente», in Sara Scola y Mauro Tescaro (eds.), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Vol. I, *Esperienze italiane*, Napoli, 2019, pp. 103-108.
- DAVÌ, Angelo, y ZANOBETTI, Alessandra: *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014.
- DI LORENZO, Giovanni: «L'eredità giacente», in Giovanni Bonilini (ed.), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, pp. 1177-1195.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV-2, *Derecho de sucesiones*, 12.^a ed., Madrid, 2017.
- FUSARO, Andrea: *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, 2.^a ed., Torino, 2017.
- GABBA, Carlo Francesco: «Indole del diritto dello Stato sulle successioni vacanti», in *Nuove questioni di diritto civile*, II, Torino, 1914.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka: «Una proposta dottrinale di riforma del sistema successorio nel Codice civile spagnolo», in Esther Arroyo Amayuelas, Christian Baldus, Elena de Carvalho Gomes, Anne-Marie Leroyer, Qing Lu y Johannes Michael Rainer (eds.), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Vol. II, *Esperienze straniere*, Napoli, 2019, pp. 567-586.
- GAZZONI, Francesco: *Manuale di diritto privato*, 18.^a ed., Napoli, 2017.
- GRIMALDI, Michel: *Droit des successions*, 7.^a ed., Paris, 2017.
- GROSSO, Giuseppe y BURDESE, Alberto: *Le successioni – Parte generale*, in Filippo Vassalli (dir.), *Trattato di diritto civile italiano*, 12, I, Torino, 1977.
- HOUSSIER, Jérémy: *Droit des successions et des libéralités*, Paris, 2018.
- KINDLER, Peter, «Le successioni a causa di morte nel diritto tedesco: profili generali e successione nei beni produttivi», *Rivista di diritto civile*, 2015, pp. 359-384.
- KROISS, Ludwig: *sub § 1936 BGB*, in Ludwig Kroiß, Christoph Ann y Jörg Mayer (Hrsg.), *NomosKommentar BGB - Erbrecht*, 5.^a ed., Baden-Baden, 2018, pp. 123-125.
- KRUG, Walter: *sub § 1966 BGB*, in Ludwig Kroiß, Christoph Ann y Jörg Mayer (Hrsg.), *NomosKommentar BGB - Erbrecht*, 5.^a ed., Baden-Baden, 2018, pp. 231-233.
- LAGARDE, Paul: *sub art. 33*, in Ulf Bergquist, Domenico Damascelli, Richard Frimston, Paul Lagarde, Felix Odersky y Barbara Reinhartz, *EU Regulation on Succession and Wills - Commentary*, Koeln, 2015, pp. 168-170.
- LANGE, Knut Werner: *Erbrecht*, 2.^a ed., München, 2017.
- LANGE, Knut Werner, y TISCHER, Robert Philipp: *Familien- und Erbrecht*, 4.^a ed., München, 2017.
- LEROYER, Anne-Marie: *Droit des successions*, 3.^a ed., Paris, 2014.
- LINDINER, Antonio: «Il contratto di rilevazione di diritti successorii», *Jus civile*, 2015, pp. 555-576.

- MADRIGNÁN VÁZQUEZ, Marta: «La herencia yacente», en María del Carmen Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Judith Solé Resina (Coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo I, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 159-186.
- MATEO SANZ, Jacobo Bernardo: «La sucesión del Estado», en Francisco Javier Sánchez Calero (Coord.), *Curso de Derecho civil IV, Derechos de familia y sucesiones*, 9.^a ed., Valencia, 2019, pp. 718-719.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean, y CHABAS, François: *Leçons de droit civil, IV/2, Successions - Libéralités*, 5.^a ed. (a cargo de Laurent Leveneur y Sabine Mazeaud-Leveneur), Paris, 1999.
- MENGGONI, Luigi: *Successioni per causa di morte, Parte speciale, Successione legittima*, en Antonio Cicu y Francesco Messineo (luego Luigi Mengoni), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XLIII, t. 1, 6.^o ed., Milano, 1999.
- MOSCONI, Franco, y CAMPIGLIO, Cristina: *Diritto internazionale privato e processuale*, II, *Statuto personale e diritti reali*, 4.^a ed., Milano, 2016.
- NATOLI, Ugo: *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, *L'amministrazione durante il periodo antecedente all'accettazione dell'eredità*, 2.^a ed., Milano, 1968.
- NIETO ALONSO, Antonia: «La sucesión intestada en el Derecho civil de Galicia», en María del Carmen Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Judith Solé Resina (Coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 249-304.
- NIKOLAOU, Eirini V.: «Comment to Article 33», en Haris P. Pamboukis (ed.), *EU Succession Regulation No 650/2012*, Athens – München – Oxford – Baden-Baden, 2017, pp. 391-400.
- OLZEN, Dirk, y LOOSCHELDERS, Dirk: *Erbrecht*, 5.^a ed., Berlin/Boston, 2017.
- PADOVINI, Fabio: «La successione del coniuge, dei parenti e dello Stato», en Stefano Delle Monache (ed.), *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Padova, 2007, pp. 97-114.
- PLANIOL, Marcel, y RIPERT, Georges: *Traité pratique de droit civil français*, 2.^a ed., IV, *Successions*, con la colaboración de Jacques Maury y Henri Vialette, Paris, 1956.
- POLACCO, Vittorio: *Delle successioni*, 2.^a ed., ed. Alfredo Ascoli y Evelina Polacco, I, *Successioni legittime e testamentarie*, Milano-Roma, 1937.
- PORCELLI, Stefano: «Diritto delle successioni *mortis causa* in Cina durante l'elaborazione del nuovo Codice civile», en Esther Arroyo Amayuelas, Christian Baldus, Elena de Carvalho Gomes, Anne-Marie Leroyer, Qing Lu y Johannes Michael Rainer (eds.), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Vol. II, *Esperienze straniere*, Napoli, 2019, pp. 605-640.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie: *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, ed. Roberto Calvo, Napoli, 2013.
- RAYNAUD, Pierre: *Les successions et les libéralités*, en Gabriel MARTY y Pierre RAYNAUD, *Droit civil*, Paris, 1983.
- REID, Kenneth; DE WAAL, Marius, y ZIMMERMANN, Reinhard: «Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective», en Kenneth Reid, Marius de Waal y Reinhard Zimmermann (eds.), *Comparative Succession Law*, vol. II, *Intestate Succession*, Oxford, 2015, pp. 442-512.
- RIVA, Ilaria: *Certificato successorio europeo. Tutele e vicende acquisitive*, Napoli, 2017.
- RÖTHEL, Anne: «Stiftungserbrecht statt Staatserbrecht?», *Non Profit Law Yearbook*, 2007, pp. 189-208.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier: «La herencia yacente y su administración», en Francisco Javier Sánchez Calero (Coord.), *Curso de Derecho civil IV, Derechos de familia y sucesiones*, 9.^a ed., Valencia, 2019, pp. 393-395.

- SANTORO-PASSARELLI, Francesco: «Teoria della successione legittima dello Stato», en *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931; luego en *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961, pp. 595-642.
- SCHMIDT, Jan Peter: «Intestate Succession in Latin America», en Kenneth Reid, Marius de Waal y Reinhard Zimmermann (eds.), *Comparative Succession Law*, vol. II, *Intestate Succession*, Oxford, 2015, pp. 118-158.
- «Transfer of Property on Death and Creditor Protection: The Meaning and Role of “Universal Succession”», en *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. Research Paper Series*, N.º 18/3, 2018, pp. 323-337.
- SPOTTI, Federico: «Lo Stato», en Giovanni Bonilini (ed.), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, pp. 877-901.
- TAMBURRINO, Giuseppe: voce «Successione legittima (diritto privato)», en *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, 1990, pp. 1323-1338.
- TARABAL BOSCH, Jaume: «La successione legale in España: approccio classico e recenti sviluppi», en Esther Arroyo Amayuelas, Christian Baldus, Elena de Carvalho Gomes, Anne-Marie Leroyer, Qing Lu y Johannes Michael Rainer (eds.), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Vol. II, *Esperienze straniere*, Napoli, 2019, pp. 709-724.
- TERRÉ, François; LEQUETTE, Yves, y GAUDEMET, Sophie: *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 4.^a ed., Paris, 2014.
- TESCARO, Mauro: «La successione dello Stato nel diritto italiano tra modello pubblicistico di stampo francese, modello privatistico di stampo tedesco e loro contemperamento nell’art. 33 del regolamento UE n. 650 del 2012», en Sara Scola y Mauro Tescaro (eds.), *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, Vol. I, *Esperienze italiane*, Napoli, 2019, pp. 207-257.
- TRABUCCHI, Alberto: *Istituzioni di diritto civile*, 49.^a ed. (al cuidado de Giuseppe Trabucchi), Milano, 2019.
- TRABUCCHI, Alberto, y RASI CALDOGNO, Alberto: voce «Successione legittima», en *Novissimo Digesto italiano*, XVIII, Torino, 1971, pp. 765-786.
- VAGNI, Laura: «La successione dello Stato. Profili di diritto comparato ed europeo», *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2018, pp. 283-300.
- WAUTELET, Patrick, y SALVADORI, Margherita: *sub art. 33*, en Andrea Bonomi y Patrick Wautelet, *Il regolamento europeo sulle successioni*, Milano, 2015, pp. 435-442.
- YILDIRIM, Gulsen: «*Succession vacante ou en déshérence*», *Jurisclasseur civil*, fasc. único de 12 de septiembre de 2013, actualizado a 14 de febrero de 2017 en la página web www.lexis360.fr.
- YSÀS SOLANES, María: «La sucesión intestada en el Código civil», en María del Carmen Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Judith Solé Resina (Coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 67-102.
- «La sucesión intestada en Cataluña», en María del Carmen Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Judith Solé Resina (Coord.), *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 175-212.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio: *Le successioni legittime*, Milano, 1927.
- ZIMMERMANN, Reinhard: «Il diritto ereditario dei parenti in prospettiva storico-comparatistica», *Familia*, 2016, pp. 21-70.
- «Intestate Succession in Germany», en Kenneth Reid, Marius de Waal y Reinhard Zimmermann (eds.), *Comparative Succession Law*, vol. II, *Intestate Succession*, Oxford, 2015, pp. 181-223.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

MARTA OTERO CRESPO

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Departamento de Derecho Común
Universidade de Santiago de Compostela

JULIA AMMERMAN YEBRA

Investigadora Posdoctoral de Derecho civil
Doctora en Derecho
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. *Legislación*. A) Normativa Vigente.–Banca y Mercados. Cooperación Judicial. Derecho de Consumo. Protección de Datos Personales. Responsabilidad Civil y Seguros. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. Banca y Mercados. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de Consumo. Marcas, Dibujos y Modelos.– Protección de Datos. Responsabilidad Civil y Seguros.–II. *Procedimientos Jurisdiccionales*. Banca y Mercados. Competencia, Reconocimiento y Ejecución. Cooperación Judicial. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de Consumo. Derecho de Contratos. Derecho de la Competencia. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual e Industrial. Protección de Datos Personales. Responsabilidad Civil y Seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

BANCA Y MERCADOS

1. **Directiva (UE) 2020/1504 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, por la que se modifica la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros, DOUE, L, núm. 347, de 20 de octubre de 2020.**

COOPERACIÓN JUDICIAL

2. **Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la cooperación entre los órga-**

nos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (obtención de pruebas) (versión refundida), DOUE, L, núm. 405, de 2 de diciembre de 2020.

3. **Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos»)** (versión refundida), DOUE, L, núm. 405, de 2 de diciembre de 2020.
4. **Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil**, DOUE, L, núm. 19, de 21 de enero de 2021.

DERECHO DE CONSUMO

5. **Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE**, DOUE, L, núm. 409, de 4 de diciembre de 2020.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

6. **Decisión (UE) 2020/1502 de la Comisión de 15 de octubre de 2020 por la que se establecen normas internas relativas a la comunicación de información a los interesados y a las limitaciones de algunos de sus derechos en el contexto del tratamiento de datos personales que lleva a cabo la Comisión en el mecanismo de cooperación establecido por el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo**, DOUE, L, núm. 342, de 16 de octubre de 2020.
7. **Decisión de la Defensora del Pueblo Europeo de 9 de noviembre de 2020 sobre el reglamento interno para limitar determinados derechos de los interesados en el tratamiento de sus datos personales**, DOUE, L, núm. 415, de 10 de diciembre de 2020.
8. **Corrección de errores del Reglamento Delegado (UE) 2020/2153 de la Comisión, de 7 de octubre de 2020, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo en lo que respecta a las categorías de datos personales operativos y a las categorías de interesados cuyos datos personales operativos pueden ser tratados por la Fiscalía Europea en el índice de expedientes (DOL 431 de 21.12.2020)**, DOUE, L, núm. 433, de 22 de diciembre de 2020.
9. **Decisión de Ejecución (UE) 2021/27 de la Comisión, de 7 de enero de 2021, sobre la solicitud de registro de la iniciativa ciudadana europea titulada «Iniciativa de la sociedad civil para la prohibición**

de las prácticas de vigilancia biométrica masiva» [notificada con el número C(2021) 32], DOUE, L, núm. 13, de 15 de enero de 2021.

10. Decisión del Comité Director de la Agencia Ejecutiva para las Pequeñas y Medianas Empresas, relativa a las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las actividades llevadas a cabo por la Agencia, DOUE, L, núm. 26, de 26 de enero de 2021.
11. Decisión SC (2020) 26 del Comité Director de la INEA, de 14 de octubre de 2020, relativa a las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las actividades llevadas a cabo por la Agencia Ejecutiva de Innovación y Redes, DOUE, L, núm. 45, de 9 de febrero de 2021.
12. Reglamento interno de Eurojust relativo al tratamiento y a la protección de datos personales, DOUE, L, núm. 50, de 24 de febrero de 2021.
13. Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DO L 119 de 4.5.2016), DOUE, L, núm. 74, de 4 de marzo de 2021.

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

14. Reglamento de Ejecución (UE) 2020/1647 de la Comisión, de 9 de noviembre de 2020, por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 30 de septiembre de 2020 y el 30 de diciembre de 2020 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, DOUE, L, núm. 375, de 10 de noviembre de 2020.
15. Reglamento de Ejecución (UE) 2021/178 de la Comisión, de 8 de febrero de 2021, por el que se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 31 de diciembre de 2020 y el 30 de marzo de 2021 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, DOUE, L, núm. 53, de 16 de febrero de 2021.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

BANCA Y MERCADOS

16. **Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2019, sobre la unión bancaria – Informe anual 2018 (2018/2100(INI)), DOUE, C, núm. 411, de 27 de noviembre de 2020.**
17. **Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de enero de 2019, sobre la aplicación de la Directiva 2011/7/UE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (2018/2056(INI)), DOUE, C, núm. 411, de 27 de noviembre de 2020.**

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

18. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Estrategia para la Igualdad de Género» [COM(2020)152 final], DOUE, C, núm. 364, de 28 de octubre de 2020.**
19. **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2019, sobre la integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo (2018/2162(INI)), DOUE, C, núm. 411, de 27 de noviembre de 2020.**
20. **Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de febrero de 2019, sobre la involución en el ámbito de los derechos de la mujer y la igualdad de género en la Unión Europea (2018/2684(RSP)), DOUE, C, núm. 449, de 23 de diciembre de 2020.**
21. **Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de febrero de 2019, sobre los derechos de las personas intersexuales (2018/2878(RSP)), DOUE, C, núm. 449, de 23 de diciembre de 2020.**
22. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La necesidad de garantizar a las personas con discapacidad el derecho real de voto en las elecciones al Parlamento Europeo» (Dictamen de iniciativa adicional), DOUE, C, núm. 56, de 16 de febrero de 2021.**

DERECHO DE CONSUMO

23. **Posición Núm. 11/2020 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE Adoptada por el Consejo el 4 de noviembre de 2020 (1), DOUE, C, núm. 404, de 26 de noviembre de 2020.**
24. **Exposición de motivos del Consejo: Posición núm. 11/2020 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de**

representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, DOUE, C, núm. 404, de 26 de noviembre de 2020.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

25. **Publicación de las listas de tribunales de marcas de la Unión Europea y tribunales de dibujos y modelos comunitarios, de conformidad con el artículo 123, apartado 3, del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la marca de la Unión Europea, y el artículo 80, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 6/2002 del Consejo, sobre los dibujos y modelos comunitarios, DOUE, C, núm. 327, de 5 de octubre de 2020.**

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

26. **Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre el Dictamen del SEPD sobre la Estrategia Europea de Datos, DOUE, C, núm. 322, de 30 de septiembre de 2020.**
27. **Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2018, sobre la utilización de los datos de los usuarios de Facebook por parte de Cambridge Analytica y el impacto en la protección de los datos (2018/2855(RSP)), DOUE, C, núm. 345, de 16 de octubre de 2020.**
28. **Resumen del dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza (El texto completo del presente dictamen está disponible en inglés, francés y alemán en el sitio web del SEPD: www.edps.europa.eu), DOUE, C, núm. 392, de 17 de noviembre de 2020.**
29. **P8_TA(2019)0155, Protección de los datos personales en el contexto de las elecciones al Parlamento Europeo ***I, Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2019, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) núm. 1141/2014 en lo que respecta a un procedimiento de verificación relativo a las infracciones de las normas de protección de los datos personales en el contexto de las elecciones al Parlamento Europeo (COM(2018)0636 – C8-0413/2018 – 2018/0336(COD)). P8_TC1-COD(2018)0336, Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 12 de marzo de 2019 con vistas a la adopción del Reglamento (UE, Euratom) 2019/... del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) n.º 1141/2014 en lo que respecta a un procedimiento de verificación relativo a las infracciones de las normas de protección de los datos personales en el contexto de las elecciones al Parlamento Europeo, DOUE, C, núm. 23, de 21 de enero de 2021.**

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

30. **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2019, sobre la conducción autónoma en los transportes europeos (2018/2089(INI)), DOUE, C, núm. 411, de 27 de noviembre de 2020.**

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

BANCA Y MERCADOS

31. **Asunto C-410/20: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de La Coruña (España) el 2 de septiembre de 2020 – Banco Santander, S. A. / J. A. C. y M. C. P. R., DOUE, C, núm. 423, de 7 de diciembre de 2020.**

COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

32. **Asunto C-317/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Mainz (Alemania) el 16 de julio de 2020 – KX / PY GmbH, DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.**
33. **Asunto C-98/20: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 3 de septiembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Obvodní soud pro Prahu 8 – República Checa) – mBank S. A. / PA [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Competencia judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el consumidor – Artículo 18, apartado 2 – Acción entablada contra el consumidor por el profesional – Concepto de «domicilio del consumidor» – Momento pertinente para determinar el domicilio del consumidor – Traslado del domicilio del consumidor tras la celebración del contrato y antes de la interposición de la demanda], DOUE, C, núm. 414, de 30 de noviembre de 2020.**
34. **Asunto C-393/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie (Polonia) el 18 de agosto de 2020 – T. B. y D. sp. z. o.o. / G. I. A/S, DOUE, C, núm. 423, de 7 de diciembre de 2020.**
35. **Asunto C-498/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Midden-Nederland (Países Bajos) el 29 de septiembre de 2020 – ZK en su condición de sucesor de JM, administrador del procedimiento concursal de BMA Nederland BV / BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG. Parte interviniente: Stichting Belangbehartiging Crediteuren BMA Nederland, DOUE, C, núm. 443, de 21 de diciembre de 2020.**

36. Asunto C-568/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 2 de noviembre de 2020 – J / H Limited, DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
37. Asunto C-581/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Varhoven kasatsionen sad (Bulgaria) el 5 de noviembre de 2020 – Skarb Państwa Rzeczypospolitej Polskiej reprezentowany przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad / Toto SpA – Costruzioni Generali, Vianini Lavori SpA, DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
38. Asunto C-603/20: Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (Inglaterra y País de Gales) Family Division el 16 de noviembre de 2020 – SS / MCP, DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
39. Asunto C-591/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 11 de noviembre de 2020 – Reprensus GmbH / S-V Pavlovi Trejd EOOD, DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
40. Asunto C-604/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Alemania) el 16 de noviembre de 2020 – ROI Land Investments Ltd. / FD, DOUE, C, núm. 44, de 8 de febrero de 2021.
41. Asunto C-646/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 1 de diciembre de 2020 – Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht / TB, DOUE, C, núm. 44, de 8 de febrero de 2021.
42. Asunto C-387/20: Petición de decisión prejudicial planteada por la Notariusz w Krapkowicach Justyna Gawlica – Krapkowice (Polonia) el 12 de agosto de 2020 – OKR, DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.
43. Asunto C-617/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen (Alemania) el 20 de noviembre de 2020 – T. N., N. N. / E. G., DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.
44. Asunto C-645/20: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 1 de diciembre de 2020 – V A, Z A / TP, DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.
45. Asunto C-7/21: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bezirksgericht Bleiburg (Austria) el 8 de enero de 2021 – LKW WALTER Internationale Transportorganisation AG / CB y otros, DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.

COOPERACIÓN JUDICIAL

46. **Asunto C-647/18: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 15 de enero de 2020** (petición de decisión prejudicial planteada por el Okrazhen sad – Vidin – Bulgaria) – Corporate Commercial Bank, en liquidación / Elit Petrol AD (Procedimiento prejudicial – Artículo 53, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cooperación judicial en materia civil – Procedimientos de insolvencia – Modificación retroactiva de los requisitos de ejecución de las compensaciones recíprocas efectuadas con una entidad de crédito en quiebra – Estado de Derecho – Principio de seguridad jurídica – Derecho a la tutela judicial efectiva), DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.
47. **Asunto C-186/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de septiembre de 2020** (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Supreme Site Services GmbH, Supreme Fuels GmbH & Co KG, Supreme Fuels Trading Fze / Supreme Headquarters Allied Powers Europe [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Artículo 1, apartado 1 – Ámbito de aplicación – Materia civil y mercantil – Competencia judicial – Competencias exclusivas – Artículo 24, punto 5 – Litigios en materia de ejecución de resoluciones – Acción de una organización internacional basada en la inmunidad de ejecución por la que se solicita el levantamiento de un embargo preventivo y la prohibición de instar de nuevo su práctica], DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.
48. **Asunto C-540/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de septiembre de 2020** (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – WV / Landkreis Harburg [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Competencia en materia de obligaciones de alimentos – Reglamento (CE) núm. 4/2009 – Artículo 3, letra b) – Órgano jurisdiccional del lugar de la residencia habitual del acreedor de alimentos – Acción de repetición ejercitada por un organismo público subrogado en los derechos del acreedor de alimentos], DOUE, C, núm. 423, de 7 de diciembre de 2020.
49. **Asunto C-759/18: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 3 de octubre de 2019** (petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Rădăuți – Rumanía) – OF / PG [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Competencia para conocer de una demanda de divorcio – Competencia en materia de responsabilidad parental y de la obligación de alimentos respecto del hijo menor de edad de la pareja – Presentación de la demanda ante un tribunal del Estado de la nacionalidad de las partes – Artículo 3, apartado 1, letra b) – Residencia del menor y de los padres en otro Estado miembro – Artículo 12, apartado 1, letra b) – Prórroga de la competencia – Artículo 17 – Comprobación de la compe-

tencia – Concepto de «responsabilidad parental»], DOUE, C, núm. 443, de 21 de diciembre de 2020.

50. Asunto C-433/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Ellmes Property Services Limited / SP [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Artículo 24, punto 1 – Competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios – Artículo 7, punto 1, letra a) – Competencia especial en materia contractual – Acción judicial ejercitada por un propietario de un bien sometido al régimen de propiedad horizontal con la que pretende lograr que otro propietario deje de utilizar con fines turísticos un bien inmueble sujeto a dicho régimen], DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.
51. Asunto C-519/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de noviembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – Ryanair DAC / DelayFix, anteriormente Passenger Rights [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Contrato de transporte aéreo – Cláusula atributiva de competencia contratada por el pasajero que tiene la condición de consumidor – Crédito de ese pasajero frente a la compañía aérea – Cesión de dicho crédito a una agencia de gestión de cobro – Oponibilidad de la cláusula atributiva de competencia por la compañía aérea a la sociedad cesionaria del crédito del citado pasajero – Directiva 93/13/CEE], DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
52. Asunto C-59/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de noviembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Wikingerhof GmbH & Co. KG / Booking.com BV [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (UE) núm. 1215/2012 – Competencia judicial – Artículo 7, puntos 1 y 2 – Competencia especial en materia delictual o cuasidelictual – Acción de cesación de prácticas comerciales consideradas contrarias al Derecho de la competencia – Alegación de abuso de posición dominante materializado en prácticas comerciales amparadas en disposiciones contractuales – Plataforma de reserva de alojamiento en línea booking.com], DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
53. Asunto C-774/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 10 de diciembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Vrhovno sodišče Republike Slovenije – Eslovenia) – A. B., B. B. / Personal Exchange International Limited [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 15, apartado 1 – Competencia en materia de contratos celebrados por consumidores – Concepto de «consumidor» – Contrato de juegos de póker celebrado en línea entre una

persona física y un organizador de juegos de azar – Persona física que se gana la vida con los juegos de póker en línea – Conocimientos que posee esa persona – Regularidad de la actividad], DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

54. **Asunto C-244/20: Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (España) el 8 de junio de 2020 – F. C. I. / Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), DOUE, C, núm. 320, de 28 de septiembre de 2020.**
55. **Asunto C-344/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal du travail francophone de Bruxelles (Bélgica) el 27 de julio de 2020 – L. F. / S. C. R. L., DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.**

DERECHO DE CONSUMO

56. **Asunto C-381/19: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 15 de enero de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Cluj – Rumanía) – SC Banca E S. A. / G. D. (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CE – Introducción de una nueva vía de recurso durante el procedimiento – Principios de seguridad jurídica y de efectividad), DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.**
57. **Asunto C-268/20: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta (España) el 16 de junio de 2020 – XV / Cajamar Caja Rural S. C. C., DOUE, C, núm. 320, de 28 de septiembre de 2020.**
58. **Asunto C-192/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Krajský súd Prešov (Eslovaquia) el 5 de mayo de 2020 – Prima Banka Slovensko y otros / HD, DOUE, C, núm. 329, de 5 de octubre de 2020.**
59. **Asunto C-303/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Opatowie (Polonia) el 8 de julio de 2020 – Último Portfolio Investment (Luxembourg) S. A. / KM, DOUE, C, núm. 329, de 5 de octubre de 2020.**
60. **Asunto C-296/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 3 de julio de 2020 – Commerzbank AG / E. O., DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.**
61. **Asunto C-321/20: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona (España) el 20 de julio de 2020 – CDT, SA / MIMR, HRMM, DOUE, C, núm. 359, de 26 de octubre de 2020.**

62. Asuntos acumulados C-84/19, C-222/19 y C-252/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de septiembre de 2020 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Sąd Rejonowy Szczecin – Prawobrzeże i Zachód w Szczecinie, Sąd Rejonowy w Opatowie – Polonia) – Profi Credit Polska SA / QJ (C-84/19), BW / DR (C-222/19), QL / CG (C-252/19) (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículo 1, apartado 2 – Ámbito de aplicación – Disposición nacional que prevé el importe máximo de los costes del crédito no correspondientes a intereses – Artículo 3, apartado 1 – Cláusula contractual que repercute en el consumidor costes de la actividad económica del prestamista – Desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes – Artículo 4, apartado 2 – Obligación de redactar las cláusulas contractuales de forma clara y comprensible – Cláusulas contractuales que no especifican los servicios que pretenden retribuir – Directiva 2008/48/CE – Artículo 3, letra g) – Normativa nacional que establece un modo de cálculo del importe máximo del coste del crédito no correspondiente a intereses que puede ponerse a cargo del consumidor), DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.
63. Asuntos acumulados C-807/18 y C-39/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de septiembre de 2020 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Fővárosi Törvényszék – Hungría) – Telenor Magyarország Zrt. / Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke [Procedimiento prejudicial – Comunicaciones electrónicas – Reglamento (UE) 2015/2120 – Artículo 3 – Acceso a una Internet abierta – Artículo 3, apartado 1 – Derechos de los usuarios finales – Derecho a acceder a las aplicaciones y a los servicios y a utilizarlos – Derecho a ofrecer aplicaciones y servicios – Artículo 3, apartado 2 – Prohibición de acuerdos y prácticas comerciales que limiten el ejercicio de los derechos de los usuarios finales – Conceptos de «acuerdos», de «prácticas comerciales», de «usuarios finales» y de «consumidores» – Evaluación de la existencia de una limitación del ejercicio de los derechos de los usuarios finales – Modalidades – Artículo 3, apartado 3 – Obligación de trato equitativo y no discriminatorio del tráfico – Posibilidad de aplicar medidas razonables de gestión del tráfico – Prohibición de medidas de bloqueo y de ralentización del tráfico – Excepciones – Prácticas comerciales que consisten en ofrecer paquetes con arreglo a los cuales los clientes que se suscriben a ellos contratan un plan que les permite utilizar sin restricciones un volumen de datos determinado, sin que la utilización de ciertas aplicaciones y ciertos servicios específicos a los que se aplica una «tarifa cero» se descuente del volumen de datos contratados, y, una vez consumido este volumen de datos, pueden continuar utilizando sin restricciones estas aplicaciones y estos servicios específicos, mientras que se aplican medidas de bloqueo o de ralentización del tráfico a las demás aplicaciones y servicios], DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.
64. Asunto C-738/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 10 de septiembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Amsterdam – Países Bajos) – A / B, C [Pro-

cedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Punto 1, letra e), del anexo – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Viviendas sociales – Obligación de residencia y prohibición de subarrendar el bien – Artículo 3, apartados 1 y 3 – Artículo 4, apartado 1 – Apreciación del eventual carácter abusivo de las cláusulas penales – Criterios], DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.

65. Asunto C-485/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de octubre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État – Francia) – Groupe Lactalis / Premier ministre, Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Ministre de l'Économie et des Finances [Procedimiento prejudicial – Reglamento (UE) núm. 1169/2011 – Información alimentaria facilitada al consumidor – Artículos 9, apartado 1, letra i), y 26, apartado 2, letra a) – Mención obligatoria del país de origen o del lugar de procedencia de los alimentos – Omisión que puede inducir a error al consumidor – Artículo 38, apartado 1 – Materias específicamente armonizadas – Artículo 39, apartado 2 – Adopción de medidas nacionales que establecen menciones obligatorias adicionales relativas al país de origen o al lugar de procedencia de tipos o categorías específicos de alimentos – Requisitos – Demostración de la existencia de una relación entre una o más cualidades de los alimentos de que se trata y su origen o procedencia – Conceptos de «demostración de la existencia de una relación» y de «cualidades» – Prueba de que la mayoría de los consumidores consideran importante que se les facilite dicha información – Medida nacional que establece la mención obligatoria del origen nacional, europeo o no europeo de la leche], DOUE, C, núm. 399, de 23 de noviembre de 2020.
66. Asunto C-641/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 8 de octubre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Hamburg – Alemania) – EU / PE Digital GmbH (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Artículos 2, punto 11, 14, apartado 3, y 16, letra m) – Contrato a distancia – Suministro de contenidos y servicios digitales – Derecho de desistimiento – Obligaciones del consumidor en caso de desistimiento – Determinación del importe que el consumidor ha de abonar por los servicios prestados antes del ejercicio del derecho de desistimiento – Excepción al derecho de desistimiento en caso de suministro de contenido digital), DOUE, C, núm. 414, de 30 de noviembre de 2020.
67. Asunto C-778/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 15 de octubre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État – Francia) – Association française des usagers de banques / Ministre de l'Économie et des Finances [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Servicios de pago en el mercado interior – Directiva 2007/64/CE – Artículo 45 – Directiva (UE) 2015/2366 – Artículo 55 – Rescisión de un contrato marco – Directiva 2014/17/UE – Contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial –

Artículo 12, apartados 1, 2, letra a), y 3 – Prácticas de venta vinculada – Prácticas de venta combinada – Directiva 2014/92/UE – Cuentas de pago – Artículos 9 a 14 – Traslado de cuentas – Obligación de domiciliar sus ingresos en una cuenta de pago en la entidad del prestamista durante un período establecido por el contrato de préstamo a cambio de una ventaja individualizada – Duración de la obligación – Pérdida de la ventaja individualizada en caso de cancelación anticipada de la cuenta], DOUE, C, núm. 423, de 7 de diciembre de 2020.

68. **Asunto C-529/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 21 de octubre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Potsdam – Alemania) – Möbel Kraft GmbH & Co. KG / ML (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2011/83/UE – Artículo 16, letra c) – Derecho de desistimiento – Excepciones – Bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados – Bienes cuya producción ya ha comenzado el comerciante), DOUE, C, núm. 423, de 7 de diciembre de 2020.**
69. **Asunto C-472/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék (Hungría) el 30 de septiembre de 2020 – Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt. / PN, DOUE, C, núm. 423, de 7 de diciembre de 2020.**
70. **Asunto C-474/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Vrhovni sud Republike Hrvatske (Croacia) el 30 de septiembre de 2020 – I. D. / Z. b, d.d., Z, DOUE, C, núm. 423, de 7 de diciembre de 2020.**
71. **Asunto C-484/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht München (Alemania) el 1 de octubre de 2020 – Vodafone Kabel Deutschland GmbH / Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.**
72. **Asunto C-469/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Nürnberg (Alemania) el 29 de septiembre de 2020 – RightNow GmbH / Wizz Air, DOUE, C, núm. 9, de 11 de enero de 2021.**
73. **Asunto C-287/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – DenizBank AG / Verein für Konsumenteninformation [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva (UE) 2015/2366 – Servicios de pago en el mercado interior – Artículo 4, punto 14 – Concepto de instrumento de pago – Tarjetas bancarias multifuncionales personalizadas – Función de comunicación de campo cercano (NFC) – Artículos 52, punto 6, letra a), y 54, apartado 1 – Información que ha de proporcionarse al usuario – Modificación de las condiciones de un contrato marco – Aceptación tácita – Artículo 63,**

apartado 1, letras a) y b) – Derechos y obligaciones relacionados con los servicios de pago – Excepción aplicable a los instrumentos de pago de escasa cuantía – Requisitos para su aplicación – Instrumento de pago que no puede ser bloqueado – Instrumento de pago utilizado de manera anónima – Limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia], DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.

74. Asunto C-536/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania) el 22 de octubre de 2020 – UAB «Tiketa» / M.Š., VšĮ «Baltic Music», DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.
75. Asunto C-567/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Općinski građanski sud u Zagrebu (Croacia) el 29 de octubre de 2020 – A. H. / Zagrebačka banka d.d., DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.
76. Asunto C-269/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de noviembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Cluj – Rumania) – Banca B. SA / A. A. A. (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Consecuencias de la declaración del carácter abusivo de una cláusula – Sustitución de la cláusula abusiva – Modo de cálculo del tipo de interés variable – Procedencia – Emplazamiento a las partes para que negocien), DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
77. Asunto C-594/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Markkinaoikeus (Finlandia) el 12 de noviembre de 2020 – Kuluttaja-asiamies/MiGame Oy, DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
78. Asunto C-807/19: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sofijski rayonen sad – Bulgaria) – procedimiento iniciado por «DSK Bank» EAD, «FrontEx International» EAD (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Artículos 3 y 6 a 8 – Directiva 2008/48/CE – Artículo 22 – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Examen de oficio por el juez nacional – Proceso monitorio nacional), DOUE, C, núm. 44, de 8 de febrero de 2021.
79. Asunto C-667/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de diciembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie – Polonia) – A. M. / E. M. [Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Productos cosméticos – Reglamento (CE) núm. 1223/2009 – Artículo 19 – Información a los consumidores – Etiquetado – Indicaciones que deben figurar en el recipiente y en el embalaje de los productos – Etiquetado en lengua extranjera – «Función del producto cosmético» – Concepto – Embalajes de productos cosméticos en los que se

remite a un catálogo detallado de productos redactado en la lengua del consumidor], DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.

80. **Asuntos acumulados C-229/19 y C-289/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 27 de enero de 2021 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Gerechtshof te Amsterdam, Gerechtshof Den Haag – Países Bajos) – Dexia Nederland BV / XXX (C-229/19), Z (C-289/19) (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores – Artículos 3, apartado 1, 4, apartado 1, y 6, apartado 1 – Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales – Cláusula que establece con carácter previo la ventaja potencial del acreedor en caso de resolución del contrato – Desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato – Momento en el que se ha de apreciar el desequilibrio – Apreciación del carácter abusivo de una cláusula – Consecuencias – Sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria del Derecho interno), DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.**
81. **Asunto C-657/20: Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cazalla de la Sierra (España) el 4 de diciembre de 2020 – Caixabank SA / ZN, SD, AH, DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.**
82. **Asunto C-689/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski rayonen sad (Bulgaria) el 18 de diciembre de 2020 – «Banka DSK» EAD/RP, DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.**

DERECHO DE CONTRATOS

83. **Asunto C-11/19: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 6 de febrero de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato – Italia) – Azienda ULSS núm. 6 Euganea / Pia Opera Croce Verde Padova (Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Contratos públicos – Directiva 2014/24/UE – Artículo 10, letra h) – Artículo 12, apartado 4 – Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios – Servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos – Organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro – Servicio de transporte sanitario ordinario y de urgencia – Normativa regional que impone que se recurra prioritariamente a una colaboración entre poderes adjudicadores – Libertad de los Estados miembros en cuanto a la elección de la forma de prestación de servicios – Límites – Obligación de motivación), DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.**
84. **Asunto C-371/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 7 de agosto de 2020 – Peek & Cloppenburg KG, representada por Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär B. V. / Peek & Cloppenburg KG, representada**

por Van Graaf Management GmbH, DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.

85. Asunto C-336/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Ravensburg (Alemania) el 24 de julio de 2020 – QY / Bank 11 für Privatkunden und Handel GmbH, DOUE, C, núm. 423, de 7 de diciembre de 2020.
86. Asunto C-327/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Opolu (Polonia) el 22 de julio de 2020 – Skarb Państwa – Starosta Nyski / New Media Development & Hotel Services Sp. z o.o., DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
87. Asunto C-595/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 13 de noviembre de 2020 – UE / ShareWood Switzerland AG y VF, DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

88. Asunto C-267/20: Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de León (España) el 15 de junio de 2020 – AB Volvo y DAF TRUCKS N. V. / RM, DOUE, C, núm. 320, de 28 de septiembre de 2020.
89. Asunto T-110/17: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Jiangsu Seraphim Solar System/Comisión [«Dumping – Importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (a saber, células) originarios o procedentes de la República Popular China – Compromisos – Admisibilidad – Reglamento de Ejecución (UE) 2016/2146 – Invalidación de facturas del compromiso – Ámbito de aplicación temporal de nuevas disposiciones»], DOUE, C, núm. 329, de 5 de octubre de 2020.
90. Asunto T-758/14 RENV: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Infineon Technologies/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de chips para tarjetas – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Intercambios de información comercial sensible – Competencia jurisdiccional plena – Cálculo del importe de la multa – Toma en consideración de la participación limitada a una parte de una red de contactos bilaterales entre competidores»), DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.
91. Asunto C-377/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) el 29 de julio de 2020 – Servizio Elettrico Nazionale SpA y otros / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato y otros, DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.
92. Asunto T-814/17: Sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2020 – Lietuvos geležinkeliai/Comisión («Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado de transporte de mercancías por ferrocarril – Decisión por la que se declara la existencia de

una infracción del artículo 102 TFUE – Acceso por terceras empresas a las infraestructuras gestionadas por el operador ferroviario nacional de Lituania – Desmantelamiento de un tramo de vía férrea – Concepto de «abuso» – Exclusión efectiva o probable de un competidor – Cálculo del importe de la multa – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006 – Medidas correctoras – Proporcionalidad – Competencia jurisdiccional plena»), DOUE, C, núm. 9, de 11 de enero de 2021.

93. Asunto C-461/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 3 de diciembre de 2020 – Changmao Biochemical Engineering Co. Ltd / Distillerie Bonollo SpA y otros [Recurso de casación – Dumping – Importaciones de ácido tartárico originario de China – Recurso de casación interpuesto por una parte coadyuvante en primera instancia – Artículo 56, párrafo segundo, segunda frase, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Reconsideración provisional parcial – Pérdida del trato de economía de mercado durante el procedimiento de reconsideración – Modificación del derecho antidumping definitivo – Determinación del valor normal – Artículo 11, apartado 9, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009 – Adhesión a la casación – Recurso de anulación interpuesto por productores competidores establecidos en el territorio de la Unión Europea – Admisibilidad – Afectación directa – Reparto de las competencias de ejecución de una sentencia], DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
94. Asunto C-823/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 25 de noviembre de 2020 – Comisión Europea / GEA Group AG (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercados europeos de los termoestabilizadores a base de estaño, de aceite epoxidado de soja y de ésteres – Fijación de los precios, reparto de los mercados e intercambio de información comercial sensible – Aplicación del límite máximo de 10 % del volumen de negocios a una de las entidades que forma parte de la empresa – Anulación de la decisión que modifica la multa fijada en la decisión inicial que declara la existencia de la infracción – Multas – Concepto de «empresa» – Responsabilidad solidaria de pago de la multa – Principio de igualdad de trato – Fecha de exigibilidad de la multa en caso de modificación), DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
95. Asunto C-372/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 25 de noviembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el ondernemingsrechtbank Antwerpen – Bélgica) – Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) / Wearone. World BVBA, Wecandance NV (Procedimiento prejudicial – Competencia – Artículo 102 TFUE – Abuso de posición dominante – Concepto de «precios no equitativos» – Sociedad de gestión colectiva de derechos de autor – Situación de monopolio de hecho – Posición dominante – Abuso – Ejecución de obras musicales durante festivales de música – Baremo basado en los ingresos brutos obtenidos por la venta de entradas – Relación razonable con la prestación de la sociedad de gestión colectiva – Determinación de la parte del repertorio musical de la sociedad de ges-

tión colectiva efectivamente ejecutada), DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.

96. Asunto T-93/18: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2020 – International Skating Union/Comisión («Competencia – Asociación de empresas – Competiciones de patinaje de velocidad – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Normativa de una federación deportiva – Conciliación entre Derecho de la competencia y especificidad del deporte – Apuestas deportivas – Tribunal Arbitral del Deporte – Directrices para el cálculo de las multas – Ámbito de aplicación territorial del artículo 101 TFUE – Restricción de la competencia por el objeto – Medidas correctoras»), DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.
97. Asunto T-515/18: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2020 – Fakro/Comisión [«Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado de tragaluces y bridas – Decisión de desestimación de una denuncia – Artículo 7 del Reglamento (CE) núm. 773/2004 – Acceso al expediente – Principio de buena administración – Plazo razonable – Error manifiesto de apreciación – Obligación de motivación – Falta de interés de la Unión – Probabilidad de acreditar la existencia de una infracción – Precios predatorios – «Marcas de combate» – Descuento – Exclusividad»], DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.
98. Asunto C-301/19 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de enero de 2021 – Comisión Europea / Printeos, S. A. [Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE – Multas – Anulación – Reembolso del importe principal de la multa – Artículo 266 TFUE – Intereses de demora – Distinción entre intereses de demora e intereses compensatorios – Cálculo de los intereses – Artículo 90, apartado 4, letra a), segunda frase, del Reglamento Delegado (UE) núm. 1268/2012], DOUE, C, núm. 79, de 8 de marzo de 2021.
99. Asunto C-308/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de enero de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por la Înalta Curte de Casație și Justiție – Rumanía) – Consiliul Concurenței / Whiteland Import Export SRL [Procedimiento prejudicial – Competencia – Sanciones impuestas por la autoridad nacional de competencia – Plazo de prescripción – Actos que interrumpen el plazo de prescripción – Normativa nacional que, tras la apertura de una investigación, excluye la posibilidad de que un acto posterior de instrucción o de investigación interrumpa el nuevo plazo de prescripción – Principio de interpretación conforme – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 25, apartado 3 – Ámbito de aplicación – Artículo 4 TUE, apartado 3 – Artículo 101 TFUE – Principio de efectividad], DOUE, C, núm. 79, de 8 de marzo de 2021.

100. **Asunto C-680/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Italia) el 15 de diciembre de 2020 – Unilever Italia Mkt. Operations Srl/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, DOUE, C, núm. 79, de 8 de marzo de 2021.**
101. **Asunto C-466/19 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 28 de enero de 2021 – Qualcomm, Inc., Qualcomm Europe, Inc. / Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado de conjuntos de chips de banda base UMTS – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 18, apartado 3 – Decisión de solicitud de información – Carácter necesario de la información solicitada – Proporcionalidad – Carga de la prueba – Autoinculpación], DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.**

DERECHO DE FAMILIA

102. **Asunto C-490/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Administrativen sad Sofia-grad (Bulgaria) el 2 de octubre de 2020 – V. M. A. / Stoliczna Obsthina, Rayon «Pancharevo», DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.**
103. **Asunto C-459/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Utrecht (Países Bajos) de 15 de septiembre de 2020 – X / Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, DOUE, C, núm. 443, de 21 de diciembre de 2020.**

DERECHO DE SUCESIONES

104. **Asunto C-277/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 24 de junio de 2020 – UM, DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.**
105. **Asunto C-301/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 7 de julio de 2020 – UE, HC / Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank AG, DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.**

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

106. **Asunto T-20/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Pablosky/EUIPO – docPrice (mediFLEX easystep) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión mediFLEX easystep – Marca figurativa anterior de la Unión Stepeasy – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.**
107. **Asunto T-21/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Pablosky/EUIPO – docPrice (mediFLEX easySTEP)**

[«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión mediFLEX easySTEP – Marca figurativa anterior de la Unión Stepeasy – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.

108. Asunto T-328/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Scorify/EUIPO – Scor (SCORIFY) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión SCORIFY – Marca denominativa anterior de la Unión SCOR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.
109. Asunto T-633/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Essential Export/EUIPO – Shenzhen Liouyi International Trading (TOTU) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que incluye supuestamente el elemento denominativo «TOTU» en rojo y negro – Marcas figurativas de la Unión anteriores TOTTO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.
110. Asunto T-170/19: Auto del Tribunal General de 22 de junio de 2020 – Sherpa Europe/EUIPO – Núcleo de comunicaciones y control (SHERPA NEXT) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.
111. Asunto T-463/20: Recurso interpuesto el 20 de julio de 2020 – Sony Interactive Entertainment Europe/EUIPO – Wong (GT RACING), DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.
112. Asunto T-476/20: Recurso interpuesto el 27 de julio de 2020 – Alteryx/EUIPO – Allocate Software (ALLOCATE), DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.
113. Asunto T-489/20: Recurso interpuesto el 6 de agosto de 2020 – Eos Products/EUIPO (Forma de un contenedor esférico), DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.
114. Asunto T-491/20: Recurso interpuesto el 23 de julio de 2020 – El Corte Inglés/EUIPO – Ou (-Vpro), DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.
115. Asunto T-492/20: Recurso interpuesto el 24 de julio de 2020 – S. Tous/EUIPO – Zhejiang China-Best Import & Export (Lámpara), DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.
116. Asunto T-877/19: Auto del Tribunal General de 25 de junio de 2020 – Einkaufsbüro Deutscher Eisenhändler/EUIPO – Tigges (TOOLINEO), DOUE, C, núm. 313, de 21 de septiembre de 2020.

117. **Asunto T-197/20: Recurso interpuesto el 16 de agosto de 2020 – JT/EUIPO – Carrasco Pirard y otros (QUILAPAYÚN), DOUE, C, núm. 320, de 28 de septiembre de 2020.**
118. **Asunto T-483/20: Recurso interpuesto el 31 de julio de 2020 – Tecnica Group/EUIPO – Zeitneu (Forma de bota), DOUE, C, núm. 320, de 28 de septiembre de 2020.**
119. **Asunto T-486/20: Recurso interpuesto el 3 de agosto de 2020 – H&H/EUIPO – Giuliani (Swisse), DOUE, C, núm. 320, de 28 de septiembre de 2020.**
120. **Asunto T-488/20: Recurso interpuesto el 5 de agosto de 2020 – Guerlain/EUIPO (Forma de barra de labios alargada, cónica y cilíndrica), DOUE, C, núm. 320, de 28 de septiembre de 2020.**
121. **Asunto T-493/20: Recurso interpuesto el 28 de julio de 2020 – Sfera Joven/EUIPO – Koc (SFORA WEAR), DOUE, C, núm. 320, de 28 de septiembre de 2020.**
122. **Asunto T-501/20: Recurso interpuesto el 10 de agosto de 2020 – Makk/EUIPO – Ubatí Luxury Cosmetics (PANTA RHEI), DOUE, C, núm. 320, de 28 de septiembre de 2020.**
123. **Asunto T-504/20: Recurso interpuesto el 11 de agosto de 2020 – Soapland/EUIPO – Norma (Manòu), DOUE, C, núm. 320, de 28 de septiembre de 2020.**
124. **Asunto T-505/20: Recurso interpuesto el 11 de agosto de 2020 – Guo/EUIPO – Sand Cph (sandriver), DOUE, C, núm. 320, de 28 de septiembre de 2020.**
125. **Asunto T-729/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Dinamo/EUIPO (Favorit) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Favorit – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 329, de 5 de octubre de 2020.**
126. **Asunto T-487/20: Recurso interpuesto el 4 de agosto de 2020 – Rezon/EUIPO – (imot.bg), DOUE, C, núm. 329, de 5 de octubre de 2020.**
127. **Asunto T-500/20: Recurso interpuesto el 10 de agosto de 2020 – Selmikeit & Giczella/EUIPO – Boehmert & Boehmert (HALLOWIENER), DOUE, C, núm. 329, de 5 de octubre de 2020.**
128. **Asunto T-502/20: Recurso interpuesto el 10 de agosto 2020 – Munich/EUIPO – Tone Watch (MUNICH10A. T. M.), DOUE, C, núm. 329, de 5 de octubre de 2020.**
129. **Asunto T-503/20: Recurso interpuesto el 10 de agosto de 2020 – T i D Kontrolní sistemi/EUIPO – Sigmatron (aparatos y dispositivos de señalización), DOUE, C, núm. 329, de 5 de octubre de 2020.**

130. Asunto T-515/20: Recurso interpuesto el 17 de agosto de 2020 – Puma/EUIPO – Caterpillar (SPEEDCAT), DOUE, C, núm. 329, de 5 de octubre de 2020.
131. Asunto T-527/20: Recurso interpuesto el 19 de agosto de 2020 – Aldi/EUIPO (CUCINA), DOUE, C, núm. 329, de 5 de octubre de 2020.
132. Asunto T-748/18: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Glimarpol/EUIPO – Metar (Herramienta neumática) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una herramienta neumática – Dibujo o modelo anterior – Prueba de la divulgación – Artículo 7 del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Causa de nulidad – Carácter singular – Impresión general distinta – Artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.
133. Asunto T-305/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Welmax +/EUIPO – Valmex Medical Imaging (welmax) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa welmax – Marca denominativa anterior de la Unión valmex – Plazo para interponer recurso ante la Sala de Recurso – Extemporaneidad – Inicio del cómputo – Notificación – Prueba de un envío mediante correo certificado – Comunicación mediante correo electrónico – Incumplimiento de la obligación de pago de la tasa de recurso dentro del plazo – Recurso considerado no presentado – Alcance de las solicitudes de subsanación – Artículo 68, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículos 23 y 56 a 58 del Reglamento Delegado (UE) 2018/625»], DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.
134. Asunto T-533/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Artur Florêncio & Filhos, Affsports/EUIPO – Anadeco Gestion (sflooring) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión sflooring – Marca nacional denominativa anterior T-FLOORING – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.
135. Asunto T-659/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – FF Group Romania/EUIPO – KiK Textilien und Non-Food (_kix) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión _kix – Marca nacional denominativa anterior kik – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo de la marca – Artículo 47, apartado 2, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.

136. **Asunto T-686/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Euroapotheca/EUIPO – General Nutrition Investment (GNC LIVE WELL)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión GNC LIVE WELL – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, primera frase, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.
137. **Asunto T-696/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Teva Pharmaceutical Industries/EUIPO (Moins de migraine pour vivre mieux)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Moins de migraine pour vivre mieux – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.
138. **Asunto T-697/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Teva Pharmaceutical Industries/EUIPO (Weniger Migräne. Mehr vom Leben.)** [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión Weniger Migräne. Mehr vom Leben. – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.
139. **Asunto T-800/19: Sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Austria Tabak/EUIPO – Mignot & De Block (AIR)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión AIR – Uso efectivo de la marca – Artículo 18, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001 – Alteración del carácter distintivo»], DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.
140. **Asunto T-498/20: Recurso interpuesto el 5 de agosto de 2020 – Diego/EUIPO – Forbo Financial Services (WOOD STEP LAMINATE FLOORING)**, DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.
141. **Asunto T-516/20: Recurso interpuesto el 17 de agosto de 2020 – Mandelay/EUIPO – Qx World (QUEST 9)**, DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.
142. **Asunto T-517/20: Recurso interpuesto el 17 de agosto de 2020 – VF International/EUIPO – National Geographic Society (NATIONAL GEOGRAPHIC)**, DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.
143. **Asunto T-518/20: Recurso interpuesto el 17 de agosto de 2020 – VF International/EUIPO – National Geographic Society (NATIONAL GEOGRAPHIC)**, DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.

144. **Asunto T-523/20: Recurso interpuesto el 18 de agosto de 2020 – Setarcos Consulting/EUIPO (Blockchain Island), DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.**
145. **Asunto T-526/20: Recurso interpuesto el 12 de agosto de 2020 – Devin/EUIPO – Haskovo Chamber of Commerce and Industry (DEVIN), DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.**
146. **Asunto T-531/20: Recurso interpuesto el 21 de agosto de 2020 – Wolf Oil/EUIPO – Rolf Lubricants (ROLF), DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.**
147. **Asunto T-542/20: Recurso interpuesto el 27 de agosto de 2020 – Stada Arzneimittel/EUIPO – Pfizer (RUXIMBLIS), DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.**
148. **Asunto T-616/19: Auto del Tribunal General de 10 de julio de 2020 – Katjes Fassin/EUIPO – Haribo The Netherlands & Belgium (WONDERLAND) [«Recurso de anulación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión WONDERLAND – Marca Benelux denominativa anterior WONDERMIX – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.**
149. **Asunto T-838/19: Auto del Tribunal General de 15 de julio de 2020 – Koopman International/EUIPO – Tinnus Enterprises y Mystic Products (Equipos de distribución de fluidos) («Recurso de anulación – Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa equipos de distribución de fluidos – Suspensión del procedimiento ante la Sala de Recurso – Acto no recurrible – Acto de trámite – Inadmisibilidad»), DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.**
150. **Asunto T-839/19: Auto del Tribunal General de 15 de julio de 2020 – Koopman International/EUIPO – Tinnus Enterprises y Mystic Products (Equipos de distribución de fluidos) («Recurso de anulación – Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa equipos de distribución de fluidos – Suspensión del procedimiento ante la Sala de Recurso – Acto no recurrible – Acto de trámite – Inadmisibilidad»), DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.**
151. **Asunto T-840/19: Auto del Tribunal General de 15 de julio de 2020 – Koopman International/EUIPO – Tinnus Enterprises y Mystic Products (Equipos de distribución de fluidos) («Recurso de anulación – Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa equipos de distribución de fluidos – Suspensión del procedimiento ante la Sala de Recurso – Acto no recurrible – Acto de**

- trámite – Inadmisibilidad»), DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.
152. Asunto T-841/19: Auto del Tribunal General de 15 de julio de 2020 – Koopman International/EUIPO – Tinnus Enterprises y Mystic Products (Equipos de distribución de fluidos) («Recurso de anulación – Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa equipos de distribución de fluidos – Suspensión del procedimiento ante la Sala de Recurso – Acto no recurrible – Acto de trámite – Inadmisibilidad»), DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.
153. Asunto T-842/19: Auto del Tribunal General de 15 de julio de 2020 – Koopman International/EUIPO – Tinnus Enterprises y Mystic Products (Equipos de distribución de fluidos) («Recurso de anulación – Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa equipos de distribución de fluidos – Suspensión del procedimiento ante la Sala de Recurso – Acto no recurrible – Acto de trámite – Inadmisibilidad»), DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.
154. Asunto T-532/20: Recurso interpuesto el 21 de agosto de 2020 – Phi Group/EUIPO – Gruppo Cadoro (REDELLO), DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.
155. Asunto T-535/20: Recurso interpuesto el 26 de agosto de 2020 – Müller/EUIPO (TIER SHOP), DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.
156. Asunto T-549/20: Recurso interpuesto el 27 de agosto de 2020 – Magic Box Int. Toys/EUIPO – KMA Concepts (SUPERZINGS), DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.
157. Asunto T-350/19: Auto del Tribunal General de 8 de julio de 2020 – Bontempi y otros/EUIPO – Sand Cph (WhiteSand), DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.
158. Asunto T-538/20: Recurso interpuesto el 26 de agosto de 2020 – Guasch Pubill/EUIPO – Napkings (Paños de limpieza, Ropa de mesa), DOUE, C, núm. 359, de 26 de octubre de 2020.
159. Asunto T-551/20: Recurso interpuesto el 3 de septiembre de 2020 – Jeronimo Martins Polska/EUIPO – Rivella International (Riviva), DOUE, C, núm. 359, de 26 de octubre de 2020.
160. Asunto T-371/19: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2020 – Itinerant Show Room/EUIPO – Save the Duck (FAKE DUCK) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión FAKE DUCK – Marca figurativa anterior de la Unión SAVE THE DUCK – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Público pertinente – Similitud de los productos y los servicios – Similitud

de los signos – **Apreciación global del riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b)**, del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 371, de 3 de noviembre de 2020.

161. **Asunto T-354/19: Auto del Tribunal General de 23 de julio de 2020 – Palacio Domecq/EUIPO – Domecq Bodega Las Copas (PALACIO DOMEcq 1778) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»)**, DOUE, C, núm. 371, de 3 de noviembre de 2020.
162. **Asunto T-604/19: Auto del Tribunal General de 3 de agosto de 2020 – Inova Semiconductors/EUIPO – Venta Servicio LED (ISELED) («Marca de la Unión Europea – Renuncia a la mención de la Unión Europea con arreglo a un registro internacional – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»)**, DOUE, C, núm. 371, de 3 de noviembre de 2020.
163. **Asunto T-801/19: Auto del Tribunal General de 2 de septiembre de 2020 – DTE Systems/EUIPO – Speed-Buster (PedalBox +) [«Recurso de anulación – Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión PedalBox + – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Abuso de Derecho – Artículo 7, apartado 1, letra c)**, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – **Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»]**, DOUE, C, núm. 371, de 3 de noviembre de 2020.
164. **Asunto T-558/20: Recurso interpuesto el 8 de septiembre de 2020 – Sony Interactive Entertainment Europe/EUIPO – Huawei Technologies (GT10)**, DOUE, C, núm. 371, de 3 de noviembre de 2020.
165. **Asunto T-559/20: Recurso interpuesto el 7 de septiembre de 2020 – Yadex International/EUIPO – Sütas süt ürünleri (PINAR Süzme Peynir)**, DOUE, C, núm. 371, de 3 de noviembre de 2020.
166. **Asunto T-560/20: Recurso interpuesto el 7 de septiembre de 2020 – Yadex International/EUIPO – Sütas süt ürünleri (PINAR Tam kivamında Süzme Peynir Yumusacik ve Leziz)**, DOUE, C, núm. 371, de 3 de noviembre de 2020.
167. **Asunto T-561/20: Recurso interpuesto el 8 de septiembre de 2020 – Sony Interactive Entertainment Europe/EUIPO – Vieta Audio (Vita)**, DOUE, C, núm. 371, de 3 de noviembre de 2020.
168. **Asunto T-562/20: Recurso interpuesto el 10 de septiembre de 2020 – Upper Echelon Products/EUIPO (Everlasting Comfort)**, DOUE, C, núm. 371, de 3 de noviembre de 2020.
169. **Asunto T-566/20: Recurso interpuesto el 11 de septiembre de 2020 – Residencial Palladium/EUIPO – Fiesta Hotels & Resorts (PALLADIUM HOTEL GARDEN BEACH)**, DOUE, C, núm. 371, de 3 de noviembre de 2020.

170. **Asunto C-214/19 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 3 de septiembre de 2020 – achtung! GmbH / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letra b) – Carácter distintivo – Inexistencia], DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.**
171. **Asunto T-50/19: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2020 – Casual Dreams/EUIPO – López Fernández (Dayaday) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Dayaday – Marcas nacionales figurativas anteriores DAYADAY y dayaday – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001) – Renombre – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o del renombre de la marca anterior»], DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.**
172. **Asunto T-144/19: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2020 – Kludi/EUIPO – Adlon Brand (ADLON) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ADLON – Marca denominativa anterior de la Unión ADLON – Prueba de la notoriedad de la marca anterior – Regla 19 del Reglamento (CE) núm. 2868/95 [actualmente artículo 7 del Reglamento Delegado (UE) 2018/625] – Aplicación de la ley en el tiempo – Presentación extemporánea de documentos – Facultad de apreciación de la sala de recurso – Artículo 95, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Motivo de denegación relativo – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001 – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o la notoriedad de la marca anterior»], DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.**
173. **Asunto T-187/19: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2020 – Glaxo Group/EUIPO (Tonalidad púrpura) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca de la Unión formada por una tonalidad púrpura – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo adquirido mediante el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.**
174. **Asunto T-589/19: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2020 – Gothe y Kunz/EUIPO – Aldi Einkauf (FAIR ZONE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión FAIR ZONE – Marca figurativa anterior de la Unión FAIR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1,**

letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.

175. Asunto T-625/19: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2020 – Daw/EUIPO (SOS Innenfarbe) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión SOS Innenfarbe – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.
176. Asunto T-669/19: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2020 – Novomatic/EUIPO – Brouwerij Haacht (PRIMUS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión PRIMUS – Marca denominativa anterior de la Unión PRIMUS – Marca Benelux denominativa anterior PRIMUS – Motivo de denegación relativo – Menoscabo del renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.
177. Asunto T-879/19: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2020 – Sumol + Compal Marcas/EUIPO – Jacob (Dr. Jacob’s essentials) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Dr. Jacob’s essentials – Marca internacional denominativa anterior COMPAL ESSENCIAL – Macas nacionales e internacionales figurativas anteriores FRUTA esencial, COMPAL esencial y Compal FRUTA esencial – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.
178. Asunto T-81/20: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2020 – Klose/EUIPO (Representación de un rectángulo con tres segmentos de color) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un rectángulo con tres segmentos de color – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.
179. Asunto T-735/19: Auto del Tribunal General de 25 de agosto de 2020 – Frank Recruitment Group Services/EUIPO – Pearson (PEARSON FRANK) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.
180. Asunto T-512/20: Recurso interpuesto el 14 de agosto de 2020 – TrekStor/EUIPO – Zagg (Funda de protección para hardware informático), DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.

181. **Asunto T-564/20: Recurso interpuesto el 10 de septiembre de 2020 – TrekStor/EUIPO – Zagg (Funda de protección para hardware informático), DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.**
182. **Asunto T-565/20: Recurso interpuesto el 10 de septiembre de 2020 – TrekStor/EUIPO – Zagg (Funda de protección para hardware informático), DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.**
183. **Asunto T-589/20: Recurso interpuesto el 24 de septiembre de 2020 – Calzaturificio Emmegiemme Shoes/EUIPO – Inticom (MAIMAI MADE IN ITALY), DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.**
184. **Asunto T-596/20: Recurso interpuesto el 29 de septiembre de 2020 – Roller/EUIPO – Flex Equipos de Descanso (DORMILLO), DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.**
185. **Asuntos acumulados C-449/18 P y C-474/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 17 de septiembre de 2020 – Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) / Lionel Andrés Messi Cuccittini, J. M.-E. V. e hijos S. R. L. (C-449/18 P) y J. M.-E. V. e hijos S. R. L. / Lionel Andrés Messi Cuccittini, Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) (C-474/18 P) [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión MESSI – Marcas denominativas anteriores de la Unión MASSI – Denegación parcial de registro], DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.**
186. **Asunto C-121/19 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 16 de septiembre de 2020 – Edison SpA / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) (Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Solicitud de registro de la marca figurativa que incluye el elemento denominativo EDISON – Interpretación de los términos que figuran en el título de una clase de la Clasificación de Niza y en la lista por orden alfabético anexa), DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.**
187. **Asunto T-796/16: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2020 – CEDC International/EUIPO – Underberg (Forma de brizna de hierba dentro de una botella) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de brizna de hierba dentro de una botella – Marca nacional tridimensional anterior – Uso efectivo de la marca anterior – Artículos 15, apartado 1, y 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículos 18, apartado 1, y 47, apartados 2 y 3, del Reglamento (UE) 2017/1001] – Naturaleza del uso – Alteración del carácter distintivo – Uso conjuntamente con otras marcas – Objeto de la protección – Exigencia de claridad y de precisión – Exigencia de concordanza de la descripción con la representación – Resolución adoptada tras la anulación de una resolución anterior por parte**

del Tribunal General – Remisión a la motivación de una resolución anterior anulada – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.

188. Asunto T-522/19: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2020 – Aldi/EUIPO (BBQ BARBECUE SEASON) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión BBQ BARBECUE SEASON – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.
189. Asunto T-557/19: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2020 – Seven/EUIPO (7Seven) [«Marca de la Unión Europea – Marca figurativa de la Unión 7Seven – Inexistencia de solicitud de renovación del registro de la marca – Cancelación de la marca tras la expiración del registro – Artículo 53 del Reglamento (UE) 2017/1001 – Petición de restituito in integrum presentada por el licenciatarario – Artículo 104, apartado 1, del Reglamento 2017/1001 – Deber de diligencia»], DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.
190. Asunto T-737/19: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2020 – Huevos Herrera Mejías/EUIPO – Montesierra (MontiSierra HUEVOS CON SABOR A CAMPO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión MontiSierra HUEVOS CON SABOR A CAMPO – Marcas denominativas anteriores de la Unión y nacional MONTESIERRA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 47, apartados 2 y 3, del Reglamento 2017/1001 – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.
191. Asunto T-738/19: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2020 – Clouds Sky/EUIPO – The Cloud Networks (Wi-Fi Powered by The Cloud) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión Wi-Fi Powered by The Cloud – Motivos de denegación absolutos – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Inexistencia de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.
192. Asunto T-869/19: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2020 – Tetra/EUIPO – Neusta next (Wave) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Wave – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Regla-

- mento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.
193. Asunto T-835/19: Auto del Tribunal General de 30 de septiembre de 2020 – CrossFit/EUIPO – Hochwarter (CROSSBOX) («Marca de la Unión Europea – Revocación de la resolución impugnada – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.
194. Asunto T-584/20: Recurso interpuesto el 15 de septiembre de 2020 – Cara Therapeutics/EUIPO – Gebro Holding (KORSUVA), DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.
195. Asunto T-591/20: Recurso interpuesto el 28 de septiembre de 2020 – Unimax Stationery/EUIPO – Mitsubishi Pencil (UNIMAX), DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.
196. Asunto T-592/20: Recurso interpuesto el 28 de septiembre de 2020 – Univers Agro/EUIPO – Shandong Hengfeng Rubber & Plastic (AGATE), DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.
197. Asunto T-597/20: Recurso interpuesto el 29 de septiembre de 2020 – Roller/EUIPO – Flex Equipos de Descanso (Dormillo), DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.
198. Asunto T-598/20: Recurso interpuesto el 29 de septiembre de 2020 – Skechers USA/EUIPO (ARCH FIT), DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.
199. Asunto T-615/20: Recurso interpuesto el 3 de octubre de 2020 – Mood Media Netherlands/EUIPO – Tailoradio (MOOD MEDIA), DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.
200. Asunto T-421/18: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2020 – Bauer Radio/EUIPO – Weinstein (MUSIKISS) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión MUSIKISS – Marcas denominativa y figurativas anteriores del Reino Unido KISS – Acuerdo de retirada del Reino Unido de la Unión y de la Euratom – Período transitorio – Decisión de la Sala de Recurso de devolver el asunto a la División de Oposición – Admisibilidad – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 399, de 23 de noviembre de 2020.
201. Asunto T-36/19: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2020 – PE Digital/EUIPO – Spark Networks Services (ElitePartner) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión ElitePartner – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 399, de 23 de noviembre de 2020.

202. Asunto T-401/19: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2020 – Brillux/EUIPO – Synthesa Chemie (Freude an Farbe) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa Freude an Farbe en los colores amarillo, naranja, rojo, rosa, violeta, azul, turquesa, verde oscuro, verde claro y antracita – Marca figurativa anterior de la Unión Glemadur Freude an Farbe – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 399, de 23 de noviembre de 2020.
203. Asunto T-402/19: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2020 – Brillux/EUIPO – Synthesa Chemie (Freude an Farbe) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca figurativa Freude an Farbe – Marca figurativa anterior de la Unión Glemadur Freude an Farbe – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 399, de 23 de noviembre de 2020.
204. Asunto T-601/19: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2020 – Osório & Gonçalves/EUIPO – Miguel Torres (in.fi.ni.tu.de) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión in.fi.ni.tu.de – Marca nacional denominativa anterior INFINITE – Admisibilidad de las pruebas – Uso efectivo de la marca anterior – Artículos 47, apartados 2 y 3, y 95, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Prueba del uso efectivo – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 399, de 23 de noviembre de 2020.
205. Asunto T-608/19: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2020 – Veronese Design Company/EUIPO – Veronese (VERONESE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión VERONESE – Marca denominativa anterior de la Unión VERONESE – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 399, de 23 de noviembre de 2020.
206. Asunto T-626/19: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2020 – Daw/EUIPO – (SOS Loch- und Rissfüller) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión SOS Loch- und Rissfüller – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento 2017/1001]», DOUE, C, núm. 399, de 23 de noviembre de 2020.

207. **Asunto T-677/19: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2020 – Polfarmex/EUIPO – Kaminski (SYRENA)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión SYRENA – Uso efectivo de la marca – Importancia del uso – Prueba del uso – Artículos 18, apartado 1, y 58, apartados 1, letra a), y 2, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación – Artículo 94, apartado 1, primera frase, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 399, de 23 de noviembre de 2020.
208. **Asunto T-616/20: Recurso interpuesto el 5 de octubre de 2020 – Société des produits Nestlé/EUIPO – Amigüitos pets & life (THE ONLY ONE by alphaspirt wild and perfect)**, DOUE, C, núm. 399, de 23 de noviembre de 2020.
209. **Asunto C-456/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 8 de octubre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen – Suecia) – Aktiebolaget Östgötatrafiken / Patent- och registreringsverket (Procedimiento prejudicial – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 3, apartado 1, letra b) – Signos que pueden constituir una marca – Carácter distintivo – Solicitud de registro como marca para un servicio de un signo compuesto por motivos de color y destinado a ser colocado en los bienes utilizados para la prestación de ese servicio – Apreciación del carácter distintivo de este signo – Criterios)**, DOUE, C, núm. 414, de 30 de noviembre de 2020.
210. **Asunto C-320/18 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de septiembre de 2020 – Crocs, Inc. / Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), Gifi Diffusion (Recurso de casación – Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Declaración de nulidad – Recurso de casación carente de objeto – Sobreseimiento – Costas)**, DOUE, C, núm. 414, de 30 de noviembre de 2020.
211. **Asunto T-264/19: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2020 – nanoPET Pharma/EUIPO – Miltenyi Biotec (viscover)** [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión viscover – Inexistencia de mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Artículo 53, apartado 2, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 [actualmente artículo 60, apartado 2, letra c), del Reglamento 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 414, de 30 de noviembre de 2020.
212. **Asunto T-617/20: Recurso interpuesto el 5 de octubre de 2020 – Standardkessel Baumgarte Holding/EUIPO (Standardkessel)**, DOUE, C, núm. 414, de 30 de noviembre de 2020.
213. **Asunto T-51/19: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2020 – Laboratorios Ern/EUIPO – SBS Bilimsel Bio Çözüm**

- (apiheal) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión apiheal – Marca denominativa nacional anterior APIRETAL – Motivos de denegación relativos – Falta de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Falta de perjuicio para el renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 423, de 7 de diciembre de 2020.
214. Asunto T-53/19: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2020 – SBS Bilimsel Bio Çözümler/EUIPO – Laboratorios Ern (apiheal) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión apiheal – Marca denominativa nacional anterior APIRETAL – Motivo de denegación relativo – Falta de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 423, de 7 de diciembre de 2020.
215. Asunto T-602/19: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2020 – Eugène Perma France/EUIPO – SPI Investments Group (NATURANOVE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión NATURANOVE – Marca denominativa anterior de la Unión NATURALIUM – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 423, de 7 de diciembre de 2020.
216. Asuntos acumulados C-720/18 y C-721/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de octubre de 2020 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Oberlandesgericht Düsseldorf – Alemania) – Ferrari S.p. A. / DU (Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 12, apartado 1 – Uso efectivo de una marca – Carga de la prueba – Artículo 13 – Prueba del uso «para parte de los productos o servicios» – Marca que designa un modelo de automóvil cuya producción ha cesado – Uso de la marca para las piezas de recambio y para los servicios relacionados con ese modelo – Uso de la marca para automóviles de segunda mano – Artículo 351 TFUE – Convenio entre la República Federal de Alemania y la Confederación Suiza – Protección recíproca de las patentes, dibujos, modelos y marcas), DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.
217. Asunto T-48/19: Sentencia del Tribunal General de 15 de octubre de 2020 – smart things solutions/EUIPO – Samsung Electronics (smart:)things) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión smart:)things – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 59, apar-

- tado 1, letra a), del Reglamento 2017/1001 – Artículo 95, apartado 1, del Reglamento 2017/1001», DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.
218. Asunto T-349/19: Sentencia del Tribunal General de 15 de octubre de 2020 – Decathlon/EUIPO – Athlon Custom Sportswear (athlon custom sportswear) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión athlon custom sportswear – Marca denominativa anterior de la Unión DECATHLON – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.
219. Asunto T-607/19: Sentencia del Tribunal General de 15 de octubre de 2020 – Itinerant Show Room/EUIPO (FAKE DUCK) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión FAKE DUCK – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Principios de igualdad de trato y de legalidad»], DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.
220. Asunto T-788/19: Sentencia del Tribunal General de 15 de octubre de 2020 – Body Attack Sports Nutrition/EUIPO – Sakkari (Sakkattack) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Sakkattack – Marcas internacionales denominativas anteriores ATTACK y Body Attack y figurativa anterior Body Attack SPORTS NUTRITION – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.
221. Asunto T-818/19: Sentencia del Tribunal General de 15 de octubre de 2020 – Dvectis CZ/EUIPO – Yado (Cojín para asiento) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un cojín para asiento – Dibujo o modelo comunitario anterior – Causa de nulidad – Falta de carácter individual – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Inexistencia de impresión general distinta – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.
222. Asunto T-847/19: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2020 – X-cen-tek/EUIPO – Altenloh, Brinck & Co. (PAX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión PAX – Marcas de la Unión e internacional figurativas anteriores SPAX – Motivo de denegación relativo – Elemento dominante – Falta de neutralización – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Aplicación de la

- ley en el tiempo»], DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.
223. Asunto T-851/19: Sentencia del Tribunal General de 15 de octubre de 2020 – Body Attack Sports Nutrition/EUIPO – Sakkari (SAKKATTACK) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión SAKKATTACK – Marcas internacionales denominativas anteriores ATTACK y Body Attack y figurativa anterior Body Attack SPORTS NUTRITION – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.
224. Asunto T-2/20: Sentencia del Tribunal General de 15 de octubre de 2020 – Laboratorios Ern/EUIPO – Bio-tec Biologische Naturverpackungen (BIOPLAST BIOPLASTICS FOR A BETTER LIFE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa BIOPLAST BIOPLASTICS FOR A BETTER LIFE – Marca nacional denominativa anterior BIOPLAK – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.
225. Asunto T-49/20: Sentencia del Tribunal General de 15 de octubre de 2020 – Rothenberger/EUIPO – Paper Point (ROBOX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ROBOX – Marca denominativa anterior de la Unión OROBOX – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Subcategoría independiente de productos – Consideración de un elemento descriptivo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.
226. Asunto T-658/20: Recurso interpuesto el 2 de noviembre de 2020 – Jakober/EUIPO (forma de una taza), DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.
227. Asunto T-635/20: Recurso interpuesto el 21 de octubre de 2020 – Dermavita Company/EUIPO – Allergan Holdings France (JUVÉDERM VYBRANCE), DOUE, C, núm. 443, de 21 de diciembre de 2020.
228. Asunto T-636/20: Recurso interpuesto el 21 de octubre de 2020 – Dermavita Company/EUIPO – Allergan Holdings France (JUVÉDERM VOLUMA), DOUE, C, núm. 443, de 21 de diciembre de 2020.
229. Asunto T-637/20: Recurso interpuesto el 21 de octubre de 2020 – Dermavita Company/EUIPO – Allergan Holdings France (JUVÉDERM VOLITE), DOUE, C, núm. 443, de 21 de diciembre de 2020.

230. Asunto T-273/19: Sentencia del Tribunal General de 28 de octubre de 2020 – Target Ventures Group/EUIPO – Target Partners (TARGET VENTURES) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión TARGET VENTURES – Causa de nulidad absoluta – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 9, de 11 de enero de 2021.
231. Asunto T-583/19: Sentencia del Tribunal General de 28 de octubre de 2020 – Electrolux Home Products/EUIPO – D. Consult (FRIGIDAIRE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión FRIGIDAIRE – Uso efectivo – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 9, de 11 de enero de 2021.
232. Asunto T-643/19: Sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2020 – Dermavita/EUIPO – Allergan Holdings France (JUVEDERM ULTRA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión JUVEDERM ULTRA – Uso efectivo de la marca – Uso para los productos para los que la marca está registrada – Uso en la forma en la que se registró la marca – Uso con el consentimiento del titular – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 9, de 11 de enero de 2021.
233. Asunto T-664/19: Sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2020 – Allergan Holdings France/EUIPO – Dermavita (JUVEDERM ULTRA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa de la Unión JUVEDERM ULTRA – Uso efectivo de la marca – Uso para los productos para los que fue registrada la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 58, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 9, de 11 de enero de 2021.
234. Asunto T-820/19: Sentencia del Tribunal General de 11 de noviembre de 2020 – Totalizator Sportowy/EUIPO – Lottoland Holdings (Lottoland) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Lottoland – Marcas nacionales figurativas anteriores LOTTO y Lotto – Marca nacional denominativa anterior lotto – Declaración de nulidad parcial – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de perjuicio para la notoriedad – Inexistencia de vínculo entre las marcas de que se trata – Artículos 8, apartado 5, y 60, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 9, de 11 de enero de 2021.

235. **Asunto T-25/20: Sentencia del Tribunal General de 11 noviembre de 2020 – Deutsche Post/EUIPO – Pošta Slovenije (representación de un cuerno estilizado) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un cuerno estilizado – Marca figurativa anterior de la Unión que representa un cuerno de correos sobre fondo amarillo – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Falta de carácter distintivo de la marca anterior – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 9, de 11 de enero de 2021.**
236. **Asunto T-629/19: Auto del Tribunal General de 16 de octubre de 2020 – L. Oliva Torras/EUIPO – Mecánica del Frío (Acoplamientos para vehículos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un acoplamiento para conectar equipos de refrigeración o aire acondicionado en un vehículo de motor – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículos 4 a 9 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Alcance del examen realizado por la Sala de Recurso – Motivos que se refieren a la motivación de otra resolución – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 9, de 11 de enero de 2021.**
237. **Asunto T-38/20: Auto del Tribunal General de 15 octubre 2020 – Lotto24/EUIPO (LOTTO24) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión LOTTO24 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 7, apartado 2, del Reglamento 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»], DOUE, C, núm. 9, de 11 de enero de 2021.**
238. **Asunto C-809/18 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de noviembre de 2020 – Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea / John Mills Ltd, Jerome Alexander Consulting Corp. [Recurso de casación – Marca de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Procedimiento de oposición – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 3 – Ámbito de aplicación – Identidad o similitud entre la marca solicitada y la marca anterior – Marca denominativa de la Unión MINERAL MAGIC – Solicitud de registro presentada por el agente o el representante del titular de la marca anterior – Marca denominativa nacional anterior MAGIC MINERALS BY JEROME ALEXANDER], DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.**
239. **Asunto T-377/19: Sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2020 – Topcart/EUIPO – Carl International (TC CARL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión TC CARL – Marca nacional figurativa anterior CARL TOUCH – Motivo de denega-**

- ción relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.**
- 240. Asunto T-378/19: Sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2020 – Topcart/EUIPO – Carl International (TC CARL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión TC CARL – Marca nacional figurativa anterior CARL TOUCH – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.**
- 241. Asunto T-21/20: Sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2020 – LG Electronics/EUIPO – Staszewski (K7) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión K7 – Marca denominativa anterior de la Unión k7 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.**
- 242. Asunto T-383/20: Auto del Tribunal General de 5 de noviembre de 2020 – Moloko Beverage/EUIPO – Nexus Liquids (moloko) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.**
- 243. Asunto T-670/20: Recurso interpuesto el 9 de noviembre de 2020 – Sam McKnight/EUIPO – Carolina Herrera (COOL GIRL), DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.**
- 244. Asunto T-673/20: Recurso interpuesto el 11 de noviembre de 2020 – Celler Lagravera/EUIPO – Cyclic Beer Farm (Cíclic), DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.**
- 245. Asunto T-650/20: Recurso interpuesto el 23 de octubre de 2020 – NU/EUIPO, DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.**
- 246. Asunto T-679/20: Recurso interpuesto el 13 de noviembre de 2020 – Dr. August Wolff/EUIPO – Combe International (Vagisan), DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.**
- 247. Asunto T-682/20: Recurso interpuesto el 16 de noviembre de 2020 – Legero Schuhfabrik/EUIPO – Rieker Schuh (Calzado), DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.**
- 248. Asunto T-683/20: Recurso interpuesto el 16 de noviembre de 2020 – Legero Schuhfabrik/EUIPO – Rieker Schuh (Calzado), DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.**

249. Asunto T-684/20: Recurso interpuesto el 16 de noviembre de 2020 – Legero Schuhfabrik/EUIPO – Rieker Schuh (Calzado), DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.
250. Asunto T-688/20: Recurso interpuesto el 16 de noviembre de 2020 – Freshly Cosmetics/EUIPO – Misiego Blázquez (IDENTY BEAUTY), DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.
251. Asunto T-309/19: Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2020 – BRF Singapore Foods/EUIPO – Tipiak (Sadia) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Sadia – Marca nacional denominativa anterior SAIDA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Principio de buena administración – Igualdad de trato – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
252. Asunto T-310/19: Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2020 – BRF Singapore Foods/EUIPO – Tipiak (SADIA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión SADIA – Marca nacional denominativa anterior SAIDA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Principio de buena administración – Igualdad de trato – Obligación de motivación»], DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
253. Asunto T-574/19: Sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2020 – Tinnus Enterprises/EUIPO – Mystic Products y Koopman International (Instalaciones para la distribución de fluidos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa instalaciones para la distribución de fluidos – Causa de nulidad – Incumplimiento de los requisitos de protección – Artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Características de la apariencia de un producto dictadas exclusivamente por su función técnica – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 6/2002»], DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
254. Asunto T-639/19: Sentencia del Tribunal General de 2 de diciembre de 2020 – Sánchez Romero Carvajal Jabugo/EUIPO – Embutidos Monells (5MS MMMMM) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión 5MS MMMMM – Marca figurativa anterior de la Unión 5J – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Inexistencia de menoscabo para el renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8,

apartado 5, del Reglamento 2017/1001)», DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.

255. Asunto T-687/19: Sentencia del Tribunal General de 2 de diciembre de 2020 – inMusic Brands/EUIPO – Equipson (Marq) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Marq – Marcas nacional e internacional figurativas anteriores MARK – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Declaración de nulidad parcial», DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
256. Asunto T-802/19: Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2020 – Kisscolor Living/EUIPO – Teoxane (KISS COLOR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión KISS COLOR – Marca denominativa anterior de la Unión KISS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Aplicación de la ley en el tiempo», DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
257. Asunto T-862/19: Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2020 – Brasserie St Avold/EUIPO (Forma de una botella oscura) [«Marca de la Unión Europea – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Signo tridimensional – Forma de una botella oscura – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001», DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
258. Asunto T-874/19: Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2020 – Impera/EUIPO – Euro Games Technology (Flaming Forties) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Flaming Forties – Marca nacional figurativa anterior 40 FLAMING FRUITS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
259. Asunto T-875/19: Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2020 – Impera/EUIPO – Euro Games Technology (Flaming Forties) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Flaming Forties – Marca nacional figurativa anterior 40 FLAMING FRUITS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.

260. **Asunto T-882/19: Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2020 – Kerangus/EUIPO (AΠΛΑ!) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión AΠΛΑ! – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Igualdad de trato»], DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.**
261. **Asunto T-26/20: Sentencia del Tribunal General de 2 de diciembre de 2020 – Forex Bank/EUIPO – Coino UK (FOREX) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión FOREX – Declaración de nulidad parcial – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.**
262. **Asunto T-35/20: Sentencia del Tribunal General de 2 de diciembre de 2020 – Monster Energy/EUIPO – Nanjing aisiyou Clothing (representación de un arañazo con forma de garra) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa un arañazo con forma de garra – Marcas figurativas anteriores de la Unión Europea y del Reino Unido que representan arañazos con forma de garra – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartados 1, letra b), 4 y 5, del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.**
263. **Asunto T-57/20: Sentencia del Tribunal General de 25 de noviembre de 2020 – Group/EUIPO – Iliev (GROUP Company TOURISM & TRAVEL) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión GROUP Company TOURISM & TRAVEL – Marcas nacionales figurativas anteriores no registradas GROUP Company TOURISM & TRAVEL – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (UE) 2017/1001 – Artículo 94, apartado 1, segunda frase, del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.**
264. **Asunto T-152/20: Sentencia del Tribunal General de 2 de diciembre de 2020 – BSH Hausgeräte/EUIPO (Home Connect) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión Home Connect – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Relación suficientemente directa y concreta con los productos a que se refiere la solicitud de marca – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento 2017/1001»], DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.**
265. **Asunto T-805/19: Auto del Tribunal General de 20 octubre de 2020 – Ultrasun/EUIPO (ultrasun) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión ultrasun – Motivo de**

denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno», DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.

266. Asunto T-833/19: Auto del Tribunal General de 22 de octubre de 2020 – Grammer/EUIPO (representación de una figura geométrica) [«Recurso de anulación – Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión que representa una figura geométrica – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno», DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
267. Asunto T-669/20: Recurso interpuesto el 13 de noviembre de 2020 – Pluscard Service/EUIPO (PLUSCARD), DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
268. Asunto T-694/20: Recurso interpuesto el 18 de noviembre de 2020 – Canisius/EUIPO – Beiersdorf (CCLABELLE VIENNA), DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
269. Asunto T-697/20: Recurso interpuesto el 23 de noviembre de 2020 – Bimbo Donuts Iberia/EUIPO – Hijos de Antonio Juan (DONAS DULCESOL), DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
270. Asunto T-699/20: Recurso interpuesto el 20 de noviembre de 2020 – Fashion Energy/EUIPO – Retail Royalty (1st AMERICAN), DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
271. Asunto T-700/20: Recurso interpuesto el 24 de noviembre de 2020 – Schmid/EUIPO – Landeskammer für Land- und Forstwirtschaft in Steiermark (Steirisches Kürbiskernöl g.g. A GESCHÜTZTE GEOGRAFISCHE ANGABE), DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
272. Asunto T-702/20: Recurso interpuesto el 27 de noviembre de 2020 – Beelow/EUIPO (made of wood), DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
273. Asunto T-707/20: Recurso interpuesto el 1 de diciembre de 2020 – Skyworks Solutions/EUIPO – Sky (Sky5), DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
274. Asunto T-708/20: Recurso interpuesto el 30 de noviembre de 2020 – TrekStor/EUIPO (e. Gear), DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.
275. Asunto T-722/18: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2020 – Repsol/EUIPO – Basic (BASIC) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión BASIC – Nombres comerciales nacionales anteriores basic y basic AG – Motivos de denegación relativos – Utilización en el tráfico económico de un signo cuyo alcance no es únicamente

- local – Artículos 8, apartado 4, y 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículos 8, apartado 4, y 60, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Declaración de nulidad parcial – Resolución adoptada a raíz de la anulación por parte del Tribunal General de una resolución anterior – Remisión del asunto a una Sala de Recurso – Incompetencia del autor de la remisión – Artículo 1 quinquies del Reglamento (CE) núm. 216/96 – Adhesión al recurso», DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
276. Asunto T-620/19: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2020 – Ace of spades/EUIPO – Krupp y Borrmann (JC JEAN CALL Champagne ROSÉ) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca tridimensional de la Unión JC JEAN CALL Champagne ROSÉ – Marcas tridimensionales anteriores de la Unión – Motivos de denegación relativos – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Inexistencia de menoscabo de la reputación – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
277. Asunto T-621/19: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2020 – Ace of spades/EUIPO – Krupp y Borrmann (JC JEAN CALL Champagne GRANDE RÉSERVE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca tridimensional de la Unión JC JEAN CALL Champagne GRANDE RÉSERVE – Marcas tridimensionales anteriores de la Unión – Motivos de denegación relativos – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Inexistencia de menoscabo de la reputación – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
278. Asunto T-622/19: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2020 – Ace of spades/EUIPO – Krupp y Borrmann (JC JEAN CALL Champagne PRESTIGE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca tridimensional de la Unión JC JEAN CALL Champagne PRESTIGE – Marcas tridimensionales anteriores de la Unión – Motivos de denegación relativos – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001] – Inexistencia de menoscabo de la reputación – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009 (actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento 2017/1001)»], DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.

279. Asunto T-819/19: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2020 – Man and Machine/EUIPO – Bim Freelance (bim ready) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca figurativa bim ready – Marca figurativa anterior de la Unión BIM freelance – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Limitación de los servicios designados en la solicitud de marca»], DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
280. Asunto T-858/19: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2020 – easyCosmetic Swiss/EUIPO – UWI (easycosmetic) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión easyCosmetic – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
281. Asunto T-30/20: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2020 – Promed/EUIPO – Centrumelektroniki (Promed) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión Promed – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
282. Asunto T-190/20: Sentencia del Tribunal General de 9 de diciembre de 2020 – Almea/EUIPO Sanacorp Pharmahandel (Almea) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Almea – Marca nacional denominativa anterior MEA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
283. Asunto T-792/19: Auto del Tribunal General de 4 de diciembre de 2020 – Agepha Pharma/EUIPO – Apogepha Arzneimittel (AGEPHA) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
284. Asunto T-185/20: Auto del Tribunal General de 1 de diciembre de 2020 – Tikal Marine Systems/EUIPO – Ultra Safety Systems (Ultra Tef-Gel) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de anulación – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
285. Asunto T-192/20: Auto del Tribunal General de 1 de diciembre de 2020 – Tikal Marine Systems/EUIPO – Ultra Safety Systems

- (Ultra Tef-Gel) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de anulación – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
286. Asunto T-685/20: Recurso interpuesto el 16 de noviembre de 2020 – Asian Gear/EUIPO – Multimox (Scooter), DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
287. Asunto T-686/20: Recurso interpuesto el 16 de noviembre de 2020 – Asian Gear/EUIPO – Multimox (Scooter), DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
288. Asunto T-711/20: Recurso interpuesto el 3 de diciembre de 2020 – Puma/EUIPO – CMS (CMS Italy), DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
289. Asunto T-712/20: Recurso interpuesto el 3 de diciembre de 2020 – Škoda Investement/EUIPO – Škoda Auto (Dispositivo de flecha con ala), DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
290. Asunto T-715/20: Recurso interpuesto el 4 de diciembre de 2020 – Degode/EUIPO – Leo Pharma (Skinovea), DOUE, C, núm. 35, de 1 de febrero de 2021.
291. Asunto T-571/20: Recurso interpuesto el 11 de septiembre de 2020 – Luna Italia/EUIPO – Luna (LUNA SPLENDIDA), DOUE, C, núm. 44, de 8 de febrero de 2021.
292. Asunto T-720/20: Recurso interpuesto el 9 de diciembre de 2020 – Perry Street Software/EUIPO – Toolstream (SCRUFFS), DOUE, C, núm. 44, de 8 de febrero de 2021.
293. Asunto T-724/20: Recurso interpuesto el 14 de diciembre de 2020 – Senseon Tech/EUIPO – Accuride International (SENSEON), DOUE, C, núm. 44, de 8 de febrero de 2021.
294. Asunto T-732/20: Recurso interpuesto el 16 de diciembre de 2020 – Freundlieb/EUIPO (CRYSTAL), DOUE, C, núm. 44, de 8 de febrero de 2021.
295. Asunto T-733/20: Recurso interpuesto el 16 de diciembre de 2020 – Freundlieb/EUIPO (BANDIT), DOUE, C, núm. 44, de 8 de febrero de 2021.
296. Asunto T-749/20: Recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2020 – Veronese/EUIPO – Veronese Design Company (VERONESE), DOUE, C, núm. 44, de 8 de febrero de 2021.
297. Asunto T-438/18: Sentencia del Tribunal General de 16 diciembre de 2020 – Pareto Trading/EUIPO – Bikor y Bikor Professional Color Cosmetics (BIKOR EGYPTIAN EARTH) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión BIKOR EGYPTIAN EARTH – Motivo de denegación absoluto – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 59, apar-

tado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.

298. Asunto T-535/19: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2020 – H. R. Participations/EUIPO – Hottinger Investment Management (JCE HOTTINGUER) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa de la Unión JCE HOTTINGUER – Marca nacional no registrada anterior HOTTINGER – Motivo de denegación relativo – Remisión al Derecho nacional que regula la marca anterior – Régimen de la acción de common law por usurpación de denominación (action for passing off) – Artículos 8, apartado 4, y 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente, artículos 8, apartado 4, y 60, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001, respectivamente]», DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.
299. Asunto T-665/19: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2020 – Cinkciarz.pl/EUIPO (€\$) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión €\$ – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Obligación de motivación», DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.
300. Asunto T-859/19: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2020 – Alkemie Group/EUIPO – Mann & Schröder (ALKEMIE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión ALKEMIE – Marca denominativa anterior de la Unión Alkmene – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.
301. Asunto T-860/19: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2020 – Alkemie Group/EUIPO – Mann & Schröder (ALKEMIE) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión ALKEMIE – Marca denominativa anterior de la Unión Alkmene – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.
302. Asunto T-863/19: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2020 – Production Christian Gallimard/EUIPO – Éditions Gallimard (PCG CALLIGRAM CHRISTIAN GALLIMARD) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión PCG CALLIGRAM CHRISTIAN GALLIMARD – Marcas denominativas anteriores de la Unión GALLIMARD – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Comparación conceptual – Apellidos – Posición distintiva autónoma – Artículo 8, apartado 1, letra b), del

- Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.**
- 303. Asunto T-883/19: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2020 – Gustopharma Consumer Health/EUIPO – Helixor Heilmittel (HELIX ELIXIR) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión HELIX ELIXIR – Marca denominativa anterior de la Unión HELIXOR – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.**
 - 304. Asunto T-734/20: Recurso interpuesto el 16 de diciembre de 2020 – Boquoi Handels/EUIPO (Representación de un cristal de hielo sobre un fondo circular azul), DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.**
 - 305. Asunto T-738/20: Recurso interpuesto el 17 de diciembre de 2020 – Deuschtec/EUIPO – Group A (HOLUX), DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.**
 - 306. Asunto T-755/20: Recurso interpuesto el 21 de diciembre de 2020 – Nissan Motor/EUIPO – VDL Groep (VDL E-POWER), DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.**
 - 307. Asunto T-756/20: Recurso interpuesto el 21 de diciembre de 2020 – Nissan Motor/EUIPO – VDL Groep (VDL E-POWERED), DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.**
 - 308. Asunto T-758/20: Recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2020 – Monster Energy/EUIPO – Frito-Lay Trading Company (MONSTER), DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.**
 - 309. Asunto T-759/20: Recurso interpuesto el 22 de diciembre de 2020 – Monster Energy/EUIPO – Frito-Lay Trading Company (MONSTER ENERGY), DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.**
 - 310. Asunto C-607/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 17 de diciembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Husqvarna AB / Lidl Digital International GmbH & Co. KG, anteriormente Lidl E-Commerce International GmbH & Co. KG [Procedimiento prejudicial – Marcas de la Unión Europea – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 51, apartado 1, letra a) – Artículo 55, apartado 1 – Caducidad de la marca de la Unión – Marca de la Unión que no ha sido objeto de un uso efectivo en la Unión dentro de un período ininterrumpido de cinco años – Expiración del período de cinco años – Fecha de apreciación], DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.**

311. **Asunto T-3/20: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2020 – Forbo Financial Services/EUIPO – Windmüller (Canoleum) («Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa de la Unión Canoleum – Marca internacional denominativa anterior MARMOLEUM – Motivo de denegación relativo – Presentación extemporánea del escrito de motivación del recurso – Inadmisibilidad del recurso ante la Sala de Recurso – Petición de restitutio in integrum – Enfermedad repentina del abogado que representa al recurrente – Deber de diligencia – Valor probatorio de la declaración solemne hecha por el abogado»)**, DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.
312. **Asunto T-118/20: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2020 – Voco/EUIPO (Forma de un envase) [Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca tridimensional de la Unión – Forma de un envase – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»]**, DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.
313. **Asunto T-289/20: Auto del Tribunal General de 18 de diciembre de 2020 – Facegym/EUIPO (FACEGYM) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión FACEGYM – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001 – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»]**, DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.
314. **Asunto T-739/20: Recurso interpuesto el 17 de diciembre de 2020 – Unite the Union/EUIPO – WWRD Ireland (WATERFORD)**, DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.
315. **Asunto T-766/20: Recurso interpuesto el 23 de diciembre de 2020 – PrenzMarien/EUIPO – Molson Coors Brewing Company (UK) (STONES)**, DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.
316. **Asunto T-768/20: Recurso interpuesto el 31 de diciembre de 2020 – Standard International Management/EUIPO – Asia Standard Management Services (The Standard)**, DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.
317. **Asunto T-1/21: Recurso interpuesto el 4 de enero de 2021 – Fabryki Mebli «Forte»/EUIPO – Bog-Fran (Muebles)**, DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.
318. **Asunto T-2/21: Recurso interpuesto el 5 de enero de 2021 – Emmentaler Switzerland/EUIPO (EMMENTALER)**, DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.
319. **Asunto T-3/21: Recurso interpuesto el 5 de enero de 2021 – Power Horse Energy Drinks/EUIPO – Robot Energy Europe (UNSTOPPABLE)**, DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.

320. **Asunto T-4/21: Recurso interpuesto el 5 de enero de 2021 – Advanced Superabrasives/EUIPO – Adi (ASI ADVANCED SUPERABRASIVES), DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.**
321. **Asunto T-6/21: Recurso interpuesto el 7 de enero de 2021 – Advanced Organic Materials/EUIPO – Swiss Pharma International (ADVASTEROL), DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.**
322. **Asunto T-7/21: Recurso interpuesto el 8 de enero de 2021 – El Corte Inglés/EUIPO – Kassl (STUDIO KASSL), DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.**
323. **Asunto T-261/19: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2021 – Stada Arzneimittel/EUIPO – Optima Naturals (OptiMar) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión OptiMar – Marca nacional denominativa anterior Mar – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 72, de 1 de marzo de 2021.**
324. **Asunto T-329/19: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2021 – 12seasons/EUIPO – Société immobilière et mobilière de Montagny (BE EDGY BERLIN) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BE EDGY BERLIN – Marca nacional denominativa anterior EDJI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 72, de 1 de marzo de 2021.**
325. **Asunto T-811/19: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2021 – Enoport/EUIPO – Miguel Torres (CABEÇA DE TOIRO) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión CABEÇA DE TOIRO – Marca denominativa anterior de la Unión SANGRE DE TORO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 72, de 1 de marzo de 2021.**
326. **Asunto T-844/19: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2021 – Apologistics/EUIPO – Peikert (discount-apotheke.de) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión discount-ap*theke.de – Marcas denominativas anteriores de la Unión APODISCOUNTER y APO y figurativas anteriores apo-discounter.de, apo.co et apo.de – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 72, de 1 de marzo de 2021.**

327. Asunto T-253/20: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2021 – Oatly/EUIPO (IT’S LIKE MILK BUT MADE FOR HUMANS) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca denominativa de la Unión IT’S LIKE MILK BUT MADE FOR HUMANS – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 72, de 1 de marzo de 2021.
328. Asunto T-276/20: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2021 – Crevier/EUIPO (Ambientador) [«Dibujo o modelo comunitario – Solicitud de dibujo o modelo comunitario que representa un ambientador – Inobservancia de un plazo con respecto a la EUIPO – Petición de restitutio in integrum – Artículo 67, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Deber de diligencia»], DOUE, C, núm. 72, de 1 de marzo de 2021.
329. Asunto T-17/21: Recurso interpuesto el 15 de enero de 2021 – Miquel y Costas & Miquel/EUIPO (Pure Hemp), DOUE, C, núm. 72, de 1 de marzo de 2021.
330. Asunto T-328/17 RENV: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2021 – Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi/EUIPO – M. J. Dairies (BBQLOUMI) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BBQLOUMI – Marca colectiva denominativa anterior de la Unión HALLOUMI – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 79, de 8 de marzo de 2021.
331. Asunto T-656/18: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2021 – Jareš Procházková y Jareš/EUIPO – Elton Hodiná ská (MANUFACTURE PRIM 1949) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa de la Unión MANUFACTURE PRIM 1949 – Inexistencia de derecho anterior adquirido en virtud del Derecho nacional – Artículo 52, apartado 2, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 60, apartado 2, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001]»], DOUE, C, núm. 79, de 8 de marzo de 2021.
332. Asunto T-23/21: Recurso interpuesto el 19 de enero de 2021 – About You/EUIPO – Safe-1 Immobilieninvest (Y/O/U), DOUE, C, núm. 79, de 8 de marzo de 2021.
333. Asunto T-29/21: Recurso interpuesto el 20 de enero de 2021 – Beveland/EUIPO – Super B (BUCANERO), DOUE, C, núm. 79, de 8 de marzo de 2021.
334. Asunto T-189/20: Auto del Tribunal General de 13 de enero de 2021 – Chiquita Brands/EUIPO – Fyffes International (HOYA), DOUE, C, núm. 79, de 8 de marzo de 2021.

335. **Asunto T-199/20: Auto del Tribunal General de 15 de enero de 2021 – Aldi Stores/EUIPO – Dualit (Forma de un tostador), DOUE, C, núm. 79, de 8 de marzo de 2021.**
336. **Asunto T-382/19: Sentencia del Tribunal General de 27 de enero de 2021 – Turk Hava Yollari/EUIPO – Sky (skylife) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de nulidad – Registro internacional que designa a la Unión Europea – Marca denominativa skylife – Marca denominativa anterior de la Unión SKY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.**
337. **Asunto T-817/19: Sentencia del Tribunal General de 27 de enero de 2021 – Olimp Laboratories/EUIPO – OmniVision (Hydrovision) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión Hydrovision – Marca denominativa anterior de la Unión Hylo-Vision – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.**
338. **Asunto T-829/19: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2021 – Palírna U Zeleného stromu/EUIPO – Bacardi (BLEND 42 VODKA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BLEND 42 VODKA – Marcas de la Unión denominativa e internacional figurativa anteriores 42 BELOW – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Público pertinente – Similitud de los productos y servicios – Similitud entre los signos – Apreciación global del riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.**
339. **Asunto T-830/19: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2021 – Palírna U Zeleného stromu/EUIPO – Bacardi (BLEND 42 VODKA) [«Marca de la Unión Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BLEND 42 VODKA – Marcas de la Unión denominativa e internacional figurativa anteriores 42 BELOW – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Público pertinente – Similitud de los productos y servicios – Similitud entre los signos – Apreciación global del riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.**
340. **Asunto T-831/19: Sentencia del Tribunal General de 20 de enero de 2021 – Palírna U Zeleného stromu/EUIPO – Bacardi (BLEND 42 FIRST CZECH BLENDED VODKA) [«Marca de la Unión**

- Europea – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa de la Unión BLEND 42 FIRST CZECH BLENDED VODKA – Marcas de la Unión denominativa e internacional figurativa anteriores 42 BELOW – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Público pertinente – Similitud de los productos y servicios – Similitud entre los signos – Apreciación global del riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (UE) 2017/1001]», DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.
341. Asunto T-287/20: Sentencia del Tribunal General de 27 de enero de 2021 – Eggy Food/EUIPO (EGGY FOOD) [«Marca de la Unión Europea – Solicitud de marca figurativa de la Unión EGGY FOOD – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (UE) 2017/1001»], DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.
342. Asunto T-26/21: Recurso interpuesto el 20 de enero de 2021 – Apple/EUIPO – Swatch (THINK DIFFERENT), DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.
343. Asunto T-27/21: Recurso interpuesto el 20 de enero de 2021 – Apple/EUIPO – Swatch (THINK DIFFERENT), DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.
344. Asunto T-28/21: Recurso interpuesto el 20 de enero de 2021 – Apple/EUIPO – Swatch (THINK DIFFERENT), DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.
345. Asunto T-32/21: Recurso interpuesto el 22 de enero de 2021 – Daw/EUIPO (Muresko), DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.
346. Asunto T-46/21: Recurso interpuesto el 26 de enero de 2021 – El Corte Inglés/EUIPO – Yajun (PREMILITY), DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.
347. Asunto T-47/21: Recurso interpuesto el 27 de enero de 2021 – Cepewa/EUIPO – Out of the blue (LIEBLINGSMENSCH), DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.
348. Asunto T-48/21: Recurso interpuesto el 27 de enero de 2021 – Cepewa/EUIPO – Out of the blue (Lieblingsmensch), DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.
349. Asunto T-66/21: Recurso interpuesto el 1 de febrero de 2021 – Precisis/EUIPO – Easee (EASEE), DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.
350. Asunto T-67/21: Recurso interpuesto el 1 de febrero de 2021 – ultra air/EUIPO – Donaldson Filtration Deutschland (ultrafilter international), DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.

351. **Asunto T-16/20: Auto del Tribunal General de 20 de enero de 2021 – Hub Culture/EUIPO – PayPal (VEN), DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.**
352. **Asunto T-478/20: Auto del Tribunal General de 20 de enero de 2021 – Bigben Connected/EUIPO – Forsee Power (FORCE POWER), DOUE, C, núm. 88, de 15 de marzo de 2021.**

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

353. **Asunto C-265/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2020 [petición de decisión prejudicial planteada por la High Court (Tribunal Superior (Irlanda) – Irlanda) – Recorded Artists Actors Performers Ltd / Phonographic Performance (Ireland) Ltd, Minister for Jobs Enterprise and Innovation, Ireland, Attorney General (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2006/115/CE – Artículo 8, apartado 2 – Utilización de fonogramas en la Unión – Derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a una remuneración equitativa compartida con los productores de los fonogramas – Aplicabilidad a los nacionales de terceros Estados – Tratado sobre interpretación o ejecución y fonogramas – Artículos 4 y 15 – Reservas notificadas por terceros Estados – Limitaciones del derecho a una remuneración equitativa que, por vía de reciprocidad, pueden resultar de tales reservas para los nacionales de terceros Estados en la Unión – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 17, apartado 2, y artículo 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Derecho fundamental a la protección de la propiedad intelectual – Exigencia de que toda limitación sea establecida por la ley, respete el contenido esencial del derecho fundamental y sea proporcionada – Reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros para determinar esas limitaciones – Reparto de competencias en las relaciones con terceros Estados – Artículo 3 TFUE, apartado 2 – Competencia exclusiva de la Unión), DOUE, C, núm. 378, de 9 de noviembre de 2020.**
354. **Asunto C-637/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 28 de octubre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt – Patent- och marknadsöverdomstolen – Suecia) – BY / CX (Procedimiento prejudicial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Sociedad de la información – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Artículo 3, apartado 1 – Comunicación al público – Concepto de «público» – Presentación por vía electrónica ante un órgano jurisdiccional de una obra protegida como prueba en el marco de un procedimiento judicial), DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.**

355. **Asunto C-147/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de noviembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo) – Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S. A. / Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI) y Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Sociedad de Gestión de España (AIE) (Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derechos afines a los derechos de autor – Directiva 92/100/CEE – Artículo 8, apartado 2 – Directiva 2006/115/CE – Artículo 8, apartado 2 – Comunicación al público de obras audiovisuales en las que se hayan incorporado fonogramas o reproducciones de fonogramas – Remuneración equitativa y única), DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.**
356. **Asunto C-531/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 19 de octubre de 2020 – Nova-Text GmbH / Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.**

PROTECCIÓN DE DATOS

357. **Asunto C-319/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 15 de julio de 2020 – Facebook Ireland Limited / Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., DOUE, C, núm. 359, de 26 de octubre de 2020.**
358. **Asunto C-669/19 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 16 de septiembre de 2020 – BP / Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) [Recurso de casación – Responsabilidad extracontractual – Acceso a los documentos – Protección de los datos personales – Divulgación supuestamente irregular de tales datos – Reglamentos (CE) n.ºs 1049/2001 y 45/2001 – Admisibilidad de los motivos y proposición de prueba ante el Tribunal General de la Unión Europea – Reparto de las costas], DOUE, C, núm. 390, de 16 de noviembre de 2020.**
359. **Asunto C-623/17: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Investigatory Powers Tribunal – Londres – Reino Unido) – Privacy International / Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, Secretary of State for the Home Department, Government Communications Headquarters, Security Service, Secret Intelligence Service (Procedimiento prejudicial – Tratamiento de datos de carácter personal en el sector de las comunicaciones electrónicas – Proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas – Transmisión generalizada e indiferenciada de datos de tráfico y de localización – Protección de la seguridad nacional – Directiva 2002/58/CE – Ámbito de aplicación – Artículos 1, apartado 3, y 3 – Confidencialidad de las comunicaciones electrónicas – Protección – Artículos 5 y 15, apartado 1 – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 7, 8, 11 y artículo 52, apartado 1 – Artículo 4 TUE, apartado 2), DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.**

360. **Asuntos acumulados C-511/18, C-512/18 y C-520/18: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2020 [peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Conseil d'État (Francia) y la Cour constitutionnelle (Bélgica)] – La Quadrature du Net (C-511/18 y C-512/18), French Data Network (C-511/18 y C-512/18), Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs (C-511/18 y C-512/18), Igwan.net (C-511/18) / Premier ministre (C-511/18 y C-512/18), Garde des Sceaux, ministre de la Justice (C-511/18 y C-512/18), Ministre de l'Intérieur (C-511/18), Ministre des Armées (C-511/18), Ordre des barreaux francophones y germanophone, Académie Fiscale ASBL, UA, Liga voor Mensenrechten ASBL, Ligue des Droits de l'Homme ASBL, VZ, WY, XX / Conseil des ministres (Procedimiento prejudicial – Tratamiento de datos de carácter personal en el sector de las comunicaciones electrónicas – Proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas – Proveedores de servicios de almacenamiento y proveedores de acceso a Internet – Conservación generalizada e indiferenciada de datos de tráfico y de localización – Análisis automatizado de datos – Acceso en tiempo real a los datos – Protección de la seguridad nacional y lucha contra el terrorismo – Lucha contra la delincuencia – Directiva 2002/58/CE – Ámbito de aplicación – Artículo 1, apartado 3, y artículo 3 – Confidencialidad de las comunicaciones electrónicas – Protección – Artículo 5 y artículo 15, apartado 1 – Directiva 2000/31/CE – Ámbito de aplicación – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 4, 6 a 8 y 11 y artículo 52, apartado 1 – Artículo 4 TUE, apartado 2), DOUE, C, núm. 433, de 14 de diciembre de 2020.**
361. **Asunto C-460/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 24 de septiembre de 2020 – TU, RE / Google LLC, DOUE, C, núm. 443, de 21 de diciembre de 2020.**
362. **Asunto C-61/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de noviembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul București – Rumanía) – Orange Romania SA / Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP) [Procedimiento prejudicial – Directiva 95/46/CE – Artículos 2, letra h), y 7, letra a) – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículos 4, punto 11, y 6, apartado 1, letra a) – Tratamiento de los datos personales y protección de la intimidad – Obtención y conservación de copias de documentos de identidad por un proveedor de servicios de telecomunicaciones móviles – Concepto de «consentimiento» del interesado – Manifestación de voluntad libre, específica e informada – Declaración del consentimiento mediante una casilla – Firma del contrato por el interesado – Carga de la prueba], DOUE, C, núm. 19, de 18 de enero de 2021.**
363. **Asunto C-534/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesarbeitsgericht (Alemania) el 21 de octubre de 2020 – Leisritz AG / LH, DOUE, C, núm. 28, de 25 de enero de 2021.**

364. **Asunto C-620/19: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 10 de diciembre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht – Alemania) – Land Nordrhein-Westfalen / D.-H. T., como administrador concursal de J & S Service UG [Procedimiento prejudicial – Datos personales – Reglamento (UE) 2016/679 – Artículo 23 – Limitación de los derechos del interesado – Interés financiero importante – Ejecución de demandas civiles – Normativa nacional que se remite a las disposiciones del Derecho de la Unión – Datos fiscales relativos a una persona jurídica – Incompetencia del Tribunal de Justicia], DOUE, C, núm. 44, de 8 de febrero de 2021.**
365. **Asunto T-738/16: Auto del Tribunal General de 14 de diciembre de 2020 – La Quadrature du Net y otros/Comisión («Espacio de libertad, seguridad y justicia – Protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de los datos personales – Transferencia de datos personales a Estados Unidos – Declaración de invalidez del acto impugnado – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»), DOUE, C, núm. 53, de 15 de febrero de 2021.**

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

366. **Asunto C-337/20: Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) el 23 de julio de 2020 – DM, LR / Caisse régionale de Crédit agricole mutuel (CRCAM) Alpes-Provence, DOUE, C, núm. 339, de 12 de octubre de 2020.**
367. **Asunto C-375/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Coimbra (Portugal) el 10 de agosto de 2020 – Liberty Seguros, SA / DR, DOUE, C, núm. 348, de 19 de octubre de 2020.**
368. **Asunto C-633/20: Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) el 25 de noviembre de 2020 – Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. / TC Medical Air Ambulance Agency GmbH, DOUE, C, núm. 62, de 22 de febrero de 2021.**

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

ARROYO AMAYUELAS, Esther/CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dirs.): *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons y Colegio Notarial de Cataluña, Madrid, 2020, 526 pp.

Las nuevas tecnologías invaden nuestras vidas y todos y cada uno de los ámbitos en los que el Derecho despliega su eficacia. Los contratos, la protección de los consumidores, la protección de los datos personales o la propiedad intelectual son ámbitos en los que los avances tecnológicos se han adentrado. El legislador europeo es consciente de ello y ha tratado, mediante diversas directivas, de regular estas cuestiones de una manera precisa. Con todo, la tecnología anda más rápido que el legislador y esa normativa que parecía completa plantea numerosos problemas en su aplicación práctica. El libro que se presenta, «El derecho privado en el paradigma digital», está dirigido por los profesores Esther Arroyo Amayuelas y Sergio Cámara Lapuente y está llamado a ser una obra de consulta obligada para todo aquel que se adentre en estos temas. Los autores de los distintos capítulos que la forman dan respuesta a estas dificultades y constituyen un análisis certero y necesario de la situación.

La obra está publicada con la editorial Marcial Pons, junto con el Colegio Notarial de Cataluña y consta de 526 páginas. El contenido de alguno de los capítulos que la componen fue presentado en un Congreso celebrado en Barcelona, en octubre de 2019. Éste, junto con la propia publicación, se encuadran en un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, dedicado al mercado único digital europeo y la protección de los consumidores en los contratos de suministro de contenidos digitales, y en la Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo de la Universidad de Barcelona, financiada por la Comisión Europea.

Está dividida en cinco bloques: 1) los contratos sobre contenidos digitales, servicios digitales y compraventa de bienes de consumo; 2) el destino de los datos personales y servicios digitales: ¿comercio o/y protección?; 3) el comercio electrónico y mercados *online*; 4) las plataformas de intermediación y propiedad intelectual; 5) los retos de futuro en la Unión Europea: identidad digital y conducción autónoma. Cada uno de ellos está integrado por entre dos y cuatro capítulos, cuya autoría corresponde a grandes especialistas

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

en estas materias. Todos los temas son tratados desde un punto de vista legislativo, jurisprudencial y doctrinal. Los autores hacen un análisis profundo de cada una de estas cuestiones, acompañando su argumentación con la doctrina más actual, la jurisprudencia más relevante y la legislación aplicable. Aunque la gran mayoría de los capítulos están redactados en castellano, existen algunos de ellos que aparecen en inglés.

Comenzando por el primero de los bloques, su primer capítulo lleva por título «Introducción a las nuevas Directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales» y está elaborado por Jorge Morais Carvalho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad NOVA de Lisboa. Se refiere, en particular, a la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo, sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y a la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes. El autor trata temas como: 1) el nivel de armonización conseguido; 2) el ámbito subjetivo de aplicación, prestando especial atención al concepto de consumidor y de empresario, así como a los contratos con doble finalidad; 3) el ámbito objetivo de aplicación; 4) la entrega de datos personales como contraprestación; 5) los requisitos de conformidad; 6) la responsabilidad del empresario y sus plazos; 7) las medidas correctoras ante la falta de conformidad.

El segundo capítulo de esta primera parte se titula «Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services», escrito por Christian Twigg-Flesner, profesor de Derecho de comercio internacional en la Universidad de Warwick (Reino Unido). El autor se centra en temas como: a) la razón por la que se establece el régimen de la falta de conformidad; b) su tratamiento en las nuevas directivas europeas (armonización, alcance y requisitos objetivos y subjetivos); c) los plazos relativos a la falta de conformidad; d) la falta de conformidad de bienes; e) la falta de conformidad de servicios. En estos dos últimos apartados, el profesor analiza cada uno de los supuestos en los que se pueden dar, incluidos en los artículos 6 (requisitos subjetivos) y 7 (requisitos objetivos) de la Directiva (UE) 2019/771. Igualmente, desarrolla la incorrecta instalación de los bienes como supuesto de falta de conformidad, establecido en el artículo 8 de la citada norma europea.

El capítulo tercero tiene por objeto los remedios por la falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones. Lo firma Lidia Arnau Raventós, profesora agregada de Derecho civil en la Universidad de Barcelona. Se plantea la diferencia entre pluralidad objetiva simple o contratación de distintas prestaciones de la misma naturaleza y pluralidad objetiva compleja o contratación de distintas prestaciones de distinta naturaleza. Dentro de la primera, se alude a: 1) los bienes y servicios mixtos; 2) la cantidad como criterio de conformidad, tanto cuando se entrega una cantidad inferior a la debida como cuando se entrega una cantidad excesiva; 3) la falta de conformidad parcial, con las consecuencias de la resolución parcial del contrato y de la suspensión parcial de las obligaciones del comprador.

El último capítulo del primer bloque del libro lleva por título «Time limits of remedies under Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/771 with particular regard to hidden defects». Está escrito por Beate Gsell, profesora de Derecho civil y procesal en la Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich. El objeto de estudio es, por tanto, los límites temporales respecto de los defectos ocultos. Comienza analizando el alcance de su armonización, para continuar con los períodos de garantía y los plazos de prescripción de la

acción para reclamar. Aquí distingue los regímenes recogidos en las directivas, según se trate de bienes, de contenido digital o de otros servicios digitales. La autora termina el capítulo tratando dos cuestiones importantes, como son la obligación de notificación del defecto que pesa sobre el consumidor y la carga de la prueba del defecto.

El segundo bloque comienza con un capítulo dedicado al modelo de mercado para los datos personales, exponiendo la cuestión desde la Directiva sobre contenidos y servicios digitales. Esta parte está firmada por Axel Metzger, catedrático de Derecho civil y propiedad intelectual en la Universidad Humboldt de Berlín. El autor empieza centrando su atención en los datos como contraprestación en los contratos de consumo. El grueso del estudio se encuentra en el bloque 2 del capítulo, donde se plantean las especialidades de esta modalidad contractual. En particular, en lo que tiene que ver con la oferta contractual, la aceptación del consumidor, la causa de estos contratos, la prestación del consentimiento para el tratamiento de los datos personales, la obligación de facilitarlos como contraprestación y la validez del contrato. Finalmente, no menos importante es el estudio final de dos problemas que se pueden derivar de esta práctica y que tienen que ver con los riesgos y los fallos de mercado que podrían plantearse.

El segundo capítulo del segundo bloque lo realiza Sergio Cámara Lapuente, catedrático de Derecho civil en la Universidad de La Rioja. Su objeto es la resolución contractual y el destino de los datos personales y de los contenidos generados por los usuarios de servicios digitales cuando se produce el fin del contrato. Tras un primer apartado donde se plantea todas las cuestiones que deberán resolver los Estados miembros a la hora de transponer las directivas, aborda los derechos en juego sobre los datos al resolver el contrato, en especial el derecho de supresión, el derecho a impedir el uso de los datos, el derecho de portabilidad y el derecho a la recuperación de los datos. Respecto de todos ellos, estudia las reglas para su aplicación y sus excepciones. Finaliza con un apartado sobre la relación entre estos derechos en el momento de su ejercicio y otro relativo a su plasmación en la práctica actual.

El siguiente capítulo se centra en la interacción entre la protección del consumidor y la protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770 y su autoría corresponde a Rosa M.^a García Pérez, profesora titular de Derecho civil en la Universidad de Granada. La autora presenta la interacción entre ambos campos en la directiva señalada, sin perder de vista el Reglamento europeo sobre protección de datos. Entre otros, los temas que incluye son: a) el principio de licitud del tratamiento y su incidencia en los contratos amparados por la directiva; b) las bases legitimadoras del tratamiento de datos personales facilitados por el consumidor con fines distintos al suministro de contenidos o servicios digitales (datos necesarios para la ejecución del contrato, consentimiento del consumidor, interés legítimo del responsable o de terceros y los datos de categoría especial); c) los principios y deberes impuestos al suministrador por el Reglamento y la conformidad de los contenidos y servicios digitales.

El último capítulo de la segunda parte se titula «Voluntades digitales: disposiciones *mortis causa*» y viene firmado por M. Esperança Ginebra Molins, profesora titular de Derecho civil en la Universidad de Barcelona. La autora responde, a través de este capítulo, a la pregunta de qué ocurre con el rastro digital y con el patrimonio digital de una persona cuando fallece. Tras definir ambos conceptos, la autora opone la heredabilidad y la protección de la intimidad o privacidad y de los datos personales, incorporando una aproxima-

ción de Derecho comparado. En el estudio se incluye un análisis de las voluntades digitales y su contenido tanto sucesorio como no sucesorio, y del llamado «testamento digital», con argumentación que abarca el CC, el CCCat. y la Ley de Voluntades Digitales de Cataluña.

El tercer bloque del libro lo inaugura un capítulo sobre las plataformas online y su papel en la conclusión de contratos, realizado por Joana Campos Carvalho, doctoranda de la Facultad de Derecho de la Universidad NOVA de Lisboa. Comienza analizando el concepto de «plataforma online», explicando la relación contractual triangular que se plantea en estos casos: 1) entre el proveedor del servicio y la plataforma; 2) entre el cliente y la plataforma; 3) entre el proveedor del servicio y el cliente. A continuación, se refiere a los casos en los que se rompe esa relación triangular, explicando el caso Uber a raíz de la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2016 (asunto C-149/15, caso *Wathelet*) y su incidencia en el Derecho portugués y español. Acaba el capítulo con un apartado sobre el marco jurídico de las plataformas en la UE.

El segundo capítulo de este tercer bloque tiene ver con el Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado y la aplicación de las normas de Derecho internacional privado a los contratos de consumo concluidos por vía electrónica. Su autor es Raúl Lafuente Sánchez, profesor asociado de Derecho internacional privado en la Universidad de Alicante. El trabajo incluye, en primer lugar, un análisis del Reglamento, haciendo referencia a: 1) sus objetivos; 2) su ámbito de aplicación; 3) las obligaciones que impone a los comerciantes (permitir el acceso a sus interfaces en línea, no aplicar condiciones de acceso diferentes a sus productos o servicios, no aplicar condiciones discriminatorias por motivos relacionados con el pago y no permitir acuerdos sobre ventas pasivas que infrinjan la prohibición del bloqueo geográfico); 4) la interacción del Reglamento con las normas de Derecho internacional privado. A continuación, profundiza en el concepto de «actividades dirigidas al Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor» relativo al comerciante. Dicho análisis se realiza no sólo desde un punto de vista legislativo, sino también jurisprudencial, revisando la doctrina del TJUE en esta materia. Especialmente, se acude a los casos *Pammer* y *Alpenhof, Mühlleitner, Emrek* y *Kampik*. De aquí deriva el autor los indicios que identifica el TJUE para interpretar el concepto antes señalado, tema que protagoniza la última parte de este capítulo: a) el acceso a la interfaz del comerciante desde el Estado del domicilio del consumidor no constituye un dijo de que haya dirigido su actividad a ese país; b) la coexistencia entre el acceso a su interfaz y la libertad del comerciante para excluir de la contratación a los clientes domiciliados en un Estado miembro; c) la relevancia del lugar de entrega de los productos o servicios del comerciante para determinar si ha dirigido sus actividades al Estado del domicilio del consumidor; d) el cumplimiento de los requisitos legales nacionales no contractuales del Estado miembro del cliente y su incidencia en el criterio de las actividades dirigidas.

El último capítulo de esta tercera parte se titula «El estado de *flow* y comercio electrónico: ¿existen diferencias en la conducta de los consumidores según el dispositivo electrónico utilizado? Sus autores son Agustín V. Ruiz Vega, catedrático de Comercialización e Investigación de Mercados, y Consuelo Riaño Gil, profesora titular de Comercialización e Investigación de Mercados, ambos de la Universidad de La Rioja. Aportan la visión más económica del estudio, sin duda necesaria para el mejor entendimiento de los temas que se desarrollan en el libro. Comienzan por explicar la evolución del comercio electrónico en España, para aludir después al estado de *flow* o el

estado mental por el cual una persona se involucra en una actividad con la que está disfrutando, y su implicación en el comercio *online*. Se abordan cuáles son las cosas que afectan al nivel de inmersión del consumidor en este tipo de compras, como la calidad estética del sitio web, la facilidad de uso del dominio web, la privacidad y la seguridad de la información, la calidad de los contenidos del sitio web. Además, se analizan las consecuencias de ese estado de *flow*. Entre ellas, la distorsión del tiempo, la experiencia con la visita del sitio web, la intención de compra futura en dicho sitio web o la intención de recomendarlo. El capítulo acaba con la planificación y realización del estudio empírico que plantean, así como los resultados obtenidos. Todo ello se acompaña con diagramas, cuadros y gráficos, que constituyen un complemento perfecto para la reflexión de las cuestiones tratadas.

El cuarto bloque del libro comienza con un capítulo sobre la responsabilidad de los intermediarios en Internet. La autora es Esther Arroyo Amayuelas, catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona. La profesora se plantea si la doctrina de los puertos seguros será lo suficientemente consistente como para aguantar el futuro desarrollo tecnológico. Partiendo de la Directiva 2000/31/CE, de 17 de julio, sobre comercio electrónico, la autora se adentra en: 1) el papel de los proveedores (activos y pasivos); 2) las plataformas colaborativas y su relación con el derecho de autor; 3) el rol de los proveedores de acceso a Internet en el control de los contenidos transmitidos; 4) la exención de responsabilidad para ciertos prestadores de servicios cuando desconocen la ilicitud de los contenidos; 5) la ausencia del deber general de controlar la información que los intermediarios transmiten o almacenan y su obligación de colaborar con las autoridades competentes para comunicarles los presuntos datos o actividades ilícitas; 6) los procedimientos de aviso de la comisión de ilícitos y de retirada de los contenidos que infringen los derechos de terceros.

El segundo capítulo del bloque cuarto constituye un profundo análisis del artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril, sobre derecho de autor en el mercado único digital. Está elaborado por Gerald Spindler, catedrático de Derecho Civil, Mercantil y Económico en la Universidad de Göttingen. Comienza describiendo el sistema previo de responsabilidad de los intermediarios, establecido en la Directiva sobre comercio electrónico, para, a continuación, adentrarse en el precepto señalado. El análisis abarca temas como: a) la definición de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea; b) la infracción independiente de los derechos de explotación por estos prestadores de servicios; c) las obligaciones del prestador de alojamiento; d) las limitaciones a favor de los usuarios; e) la prohibición de obligaciones generales de supervisión y su relación con la Directiva sobre comercio electrónico. Además, hace referencia también a los derechos fundamentales afectados por esa relación entre el usuario, el prestador de servicios y el titular de derechos. La última parte del capítulo se centra en la transposición del artículo 17 en los ordenamientos internos de los Estados miembros y en las obligaciones que tienen las plataformas operativas fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

El capítulo final de esta cuarta parte tiene que ver con los derechos de propiedad intelectual que se reconocen a los editores de publicaciones de prensa, establecidos en el artículo 15 de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital. Una vez explicada la situación previa a la norma europea, entra de lleno en los derechos concedidos y su alcance práctico, la relación con otros derechos de propiedad intelectual y las excepciones o limi-

taciones a estos derechos. Acaba poniendo en evidencia las consecuencias que producirá la transposición de este precepto y haciendo algunas consideraciones *ad futuro*.

El último bloque del libro es el más corto, al estar constituido por únicamente dos capítulos. El primero de ellos se titula «Regulation of electronic identification in financial services: digital identity and financial inclusion dimensions». Son dos sus autores: Lina Dagiliene y Paulius Astromskis, ambos profesores en la Universidad de Kaunas (Lituania). Comienzan tratando el concepto de «identidad personal», tanto en el contexto físico como en el contexto digital, y su dimensión financiera. Posteriormente se centran en la génesis de la regulación de la identificación electrónica en los servicios financieros de la UE y en las perspectivas de futuro y los desafíos que plantea.

Esta parte se cierra con un capítulo sobre la aplicación de la normativa sobre accidentes de tráfico a los causados por vehículos automatizados y autónomos, elaborado por Mónica Navarro-Michel, profesora agregada de Derecho civil en la Universidad de Barcelona. Profundiza en cuestiones muy interesantes, como la distinción entre vehículos autónomos, automatizados y conectados, los distintos niveles de automatización, o la conducción en fase de pruebas. Además, aporta un análisis de los distintos sujetos responsables en estos accidentes de circulación, desde el conductor –y su paso a usuario o pasajero– al propietario no conductor. Como no podía faltar en todo estudio sobre responsabilidad, se alude a los criterios de imputación y las causas de exoneración. El trabajo finaliza con un apartado de Derecho comparado, donde se da cuenta de las normas alemana y británica que regulan esta cuestión.

En definitiva, el libro «El Derecho privado en el nuevo paradigma digital» constituye una obra de calidad y básica para la comprensión y el análisis de los problemas que plantean las distintas directivas europeas aprobadas en los últimos años sobre Derecho de consumo, propiedad intelectual o protección de datos, entre otras materias. Estamos ante una aportación fundamental y de gran valor no sólo por la excelente calidad de sus autores dentro de su ámbito de especialización, sino también por la investigación tan rigurosa que presentan.

Sebastián LÓPEZ MAZA

Profesor contratado-doctor de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

CRESPO MORA, María Carmen: *La prestación de servicios jurídicos*, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, 302 pp.

1. Encima de mi mesa el libro de Crespo Mora sobre «La prestación de servicios jurídicos» llevaba un tiempo esperando el momento en que las múltiples, insustanciales, engorrosas tareas que de manera creciente abrumaban al profesorado universitario me dejaran una ventana lo suficientemente amplia como para permitirme disfrutar de su lectura y reflexionar sobre su contenido. Parece la actitud que uno debiera tener ante una novela y no ante un estudio científico, pero lo cierto es que estaba expectante por muchas razones a las que, desde luego, no era ajeno mi interés por todo lo relacionado jurídicamente con los contratos de servicios. Dicha expectación venía justificada

también, cómo no, por la autora, la profesora Crespo Mora, especialista en la materia; desde que publicara su espléndida tesis sobre la responsabilidad civil del abogado, ha venido aportando al panorama científico-jurídico un sinnúmero de estudios sobre los contratos de servicios en general y sobre los jurídicos en particular. He tenido oportunidad de conocer su trabajo anterior y puedo dar fe de su rigor, de la lectura reflexiva que hace de las obras que cita, del hecho de que siempre exponga sus opiniones sin ambages, así como de la límpida argumentación en que las sustenta; características todas ellas que también se encuentran presentes en esta monografía.

En definitiva, mi expectativa estaba más que justificada, de modo que cuando las labores burocráticas me lo han permitido, he sentido un deleite especial sentándome con tiempo por delante para estudiar con detenimiento esta monografía. Y he de decir que, como si de una novela se tratase, no he podido dejar de leer hasta el final, pues se trata de un libro muy bien escrito –como es habitual en la autora– en el que las ideas que conforman el discurso intelectual que contiene se van concatenando la unas con las otras sin solución de continuidad permitiendo una lectura ágil y reflexiva.

Con ocasión de esta oportunidad que se me brinda, espero saber recoger con acierto algunas de las reflexiones e ideas que la autora plasma en esta obra, así como subrayar los aspectos que la hacen reseñable.

2. El estudio se estructura en cinco capítulos, sirviendo el primero para delimitar su alcance. En el segundo se precisa la prestación principal que asume el abogado, lo que da pie a la autora a pensar sobre cuestiones tales como las obligaciones de medios y de resultado que, a su vez, se relacionan con el problema de la categorización de los tipos contractuales a través de los cuales el profesional de la abogacía encauza la prestación de los servicios que le son propios. A continuación, en el tercer capítulo, se identifica el papel que desempeña en la estructura contractual el conocimiento del Derecho que debe tener el profesional que presta servicios jurídicos; quiero destacar en palabras literales de la autora una idea que comparto, según la cual, *en las prestaciones de servicios jurídicos la pericia constituye el objeto mismo de la obligación* (página 61-62). Esta reflexión pone de relieve la carga subjetiva, personal, que lleva inserto el servicio como objeto del contrato y que, a mi modo de ver, es uno de los aspectos determinantes –no el único– de que muchas de las normas de la parte general del contrato –pensadas desde la óptica de contratos cuyo objeto son cosas materiales– no sean adecuadas para su aplicación a los servicios. Me parece por ello un acierto que se haya dedicado un capítulo específico al conocimiento del Derecho, separándolo de las obligaciones que del contrato de prestación de servicios jurídicos se derivan para el abogado. En el cuarto capítulo, se analizan las obligaciones accesorias del abogado, incluyendo la obligación de información, el deber de asesorar, el de mantener secreto, el de custodia de los documentos entregados por el cliente y, en último lugar, se estudia en qué medida el letrado debe seguir las instrucciones del cliente. Todavía queda un quinto capítulo en el que se analiza la prestación de servicios jurídicos desde la óptica del Derecho del consumo, aunque se avanzan diferentes aspectos en capítulos anteriores como, por ejemplo, el relacionado con el deber de información precontractual que se ubica en el capítulo cuarto junto al análisis de la obligación de ir dando cuenta al cliente de cómo evoluciona el asunto.

3. Los aspectos más destacados de esta monografía guardan relación y vienen determinados por la ausencia de una regulación específica reguladora de los contratos de servicios en general y de la prestación de servicios jurídicos.

cos en particular. Para empezar, esta circunstancia determina que en esta materia sea más necesario que en otras recurrir al estudio de la jurisprudencia puesto que los problemas que se suscitan en torno a estos contratos vienen siendo resueltos por los Tribunales sin un apoyo normativo claro y seguro, lo que les ha llevado a trazar una serie de líneas, más o menos definidas, que han proporcionado un cierto nivel de seguridad jurídica en la materia. Entra dentro de lo esperable, por tanto, que el componente jurisprudencial sea relevante en esta obra, pero justo es decir que el tratamiento que de las pronunciamientos judiciales hace la profesora Crespo Mora en relación a los distintos problemas que suscitan los contratos de servicios jurídicos va mucho más allá de lo que se consideraría suficiente para un estudio riguroso: las sentencias se van disponiendo ordenadamente para refrendar cada idea, cada afirmación, que se plasma en el texto, componiendo un valioso encaje de bolillos jurisprudencial no por precioso exento de utilidad, pues la funcionalidad es enorme ante la ya referida ausencia de pautas normativas ciertas y seguras. Es de justicia agradecer a la autora el enorme esfuerzo que ha desplegado para la elaboración de este complejo mosaico jurisprudencial del que, sin duda, los estudiosos de los contratos de servicios en general y de los jurídicos en particular nos beneficiaremos de aquí en adelante, suponiendo esto ya, por sí sólo, un avance del conocimiento de cierta entidad.

4. Pasando a otro plano, debe tenerse en cuenta que la ausencia de regulación específica aboca a los estudiosos de los contratos de servicios a recurrir a todo texto y norma que pueda serles de aplicación, más aún cuando el recurso a la parte general del contrato no es eficaz al ser normas difícilmente adaptables para su aplicación a tipos contractuales cuyo objeto, además de llevar inserto ese componente subjetivo ya aludido, es inmaterial y efímero, provocando algunas distorsiones en la teoría general del contrato cuando les es referida. De ahí, que sea un lugar común en los estudios sobre contratos de servicios atender a la regulación de figuras próximas, como la del mandato, bien sea para aceptar que algunas de sus normas –en mayor o menor medida y en base a una u otra explicación– son referibles a aquellos, bien sea para rechazar que les sean aplicables en bloque o particularmente. La profesora Crespo Mora opta por la aplicación analógica de las normas del mandato a los servicios porque, en su opinión, *la analogía legis permitiría excluir aquellas normas del contrato de mandato ideadas para la prestación de un servicio gratuito* (pag 53). En esta línea, se aprecia cómo en varios pasajes se testa la aplicabilidad de algunas de las normas del mandato a los contratos de servicios jurídicos. Concretamente la autora considera que el artículo 1730 del Código civil –que permite al mandatario retener las cosas objeto del mandato hasta que el mandante le pague los gastos derivados de la gestión– no permite al abogado legítimamente retener los documentos entregados por el cliente hasta que éste abone los honorarios pues no son equiparables a las «cosas» mencionadas en dicho precepto (págs. 186 y ss). Diré –por lo que guarda relación con posiciones que he defendido– que se alude de algún modo a que la gratuidad está detrás de dicha norma reguladora del mandato, de lo que se puede inferir que, siendo onerosos los contratos de servicios jurídicos, no sería razonable entender que esa norma les sea referible. Otro aspecto relacionado con esta cuestión es el análisis que se efectúa de si el abogado debe seguir las instrucciones del cliente, trayendo a colación el artículo 1719 del Código civil que obliga al mandante a seguir las que le haya dado el mandatario. En este punto, la autora agota todas las posibilidades del supuesto de hecho, entendiendo que las indicaciones hechas en el momento de perfección

del contrato o insertas en el contrato deben ser seguidas por el abogado, mientras que debe matizarse si el abogado queda igualmente obligado cuando las indicaciones del cliente son posteriores, supuesto en el que deben entrar en juego otro tipo de consideraciones como el alcance de las instrucciones, ya que si se refieren a la existencia o continuación del proceso es obvio que el profesional debe seguirlas, pero no tendrá que hacerlo si van referidas a la estrategia a seguir para la mejor defensa de los intereses encomendados (páginas 186 y ss). Cabe plantear si acaso estas acertadas matizaciones sobre la aplicación del precepto tienen sentido también referidas al propio contrato de mandato para el que está pensado, en cuyo caso, quizás no pueda concluirse con rotundidad en su no aplicabilidad.

5. Sigo reflexionando y trasladando mis impresiones sobre la monografía relacionándolas con la idea que me está sirviendo de hilo conductor que no es otra que la carencia de referentes normativos específicos aplicables a los contratos de servicios. Otra de las consecuencias de esta circunstancia es que, en los estudios sobre la prestación de servicios de profesiones como los de abogado, suela atenderse a normativa sectorial, como el Estatuto General de la Abogacía, e incluso a reglamentación cuyo valor normativo plantea innumerables dudas como el Código deontológico de la abogacía. Lo más destacable en relación a esta cuestión es el esfuerzo desarrollado para justificar, con apoyo jurisprudencial, que estos textos deben considerarse una fuente de integración del contrato en base a la buena fe referida en el artículo 1258 del Código civil (página 92). Indica la autora que, como estos textos que reglamentan el ejercicio de la profesión tampoco contienen un programa completo del contenido del contrato, ha tenido que ser la jurisprudencia la que ha ido extrayendo de la normativa sectorial y de las normas deontológicas los deberes accesorios a la prestación principal del abogado. Así, por ejemplo, en la página 103, considera que *la buena fe constituye el fundamento del deber complementario de información*.

En relación a este último deber que es tratado en profundidad en la obra, se analiza minuciosamente la obligación de dar cuenta al cliente sobre la evolución del asunto encomendado y se remarca la necesidad de hacerlo sobre todo si el prestatario debe tomar decisiones sobre el procedimiento. Se da respuesta, de manera muy razonable y recurriendo siempre a citas jurisprudenciales, a cuestiones tales como la concreción del momento en que debe suministrarse la información, su contenido, sus características y el momento en que el abogado deja de tener esa obligación de información con respecto al cliente. De todo ello subrayo una reflexión muy interesante que aparece en la página 113 según la cual *el exceso de información no comporta una protección superior*, porque es muestra de la ecuanimidad con la que se efectúa el análisis de esta cuestión.

6. Como vengo diciendo los estudiosos de los contratos de servicios recurrimos a la jurisprudencia, a la regulación de figuras que les son cercanas, a textos y normativa sectorial. Hay que subrayar que en esta obra se da un paso más en esa dirección porque se analiza el contrato de prestación de servicios jurídicos desde la perspectiva de las normas de protección de los consumidores. Hasta ahora, salvedad hecha de algún estudio que ha analizado alguna cuestión específica, no se había efectuado esta labor con un alcance general y, precisamente, ahí radica el aporte más novedoso de esta monografía, debiendo resaltarse que el momento es muy oportuno porque no es ajeno, como explica la profesora Gómez Calle en el prólogo, al hecho de que

en algunos sectores de la abogacía se esté asistiendo a un fenómeno de estandarización de las prestaciones.

En este orden de cosas, se abordan las dos cuestiones que más patologías suelen generar en este contrato que son la determinación del precio y el ejercicio del derecho de desistimiento, enlazándolos con la problemática de las cláusulas abusivas y con la cuestión ya aludida de la obligación de información precontractual que debe ofrecerse al cliente consumidor.

6.1 El deber de información que establece el artículo 60 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) se diferencia netamente de la obligación de informar sobre la evolución del asunto y debe incluir datos sobre las condiciones jurídicas y económicas del contrato. En este punto y en relación al contrato de servicios jurídicos siempre suscita problemas la información acerca del precio. La jurisprudencia ha sido muy laxa en relación a la frecuente falta de determinación del precio de los servicios jurídicos, y se considera en este estudio que acaso fuera oportuno ser más rígidos y exigir mayor concreción de los honorarios, en lo que parece ser más estricta alguna jurisprudencia menor. La autora agota todos los supuestos que pueden darse sobre la concreción del precio y las consecuencias jurídicas que deben atribuírseles. Empieza estudiando el caso en el que el profesional presenta un presupuesto, y considerando que las modificaciones posteriores que supongan variaciones del precio deben ser consentidas por el cliente. Cuando se guarda silencio sobre los honorarios, si se ha proporcionado al cliente alguna información que no es clara ni precisa, debe realizarse una interpretación *contra proferentem* por aplicación del artículo 1288 del Código civil; si, en ese mismo caso, no se ha proporcionado ninguna información, el contrato debe integrarse en base a la buena fe objetiva de manera favorable al consumidor por aplicación del artículo 65 TRLGDCU, aunque reconoce la autora que esto se traduce, en última instancia, en fijar el valor de mercado del servicio, el cual no debe identificarse con las tarifas de los colegios profesionales entre otras razones porque han sido elaboradas desde la perspectiva de los intereses profesionales.

6.2 En este análisis que se realiza desde la óptica del Derecho del consumo, se estudia en qué medida es aplicable a la prestación de servicios jurídicos el régimen de responsabilidad subjetivo con presunción de culpa –o, lo que es lo mismo, con inversión de la carga de la prueba de la culpa– establecido en el artículo 147 del TRLGDCU. Partiendo de la resistencia a la aplicación generalizada de este precepto a los servicios tanto por parte de la jurisprudencia como de los autores, entre los que hay que incluir a la profesora Crespo Mora, hasta la fecha leo argumentos que niegan la adecuación de este régimen para su aplicación generalizada a los servicios, idea en la que creo que todos convenimos. Se recogen en este libro perfectamente los argumentos doctrinales en que se apoya esta idea, personalizándolos e introduciendo matizaciones muy acertadas. Así, se dice, en la página 200, que *estos preceptos parecen estar pensados para los daños derivados de ciertos servicios que comparten un denominador común: implican un incremento del nivel de riesgo para terceros*; por otro lado, refiere un argumento que puede tener cierto peso, cuál es el de que sólo procede la aplicación de dicho precepto cuando se causen daños a las personas y a los bienes; también hace constar que se trata de normas pensadas para su aplicación a servicios que *presentan cierta homogeneidad y, sobre todo, que implican un riesgo eleva-*

do (página 257). Además, ofrece nuevos argumentos, como que nos encontramos fundamentalmente ante obligaciones de medios de modo que la culpa desempeña en estos casos un papel decisivo para valorar la exactitud del cumplimiento (página 260); también se apoya en que en el mandato la responsabilidad es por culpa (artículos 1718, 1726 y 1729 del Código civil). Sin embargo, no sé hasta qué punto los argumentos que suelen aportarse representan un apoyo de Derecho positivo que permita sustraer un conjunto de contratos de servicios del alcance del artículo 147. No se ha operado aquí como respecto al artículo 148 TRLGDCU que establece un régimen de responsabilidad objetivo aplicable a los servicios médicos y en relación al cual se ha procedido por parte de los Tribunales a una brillante relectura del precepto de modo que, respetando su literalidad, se reduce su alcance para su aplicación exclusiva a los supuestos de deficiencias en la organización del servicio médico. Creo que es difícil obviar la literalidad –clara– del artículo 147, nos guste o no.

Además, hay que tener en cuenta una cuestión que se advierte convenientemente en la obra (página 203 y 254): en materia de responsabilidad contractual por incumplimiento de un contrato de servicios jurídicos, la presunción de culpa que establece el artículo 147 no supone una ventaja en el litigio para el cliente que demanda una indemnización por daños, en la medida en que, sobre todo si la negligencia ha consistido en una omisión del profesional, la concurrencia de culpa no suele plantear problemas de acreditación; en estos supuestos, el principal escollo suele venir dado por la dificultad de acreditar la concurrencia del daño causado y por la de entender presente una vinculación causal entre el daño y la negligencia, y este precepto no facilita al consumidor reclamante la prueba de la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos de la responsabilidad.

7. Por último, la ausencia de un conjunto normativo específico determina que los que hemos estudiado los contratos de servicios tengamos la mirada puesta en el futuro, ansiando disponer de los apoyos de Derecho positivo existentes en relación a otros tipos contractuales como la compraventa. La profesora Crespo Mora tiene varios trabajos estudiando algunas de las propuestas de modernización de la regulación de los contratos de servicios y su conocimiento de la materia se aprecia en muchos pasajes de la obra como, por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, cuando hace referencia a la Propuesta de Modernización del Código civil de 2009 en materia de obligaciones y contratos en la página 88 para apuntar que la infracción de cualquier deber del abogado constituye un incumplimiento contractual. También acude al Marco Común de Referencia cuando aborda los supuestos de prestación de servicios jurídicos en los que el suministro de información es la obligación principal del abogado (páginas 94 y siguientes), habida cuenta de que en dicho texto se identifican y distinguen claramente los contratos de suministro de información y de asesoramiento o consejo.

8. Para concluir indicaré que, como se deduce del sentido de mis palabras, puede afirmarse que nos encontramos ante una monografía de gran calidad, en la que se realiza un análisis serio y riguroso de los problemas que suscita la prestación de servicios jurídicos y que ofrece cauces de reflexión nuevos sobre los mismos. Si bien toda la monografía es destacable, indicaría, entre los aspectos más relevantes de la misma, en primer lugar, el exhaustivo y minucioso análisis jurisprudencial que contiene y que, como he dicho, en el ámbito de los contratos de servicios tiene un peso específico superior al que pueda tener en relación a otras materias, suponiendo, por ello, un aporte muy

valioso. Y, en segundo lugar, subrayaría que esta obra supone la apertura de cauces nuevos de reflexión debido al análisis que, con un alcance general, se realiza de la aplicación a los contratos de servicios jurídicos de las normas sobre protección de los consumidores. Por mi parte, no me queda más que felicitar a la profesora Crespo Mora por esta monografía que ahonda en sus líneas de investigación que la han convertido en un referente en materia de contratos de servicios jurídicos.

María Teresa ALONSO PÉREZ
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

GARCÍA RUBIO, María Paz/MORESO, Josep Joan (dirs.), VARELA, Ignacio (coord.): *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Reus, Madrid, 2020, 730 pp.

Siendo el derecho un artificio que condiciona de mil maneras nuestra vida, es natural que cueste ponerse de acuerdo sobre el significado que debemos atribuir a sus términos: siquiera de forma latente, todos encierran alguna indeterminación, y pueden desencadenar luchas interpretativas. Hay ciertos fragmentos del derecho, sin embargo, que consideramos mucho más interpretables y flexibles que otros, incluso intrínsecamente imprecisos. La legislación, con las disposiciones constitucionales al frente, recoge expresiones y nociones cuyo significado parece inasible y que, a pesar de –o más bien por– ello, son piezas vitales en el engranaje jurídico. Su recurrencia en todas las ramas del ordenamiento las convierte en campo fértil para el diálogo entre la teoría y las dogmáticas jurídicas. El libro *Conceptos multidimensionales del Derecho*, editado hace unos meses por M.P. García Rubio y J.J. Moreso junto con I. Varela, ofrece un excelente ejemplo de esa colaboración académica (que concita además a destacadas figuras de la doctrina iusprivatista y la filosofía jurídica de nuestro país)¹.

Sobre la indefinición que el derecho necesita se reflexiona de antiguo, pero fue en especial a comienzos del siglo pasado cuando la discusión conquistó un espacio propio en los estudios jurídicos; un espacio que, con intensidad variable e intermitencias según países y disciplinas, ha seguido creciendo hasta hoy². Quien encara este tema topa en seguida con una nomenclatura heterogénea y categorías que no siempre resulta sencillo deslindar, desde «conceptos jurídicos indeterminados» –la más popular en la literatura española, con ser tal vez la más equívoca– hasta «cláusulas generales», «conceptos-válvula» y «normas de contenido variable», pasando por «estándares» («valorativos») y «modelos» de conducta, y sin olvidar tampoco «principios» y «valores». Aunque la idea de multidimensionalidad no sea frecuente entre

¹ Da origen al libro el *III Coloquio entre civilistas y filósofos del derecho. Conceptos multidimensionales, cláusulas generales, estándares de conducta* (Universidad de Santiago de Compostela, noviembre de 2018). Puede consultarse una crónica del congreso, de M. GARCÍA GOLDAR, en *Dereito*, 27 (2018), pp. 147-149.

² Entre las aportaciones recientes desde la teoría del derecho, D. LANIUS, *Strategic indeterminacy in the law*, Oxford: OUP, 2019; y, desde el derecho civil, A. LUNA, *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*, Madrid: Dykinson, 2019.

juristas, incluirla en el título del libro me parece ya un acierto, pues subraya algo que suelen compartir las nociones que asociamos a esas categorías, y que ayuda a explicar buena parte de los problemas que acarrearán. Se trata de conceptos compuestos que solo logramos capturar reuniendo en su significado dimensiones diversas (normalmente vagas o graduables), ninguna de las cuales, por sí sola, llega a agotarlo ni predomina con claridad sobre las demás. Eso hace que, al delimitar en abstracto uno de estos conceptos –como también al utilizarlo– se pueda disputar cuáles sean las dimensiones o la combinación de cualidades que lo definen (¿qué factores, y en qué mezcla y proporción, integran el «interés del menor»?). Por más que tratemos de resolver esta dificultad (cfr. art. 2 LO 1/1996), al decidir si el concepto debe aplicarse a situaciones concretas surge a menudo otra: cómo ponderar o unificar bajo un patrón común dimensiones que pueden ser de muy distinta naturaleza; es decir, cómo manejar la inconmensurabilidad de las propiedades que conforman el significado del concepto (en vista de las circunstancias del caso, ¿servirá mejor a los intereses de esta adolescente y su hermano pequeño priorizar, y hasta qué punto, el bienestar económico sobre el afectivo?). Desde luego, para dar cuenta de la singular indeterminación de estos fragmentos del derecho hemos de añadir notas adicionales. Por ejemplo, en su mayoría tienen una fuerte carga axiológica (y gran potencial de discordia); muestran bastante versatilidad o dependencia contextual (tienden a diferenciarse o ramificarse); y su empleo deliberado en las leyes implica una delegación decisoria (constituyen soluciones y aun estrategias de regulación). Pero cabría afirmar que la multidimensionalidad es, de algún modo, su marca de base.

Dentro del nutrido género de los conceptos jurídicos multidimensionales, los hay que poseen rango paradigmático, y sobresalen por encima del resto en su respectivo sector. Así ocurre en el derecho civil, seguramente, con los de «orden público», «buena fe» y «buen padre de familia» (o «persona razonable»). Y justo alrededor de esta tríada se organiza el libro. De los tres bloques en que se divide, los dos primeros están dedicados de forma monográfica al orden público y la buena fe, mientras que el tercero se extiende a criterios de diligencia y estándares como los de *lex artis* y «consumidor medio», y recoge también contribuciones de corte más teórico al debate sobre indeterminación jurídica. En esta reseña sería inviable hacer el comentario individualizado que merecen los treinta capítulos de la compilación (a los que habría que sumar la presentación de J. Delgado y el prólogo de los editores), pero al menos intentaré dar un breve panorama de las cuestiones que abordan, antes de formular algunas apreciaciones de conjunto.

De introducir y diseccionar la noción de *orden público* se ocupa S. Álvarez González. Tras exponer la pluralidad de sus manifestaciones en el derecho internacional privado, se centra en el contenido (necesariamente abierto) de las excepciones generales que preservan el orden público del foro, para discutir luego cómo funcionan sobre el terreno, y qué elementos pueden modular su densidad y alcance en distintos escenarios. El enfoque funcional es uno de los que utiliza M. Atienza para desentrañar el concepto, tomado ahora en cuanto restricción a la autonomía de la voluntad, y en especial a la libertad contractual. Atienza defiende una lectura «principalista» del orden público, que ve como un compendio de los principios jurídico-morales que justifican las reglas y prácticas jurídicas en un Estado constitucional. Determinar su contenido concreto ante una colisión de la autonomía de la voluntad con la dignidad y los derechos básicos exigiría un balance de razones al que solo puede llegar-

se mediante ponderación; y otro tanto valdría si el conflicto afecta al principio de cooperación jurídica internacional. La protección iusfundamental al reconocer y ejecutar una decisión judicial extranjera es precisamente el problema que aborda R. Arenas: además de revisar la jurisprudencia más relevante del Tribunal de Estrasburgo, pone de relieve las serias fricciones que provoca la sujeción simultánea de un órgano judicial nacional al derecho de la Unión y al Convenio, de los que derivan facultades de control dispares. Que el orden público sea un mecanismo de salvaguarda de los derechos humanos difumina su carácter estatal: el contenido del concepto, digamos, se internacionaliza. Lo cual, como demuestra F.J. Infante a propósito de la gestación subrogada, abre tensiones entre dos «órdenes públicos» eventualmente «contrapuestos»: el derivado de interpretaciones idiosincráticas de los bienes constitucionales básicos, que muchos tribunales tenderían a imponer indebidamente, y el que resulta de entender nuestros derechos (incluidos los sociales) en su mejor versión y de ponderarlos a la luz de su evolución progresiva fuera de las fronteras nacionales. Ya en el siguiente capítulo, F. Oliva profundiza en la complejidad de la idea de orden público y las incertidumbres que causa: seguir usándola hoy para establecer límites a la autonomía privada sería, además de anacrónico, poco seguro. Después de considerar la cláusula y sus equivalentes funcionales en diferentes sistemas jurídicos, Oliva propone reemplazarla por la de «principios fundamentales del derecho» (de los Estados de la UE). Entrando en aplicaciones más específicas del concepto, dos trabajos ponen el foco en las relaciones familiares. El de M. Ordás repasa la jurisprudencia sobre atribución del uso de la vivienda familiar en crisis matrimoniales: su discusión de casos típicos revela que algunos tribunales no están interpretando bien los arts. 96 y 1255 CC, en particular –aunque no solo– por cuanto hace al interés de los hijos. Por su parte, A.M. Rodríguez Guitián analiza el juego del orden público familiar en el control judicial (y notarial) de los pactos de pre-ruptura matrimonial y de las renunciaciones a derechos que suelen suponer: desigualdad entre cónyuges, situaciones de precariedad, desprotección de menores e inseguridad jurídica (en perjuicio de terceros) marcan aquí los topes de la autorregulación de la pareja. Cierra este bloque un estudio de las últimas sentencias de la Corte de Casación italiana sobre orden público, donde C. Sartea retoma su ambivalencia frente a elementos extranjeros: sin dejar de operar como barrera en materias sensibles (maternidad por subrogación), la cláusula sería ya «puerta de acceso» a interpretaciones iusfundamentales compartidas internacionalmente –un indicador más de las transformaciones que el derecho experimenta en nuestra época.

En el capítulo que encabeza la segunda parte, J.M. Miquel fija el debate sobre el concepto (la cláusula general y el principio) de *buena fe*, trazando las distinciones que permiten entender los modos en que se configura y las funciones que cumple. De entre las claves que aporta el trabajo, espigaré dos. Una es que la misión del concepto se frustraría si lo precisáramos demasiado en abstracto: lo esencial sería disciplinar o guiar cómo justificamos sus aplicaciones concretas –la propuesta metodológica de Miquel aún tipificación y comparación de casos–. Y la otra es que la objeción de activismo judicial que persigue al uso *contra legem* de la buena fe silencia que también esta es *lex*, por lo que ignorarla plantea el mismo reto justificatorio que recurrir a ella. Cinco ramificaciones del concepto se discuten a continuación. A. Cañizares estudia cómo trata el Tribunal Supremo la figura del retraso desleal en el ejercicio de derechos, en la que confluyen buena fe y confianza legítima, y procura demarcarla respecto de otras conexas como el abuso de derecho y la

contravención de actos propios. A. Domínguez Luelmo aborda la faceta procesal de la buena fe en el ámbito hipotecario, donde algunos juzgados y audiencias estarían forzando su sentido y exagerando el peso del principio de protección al deudor: que el acreedor sea un banco y el ejecutado, un consumidor no basta para constreñir la libertad constitucionalmente amparada de elegir procedimiento. En su trabajo sobre *rebus sic stantibus*, E. Fernández Ruiz-Gálvez delimita el alcance de la buena fe contractual con apoyo en el principio de conmutatividad del comercio jurídico, e identifica en la jurisprudencia reciente variables o criterios de ponderación que han de considerarse al decidir si un cambio sobrevenido de circunstancias justifica derrotar los términos de un contrato. También desde una postura antiformalista y principialista analiza A. Nieto Alonso las doctrinas sobre actos propios y carga de mitigar el daño –dos derivadas de la buena fe que sugiere incorporar al art. 7 CC–; y lo hace en un subsector, el derecho vecinal, donde los principios constitucionales aún no han penetrado tanto como sería deseable. El deber de transparencia ligado a la buena fe contractual recibe igualmente atención específica. J.M. Rivera examina el desarrollo judicial y las dificultades que plantea el control de transparencia real en derecho de consumo; después, al hilo de una crítica a la respuesta del Tribunal Supremo ante cláusulas suelo sorprendidas en préstamos bancarios a empresarios y profesionales, defiende una concreción «adaptativa» de los requisitos de información precontractual (es decir, graduable según la relevancia de la cláusula y los efectivos conocimientos del adherente, aunque no sea consumidor). Completa este recorrido por las diferentes vertientes del concepto E. Sánchez Jordán, que consigue iluminar en qué consiste la condición de buena fe (subjética) a la que las legislaciones hipotecaria y urbanística supeditan la especial, aunque diversa protección de adquirentes inmobiliarios y de titulares registrales.

Y así llegamos a una cuestión de fondo que afecta al concepto de buena fe, pero también a muchos de sus congéneres multidimensionales: sabemos –se recuerda en el prólogo– que requieren de un «relleno valorativo», pero no está claro dónde buscar valores para rellenarlos. Los otros dos capítulos de este bloque muestran lo que está en juego, si bien con planteamientos distintos. El de S. Rodríguez Boente enlaza el problema con la polémica metateórica sobre qué concepción del derecho debamos escoger (cuál sea explicativa y éticamente mejor), y ofrece buenos argumentos para sostener una lectura positivista de la buena fe: su contenido habría de concretarse con arreglo a opiniones éticas prevalentes, a la moral social, y no por referencia a la –a alguna– moral esclarecida. Y el desafío que afronta esa lectura se aprecia bien en el trabajo de J. Solé Resina: una mirada atenta a las exigencias que los tribunales derivan de la buena fe en conflictos intrafamiliares (en un extenso repertorio que incluye desde el ejercicio de la potestad parental a las disputas sobre filiación) revelaría graves oscilaciones según se trate de hombres o de mujeres. Y esa tendencia discriminatoria no hace sino reproducir una moral social todavía muy perfectible con respecto a la igualdad.

La tercera parte del volumen, sobre *estándares* de diligencia, la presenta R. de Ángel. Su exposición, que acompaña de apuntes históricos y comparados, pone acento en «buen padre de familia», «razonabilidad» y *lex artis*, aunque repasa también pautas y modelos de referencia habituales en los principales campos del derecho. El complemento teórico de esta introducción corre a cargo de J.A. García Amado, que analiza los estándares (ya sean genéricos o técnicos) como remisiones a sistemas normativos no jurídicos con los que imputamos responsabilidades. Por lo que hace a los estándares

genéricos de cuidado o razonabilidad, el contenido axiológico que se incorpore al derecho debería reflejar valoraciones sociales ordinarias, identificadas en términos de ética descriptiva. Solo esta concepción positivista (sociológica) –y suficientista o de mínimos– evitaría que quien aplica un estándar imponga sus propias convicciones morales, por correctas que pretendan ser. Y de nuevo damos con el problema que suscitaba la buena fe (y que se proyecta asimismo sobre el orden público): las opiniones éticas ordinarias o prevalentes en la sociedad están lastradas por sesgos y estereotipos, que acabarían importándose al derecho. Y habría que sumar ahora un nuevo matiz: las abstracciones de comportamientos-promedio nunca son neutrales. Como explica M.C. Gete-Alonso, hasta las mismas palabras que usamos contribuyen a reproducir hegemonías: «buen padre de familia» escondería prejuicios de género y de clase, propios de una ideología liberal excluyente que no cuadra con el pluralismo común en nuestra sociedad; «persona razonable» no solventaría el problema, por lo que sería preferible el lenguaje de la «diligencia debida». La que deba exigirse en el área (de la responsabilidad) médica es objeto de tres capítulos. El de D. Cadenas sobre retirada de medidas de soporte vital revisa los enfoques bioéticos y fundamentos decisorios implicados en el asunto *Lambert*, que no solo ejemplifica las situaciones de moral social dividida, sino también por qué las decisiones legislativas (y judiciales) no deberían limitar en exceso la naturaleza casuística de la *lex artis*. En que la diligencia médica debe evaluarse necesariamente *ad hoc* –y no puede protocolizarse por entero– incide también P. Gutiérrez Santiago. Su exhaustiva sistematización de los principales grupos de casos de responsabilidad por daños en el campo de la anestesiología destapa inconsistencias jurisprudenciales (así, en cuanto a la prueba de lesiones neurológicas); y enseña que, a la postre, tan complicado es determinar los estándares técnicos como los éticos. Ampliando las miras al conjunto de profesionales sanitarios, J. Solé Feliu analiza los parámetros con que se juzga su diligencia o negligencia, y defiende el carácter objetivo de la *lex artis*: que deba aplicarse en vista de las circunstancias no supone que haya de relativizarse en atención a las condiciones de trabajo particulares de subgrupos profesionales o a la especial cualificación de un médico. El tema de la relativización y subdiferenciación de los estándares de diligencia reaparece, ya en un marco distinto, en el estudio de G. Tomás Martínez sobre el «consumidor medio» y su especialidad de «consumidor vulnerable». Si el uno estaría llamado a armonizar, en el nivel europeo, promedios de conducta con muchas variantes nacionales, el otro ha de lidiar con una diversidad de vulnerabilidades que no siempre pueden correlacionarse con colectivos o grupos sociales predefinidos.

El resto de trabajos del tercer bloque entrelaza la discusión de estándares de diligencia con la de otras modalidades de indeterminación jurídica (deliberada), contribuyendo así al debate sobre «orden público» y «buena fe». Todos salvo uno provienen del flanco iusfilosófico. Sobre las cláusulas generales vuelve el texto de V. Iturralde: tras esbozar un marco para analizar cómo (y en qué planos de discurso) utilizamos esta categoría, discute dos rasgos que suelen predicarse de ellas: su vaguedad irreductible o «nuclear» y su función «correctora» de la ley. El primer rasgo implicaría un escepticismo interpretativo poco plausible; el segundo, una ideología iusmoralista que no siempre se hace visible –y que confunde explicar las cláusulas generales con prescribir cómo emplearlas–. Desde otro ángulo teórico, I. Lifante caracteriza los estándares de conducta a partir del tipo de deliberación que requieren: un razonamiento contextual, valorativo (moral) y teleológico que comunica

el derecho con su entorno. De ahí que sean una estrategia regulativa indispensable que, si se sabe combinar con otras menos flexibles, no tiene por qué amenazar la previsibilidad y la seguridad jurídicas –bien entendidas–. J. Rodríguez-Toubes clarifica todo el aparato conceptual y la terminología relevantes para tratar la indeterminación lingüística en el derecho, lo que ayuda mucho a comprenderla; y reconstruye además la multidimensionalidad de «razonable», una noción central en este bloque. Continúa esa labor de clarificación M. Segura, quien insiste en la elasticidad que deben conservar los conceptos jurídicos indeterminados, en su concreción casuística, y en los márgenes discrecionales que se abren al aplicarlos (corrigiendo de paso un malentendido doctrinal y judicial bastante extendido sobre su «única» interpretación correcta). El trabajo de N.M. Pinto sobre la cláusula de las «buenas costumbres», que sería intercambiable con las de orden público y buena fe, nos devuelve a la cuestión de los sesgos (individualistas y anticomunitarios) que importamos al derecho desde la visión dominante del liberalismo. La controversia sobre las fianzas entre familiares en la jurisprudencia y dogmática alemana le da pie para reivindicar la multidimensionalidad de esas tres cláusulas: más allá de la libertad económica, deberían proteger el desarrollo de la persona desde una concepción integral y situada (no abstracta) de su dignidad. Y precisamente la dignidad humana es uno de los ideales que mantiene viva la polémica sobre la intersección de las esferas jurídica y moral, un lugar clásico que M. Otero revisita en su estudio sobre las relaciones (de complementariedad) entre derecho, justicia y ley –al final, los problemas de indeterminación, como tantos otros, se ven siempre un poco mejor con este trasfondo.

Este apretado resumen apenas refleja al vuelo la riqueza de perspectivas y cuestiones que encontramos en el libro, pero no entraré en más detalles. De los abundantes puntos de interés dogmático y teórico que contienen sus más de setecientas páginas, me gustaría destacar tan solo cuatro. Están imbricados, y afectan, en última instancia, a nuestras maneras de entender lo que sea y deba ser el derecho. Son hilos que atraviesan todo el volumen: vertebran la reflexión coral sobre conceptos jurídicos multidimensionales y actúan a la vez como ejes para el debate entre disciplinas.

El primero tiene que ver con la metamorfosis del sistema jurídico. El derecho que nos toca vivir ya no es el derecho al que se refería la discusión sobre cláusulas generales y estándares hace cien o cincuenta años –ni tampoco es igual la sociedad a la que sirve– Aunque la raíz del problema no cambia, sí lo ha hecho el contexto: el nuestro es un derecho constitucionalizado que, además, se ha librado del ligamen estatal y opera en diferentes niveles entrelazados. Ambos rasgos han de trasladarse al examen de su indeterminación, y así se hace a lo largo del libro: la constitucionalización del derecho privado y la eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales son ideas constantes. Lo mismo cabe decir de la internacionalización jurídica: la armonización supranacional a través de cláusulas y estándares, o su utilización como «válvulas de absorción» de construcciones iusfundamentales provenientes del exterior serían dos claros ejemplos. Dicho en trazo grueso: al concretar el contenido indeterminado del derecho civil, los tribunales ordinarios acaban siendo, a un tiempo, tribunales constitucionales, convencionales y europeos. Este nuevo contexto alcanza también a los demás puntos que quería resaltar. Sobre los dos siguientes existe un consenso básico, que pronto se escinde en tendencias opuestas.

Entre quienes contribuyen al volumen hay acuerdo sobre el componente casuista que debe tener la aplicación de cláusulas generales y estándares. La indefinición que necesita el derecho debe precisarse siempre *ad hoc*, pues de otro modo no podría cumplir su función de adaptación circunstancial: un orden normativo, para subsistir, tiene que permitir cierta variedad dentro de la estabilidad. El desacuerdo brota respecto a cuál sea la mejor reconstrucción de las disposiciones que incluyen conceptos multidimensionales, si como reglas o como (remisiones a) principios; y, en consecuencia, respecto al método que debemos seguir para determinar su contenido en casos concretos. Las opciones metodológicas, como de costumbre, se bifurcan en dos líneas, una sistemática o deductiva (agrupación de casos, especificación de condiciones y subsunción bajo reglas) y otra problemática o tópica (ponderación de principios y subsunción bajo reglas); las dos, a su vez, combinables con una tercera: la analógica o comparativa. Con relación al debate metodológico que subyace al libro, cabría extraer una doble lección. De una parte, que podemos reconstruir la variedad necesaria en el derecho con cualquiera de las opciones, y que ninguna anula completamente la discrecionalidad decisoria. Y de otra, que la dogmática desempeña una labor decisiva de estabilización, con independencia del método escogido: todos sirven para orientar y controlar las decisiones judiciales, minimizando el riesgo de arbitrariedad —algunos tribunales, por supuesto, podrán ser metodológicamente negligentes y cometer errores, pero de eso serán responsables ellos, y no los métodos que empleen.

El tercer punto afecta marcadamente a las cláusulas generales como la de buena fe. También aquí hay un amplio acuerdo en que son una necesidad funcional del derecho, y en que además se han convertido en nuestro pan diario como juristas —son asunto, digamos, de «administración ordinaria»³. Pero el acuerdo se rompe al preguntar cuándo y por qué deba recurrirse a ellas *gratia corrigendi*, i.e. en contra del sentido literal de disposiciones legales o contractuales. Las opciones se extienden a lo largo de un continuo cuyos extremos (que acaso podríamos llamar activista y negacionista) no parecen sensatos. En el libro están representadas dos posturas más bien intermedias: una limita el uso corrector de las cláusulas generales a situaciones muy extraordinarias, y otra admite o recomienda un uso más normalizado. Esta confrontación no se solapa del todo con la anterior. Ahora la divergencia no es tanto de método cuanto que de posicionamiento y propensión ante tensiones consustanciales al derecho: entre legisladores y jueces (y juristas), entre letra y espíritu, entre legalidad formal y justicia material. . . Son, como observan dos de las autoras, tensiones «sempiternas» e «ineliminables». Y pueden replantearse, en definitiva, como un problema de ajuste o equilibrio entre las fuentes actuales de legitimidad jurídica (o de justicia, si se quiere): democracia, imperio de la ley y derechos humanos. Las tres protegen nuestra autonomía. Pero legitimidad y autonomía son multidimensionales, así que no ha de extrañar que disputemos cuál de sus dimensiones deba priorizarse y en qué circunstancias.

Los anteriores hilos conducen a un desacuerdo aparentemente radical sobre el mejor modo de concebir el derecho, que se ventila a cuenta de la indeterminación del derecho civil en un contexto constitucionalizado y multinivel. En síntesis, habría dos visiones sobre las cláusulas generales y los

³ C. LUZZATI «La “normalizzazione” delle clausole generali», *Rivista critica del diritto privato*, 31 (2013), p. 191.

estándares: la positivista, que procura mantener la neutralidad axiológica; y la constitucionalista o principialista, abiertamente comprometida con valores sustantivos (jurídico-morales). En el libro se respaldan ambas con buenas razones: la variedad de *concepciones* del derecho resulta también enriquecedora. No terciaré ahí, aunque pienso que en el tema que nos ocupa, al igual que en otros, esta contienda discurre quizá por caminos demasiado abstractos, y que se beneficiaría de incorporar más argumentos empíricos. Respecto al manejo judicial de estos conceptos indeterminados, ayudaría a posicionarse saber algo más, por ejemplo, acerca de cuántos tribunales, de hecho, razonan moralmente para determinar su contenido; en qué datos puede basarse la identificación de opiniones éticas mayoritarias en la sociedad; qué impacto y efectos observables provocan (y sobre quién) las interpretaciones judiciales; qué factores las condicionan; o qué expectativas sobre ellas tienen la ciudadanía y los legisladores. Disponer de esta información sociojurídica tal vez podría alterar –o matizar– nuestras tesis sobre cómo deban entenderse y utilizarse las cláusulas generales y los estándares jurídicos.

Al margen de adhesiones a una u otra visión, los trabajos recogidos en el libro arrojan luz sobre las grandes preguntas que suscitan las porciones del derecho que dejamos abiertas adrede: cómo explicar su peculiar imprecisión o maleabilidad, y distinguir sus diversas modalidades (cuestión definitoria o conceptual); qué utilidades regulativas e interpretativas reportan y cuándo conviene incluirlas en la legislación (cuestión funcional y estratégica); cómo precisar y justificar su significado en casos concretos, y cómo probar los hechos que activan su aplicación (cuestión metodológica o argumentativa); y, por último, qué peligros encierran desde el punto de vista de la legitimidad del derecho (cuestión ideológica). Y sobre todas esas cosas aprende uno, además, de forma naturalmente interdisciplinar: los problemas, los marcos de análisis y los instrumentos dogmáticos se entrecruzan con los teóricos, y en las contribuciones se aprecia el esfuerzo de progreso mutuo entre las disciplinas implicadas –no es fácil saber a qué «área de conocimiento» tendrían que adscribirse numerosos pasajes–. El libro se orienta al costado judicial y doctrinal del derecho, por lo que las implicaciones jurisprudenciales quedan en un segundo plano (e.g. ¿cómo operan y deberían diseñarse en el derecho civil las estrategias regulativas basadas en normas abiertas?; ¿qué particularidades tienen los estándares de cuidado legislativo con que se podría o debería controlar a los legisladores en esta rama del derecho?). Pero es evidente que en un solo volumen no se puede profundizar en todas las aristas de la indeterminación jurídica. Estoy seguro, en fin, de que *Conceptos multidimensionales del Derecho* será una referencia para la investigación sobre este tema, y para cualquiera que se interese por él tanto dentro como fuera de la academia.

Por condensar la reseña en unas pocas palabras, diría que tenemos aquí tres libros en uno. Es, obviamente, un libro de derecho civil (e internacional privado) y un libro de teoría jurídica aplicada a problemas críticos de la dogmática y la práctica judicial; pero también un libro que dice mucho acerca de lo que el derecho es hoy en países como el nuestro. E incluso añadiría un cuarto libro: uno que ejemplifica lo que habríamos de hacer más quienes trabajamos sobre lo mismo –el derecho– desde enfoques diferentes: dialogar entre nosotros.

A. Daniel OLIVER-LALANA
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: *Negligencias médicas en anestesiología y responsabilidad civil del anestesista (Bases teóricas y análisis jurisprudencial)*, ed. Reus, Madrid, 2020, 357 pp.

La responsabilidad civil de los médicos en general, y de los anestesiastas en particular, es una cuestión que ya ha sido objeto de estudio por la doctrina, tanto patria como extranjera. Prueba de ello es la abrumadora bibliografía que la profesora Gutiérrez Santiago maneja en esta monografía, en la que aborda con sistema y detalle tanto las bases teóricas como la práctica de los tribunales en materia de responsabilidad civil por negligencias en la práctica de la anestesia. Su gran mérito radica, pues, en la claridad de su exposición: a pesar de tratarse de una materia extraordinariamente técnica, o tal vez precisamente por ser este el caso, la autora no escatima esfuerzos por hacerla accesible, introduciendo las aclaraciones oportunas al hilo de su explicación y guiando al lector por sus principales escollos doctrinales y jurisprudenciales.

La obra se divide en seis capítulos. El primero hace las veces de introducción, repasando brevemente la evolución histórica de la anestesia y el contenido de la especialidad anestesiológica. Los dos siguientes vienen a desgarnar los elementos de la responsabilidad civil del anestesista: el capítulo segundo expone con carácter general el carácter subjetivo de esta responsabilidad, con especial referencia al papel de los protocolos médicos; mientras que el tercero desciende al detalle, abordando los concretos daños que pueden ocasionarse en las distintas fases de actuación del anestesista en función de sus obligaciones. El capítulo cuatro aborda la distribución de la responsabilidad en el caso del trabajo médico en equipo; mientras que el cinco versa sobre la carga de la prueba y la doctrina del daño desproporcionado. Finalmente, el capítulo seis cierra con el estudio del consentimiento informado, sus requisitos y repercusiones. Si comparamos esta distribución con la elegida por el profesor Serrano Gil en su monografía «La responsabilidad civil del médico anestesista» (Marcial Pons, 2017) podemos ver algunas similitudes. La profesora Gutiérrez Santiago, sin embargo, no aborda específicamente la problemática de la responsabilidad contractual del anestesista y, en cambio, trata de forma individualizada la imputación subjetiva y la carga de la prueba (que Serrano Gil refunde en un único capítulo), además de analizar minuciosamente los daños que pueden producirse en las fases de preanestesia, perianestesia y postanestesia. En otras palabras, reduciendo la amplitud de su investigación puede permitirse profundizar más en su objeto de análisis.

El primer capítulo, como se ha dicho, tiene carácter introductorio. Comienza con un breve repaso de la historia de la anestesia, desde sus orígenes hasta la actualidad, donde su uso se ha generalizado a la práctica totalidad de las intervenciones quirúrgicas (además de a algunas exploraciones diagnósticas y al tratamiento del dolor). Aunque en esta evolución hemos alcanzado un punto en que la anestesia se puede considerar un procedimiento seguro, como señala la autora, esto no obsta a que en ocasiones pueda dar lugar a resultados dañosos; de hecho, advierte, es una de las ramas más litigiosas de la medicina y donde se conceden indemnizaciones más cuantiosas. A continuación, la profesora Gutiérrez Santiago da una aproximación al concepto de anestesia (resaltando su carácter accesorio, aunque autónomo, respecto de la intervención que la hace necesaria) y al contenido de la especialidad anestesiológica, observando que, contrariamente a la creencia popular, la actividad del anestesista «no se limita únicamente, desde un punto de vista

temporal, al acto quirúrgico propiamente dicho ni tampoco, desde una óptica material, al acto consistente en abstraer al paciente del dolor en su intervención» (p. 25), sino que comienza antes (preanestesia), abarca toda la intervención (peranestesia) y se extiende a la reanimación y recuperación del paciente (postanestesia). El capítulo concluye con una breve referencia a la responsabilidad del anestesista en relación con los médicos residentes («MIR») de su especialidad, la cual viene marcada por un deber de supervisión del primero sobre los segundos y un aumento progresivo de la autonomía de estos a medida que avanzan en su residencia. Con carácter orientativo, advierte la autora que lo normal es que el anestesista no sea responsable cuando el residente se excede de sus funciones, y sí cuando, actuando éste en el ámbito de sus competencias, el anestesista incumple o cumple defectuosamente su deber de asistirle, controlarle o dirigirle.

El capítulo dos nos da una primera aproximación al requisito de la imputación subjetiva en la responsabilidad del anestesista. Así, tras despachar sucintamente la naturaleza de su intervención como una obligación de medios –y ello con independencia de cuál sea la intervención principal (p. 44)–, la profesora Gutiérrez Santiago afirma con rotundidad que la responsabilidad en el ámbito de la anestesiología es subjetiva, es decir, por culpa o dolo; afirmación que sustenta con abundante jurisprudencia y doctrina en este sentido. El criterio para apreciar la negligencia del profesional médico, como la de cualquier otro profesional, será entonces la *lex artis*. Se da sin embargo en este ámbito la particularidad de que, a la vista de las dificultades de los tribunales para definir el contenido de tal *lex artis*, se han venido desarrollando protocolos médicos que pretenden condensarla y clarificarla. A pesar de ello, y sin perjuicio de su utilidad para orientar a los tribunales y a los propios médicos, destaca la autora que los protocolos no son normas jurídicas ni agotan el contenido de la diligencia exigible; en otras palabras, que ni su incumplimiento implica necesariamente negligencia, ni su cumplimiento la excluye en todo caso. No obstante, también admite la autora que, «dado que el protocolo se basa en estudios científicos anteriores [...] y plasma las prácticas médicas habituales o más aconsejables ante un determinado supuesto, si el facultativo aplica las prescripciones en él recomendadas [...] será más complicado acreditar que en su conducta ha intervenido culpa o negligencia» (p. 53).

El capítulo tres, que es el más extenso, ahonda en las ideas del capítulo dos, explicando las distintas obligaciones de diligencia del anestesista y los daños que pueden resultar de su incumplimiento. Siguiendo el esquema marcado por la práctica médica, que divide el *iter* anestesiológico en tres etapas, se abordan por orden las fases de preanestesia, peranestesia y postanestesia, ilustrándose la problemática de cada una por medio de ejemplos relevantes de la jurisprudencia. Sin embargo, ya desde el principio se advierte que, aunque sistemática, esta distinción no siempre es tan clara en la práctica y que, en ocasiones, la lesión «viene motivada, no por una concreta, sino por varias negligencias del [anestesista] en distintos momentos del proceso anestésico» (p. 59).

La primera es la fase preanestésica (pp. 65 a 89), que abarca desde el momento en que se prescribe la anestesia para la realización de una intervención médica hasta la administración de la sedación. Los deberes de diligencia aquí exigibles consisten en la valoración y preparación del paciente a efectos de determinar la técnica anestésica más apropiada y menos arriesgada; deberes que, lógicamente, serán más intensos en los casos de intervenciones programadas que en los casos urgentes, como bien refiere la profesora Gutiérrez

Santiago (aunque tal vez habría sido mejor tomar esta distinción como punto de partida en lugar de aclararlo avanzada la explicación). Resalta la autora que la existencia de escalas que ayudan a predecir el riesgo global de un paciente no agota por sí sola la valoración preanestésica, sino que habrá de complementarse con las recomendaciones y pruebas accesorias que sean oportunas (especialmente las pruebas alérgicas, a las que dedica un subapartado entero –pp. 81 a 89– dado el intenso debate doctrinal y jurisprudencial sobre su inexcusabilidad o no).

La segunda fase es la perianestesia (pp. 89 a 127), que comprende el período de tiempo desde que comienza la narcotización del paciente hasta que se inicia su reanimación. La profesora Gutiérrez Santiago divide aquí en cuatro subapartados los deberes del anestesista, dando así sustantividad propia a los principales problemas que se presentan en la práctica, como la punción anestésica (donde la doctrina y la jurisprudencia siguen discutiendo si se aplica la doctrina del daño desproporcionado). Sin embargo, también podrían sintetizarse en solo dos: por un lado, los deberes relativos al momento inicial de la anestesia, que comprenden la elección del tipo de anestesia oportuno (local o general, agente anestésico cualitativo y cuantitativamente adecuado) y la utilización de la técnica anestésica adecuada (intubación, posición del paciente, punción...); y, por otro, los deberes de control durante la intervención, que abarcan la vigilancia directa por el anestesista (lo que requiere su presencia continua, lógicamente, aunque la práctica no deja de ser problemática y la autora reconoce la posibilidad de hacer excepciones –pp. 126 y 127–) y su reacción apresurada en caso de que surjan problemas. También incluye la profesora Gutiérrez Santiago en esta fase las tareas de comprobación del equipo, aunque admite que, «en cuanto que son previas al suministro de la anestesia, podrían también [...] incardinarse en la fase preanestésica» (p. 101).

La tercera y última fase es la postanestesia (pp. 127 a 141), que se inicia cuando, terminada la intervención principal, se procede a la reanimación del paciente hasta la completa recuperación de la consciencia. La autora comienza por clarificar la atribución de esta responsabilidad al anestesista, destacando que la actual denominación de la especialidad es «Anestesiología y Reanimación» (p. 127), y pone en sus manos una serie de decisiones cruciales (que se ha discutido si corresponderían al cirujano) como el traslado del paciente a Planta o su ingreso en la UCI o una unidad de reanimación, o las pautas de analgesia para paliar el dolor. Partiendo de esta base, la explicación del concreto contenido de los deberes de vigilancia del paciente durante la etapa de reanimación se hace por medio de ejemplos muy esclarecedores sacados de la jurisprudencia, pudiendo concluir que esta vigilancia no dista mucho de la exigible durante la perianestesia.

El capítulo cuatro se refiere al problema de cómo se distribuye la responsabilidad en el caso de trabajo en equipo. Esto resulta especialmente pertinente en el ámbito de la especialidad anestesiológica pues, como se viene advirtiendo desde el primer capítulo, «si bien es verdad que el anestesista ostenta su propia esfera de actuación y responsabilidad, no deja de ser el profesional de una rama médica cuya finalidad esencial es la de coadyuvar a la ejecución de actividades diagnósticas, quirúrgicas y terapéuticas por parte de otros especialistas» (p. 145). Muy claro me parece el planteamiento de la profesora Gutiérrez Santiago, quien, después de dar algunas nociones generales sobre la división del trabajo y el principio de confianza, distingue dos relaciones para el tratamiento del problema: las relaciones horizontales del

anestesiista con otros profesionales, por un lado (pp. 151 a 173), y las relaciones verticales con el personal sanitario no médico, por otro (pp. 174 a 193). En las relaciones horizontales ha de prevalecer el principio de confianza, pues tanto el anestesiista como el cirujano (u otro profesional) tienen sus propias tareas y han de confiar en el buen hacer del colega, sin inmiscuirse en su trabajo; consecuentemente, cada uno responderá de los daños que sean consecuencia de su actuación. No obstante, matiza la autora que este principio no es ilimitado, sino que ha de quebrar «cuando la actuación de uno de los intervinientes en la asistencia sanitaria en cuestión revele manifiestamente una falta de diligencia en su actividad» (p. 159). Esta afirmación se acompaña de varias sentencias que ejemplifican los límites de aquel principio, cuando el cirujano, percibiendo (o debiendo percibir) la negligencia del anestesiista, no interviene para atajarla, asumiendo una responsabilidad solidaria por los daños resultantes. En cuanto a las relaciones verticales, si bien la autora no excluye de pleno el principio de confianza (el anestesiista puede confiar en que sus subordinados cumplan con sus cometidos diligentemente, según sus instrucciones), sí que lo relativiza, señalando que dependerá de las circunstancias del caso, aunque apunta una buena regla informal según la cual, «a mayor nivel de cualificación y experiencia [...] del supeditado, menor será el deber de vigilancia y mayor la confianza que el superior pueda depositar en él» (p. 178). Baste decir, a modo de conclusión, que tal vez habría sido interesante insertar aquí la situación de los MIR, que se trató en el primer capítulo, cuyo régimen se podría explicar como una progresión desde una relación vertical a otra horizontal.

El capítulo cinco, más breve que los dos anteriores, se centra en el ámbito procesal y, particularmente, en la distribución del *onus probandi*. Según la regla general, al paciente le corresponderá probar la culpa del anestesiista; sin embargo, la profesora Gutiérrez Santiago se hace eco de las dificultades de esta prueba y de la conducta poco colaborativa –e incluso obstructiva– del personal sanitario, que convierten aquélla en una auténtica *probatio diaboli-ca*. En consecuencia, apunta la existencia de múltiples construcciones doctrinales y jurisprudenciales para poner remedio a este problema (pp. 203 a 221), deteniéndose especialmente en la doctrina del daño desproporcionado. Como es de sobra conocido, se trata éste de un mecanismo no exento de problemas, empezando por su propia definición y ámbito de aplicación. La autora expone aquí con claridad las principales opiniones al respecto para luego tomar una posición moderada, partidaria de aplicar esta solución a la responsabilidad del anestesiista pero aclarando su sentido, precisando que sólo procede hablar de daño desproporcionado «cuando resulte anómalo como consecuencia de la concreta actividad médica en cuestión», más allá de su magnitud o gravedad (pp. 206 y 207), y que siempre será posible para el anestesiista desvirtuar la presunción de culpa probando que actuó conforme a la *lex artis*.

El sexto y último capítulo, finalmente, aborda la problemática del consentimiento informado. Aunque es cierto que podría haberse reconducido al capítulo tres, dentro del estudio de los deberes de la preanestesia, creo que es un acierto tratarlo de forma individualizada para no diluir su importancia. Vuelve a aparecer aquí la idea de la anestesia como una actuación diferenciada de (aunque vinculada a) la intervención principal a la que sirve, como refleja la necesidad de obtener un consentimiento autónomo y específico para la anestesia respecto de la actividad diagnóstica, terapéutica o quirúrgica principal (pp. 231 a 237). También resulta muy esclarecedor el estudio de los requisitos temporales y formales del consentimiento informado (pp. 237

a 244), donde la profesora Gutiérrez Santiago se muestra abiertamente crítica con la práctica habitual de los centros sanitarios, denunciando tanto la poca antelación con que el paciente es informado de los riesgos del acto médico (y apuntando a algunas legislaciones autonómicas que podrían servir de inspiración para solucionar el problema) como las deficiencias de los modelos normalizados (que, más que informar al paciente y asegurar que se respete su voluntad, sirven para blindar legalmente al facultativo). En sus últimas páginas, la autora vuelca estas críticas sobre el concreto campo de la anestesiología, advirtiendo de graves déficits informativos en cuanto al tipo de anestesia, la técnica anestésica y las alternativas disponibles, y tratando de clarificar la distinción entre riesgos personalizados, riesgos típicos y riesgos atípicos (pp. 256 a 272).

En esta monografía, la profesora Gutiérrez Santiago trata de forma sistemática y completa la problemática de la responsabilidad civil derivada de la anestesiología, y el lector puede confiar en que cada afirmación viene refrendada, tanto por la inestimable experiencia de su autora, como por una bibliografía minuciosamente tratada. Es cierto que no contiene muchas propuestas *de lege ferenda* ni de cambios jurisprudenciales, pues no es esa su finalidad: no se trata tanto de un texto crítico como descriptivo (aunque allí donde critica lo hace con precisión), cuyo objeto es clarificar la situación actual de nuestro ordenamiento para garantizar una mejor aplicación del mismo. Objetivo que cumple sobradamente.

En definitiva, un libro cuya lectura se disfruta y que no puede menos que recomendarse.

Carlos CASTELLS SOMOZA
Becario de colaboración del Departamento de Derecho
Privado, Social y Económico
Universidad Autónoma de Madrid

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ (Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Carlos III de Madrid) María del Rosario DÍAZ ROMERO (Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid), Alfredo FERRANTE (Profesor Asociado, Universidad Alberto Hurtado [Chile]), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Madrid), Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN (Profesora Titular de Derecho Civil [Acreditada CU], Universidad Autónoma de Madrid)

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia. II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal. Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

GILBERT, S.: «Quelques réflexions sur le droit civil dans ses rapports avec le droit administratif et la raison d'État (Ancien Régime- Premier Empire)», *RTDC*, 2020, núm. 3, pp. 547-561.

El autor analiza las relaciones entre el Derecho civil y el derecho administrativo. Dichas relaciones han dependido del momento histórico. Así, en el Antiguo Régimen, el derecho civil designaba tanto el derecho positivo público o privado y un componente del derecho privado. A principios del siglo XIX, el derecho administrativo se extendió como derecho civil en sus relaciones con la Administración pública. El Derecho administrativo es un derecho mixto, con normas de derecho público y privado en nombre del Estado. (R.A.R.)

JESTAZ, Ph.: «Les définitions du droit: pour une définition fonctionnelle», *RTDC*, 2020, núm. 4, 2020, pp. 803-813.

Estudio donde el autor reconoce y agradece la labor del Centro Hospitalario Miguel, por su labor investigadora y sus reflexiones sobre el derecho, que han dado lugar a diferentes coloquios y obras como: «Les fictions en droit» dirigido por Anne- Blandine Caire en 2015; «Les définitions. Les artifices du droit (II)», dirigidos por Anne- Blandine Caire y Cyrille Dounot en 2018, y, «Les présomptions», que son las actas del coloquio celebrado el 16 de noviembre de 2019 y dirigido por Anne- Blandine Caire. (R.A.R.)

NOUAL, P.: «Sur les traces de la “Constitution civile de la France”», *RTDC*, 2020, núm. 3, pp. 563-579.

Tras dos siglos, los juristas entienden que el Código civil es la imagen de la única y verdadera Constitución civil de Francia, conforme a las palabras de Carbonnier. Ante esto, es bueno un debate para clarificar si es o no necesario y su denominación como Constitución. (R.A.R.)

TEYSSIÉ, B.: «Les Tables de la loi, variations profanes», *SJ*, 2020, núm. 41, pp. 1769-1776.

Las tablas de la Ley en la religión y sus cambios a lo largo del tiempo. (R.A.R.)

VV.AA.: «Le droit civil aujourd’hui», 2020, núm. 3, pp. 502-545.

Dossier de varios autores sobre el concepto y evolución del Derecho civil hoy. En concreto se analiza por CANAYL la difícil caracterización del Derecho Civil hoy, pues la caracterología es una ciencia poco establecida. Para el autor lo que caracteriza el Derecho civil es que es único, indisoluble en los elementos que lo componen y es diferente de los demás derechos. Es decir, el derecho civil hoy es uno y único. CHÉNEDÉ analiza su evolución para ver si el Derecho civil es una actualidad o proviene del pasado. FÖRRAY/PIMON, estudian las formas civiles. Y, finalmente, se analiza qué es el Derecho civil hoy por parte de ROUVIÈRE. (R.A.R.)

DERECHO DE LA PERSONA

ARCHAMBAULT, L./EHRWEIN, B.: «L’incontournable dépendance du véhicule connecté aux données à caractère personnel», *GP*, 2020, núm. 36, pp. 15-17.

Tratamiento de datos cuando hay dispositivos conectados a un vehículo. Problemas de dependencia. (R.A.R.)

BASUNTI, C.: «La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 860-895.

El trabajo analiza la regulación normativa italiana, en las condiciones requeridas por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril, sobre la prestación del consentimiento respecto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, con el fin de que pueda considerarse lícito el tratamiento de dichos datos cara a la protección de las personas físicas. Es difícil que el consentimiento sea libremente emitido en una situación de asimetría respecto al titular del tratamiento. Ello es especialmente importante cuando el consentimiento es condición *sine qua non* para el acceso al bien o al servicio. (Alma R.G.)

BENSAMOUN, A.: «L’article 17 de la directive 2019/790 ou le retour à l’opposabilité des droits: une mesure d’équilibre, en équilibre...», *RIDA*, núm. 264, abril 2020, pp. 67-96.

La profesora Bensamoun analiza profundamente el artículo 17 de la Directiva 2019/790, relativo al uso de contenidos protegidos por parte de

prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. En particular, se centra en temas tales como: a) su ámbito de aplicación; b) los criterios utilizados por el legislador para el restablecimiento de los derechos de propiedad intelectual en este entorno; c) la relación del artículo 17 con otros preceptos de la Directiva 2000/31; d) el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet y su modificación. Por otro lado, la autora pone de manifiesto la evolución en la tramitación de este precepto y las grandes dificultades que fue encontrando por el camino, entre ellas, la gran presión de los lobbies y de aquellos que argumentaban la posible vulneración de la libertad de expresión. Acaba el estudio apuntando que dicha discusión continúa hoy en día y que será complicada la aplicación práctica del artículo 17. (S.L.M.)

CASTELAIN, J.: «Fragments d'une vie d'avocat en droit d'auteur», *RIDA*, núm. 265, julio 2020, pp. 5-14.

El autor de este artículo es abogado especializado en derecho de autor y relata aquí su experiencia en varios casos franceses muy importantes sobre esta materia. (S.L.M.)

CAVADA, J-M.: «Bataille pour le droit d'auteur: témoignage d'un acteur clé de la réforme», *RIDA*, núm. 264, abril 2020, pp. 5-9.

La posición privilegiada del autor de este artículo, como testigo de la reforma de los derechos de autor, concede un valor añadido a este trabajo. Desde su posición como ex miembro del Parlamento Europeo, relata su experiencia en la tramitación de la Directiva 2019/790 y la lucha por conseguir una protección adecuada de los autores y otros titulares de derechos de propiedad intelectual. (S.L.M.)

EL SAYEGH, D.: «L'article 17 de la directive 2019/790: le regard d'un praticien», *RIDA*, núm. 264, abril 2020, pp. 97-127.

El autor de este estudio analiza el artículo 17 de la Directiva 2019/790, desde una perspectiva práctica. Se centra en el nuevo régimen de responsabilidad establecido para las plataformas online que permiten a sus usuarios compartir contenido protegido por la propiedad intelectual, afectando al derecho exclusivo de comunicación al público. El autor hace hincapié en dos obligaciones impuestas a estas plataformas: 1) la obtención de las autorizaciones correspondientes de los titulares de derechos; 2) la de asegurar la indisponibilidad de los contenidos no autorizados. En relación con la primera, se estudia el proceso de obtención de la autorización y la obligación de transparencia en la implementación de las disposiciones sobre licencias. El autor destaca que algunas de éstas pueden abarcar ciertos actos de explotación por parte de los usuarios de estas plataformas de intercambio de contenido en línea. Además, aplaude el mecanismo establecido en el artículo 17 para obtener las licencias, al considerarlo consistente, efectivo y flexible. Respecto de la segunda obligación señalada, el autor hace unas reflexiones derivadas de las discusiones con la Comisión europea y propone unas pautas a tener en cuenta. (S.L.M.)

FARCI, P.: «L'acquisto della cittadinanza italiana *iure soli* ai sensi dell'art. 1 comma 1, lett. b) della legge núm. 91 del 5 febbraio 1992. Brevi cenni sulla legislazione francese», *DFP*, 2020, núm. 3, pp. 1155-1180.

Estudio de la normativa reguladora de la nacionalidad italiana y su evolución histórica. En especial, el artículo analiza la nacionalidad del menor naci-

do en la República italiana cuyos progenitores son, o bien apátridas o bien se desconocen. Analiza también la sentencia del Tribunal de Roma de 28 de enero de 2019 núm. 1891 y los instrumentos de carácter internacional (la Convención de Nueva York sobre la reducción de casos de apátridas de 30 de agosto de 1961, la Convención europea sobre la nacionalidad de 6 de noviembre de 1997) y, por último, se detiene en el estudio del derecho comparado, en particular, del artículo 19 del código civil francés, que regula el caso del menor nacido en Francia cuyos padres son desconocidos. (*Alma R.G.*)

FRANGI, A.: «Blockchain et propriété intellectuelle», *RIDA*, núm. 265, julio 2020, pp. 43-85.

Esta autora analiza la relación existente entre el derecho de autor y el blockchain, y cómo esta tecnología podría resultar muy útil en la gestión de este derecho. En primer lugar, estudia su uso como medio de prueba, en particular, como forma de demostrar la fecha de creación de una obra. Igualmente, pone de manifiesto los límites inherentes a los métodos de prueba existentes y la oportunidad que plantea la tecnología blockchain para estos fines. En este sentido, analiza la autora las características que deben darse para que constituya un medio de prueba y su admisibilidad por los tribunales. Igualmente, hace referencia a temas como: a) las ventajas del blockchain para los derechos de propiedad intelectual no registrados; b) las limitadas ventajas que tiene para los derechos de propiedad industrial. En segundo lugar, este estudio permite descubrir las bondades del blockchain en el uso de los derechos de propiedad intelectual. Destaca la autora cómo esta tecnología puede funcionar como un libro de contabilidad inteligente de los derechos de propiedad intelectual y como una herramienta para rastrear los usos de obras y prestaciones de una manera transparente e íntegra. Añade también una especial referencia a los *smart contracts* (su naturaleza jurídica y características, su aplicación en el ámbito musical, sus efectos legales y limitaciones, y cómo pueden mejorar el sistema de remuneración de los titulares de derechos). (*S.L.M.*)

GOGOS-GINTRAD, A.: «La fondamentalisation de droit des personnes et de la famille: contrôle de constitutionnalité versus contrôle de conventionnalité», *RDS*, 2020, núm. 43, pp. 2409-2415.

Los problemas de la razón o fundamento de los derechos de la persona y de la familia. ¿Constitucionalidad o Convenios? (*R.A.R.*)

GOTZEN, F.: «Les “notions autonomes” dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l’Union Européenne relative au droit d’auteur», *RIDA*, núm. 263, enero 2020, pp. 75-88.

El profesor Gotzen se centra aquí en los conceptos autónomos elaborados por la jurisprudencia del TJUE en materia de derecho de autor. El autor pone en evidencia las significativas brechas que aún existen para conseguir la armonización del derecho de autor en la UE, sobre todo en lo que afecta a los derechos morales y a los límites o excepciones. Destaca cómo la Directiva 2019/790, sobre derechos de autor en el mercado único digital, viene a cubrir en parte esas carencias. Precisamente, esos huecos derivados de la legislación europea han sido cubiertos también por el TJUE a través de lo que se denominan «conceptos autónomos», con fin de imponer una interpretación uniforme de ciertas nociones de derecho de autor en aquellos puntos en los que no existía una armonización plena (ej.: obra, originalidad, reproducción, distribución o comunicación al público, entre otros). El autor destaca la necesi-

dad de estos conceptos para conseguir la finalidad perseguida con la Directiva 2001/29, cual es, asegurar una remuneración equitativa para los titulares de derechos, todo ello teniendo presente dos principios básicos: 1) el alto nivel de protección que debe garantizarse a los autores; 2) alcanzar un equilibrio estable entre los derechos de los autores y los derechos fundamentales de los usuarios de obras y prestaciones. (S.L.M.)

GROSSHOLZ, C.: «La liberté de sortir de son domicile», *SJ*, 2020, núm. 43, pp. 1883-1889.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte constitucional La Sarre de 28 de abril de 2020 sobre la libertad de entrar y salir del domicilio. (R.A.R.)

LATREILLE, A.: «Les aménagements favorisant l'accès à la connaissance (articles 3-11 et 14 de la directive "DSM")», *RIDA*, núm. 264, abril 2020, pp. 209-234.

El objetivo de este artículo es analizar las normas de la Directiva 2019/790 que tienen que ver con el acceso al conocimiento (arts. 3 a 11 y 14). En especial, el profesor Latreille estudia los límites a los derechos de autor que tienen que ver con la investigación y la enseñanza, que la Directiva señalada los convierte en normas imperativas para los Estados miembros con el fin de que queden armonizados en la UE. Se centra el autor en los siguientes límites: a) aquellos que constituyen un apoyo de la investigación y la innovación, como son las dos excepciones relativas a la minería de textos y datos; b) aquel que tiene que ver con la difusión de conocimiento, en particular, el uso de obras y prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas; c) aquellos que se refieren a la difusión de la cultura, que incluyen límites que favorecen a las instituciones de patrimonio cultural y apuestan por la difusión de obras que están fuera del circuito comercial. Finalmente, el autor hace referencia a la norma sobre uso de obras de arte visual que están en el dominio público. (S.L.M.)

LO IACONO, P.: «La normativa *anticovid* tra tutela della salute e limitazioni all'esercizio della libertà religiosa (Quando la *sana cooperatio* lotta contro un virus)», *DFP*, 2020, núm. 3, pp. 1088-1139.

Artículo que profundiza en el actual tema de la normativa estatal *anticovid* y los límites del ejercicio del derecho de libertad religiosa, en particular, la prohibición legal de las ceremonias religiosas y del derecho de acceder a los lugares de culto. (Alma R.G.)

LUCAS-SCHLOETTER, A.: «Le droit de communication au public à l'ère de l'injection directe, l'IPTV et l'OTT», *RIDA*, núm. 264, abril 2020, pp. 45-66.

Este artículo constituye un análisis sobre la situación del derecho de comunicación al público en la era de las nuevas tecnologías, en especial, el uso de Internet en los teléfonos móviles y en los aparatos de televisión. Tras estudiar las distintas formas de comunicar obras y prestaciones protegidas a través de Internet, la autora se centra en la regulación del derecho de comunicación pública en la Directiva 2019/789 y cómo afecta a las entidades de radiodifusión. A partir de aquí, divide el artículo en dos bloques: uno primero para determinar el alcance de este derecho, sobre todo a la luz de la nueva técnica de inyección directa de contenidos a través de Internet, y un segundo bloque dedicado a analizar el ejercicio de este derecho mediante su retrans-

misión. Finaliza la autora su trabajo dedicando unas líneas al papel que juega la gestión colectiva obligatoria en ese nuevo entorno. (*S.L.M.*)

MENECEUR, Y.: «DataJust face aux défis de l'intelligence artificielle», *SJ*, 2020, núm. 40, pp. 1708-1714.

El tratamiento de los datos personales y el problema de los nuevos retos derivados de la inteligencia artificial. (*R.A.R.*)

NGUYEN DUC LONG, C.: «La circulation des contenus audiovisuels à l'aune de la nouvelle réglementation», *RIDA*, núm. 264, abril 2020, pp. 11-43.

La autora de este artículo analiza la situación en la que queda la circulación de contenido audiovisual a la luz de la nueva regulación contenida en la Directiva 2019/790. En primer lugar, se centra en cómo las decisiones del TJUE y las iniciativas legislativas han fracturado la naturaleza territorial del derecho de autor en este ámbito. En segundo lugar, la autora pone en evidencia cómo la circulación de estos contenidos también ha dado lugar a regulaciones orientadas a mejorar el marco legal de la radiodifusión transfronteriza. Así, estudia aquellas normas que tienen que ver con los derechos de autor y los derechos conexos (desde la Directiva 93/83 a la Directiva 2019/790) y las disposiciones fuera del marco de la propiedad intelectual que han apostado por un régimen más estricto de la radiodifusión transfronteriza (desde las Directivas 97/36 y 2010/13 a la Directiva 2018/1808). A pesar de los numerosos interrogantes que aún se plantean en cuanto al aseguramiento de una remuneración adecuada para los titulares de derechos de propiedad intelectual, la autora confía en que la aplicación de la Directiva 2019/790 permita superar esos miedos. (*S.L.M.*)

PERTOT, T.: «Immuni e tracciamento digitale: fra protezione dei dati personali, problemi di efficacia e qualche prospettiva futura», *NLCC*, 2020, núm. 5, pp. 1131-1165.

Emergencia sanitaria, tecnología digital y tratamiento de datos personales: Il sistema di allerta art. 6 d.l. núm. 28/20, convertito in l. 25 giugno 2020, núm. 70. (*M.R.D.R.*)

PICCININI, S.: «Osservazioni sull' "identità", e sul diritto di acquisire una "personalità individuata" cioè una identità che favorisca condizioni per una "vita realizzata"», *DFP*, 2020, núm. 3, pp. 1215-1221.

Artículo que profundiza en el proceso de adquisición de la identidad y en el análisis de los presupuestos jurídicos para la «construcción de la identidad». (*Alma R.G.*)

QUAEDVLIEG, A.: «Les licences collectives étendues. Un oiseau exotique des lacs du nord fait un atterrissage réussi à Bruxelles», *RIDA*, núm. 264, abril 2020, pp. 181-208.

El autor centra su artículo en el tratamiento que hace el artículo 12 de la Directiva 2019/790 de las licencias colectivas con efecto ampliado. Tras analizar el concepto de las licencias colectivas ampliadas, se introduce de lleno en su régimen jurídico, aludiendo a las razones para crear este nuevo sistema de licencias y a las condiciones aplicables tanto a la propia licencia como a las entidades de gestión. Dentro de estas últimas, el autor desarrolla los tres requisitos exigibles: 1) que las entidades de gestión sean suficientemente representativas; 2) las condiciones establecidas en la Directiva 2014/26; 3)

el tratamiento igualitario a todos los titulares de derechos. A continuación, distingue entre las licencias obligatorias y las licencias voluntarias. Respecto de estas segundas, estudia el autor la posibilidad que tienen los titulares de derechos que no forman parte de entidades de gestión de excluir ese efecto ampliado de las licencias y cómo éstos quedan protegidos no sólo por el derecho de autor, sino también por el Derecho civil. (*S.L.M.*)

SEGOIN, D.: «Une perspective gouvernementale française sur la jurisprudence récente de la CJUE en matière de propriété littéraire et artistique», *RIDA*, núm. 263, enero 2020, pp. 5-73.

Este artículo contiene un estudio sobre la posición del Gobierno francés respecto a la jurisprudencia del TJUE relativa a la propiedad literaria y artística. La razón de este análisis proviene de la actitud proactiva de Francia en el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE. El autor comienza centrándose en los pilares en los que se asienta la estrategia de litigación de las autoridades francesas en materia de derecho de autor. Cuatro son los temas que trata en este primer bloque: 1) la distribución de competencias en el campo del derecho de autor; 2) la defensa de una interpretación amplia del derecho de comunicación al público y de la compensación por copia privada; 3) la expansión de la influencia del Derecho francés a los casos resueltos por el TJUE; 4) la regulación de las plataformas y el interés en lograr el equilibrio adecuado entre los derechos fundamentales. La segunda parte del artículo tiene más que ver con el método, el razonamiento y la postura evolucionista adoptada por el TJUE en materia de derechos de autor. Para abordar estas cuestiones, el autor se refiere a los límites impuestos a los derechos fundamentales en estos casos, las repetidas referencias que el TJUE hace en sus sentencias al Derecho internacional, si bien con un alcance deliberadamente limitado, y el recurso sistemático a los conceptos autónomos del Derecho de la Unión. El estudio de todos estos temas va acompañado con un completo análisis jurisprudencial. (*S.L.M.*)

SENIGAGLIA, R.: «La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 760-783.

El trabajo se centra en la temática de los datos personales en cuanto recursos económicamente valiosos y, por tanto, susceptibles de constituir el objeto de un contrato. Mediante la coordinación entre la normativa del dato como «bien» personal cuya protección es objeto de un derecho fundamental, la normativa reguladora del tratamiento de los datos y la reguladora del contrato, el trabajo va dirigido a construir el régimen jurídico del acto de disposición de informaciones de carácter personal. (*Alma R.G.*)

Tosti, E.: «Illecito trattamento dei dati personali, responsabilizzazione, responsabilità oggettiva e danno nel GDPR: funzione deterrente-sanzionatoria e rinascita del danno morale soggettivo», *CI*, 2020, núm. 3, pp. 1115-1151.

Este trabajo profundiza en la nueva normativa reguladora de la responsabilidad civil por el tratamiento ilícito de los datos personales y, en particular, en el resarcimiento de los daños patrimoniales y no patrimoniales bajo el artículo 82 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. El análisis de este tema en relación a la tutela de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos se lleva a cabo bajo el

prisma del citado Reglamento, del Código de la Privacidad y de la más reciente jurisprudencia de la Corte de Casación de San Martino de 2019, con especial atención a la gestión y prevención del riesgo específico, a la naturaleza objetiva de la responsabilidad, a la admisión del daño *in re ipsa* y de la reparación del daño moral subjetivo y de su inicial función sancionadora. (*Alma R.G.*)

XALABARDER, R.: «La rémunération des auteurs et des artistes interprètes ou exécutants», *RIDA*, núm. 264, abril 2020, pp. 129-162.

El objeto de este artículo es la necesidad de garantizar el derecho de remuneración de los autores y de los artistas, como requisito para conseguir un mercado sostenible y funcional de creación, explotación y consumo de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual. En particular, se trata de un análisis del capítulo 3 de la Directiva 2019/790 (arts. 18 a 23). La autora comienza estudiando el principio de remuneración apropiada y proporcional, y cómo le afectan las normas contractuales establecidas en la Ley y el sistema de gestión colectiva. Además, destaca especialmente la obligación de transparencia que surge en este ámbito y la necesidad de implementar un régimen de resolución alternativa de disputas, como elemento fundamental para asegurar las correspondientes remuneraciones. Por otro lado, la profesora Xalabarder estudia también el derecho de revocación que tienen autores y artistas en aquellas situaciones en las que no se produce la explotación efectiva de la obra o prestación, tras haber cedido en exclusiva sus derechos a un tercero. Finalmente, pone de manifiesto una cuestión no resuelta, como es el Derecho aplicable ante los problemas que pudieran surgir en la práctica. A su juicio, según calificuemos los artículos 18 a 23 como Derecho contractual o como normas de derecho de autor, la Ley aplicable será una u otra. Concluye la autora que cuantos mejores medios prevean los legisladores nacionales para asegurar esa remuneración, menor necesidad habrá de establecer mecanismos *ex post* para garantizarla. (*S.L.M.*)

PERSONA JURÍDICA

CIRILLO, G. P.: «I soggetti giuridici digitali», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 573-590.

Los sujetos jurídicos digitales, en cuanto portadores de un grado mínimo de subjetividad, entran en la clase de personas no físicas, esto es, dentro de la categoría actualmente ocupada por las personas jurídicas y por las entidades de hecho. El ordenamiento jurídico no puede permitirse la idea de que hay daños privados de un responsable o la asignación de los daños a un sujeto que no es responsable. De este problema, sin duda, es consciente el Parlamento Europeo, de modo que la Comisión de Asuntos Jurídicos ha publicado un proyecto con recomendaciones a la Comisión para la regulación civil en el campo de la robótica, recomendando la inclusión de un status jurídico específico para el robot a largo plazo, de modo que aquellos más sofisticados puedan ser considerados «personas electrónicas responsables» y, por tanto, obligadas a resarcir los daños que causen. (*Alma R.G.*)

DI SABATO, D.: «La definitività dell'atto di dotazione di beni in favore dell'Associazione: divieto di recupero dell'apporto e obbligo di devoluzione», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 663-688.

La normativa incluida en el Código Civil italiano reguladora de las entidades del tercer sector revitaliza el debate sobre la función asumida por el patrimonio de los entes sin fin de lucro. En particular, se estudian las disposiciones cuyo objeto es el examen de los requisitos exigidos para la constitución y la prohibición de recuperación de la aportación de uno de los miembros en caso de extinción de la relación asociativa. (*Alma R.G.*)

TAMPIERI, M.: «L'intelligenza artificiale: una nuova sfida anche per le automobili», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 732-759.

El trabajo pone de relieve el enorme impacto sobre la sociedad derivado del fenómeno de la inteligencia artificial y de los nuevos desafíos de carácter ético y jurídico que ello lleva consigo. Especial atención presta a los vehículos y a la problemática que ha introducido la conducción de los mismos sin la figura que ha sido el responsable tradicional en los accidentes de carretera: el conductor. (*Alma R.G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ACCETTELLA, F.: «La liquidazione controllata del sovraindebitato», *NLCC*, 2020, núm. 3, pp. 657-697.

Reflexiones sobre los diferentes modelos de flexibilización del cumplimiento de las obligaciones en supuestos de sobreendeudamiento. (*M.R.D.R.*)

ADDIS, F.: «La "riconduzione a condizioni conformi" del contratto non registrato», *RTDPC*, 2020, núm. 1, pp. 43-68.

Reflexión sobre la reformulación del ar.13 de la l. 9 dicembre 1998, núm. 431, sobre contratos de arrendamiento registrados con posterioridad a su ejecución y sus efectos retroactivos, tras la ley 28 dicembre 2015, núm. 208 y su artículo 1,59. (*M.R.D.R.*)

ANIDJAR, L.; KATZ, O., & ZAMIR, E.: «Enforced Performance in Common Law versus Civil Law Systems: An Empirical Study of a Legal Transformation», *Am. J. Comp. L.*, vol. 68, núm. 1, pp. 1-54.

El estudio parte de la constatación de una diferencia de enfoques, en el incumplimiento contractual, entre el remedio de exacto cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios que se contraponen en los modelos de *civil law* y de *common law*. Con particular referencia al sistema mixto de Israel, se intenta desmontar, mediante un estudio empírico (por el período 1948-2016) la supuesta efectividad de la reforma operada en el año 1970 que, acercándose al sistema de *civil law*, ponía el exacto cumplimiento como remedio primario (respecto a la anterior legislación que enmarcaba la solución desde el punto de vista indemnizatorio y, por lo tanto, más cerca a la solución de *common law*). (*A. F.*)

AZARA, A.: «Responsabilità patrimoniale e concordato preventivo liquidatorio», *RTDPC*, 2020, núm. 1, pp. 239-262.

Análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la eficacia del acuerdo preventivo con cesión parcial de bienes para la limitación de la responsabilidad patrimonial, frente a la nulidad de pactos limitativos de la responsabilidad patrimonial, eficacia *erga omnes* e *inter-partes*. Prohibición de alterar el orden de prelación de acreedores. (*M.R.D.R.*)

BARENGHI, A.: «Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 806-822.

Tras la promulgación de la Directiva 2019/771/UE en materia de garantías en la venta de bienes de consumo, el legislador nacional tiene un nuevo reto a afrontar consistente en la sistematización de la materia de las diversas garantías. (*Alma R.G.*)

BONAMINI, T.: «Divieto di cumulo tra prestazione principale e penale per l'inadempimento e rilevanza dell'interesse del creditore», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 605-617.

Esta contribución analiza el principio recogido en el artículo 1383 del código civil italiano, que establece la prohibición de acumulación entre la prestación principal y la cláusula penal pactada para el caso de incumplimiento del contrato. (*Alma R.G.*)

BUCHER, Ch-E.: «Les obligations du vendeur dans l'offre de réforme du droit des contrats spéciaux de l'Association Henri Capitant», *GP*, 2020, núm. 29, pp. 16-19.

Proyecto de reforma de los contratos especiales por la asociación Henry Capitant. Las obligaciones del vendedor en dicho proyecto, análisis y ventajas. (*R.A.R.*)

BUZZELLI, D.: «Revocazione della donazione e volontà del donante», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 970-996.

Este trabajo persigue la reconstrucción de la naturaleza y la función del poder de revocar la donación por ingratitud o por supervivencia o superveniencia de hijos, siendo la protección del donante la clave principal del análisis funcional de esta figura. A partir del estudio de los requisitos subjetivos y objetivos del acto de liberalidad, la revocación de la donación se presenta como un instrumento de tutela de la libertad contractual del donante. (*Alma R.G.*)

CACACE, S.: «Aporie esegetiche e distonie applicabili in tema di revocazione per sopravvenienza di figli», *RTDPC*, 2020, núm. 3, pp. 941-967.

Reflexión sobre la revocación de donaciones por sobreveniencia de hijos y adaptación de las disposiciones testamentarias por cambio de circunstancias en el reparto de la herencia, según el artículo 687 del Código Civil italiano. (*M.R.D.R.*)

CHARBONNEAU, C.: «Modalités déclaratives spécifiques des pólices de maîtrise d'ouvrage, bilan et perspectives», *RDI*, 2021, núm. 1, pp. 8-10.

Estudio sobre diversos aspectos conflictivos del seguro del arquitecto en el contrato de obra. Situación actual y consecuencias futuras. (*R.A.R.*)

CORPART, I.: «Les cadeaux de Noël, une affaire de sentiments ou de prix», *SJ*, 2020, núm. 52, pp. 2345-2351.

Causa final que encubren los regalos de navidad: sentimiento o dinero? (R.A.R.)

DELLACASA, M.: «Prestazione e cooperazione nei rimedi contro l'inadempimento: uno sguardo comparatistico», *RDC*, 2020, núm. 6, pp. 120-150.

Estudio de la resolución por incumplimiento recíproco y sus efectos. (M.R.D.R.)

DELFINI, F.: «Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto», *RTDPC*, 2020, núm. 2, pp. 547-573.

Estudio del problema de la determinación unilateral del contenido del contrato, en especial respecto del control de las cláusulas generales de limitación de la responsabilidad en los contratos de seguros. Se analiza comparativamente con el Ordenamiento jurídico francés y argentino. (M.R.D.R.)

DESCHEEAEMAKER, E.: «The Standardisation of Tort Damages», *MLR*, 2021, vol. 84, núm. 1, pp. 2-29.

En aras de una mayor tutela de la víctima, a veces, se procede a la aplicación de criterios estándares, o abstractos, de indemnización; sobre todo cuando la aplicación más estricta de la ley o la presencia de alguna dificultad probatoria comportaría la concesión de montos no muy elevados en el caso concreto. El autor estudia estas circunstancias en el Derecho inglés y concluye que no debieran producirse con tanto automatismo aún más dado que, en determinados casos, difícilmente podrían producirse, como ocurre en los *consequential losses*. (A.F.)

DORIA, G.: «La nozione di contratto tra prassi, normativa europea e codificazioni nazionali», *RDC*, 2020, núm. 3, pp. 606-614.

Reflexiones sobre la figura del contrato, su concepto y regulación ante el proyecto uniformador europeo frente a la diversidad de los ordenamientos jurídicos nacionales. (M.R.D.R.)

FACCIOLI, M.: «La quantificazione del danno nella responsabilità sanitaria secondo la Legge Gelli-Bianco (art. 7, commi 3 e 4, l. núm. 24 del 2017)», *CI*, 2020, núm. 3, pp. 1045-1059.

La contribución profundiza en las reglas específicas sobre la valoración del daño y la cuantía de la indemnización perteneciente a los pacientes, víctimas de prácticas negligentes médicas, contenidas en el artículo 7 párrafos 3.º y 4.º de la Ley *Gelli-Bianco*, poniéndose de manifiesto cómo las mismas se distancian de los principios generales tradicionales sobre la materia del derecho de daños, con el objetivo de contener la multiplicidad de pleitos contentiosos en materia de responsabilidad sanitaria. (Alma R.G.)

FAUCEGLIA, D.: «La moneta privata. Le situazioni giuridiche de appartenenza e i fenomeni contrattuali», *CI*, 2020, núm. 3, pp. 1253-1288.

A partir de la crisis financiera del año 2008, la economía de redes ha conocido nuevos medios de intercambio aceptados por gran parte de los

usuarios de la web: las criptomonedas. Desde el punto de vista jurídico, en relación a las mismas, han aparecido diferentes denominaciones: una primera tesis las asimila a la moneda, una segunda a productos financieros y una tercera tesis los ha calificado como bienes digitales fungibles y genéricos. Pero esta última calificación lleva consigo no pocos problemas en relación a la admisión de la custodia e intercambio de bienes digitales, problemas que son abordados en este trabajo. (*Alma R.G.*)

FINOCCHIARO, G.: «Intelligenza artificiale e responsabilità», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 713-731.

El trabajo trata de responder al interrogante de si la inteligencia artificial, tema de interés doctrinal reciente, exige, a los fines de su regulación, una intervención legislativa *ad hoc* o si, por el contrario, se pueden utilizar reglas o principios ya consolidados en el ordenamiento. (*Alma R.G.*)

GABRIELLI, E.: «Il problema del contenuto e dell’oggetto nel “contratto” di Cesare Massimo Bianca», *RDC*, 2020, núm. 3, pp. 572-587.

Análisis de la diferencia jurídica entre el objeto y el contenido del contrato, en el ámbito de los vicios contractuales. (*M.R.D.R.*)

GALLAND, A.: «Le non respect du délai de livraison dans la vente en l’état futur d’achèvement: sanctions et échappatoires», *RDI*, 2020, núm. 12, pp. 640-646.

Venta de inmueble sobre plano. Problemas de entrega y retraso. Sanciones a dicho problema. (*R.A.R.*)

GAYMAR, T. G.: «L’incidence du renouvellement des sources du droit des obligations sur son interprétation», *RTDC*, 2020, núm. 4, pp. 779-801.

El autor se plantea la cuestión de los efectos de la renovación de las fuentes de las obligaciones, teniendo en cuenta que cuando se renuevan las fuentes del derecho ello influye en la interpretación. El nuevo texto destaca el valor de la exégesis, y aparecen nuevas fuentes de inspiración donde el intérprete puede tomar su inspiración. ¿Cómo ha de interpretarse ahora el derecho de obligaciones? Todo está en el derecho transitorio y el lazo de unión entre el antiguo y el nuevo derecho. (*R.A.R.*)

GENICON, Th.: «Nouvelle garantie de conformité dans la vente au consommateur: l’heure des choix (à propos de la transposition de la Directive 2019/771/UE)», *RDS*, 2021, núm. 10, pp. 534-542.

La conformidad del consumidor en el contrato de compraventa ante la Directiva europea 2019/771/UE. Posibilidad de elección. (*R.A.R.*)

GIANNINI, M.: «Titoli di solidarietà e inadempimento dell’obbligazione di scopo», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 689-712.

A raíz del artículo 77 del código regulador del sector terciario, el trabajo reconstruye los títulos de solidaridad en la categoría del crédito, e indaga en la materia de los remedios en caso de incumplimiento de la obligación de resultado. (*Alma R.G.*)

JOBIN, P. G.: «Dommages punitifs et action collective en droit québécois. Électrochoc aux fabricants de cigarettes», *RTDC*, 2020, núm. 4, pp. 813-827.

El autor se plantea el mega-proceso de los fabricantes de cigarrillos y la condena por omisión voluntaria al no advertir de los riesgos del tabaquismo: dependencia y daños a la salud. Hasta ahora los consumidores han acordado con el fabricante determinadas medidas inspiradas en la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos. Cada vez más se sanciona con daños compensatorios. Últimamente se ha establecido una nueva medida en Quebec, a través de la acción colectiva como filtro para evitar demandas abusivas o una heterogeneidad de demandas. Estas demandas si tienen éxito alcanzan la suma de 1,3 millones de dólares. Es un instrumento eficaz de justicia conmutativa, siendo esta acción eficaz social y económicamente. (R.A.R.)

KENFACK, H.: «Leçons de la pandémie de Covid-19: la systématisation des clauses de force majeure et d'assurance perte d'exploitation?», *RDS*, 2020, núm. 39, pp. 2185-2189.

La pandemia provocada por el Covid ha traído consigo un gran número de litigios en los que el gran argumento ha sido el de fuerza mayor para tratar de evitar el incumplimiento de los contratos. El autor se plantea el tema y lo analiza. (R.A.R.)

— «La clause résolutoire des baux commerciaux dans la tourmente du Covid-19», *GP*, 2020, núm. 31, pp. 14-16.

La cláusula resolutoria en los contratos de arrendamiento de locales de negocio ante la situación de Covid. Posibilidad de aplicación y supuestos. (R. A.R.)

LABORDE, J. F.: «La réparation du dommage causé par une entente anticoncurrentielle», *RDS*, núm. 2, pp. 100-103.

Prácticas anticompetencia y daños causados. Formas de reparación del daño. (R.A.R.)

LATINA, M.: «L'abus de dépendance (C.civ., art. 1143): premiers enseignements des juridictions du fond», *RDS*, 2020, núm. 39, pp. 2180-2184.

Desequilibrio entre los contratantes y dependencia de un contratante sobre otro en el ámbito contractual. La reforma de 2018 y las primeras sentencias sobre el tema. (R.A.R.)

LETELIER, P.: «Another Civilian View of Unjust Enrichment's Structural Debate», *C. L. J.*, 2020, vol. 79, núm. 3, pp. 527-548.

Análisis crítico sobre la necesidad o no de adoptar un concepto unificado de los aspectos restitutorios. Se aborda el tema en relación con el derecho inglés, tomando como inspiración el enfoque francés en relación con el enriquecimiento injustificado y abordando críticamente algunos planteamientos contrarios que la doctrina, en particular Nils Jansen, realiza sobre la normativa alemana. El autor concluye que este último enfoque doctrinal no es óbice para valorar la adaptación de un tratamiento unificado de la cuestión en el derecho inglés. (A.F.)

LUTFALLA, E./FITZPATRICK, S.: «Class actions et assurances: encore un choc de l'année 2020 ou une réforme inaboutie ?», *GP*, 2021, núm. 3, pp. 10-12.

El seguro y las class actions. Necesidad de una reforma que lo coordine. (R.A.R.)

MARTIN, G. J.: «Préjudice écologique. L'article 1247 du Code civil est-il contraire à la Constitution?», *SJ*, 2020, núm. 50, pp. 2194-2196.

La relación entre el artículo 1247 del Código civil y los artículos 3 y 4 de la Carta de medio ambiente. Posible inconstitucionalidad. (R.A.R.)

MASSARA, T.: «Interruzione del termine di prescrizione e vizi del bene venduto», *RTDPC*, 2020, núm. 3, pp. 969-992.

Análisis doctrinal y jurisprudencia sobre la mora del deudor, según el artículo 1219 CC, y la responsabilidad del vendedor y actos de interrupción de la prescripción en los supuestos de saneamiento por vicios ocultos del producto vendido. (M.R.D.R.)

MESA, R.: «Des rapports entre infraction et faute civile et de leurs conséquences sur l'indemnisation des victimes», *RDS*, 2021, núm. 6, pp. 303-309.

El autor analiza la relación existente, en materia de responsabilidad civil, entre infracción de un deber legal e ilícito civil para determinar las consecuencias que dicha relación tiene a la hora de determinar la indemnización del daño a la víctima. (R.A.R.)

MORISI, L.: «Gli interessi di mora nella disequazione usuraria», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 945-969.

Este trabajo aborda varias cuestiones en torno a la incertidumbre sobre el encaje de los intereses de mora en el ámbito de la legislación antiusura. Especialmente controvertida se presenta en el ordenamiento italiano la individualización de las correctas modalidades técnicas para la realización del test de la usura y también los remedios aplicables a las tasas moratorias declaradas como usurarias. (Alma R.G.)

— «Crisi dell'usura pecuniaria e prospettive di riforma», *NLCC*, 2020, núm. 6, pp. 1406-1451.

Análisis de la l. 7 marzo 1996, núm. 108, los intereses usurarios y la necesidad de reforma: revisión del concepto de usura. (M.R.D.R.)

NAVONE, G.: «La responsabilità del medico per inosservanza dell'obbligo informativo», *NLCC*, 2020, núm. 6, pp. 1394-1405.

Análisis de la responsabilidad civil médica por defecto o falta de información frente a la libertad de actuación por obligación terapéutica, ante una demanda indemnizatoria. (M.R.D.R.)

PAPANTI, P.: «La rescissione e la giustezza del contratto nata», *RDC*, 2020, núm. 3, pp. 563-571.

Reflexiones históricas sobre la figura jurídica de la rescisión contractual de los artículos 1447 y 1448 CC. (M.R.D.R.)

PARLEANI, G.: «Brexit et contrats d'assurance», *RDS*, 2021, núm. 8, pp. 439-442.

El Brexit ha implicado una gran transformación jurídica entre los diferentes Estados. Los contratos celebrados entre particulares y empresas inglesas generan problemas. El autor analiza el contrato de seguro en estos casos. (R.A.R.)

PENNASILICO, M.: «Dal “controllo” alla “conformazione” dei contratti: itinerari della meritevolezza», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 823-859.

El concepto italiano de «meritevolezza» en la materia contractual implica un control general y autónomo, que no puede no extenderse a la generalidad de los contratos, ya sean típicos o atípicos. Se estudia tal concepto en el ordenamiento tanto italiano como europeo, en relación a la aparición en la contratación pública y privada de intereses sociales y ambientales y, por tanto, a la necesidad de someter al juicio de «meritevolezza» a los contratos sostenibles y ecológicos. (*Alma R.G.*)

PEPE, A.: «L'emergenza sanitaria da coronavirus tra impossibilità sopravvenuta e impossibilità di utilizzazione della prestazione nei contratti di trasporto, di viaggio e del tempo libero (artt. 88 e 88 bis, d.l. 17 marzo 2020, núm. 18, conv. con modif. dalla l. 24 aprile 2020, núm. 27)», *NLCC*, 2020, núm. 3, pp. 596-629.

Reflexiones sobre los numerosos supuestos de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de contrato por ambas partes, en gran diversidad de contratos, como consecuencia de los efectos de la pandemia provocada por COVID: situación de emergencia sanitaria, motivos de salud privada y pública. (*M.R.D.R.*)

PINORI, A.: «Riflessioni sugli effetti dello stato di emergenza da Coronavirus nell'esecuzione dei contratti», *CI*, 2020, núm. 3, pp. 1192-1223.

Este trabajo, después de haber examinado previamente los proyectos de ley de reforma del código civil italiano en materia de circunstancias sobrevenidas, profundiza en la casuística en relación a las diferentes figuras contractuales en el marco de la normativa de urgencia dictada a raíz de la pandemia del Covid-19 y de las normas de derecho común. (*Alma R.G.*)

PORCHY-SIMON, S.: «La victime de dommage corporel: retour sur deux concepts fondamentaux du droit de la réparations», *RDS*, 2021, núm. 6, pp. 296-302.

En materia de responsabilidad civil es fundamental determinar el daño producido así como el tipo de daño. En este caso se analiza el daño corporal y su reparación atendiendo a los conceptos fundamentales de responsabilidad. (R.A.R.)

QUEZEL-AMBRUNAZ, Ch.: «La réparation des préjudices laissés par les cicatrices. Étude statique», *RDS*, 2020, núm. 40, pp. 2248-2256.

Las consecuencias de los daños provocados como consecuencia de una actuación no son instantáneas, sino que pueden perdurar a lo largo del tiempo. Las cicatrices o efectos posteriores ¿deben también ser indemnizados? (R.A.R.)

RATTI, M.: «Riflessioni in materia di responsabilità civile e danno cagionato da dispositivo intelligente alla luce dell'attuale scenario normativo», *CI*, 2020, núm. 3, pp. 1174-1191.

La difusión de los dispositivos dotados de inteligencia artificial pone delante del tema de la adecuación de los actuales instrumentos normativos de la responsabilidad civil, sea en relación a la fase intermedia de perfeccionamiento tecnológico de los aparatos, sea con una perspectiva de carácter general. Se proponen algunas reflexiones en relación a la idoneidad, en concreto, de las normas sobre responsabilidad civil del Código Civil y de la legislación de la responsabilidad civil por productos defectuosos para hacer frente a la reparación de los daños causados en el ámbito de la inteligencia artificial. (*Alma R.G.*)

RAVAGNANI, V.: «Direttrici evolutive e persistenti disarmonie nei regimi legali a tutela degli investitori», *CI*, 2020, núm. 3, pp. 1357-1394.

El presente trabajo, situándose desde la perspectiva del inversor financiero, analiza críticamente las líneas de evolución y la finalidad de la normativa reguladora del sector, poniendo de manifiesto tanto la convergencia con la normativa de consumidores como las carencias de la específica normativa. Particular atención se pone en las obligaciones de información de los intermediarios financieros y en la falta de sintonía entre una sobreabundancia de reglas de conducta y un aparato de remedios muy precario. (*Alma R.G.*)

REALI, A.: «Sull'attuale irrinunciabilità all'azione di restituzione», *RTDPC*, 2020, núm. 1, pp. 269-296.

Análisis crítico sobre la renuncia directa e indirecta a la acción de restitución, en los supuestos de actos no lucrativos. (*M.R.D.R.*)

RICCIUTO, V.: «Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali», *RDC*, 2020, núm. 3, pp. 642-662.

Reflexiones sobre la figura de la causa y objeto de contrato respecto de la nueva regulación de circulación de datos personales. (*M.R.D.R.*)

RIVA, I.: «Acquisti di beni di provenienza donativa e tutele invocabili», *RTDPC*, 2020, núm. 3, pp. 825-839.

Análisis jurisprudencial del riesgo derivado de la circulación de bienes de procedencia de negocios sin ánimo de lucro, a propósito de las sentencias n. 965 de 16 gennaio 2019 y núm. 32694, 12 dicembre 2019. (*M.R.D.R.*)

SEMPRINI, A.: «Il perimetro applicativo dell'art. 8 d.lgs. num. 122/2005 (a proposito di immobili in costruzione)», *CI*, 2020, núm. 3, pp. 1224-1252.

Después del análisis del artículo 8 del decreto legislativo de 20 de junio de 2005 núm. 122, relativo a las disposiciones para la protección de los derechos patrimoniales de los adquirentes de inmuebles en construcción, se prohíbe la estipulación de compraventas en los casos en los que no se ha hecho subdivisión de la financiación en cuotas, o existe un título para la cancelación o fraccionamiento de la hipoteca sobre el inmueble. (*Alma R.G.*)

SICCHIERO, G.: «La vendita con spese a carico del venditore», *CI*, 2020, núm. 3, pp. 1091-1114.

Este trabajo afronta el tema de la cláusula contractual que pone los gastos de la compraventa a cargo del vendedor, sea para profundizar en qué intereses son satisfechos con tal pacto, sea para averiguar si existen límites legales a su uso. En particular, se estudia si posee carácter lícito el préstamo que el adquirente del bien utiliza para pagar un precio que incluya también los gastos derivados de la compraventa de un inmueble, resolviendo el problema en sentido afirmativo, ya que no se defiende un concepto de valor objetivo de un bien. El valor del bien está de hecho representado por la suma que el adquirente está dispuesto a pagar para comprarlo. (*Alma R.G.*)

SIRGIOVANNI, B.: «Dal consenso dell'interessato alla "responsabilizzazione" del titolare del trattamento dei dati genetici», *NLCC*, 2020, núm. 4, pp. 1010-1031.

Reflexiones sobre la responsabilidad derivada de la prestación del consentimiento para el uso de datos genéticos. (*M.R.D.R.*)

TOSI, E.: «Illecito trattamento dei dati personali, responsabilizzazione, responsabilità oggettiva e danno nel GDPR: funzione deterrente-sanzionatoria e rinascita del danno morale soggettivo», *CI*, 2020, núm. 3, pp. 1115-1151.

Este trabajo profundiza en la nueva normativa reguladora de la responsabilidad civil por el tratamiento ilícito de los datos personales y, en particular, en el resarcimiento de los daños patrimoniales y no patrimoniales bajo el artículo 82 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. El análisis de este tema en relación a la tutela de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos se lleva a cabo bajo el prisma del citado Reglamento, del Código de la Privacidad y de la más reciente jurisprudencia de la Corte de Casación de San Martino de 2019, con especial atención a la gestión y prevención del riesgo específico, a la naturaleza objetiva de la responsabilidad, a la admisión del daño *in re ipsa* y de la reparación del daño moral subjetivo y de su inicial función sancionadora. (*Alma R.G.*)

TRAULLÉ, J.: «Le renouveau des présomptions en droit de la responsabilité civile», *RDS*, 2021, núm. 7, pp. 360-365.

Las presunciones tradicionales en materia de responsabilidad civil han cambiado. El autor analiza su renovación tras las reformas del Código civil. (*R.A.R.*)

TRIMARCHI, P. : «Responsabilità civile punitiva?», *RDC*, 2020, núm. 4, pp. 723-741.

Observaciones sobre el fundamento, naturaleza jurídica y efectos de la función punitiva (disuasoria o compensatoria) de la indemnización de daños del artículo 2043 CC. Especial referencia a la efectividad de la protección en supuestos difíciles de valoración del daño. (*M.R.D.R.*)

VERDICCHIO, V.: «La permuta internazionale e il diritto uniforme della vendita», *RTDPC*, 2020, núm. 1, pp. 151-178.

Observaciones sobre la regulación de la permuta internacional, a propósito del proyecto unificador europeo de la compraventa, según la Convención de la Haya y de Viena. (*M.R.D.R.*)

ZOU, M.: «Code, and Other Laws of Blockchain», *Oxford J. Legal Stud.*, 2020, vol. 40, núm. 3, pp. 645-665.

La autora analiza el problema de los *smart contracts* en relación con la teoría del contrato sistematizando, con afán crítico, dos recientes contribuciones monográficas sobre *Blockchain* (De Filippi, P. & Wright, A.: *Blockchain and the Law: The Rule of Code* y Werbach, K.: *Blockchain and the New Architecture of Trust*, ambas de 2019). Se trata esta visión jurídica en contraposición con la visión imprescindible que se había plasmado por Lessing a finales del siglo pasado (Lessing, L.: *Code: And Other Laws of Cyberspace*, New York: Basic Books, 1999, Lessing, L.: «The New Chicago School» *Journal of Legal Studies*, vol. 27, núm. 3, 1998, pp. 661-691) y que el mismo autor retomó posteriormente (Lessing, L.: *Code: And Other Laws of Cyberspace, 2.0* New York: Basic Books, 2006). (*A. F.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BENMBAREK-LESAFFRE, K.: «À l'aube de la réforme du droit des sûretés. Bilan de 15 ans de jurisprudence sur la mention manuscrite en droit du cautionnement», *SJ*, 2020, núm. 39, pp. 1653-1659.

La nueva regulación de las garantías y la posición de la jurisprudencia en los últimos 15 años. La fianza y su situación actual. (*R.A.R.*)

CASTON, A./POUMARÈDE, M.: «L'obligation de démolir l'immeuble», *RDI*, 2020, núm. 12, pp. 647-654.

Obligación de demolición de un edificio conforme al Código de urbanismo. Principio de proporcionalidad. (*R.A.R.*)

DHENNE, M.: «Covid-19: l'espoir d'un «monde d'après» pour la propriété intellectuelle?», *RDS*, 2020, núm. 40, pp. 2257-2261.

La incidencia del Covid 19 se puede observar en todos los ámbitos sociales, jurídicos y económicos. En el ámbito jurídico, el autor analiza los efectos en la propiedad intelectual. (*R.A.R.*)

FALCE, V.: «La nuova "direttiva *copyright*" e l'eccezione di insegnamento tra vincoli e limiti», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 784-805.

La nueva Directiva sobre el *Copyright*, al introducir de modo obligatorio la excepción de enseñanza con finalidad ilustrativa para los usos digitales y transfronterizos de obras y materiales, concede a los estados miembros la posibilidad, dentro de unos concretos términos y límites, de excluir su aplicación. La opción ofrecida puede representar una buena alternativa en países los cuales, hasta el día de hoy, no han contemplado alguna excepción a las reglas del derecho de autor para favorecer la enseñanza con fines ilustrativos. (*Alma R.G.*)

HOSTIOU, R.: «Au sujet de l'article L.122-2 du code de l'expropriation: la déclaration d'utilité publique et le principe de prévention. Bilan contentieux», *RDI*, 2020, núm. 9, pp. 429-432.

Expropiación por causa de utilidad pública. Explicación del artículo 122-2 del Código de expropiación según la jurisprudencia. (*R.A.R.*)

MURGA, J.: «Il sistema della pubblicità immobiliare in Spagna e la tutela dei terzi acquirenti in buona fede», *RDC*, 2020, núm. 4, pp. 828-847.

Análisis de la inscripción registral en el sistema español de transmisión de la propiedad, como requisito de seguridad de terceros. Reflexión sobre el efecto de la fe pública registral y del carácter declarativo de la inscripción de transmisiones en el Registro de la Propiedad en el Ordenamiento jurídico español. (*M.R.D.R.*)

RANDRIANIRINA, I.: «Plaidoyer pour un Nouveau droit de propriété intellectuelle sur les productions générées par intelligence artificielle», *RDS*, 2021, núm. 2, pp. 91-99.

La inteligencia artificial está provocando adaptaciones y cambios en el Derecho civil dado que no estaba previsto. En este caso se analiza su influencia en las nuevas producciones intelectuales y en el ámbito de la propiedad intelectual. (*R.A.R.*)

VV.AA.: «Les opérations de travaux au temps de coronavirus», *RDI*, 2020, núm. 7-8, pp. 350-373.

Dossier sobre diferentes estudios de urbanismo en momentos de pandemia. Se estudia el urbanismo (Soler-Couteaux, P/Revert, M); concesiones públicas frente a crisis sanitaria (Noquellon, R); ocupación de propiedad pública (Foulquier, N); y, plazos de daños y perjuicios (Roussel). (*R.A.R.*)

DERECHO DE FAMILIA

BARONE, I.: «Le vie della doppia maternità», *DFP*, 2020, núm. 3, pp. 927-954.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 3 de abril de 2020 núm. 7668, que tiene por objeto el análisis en la legislación ordinaria y en la jurisprudencia constitucional y de legitimidad de la constitución, rectificación e inscripción del acto de nacimiento de un niño sujeto a la figura de la doble maternidad. (*Alma R.G.*)

BELLOMO, M.: «La parentela: l'evoluzione della nozione nel tempo e gli interventi della giurisprudenza», *DFP*, 2020, núm. 3, pp. 1181-1214.

El parentesco es considerado un «status» y más, en particular, un *status familiae*, dependiente del estado de filiación. El artículo analiza la materia del parentesco a través de una reconstrucción de su evolución desde su concepto legal en Roma hasta la actualidad. (*Alma R.G.*)

BENANTI, C.: «Prestation compensatoire e assegno di divorzio tra logica redistributiva e logica riparatrice», *RDC*, 2020, núm. 5, pp. 1087-1113.

Análisis comparativo de la figura de la pensión compensatoria derivada del proceso de divorcio, en el sistema italiano y francés y propuestas de reforma. (*M.R.D.R.*)

CARROLL, M. C.: «When Marriage Is Too Much: Reviving the Registered Partnership in a Diverse Society», *Yale L. J.*, 2020, vol. 130, núm. 2, pp. 478-544.

La autora constata que las parejas no formalizadas podrían quedar en un limbo jurídico después que muchas leyes sobre unión civil y pareja de hecho se han derogado posteriormente al reconocimiento del matrimonio homosexual. Por ello, realiza un estudio comparativo, desde el punto de vista estadounidense, sobre la existencia de un reconocimiento formal de la pareja de hecho. Complementa el análisis también con una panorámica sobre algunas regulaciones europeas y latinoamericanas. Considera que todo no puede simplificarse en un binomio de elección entre casarse o no casarse, ya que hay que concebir la protección jurídica de quien decida elegir situaciones intermedias; que, de lo contrario, podrían encontrarse sin la debida protección jurídica. (A. F.)

FINNESSI, A.: «Adozione legittimante e adozione c.d. mite tra proporzionalità dell'intervento statale e best interests of the child», *NLCC*, 2020, núm. 6, pp. 1343-1370.

El derecho del menor a una familia frente al rígido sistema de adopción del sistema jurídico italiano: prevalencia del derecho del menor a la propia familia e intervención gradual y proporcional del Estado.

En definitiva, el respeto a la vida privada y familiar y evaluación y valor de la relación con los progenitores biológicos. (M.R.D.R.)

FREZZA, G.: «Il titolo per la trascrizione del verbale di negoziazione assistita e la tassatività dell'art. 2657 c.c.», *DFP*, 2020, núm. 3, pp. 816-842.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 21 de junio de 2020 núm. 1202 sobre la temática de la desjudicialización, los acuerdos de negociación entre los cónyuges tras la separación conyugal y la inscripción de transmisiones relativas a bienes inmuebles consecuencia de los citados acuerdos. (Alma R.G.)

— «Abitazione e “confinamento”. Covid-19, diritto di visita del genitore non affidatario e successione *mortis causa* nel diritto abitativo», *DFP*, 2020, núm. 3, pp. 1140-1154.

A propósito de las nuevas medidas adoptadas en Italia de fecha 30 de junio de 2020, que han llevado a introducir una nueva relación entre la persona y la vivienda a raíz del confinamiento, el artículo indaga qué significado adquiere hoy tal concepto relacional en las experiencias de vida familiar, como, por ejemplo, el derecho de visita del progenitor no custodio. También aborda el problema de la muerte del cónyuge debido al coronavirus y el derecho del superviviente a vivir en la casa familiar, o la sucesión *mortis causa* en el derecho de habitación. (Alma R.G.)

IACONO, G.: «Azione possessoria del convivente di fatto e principio di effettività della tutela giurisdizionale: la ricerca del rimedio adeguato alle esigenze del caso concreto», *DFP*, 2020, núm. 3, pp. 1010-1024.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Palermo de 18 de junio de 2019 en un caso de tutela por el juez de uno de los miembros de una pareja de hecho a la que se le reintegra en la posesión de la vivienda. El artículo pro-

fundiza en la función del principio de eficacia de la tutela jurisdiccional y de su aplicación por parte del intérprete a los fines de encontrar las técnicas de protección adecuadas en razón de la singularidad de cada caso concreto. (*Alma R.G.*)

LUPOI, M.: «Il regolamento (Ue) núm. 1111 del 2019: novità in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale», *RTDPC*, 2020, núm. 2, pp. 575-610.

Observaciones sobre la regulación de medidas de seguridad de menores, introducidas por el Reglamento UE núm. 1111 de 2019, con tratamiento especial de las medidas judiciales en los supuestos de sustracción internacional de menores, en el ámbito de las crisis matrimoniales y responsabilidad de los progenitores. (*M.R.D.R.*)

MOLIÈRE, A.: «L'article 214 du code civil relu à la lumière des évolutions jurisprudentielles récentes: clarification ou dénaturation?», *RDS*, 2020, núm. 42, pp. 2362-2366.

Relectura del artículo 214 que regula la contribución de los cónyuges a las cargas del matrimonio, en atención a las últimas decisiones jurisprudenciales de los tribunales franceses. Cambios producidos. (*R.A.R.*)

MONTARULI, V.: «La questione del riconoscimento dei provvedimenti di adozione in favore di coppie “same sex” rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza Cass. civ. sez. I, n.29071/2019 e la tutela del “prevalente interesse del minore” secondo la Convenzione Aja 1993», *DFP*, 2020, núm. 3, pp. 736-766.

En la ordenanza de la Corte de Casación de 11 de noviembre de 2019 n. 29071 se plantea si, en ausencia de un vínculo biológico entre el menor adoptado y ambos progenitores adoptantes del mismo sexo, es posible el reconocimiento de la sentencia extranjera constitutiva de la adopción en el ordenamiento italiano. A propósito de la temática se estudian en el trabajo otras posibles hipótesis particulares, como la adopción del hijo del cónyuge y la adopción de los menores nacidos de maternidad subrogada. (*Alma R.G.*)

SANFILIPPO, S.: «Una differenza di età limitante: la nuova veste dell'adozione del maggiore di età», *DFP*, 2020, núm. 3, pp. 843-885.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 3 de abril de 2020 núm. 7667. La sentencia permite que, en el caso de la adopción del mayor de edad, pueda reducirse la exigencia legal de la diferencia mínima de edad que ha de existir entre el adoptante y el adoptado, argumentando esta afirmación a raíz de la *ratio* del artículo 291 del código civil italiano. (*Alma R.G.*)

SPADAFORA, A.: «Il prezzo della fine dell'amore tra legge, giudice e contratto», *DFP*, 2020, núm. 3, pp. 1037-1080.

Artículo que versa sobre la figura, cada vez más utilizada, de la negociación en el ámbito familiar: se centra sobre todo en la pensión de divorcio y, en particular, en los criterios para atribuirle. Esta temática de la pensión tras el divorcio implica la necesidad de la existencia de un cierto equilibrio entre la llamada a la autorresponsabilidad de los cónyuges y, a la vez, el mantenimiento de la solidaridad postconyugal. (*Alma R.G.*)

TROTTA, E.: «Prevalenza della verità biologica nella redazione degli atti di stato civile e tutela della “genitorialità intenzionale”», *DFP*, 2020, núm. 3, pp. 885-926.

Comentario a la sentencia de la Corte de Casación de 3 de abril de 2020 núm. 7668, que analiza la legitimidad constitucional de la prohibición legal de acceso a las técnicas de reproducción asistida por parte de las parejas del mismo sexo. Profundiza en esta temática a la luz de los principios de orden público y del reconocimiento en Italia de los actos constituidos en el extranjero y declarativos de una relación de filiación con progenitores del mismo sexo. También aborda la relación entre la verdad biológica y el derecho a la paternidad social. (*Alma R.G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

CERQUEIRA, G./CHOISEL, Ch.: «Le retour inattendu d'un fondement morale de la réserve héréditaire», *RDS*, 2020, núm. 41, pp. 2302-2306.

La reserva como institución sucesoria en el Derecho francés. Fundamento moral de su existencia, olvidado en el tiempo. (*R.A.R.*)

ERRANI, G.: «La riduzione della liberalità indiretta attuata a mezzo di “trust” e le possibili conseguenze sulla successiva circolazione dei beni conferiti», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 945-969.

La relación existente entre la normativa reguladora del trust y la normativa sucesoria interna se encuentra entre los aspectos más controvertidos en la adaptación de la figura del trust del derecho anglosajón al derecho italiano. Las variadas configuraciones que puede revestir el trust y los cambios que este puede sufrir en el curso de su duración, hacen particularmente difícil la individualización de reglas unívocas en base a las cuales los remedios sucesorios internos deben ser aplicados en caso de producirse una lesión de los derechos de los legitimarios. El artículo distingue el trust de otros tipos de liberalidades indirectas que desde hace tiempo se consideran extrañas a la problemática. (*Alma R.G.*)

RAMUSCHI, M.: «Su alcune variazioni in tema di sepolcro», *DFP*, 2020, núm. 3, pp. 619-735.

Comentario a la Corte de Casación de 20 de agosto de 2019 núm. 21489 sobre el derecho de sepulcro familiar, en particular, sobre el posible cambio del *ius sepulchri familiare* en *ius sepulchri hereditario* y sobre la naturaleza jurídica del *ius sepeliendi* y su posible usucapibilidad. (*Alma R.G.*)

SCOGNAMIGLIO, C.: «La causa concreta: una proposta dottrinale di successo», *RDC*, 2020, núm. 3, pp. 588-605.

Observaciones sobre el cambio jurisprudencial de interpretación de la causa contractual, como requisito esencial de validez y eficacia de los contratos. (*M.R.D.R.*)

TANTILLO, G.: «L'oggetto delle liberalità indirette, della collazione e dell'azione di riduzione. Profili di ammissibilità di una tutela reale del legittimario leso da una liberalità ex art. 809 c.c.», *DFP*, 2020, núm. 3, pp. 990-1009.

Con la sentencia del Tribunal de Ravenna de 17 de octubre de 2019 la jurisprudencia de mérito vuelve a reiterar el principio, afirmado ya en 1992, según el cual el objeto de la liberalidad indirecta está representado por el bien adquirido por el beneficiario. Con el presente artículo se busca profundizar en la distinción entre el objeto de la liberalidad indirecta, el de la colación, el de la acción de reducción y el de la consiguiente acción de reintegro. Tales conceptos muchas veces se confunden. Por último, se profundizará en el objeto de la acción de reducción demostrando la admisión en tales casos de la recuperación *in natura* de aquello indirectamente donado. (*Alma R.G.*)

VARIA

NIGLIA, L. E.: «The New Transformation of Europe: Arcana Imperii», *Am. J. Comp. L.*, vol. 68, núm. 1, pp. 151-185.

El autor realiza una reconstrucción crítica de los cambios que se han experimentado a lo largo de la evolución que la Unión Europea ha vivido. Con particular atención se analizan, mediante un enfoque histórico comparativo, los efectos jurídicos en relación con la unión política y monetaria y con determinadas políticas económicas. Para el autor esto puede producir preocupantes procesos de desdemocratización sobre todo en relación con los países deudores que no poseen autónoma capacidad para movilizar recursos fiscales y humanos. Esto podría dar lugar a posibles brechas entre los diferentes Estados dependiendo de su capacidad económica. (*A.F.*)

OLIVERI, L.: «L'abuso del processo e l'art. 96, comma 3, c.p. c. nella prospettiva dell'efficienza processuale», *CI*, 2020, núm. 3, pp. 1323-1356.

Introducción de un nuevo párrafo 3.º en el artículo 96 del código procesal civil italiano como instrumento normativo de ayuda al juez dirigido a remediar aquellas situaciones procesales caracterizadas por su abusividad. El nuevo precepto posee una naturaleza mixta a caballo entre una finalidad resarcitoria y una finalidad punitiva. (*Alma R.G.*)

RADBRUCH, G.: «Law's Image of the Human», *Oxford J. Legal Stud.*, 2020, vol. 40, núm. 4, pp. 667-681.

Valentin Jeutner, después de una breve introducción, proporciona una traducción al inglés de la *lectio magistralis* «Der Mensch im Recht» de Gustav Radbruch tenida en la Universidad de Heidelberg en el noviembre de 1926. (*A.F.*)

TESTU, F. X.: «La devise de la République française: III/... Égalité...», *RTDC*, 2020, núm. 4, pp. 747-778.

La libertad y la igualdad de las revoluciones liberales en Inglaterra, Francia y América eran valores que representaban las piezas del nuevo sistema político. La igualdad era el instrumento para que dos individuos iguales pudieran negociar en una sociedad hecha a base de contratos y obtener la satisfacción de sus intereses materiales. La igualdad deja de ser un valor y se lucha por la discriminación. (*R.A.R.*)

VV.AA.: «20 ans du code de l'environnement», *RDI*, 2020, núm. 11, pp. 568-582.

Dossier sobre distintos aspectos de la construcción y el medio ambiente. Reflexiones sobre la Codificación de sus normas (J. C. Rotoullié); principios generales de este Código (P. Marcautoni); y, el juez administrativo y su función (O. Fuchs). (*R.A.R.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BENOZZO, M.: «Vendite a distanza, produzioni industriali e codici ATECO: regole di operatività al tempo del coronavirus e obblighi salute e sicurezza», *CI*, 2020, núm. 3, pp. 1024-1044.

En el marco de la normativa surgida como reacción a la difusión de la pandemia ante el coronavirus, la presente contribución se centra en el estudio de las normas mercantiles y de producción en fase de confinamiento y sobre la actividad laboral en general, analizando las obligaciones y la responsabilidad del empresario ante el riesgo derivado de la infección de los trabajadores empleados. (*Alma R.G.*)

CHONÉ-GRIMALDI, A. S.: «Vers un Nouveau droit de la concurrence et de la régulation applicable au secteur numérique», *SJ*, 2020, núm. 49, pp. 2179-2186.

Derecho de la competencia e inteligencia artificial. Influencia y cambios. (*R.A.R.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

DURMOND, F./KLEIN, J.: «La distinction des sociétés cotées et non cotées: un premier pas vers une recomposition plus ambitieuse du droit des sociétés par actions?», *RDS*, 2021, núm. 1, pp. 30-38.

Cambios en el Derecho de sociedades y las sociedades por acciones en el Derecho francés. Necesidad de re composición. (*R.A.R.*)

GUIDO, A.: «Il nuovo codice della “corporate governance” delle società quotate», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 567-572.

La presente contribución analiza el nuevo código de sociedades por acciones bajo la perspectiva de la naturaleza jurídica del órgano que ha constituido la sociedad. (*Alma R.G.*)

SARDINI, A.: «I conferimenti di criptoattività», *CI*, 2020, núm. 3, pp. 1289-1322.

El presente trabajo busca llevar a cabo un primer intento de calificar el fenómeno de la criptomoneda, analizando su naturaleza jurídica, para después estudiar cómo se adapta la normativa reguladora de las sociedades a las

operaciones mercantiles llevadas a cabo con criptomonedas o con criptoactivos como el *bitcoin*. (*Alma R.G.*)

CONTRATOS MERCANTILES

AMOROSINO, S.: «Il dibattito sulle normative del mercato bancario e la “dialettica circolare” tra le corti europee e nazionali», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 643-662.

La regulación del sector bancario se encuentra entre las más complejas por varios factores: el elevado carácter técnico de la materia, la tendencia a regular sin detalle las conductas de las entidades bancarias, la integración existente entre los mercados bancario y financiero y, por último, el elevado número de fuentes de carácter preceptivo, como los reglamentos y las directivas de la Unión Europea, los reglamentos del Banco de la Unión Europea y las instrucciones de la Banca italiana. La tarea de interpretar de modo coordinado tantos planos regulatorios pertenece al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en colaboración con los tribunales nacionales. (*Alma R.G.*)

FERRARI, M.: «Assicurazione contro i danni e sulla vita: indennità e premi in rapporto alla “*compensatio lucri cum damno*”», *CI*, 2020, núm. 3, pp. 1152-1173.

Artículo que versa sobre la aplicación de la *compensatio lucri cum damno* en el contrato de seguro de daños y en el contrato de seguro de vida. (*Alma R.G.*)

DERECHO CONCURSAL

AOUIMEUR-MILANO, H.: «La garantie du régime AGS dans les ordonnances des 27 mars et 20 mai 2020 relatives à l’adaptation du droit des procédures collectives pour faire face à la crise Covid-19», *GP*, 2020, núm. 29, pp. 20 y ss.

Las ordenanzas de 27 de marzo y 20 de mayo de 2020 sobre adaptación de procesos de insolvencia de las empresas por la crisis del Covid. (*R.A.R.*)

FAVE-ROCHEX, C.: «Premiers regards sur l’avant projet de réforme des sûretés dans les procédures collectives», *RDS*, 2021, núm. 4, pp. 190-196.

Reforma de las garantías en el ámbito de los procedimientos de insolvencia conforme al anteproyecto francés. (*R.A.R.*)

INZITARI, B.: «Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione», *CI*, 2020, núm. 2, pp. 618-642.

La presente contribución analiza el nuevo código italiano de la crisis y de la insolvencia. La reforma introduce nuevos instrumentos dirigidos a hacer emerger a tiempo la crisis de la empresa y a buscar los remedios más idóneos para su arreglo. Estudia también la diligencia exigida al empresario y a otros sujetos que participan en la regulación de la crisis, imponiendo, al primero,

nuevas obligaciones organizativas y, a otros sujetos cualificados, obligaciones dirigidas a prever indicios de la crisis, acompañadas de remedios sancionadores. (*Alma R.G.*)

LUMINOSO, A.: «I contratti preliminari: dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa», *CI*, 2020, núm. 3, pp. 1060-1090.

Entre las normas más innovadoras incluidas en el código de la crisis de la empresa respecto a las contenidas en la vigente legislación reguladora de la quiebra, sobresalen aquellas relativas a los efectos del procedimiento de liquidación judicial sobre los preexistentes contratos preliminares de pactos traslativos. (*Alma R.G.*)

ABREVIATURAS

Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law.
CI	Contratto e Impresa.
C. L. J.	Cambridge Law Journal.
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone.
GP	Gazette du Palais.
MLR	Modern Law Review.
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate.
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies.
RDC	Rivista di Diritto Civile.
RDI	Revue de Droit Immobilier.
RDS	Recueil Dalloz Sirey.
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur.
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
SJ	La Semaine Juridique.
Yale L. J.	Yale Law Journal.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: Alicia AGÜERO ORTÍZ (Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (Profesor Titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Jose María MARTÍN FABA (Profesor Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Ricardo PAZOS CASTRO (Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN (Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), Antonio Ismael RUIZ ARRANZ (Investigador predoctoral FPU. Universidad Autónoma de Madrid), Francisco SANTANA NAVARRO (Profesor asociado de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Derecho al honor. Para poder calificar una expresión de intromisión ilegítima al derecho al honor hay que valorar el contexto y circuns-

tancias concretas en las que se realiza.—Como declaró la STS de 24 de febrero de 2000 (citada, por ejemplo, por la de 22 de noviembre de 2011), aunque el concepto del honor comprende un aspecto interno, subjetivo o dimensión individual, por uno mismo, y un aspecto externo, objetivo o dimensión y valoración social, por los demás, «siendo tan relativo el concepto de honor, debe compaginarse la inevitable subjetivación con las circunstancias objetivas, con el fin de evitar que una exagerada sensibilidad de una persona transforme en su interés conceptos jurídicos como el honor; y para la calificación de ser atentatorio al honor una determinada noticia o expresión, debe hacerse en relación con el contexto y las circunstancias de cada caso».

Centro educativo que solicita los datos del futuro colegio de un alumno con la observación de que en caso de no ser proporcionados se acudiría a las autoridades educativas correspondientes. Ausencia de intromisión ilegítima: requerir información a los progenitores bajo una advertencia legal no presupone dudar de su bondad como padres o del cumplimiento de las obligaciones paternofiliales.—Puede parecer brusca la advertencia para el supuesto de no informar en el sentido que se le requería, pero advertencia que es notoria que se acompaña a cualquier requerimiento que tenga cobertura legal; por lo que no cabe caer en una exagerada sensibilidad. Si se está al contexto del texto que se valora, lo que se desprende de la comunicación es que se pretende proteger el interés del menor y que debe darse cumplimiento a obligaciones legales que pesan sobre el centro. Para cumplir esos fines deben requerir información de los progenitores, sin que ello suponga dudar, de principio, de su bondad como padres o de su cumplimiento de las obligaciones paternofiliales. No se entienda que se judicialice este supuesto en sede de derechos fundamentales, cuando era fácilmente soluble ante autoridades administrativas. (STS de 10 de junio de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—El litigio se circunscribe a la valoración de si un texto, que un centro de enseñanza dirige a los padres de un alumno en el que se les requería una determinada información con la advertencia de que en caso de no proporcionarla se dirigirán a las autoridades educativas correspondientes, constituye o no una intromisión ilegítima al derecho al honor. En concreto, la comunicación se redactó en los siguientes términos: «... teniendo en cuenta el bienestar de Marino, necesitamos que nos indique los datos de contacto del futuro colegio para poder enviarles toda la documentación... en caso de que no nos proporcione dicha información, entenderemos que está privando de educación a un menor de edad, por lo que nos veremos obligados a ponernos en contacto con las autoridades correspondientes. Estamos muy preocupados por el futuro educativo de Marino y por la atención especial que necesita». Los padres demandaron al centro por intromisión al derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C.O.M.)

2. Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor en el ejercicio de la abogacía.—El contenido de la libertad de expresión de los letrados ante los tribunales es especialmente resistente e inmune a restricciones en su ejercicio fuera de la prohibición de utilizar términos insultantes,

vejatorios o descalificaciones gratuitas, ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa. Las decisiones sobre la existencia o inexistencia de intromisión ilegítima en el honor en este ámbito responden a las diferentes circunstancias concurrentes en cada caso. El Alto Tribunal ha apreciado la existencia de intromisión ilegítima en el honor: 1) cuando se realizan imputaciones delictivas carentes de veracidad y, además, los demandados, después de presentar su queja contra el demandante ante el colegio profesional, la facilitaron a un periodista para su difusión en un medio de comunicación local; 2) cuando las expresiones enjuiciadas no tienen nada que ver con el recto ejercicio del legítimo derecho de defensa, sino que se trata más bien de expresiones inadecuadas e innecesarias, constitutivas de un desahogo inadmisibles en el seno de cualquier proceso.

En cambio, descartó la existencia de intromisión ilegítima: a) en un caso en el que los escritos del abogado demandado no contenían expresiones injustificadas que pudieran considerarse insultantes, sino que tenían por objeto cumplir la función de defensa de su cliente, resaltando la importancia del contexto de polémica o enfrentamiento existente entre los litigantes; b) en un caso donde existía un notorio enfrentamiento entre las partes (en particular, que el letrado que se decía ofendido hubiera imputado previamente una conducta gravemente negligente a su compañero), porque se cumplía el requisito de la veracidad de los hechos atribuidos y por la escasa difusión del escrito de queja –además, se entendió que el derecho de defensa permite explicar las apreciaciones personales de alto grado subjetivista acerca de los hechos que se denuncian–. **(STS de 23 de junio de 2020; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.–La demanda la interponen dos abogados del mismo despacho, en el marco de un litigio sobre tutela de su derecho al honor, frente a las expresiones del demandado tanto en un escrito de queja dirigido al colegio de abogados correspondiente, como en el curso del pleito que el despacho promovió contra aquél en reclamación de honorarios debidos y no satisfechos. S y MR eran abogados en ejercicio y prestaban sus servicios en un despacho. En enero de 2013, V contactó con ellos para que asumieran su dirección jurídica y de una de sus empresas, en cuatro litigios en los que era parte. Después de realizar varias gestiones, el despacho requirió por correo electrónico en sucesivas ocasiones a V para que hiciera una provisión de fondos, algo que no hizo. Tras comunicar al cliente por la misma vía el fin de sus servicios y requerirle de pago sin éxito, en febrero de 2013 el despacho formuló demanda contra V y contra su empresa, reclamándole más de 5.000 euros. En el curso de dicho procedimiento, el 20 de junio de 2013, V, manifestó al funcionario encargado de citarles que eran unos estafadores. El 26 de septiembre de 2013, V formuló una queja ante el Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera, en la que acusó a los abogados de negligencia profesional y grave y de faltar al código deontológico de la abogacía. En otros escritos presentados en juicio, los define como corruptos y temerarios. El 29 de abril de 2014, S y MR interpusieron demanda contra V, interesando que se declarase que el demandado había vulnerado el honor de los demandantes y, en consecuencia, se le condenara a pagarles una indemnización por daño moral y a que se abstuviera de realizar en el futuro conductas similares.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que debía proceder la libertad de expresión del demandado, que sólo emitía opiniones críticas en su defensa. Contra dicha sentencia, los demandantes interpusieron un recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, con los mismos argumentos que el Juez de Primera Instancia y añadió que, en el contexto de la autodefensa, la libertad de expresión se encuentra especialmente reforzada y justifica que se puedan utilizar términos que no fueron precisamente elogiosos, sino todo lo contrario.

Los actores recurren en casación, alegando la infracción del artículo 18.1 CE, en relación con el artículo 20.1.a) de la misma y con los artículos 1, 7.7 y 9.1 LO 1/1982. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, apuntando: a) que las manifestaciones del demandado estaban amparadas por su libertad de expresión, al consistir en opiniones críticas dentro de un contexto de contienda; b) que, aunque algunas de esas expresiones constituyen evidentes excesos verbales, ninguna de ellas reviste la entidad lesiva suficiente como para apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el honor de los recurrentes, ya que no se aprecia ni desconexión funcional ni una desproporción manifiesta con la finalidad perseguida; c) que la condición del demandado de lego en derecho que ejercía su propia defensa rebaja la intensidad ofensiva de sus expresiones en comparación con la que habrían tenido esas mismas expresiones en palabras o mediante escrito de un profesional del derecho, necesariamente concededor del alcance y significado técnico-jurídicos de tales expresiones.

NOTA.—Sobre el contenido de la libertad de expresión en el marco de conflictos con letrados ante los tribunales, *vid.* las SSTs de 5 de noviembre de 2008, 3 de marzo de 2011, 5 de febrero de 2013, 17 de enero de 2014, 3 de septiembre de 2015, 30 de septiembre de 2015 y 24 de abril de 2018. (S. L. M.)

3. Derecho al honor. Conflicto entre el derecho al honor y los derechos a la libertad de expresión e información: el derecho al honor prevalece cuando en el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información se ha incurrido en insultos, expresiones ultrajantes u ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan.—Como afirma la STS 481/2019, de 20 de septiembre: «[...] Ni la información ni la opinión o crítica pueden manifestarse con frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con la noticia que se comunique o con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a tales propósitos. La transmisión de la noticia o reportaje y la expresión de la opinión no pueden sobrepasar, respectivamente, el fin informativo o la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, debiendo prevalecer en tales casos la protección del derecho al honor».

El derecho a la libertad de expresión no es un derecho ilimitado. No comprende el derecho al insulto.—La jurisprudencia ha resuelto los conflictos de tal clase, reconociendo que, si bien de forma abstracta, el derecho a la libertad de expresión goza de una especial protección esta no es absoluta, sino que prima el derecho al honor, cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expon-

gan, y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 6/2000, de 17 de enero; 11/2000, de 17 de enero; 110/2000, de 5 de mayo; 297/2000, de 11 de diciembre; 49/2001, de 26 de febrero; y 148/2001, de 15 de octubre, así como SSTs 233/2013, de 25 marzo; 51/2020, 22 de enero). Es decir, aunque la libertad de expresión tenga un ámbito de acción muy amplio, amparando incluso la crítica más molesta, hiriente o desabrida, en su comunicación o exteriorización no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado; pues, de ser así, debe prevalecer la protección del derecho al honor (STS 685/2017, de 19 de diciembre). Ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dan prevalencia absoluta a los derechos de libertad de expresión e información sobre el de protección a la vida privada del artículo 8 CEDH, que ampara el derecho al honor.

Valoración de la concurrencia del *ius retorquendi*: es necesario que la réplica esté próxima en el tiempo a la ofensa recibida y que no haya reiteración de las expresiones insultantes.—Las alegadas expresiones empleadas no fueron pronunciadas en un contexto de polémica o discusión, sino que son fruto de la elaboración serena y reflexiva de textos escritos por parte del recurrente, fuera de tales condicionantes y además durante dilatados periodos de tiempo, no de forma puntual en escenarios de abierto enfrentamiento personal. El adecuado ejercicio del derecho de réplica no tiene como finalidad ofender, sino reaccionar contra la ofensa recibida, situación que no concurre en el caso que enjuicamos. En este sentido, la STS 551/2017, de 11 de octubre, considera determinantes la desconexión temporal y la reiteración de las expresiones insultantes para descartar el *ius retorquendi*, sostenido en el recurso interpuesto como legitimador de la actuación del demandado. Por otra parte, es doctrina expresada en las SSTC 134/1999, de 15 de julio y 204/2001, de 15 de octubre, ambas citadas y aplicadas por las SSTs 641/2016, de 26 de octubre y 551/2017, de 11 de octubre, que el artículo 20.1 CE no garantiza un *ius retorquendi* ilimitado, que consista en replicar al juicio que otros hayan formulado sobre nuestra persona recurriendo al insulto; esto es, a expresiones formal y patentemente injuriosas y, además, innecesarias.

La condición de cargo público no priva del derecho fundamental al honor.—La doctrina de la STS 551/2017, de 11 de octubre, señala que las expresiones que constituyen una crítica política a un personaje público y a su actuación política están amparadas por la libertad de expresión y también los calificativos relativos a aspectos de su personalidad relacionados con su actuación como cargo público, por más que resulten duras o hirientes; pero no lo están las expresiones ofensivas desconectadas de la crítica política que son meros insultos; (iii) el estilo periodístico enfático, tremendista y demagógico no excluye la ilicitud; (iv) la reiteración de expresiones ofensivas no es una especie de patente de corso que las justifique pues convertiría la habitualidad en una autorización para ofender. Doctrina que ha sido posteriormente reiterada, entre otras, por las sentencias 381/2017, de 14 de junio y 488/2017, de 11 de septiembre. Las personas que desempeñan cargos públicos han de soportar las críticas a su actuación, incluso las más acervas e hirientes, pero no ser escarnecidas y humilladas con insultos que nada aportan al debate político o a la formación de la opinión en una sociedad democrática. (STS 10

de junio de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El actor es un político de una localidad española que presenta demanda contra una persona que publicó en determinadas páginas de internet (Facebook, Twitter y un Blog interactivo propio) unas informaciones en las que se refería al demandante con expresiones tales como: «terrorista, mafioso, delincuente, canalla, sinvergüenza, golfo, cacique», y acusaciones como la de «pertener a una banda criminal, tráfico de influencias, prevaricación, desobediencia de la justicia, malversación de caudales públicos o cohecho», así como otros supuestos delitos e irregularidades cometidos en el ejercicio de su cargo, mostrando además imágenes donde se le puede ver, en unos casos asociado a la palabra «cacique», y, en otros, rodeado de dinero, vestido como un mendigo o como una bailarina enseñando las nalgas. El demandado, asumió la autoría de los comentarios denunciado, rechazó ostentar la condición de periodista y se justificó señalando que las expresiones utilizadas son opiniones amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión, sin ánimo de injuriar. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la demanda pues consideraron que, dadas las circunstancias en las que se realizaron, estaban desconectadas de cualquier mensaje como no sea ofender y eran innecesarias para transmitir información u opinión. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—La STS de 10 de junio de 2020 reitera una línea constante sobre la interpretación del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En este sentido, es doctrina jurisprudencial consolidada que ni la información ni la opinión o crítica pueden manifestarse con frases y expresiones ultrajantes u ofensivas sin relación con la noticia que se comunique o con las ideas u opiniones que se expongan. Cuando colisionan la libertad de expresión e información y el derecho al honor, se impone la exigencia de no incurrir en insultos, expresiones injuriosas, vejatorias o denigrantes. El Tribunal Constitucional ha reiterado la inexistencia de un «pretendido derecho al insulto». Ni siquiera la condición de cargo público supone que se deba soportar cualquier clase de difamación o de insultos gratuitos. Una cosa es que su actuación pública sea objeto de agrias y desabridas críticas, y otra, bien distinta, que deba soportarlas siempre y en todo caso aun cuando sobrepasen los contornos de los derechos constitucionales a la libertad de expresión y de comunicar información veraz, que no son absolutos, ni ilimitados. (C.O.M.)

4. La libertad de expresión y de información.—La libertad de expresión comprende la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información abarca, en cambio, la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar ambas libertades, pues la expre-

sión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y a la inversa. La libertad de información exige veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de los hechos, algo que no es exigible cuando lo que se ejercita es la libertad de expresión, pues las opiniones y juicios de valor no se prestan a una demostración de su exactitud. Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos, es necesario separarlos. Sólo cuando sea imposible hacerlo, habrá de atenderse al elemento preponderante. Cuando el juicio de valor se apoya en hechos, sobre todo muy anteriores o conocidos por el público en general, el juicio crítico de aquellos hechos debe enjuiciarse con sometimiento al canon propio de la libertad de expresión, y no al canon de la veracidad exigida constitucionalmente al derecho a comunicar información.

El derecho al honor y su extensión al prestigio profesional.—Doctrinalmente se ha definido el derecho al honor como la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás (aspecto externo) y en el sentimiento de la propia persona (aspecto interno). Su contenido depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. La jurisprudencia constitucional y la ordinaria consideran incluido en la protección del honor el desprestigio profesional. Dicha protección alcanza a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad.

Límites recíprocos entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información.—Las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y viceversa. Ninguno de tales derechos es, por tanto, absoluto. De darse un conflicto entre los citados derechos fundamentales, éste debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. La técnica de ponderación constitucional exige una doble valoración: 1) la del peso abstracto; 2) la del peso relativo de los derechos fundamentales en conflicto. En cuanto a la valoración del peso abstracto de los citados derechos que entran en colisión, resultan aplicables los siguientes criterios: a) se debe respetar la posición prevalente que ostentan tanto el derecho a la libertad de expresión como el derecho a la libertad de información, por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático —esa prevalencia sólo podrá mantenerse cuando responda a la finalidad que la justifica (ejemplo: el sacrificio del derecho al honor de un cargo público sólo se justifica cuando tal libertad contribuye al debate político en una sociedad democrática, incluso cuando se haga de un modo hiriente o desabrido)—; b) se debe atender a que el ejercicio de la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige; c) la libertad de expresión no es un derecho absoluto, pues el propio artículo 10.1 CEDH permite establecer restricciones. Respecto a la valoración del peso relativo de los derechos en conflicto, deben tenerse en cuenta los siguientes parámetros: 1) verificar si se trata o no de asuntos de relevancia pública o interés general; 2) el requisito de la veracidad; 3) la exclusión de expresiones denigrantes, ultrajantes u ofensivas e innecesarias, que provoquen objetivamente el descrédito de una persona.

Para valorar si una expresión es ofensiva o injuriosa y, por tanto, lesiva para la dignidad de otra persona, ha de estarse al contexto interno y al contexto externo. En cuanto al primero, la libertad de expresión prevalece cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significado ofensivo. En cuanto al contexto externo, hay que tener en cuenta: a) el medio en el que se vierten, su difusión y las circunstancias que las rodean, valorando, por ejemplo, si el ofendido decidió participar voluntariamente o inició la polémica —una de las circunstancias contextuales relevantes es el medio de expresión empleado, distinguiendo si es oral o escrito, pues en este último lo que se dice está más pensado y meditado—; b) la proyección pública de la persona a la que se dirigen las expresiones, dado que, en el caso de las personas o actividades de proyección pública, la protección del honor disminuye, lo que no significa que desaparezca; c) la gravedad de las expresiones, objetivamente consideradas, que no han de llegar al tipo penal, pero tampoco ser meramente intrascendentes. Tienen tal significación las expresiones de menosprecio o desdoro que en cualquier sector de la sociedad que las perciba o capte producirá una repulsa o desmerecimiento, las que suponen el desmerecimiento en la consideración ajena al ser tenidas en el concepto u opinión pública por afrentosas, con el consiguiente descrédito o menosprecio. (STS de 16 de junio de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—N interpone una demanda, en ejercicio de su derecho al honor, contra M y contra el periódico LR, interesando que se condene a los demandados al pago de una indemnización por daños morales y a la publicación de la sentencia en, al menos, siete periódicos de reconocida tirada nacional. Considera que la publicación del artículo litigioso, cuya autora era M, constituye una intromisión ilegítima a su honor, al manifestar que N había cobrado cantidades exorbitantes de una fundación y de varios Ministerios, información totalmente falsa, además de dar a entender que sus logros profesionales habían provenido de tratos de favor con tintes sexuales. M alegó que las afirmaciones se habían hecho en el marco del derecho a la libertad de expresión y que el artículo tenía como finalidad dar su opinión sobre hechos de relevancia pública, de los que ya se había hecho eco la prensa.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que el artículo pertenecía al ámbito del derecho a la libertad de expresión, pues la autora se limita a hacer un juicio de valor, encuadrado en un conjunto de artículos que se difundieron en la prensa, sobre un escándalo protagonizado por la actora. Señaló que está redactado en tono irónico, con expresiones duras, pero que en ningún caso incluye términos injuriantes. Según el Juez, el hecho de usar la autora los términos «chupando genitales» y hacer mención a la obtención de suculentos ingresos, no significa que M esté buscando el desprestigio de N, sino afeardar el hecho de que, teniendo una relación personal con el director de la fundación de la que habría obtenido tales ingresos, encubriera su identidad con un seudónimo. N interpuso recurso de apelación, repitiendo sus alegaciones. La Audiencia Provincial entendió que las expresiones

utilizadas por M en el citado artículo incidían ilegítimamente en el derecho al honor de la recurrente, al tratarse de insultos innecesarios en la expresión de la crítica que se pretendía realizar de los hechos a que se refería, sin que tales expresiones pudieran quedar amparadas en la libertad de expresión. A la misma conclusión llega el Tribunal Supremo, al desestimar el recurso de casación interpuesto por M.

NOTA.—Sobre el conflicto entre la libertad de expresión y la libertad de información, por un lado, y el derecho al honor y la intimidad, por otro, hay una abundantísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Cabe destacar, entre otras muchas, las siguientes cuestiones: a) el distinto ámbito de acción de la libertad de expresión y la libertad de información (SSTC 104/1986, 107/1988, 105/1990, 172/1990, 110/2000, 9/2007, 137/2007, 139/2007, 29/2009, 77/2009, 50/2010, 41/2011, 216/2013 y 79/2014, y SSTS de 26 de febrero y 24 de marzo de 2014); b) el contenido del derecho al honor y su relación con el prestigio profesional (SSTC 18/1999, 180/1999, 52/2002, 14/2003, 216/2006, 9/2007, 51/2008 y 216/2013, y SSTS de 15 de diciembre de 1997, 27 de enero de 1998, 22 de enero de 1999, 15 de febrero de 2000, 26 de junio de 2000, 13 de junio de 2003, 8 de julio de 2004, 19 de julio de 2004, 19 de mayo de 2005, 18 de julio de 2007, 11 de febrero de 2009, 16 de febrero de 2010, 3 de marzo de 2010, 1 de junio de 2010, 29 de noviembre de 2010 y 10 de octubre de 2014); c) la técnica de ponderación de derechos (SSTC 107/1988, 105/1990, 148/2001, 127/2004, 39/2005, 9/2007, 139/2007, 68/2008, 29/2009, 77/2009, 216/2013 y 7/2014, y SSTS de 17 de diciembre de 1997, 6 de julio de 2009, 10 de octubre de 2014 y 20 de junio de 2016); d) la valoración del carácter ofensivo o desproporcionado de las expresiones utilizadas (SSTC 336/1993, 3/1997, 20/2002 y 232/2002, y SSTS de 21 de junio de 2001, 8 de marzo de 2002, 18 de noviembre de 2002, 16 de enero de 2003, 8 de abril de 2003, 11 de junio de 2003, 12 de julio de 2004, 3 de diciembre de 2008, 4 de diciembre de 2012, 5 de febrero de 2013, 12 de diciembre de 2013, 10 de octubre de 2014, 20 de junio de 2016 y 11 de octubre de 2017). (S. L. M.)

5. Derecho al honor: cómputo del plazo de caducidad de la acción de protección civil (art. 9.5 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). Inexistencia de daños continuados.—La publicación de una noticia simultáneamente en edición impresa y digital de un diario, que supuestamente vulnera el derecho al honor, no constituye un daño continuado cuando la noticia no ha sido objeto de sucesivas difusiones. Con independencia de que posteriormente pueda accederse a la información digital a través de un enlace de internet, el supuesto daño se produce en el momento de la publicación, por lo que constituye un daño permanente, no continuado. No resulta aplicable la jurisprudencia que califica como daño continuado la inscripción indebida en un fichero de morosos porque ésta persiste en su eficacia potencialmente lesiva del honor hasta su cancelación, dado que la finalidad de tales ficheros es su consulta por las empresas asociadas a los efectos de decidir si

contratan o no con un tercero. Además, tanto la empresa que comunica los datos como la titular del fichero pueden poner fin a la inscripción. Por el contrario, la publicación de una noticia no posee la aludida función de intercambio de información, y puede difundirse en internet sin intervención de quien la ha divulgado por primera vez, lo que, sin perjuicio de que pueda valorarse a los efectos de la agravación del daño, no modifica su carácter permanente (STS de 7 de noviembre de 2019). Por ello, al no haber acreditado el actor la imposibilidad de conocer la publicación de la noticia, desde tal momento pudo ejercitar la acción y debe computarse el plazo de caducidad de cuatro años previsto en el artículo 9.5 LO 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. También apoya el resultado desestimatorio la falta de ejercicio de la tutela del derecho al olvido digital, al no solicitar el actor la supresión de sus datos ni su tratamiento en la web de la demandada, su uso por el motor de búsqueda interno de la página del diario ni su enlace a motores de búsqueda generales de internet. (STS de 10 de junio de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En 1996 se publica una noticia titulada «narcos, secuestradores y sanguinarios», simultáneamente en la edición impresa en papel y en la edición digital de un periódico, en la que se daba cuenta de la detención del demandante mencionándole como miembro de una banda mafiosa e imputándosele acusaciones de tráfico de drogas y secuestro, que según el actor eran falsas e inveraces. El demandante, que sería absuelto en el proceso penal, interpone demanda en 2016 esgrimiendo que la noticia vulnera gravemente su derecho al honor y, en consecuencia, solicita que se condene al periódico a eliminarla de su archivo web, indemnizarle, publicar la sentencia en las páginas nacionales del diario y abstenerse de vulnerar en el futuro su derecho. Añade que la acción no habría caducado porque acababa de tener conocimiento de la noticia que además continuaba publicada en la web del periódico. El Juzgado de Primera Instancia declaró caducada la acción por apreciar que el actor pudo ejercitarla desde el momento de la publicación de la noticia. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirma la sentencia excluyendo cualquier posibilidad de que el demandante desconociera la publicación de la noticia dado que había sido detenido en el marco de una operación policial europea de gran repercusión mediática. El actor interpone recurso de casación fundado en la infracción del artículo 9.5 LO 1/1982, argumentando que se trata de un daño continuado mientras se mantenga publicada la noticia en la edición digital del diario. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia trata la distinción entre los daños permanentes y los daños continuados, tan relevante en materia de inicio del cómputo de los plazos, en particular de los de caducidad por no ser susceptibles de interrupción. Los daños permanentes o de efectos permanentes son originados por la subsistencia en sus efectos de un acto instantáneo que se producen, a diferencia de los continuados, por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del agente (véase, Seijas Quintana, J. A., *Responsabilidad civil. Principios y fundamentos*, en *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamen-*

tales, coord. por J. A. Seijas Quintana, ed. Sepín, Madrid, 2007, pp. 61-62, y Moreno-Torres Herrera, M. L., en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. por J. M. Ruiz-Rico Ruiz y M. L. Moreno-Torres Herrera, ed. Comares, Granada, 2002, pp. 244-245). Tal distinción es acogida por la sentencia al diferenciar la publicación de una noticia de la inscripción en un fichero de morosos cuya inclusión sí es controlable por su titular y por la empresa que comunica los datos. La sentencia distingue la acción ejercitada de la tutela del derecho al olvido digital que, como señala la STS, de Pleno, de 15 de octubre de 2015, no tiene por objeto la publicación de la noticia, sino el tratamiento de datos personales consecuencia de la digitalización de la noticia con determinadas características técnicas que permitan su indexación y aparición en los resultados de los buscadores de internet. Lo anterior, como señala este pronunciamiento, supone que lo relevante para apreciar la caducidad de la acción no es cuándo se publicó la noticia en el periódico en papel, sino si persiste el tratamiento de los datos personales que no cumple los requisitos de la normativa sobre protección de datos personales y causa un daño a los afectados al vulnerar su honor y su intimidad. (F. S. N.)

6. Elementos a considerar en el juicio de proporcionalidad para ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que no es fiable el pasaporte o documento de identidad equivalente presentado por una persona para avalar su minoría de edad.—Aunque en los procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores el tribunal no está vinculado por las disposiciones generales en materia de fuerza probatoria de los documentos (arts. 748.7 y 752.2 LEC), ello no significa que se pueda prescindir del valor acreditativo de la menor edad que resulta de documentación oficial expedida por las autoridades competentes.

De este modo, ante una documentación oficial que no ha sido invalidada ni desacreditada por las autoridades que la expidieron, y que tampoco presenta indicios de manipulación, las dudas que puedan surgir sobre la fiabilidad de la edad que consta en tal documentación —a efectos de ser considerada una persona como menor de edad— no pueden prevalecer frente a lo que resulta de la propia documentación.

Asímismo, ante la falta de impugnación, estas dudas acerca de la fiabilidad de la edad que consta en una documentación no son sustento suficiente ni razonable para considerar a tal persona como indocumentada.

No constituyen sustento suficiente para dudar de la fiabilidad de la minoría de edad afirmada por el interesado e indicada en una documentación oficial no impugnada los siguientes supuestos:

i) el hecho de que el propio interesado, al llegar a España, manifieste ser mayor de edad, pues este tipo de declaraciones pueden deberse a motivos ajenos a la fiabilidad de la documentación.

ii) una valoración esporádica de la apariencia física del interesado, pues no en todos los casos la apariencia física de los adolescentes revela indubitablemente su minoría.

iii) la negativa a someterse a pruebas médicas para determinar la edad. Tal negativa está justificada y es coherente por dos motivos: por estar identificado por un pasaporte no invalidado y acreditativo de su menor edad; y por la exigencia de que las pruebas de determinación de la edad no se practiquen de manera indiscriminada, tal y como ahora recoge el artículo 12.4 Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. **(STS de 16 de junio de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La representación procesal del menor José interpone demanda de oposición a la resolución administrativa en materia de protección de menores que deniega la declaración de desamparo y tutela automática de José, tras ser decretada su mayoría de edad por la Fiscalía. Se solicita se declare la minoría de edad de José y, por tanto, se proceda a su tutela inmediata por parte de los servicios de protección de menores de la Comunidad de Madrid. La demanda es desestimada, con base en dudas fundadas sobre la fiabilidad de la documentación aportada por José con relación a su edad.

La sentencia es recurrida en apelación. El recurso es desestimado por los mismos motivos aducidos por la sentencia de instancia.

La sentencia es recurrida en casación, recurso que es estimado. (T.R.C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Negocio mixto o complejo. Doctrina jurisprudencial: unidad orgánica de los distintos contratos o negocios jurídicos. Carácter inescindible de la conexión causal entre los diferentes contratos.—En nuestro Derecho privado no son desconocidos los contratos mixtos ni los coligados. Así, debe distinguirse entre los negocios mixtos o complejos, en donde confluyen, con mayor o menor atipicidad, elementos que pertenecen a diversos tipos contractuales, y las figuras relativas a una unión o pluralidad de contratos en donde se produce una conexión o ligamen (contratos coligados), que representan la unión de contratos distintos, pero queridos globalmente por las partes ya como un todo, o bien en una relación de mutua dependencia; dando lugar a contratos recíprocos, a contratos subordinados o, en su caso, a contratos alternativos (STS 428/2012, de 10 de julio, y las que en ella se citan). En estos casos, el negocio en su conjunto debe ser considerado como una unidad jurídicamente orgánica y, por lo tanto, interrelacionada, de suerte que sus posibles consecuencias (incumplimiento, resolución, nulidad, etc.) deben ser comunes. La conexión causal existente entre los distintos contratos que los componen es inescindible, de tal manera que la finalidad del negocio no puede lograrse de forma aislada con cada uno de los contratos que lo integran. Son contratos interdependientes entre los que existe, por tanto, una conexión esencial, producto del fin único pretendido y que determina que la extinción de uno de los contratos que forman parte de dicho negocio conlleve la del resto.

Inexistencia de simulación para ocultar una donación fraudulenta.—Las complejas operaciones llevadas a cabo no acreditan la concurrencia de

una finalidad única y defraudatoria. Al respecto, no consta que entre las partes hubiera liberalidad ni precio simulado, ya que la entrega del inmueble lo fue a cambio de la amortización de todas sus acciones y, por tanto, de su salida de la sociedad. Hubo, pues, onerosidad. Además, el acuerdo social de reducción de capital se adoptó en una junta universal por unanimidad de todos los accionistas, incluidos los ahora demandantes. Por lo que no hubo la clandestinidad u ocultación que suele acompañar a la simulación contractual. Antes bien, todos los hermanos conocieron y consintieron la operación, colaborando incluso L. A. decisivamente en su consumación. El único acto de liberalidad –la condonación de la parte aplazada del precio de la compraventa de las acciones revestida de donación del crédito– no era ilícito civilmente, porque estaba dentro de las facultades de disposición de los progenitores y, conforme al Derecho Civil vasco, para ver si afectaba a la legítima de los otros hijos (inoficiosidad) habrá que esperar a la delación de la herencia, sin que pueda presumirse en el momento de presentación de la demanda. Lo único que se constata de la prueba es que la familia (padres y los tres hijos) decidió de manera conjunta diseñar una operación jurídica con el menor coste fiscal posible, por la que un inmueble propiedad de la sociedad familiar pasó a ser propiedad de uno de los hijos, a cambio de la salida de éste de la sociedad. Esa intencionalidad de ahorro fiscal fue la que dio lugar al entramado negocial que, en su origen y puesta en funcionamiento, incluyendo la valoración del inmueble, fue consentido por todos los interesados, incluidos los ahora recurrentes. **(STS de 11 de junio de 2020; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.–El matrimonio formado por B. y A. constituyó en 1987 una sociedad patrimonial, denominada S., S. A., de la que eran partícipes tanto los cónyuges como sus tres hijos. En marzo de 2012, B. y A. vendieron por escritura pública a su hijo J. M. un paquete de acciones de su propiedad, por las que este abono una cantidad inicial, quedando el pago del resto aplazado por un año. En la misma fecha, y en documento privado, donaron al mismo hijo el crédito correspondiente al pago de la cantidad aplazada. En mayo de ese año, la sociedad, en junta universal extraordinaria, acordó reducir el capital social mediante la amortización de acciones y restitución de aportaciones. De dicho acuerdo, plasmado posteriormente en escritura pública, resultó que como restitución a J. M. se le adjudicó la propiedad de un inmueble de la sociedad. Este acuerdo fue ejecutado por L. A., otro de los hijos del matrimonio, a la sazón administrador único de la sociedad.

En 2015, tanto L. A. como su hermana M. y S., S. A. formularon una demanda contra B., A. y J. M. en la que se solicitaba la declaración de nulidad del referido contrato de compraventa de acciones, así como el acuerdo de reducción del capital social y sus contrapartidas, en especial la consistente en la adjudicación de la propiedad del inmueble a J. M. y la cancelación de todos los asientos registrales a que hubiere dado lugar o, en caso de no ser posible, a la reintegración a la sociedad del valor del inmueble. El argumento fundamental de los actores era que los demandados habían urdido todo el complejo negocial de compraventa, condonación, reducción de capital y atribución patrimonial, como un medio de llevar a

cabo una donación encubierta a favor de J. M., que a la postre perjudicaría su legítima hereditaria.

Tanto en primera instancia como en apelación la demanda fue desestimada al entender que no hubo más acto de liberalidad que la condonación de la deuda por los padres a favor del hijo, amén de que la impugnación del acuerdo social relativo a la reducción de capital debía haberse hecho mediante el procedimiento especialmente previsto en la Ley para ello, en el que la sociedad no podría figurar como demandante, sino precisamente como demandada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L.A.G.D.*)

8. Simulación. Negocio fiduciario. Fiducia cum creditore. Simulación relativa.—La jurisprudencia da al negocio fiduciario cuando se oculta bajo la forma de una compraventa el tratamiento jurídico de la simulación para descubrir su verdadera naturaleza jurídica y restablecer el orden jurídico conculcado. De manera que el negocio fiduciario no es otra cosa que un tipo de simulación relativa, especialmente cuando, como en el caso, estamos en presencia de una «venta en garantía» (SSTS 77/2020 de 4 de febrero; 34/2012, de 27 de enero; y 450/2006, de 8 de mayo).

Acción de simulación. Objeto y finalidad: descubrir la verdadera realidad jurídica que se enmascara bajo la falsa apariencia de forma que crea un contrato ficticio.—La acción de simulación es aquella directamente encaminada a obtener un pronunciamiento judicial, que descubra o desenmascare la verdadera realidad que se oculta bajo la apariencia del negocio jurídico formal celebrado entre las partes, bien para declarar que el negocio aparente no existe (simulación absoluta), o bien que oculta otro disimulado, realmente querido por los contratantes (simulación relativa), en cuyo caso procede constatar, primero la falsedad de la apariencia, y posteriormente la existencia y validez del negocio disimulado u oculto (art. 1276 CC). En ambos casos, la apariencia de contrato no es real sino ficticia, no responde a la verdadera intención de las partes, que sí quieren crear la apariencia, pero no asumir las obligaciones derivadas de la misma; bien, por carecer el contrato fingido de los requisitos del artículo 1261 CC, para el nacimiento de las obligaciones convencionales (simulación absoluta); bien, por tratarse de un verdadero disfraz sin realidad contractual alguna, utilizado para ocultar lo verdaderamente querido por las partes (simulación relativa).

Imprescriptibilidad de la acción de simulación: tanto en la absoluta como en la relativa, la acción para pedir la declaración de nulidad del negocio simulado es imprescriptible.—La acción para descubrir la ficticia apariencia, ya sea bajo la fórmula de una simulación absoluta o relativa, es considerada, tanto por la doctrina manifiestamente mayoritaria como por parte de la jurisprudencia, como imprescriptible; toda vez que no es coherente que el negocio simulado adquiera realidad jurídica bajo la operatividad de la prescripción, consagrando como verdadero y eficaz, lo falaz, lo ficticio o lo inexistente. No estamos ante una acción de anulabilidad sometida al plazo de cuatro años. Como señaló la STS 860/1987, de 22 de diciembre, una cosa es que las acciones nacidas de la relación jurídica establecida por el negocio disimulado verdadero se extingan por prescripción, y otra distinta que la acción para deshacer la apariencia simulada esté sujeta a prescripción, porque ello equivaldría a proclamar la subsistencia del contrato cuya causa es manifiestamente falsa, en contra de lo establecido en el artículo 1261.3 CC

lo que se traduce en que en el contrato simulado con simulación relativa solo existe el que se encubre, que origina derechos y acciones prescriptibles; pero esta prescriptibilidad no puede aplicarse a la acción para pedir la declaración de nulidad del contrato simulado, que no está sujeta a plazo de prescripción o caducidad alguno, pues lo que no existe no puede pasar a tener realidad jurídica por el transcurso del tiempo (STS 263/2008, de 18 de marzo). De ahí que, en tales casos, no puede acudir a las normas que sobre la nulidad contractual (*rectius*, anulabilidad) establecen los artículos 1300 y 1301 CC (STS 208/2007, de 22 de febrero). **(STS de 9 de junio de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En 2008 el suegro de C necesitaba liquidez pero no se encontraba en situación de obtenerla, por lo que C y su madre se ofrecieron a solicitar dicha financiación a una entidad bancaria, procediendo posteriormente a prestarle el dinero. Para garantizar la devolución de lo prestado, se acordó que el suegro transmitiera a C y a su madre la totalidad de las acciones de la sociedad I. V., S. A., de las que el transmitente era titular, acordando que dichas acciones le serían restituidas en el momento en que procediera a cancelar su deuda, pasando tanto C como su madre a ser administradores solidarios de la sociedad. En 2010 el suegro de C devolvió la cantidad recibida en préstamo y requirió a su yerno y a la madre de este para que le restituyesen la titularidad de las acciones. C, como administrador solidario de I. V., S. A. transmitió a su suegro la propiedad del inmueble titularidad de dicha sociedad, a fin de restablecer el equilibrio contractual y hacer honor a lo pactado. Sin embargo, la madre de C se opuso a dicha transmisión al entender que se trataba de una operación fraudulenta que lesionaba los intereses de la sociedad. C interpuso demanda de nulidad del contrato de compraventa de acciones por considerar que su causa era falsa y, por tanto, se hallaba viciada de nulidad. Sostuvo que no se pagó precio alguno, ya que no hubo voluntad de transmitir la propiedad de las acciones, sino que el objetivo era constituir una garantía para asegurar la devolución del préstamo concedido por quienes intervenían como compradores a quienes actuaban como vendedores. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial desestimaron la acción entablada. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. (*L.A.G.D.*)

9. Arrendamiento financiero. Error en el consentimiento. Restitución de frutos e intereses.—En un contrato como el arrendamiento financiero sobre un bien inmueble, en que la declaración de nulidad se realiza después de varios años de duración, la consiguiente restitución de prestaciones no puede obviar que el arrendatario ha dispuesto del bien durante un tiempo y eso no se puede deshacer, sino en su caso compensar, al modo en que el artículo 1303 CC prescribe que los bienes hayan de devolverse con sus frutos. La arrendataria financiera debe restituir el bien inmueble; y el arrendador financiero, en vez de restituir la totalidad de las cuotas percibidas, tan sólo ha de devolver la carga financiera, pues el resto equivale al valor económico de la disponibilidad del inmueble, y se entiende compensado por ello. **(STS de 11 de junio de 2020; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—AMG concertó con BBVA un contrato de arrendamiento financiero sobre una nave industrial, cuya cláusula XXI contenía un derivado implícito para el cálculo de los intereses. También concertó, posteriormente, dos contratos de permuta financiera. AMG presentó una demanda en la que pedía la nulidad del contrato de arrendamiento financiero o subsidiariamente de la cláusula XXI. También pedía la nulidad de los otros dos contratos de permuta financiera. En el suplico de la demanda se solicitaba la «condena de las partes a reintegrarse todo lo que hayan percibido en razón del contrato (...) con sus intereses legales».

El Juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda. Declaró la nulidad de los dos contratos de permuta financiera, y ordenó a las partes que se reintegraran recíprocamente lo que hubieran percibido en razón de los contratos declarados nulos con sus intereses. Y desestimó la pretensión de nulidad del contrato de arrendamiento financiero.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por AMG, que impugnó el pronunciamiento por el que se desestimaba su pretensión de nulidad del contrato de arrendamiento financiero. La Audiencia estimó el recurso, declaró la nulidad del contrato de arrendamiento financiero y acordó la devolución de lo percibido por el arrendador en concepto de la parte financiera de las cuotas periódicas de renta, sin afectar a la renta en sí misma pactada o recuperación del coste.

La sentencia de apelación fue recurrida en casación por BBVA. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

10. Arrendamiento de servicios. Facultad de desistimiento en las relaciones obligatorias con duración indefinida o indeterminada, e indemnización de daños y perjuicios.—La facultad de desistimiento en las relaciones obligatorias con duración indefinida o indeterminada se apoya en la idea de que la perpetuidad del vínculo contractual es opresiva y odiosa por ser contraria tanto a la libertad personal como al orden público, como a la organización de la propiedad y a los intereses generales de la economía. La única razón en que daría lugar a una indemnización este desistimiento sería mediante la acreditación que la otra parte sufrió unos daños como consecuencia de la forma o de las circunstancias en que se produjo.

Interpretación contractual y casación.—La interpretación del contrato y sus cláusulas, entendida como actividad que busca identificar el conjunto de obligaciones que derivan para las partes de todo contrato a partir de la voluntad común de éstas expresada en el mismo, es una labor o función propia de los tribunales de instancia, con la consecuencia de que ha de prevalecer la interpretación realizada por éstos sin que sea posible su revisión en casación, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario o vulnere alguna de las normas o reglas sobre la interpretación de los contratos, por desnaturalización de sus presupuestos y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS 494/2019, de 25 de septiembre, 251/2019, de 6 de mayo, y 82/2019, de 7 de febrero, entre otras muchas). (**STS de 9 de junio de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Una sociedad de ingeniería dedicada a la peritación demanda a una aseguradora solicitándole el pago de 210.354 € por la resolución anticipada sin causa del contrato de prestación de servicios de peritaje que unía a ambas y a la condena al pago de 1.132.455,98 € por incumplimiento de contrato, al no haberle encargado la demandada durante los años de vigencia del contrato los peritajes comprometidos. La controversia se centra en la interpretación de una cláusula que contempla la posibilidad de prórrogas sucesivas del contrato sin límite temporal, en el sentido de si la misma puede considerarse excluyente de la facultad de libre desistimiento.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó a la parte demandada a pagar a la actora 1.148.245,90 €. La audiencia apreció parcialmente el recurso de apelación de la demandada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (I.D.-L.)

11. Naturaleza jurídica de los créditos resultantes de un procedimiento derivado de responsabilidad tributaria.—La derivación de responsabilidad tributaria al amparo del artículo 42.1 a) LGT —que declara responsables solidarios de la deuda tributaria a las personas o entidades que sean causantes o colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria, extendiéndose su responsabilidad a la sanción— tiene una función meramente garantizadora de la recaudación, por lo que el sujeto responsable no sustituye al sujeto pasivo principal, sino que se sitúa junto a él como garante del crédito adeudado. En este sentido, la Sala Primera declara que la derivación de responsabilidad tributaria al administrador societario guarda semejanza con la responsabilidad por deudas del artículo 367 LSC; supuesto que ha sido configurado por la misma Sala como una responsabilidad por deuda ajena, *ex lege*, en cuanto que su fuente es el incumplimiento de un deber legal por parte del administrador social. A este se anuda, en consecuencia, la responsabilidad por deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución. De este modo se garantizan los derechos de los acreedores, primero, y de los socios, después. A lo anterior, la Sala Primera recuerda que en ningún caso se trata de una sanción y, lo que es más, no puede extenderse el concepto de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de este tipo de normas a medidas que no responden al ejercicio del *ius puniendi* del estado. Y es que —termina diciendo— no toda medida con finalidad disuasoria constituye una sanción.

Con estos mimbres, la Sala Primera entiende que, al no constituir la derivación de responsabilidad tributaria una sanción, no cabe subordinar su crédito *ex* artículo 92.4 LC; el crédito conserva la misma clasificación del crédito del que provenga la derivación. (STS de 17 de junio de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—R fue apoderada de la compañía P, S.L., la cual fue objeto de inspección tributaria, por haber incumplido sus obligaciones con el fisco relativas al impuesto de sociedades de los ejercicios fiscales 2008 a 2010, así como al impuesto sobre el valor añadido del cuarto trimestre del ejercicio 2007 al cuarto trimestre del 2010. La AEAT acordó la derivación de responsabilidad a R, con arreglo

al artículo 42.1 a) LGT, por haber colaborado en la infracción. R fue declarada en concurso voluntario, impugnando la AEAT la lista de acreedores y solicitando el reconocimiento de una serie de créditos, derivados de la antedicha responsabilidad; uno con privilegio general, otro ordinario y otro subordinado. Tanto la concursada, R, como la administración concursal se opusieron a dicha pretensión, y consideraron que debía mantenerse la consideración de todo el crédito tributario (913.697 euros) como subordinado, en tanto que tenía naturaleza sancionadora.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y ordenó la inclusión de los créditos según lo solicitado por la AEAT. Ello por entender que el procedimiento de derivación de responsabilidad no es sancionador, sino que tiene naturaleza resarcitoria.

R recurrió en apelación y la Audiencia Provincial determinó que el crédito objeto del procedimiento tiene naturaleza resarcitoria y que, en consecuencia, debía considerarse subordinado. Ante ello, la AEAT recurrió en casación. (A.I.R.A.)

12. Concurso de acreedores. Crédito garantizado con fianza.—El pago del fiador, con posterioridad a la declaración de concurso, le legitima para sustituir al acreedor. originario como titular del crédito, que seguirá siendo concursal, sin que el hecho de gozar el fiador, no sólo de la acción subrogatoria (art. 1839 CC), sino también de la de reembolso (art. 1838 CC), permita concluir que la obligación frente al deudor nació con el pago posterior a la declaración de concurso y por ello su crédito es contra la masa. En todo caso, el fiador que paga con posterioridad a la declaración de concurso del deudor se subroga en la titularidad del crédito, que mantiene la consideración de concursal.

Posición del fiador.—Aunque el fiador asuma la condición de acreedor frente a la sociedad deudora principal, respecto de lo pagado al acreedor principal como consecuencia de la fianza, a los efectos previstos en el artículo 87.6 Ley Concursal (LC) no cabe hablar del nacimiento de una nueva deuda social, sino más bien de que la existente persiste, sin perjuicio de que ahora sean los fiadores quienes estén legitimados para reclamarla. Cuando menos por lo que respecta al importe de la deuda satisfecha y sus intereses. Cuestión distinta podría ser en lo que respecta al eventual crédito de indemnización de daños y perjuicios, al que legitima también la acción de reembolso.

Crédito contingente.—Con carácter general, como prescribe el artículo 87.3 LC para los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos, los créditos contingentes son reconocidos como tales, sin cuantía propia, y con la clasificación que les corresponda. Pero un supuesto en que el crédito de un fiador de la concursada se ha reconocido inicialmente como crédito contingente, su clasificación no procede hasta que se llegue a ejecutar el afianzamiento y se subrogue en la posición del acreedor principal. Es entonces cuando habrá que clasificarlo, de acuerdo con las reglas legales, entre las que destaca la del artículo 87.6 LC, según la interpretación jurisprudencial.

Suspensión del devengo de intereses.—Una vez declarado el concurso, el crédito del acreedor principal deja de devengar intereses remuneratorios, por aplicación de la regla del artículo 59.1 LC, El carácter accesorio de la fianza (art. 1826 CC) provoca que, si este efecto de suspensión del devengo

de intereses en caso de concurso del deudor principal conlleva que no le sean exigibles los intereses remuneratorios posteriores a la declaración de concurso, y mientras esto sea así, tampoco resulten exigibles estos intereses al fiador. Con el efecto reflejo de que si, por las razones que sean, el fiador hubiera pagado al acreedor estos intereses, no puede reclamarlos al deudor principal, salvo que se llegaran a cumplir los presupuestos del apartado 2 del artículo 59 LC.

Garantía hipotecaria.—La garantía hipotecaria frente al deudor concursado opera respecto de la deuda que le fuera exigible, una vez ejecutada la fianza, que no incluye aquellos eventuales intereses moratorios posteriores a la declaración de concurso. Por esta razón, no cabe justificar el devengo de aquellos intereses remuneratorios en la excepción que el artículo 59.1 LC prevé respecto de los intereses remuneratorios cubiertos por la garantía hipotecaria. **(STS de 8 de junio de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—E. Sociedad de Garantía Recíproca (E.) concedió a favor de C. V., S. A. dos pólizas de contragarantía, con garantía hipotecaria, para asegurar la devolución de las operaciones de préstamo que C. V. tenía suscritos con L. E. S. A. y la entidad financiera C. L. P. Tras ser declarado el concurso de acreedores de C. V., se instó un primer incidente concursal sobre el reconocimiento y la clasificación del crédito de E. Como en aquel momento los acreedores financieros no habían ejecutado la garantía otorgada por E., la sentencia dictada en primera instancia consideró que el crédito de E. era contingente y ordinario. Recurrida la sentencia en apelación en cuanto a su clasificación, la Audiencia, sin llegar a revocar la sentencia apelada, entendió que en dicho momento no procedía calificar el crédito de E. puesto que todavía no existe, y sólo en caso que tenga que abonar como fiador las cantidades que el concursado no puede pagar al acreedor principal, deberá optarse por la clasificación que corresponda y la menos perjudicial para el concurso. Con posterioridad, como consecuencia de que L. E. S. A. y la entidad financiera C. L. P. ejecutaran sus avales, el juez del concurso, a instancia de E., le reconoció un crédito con privilegio especial, que incluía el pago realizado a favor de los acreedores garantizados más intereses de demora devengados en virtud de la póliza de contragarantía cubierto por la hipoteca, y las comisiones de aval. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria rechazó el reconocimiento de un crédito por intereses remuneratorios y moratorios del crédito principal afianzado, devengados con posterioridad a la declaración de concurso. La administración concursal de C. V. recurrió la sentencia, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava desestimó el recurso, la representación procesal de E., además de oponerse al recurso de contrario impugnó la sentencia en lo relativo a la desestimación del reconocimiento de una parte del crédito comunicado, suma que había sido excluida por la sentencia de primera instancia por entender que era improcedente su reclamación, la Audiencia estimó dicha impugnación, El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. *(N. D. L.)*

13. Novación modificativa y novación extintiva.—El artículo 1204 CC referido a la novación propia o extintiva admite tanto la novación expresa como la tácita. Las partes pueden modificar la relación obligatoria en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). La alteración de la originaria relación obligatoria puede implicar la creación de una nueva en sustitución de la anterior (novación extintiva, que contempla el art. 1204 CC) o bien la subsistencia de la original, aunque con la modificación pretendida (novación modificativa que previene el art. 1203 CC).

En las novaciones extintivas, como declaró la STS 647/2018, de 20 de noviembre, se parte de la preexistencia de una obligación y la creación de otra nueva que sustituye a aquella, ambas válidas, y se exigen dos elementos: 1.º—la disparidad entre la primitiva y la nueva obligación (*aliquid novi*) y 2.º—la voluntad de producir la extinción de la primitiva obligación y su sustitución por otra (*animus novandi*).

La novación extintiva y las obligaciones accesorias.—La novación extintiva constituye una de las causas de extinción de las obligaciones (art. 1156 CC), y además de extinguir la obligación principal que tiene por objeto, provoca también la extinción entre las partes de las obligaciones o garantías accesorias, que sólo podrán subsistir en cuanto aprovechen a terceros que no hubieren prestado su consentimiento (art. 1207 CC), y la nueva obligación no tiene otra antigüedad que la determinada por la fecha de su nacimiento.

La novación extintiva y el *animus novandi*.—Por la intensidad de los efectos extintivos que provoca esta modalidad de novación está sujeta a un mayor formalismo, exigiéndose una declaración de voluntad expresa, o bien una exteriorización de la voluntad novatoria o *animus novandi* por razón de la incompatibilidad *de todo punto* entre la antigua y la nueva obligación (voluntad tácita).

La novación modificativa requiere un menor formalismo que la novación extintiva y produce efectos diferentes.—La jurisprudencia, de acuerdo con el artículo 1203 CC, ha considerado que para que se aprecie la novación modificativa no es necesario que se siga el rigorismo formal que exige el artículo 1204 CC para la novación extintiva (SSTS de 11 de julio de 1985 y 26 de enero de 1988, entre otras), sino que basta que el concierto de la misma se desprenda de hechos que tengan virtualidad suficiente para apreciarla (STS 28/2015, de 11 de febrero). Resulta ello coherente con la menor intensidad de los efectos de la novación modificativa, en la que la primera obligación subsiste, si bien afectada por la modificación, lo que implica el mantenimiento no sólo del vínculo principal sino también la conservación de su antigüedad y de las garantías accesorias. Además, según la STS 686/2011, de 19 de octubre, en caso de duda debe prevalecer el efecto más débil: el modificativo.

La voluntad de novar ha de probarse por medio de la interpretación que, en principio, no es susceptible de casación.—La voluntad de novar no se presume (SSTS 484/2011, de 8 de julio, y 790/2011, de 4 de abril), sino que ha de ser comprobada por medio de la interpretación (SSTS 60/2006, de 6 de febrero, y 1270/2006, de 14 de diciembre). Esta tarea interpretativa incumbe a los órganos judiciales de las instancias y, en su fase inicial de determinación de hechos, constituye materia ajena a la casación (STS 782/2010, de 22 de noviembre), y, en su fase de fijación de la voluntad concorde de las partes, sólo es revisable en esta sede cuando resulte infringida alguna de las normas que la regulan (SSTS 60/2006, 6 de febrero, y 53/2012, de 21 de febrero).

La elevación a público de un documento privado puede tener una eficacia meramente reconocitiva; o bien, una eficacia de complemento o modificación del negocio.—Así resulta del artículo 1224 CC. Este precepto se refiere a la *escritura reconocitiva* y para que nos encontremos dentro de su ámbito de aplicación requiere que se reseñe en la propia escritura el documento originario, ya que como señaló la STS 17 de julio de 1984, su carácter meramente reconocitivo o confesorio (con exclusión de toda eficacia novatoria) exige al menos una referencia al acto o contrato inicial. Requisito que no concurre cuando la escritura pública posterior presenta el contrato que solemniza como autónomo y desligado de cualquier otro preexistente. Para tal caso, la regla debe ser la siguiente: la nueva reglamentación de intereses sustituye a la anterior (**STS de 8 de junio de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El presente pleito tiene su origen en una demanda de reclamación de cantidad en concepto de parte del precio pendiente de un inmueble vendido por la actora a los demandados. El debate se centró en cuál había sido el precio efectivamente pactado y exigible, si el reflejado en escritura pública que la vendedora confesaba recibido dando carta de pago, en cuyo caso procedía desestimar la demanda, o el más elevado que se hizo constar en un documento privado de fecha anterior.

La vendedora demandó a los compradores por la cantidad de 21.045,54 euros, más los intereses legales, como parte del precio pendiente de la compraventa suscrita entre ambas partes en el documento privado. El Juzgado estimó la demanda al considerar que no existía prueba concluyente para determinar la novación en el precio. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia al considerar que se produjo una novación modificativa de la obligación del pago del precio. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (*I. D.-L.*)

14. Consumidores y usuarios. Cláusulas abusivas. Cláusula de gastos del contrato de compraventa. Falta de legitimación pasiva del acreedor para soportar la carga de la impugnación de la cláusula.—En criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el consentimiento del banco acreedor a la subrogación del nuevo deudor comprador del inmueble hipotecado no convierte al banco, por sí mismo, en parte del contrato de compraventa, de modo que carece de legitimación pasiva para soportar la carga de la impugnación de la cláusula genérica de gastos incluida en el contrato de compraventa. (**STS de 17 de junio de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—En 1999 los actores suscribieron con una promotora un contrato de compraventa de una vivienda con subrogación en el préstamo hipotecario que gravaba la misma. Dicho contrato contenía una cláusula según la cual todos los gastos ocasionados por el mismo, incluso los propios de la parte vendedora correrían a cargo de los compradores. Tras ello, los compradores interpusieron una demanda instando la declaración de nulidad de la cláusula de gastos del contrato de compraventa frente a la entidad acreedora del

préstamo hipotecario en el que se subrogaron, comprendiendo que ostentaba legitimación pasiva por ser la beneficiaria de la novación subjetiva que consintió expresamente (art. 1205 CC).

Sin embargo, la Sala Primera del Tribunal Supremo rechazó esta tesis afirmando que «el consentimiento del acreedor, en caso de que concurra, libera de responsabilidad al deudor original, pero no convierte a aquél en parte del contrato de compraventa. (...) Por tanto, una cosa es la legitimación activa del comprador, tras la novación subjetiva del deudor del préstamo hipotecario, para impugnar, en su caso, cláusulas del contrato de préstamo del que ha devenido parte en virtud de la novación, y otra distinta la pretensión de declarar la legitimación pasiva del banco acreedor en el contrato de compraventa con el referido pacto de subrogación entre comprador y vendedor, del que aquel no ha sido parte».

Con todo, el Tribunal Supremo matizó que ello debía entenderse sin perjuicio de aquellos otros casos en que, en el mismo otorgamiento de la escritura de compraventa con pacto de subrogación, compareciera el acreedor y se formalizase una novación modificativa del propio contrato de préstamo hipotecario en que se subrogase el comprador (por ampliación del capital y la garantía hipotecaria, modificación del plazo de amortización o de otras condiciones financieras). En estos casos, las cláusulas de imputación genérica de los gastos derivados del otorgamiento, incluidos los vinculados a la subrogación y novación pactada con intervención del acreedor, sí podrían ser cuestionadas en cuanto a su eventual falta de transparencia o abusividad en el marco de un procedimiento seguido contra el acreedor hipotecario. (A.A.O.)

15. Compraventa. Subrogación en la obligación garantizada con hipoteca. Alcance frente al acreedor hipotecario.—El pacto de subrogación en la obligación garantizada por la hipoteca, como forma de pago de parte del precio de la compraventa entre vendedor y comprador, no presupone ni determina por sí mismo la condición de parte en dicho contrato del acreedor hipotecario. El consentimiento del acreedor, en caso de que concurra, libera de responsabilidad al deudor original, pero no convierte a aquél en parte del contrato de compraventa. El alcance del consentimiento del acreedor, en el supuesto de que comparezca en el acto del otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria para formalizar su consentimiento liberatorio a los efectos del artículo 1205 CC, en cuanto no rebase esa mera finalidad liberatoria, será, en vía de principios, ajeno al resto de la regulación contractual de la compraventa, a la que es extraño el acreedor. La mera aprobación por el acreedor de la novación por cambio de deudor (asunción de deuda), dentro del ámbito del artículo 1205 CC, cuya vulneración se denuncia, no pasa de aquél efecto liberatorio o de expromisión del deudor original, sin presuponer por sí misma ningún otro cambio objetivo en las condiciones pactadas, ni en el préstamo inicial ni en la compraventa, cuyo pago se articula, total o parcialmente, mediante dicha subrogación. El banco acreedor autorizó la sustitución del nuevo deudor (comprador) en lugar del anterior (vendedor) con carácter previo a la formalización del contrato de compraventa, contrato en el que no intervino. Por tanto, una cosa es la legitimación activa del comprador, tras la novación subjetiva del deudor del préstamo hipoteca-

rio, para impugnar, en su caso, cláusulas del contrato de préstamo del que ha devenido parte en virtud de la novación, y otra distinta la pretensión de declarar la legitimación pasiva del banco acreedor en el contrato de compraventa con el referido pacto de subrogación entre comprador y vendedor, del que aquél no ha sido parte. (STS de 15 de junio de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Los actores, como compradores, y la promotora Asturiana, como vendedora, suscribieron un contrato de compraventa de una vivienda con subrogación en el préstamo hipotecario que gravaba la misma en virtud de contrato de suscrito por la promotora, como prestataria, con Banco de Sabadell. La citada entidad financiera no intervino en la escritura de compraventa con subrogación hipotecaria. Los compradores interpusieron una demanda contra el banco solicitando la nulidad por abusiva de la cláusula novena del contrato de compraventa, que imponía los gastos del otorgamiento al comprador, y la condena a la demandada a la restitución de las cantidades que hayan sido abonadas en virtud de dicha cláusula. El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda al estimar la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por la parte demandada.

Los compradores interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial desestimó dicho recurso.

Los demandantes han interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (J. M.^a M. F.)

16. Arrendamiento. Extinción. Precario.—No cabe hablar de la existencia de una situación de precario cuando el supuesto precarista posee por razón de un contrato de arrendamiento y la verdadera discusión está en si el mismo continúa o no vigente. Se trata de supuestos de hecho distintos y en este último caso lo procedente por parte de quien sostiene la extinción es acreditar que se dan las circunstancias necesarias para ella. Pero, sentado lo anterior, habiéndose discutido en el proceso sobre la subsistencia del contrato con práctica de prueba sobre ello, carece de sentido el planteamiento de una inadecuación de procedimiento. No cabe alegar en casación que el procedimiento haya sido inadecuado (lo que, aunque así hubiera sido, no habría dado lugar a indefensión alguna) y la sentencia impugnada no ha decretado el desahucio por precario sino que ha considerado extinguido el plazo contractual con anterioridad a la interposición de la demanda. (STS de 16 de junio de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Doroteo y Rosa formularon demanda de desahucio por precario, al amparo del artículo 250.1.2.º LEC, contra Cosme, alegando que el demandado ocupa determinadas parcelas de su propiedad sin título ni contrato alguno, tras haberle requerido de desalojo y negarle una nueva prórroga. La sentencia de primera instancia desestima la demanda.

La parte demandante recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso y, en consecuencia, la demanda.

Contra dicha sentencia recurre en casación el demandado. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

17. Extinción de contrato de arrendamiento rústico histórico y conversión en arrendamiento de vivienda.—Perdiéndose el carácter de cultivador personal o de profesional de la agricultura, y en ausencia de aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal, no se puede producir una subrogación arrendaticia conforme a la legislación de arrendamientos rústicos. La razón está en que no puede considerarse que el contrato mantenga la esencia de un arrendamiento rústico. Este hecho permite al arrendador resolver el contrato.

No obstante, lo anterior, cabe novar un arrendamiento rústico histórico en otro urbano, limitado únicamente a la vivienda. Ello al amparo del artículo 58 LAU 1964, y sin que el artículo 1.2 Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos impida este resultado. Según esta norma, «no se perderá la consideración de arrendamientos rústicos históricos, que podrá acreditarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, por el hecho de que las partes hayan establecido algún pacto que modifique la renta u otros elementos o condiciones del contrato primitivo, siempre que se mantenga constante el arrendamiento sobre todas o parte de las fincas primitivamente arrendadas». (**STS de 16 de junio de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—A y B habían celebrado en 1933 un contrato de arrendamiento rústico sobre un caserío. Con el transcurso del tiempo, la posesión a que daba lugar el arrendamiento pasó a C, la hija de B. A, como arrendadora, interpuso demanda de juicio verbal de desahucio por expiración de plazo de arrendamiento contra C. La demanda, al amparo del último párrafo de la disposición transitoria segunda B).4 LAU 1994, sostenía que el contrato se había extinguido porque habían transcurrido los dos años previstos en la mencionada disposición, habida cuenta de que la demandada —C— se subrogó en la condición de arrendataria, tras el fallecimiento de su madre con quien convivía, quien a su vez se había subrogado en la posición de su esposo al fallecimiento de este. La demandada se opuso alegando que se trataba de un arrendamiento rústico histórico respecto del cual no se cumplían los requisitos para el desahucio por lo que la inquilina debía ser indemnizada por el desalojo. El pleito versaba, en consecuencia, sobre si el contrato se había convertido en un arrendamiento de vivienda o si, por el contrario, seguía siendo rústico.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de A y declaró extinguido el contrato. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia, por entender que se trataba de un arrendamiento urbano, es decir, que el antiguo arrendamiento rústico se había convertido en un urbano, extinguiéndose transcurridos dos años. Ante ello, B interpuso recurso de casación. (*A.I.R.A.*)

18. Protección de consumidores y usuarios. Cláusula de vencimiento anticipado de apreciación de su abusividad y efectos sobre la subsistencia de contratos de préstamo personal.—Las cláusulas de vencimiento anticipado no resultan, *per se*, ilícitas puesto que su posible abusividad provendrá

de los términos en que venga redactada la condición general que permita tal vencimiento. Para que una cláusula de vencimiento anticipado no sea abusiva debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo (SSTJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, y 26 de enero de 2017, asunto C-421/14; y AATJUE de 11 de junio de 2015, asunto 602/13, y 8 de julio de 2015, asunto C-90/14). Por ello, resulta abusiva una cláusula que prevé el vencimiento anticipado por impago de cualquier liquidación de intereses o de capital. Sin embargo, la expulsión de la cláusula declarada abusiva no compromete la subsistencia del contrato de préstamo personal, por lo que no resulta aplicable la doctrina de la STJUE de 26 de marzo de 2019 según la cual cabe sustituir tal cláusula mediante la aplicación supletoria de una norma Derecho nacional en aquellos supuestos en que el contrato no pueda pervivir sin la cláusula abusiva y su nulidad total perjudique al consumidor, como ocurre con los préstamos hipotecarios (STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019). La falta de aplicación práctica de la cláusula de vencimiento anticipado no impide que el juez nacional aprecie su posible abusividad, porque de lo contrario no se conseguiría el efecto disuasorio de su utilización por los empresarios que persigue el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (ATJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, y STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14). Al fundamentarse la demanda de la prestamista no solo en la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva, sino también en una acción de cumplimiento contractual, procede limitar el objeto de la condena a las cuotas vencidas e impagadas al momento de su interposición. **(STS de 9 de junio de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Una entidad bancaria presenta solicitud de juicio monitorio frente a dos personas físicas a las que concedieron un préstamo personal con una duración de cinco años, una vez se habían impagado quince cuotas de amortización. La referida petición se basó en una condición general que permitía declarar vencido el préstamo, sin necesidad de esperar al término de vencimiento pactado, cuando el prestatario incumpliese la obligación de pagar cualquier liquidación de intereses o de cuota periódica. Tras la oposición de los prestatarios, la entidad prestamista interpone demanda de juicio ordinario en la que esgrime la referida cláusula y ejercita una acción de cumplimiento contractual, no resolutoria (art. 1124 CC). Una de las demandadas objetó el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, que no apreció el Juzgado de Primera Instancia ni la Audiencia Provincial. La prestataria interpone recurso de casación con un único motivo en el que denuncia infracción del artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, y del artículo 82.1 del TRLGDCU, justificando la abusividad de la cláusula en que permite el vencimiento anticipado con independencia de la gravedad del incumplimiento. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Las cláusulas de vencimiento anticipado, al margen del pronunciamiento aislado que constituyó la STS de 27 de marzo de 1999, no resultan ilícitas por naturaleza, al ampararse en el principio de la autonomía privada (art. 1255 CC) y contar además con

un reconocimiento legal en diversos preceptos, tales como el artículo 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, *de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, el artículo 693 de LEC y el artículo 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, *reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* que, a la vez, ha reformado el precitado precepto. No obstante, el Tribunal Supremo aprecia el carácter abusivo de la cláusula litigiosa aplicando los parámetros marcados por la jurisprudencia del TJUE, esto es, la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del contrato; sin que la espera de la acreedora al impago de un considerable número de cuotas de amortización (en este caso, quince) impida tal declaración, lo que viene exigido por el efecto disuasorio de su utilización que persigue el artículo 7 de la Directiva 93/13. Sin embargo, la sentencia extractada no aplicó la doctrina contenida en la STJUE de 26 de marzo de 2019 y en la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, que permite sustituir la cláusula declarada abusiva por la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional cuando el contrato no pueda subsistir y su nulidad resulte perjudicial para el consumidor. Y es que, a diferencia de los préstamos personales, los de tipo hipotecario no pueden subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado porque, como argumenta la última sentencia, tal supresión afecta a la economía del contrato dado que sin ella la prestamista no otorgaría créditos que le impedirían ejecutar la garantía real hasta el completo impago; juicio de subsistencia que ha de realizarse con un enfoque objetivo, sin atender exclusivamente al interés del consumidor (véase STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10). Así, la sentencia extractada, sin sustituir la cláusula abusiva por ninguna disposición nacional, condena al prestatario exclusivamente al pago de las cuotas vencidas con fundamento en la pretensión de cumplimiento contractual que acumuló la entidad prestamista. Sin embargo, dada la gravedad del incumplimiento, cabría la resolución del préstamo de haberse ejercitado la correspondiente acción por la entidad prestamista con fundamento en el artículo 1124 CC, norma que la STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018, declaró aplicable a tal contrato. Estimamos que rechazar la aplicación de tal precepto a los contratos de préstamo supondría privar al prestamista (en aquellos casos en que no se hubiera previsto una cláusula de vencimiento anticipado o resultara nula) de un precepto tan justo como el artículo 1124 CC que le permite, ante incumplimientos relevantes del prestatario, desvincularse de los plazos de devolución concedidos sin verse limitado a reclamar paulatinamente las cuotas vencidas o esperar al vencimiento de todas para una íntegra reclamación [véase SANTANA NAVARRO, F., *El préstamo simple o mutuo: su posible resolución por incumplimiento (art. 1124 CC)*, inédito]. (F.S.N.)

19. Usura. Préstamo hipotecario sobre vivienda. Suma entregada inferior a la presuntamente prestada. Nulidad del préstamo, de la hipoteca y del proceso ejecutivo.—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo la falta de justificación del coste de los servicios prestados y de la veracidad de tales prestaciones, cuyo valor retuvo el prestamista, impide considerar que tales cantidades fueron efectivamente entregadas al prestatario.

En consecuencia, el préstamo es nulo de conformidad con el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de usura y, así, tanto la hipoteca que lo garantizaba como el proceso ejecutivo concluido. **(STS de 15 de junio de 2020;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En 2008 un prestamista concertó un préstamo por importe de 71.300 euros con unos prestatarios, garantizado con hipoteca sobre su vivienda, con un plazo de devolución de seis meses, intereses remuneratorios del 9% y moratorios del 29%. Con todo, el prestamista retuvo diversas cantidades del importe del préstamo en concepto de intereses remuneratorios; servicios de intermediación; provisión de fondos; tasación; y labores de investigación; de suerte que el importe recibido por los prestatarios ascendió a 58.546 euros. Producido el vencimiento del préstamo sin ser saldado por los prestatarios, el prestamista inició el proceso ejecutivo resultando adjudicatario del inmueble.

En estas circunstancias, los prestatarios interpusieron una demanda instando la declaración de nulidad del préstamo hipotecario por su carácter usurario. En primera y segunda instancia la demanda fue desestimada por comprender que los intereses impuestos no eran notablemente superiores al interés normal del dinero en la fecha de contratación.

Por el contrario, el Tribunal Supremo razonó que «resulta difícil aceptar que todas esas cantidades que los prestatarios no recibieron puedan considerarse como entregadas en beneficio suyo por servicios prestados o gastos que corrieran de su cuenta y, por tanto, que fueran «verdaderamente entregadas» al prestatario en el sentido del párrafo segundo del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de usura». Por consiguiente, declaró la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, de suerte que los prestatarios solo estuvieran obligados a devolver al prestamista la suma recibida; la nulidad de la hipoteca que lo garantizaba, que tendría que ser cancelada registralmente; así como la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido a instancias de la demandada y en el que la vivienda se adjudicó al mismo prestamista que intervino en la constitución de la hipoteca. (A.A.O.)

20. Subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa.—La Sala Primera reitera su doctrina de que la acción de enriquecimiento injustificado, como principio general del Derecho, se aplica de forma subsidiaria, esto es, que requiere la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. Por eso, recuerda que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitar el enriquecimiento sin causa, son tales acciones las que se deben ejercitar, sin que ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitimen para el de la acción de enriquecimiento.

Enriquecimiento injustificado y pérdida de la mitad indivisa de un inmueble.—No existe enriquecimiento injustificado de un cónyuge a costa del otro como consecuencia de la pérdida de la mitad indivisa del inmueble común hipotecado, que fuera objeto de una dación en pago, pues esta responde a un pago (*solutio*) de obligaciones pecuniarias nacidas de un contrato de

crédito; ello sin que se incremente el patrimonio de ninguno de los dos cónyuges a costa del otro.

Enriquecimiento injustificado por disposición unilateral de un cónyuge de una cantidad indeterminada de dinero común derivado de un crédito para la adquisición de un local con el que ejercer su profesión.–

A juicio de la Sala Primera, la disposición unilateral del crédito común para la adquisición de un local del marido dedicado a su actividad sin consentimiento de la esposa constituye una atribución del patrimonio común. En consecuencia –siempre a juicio de la Sala– tendría lugar un enriquecimiento del patrimonio del esposo que cifra en la mitad de los fondos del crédito bancario concedido; en ese mismo importe se produce una disminución en el patrimonio de la esposa. En este sentido, la Sala considera, además, que no existe ningún negocio que pudiera justificar causalmente el trasvase patrimonial. (STS de 26 de junio de 2020; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.–R y A contrajeron matrimonio el 1 de junio de 1990. El régimen económico matrimonial era el de separación de bienes. El 25 de julio de 1996 los cónyuges adquirieron, por compra, una vivienda unifamiliar por iguales partes indivisas. El 18 de julio de 2007, R y A suscribieron una línea de crédito con la entidad B, para cuya devolución se constituyó hipoteca sobre la vivienda común, con un límite de disposición de 320.000 euros. La primera disposición alcanzó dicha suma. La vivienda había estado gravada con anterioridad por otra hipoteca que estaba cancelada económicamente y pendiente de cancelación registral. El 24 de julio de 2007, R adquirió como pleno propietario un local, destinado al desarrollo de su actividad profesional. No consta en autos el precio de adquisición. Posteriormente, en el año 2009 se constituyó una hipoteca sobre esta finca, cuyo valor se tasó a efectos de subasta en 184.167,33 euros. Parte del dinero obtenido con la referida línea de crédito se destinó a la compra de este local y a financiar la actividad profesional que R ejercía en este. En junio de 2010 se produjo la separación de hecho de los cónyuges, se instaron medidas provisionales previas y seguidamente A, como actora, presentó demanda de divorcio. El procedimiento finalizó por sentencia de 19 de junio de 2012.

Ante la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones derivadas de la línea de crédito, el 22 de noviembre de 2010 se formalizó mediante escritura pública la dación en pago de la vivienda hipotecada a favor del fondo W, al que previamente B había cedido el crédito hipotecario, en pago de la deuda pendiente, que ascendía en ese momento a la suma de 310.212,84 euros. Todavía en abril de 2013, momento en que A demandó a R, este seguía en posesión del local adquirido en 2007, que estaba además gravado con otra hipoteca en garantía de un préstamo de 30.000 euros.

Por otro lado, la Agencia Tributaria abrió una inspección tributaria a A, por tributos relacionados con la transmisión de la finca dada en pago (IRPF), reclamándole una suma de 24.938,76 euros, que, con los recargos, se elevó finalmente a 25.476,79. Por razón del impuesto de plusvalía también le fue impuesta una sanción de 1.342,70 euros.

Con este contexto, A demandó a R solicitando la declaración de la existencia de un enriquecimiento sin causa a su favor, la condena a R a pagar la cantidad de 145.722,49 euros, resultante del siguiente desglose: (i) daño emergente: 26.819,49 euros conceptos tributarios-, y (ii) lucro cesante: 118.903 euros –por razón de la pérdida de la mitad indivisa de la vivienda–; y (iii) más los correspondientes intereses legales y costas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda por considerar aplicable el principio general del derecho que prohíbe el enriquecimiento injusto a costa de otro. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso por considerar que no cabía reclamar una cantidad como la pedida sobre la base de la acción de enriquecimiento. Ante ello, A, la demandante, recurrió en casación.

NOTA.–La Sala Primera parece aplicar la doctrina tradicional del enriquecimiento injustificado español, con los requisitos que tradicionalmente la han acompañado: (i) un aumento de patrimonio del enriquecido, (ii) un correlativo empobrecimiento del actor; (iii) falta de causa que justifique el enriquecimiento; y (iv) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio (subsidiariedad). Ello para entender que existe enriquecimiento del marido sobre la esposa en la disposición unilateral del montante de una línea de crédito concedida a ambos; enriquecimiento que cifra en la mitad de esta. Mediante esta resolución –que no es momento de analizar aquí en profundidad– la Sala Primera confirma una tendencia continuista con la institución del enriquecimiento, alejada de los más modernos enfoques de la doctrina y que termina siendo –y este caso es un buen ejemplo de ello– un mero expediente de equidad. (A.I.R.A.)

21. Enriquecimiento injusto: percepción indebida de indemnización por expropiación de elementos comunes de urbanización no transmitidos al adquirente de una parcela.–La transmisión de una parcela con vivienda perteneciente a una urbanización supone la adquisición de los elementos comunes que se encuentren integrados en aquella al tiempo de la enajenación, pero no de otros que no formaban parte de ella al haber sido objeto de una previa expropiación. Así pues, el beneficiario de la indemnización expropiatoria será quien fuera propietario de la parcela al tiempo en que la misma tenía participación en los elementos comunes expropiados y, por tanto, se vio desposeído de ellos, sin que los posteriores adquirentes puedan ignorar que tales terrenos pertenecían a la Administración al encontrarse inscrita su titularidad (art. 38 LH) y ser constatable la realización de una autovía sobre ellos. Tal desposesión de elementos comunes constituye el empobrecimiento de los propietarios afectados, lo que a su vez les impide transmitirlos a los adquirentes, siendo posible únicamente una cesión expresa de un derecho litigioso frente a la Administración en el marco de los artículos 1526 ss. CC, dado que la expectativa de una indemnización no puede entenderse comprendida en la venta por no resultar accesoria al inmueble (art. 1097 CC). El enriquecimiento injusto de la demandada lo constituye la percepción de una indemnización que satisface el valor de una pérdida que no ha tenido porque al momento de adquirir la parcela no compró la participación en los elemen-

tos comunes que ya habían sido expropiados (SSTS de 15 de julio y 7 de noviembre de 2019). (**STS de 9 de junio de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Unos terrenos comunes pertenecientes a una urbanización sita en Pozuelo de Alarcón fueron ocupados por la Administración en 1991 para la construcción de una autovía. Tras sucesivas reclamaciones administrativas y judiciales realizadas por la comunidad de propietarios de la urbanización, en 2004 la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ordenó la tramitación del expediente expropiatorio para determinar las indemnizaciones a percibir por los afectados. En 2006 la propietaria de una parcela perteneciente a tal urbanización la transmite a terceros sin indicarse nada en la escritura acerca de la transmisión de ningún derecho o expectativa a percibir una indemnización. En 2010 los adquirentes de la parcela perciben de la comunidad de propietarios la indemnización finalmente obtenida. La antigua propietaria interpone demanda frente a ellos en reclamación de la indemnización percibida al estimar ser la legítima titular del justiprecio por haberse producido la expropiación cuando era la propietaria de la parcela y, en consecuencia, de la participación en los elementos comunes expropiados. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda con fundamento en que al momento de la venta de la parcela los terrenos comunes ya pertenecían a la Administración al haberlos ocupado en 1991, por lo que la parte actora no podía transmitirlos y, por tanto, habría sufrido un empobrecimiento al verse desposeída de ellos y la demandada obtuvo un enriquecimiento injusto. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial revoca el anterior pronunciamiento y desestima la demanda citando la doctrina de la STS de 8 de marzo de 2017, que consideró aplicable al caso. La actora interpone recurso de casación por infracción de los artículos 7, 38 y 40 de la LH y de la jurisprudencia derivada de las SSTS de 14 de febrero y 2 de junio de 2008, que establecen que la presunción de exactitud registral en favor del titular inscrito es consagrada como principio de legitimación registral de acuerdo con el que se presume la existencia del derecho y su pertenencia al titular registral. Doctrina que se considera vulnerada porque la actora dejó de ser propietaria del terreno común ocupado por la Administración con anterioridad a la transmisión de la parcela, figurando esta última desde 1992 como titular registral. Concluye la recurrente que ella fue quien sufrió la privación del terreno, que no podía transmitir lo que no tenía, por lo que los compradores carecen del derecho a percibir el justiprecio. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia extractada se aparta de la solución que dio la STS de 8 de marzo de 2017 a idéntica problemática, con fundamento en que en este último caso se hizo constar en la escritura de compraventa que el bien se transmitía «con todos sus derechos y acciones» lo que, unido al conocimiento de la reclamación frente a la Administración, conllevaba la desvinculación del vendedor en beneficio del comprador de cualquier derecho derivado de ella. Sin

embargo, la STS de 8 de marzo 2017 también se basó en que la transmisión del inmueble se realiza en las mismas condiciones en que había sido adquirido originariamente por los vendedores, al no haberse referido la escritura a expropiación alguna de elementos comunes. Así, se concluyó que si la parte vendedora no pudo entregar la totalidad de dichos elementos por causa de la expropiación lo fue al margen de lo pactado y, en consecuencia, la indemnización correspondía a la adquirente como incluida en la expresión «con todos sus derechos y acciones». Pero, además, tal pronunciamiento de 2017 consideró que el derecho de cada integrante de la comunidad a percibir la parte proporcional de la indemnización nace en el momento en que aquélla decide distribuirla, porque bien podría haber quedado en beneficio común para atender las obligaciones propias de la comunidad. En cambio, la sentencia extractada considera que el aludido derecho nace con la desposesión del elemento común. Por último, la sentencia de 2017 apreció que la indemnización por privación de elementos comunes va unida al bien de dominio particular y, en consecuencia, ha de atribuirse al dueño actual como ocurre con las derramas aprobadas para realizar mejoras en elementos comunes. Por tanto, observamos que, al margen de la renombrada literalidad de la escritura, ambos pronunciamientos parten de diferentes premisas. Por nuestra parte, consideramos más plausible el criterio mantenido por la sentencia extractada puesto que los compradores no adquirieron el inmueble con la parte de los elementos comunes que ya pertenecían a la Administración lo que, al margen de la inscripción registral a su favor, conocían por la construcción de una autovía, y la pérdida no la sufrieron ellos sino el anterior propietario. En cualquier caso, estimamos que la expectativa de una indemnización expropiatoria procedente de un elemento común no es un accesorio de la cosa transmitida (art. 1097 CC) dado que éstos tienen como finalidad que lo transmitido sea útil al comprador de acuerdo con su destino (véase sobre tal noción, Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, IV, Cizur Menor, 2010, p. 99). (F.S.N.)

22. Responsabilidad civil. Circulación de vehículos a motor. Riesgo creado por la circulación y causas de exoneración.—Cuando la acción de la víctima es calificada como fortuita, como sucede en el caso concreto con la caída desde un vehículo (en el caso una furgoneta) estacionado, no quiere decirse necesariamente que se esté ante un «caso fortuito» que provenga del propio riesgo circulatorio. La Audiencia Provincial empleó aquel adjetivo para negar que la caída se debiera a acciones bruscas del conductor, concluyendo que el evento dañoso tuvo su origen exclusivo en la propia actuación de la víctima, y no en la realización de un riesgo típico de la circulación de vehículos de motor. Dicha actuación se caracterizó por una falta de previsión y cuidado al abrir la puerta con la supuesta intención de abandonar la furgoneta, estando aquejado de un estado de somnolencia, cansancio y perjuicio por la ingesta de alcohol realizada. Las condiciones del vehículo y del lugar —correctamente estacionado en una zona de aparcamiento— y la actitud del conductor —que se encontraba durmiendo entretanto— no tuvieron nada que ver con la caída de la víctima.

Responsabilidad civil. Circulación de vehículos a motor. Doctrina del riesgo y culpa de la víctima.—No se ha cometido ninguna infracción por no aplicar la doctrina de la responsabilidad por riesgo —que conllevaría una inversión de la carga de la prueba—, ya que, a la vista de las circunstancias concurrentes, las lesiones del demandante no se produjeron por el riesgo vinculado a la circulación del vehículo en cuestión. La causa del evento dañoso fue la conducta de la propia víctima, y cuando se llega a la conclusión de que dicha conducta es la causa exclusiva del resultado, no procede acordar indemnización alguna (**STS de 22 de junio de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Las personas a bordo de un vehículo, que habían ingerido alcohol previamente, deciden efectuar una parada durante su trayecto, con el fin de que el conductor pueda dormir y así conseguir el debido descanso. En el curso de la parada, una de las personas sufre una caída que ocasiona una serie de daños, de lo que se derivará su demanda solicitando una indemnización por las secuelas funcionales, el perjuicio estético, los días de incapacidad temporal, el daño moral, la incapacidad permanente absoluta, etc.

Las versiones sobre cómo se produjo la caída difieren. El demandante dice que tuvo lugar mientras subía al vehículo, cuando el conductor inició la marcha bruscamente y sin esperar a que aquel se hubiese colocado debidamente y cerrado la puerta. Pero los demandados alegan que el evento dañoso se produjo estando el vehículo estacionado, mientras dormía el conductor, y que se debió a que la víctima cayó «a plomo» tras abrir la puerta con la supuesta intención de salir. Es esta segunda versión la que se considera probada por los tribunales de primera instancia y apelación, planteándose la hipótesis de que el origen de la caída fuera el estado de somnolencia y la influencia de la ingesta alcohólica realizada.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. El recurso de apelación presentado es desestimado por la Audiencia Provincial, confirmando totalmente la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto. (*R.P.C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

23. Validez y eficacia de los acuerdos adoptados en junta de propietarios.—Los acuerdos que impliquen la infracción de los estatutos de la comunidad son susceptibles de sanación por el transcurso del plazo de caducidad que establece el artículo 18.3 LPH. Por tanto, aquellos acuerdos no impugnados por los propietarios gozan de plena validez y eficacia, y afectan y obligan a aquéllos. El plazo de caducidad es de tres meses desde la fecha de adopción del acuerdo, salvo que se trate de actos contrarios a la ley o a los estatutos, en cuyo caso la acción caducará al año. Para los propietarios ausentes, dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo.

Alternaciones en el uso de un inmueble en régimen de propiedad horizontal.—Las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal exigen, para que sean eficaces, que consten de manera expresa. Si los estatutos permiten efectuar operaciones de división sin necesidad del consentimiento de la comunidad, la junta de propietarios sólo tendrá que efectuar una actividad de control referente a que las obras no perjudiquen a elementos comunes ni a otros propietarios, y no afecten a la estructura, la seguridad, configuración o estado exterior del edificio, pues si se respetan estas limitaciones, la junta lo único que tiene reservado es la atribución de nuevas cuotas de los espacios afectados por la reforma. Esta doctrina cabe trasladarla a la facultad de división del local o espacio físico sobre el que se proyecta el derecho de aprovechamiento independiente, a la de su delimitación física o cerramiento.

La doctrina de los actos propios.—La doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables. El principio de que nadie puede ir en contra de sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieran creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla.

Delimitación de los garajes en una comunidad de propietarios.—La delimitación o conformación jurídica de los garajes puede hacerse de diversos modos: 1) como un local configurado como propiedad independiente, que pertenece en condominio a varias personas, propietarias o no de otros departamentos del edificio, que lo destinan de modo voluntario y permanente al aparcamiento de vehículos (condominio con características especiales); 2) en el edificio en propiedad horizontal, cada uno de sus departamentos (o no todos) tienen como anejo una cuota indivisa de un espacio del edificio, que destinan a aparcamiento de sus vehículos, y entre todos los departamentos con cuota indivisa aneja tienen el pleno dominio del espacio destinado a garaje (comunidad accesoria o comunidad con fin subordinado); 3) como local procomunal, por haber sido establecido para el servicio o utilidad común de todos los propietarios, donde todos ellos tienen una cuota indivisa que guarda proporción con la que tienen en sus respectivos departamentos en propiedad horizontal.

En el primero de estos casos, la cuota indivisa es meramente instrumental del derecho a utilizar un espacio físico concreto, de forma que lo verdaderamente adquirido, cuando así se configura el derecho es la plaza o espacio asignado. De forma que, en la venta de las plazas de garaje o trastero, la indicación de la cuota constituye un elemento para fijar no la medida del uso, sino la participación o concurrencia en la organización, en los poderes de disposición y administración y en los gastos de la comunidad. Siendo ello así, el adquirente de tales plazas es copropietario, y no un mero usuario, cuyas facultades vienen delimitadas, además de por la legislación aplicable, por el título de su adquisición y por el título constitutivo, incluidas las normas estatutarias en él integradas, del régimen de la propiedad horizontal. **(STS de 18 de junio de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El 9 de septiembre de 2008, A y B adquirieron una plaza de garaje en un edificio dividido en régimen de propiedad

horizontal y que, junto con otro edificio, forma un complejo inmobiliario. El 2 de febrero de 2001 se había otorgado escritura pública de declaración de obra nueva en construcción y división horizontal tumbada del complejo inmobiliario, donde se estableció que los titulares actuales o futuros de cuotas indivisas en cualquiera de los departamentos podrían proceder a cerrar la zona o espacio cuyo uso tuvieran asignado o atribuido de forma exclusiva, facultad que podrán ejercitar sin necesidad de autorización ni consentimiento de los restantes copropietarios. En uso de estas facultades, A y B procedieron a cerrar la plaza de aparcamiento. El 12 de agosto de 2009, fecha posterior a la ejecución del cerramiento, se celebró una junta general de la comunidad de propietarios, en la que se acordó por unanimidad, solicitar a A y B la retirada del cerramiento. Al no producirse, la comunidad entabló el presente procedimiento en reclamación del cumplimiento del acuerdo aprobado.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda al considerar que: 1) el acuerdo de la junta de propietarios que imponía retirar el cerramiento no fue impugnado por los demandados, a pesar de tener conocimiento del mismo; 2) no se ha infringido el artículo 17.6 LPH, al haberse adoptado el acuerdo por unanimidad; 3) rige el principio de vinculación de los acuerdos de la junta de propietarios, pues ni siquiera los impugnados suspenden su ejecutividad, salvo por la vía de su adopción como medida cautelar *ex* artículo 18.4 LPH; 4) los acuerdos contrarios a los estatutos no son radicalmente nulos, sino meramente anulables y susceptibles de sanación por el transcurso del plazo de caducidad de la acción para su impugnación.

A y B recurrieron la sentencia del Juez de Primera Instancia en apelación, recurso que fue desestimado por la Audiencia Provincial. Basó su argumentación en la jurisprudencia sobre el carácter subsanable de los acuerdos de las juntas de propietarios contrarios a los estatutos de la comunidad y su sanación por la caducidad de la acción para su impugnación.

Los demandados interpusieron un recurso de casación, alegando la doctrina de los actos propios y la aplicación indebida de los artículos 6.3 y 7 CC y los artículos 3, 5 y 17.6 LPH, por ser el acuerdo de la comunidad contrario a sus estatutos y atribuirle una eficacia retroactiva que quiebra con la confianza en las relaciones contractuales. Explica el Tribunal Supremo que, en el título constitutivo de la propiedad horizontal y en los estatutos de la comunidad, se permite expresamente a los titulares de cuotas indivisas en que se divide la planta de garajes cerrar la zona o espacio cuyo uso tenga asignado de forma exclusiva. Estando vigente e inscrita esta regulación estatutaria contenida en el título constitutivo de la propiedad horizontal, es plenamente aplicable. Entiende que el concreto local destinado a garaje no es un ente ideal, susceptible de uso, goce o disfrute indeterminado o abstracto, sino un local que ha de ser objeto de derechos conforme a ese estatuto privativo establecido en el título constitutivo debidamente inscrito, que obligará al conjunto de los propietarios y también a los terceros después de la inscripción. En dicho régimen de propiedad horizontal se incluía de forma expresa y clara la facultad del cierre de la plaza de aparcamiento. En este caso, el acuerdo de la junta de propietarios restrin-

ge claramente ese derecho, lo que es contrario a las exigencias de la buena fe y la doctrina de los actos propios. En definitiva, entiende el Tribunal Supremo que la situación estatutaria creada por el promotor constituyente de la propiedad horizontal y mantenida pacíficamente por la comunidad, que no consta que haya promovido o intentado la modificación de los estatutos, no puede dejarse sin efectos unilateralmente, en un momento en que la facultad ya se había consumado en la forma indicada. La plena aplicación de la doctrina de los actos propios al presente caso hace que acabe estimando el recurso de casación plantado por los demandados.

NOTA.—Sobre la plena validez y eficacia de los acuerdos adoptados en junta cuando no son impugnados por los propietarios, *vid.* las SSTs de 19 de noviembre de 1996, 28 de febrero de 2005, 19 de octubre de 2005, 30 de diciembre de 2005, 7 de junio de 2006 y 6 de noviembre de 2013. También es doctrina jurisprudencial la que establece que serán meramente anulables los acuerdos que impliquen la infracción de algún precepto de la LPH o de los estatutos de la comunidad de propietarios (SSTs de 28 de octubre de 2004, 25 de enero de 2005, 17 de diciembre de 2009 y 6 de noviembre de 2013), reservándose la nulidad absoluta para aquellos acuerdos que infrinjan cualquier otra ley imperativa o prohibitiva (SSTs de 29 de octubre de 2010 y 18 de abril de 2007). En relación con la doctrina de los actos propios, *vid.* las SSTs de 9 de diciembre de 2010 y 25 de febrero de 2013. Respecto a la delimitación jurídica de los garajes, *vid.* las SSTs de 16 de mayo de 2006 y 10 de enero de 2008. Sin embargo, en otra sentencia el Alto Tribunal rechazó la aplicación de esta doctrina en el caso de un acuerdo de revocación de otro previo de autorización de unas obras de cerramiento. Se trataba de la STS de 25 de febrero de 2013. Y sobre la alteración del uso de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal, *vid.* las SSTs de 30 de septiembre de 2010, 24 de octubre de 2011, 4 de marzo de 2013 y 25 de junio de 2013. (*S. L. M.*)

24. Variedad vegetal protegida. Derecho de exclusiva.—Los derechos de exclusiva se traducen en un *ius prohibendi* y en una serie de acciones para el caso de infracción (art. 94 Reglamento CE 2100/94). Al mismo tiempo, desde la publicación de la solicitud de registro hasta su concesión, el titular o sumlicenciario también tienen derecho a solicitar una indemnización razonable a quien haya realizado un acto que, transcurrido este periodo, le habría sido prohibido en virtud de la protección comunitaria de obtención vegetal.

Acciones del titular.—El titular de una variedad vegetal protegida por la Oficina comunitaria tiene, desde el momento de su reconocimiento, adquiere una serie de acciones frente a las infracciones posteriores, que básicamente son de cesación y de indemnización (art. 94 RCE 2100/94). Respecto de los actos anteriores a la concesión de la protección comunitaria de la obtención vegetal, el artículo 95 RCE 2100/94 confiere a su titular el derecho a exigir una indemnización razonable a la persona que, durante el tiempo transcurrido entre la publicación de la solicitud de una protección comunitaria de obtención vegetal y su concesión, haya realizado un acto que, transcurrido este periodo, le habría sido prohibido en virtud de la protección comunitaria de obtención vegetal. De

tal forma que se distingue entre las acciones de infracción propiamente dicha, frente a actos de infracción posteriores a la concesión, y la protección provisional respecto de los actos anteriores a la concesión.

Acciones por actos posteriores a la concesión de protección.—En relación con las primeras acciones, basadas en actos de infracción, posteriores a la concesión de la protección comunitaria sobre la variedad vegetal, debemos precisar qué actos se denuncian infractores y cuándo se habrían realizado, para juzgar si el demandado ha incurrido en algún acto de infracción; y, en caso afirmativo, analizar qué acciones tiene el demandante. Conforme al artículo 94.1.a) RCE 2100/94, comete infracción de estos derechos la persona que sin estar legitimada para ello realice alguna de las operaciones mencionadas en el apartado 2 del artículo 13 en relación con una variedad para la que ya se haya concedido una protección comunitaria de obtención vegetal. El apartado 2 del artículo 13 RCE 2100/94 exige la autorización del titular de una protección comunitaria de obtención vegetal para realizar actos de producción o reproducción de esa variedad, acondicionamiento con vistas a su propagación, puesta en venta, venta o comercialización, exportación de la UE o importación a la UE, o el mero almacenamiento con vistas a las anteriores actuaciones. Sin perjuicio de la eventual extensión de responsabilidad en cascada sobre el «material cosechado» (prevista en el apartado 3 de este art. 13 del RCE 2100/94), hemos de determinar en qué medida estos actos de producción o reproducción y, en general, comercialización, se refieren a la plantación de estos plántones que adquirió el demandado del vivero y a la posterior cosecha obtenida de estos árboles. Esto es, juzgar si la plantación de los plántones y la posterior cosecha constituyen actos de producción o reproducción de la variedad vegetal, a los efectos del artículo 13.2 RCE 2100/94.

Prohibición de acto de reproducción o multiplicación.—El Tribunal de Justicia concluye que el obtentor puede prohibir, no la utilización de los componentes de una variedad con el único objeto de obtener una cosecha agrícola, sino únicamente los actos que den lugar a una reproducción o una multiplicación de la variedad protegida; y que la actividad de plantar una variedad protegida y cosechar sus frutos, que no son utilizables como material de propagación, sólo exige la autorización del titular de la protección comunitaria de obtenciones vegetales relativa a dicha variedad vegetal en la medida en que concurren los requisitos establecidos en el artículo 13, apartado 3, de dicho Reglamento. La STJUE de 19 de diciembre de 2019, C-176/19 (asunto Club de Variedades Vegetales), consideró que el artículo 13, apartado 3, del Reglamento 2100/94 debe interpretarse en el sentido de que los frutos de una variedad vegetal no utilizables como material de propagación no pueden considerarse obtenidos «mediante el empleo no autorizado de componentes» de dicha variedad vegetal, según los términos de esa disposición, cuando un vivero haya multiplicado y vendido dichos componentes de la variedad a un agricultor en el período comprendido entre la publicación de la solicitud de protección comunitaria de obtenciones vegetales relativa a esa variedad vegetal y la concesión de dicha protección.

Propiedad intelectual. Límites del artículo 85 CCO.—Estos derechos de exclusiva, como otros de propiedad intelectual en sentido amplio, son ajenos al efecto previsto en el artículo 85 CCO. En aras de la seguridad jurídica, el artículo 85 CCO establece, a favor del comprador, un efecto de irrevindicabilidad de los bienes adquiridos en establecimientos mercantiles (almacenes o tiendas) abiertos al público. Del mismo modo que en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto, se distingue entre el *corpus mechanicum*

(cuerpo material) y el *corpus mysticum* (creación intelectual) para el cual el primero sirve de soporte material, en el caso de un plantón de una variedad vegetal registrada en la oficina comunitaria, puede distinguirse entre la materialidad del plantón y la creación que supone la obtención de esa variedad vegetal. De tal forma que, así como la irreivindicabilidad del artículo 85 CCO se aplica a la propiedad del *corpus mechanicum* y no a los derechos de propiedad intelectual que contiene, también, afecta a la propiedad de los plantones o a los árboles adquiridos en el vivero, pero no impide que el titular de los derechos sobre la variedad vegetal pueda ejercitar esos derechos que el reconocimiento de su obtención le confiere conforme al Reglamento CE 2100/94. **(STS de 11 de junio de 2020;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—N. P. S. A. R. L. es titular de una variedad vegetal determinada, N. C. D., S. A., licenciataria en exclusiva de los derechos sobre esta variedad vegetal, encomendó a la demandante, C. de V. V. P., el ejercicio de las acciones basadas en la infracción de esos derechos, contra el demandado, F. N. P. S. A. R. L. había solicitado la concesión de esta variedad vegetal en agosto de 1995, ante la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales. La solicitud fue publicada en el boletín oficial en 1996. La Oficina Comunitaria otorgó la concesión en 2004, lo que fue publicado en el boletín del día. En dicho año. Esta decisión fue recurrida por la F. de C. A. V. El recurso produjo efectos suspensivos sobre la concesión de la variedad, hasta que en 2005 fue desestimado por la Sala de Recurso de la Oficina. Esta resolución fue publicada en 2006. La decisión fue impugnada ante el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea, sin que esta impugnación tuviera efectos suspensivos sobre los derechos derivados de la concesión de la variedad vegetal. El tribunal desestimó la impugnación mediante sentencia de 2008. F. es titular de dos parcelas en una fueron plantados 998 árboles de la variedad N. y en la parcela otra hay 506 la misma variedad. Estos plantones habían sido adquiridos por F., con anterioridad a 2005, en un vivero que los comercializa en un establecimiento abierto al público, C. de V. V. P., interpuso una demanda contra F. por infringir los derechos que sobre la variedad vegetal correspondían a su titular y al licenciataria, por haber plantado, injertado o explotado comercialmente dicha variedad, también pidió una indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los actos infractores correspondientes al periodo de protección provisional y por los posteriores. El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Valencia estimó la excepción de prescripción de la acción, por entender que no había existido actividad probatoria que justificara razonablemente que el obtentor no hubiera podido ejercitar razonablemente su derecho en la fase de reproducción (en el vivero en el que adquirió los plantones el demandado) y que esa se hubiera realizado sin su autorización, pues sólo en esos casos podría ejercitar la acción sobre el producto de la cosecha. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandante, la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso al apreciar la improcedencia de la prescripción, pero confirma la desestimación de la demanda porque la demandante carecía de acción frente a la demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N.D.L.)

DERECHO DE FAMILIA

25. Criterios temporales en la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia compartida.—El artículo 96 CC no contempla cómo se debe atribuir el uso de la vivienda familiar en el caso de que se haya acordado custodia compartida. Ante esta ausencia legal, no procede la aplicación del primer párrafo del artículo 96 CC, sino que debe aplicarse por analogía el párrafo segundo del artículo 96 CC, del que resulta que, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, «el Juez resolverá lo procedente».

En casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquel de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos, etc.), para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la convivencia durante los períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía.

Pero cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, no procede hacer la atribución indefinida del uso de la que fue la vivienda familiar. En su lugar, deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda.

Por tanto, atribuir a uno de los cónyuges el uso de la que fue vivienda familiar sin fijar un límite temporal no se ajusta a la interpretación y aplicación que se debe realizar del artículo 96 CC a la luz de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Remitir a la mayoría de edad del hijo el derecho de uso de la vivienda familiar equivale a una atribución indefinida, pues cuando el hijo alcance la mayoría de edad ya no existirá custodia compartida y el hijo podrá permanecer con aquel de los progenitores que desee.

Por su parte, la custodia compartida no excluye la fijación de alimentos cuando existe gran disparidad en la situación económica de ambos progenitores. En consecuencia, siempre queda abierta la posibilidad de una modificación de medidas si fuera precisa para ajustar la satisfacción de las necesidades de los menores a la capacidad económica de cada progenitor en la situación que derivará tras la extinción del uso de la vivienda. **(STS de 12 de junio de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Juan interpone demanda de divorcio contra Milagros. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia acordando la custodia compartida de los dos hijos menores del matrimonio.

Juan recurre en apelación, por no estar conforme con la atribución a Milagros de forma indefinida (hasta la mayoría de edad del menor de los dos hijos) de la que fue vivienda familiar. El recurso es desestimado.

Juan interpone recurso de casación, por vulneración del artículo 96, párrafo segundo, CC, en relación con los artículos 33 CE y 348 CC y quebrantamiento de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre los mismos, en lo relativo a la atribución del uso de la que venía siendo vivienda familiar a uno u otro cónyuge,

en los supuestos de guarda y custodia compartida de los hijos menores. El recurso es estimado. (T.R.C.)

26. Existencia de un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales derivado de la emisión, con cargo a reservas, de nuevas participaciones sociales en una sociedad de capital, siendo las nuevas participaciones adjudicadas de forma privativa a los cónyuges.—La naturaleza jurídica de las reservas de una sociedad de capital, en tanto suponen beneficios no repartidos, es la propia de los frutos civiles.

Por tanto, como consecuencia de la consideración como ganancial de los «frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales» (art. 1347.2 CC), al producirse —vigente la sociedad de gananciales— un aumento del capital social con cargo a reservas —bien mediante la emisión de nuevas participaciones, bien mediante el aumento del valor nominal de las ya existentes—, y al haber sido una parte de estas participaciones adjudicadas a los cónyuges de forma privativa, nace un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales por el valor satisfecho debidamente actualizado al tiempo de la liquidación

Esta interpretación no supone infracción de la doctrina de la sentencia del Pleno 60/2020, de 3 de febrero, en la que se determinaba el carácter no ganancial de las cantidades destinadas a reservas al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales, porque esas reservas permanecen en el patrimonio de la sociedad mercantil y, por tanto, quedan sometidas al concreto régimen normativo societario. (STS de 15 de junio de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Carmen interpone demanda de liquidación de la sociedad de gananciales contra Francisco, en la que solicita la formación de inventario. La demanda es parcialmente estimada, y en ella se declara el activo y el pasivo de la disuelta sociedad de gananciales.

Carmen recurre en apelación. El recurso es parcialmente aceptado, acordando algunas modificaciones del inventario de la sociedad de gananciales.

Carmen interpone recurso de casación sobre la base de la infracción de los artículos 1352 y 1358 CC, pues entiende que existe un derecho de crédito a favor de la sociedad de gananciales como consecuencia de la emisión, con cargo a reservas, de nuevas participaciones sociales en una sociedad de capital y la posterior adjudicación de las nuevas participaciones a los cónyuges de forma privativa. El recurso es estimado. (T.R.C.)

DERECHO DE SUCESIONES

27. Sucesiones. Preterición intencional. No concurrencia con otros legitimarios.—La preterición intencional de un heredero forzoso no perjudica la legítima, reduciéndose la institución de heredero antes que los legados, las mejoras y las demás disposiciones testamentarias (art. 814 CC). Cuando el hijo

o descendiente preterido intencionalmente concurre con otros hijos o descendientes no preteridos, la legítima que no puede ser perjudicada es la corta (un tercio), por cuanto concurre con otras personas del mismo rango, y fuera de la legítima estricta el causante puede disponer libremente de sus bienes entre sus descendientes. Por el contrario, si el preterido concurre con extraños –como sucede en el caso, pues los instituidos herederos eran sobrinos del causante–, la legítima que no puede verse perjudicada es la larga (dos tercios). En definitiva, la pauta para interpretar cuál es la legítima que la preterición intencional del hijo o descendiente no puede «perjudicar» viene dada por las facultades de disposición testamentarias del causante (**STS de 23 de junio de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excm.a. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.–El causante había nombrado herederos en su testamento a sus sobrinos, resultando preteridos dos hijos no matrimoniales cuya filiación fue determinada en un momento muy posterior al otorgamiento. Los preteridos solicitaban la nulidad de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial y de la escritura de adjudicación de herencia, así como la declaración de que eran los únicos y universales herederos del causante, la condena a los demandados a entregar todos los bienes y derechos recibidos como herencia, y a rendir cuentas de ellos desde la fecha del fallecimiento del causante hasta la entrega.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, considerando que se trataba de una preterición no intencional porque el testador no podía tener la certeza de que eran hijos biológicos suyos. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación de los demandados, declarando la nulidad parcial de las disposiciones patrimoniales del testamento y la condición de herederos forzosos de los demandantes, a los que reconoció la legítima estricta. Para la Audiencia, el testador había omitido la mención de sus dos hijos a propósito, apoyándose especialmente en la declaración testifical de un vecino de la misma localidad y amigo del causante; la preterición era por tanto intencional. El Tribunal Supremo desestima el recurso por infracción procesal y estima el recurso de casación, casando la sentencia de apelación en un único sentido: donde dice «reduciendo la institución de herederos forzosos de los citados demandantes únicamente a la legítima estricta o corta» debe decir «atribuyendo a los citados demandantes la legítima de dos tercios», manteniéndola en todo lo demás. (*R.P.C.*)

DERECHO MERCANTIL

28. Libre prestación de servicios. Normativa comunitaria: actividad transfronteriza.–El artículo 49 CE [actual art. 56 TFUE] exige suprimir cualquier restricción a la libre prestación de servicios, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos inte-

resantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos, consta que una normativa de un Estado miembro que prohíbe a los prestadores que están establecidos en otros Estados miembros proponer servicios por Internet en el territorio de dicho Estado constituye una restricción a la libre prestación de servicios garantizada por el artículo 49 CE [art. 56 TFUE]. Además, dicha normativa supone una restricción a la libertad de los residentes en el Estado miembro de que se trate de acceder por Internet a servicios ofrecidos en otros Estados miembros».

Libre prestación de servicios. Restricciones.—La jurisprudencia del TJUE ha admitido, con carácter general, restricciones a la libertad de prestación de servicios que vengan justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas (art. 52 TFUE). Pero, con carácter específico, en materia de prestación de servicios de juegos de azar, el TJUE ha admitido una serie de razones imperiosas de interés general, como los objetivos de protección de los consumidores, lucha contra el fraude y prevención tanto de la incitación al gasto excesivo en juego como de la aparición de perturbaciones en el orden social en general.

Competencia desleal. Infracción legal: improcedencia.—En un litigio sobre competencia desleal no puede reputarse como una infracción legal, determinante de la deslealtad de la conducta, la infracción de una norma concurrencial de Derecho nacional que es contraria a las exigencias de los tratados de la UE, cuya primacía desplaza la aplicación de las normas nacionales incompatibles en aquellas situaciones que quedan incluidas en el ámbito del Derecho de la UE.

Competencia desleal. Norma nacional incompatible con el derecho comunitario.—El Tribunal de Justicia de la UE sostuvo que una norma de Derecho nacional incompatible con el Derecho comunitario no puede ser invocada frente a otro particular. Tal pronunciamiento lo realizó al resolver una cuestión prejudicial planteada en un litigio en el que se habían ejercitado acciones que tenían por objeto que se sancionaran unas prácticas desleales prohibidas por la Ley sobre prácticas comerciales, en el que la valoración de la deslealtad dependía de que se considerara o no incumplida una ley cuya compatibilidad con el Derecho comunitario era cuestionada.

Juegos de azar. Regulación comunitaria: naturaleza de prestación de servicios.—La jurisprudencia del TJUE sostuvo que las actividades consistentes en permitir a los usuarios participar, a cambio de una remuneración, en un juego en el que se puede ganar dinero, constituyen prestaciones de servicios en el sentido del artículo 49 CE (actual art. 56 TFUE), por lo tanto, según se desprende de una reiterada jurisprudencia, tales prestaciones están comprendidas en el ámbito de aplicación del citado precepto siempre que el prestador esté establecido en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ofrece el servicio. Así sucede, en particular, en el caso de servicios que un prestador ofrece, a través de Internet, a destinatarios potenciales establecidos en otros Estados miembros y que presta sin desplazarse desde el Estado miembro en el que está establecido.

Juegos de azar. Regulación española anterior a la LRJ: prohibición general.—En nuestro ordenamiento jurídico, antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, Reguladora del Juego (LRJ), existía una prohibición de carácter general de los juegos de azar, de la que únicamente escapaban los juegos que cumplieran un doble requisito: i) constituir usos sociales de carácter tradicional o familiar y ii) no ser objeto de explotación lucrativa.

Fuera de estas excepciones, para quedar fuera de esa prohibición, era necesario que el juego en cuestión estuviera incluido en el catálogo previsto en el artículo 2 del Real Decreto 444/1977, sus medios técnicos estuvieran homologados y que además estuviera autorizado conforme a lo previsto en el artículo 1 de dicho Real Decreto y el artículo 1 del Real Decreto-ley 16/1977.

Juegos de azar. Objetivos nacionales: restricciones.—Aunque, según la jurisprudencia del TJUE, los Estados miembros son libres para determinar los objetivos de su política en materia de juegos de azar y, en su caso, para definir con precisión el grado de protección perseguido, el TJUE también afirma que de reiterada jurisprudencia resulta que las restricciones impuestas por los Estados miembros deben respetar el principio de proporcionalidad y que una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si los medios utilizados son coherentes y sistemáticos.

Juegos de azar. Oposición a las restricciones transfronterizas.—El TJUE ha afirmado que los artículos 43 CE [actual art. 49 TFUE, libertad de establecimiento] y 49 CE [actual art. 56 TFUE, libertad de prestación de servicios] deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que impide de hecho toda actividad transfronteriza en el sector del juego, con independencia de la forma en que dicha actividad se lleve a cabo. (STS de 8 de junio de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de D. O. de J. R., S. A.; C. A., S. A.; M., S. A.; C. E., S. A. y C. A. E., S. L., interpuso demanda contra B. G. P. y B. I. P. solicitando, en síntesis, que se dictara sentencia en la que se declarase que las demandadas han incurrido en actos de competencia desleal, ordene la cesación y prohibición de el desarrollo de cualesquiera actividades de juegos de azar y apuestas por parte de las demandadas por canales electrónicos, informáticos, telemáticos o interactivos que sean accesibles en territorio español y, en particular, las actividades a través de Internet mediante el sitio web *www.....* o cualesquiera otros dominios de Internet sobre los que ostentes control directo o indirecto, incluido cualquier dominio «.es» en tanto no cuenten con las licencias administrativas preceptivas para desarrollar esas actividades y, en particular, para desarrollar cada uno de los juegos de azar y apuestas que ofrezcan a través de los mismos, también se pretende la cesación del desarrollo de cualquier tipo de publicidad en territorio español o dirigida al territorio español de actividades de juegos de azar y apuestas que carezcan de la preceptiva autorización administrativa o que no cumpla los términos de la autorización administrativa, para cada uno de los juegos de azar y apuestas a los que dicha publicidad se refiera. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid desestimó la demanda, con imposición de costas a las entidades demandantes. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la parte demandante, oponiéndose a ello la parte demandada Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso, al considerar que desde la perspectiva del Derecho de la UE, no resulta aceptable la postura que considera ilícita la prestación transfronteriza de servicios de juego *on line* con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, Reguladora del Juego (LRJ) por parte de operadores que tenían licencias

en otros países. La licitud de la prestación transfronteriza de servicios de juego se afirma, toda vez que, si se considera procedente el cobro de una tasa por la prestación de tal actividad, se está presuponiendo su licitud. Asimismo, la licitud de la conducta de las demandadas resultaría de las disposiciones transitorias de la LRJ relativas a la autorización para continuar esta actividad y su publicidad durante el periodo transitorio. Por tales razones, las demandadas no habían incurrido en las conductas desleales que se les imputaba en la demanda, pues la conducta de B no constituyó ninguna infracción legal, actuó amparada por una licencia concedida en Malta y recogió, trató y cedió los datos en el ejercicio de una actividad lícita. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N.D.L.*)

29. Seguro. Consorcio de compensación de seguros. Recargo por demora en el pago de la indemnización.—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que el Consorcio de Compensación de Seguros está obligado a abonar intereses, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, por el retraso en el pago de la indemnización pertinente al perjudicado en un accidente en el que ninguno de los vehículos intervinientes tenía seguro, sin que la indeterminación de la culpabilidad justificara dicho retraso, toda vez que tendría obligación de indemnizar cualquiera que fuera el responsable. (**STS de 15 de junio de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—En el año 2000 tuvo lugar un accidente entre dos ciclomotores resultando lesionado el ocupante de uno de ellos y fallecido su conductor. En octubre de 2003 el lesionado reclamó la indemnización pertinente al Consorcio de Compensación dado que no constaba aseguramiento de los vehículos implicados. Sin embargo, el Consorcio de Compensación respondió en noviembre de 2003 a dicha reclamación solicitando que se facilitaran datos y documentación del accidente, lo que reiteró en julio de 2004 sin éxito. El perjudicado interpuso demanda interesando la condena al Consorcio de Compensación a abonar la indemnización pertinente más los intereses del artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS). Sin embargo, el Consorcio de Compensación de Seguros se opuso comprendiendo que concurrían circunstancias excepcionales que, al amparo del artículo 20.8 LCS, justificaban la no imposición de intereses y, en caso de imponerse, alegaba que debían devengarse, conforme al artículo 20.9 LCS, desde los tres meses siguientes a la reclamación previa —efectuada en fecha 11 de marzo de 2014—, y no desde la fecha del siniestro. En concreto, entre las circunstancias excepcionales alegadas se encontraba la dificultad de determinar si ambos vehículos carecían de seguro, así como la indeterminación de la responsabilidad de uno u otro vehículo.

Por su parte, el Tribunal Supremo comprendió que existió causa justificada para no abonar la indemnización hasta que en mayo de 2009 se tuvo noticia de que ambos ciclomotores carecían de seguro, de suerte que, a partir de ese momento, la cobertura de la indemnización del actor, cualquiera que fuese el resultado final de la causa penal a efectos de declarar la responsabilidad del siniestro,

sería de cuenta del Consorcio de Compensación de Seguros. Por tanto, no cabía considerar justificada la negativa del Consorcio, fundada en la existencia de controversia en torno a la imputación de la culpabilidad determinante del resultado lesivo, por lo que condenó a la entidad a incrementar la indemnización con los intereses del artículo 20 LCS. (A.A.O.)

30. Cooperativa. Régimen económico.—Los principios informadores del régimen económico de las sociedades cooperativas son sustancialmente diferentes a los de las sociedades de capital. En particular, en las cooperativas el capital social tiene una función muy diferente a la que tiene en la sociedad de capital, porque no constituye el criterio básico para atribuir a los socios los derechos políticos y económicos en la sociedad, sino que dicho papel corresponde a la actividad cooperativizada.

Capital social.—La configuración secundaria del capital social en la cooperativa se observa también en el hecho de que sea variable, puesto que los estatutos han de fijar únicamente un capital social mínimo, lo que se conjuga con los principios cooperativos de adhesión voluntaria y abierta («puerta abierta»), por los que el socio puede abandonar la cooperativa mediante la recuperación de sus aportaciones, con el cumplimiento de determinadas condiciones establecidas legal y estatutariamente.

Derecho de reembolso.—El fundamento del derecho de reembolso cooperativo se encuentra en la extinción sobrevenida de la relación jurídica que unía al socio con la cooperativa, que da lugar a una liquidación parcial del contrato de sociedad que se materializa con el reembolso de la aportación. No obstante, para atemperar las posibles consecuencias negativas en la organización societaria del carácter abierto de la cooperativa (por ejemplo, la descapitalización o la drástica reducción de su base social y, con ella, de la actividad económica cooperativizada), la legislación cooperativa admite cláusulas estatutarias que limiten temporalmente el derecho de reembolso derivado de la baja voluntaria. Así, los estatutos pueden exigir el compromiso de los socios de no darse de baja voluntariamente, sin justa causa que permita su calificación como justificada, hasta el final del ejercicio económico en que pretendan causar baja o hasta que haya transcurrido desde su admisión el plazo que fijen los estatutos.

Cooperativa de viviendas. Castilla y León.—En el caso de las cooperativas de viviendas, la regulación de Castilla y León, no se limita a establecer un plazo máximo para que se dé cumplimiento al derecho de reembolso del cooperativista, sino que permite que los estatutos incluyan la previsión de que las cantidades en que dicho derecho se concrete no se hagan efectivas hasta que ingrese un nuevo socio que sustituya al que se dio de baja. Pero ello no significa que el socio no tenga derecho al reembolso por un tiempo que puede ser indefinido, y menos, que esté sometido a una circunstancia o condición que puede no tener lugar (en este caso, que no haya nadie dispuesto a ingresar en la cooperativa en su sustitución). Puesto que tal interpretación conduciría, en tales casos, a la negación del derecho al reembolso. Lo que quiere decir dicho precepto estatutario es que, dentro del plazo máximo de cinco años desde la baja, se producirá el reembolso cuando ingrese un nuevo socio. Pero si transcurren los cinco años (o el año, en el caso de causahabientes por fallecimiento del socio) sin que se haya producido la sustitución del antiguo cooperativista por el nuevo, deberá abonarse el reembolso sin más

esperas o condicionamientos. **(STS de 11 de junio de 2020; no ha lugar.)**
[Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—A solicitó su admisión en la cooperativa integral (de viviendas y sanitaria), Sociedad Cooperativa P. V. abonando cierta cantidad en concepto de aportación obligatoria al capital social y se comprometió a realizar las aportaciones necesarias para financiar la construcción de un apartamento con plaza de garaje y trastero que se iba a edificar por la cooperativa, como parte de un edificio de apartamentos y servicios (denominado centro asistencial), posteriormente, el Sr. A. solicitó la baja en la cooperativa, para lo que adujo la existencia de irregularidades en algunas asambleas y en la conformación de las actas. Solicitó la transmisión de sus derechos sobre el apartamento y sus anexos a quien designara la cooperativa y la recuperación de sus aportaciones. La representación procesal de los herederos de A., G., J. M., J. A., S., O, interpuso demanda de juicio ordinario contra la Sociedad Cooperativa P. V., solicitando se dictara sentencia que condene a la entidad demandada a satisfacer a los actores, para la integración del caudal hereditario de A., determinada suma de dinero más intereses. La cooperativa demandada se opuso a la demanda y formuló reconvención en reclamación de cantidad en concepto de cuotas impagadas por los servicios de mantenimiento de los inmuebles. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valladolid estimó íntegramente la demanda, condenando a la entidad demandada a reembolsar las aportaciones efectuadas a su favor y en su día por A., tanto las destinadas al capital social de la cooperativa como las dirigidas a financiar el pago de los inmuebles adjudicados por ella al A. y G. a la demandante, la sentencia igualmente, impuso las costas a la cooperativa, en cuanto a las acciones ejercitadas por la parte principal, además, la sentencia estimó la reconvención formulada por la entidad demandada contra la parte demandante a la que condenó a abonar ciertas cantidades de dinero. La representación procesal de la cooperativa demandada recurrió en apelación, la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Valladolid revocó en parte la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda al considerar que no procedía el reembolso de las cantidades hasta que se produjera la sustitución mediante el ingreso en la cooperativa de un nuevo socio. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N.D.L.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (notas críticas, libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Envío de originales:

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Román en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal y las notas al pie de página en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y sus páginas estarán numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y noventa páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y unas palabras claves. El título, el resumen y las palabras claves deberán figurar en castellano y en inglés. Además, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo, con su correspondiente numeración, salvo el apartado Bibliografía que no se enumera.

Si en el cuerpo del texto del trabajo se citan los apellidos de un autor o una autora, se hará en redondo y caja baja.

Las referencias bibliográficas se harán del siguiente modo, pero solo en lo que respecta a la bibliografía final del trabajo:

— Libro: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.

— Capítulo de libro: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo», en *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*, Madrid, 1997, pp. 9-19.

— Artículo de revista: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 967-1086.

En cuanto a las referencias bibliográficas en nota a pie de página, solo se incluirán los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, año de publicación (si es libro o capítulo de libro) y la/s página/s (p., o pp.), y si se trata de un artículo de revista, los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, la abreviatura de la revista, y año, y la/s página/s (p., o pp.).

En cuanto a abreviaturas: la de la palabra «artículo», procederá si figura entre paréntesis («art.»); en caso contrario, dicha palabra se transcribirá en su totalidad («artículo»); cuando proceda abreviar la mención del Código civil, procederá realizarla de la siguiente manera: «CC»; cuando proceda abreviar la mención a la Constitución española, procederá realizarla de la siguiente manera: «CE»; y cuando proceda abreviar la mención a la Ley de enjuiciamiento civil procederá realizarla de la siguiente manera: «LEC».

En relación con las sentencias del Tribunal Supremo o de otro Tribunal, que en el trabajo se citen, ha de indicarse la oportuna referencia de localización y el ponente de la sentencia. Para otros tipos de resoluciones jurídicas también ha de indicarse la oportuna referencia de localización.

Podrán ser inadmitidos, sin necesidad de evaluación, los trabajos que no reúnan los requisitos anteriores. El trabajo se devolverá al autor o a la autora para su subsanación.

3. Proceso de admisión, evaluación y publicación:

La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos al Consejo de redacción de la revista, especialistas en la materia, por el sistema de pares ciegos, manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor o de la autora como de los evaluadores.

Emitidos los informes por las personas que han realizado la evaluación, el autor o la autora del trabajo recibirá comunicación por correo electrónico sobre el resultado de la evaluación con los correspondientes informes. El resultado puede ser:

— Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueren.

— Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar modificaciones, como condición para la publicación del trabajo.

— Valoración desfavorable, si ambos informes lo fueren. Esto conlleva la no aceptación del trabajo.

En caso de discrepancia en los informes de evaluación, la revista decidirá si procede enviarlo a un tercer evaluador o evaluadora externos al Consejo de redacción, cuya decisión favorable determinará la aceptación del trabajo.

4. Cesión de derechos:

A los autores y las autoras, cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará, por correo electrónico, el contrato de cesión de derechos de explotación al Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario: adc@mjusticia.es. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

5. Corrección de pruebas de imprenta:

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.

