

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXIV, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 2021



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

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

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Catedrático de Derecho civil

Dirección

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

Secretaría

NIEVES FENOY PICÓN

Catedrática de Derecho civil
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 Titular de Derecho civil.
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: Jorge Caffarena Laporta, Gabriel García Cantero, Antonio Gordillo Cañas, Vicente Guilarte Zapatero, Antonio Gullón Ballesteros, José Ángel Martínez Sanchiz, José Poveda Díaz.

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 III
Julio-septiembre, 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

Pág.

Estudios monográficos

Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, « <i>In dubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda</i> : “viejos” principios para interpretar “nuevas” reglas sobre capacidad y prohibiciones»	729
Camino SANCINENA ASURMENDI/ Ignacio FERNÁNDEZ CHACÓN: «Familia y responsabilidad civil»	771
Carmen Leonor GARCÍA PÉREZ: «Acreedores y beneficiarios ante la repudiación de la herencia. Aspectos controvertidos que derivan del artículo 1001 CC.»	865
Sara ZUBERO QUINTANILLA: «Consideraciones sobre el valor del consentimiento respecto de las disposiciones del propio cuerpo en el aspecto reproductivo»	921

Bibliografía

LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO

CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: «Recargas y novaciones hipotecarias», por Isabel González Pacanowska	975
DE LA IGLESIA MONJE, M. ^a Isabel: «El Allegado. Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor», por María Martínez Martínez	982
PÉREZ DE DIOS, Carmen: «El contrato de crédito al consumo y sus excepciones», por José Antonio Doral García	985
SERRANO RUIZ, Miguel Ángel: «El daño moral por incumplimiento del contrato», por Carlos Castells Somoza	987

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ, Davinia CADENAS OSUNA	993
---	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO ORTIZ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTEIRO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABÁ, Carlos ORTEGA MELIÁN, Ricardo PAZOS CASTRO, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO	1031
---	------

*In dubio pro capacitate y favorabilia amplianda, odiosa restringenda: «viejos» principios para interpretar «nuevas» reglas sobre capacidad y prohibiciones**

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

Frente al «topos» de interpretar siempre de forma restrictiva cualquier limitación a la capacidad de las personas menores de edad o con discapacidad, así como de las prohibiciones legales impuestas a sus cargos tutelares o asistenciales, en este trabajo su autor propone su revisión desde una interpretación internacionalista y jurisprudencial de nuestras normas en combinación con «viejos» principios, actualizados a nuevas realidades, como son el favorabilia amplianda, odiosa restringenda y el in dubio pro capacitate, que no siempre conducen necesariamente a aquella –pretendida– interpretación restrictiva.

PALABRAS CLAVE

Menores de edad. Personas con discapacidad. Capacidad. Prohibiciones legales. Interpretación. Interpretación restrictiva y extensiva. Analogía. Favorabilia amplianda, odiosa restringenda. In dubio pro capacitate.

In dubio pro capacitate and broad favorable, hate restricting: «old» principles to interpret «new» rules on capacity and prohibitions

ABSTRACT

Faced with the «moles» of always interpreting in a restrictive way any limitation to the capacity of minors or people with disabilities, as well as the

* El presente trabajo, aunque publicado en el fascículo III del Anuario de Derecho Civil correspondiente al trimestre de julio-septiembre de 2021, fue redactado en noviembre de 2020 y aceptado para su publicación en diciembre de ese año.

legal prohibitions imposed on their guardianship or assistance positions, in this work its author proposes its review from a Internationalist interpretation of our norms in combination with «old» principles, updated to new realities, such as the favorabilia amplianda, odiosa restringenda and the in dubio pro capacitate, which do not always necessarily lead to that –intended– restrictive interpretation.

KEY WORDS

Minors. People with disabilities. Capacity. Legal prohibitions. Interpretation. Restrictive and extensive interpretation. Analogy. Favorabilia extended, odious restricted. In dubio pro capacitate

SUMARIO: I. *La necesaria interpretación restrictiva de las normas limitadoras de la capacidad en personas menores o con discapacidad: la revisión de un tópico desde una visión –interpretativa– internacionalista.*–II. *Criterios de interpretación de las normas sobre capacidad de las personas menores de edad: ¿favorabilia amplianda, odiosa restringenda?, favor libertatis, favor minoris, y, subsidiariamente, in dubio pro capacitate.*–III. *Criterios de interpretación de las normas sobre capacidad de las personas con discapacidad: favorabilia amplianda, odiosa restringenda, la plena igualdad en el favor libertatis, y, subsidiariamente, in dubio pro capacitate.*–IV. *Y la posible interpretación extensiva de las prohibiciones legales impuestas a los cargos de apoyo a personas menores o con discapacidad: a mayor alcance de la prohibición mayor autonomía para menores y personas con discapacidad (conforme al favorabilia amplianda, y, una vez más, in dubio pro capacitate).*–V. *A modo de conclusión, y de epílogo (abierto).*–Bibliografía. Índice cronológico de jurisprudencia

I. LA NECESARIA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS NORMAS LIMITADORAS DE LA CAPACIDAD EN PERSONAS MENORES O CON DISCAPACIDAD: LA REVISIÓN DE UN TÓPICO DESDE UNA VISIÓN –INTERPRETATIVA– INTERNACIONALISTA

«Escribir hoy desde el Derecho sobre temas vinculados al ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad es un verdadero reto. Hay una hemorragia doctrinal, pues el tema ha tomado mucho brío tras la aprobación en Nueva York, en diciembre de 2006, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. De ella se ha dicho tanto..., tan variado y con efusi-

vo ímpetu, con tantos matices o sin matices en algunos casos, que hay que ser selectivo para resultar original en estos predios».

Lo decía recientemente un caro colega, experto en la materia, notario y profesor universitario en La Habana, Leonardo Pérez Gallardo¹, en una recensión hecha a una monografía, también reciente, habida sobre el tema².

Mutatis mutandis, lo mismo cabe decir sobre la capacidad de los menores de edad, no solo por la temática, tan cercana a la de las personas con discapacidad, y por la abundancia doctrinal que sobre ambos temas reina³, sino por la influencia en comunión que el Derecho internacional tiene en ambos; una incidencia que en algunos países, sobre todo de Hispanoamérica, se ha hecho realidad a través de diversas reformas legislativas, pero que en todos, aun donde no haya habido reformas legislativas al respecto⁴ y sea el Derecho vigente más o menos conforme con aquel Derecho internacional, tiene este ya una presencia, *de lege lata*, por la propia fuerza interpretativa que tal Derecho supranacional ejerce sobre el interno de todos los Estados que, cuando menos, lo hayan suscrito.

En el caso español, así lo proclama, por ejemplo, en materia de menores, el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LO 1/1996), recientemente reformada (por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia); una interpretación desde los Tratados internacionales, que, por cuanto integrados dentro del ordenamiento de cada país (*cf.*, arts. 96.1 CE y art. 1.5 CC), no solo alcanza al Derecho –de rango– legal interno, nacional, sino también a los textos constitucionales de cada país, al menos en el caso, como en otros tantos, de España, según proclama el artículo 10 de nuestra Constitución; lo que, sin duda, afecta a las normas contenidas en la propia Constitución referidas a menores y a personas con discapacidad (*cf.*, sus arts. 39 y 49).

¹ Algo parecido decía también en la presentación a una obra colectiva que él mismo coordinó hace unos años (2014, pp. XIII y ss.).

² LÓPEZ BARBA, 2020.

³ Basta con una ojeada en Dialnet para darse cuenta de la elephantiasis doctrinal habida en ambas materias relacionadas con la capacidad de la persona.

⁴ En el caso español, es reciente la reforma legislativa sobre personas con discapacidad, con la Ley 8/2021, de dos de junio, BOE de tres de junio, y en vigor desde el tres de de septiembre de 2021, el presente trabajo no aspira a la interpretación de normas particulares (aunque variados ejemplos se expongan de algunas de ellas), sino, con mayor ambición y pretensión (tal vez, con pretenciosidad), a sentar unas reglas generales y orientativas de interpretación cualesquiera que sean las normas habidas en materia de capacidad de menores y de personas con discapacidad.

Dicho todo lo cual, puede resultar, cuando menos, pretencioso por mi parte contribuir a aquella elephantiasis doctrinal, abordando, además, simultáneamente dos temas que, aunque relacionados, merecen estudios monográficos separados (no solo generales sobre la capacidad de los menores o de las personas con discapacidad, sino también sobre temas aún más particulares sobre uno y otro). Pero hay, nos parece, una justificación para tal estudio: la de abordar un tema generalista, que afecta por igual a las normas que regulan la capacidad del menor y la de las personas con discapacidad, y que, a nuestro modo de ver, no ha sido del todo estudiado rectamente⁵, y que cuando lo ha sido, se ha hecho con resultados unas veces vacilantes y otras concluyentes, pero que en ninguno de los casos comparto del todo.

Me refiero al tema de cómo interpretar, en general, aquellas normas que regulan la capacidad de menores y de personas con discapacidad, especialmente cuando aquellas normas limitan o condicionan de uno u otro modo aquella capacidad.

Puede que el asunto, así enunciado, sorprenda. Consabido es que tradicionalmente en materia de capacidad rige la regla de que sus limitaciones han de ser interpretadas restrictivamente. Es una enseñanza, según creo, ya tomada desde el magisterio de D. Federico de Castro, quien, en su *Derecho Civil de España*⁶, tomaba como referencia la regla «*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*», para desde ella «señalar directrices para la interpretación. Así, las disposiciones de carácter penal o sancionador se interpretarán de modo restrictivo, para excluir su «odiosa extensión»; las leyes especiales, excepcionales, concesión de privilegios, reglas ocasionales y transitorias serán de aplicación preferente, pero de interpretación restrictiva; las normas procesales se consideran de orden público y de interpretación rígidamente ajustada al texto legal; los preceptos limitativos de la capacidad –decía– son de interpretación restrictiva, y del mismo modo los que restringen el ejercicio o ámbito de la propiedad; las disposiciones de carácter social, dictadas para proteger a los económicamente más débiles, se entiende que son de carácter imperativo, irrenunciable y de interpretación extensiva».

Como se ve, «los preceptos limitativos de la capacidad son de interpretación restrictiva», decía, afirmación que hacía con funda-

⁵ Casi siempre «tocado» de pasada, como argumento *ad abundantiam*. Aunque excepciones hay, como el estudio de SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2011, pp. 851-862, aunque con un título más sugerente de lo que en él finalmente se contiene.

⁶ Cuya reedición que aquí tomo es la de 1984.

mento en una jurisprudencia que así lo decía (refiriéndose a la STS de 6 mayo 1944⁷; aunque bien pudieran añadirse otras, anteriores incluso⁸, como la STS de 7 febrero 1927, cuando, sobre incapacidades laborales, decía, apoyándose en una jurisprudencia ya formada en la cuestión, que su régimen «*es de carácter limitativo y, por lo tanto, de interpretación rigurosa y restringida, sin que sea lícito, por lo tanto, aplicarlo a otros casos que a los en él previstos expresamente*»).

Puede, incluso, observarse que tal regla interpretativa, de origen jurisprudencial y doctrinal, es hoy también legal (a modo de interpretación auténtica)⁹. En el caso español, así lo proclama para la capacidad de los menores el artículo 2.1.II de la LO 1/1996, cuando dice: «*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor*»; así también, aunque sin ese inciso final, el artículo 7.2 del Código de Derecho Civil Foral de Aragón: «*Las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva*»; o, en general para la capacidad de obrar de toda persona, el CC Catalán¹⁰ cuando en el ap. 3 de su artículo 211-3 dispone que «*Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la capacidad natural*».

Aunque tal doctrina interpretativa –ya hoy legal– haya sido desde entonces consabida y aceptada por todos, las dudas que suscita son, al menos en mi opinión, muchas; entre otras: ¿cuál es el fundamento de tal doctrina ya autenticada: el ser toda restricción de la capacidad materia odiosa, como decía De Castro?; pero ¿acaso tales limitaciones en los menores y en las

⁷ Donde se afirma que «*el tema de incapacidad es de interpretación restrictiva*».

⁸ Siendo probablemente la primera en afirmarlo la STS de 22 diciembre 1863, aunque en *obiter dicta*, al hablar de «*el principio general de que debe ampliarse lo favorable y restringirse lo odioso*».

⁹ Lo que, para algunos, resulta manido, consabido e innecesario. Así, por ejemplo, refiriéndose al artículo 2.1. II LO 1/1996, que a continuación reproducimos, ALONSO PÉREZ, *Actualidad Civil*, 1997, p. 24, cuando afirma que se trata de un «principio nada novedoso, pues desde la promulgación del CC la mejor doctrina lo defendió sin ambages». O como RIVERA FERNÁNDEZ, *Revista General de Derecho*, 1996, pp. 6501-6532, quien tras decir que es «uno de los puntos de mayor trascendencia introducidos por la nueva normativa», dice, sin embargo, luego que «el legislador reitera algo que no era necesario repetir». O incluso como RIVERO HERNÁNDEZ, 2007, p. 303, nota 138, al estimar «perfectamente inútil reproducir en una ley a estas alturas lo que es un principio conocido de aplicación de las normas, y consagrado por la jurisprudencia: que las normas restrictivas de derechos y capacidades son de interpretación restrictiva». Curiosa nos resulta tal reacción, más propia de quien se antoja crítico con todo: nada de extrañar que de no haberse reconocido legalmente tal dogma la reacción de buena parte de la doctrina hubiera sido la de denunciar la pérdida de una buena ocasión para tal consagración. En fin, que nunca llueve a gusto de todos...

¹⁰ También inmerso en estos momentos en su reforma en materia de personas con discapacidad.

personas con discapacidad no han servido tradicionalmente para protegerlos de posibles engaños y abusos? El propio De Castro, al estudiar, en particular, algunas normas en materia de menores de edad (como el art. 323 CC)¹¹, justificaba la interpretación restrictiva de sus limitaciones, no en ser odiosa la restricción, que está impuesta en beneficio propio del menor, sino por ser excepcional frente a la regla de la capacidad general. ¿Cuál es, entonces, el fundamento de la regla: que la restricción es materia odiosa o que resulta singular, excepcional frente a una –supuesta– regla general que sería la capacidad general de obrar, o tal vez lo sea por ambas razones? Y, siendo una u otra, ¿obliga tal razón a que en todo caso la interpretación de aquellas normas que limitan o condicionan la capacidad deba siempre ser restrictiva cuando su justificación es la protección de la propia persona cuya capacidad se limita o condiciona?; ¿estamos ante una simple regla hermenéutica, la de la necesaria interpretación restrictiva, que funciona a modo de apotegma o aforismo, que sirve de auxilio interpretativo lógico, o más bien ante un auténtico principio general del Derecho que, como tal, puede actuar como principio interpretativo rector, e incluso con una función integradora (*ex art. 1.4 CC*)? O dicho de otro modo, ¿funciona *a priori* tal regla en todo caso a la hora de interpretar cualquier norma que limite o condicione la capacidad de obrar o solo *a posteriori*, subsidiariamente, para los casos de duda en que no quepa interpretar claramente cada limitación, cada norma, atendida su particular razón?; en definitiva: ¿es aquella máxima interpretativa de aplicación absoluta para toda norma que limite o condicione la capacidad de obrar, como cree parte de la doctrina más reciente¹², o es moldeable caso por caso, en conjunción con la *ratio legis* particular de cada norma y las condiciones particulares de cada persona menor o con discapacidad?

La respuesta a tales preguntas dependerá mucho de cuál sea el fundamento de aquella máxima interpretativa restrictiva: de ser, por ejemplo, la regla de que lo odioso debe interpretarse restrictivamente, no se olvide, como hace más de un siglo nos explicaba Joaquín Escriche¹³, que «las leyes penales y todas las demás que sean odiosas, han de interpretarse *en caso de duda*, y no deben

¹¹ Que trataremos con más detenimiento en el siguiente epígrafe, al abordar la interpretación de las normas referidas a la capacidad de los menores de edad en general.

¹² Con fundamento en la opinión de GÓMEZ LAPLAZA y de PÉREZ DE CASTRO, reiteradamente así lo dice ÁLVAREZ MORENO, «Artículo 323», 2013, pp. 2614, 2621, 2627 y 2628.

¹³ En la voz «Interpretación» de su conocido *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1858, al explicar la regla 10.^a de interpretación lógica doctrinal.

extenderse fuera de los casos y las personas para que se han dado... Se ha dicho *en caso de duda*; pues si las palabras y la intención de la ley odiosa o penal son tan claras que no admiten interpretación, habrá de observarse la ley con toda exactitud, por mas –sic– dura y rigurosa que parezca». Si, en cambio, el fundamento de aquella regla interpretativa restrictiva de toda limitación en la capacidad de las personas fuese la excepcionalidad de tal limitación, ello, a lo más, podría impedir su aplicación analógica, pero ¿necesariamente impediría también su interpretación extensiva, especialmente cuando aquella limitación viene establecida para la protección de la propia persona? Obsérvese que, según el artículo 4.2 CC, las normas excepcionales quedan fuera del ámbito de la analogía, pero no necesariamente del de la interpretación extensiva.

Obsérvese, además, que en algunas de las normas antes transcritas, tras afirmarse que «*Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva*», se añade un matiz: «*atendiendo a la capacidad natural*», dice el artículo 211-3.3 del CC Catalán; «*y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor*», dice el artículo 2.1.II LO 1/1996; un matiz, este último, que intencionadamente fue añadido a la redacción originaria de tal norma por obra de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. ¿Querrán, tal vez, añadir tales matices un elemento de ponderación o modulación en aquella máxima, permitiendo que, en algún caso, tal vez la interpretación de una restricción a la capacidad de obrar no sea necesariamente y siempre restrictiva? Piénsese, asimismo, no solo en las restricciones que afectan directamente a la capacidad de los menores o a la de las personas con discapacidad, sino en las de quienes los representan, apoyan o asisten, y que la ley fija, precisamente, para evitar el abuso, el engaño a los intereses del representado o asistido en provecho propio de quien debería apoyarle y protegerle. Son las comúnmente llamadas prohibiciones legales, también de honda tradición (como las que impiden que el tutor o el curador tomen para sí bienes del pupilo, o a la inversa, ...); y ¿acaso en tales supuestos no estaría justificada una interpretación extensiva de tales prohibiciones en coherencia con su razón de ser, a fin de proteger así mejor a los menores y a las personas con discapacidad, concediéndoles a estos, así mismo, mayor autonomía de actuación?

Son, como se ve, muchas las cuestiones que se plantean, y en las que, como habrá ocasión de ver, el actual Derecho internacional juega un importante papel; veámoslo:

II. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD: ¿FAVORABILIA AMPLIANDA, ODIOSA RESTRINGENDA?, FAVOR LIBERTATIS, FAVOR MINORIS, Y, SUBSIDIARIAMENTE, IN DUBIO PRO CAPACITATE

Decía en su redacción originaria el artículo 2.1.II LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor: «*Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva*», comentándose al respecto en su Preámbulo: «*Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto*».

Tan lacónica redacción provocó una importante duda en sus primeros comentarios, siendo Gullón Ballesteros¹⁴ el primero en suscitarse¹⁵: «En efecto, no queda claro si lo que el legislador ha pretendido es establecer el principio de la capacidad de obrar del menor, en todo caso, excepto para los actos y negocios en los que la norma legal la limite, o simplemente que tal norma limitativa de la capacidad de obrar, cuando exista, debe ser sometida a una interpretación restrictiva», o una tercera opción interpretativa cabría, inversa a la primera¹⁶: que la incapacidad del menor es la regla y que solo como excepción tiene capacidad, aunque limitada, siendo tal limitación, a una capacidad que es excepcional, la que como tal debe de ser interpretada restrictivamente. Parecía avalar esta tercera interpretación de aquella norma el hecho de que en la reforma que del CC español se hizo con aquella LO 1/1996, hubo un precepto (el art. 1263 CC), estimado como crucial por su ubicación en materia de contratos en

¹⁴ En *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1996, p. 1.690.

¹⁵ Cuyo planteamiento aquí tomo de su transcripción hecha por RIVERA FERNÁNDEZ, *Revista General de Derecho*, 1996, pp. 6.501 ss. Siguiéndole también en el planteamiento de la cuestión –que no en su solución–, LINACERO DE LA FUENTE, *Actualidad Civil*, 1999, p. 1.588.

¹⁶ Defendida por el propio RIVERA FERNÁNDEZ, *Revista General de Derecho*, 1996, pp. 6.501 ss., quien concluye diciendo: «No es lógico admitir, al hilo del artículo 2, párrafo segundo, de la Ley 1/1996, la plena capacidad de obrar del menor. No creemos que sea esta la intención del legislador, tesis que, por otro lado, podría llevarnos a la incongruencia de considerar al menor edad de mayor grado de capacidad de obrar que el menor emancipado, para el que sí hay limitaciones específicas en el artículo 323» (a que luego nos referiremos); así también, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2011, p. 852.

general, que no fue reformado en esta materia, para seguir diciendo: «No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados» (y ser tan solo reformado en su n.º 2.º, para mencionar a «los incapacitados», en lugar de a «los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir», a que la norma se refería anteriormente). Abundaría en ello la falta de reforma en el artículo 1903 CC, sobre responsabilidad extracontractual –de los padres y tutores– por hecho ajeno –por daño causado por sus hijos, o pupilos–.

Frente a tales normas, y frente a esta última interpretación del artículo 2.1.II LO 1/1996, hubo otro sector de la doctrina española que defendió la primera interpretación (favorable a la consideración de la capacidad del menor como regla y a la de su restricción o limitación como excepción)¹⁷: frente a aquel artículo 1263.1.º CC –supuestamente olvidado de reformar– había otras normas, también en materia de contratos y –además– para otras cuestiones, que sí habían sido reformadas con aquella LO 1/1996, en favor de una ampliación en la capacidad del menor de edad atendida, sobre todo, su edad y madurez (como, entre otros, el art. 166.II CC, que suprimió la necesidad de autorización judicial para las donaciones, o el 211 CC al suprimir la expresión «presunto incapaz» referida al menor enfermo mental potencialmente incapacitable,...).

La cuestión no es baladí, pues su incidencia en el modo en que interpretar las normas sobre capacidad de menores es indudable. Nos lo advierte así Linacero de la Fuente¹⁸: «El elenco de capacidades especiales del menor exige plantear si éste podrá realizar o no un determinado acto a falta de previsión legal expresa. Y así, en función de la tesis que adoptemos (la capacidad o incapacidad de obrar general del menor), la respuesta variaría, admitiendo o negando respectivamente, la posibilidad de realizar dicho acto. Así por ejemplo si seguimos la tesis de la capacidad, sería capaz para todo acto para el que no se le niega explícitamente capacidad», pero incapaz –habría que añadir– si se sigue la tesis de la incapacidad como regla.

Entre ambas opciones, e interpretaciones, nos parece más acertada la que defiende la capacidad como regla y su limitación como excepción. Ya desde hace mucho que lo defendía Don Federico de Castro¹⁹, cuando aún tales normas que hoy nos ocupan no existían y sí un Código aún más restrictivo en su regulación sobre la capacidad de menores. Fue entonces, con la vigencia de nuestro Código, y de otros anteriores, a finales del siglo XIX, según nos explica De Castro, cuando de forma espontánea

¹⁷ ALONSO PÉREZ, *Actualidad Civil*, 1997, pp. 29 a 31; LINACERO DE LA FUENTE, *Actualidad Civil*, 1999, pp. 1588 a 1590; RAMOS CHAPARRO, *Derecho Privado y Constitución*, 1995, pp. 167-230).

¹⁸ En *Actualidad Civil*, 1999, p. 1.589.

¹⁹ Para cuyos detalles nos remitimos a sus pp. 169 a 175.

se produce una desviación de la doctrina moderna, patria y extranjera, afirmando, e imponiéndose finalmente como tópico, la incapacidad del menor como regla general, y su capacidad como su excepción, a interpretar esta restrictivamente por ser –precisamente– excepcional²⁰, cuando, históricamente, nunca había sido así, ni tan siquiera una vez aprobado el Código, donde, sin atisbo ni advertencia de ningún cambio de rumbo frente a la tradición, se regulaban importantes restricciones en la capacidad del menor, no como prueba o manifestación de su innata o natural incapacidad, sino, precisamente al contrario, como muestra de su natural capacidad que solo por razones excepcionales para su propia protección convenía en ocasiones restringir. No se trataría, por tanto, de que con cierta edad o madurez el menor pudiera realizar determinados actos o negocios jurídicos, sino de que por falta de edad o de madurez no podía hacer determinados actos o negocios jurídicos, pudiendo, en cambio, realizar todos los demás no excluidos, ni limitados.

Si así lo avala la historia pasada, también lo hace la más reciente: así, desde los Tratados y diversos textos constitucionales que reconocen una mayor y progresiva capacidad en los menores de edad, hasta las últimas reformas habidas en nuestro ordenamiento en cumplimiento, precisamente, de aquellos textos internacionales: ahí está, por ejemplo, la nueva redacción dada al artículo 1263.1.º CC tras su reforma hecha por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, para decir ahora: «*No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales*», y que tantísimos son²¹...²² O ahí está la justificación que el

²⁰ Así lo dice DE CASTRO, 1984, pp. 173 y 174: «El interés que hay en poner en claro del extravío de esta generalizada teoría no es solo una aclaración terminológica, sino que se centra en la interpretación de los textos legales, pues la inversión que defiende, al tratar de excepciones los casos en que las leyes reconocen capacidad de obrar al menor, impone negarle capacidad del todo, menos en los casos evidentemente taxativos, del texto legal y el interpretar estos mismos de modo restrictivo; mientras que la doctrina clásica lleva a las conclusiones contrarias».

²¹ Numerosos ejemplos hay contenidos en el CC en la esfera personal del menor: en los artículos 14 y 20 (para elegir la vecindad civil y la nacionalidad), en el 92 (en materia de separación y divorcio), en el 121 (sobre reconocimiento de hijos), en el 162.1 (y en el art. 3.1 LO 1/1996, para ejercer sus derechos de la personalidad), en el 177 (sobre el derecho a ser oído, y a consentir si se tiene 12 años, para su adopción), en el 273 (en materia de tutela), o en el 320 (para instar su propia emancipación). También abundan ejemplos en la esfera patrimonial: en el artículo 162 (sobre contratos laborales y otros –muchos– supuestos), en el 164 (para administrar sus bienes), en el 443 (para poseerlos), en los artículos 625 y 626 (para aceptar donaciones), en el 663 (para testar), o en los artículos 1329 y 1338 (para hacer capitulaciones matrimoniales).

²² Y, como ya dijera mucho antes, DE CASTRO, 1984, p. 175: «¿Cómo hablar de una incapacidad absoluta y admitir una serie numerosa de casos en que es capaz el menor y

Código de Derecho Civil Foral de Aragón da de su artículo 7.2 (que, recuérdese, dice: «*Las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva*»), cuando en su Preámbulo, tras decir que «*La minoría de edad no es una situación de incapacidad, sino un estado de las personas en los primeros años de su vida, cuando su personalidad se está desarrollando y requieren una formación adecuada a este desarrollo*», añade unos párrafos después: «*De ahí también la trascendencia del principio enunciado en el artículo 7, según el cual las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva: la capacidad es la regla y sus limitaciones, la excepción*», termina diciendo de forma categórica.

Hay, en cierto modo, en todo ello un retorno, aunque actualizado, a nuestro pasado, porque, de raíz, más allá de posibles vaivenes (legislativos o doctrinales), subyace en todo ese devenir una razón de fondo, siempre constante a lo largo de la historia –podría, incluso, hablarse de una permanente razón de Derecho natural, fundada en la justicia-: que la capacidad es expresión de la personalidad, de la dignidad de toda persona, sea mayor o menor, tenga o no discapacidad, ... Es manifestación, sea esta mayor o menor, «principal», de la dignidad y del pleno desarrollo de la personalidad, que, como tal, en principio –o por principio, mejor dicho– ha de ser igual y libre para toda persona (*cf.*, arts. 10 y 14 de nuestra Constitución al reconocer tales principios de dignidad, libre desarrollo de la personalidad e igualdad). Por eso, por principio –insisto–, la capacidad ha de ser igualmente plena para toda persona, incluidos los menores de edad, quienes, antes que menores, son personas.

Ahora bien, el hecho de ser menores, además de personas, no permite, sin más ni siempre, su plena igualdad con el resto de las personas. En ocasiones, por razones de su edad o de su madurez, resulta necesaria su protección, una protección mayor que para las demás personas, fundada en la propia minoría. Es el *favor minoris* –latínajo este de nuevo cuño– que consagra ya nuestra Constitución en su artículo 39, por exigencias de justicia, entendida esta como igualdad proporcional: si justo es tratar de igual modo a los iguales, injusto sería un trato igual entre desiguales, exigiendo la justicia ante tal desigualdad proteger al más débil (al más vulnerable, según suele decirse ahora). Esto, precisamente, es lo que justifica la necesidad de proteger el consabido «*interés superior del*

respecto de actos de tanta trascendencia como hacer testamentos, adquirir la posesión y celebrar contratos?... Si no se explica o si no se puede explicar el hecho de que el ámbito de las llamadas excepciones sea tan amplio (o más amplio) que el de la regla, ni el porqué de esa continuada quiebra de la llamada regla general, tal teoría se revela dogmáticamente inútil y falsa».

menor» proclamado hoy en tantísimas normas, internacionales y nacionales, y tan harto estudiado en la doctrina²³.

He ahí, pues, sintéticamente expuesto el difícil equilibrio a alcanzar en materia de capacidad de menores: entre su libre y pleno desarrollo personal (*ex arts. 10 y 14 CE*), y su protección (*ex art. 39 CE*)²⁴; entre ambos, siempre el primero como regla, y el segundo como elemento ponderador de justicia, o equidad. Lo ha dicho así, en cierto modo, nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 174/2002, de 9 de octubre (seguida por otras), cuando afirma que «*toda restricción o limitación de su capacidad de obrar –refiriéndose a la de los menores– afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de su personalidad*».

Todo ello trae como consecuencia –limitada para el tema que nos ocupa– que, en principio y por principio, la capacidad del menor, como la de cualquier otra persona, se presume plena, libre e igual a la de cualquier otra persona, salvo que –y ahí entraría aquel elemento modulador de su protección– se demuestre lo contrario (es el *favor libertatis* de que hablaba De Castro). Lo que, *a contrario sensu*, significaría que cualquier restricción o limitación en aquella presunta capacidad –que lo es *iuris tantum*– no se podría presumir, debiendo fijarse (en la norma, o en la sentencia en su caso, *ex art. 760 LEC*) de forma expresa y clara. De tal modo que si no es expresa o clara, habría que seguir presumiendo la capacidad del menor²⁵ (y no su incapacidad como, en cambio, creen quienes estiman esta como regla o principio).

Todo ello justifica, a su vez, que la necesaria interpretación restrictiva de toda limitación en la capacidad del menor tradicional y ahora legalmente proclamada se fundamente en la excepcionalidad de tal restricción que, a su vez, fundada justamente en la protección del propio menor (en su interés superior, a fin de evitarle perjuicios y engaños), no puede aisladamente justificarse por ser materia odiosa cuando aquella justa protección es el fundamento de tal restricción. Es, no en vano, lo que hace mucho nos enseñaba también el propio De Castro: aunque, en una parte de su obra (al inicio de

²³ De nuevo, basta hacer un rastreo por Dialnet para darse cuenta de ello, al margen, por supuesto, de brillantes obras habidas sobre el tema, cuya cita silencio, sobre todo, por no ofender a los omitidos.

²⁴ Ya advertido hace tiempo por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ADC*, 1992, p. 1.396: «Ambos principios se complementan y, a la vez, se limitan mutuamente, delimitando el equilibrio que debe encontrar dicha regulación civil, de forma que no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad... ni dé a este tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente». Siguiéndole, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2011, pp. 847 y 853.

²⁵ Pues, como dice VARELA GARCÍA, *Actualidad Civil*, 1997, p. 265, «allí donde la ley no restringe, no puede el intérprete restringir».

este trabajo transcrita), con fundamento en la regla «*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*», decía que «los preceptos limitativos de la capacidad son de interpretación restrictiva», como supuesto diverso de «las leyes especiales, excepcionales» que, con idéntico fundamento, también consideraba debían de ser interpretadas restrictivamente, luego, refiriéndose en particular a los menores, en aquel caso emblemático del menor –eso sí– emancipado previsto en el artículo 317 del CC originario (correspondiente al posterior art. 323 CC, hoy art. 247 CC), dirá respecto a los casos en que tal menor no puede actuar por sí solo, sino necesitado de apoyo: «Los autores antiguos, como prohibición –*sic*–, la consideraban *odiosa et exstricta materia*; Derecho singular, pues, que había que entender de modo restrictivo. En el Código –sin embargo– no puede considerarse excepción odiosa, porque tiene una clara finalidad protectora, pero como limitadora de la capacidad no debe extenderse fuera de su ámbito propio».

Justificada así tal doctrina legal, como ya quedó adelantado en las dudas mencionadas en la introducción del presente trabajo, restaría por resolver, aunque ya en parte cabe intuir su respuesta, si tal doctrina sobre la interpretación restrictiva de las limitaciones en la capacidad de los menores ha de aplicarse de modo preferente, excluyente y en todo caso, como así cree cierta doctrina reciente²⁶, o, en cambio, ha de aplicarse en conjunción con otras reglas y ella sola aisladamente como recurso de último grado para los casos de duda, en que agotada toda posible interpretación, solo quede aquella doctrina de la interpretación restrictiva como única salida viable. *Quid iuris?*

Desgajada la razón de la interpretación restrictiva de las limitaciones en la capacidad del menor de la regla *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*, no es menester entrar aquí y ahora en dilucidar si tal regla es mero apotegma o auténtico principio general del Derecho. Pero aunque ese fuera su fundamento, lo innegable es que aquella máxima interpretativa, consagrada hoy legalmente, puede ya estimarse como un principio que, aunque positivado, no se ha convertido en simple norma, o regla jurídica, perdiendo su previa naturaleza «principlal». Junto a su función informadora, que ha cumplido al inspirar aquella su consagración legal, también puede seguir cumpliendo su función interpretativa, e incluso la integradora que, como tal, el artículo 1.4 del CC español concede a todo principio general del Derecho. Ello, sin embargo, no lo convierte en principio absoluto que haya de aplicarse siempre y de modo preferente, o excluyente, sobre todo, cuando, como aquí sucede, no es un principio aislado, ni único para

²⁶ Que luego indicaremos al tratar algunos ejemplos.

interpretar las normas sobre capacidad de los menores. Es aquí donde entra en juego otro principio, también interpretativo, y a la postre preferente sobre aquel otro: el principio del «*interés superior del menor*» (o el del *favor minoris*, si se prefiere). Sin duda, ya fue protagonista en la redacción originaria de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del menor, en cuyo artículo 2, que venimos analizando, se daba muestra detallada de su alcance. No parecía tener, sin embargo, presencia dicho principio cuando, en particular, el párrafo segundo de su ap. 1 abordaba la cuestión interpretativa, para solo decir aquello de que «*las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*». Fue en su reforma hecha por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuando se añadió –un matiz importante, antes ya advertido– «y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor». La razón de tal añadido puede resultar reveladora (según permite, como es sabido, el art. 3.1 CC para interpretar las normas, cuando se refiere a «*los antecedentes históricos y legislativos*»):

En su propuesta o borrador inicial, en aquella –que sería la– LO 8/2015, se pretendía un cambio de redacción en el artículo 2.1.II, que dijera «*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán siempre en interés superior del menor*» (en lugar de decir «*de forma restrictiva*»). Se hacía tal propuesta, según advertía en su Exposición de Motivos, «*para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral*».

En efecto, aquella Observación general n.º 14 (2013), del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, consagraba en su ap. I.A.6, esa triple dimensión del interés superior del menor, diciendo sobre su valor interpretativo (el que aquí más nos interesa): «*El Comité subraya que el interés superior del niño es un ... Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo*».

El interés superior del menor quedaba, así, claramente consagrado como «*un principio jurídico interpretativo fundamental*» (según afirmaba en su letra b), y a ello obedecía el cambio de redacción propuesto para el artículo 2.1.II LO 1/1996.

Sin embargo, durante la gestación de tal reforma legislativa se vino a hacer una propuesta –aparentemente– conciliadora entre ambas opciones de redacción que, a la postre, sería finalmente aceptada desde un comienzo en su tramitación. Tal sugerencia fue hecha en el Informe del Consejo Fiscal a aquel Anteproyecto, que en esta cuestión proponía lo siguiente:

«En el Anteproyecto se altera sustancialmente una cláusula que ya había arraigado: *las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*. En su lugar se dispone ahora que *las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán siempre en interés superior del menor*. La modificación sitúa en su verdadera dimensión a las limitaciones de capacidad de obrar del menor en tanto sólo tienen sentido en propio interés de los menores y es así como deben interpretarse. (...) Quizás no obstante, pudiera alcanzarse una fórmula mixta que también subraye la necesidad de fomentar la progresiva autonomía del menor, que es una de las bases filosóficas de la LOPJM. (...) Se propone en este sentido la siguiente redacción: *las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y en todo caso siempre en interés superior del menor*».

De nuevo, como se ve, se pretendía el equilibrio entre la protección del menor y el libre y pleno desarrollo de su personalidad, de su capacidad. Mas en ese difícil equilibrio no habrá finalmente, según creo, paridad de criterios, de principios interpretativos, entre la necesidad de interpretar restrictivamente las restricciones a su capacidad y la de proteger su interés, siempre superior, sino que, en principio, este ha de prevalecer sobre aquel otro: «y, en todo caso, –y– siempre en el interés superior del menor», dice el actual artículo 2.1.II LO 1/1996, que la Observación n.º 14 referida calificaba

como principio jurídico «*fundamental*», añadiendo luego, para su explicación: «*si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño*». Conforme a tal principio interpretativo rector nada, por tanto, debería impedir que una norma limitadora de su capacidad pudiera interpretarse extensivamente si ello, que no es por sí materia odiosa, es lo más conforme al interés superior del menor cuando esta haya sido la razón legal de aquella limitación en su capacidad (que, por lo demás, es lo habitual, y legítima tal restricción). Así lo exige, en particular, aquel artículo 2.1.II LO 1/1996 *in fine*, porque así lo exige, en general, para toda interpretación jurídica, el artículo 3.1 CC –también– *in fine*, cuando condiciona y subordina toda interpretación «*al espíritu y finalidad*» de la norma interpretada.

Que la norma limitadora de la capacidad del menor, en mi tesis, tenga un fundamento excepcional (frente a la regla general de la capacidad), más que odioso, no impide su posible interpretación extensiva, sino tan solo su aplicación por analogía (según impide el art. 4.2 CC).

Aun siendo consciente de la dificultad, y peligrosidad, de distinguir entre analogía e interpretación extensiva²⁷, creo que no resultará difícil su precisión para el objeto particular presente. En síntesis, siguiendo la opinión originaria de Federico De Castro²⁸ y la posterior de su discípulo, Díez-Picazo, este sin mutar de opinión en posteriores reediciones de su obra²⁹, creo que la analogía sirve como mecanismo para integrar lagunas legales institucionales, es decir, para materias o instituciones que carecen de un reconocimiento o amparo legal completo y cuyos problemas pueden ser resueltos por otras normas que resuelvan parecidos problemas para materias o instituciones que presenten una identidad de razón con aquellas otras instituciones o materias. En tal caso, mediante la analogía se extendería la *ratio* de unas normas, previstas para una determinada materia o institución, para ser aplicadas *ad extra*, fuera de su ámbito institucional, a otra materia o institución diver-

²⁷ Personalmente ya me enfrenté a ello en un trabajo mío publicado en el Anuario de Derecho Civil (de 2012), con el título «*Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines*».

²⁸ Parecida a la evolución de Bobbio, aunque tal vez más moderada, fue, entre nosotros, la de don Federico de Castro: de un inicial escepticismo (en la 1.ª edición, de 1942, según data su prólogo, de su *Derecho civil de España*, p. 402), pasó a defender la diferencia (en la 3.ª edición de su *Derecho civil de España*, de 1955, p. 539), para terminar de nuevo concluyendo, con Castán –¡ecclético por excelencia!–, que entre ambas sólo hay una diferencia de grado, de cantidad, e incluso más teórica que práctica (en la reedición de 1984).

²⁹ En *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.ª ed. (la que he manejado), Barcelona, 1993, pp. 280 y 281.

sa, pero semejante a la regulada. En cambio, en la interpretación extensiva, no hay una laguna institucional que integrar, sino solo una laguna casuística, es decir, la imprevisión de un caso concreto dentro de una materia, o institución, que sí tiene respaldo normativo. En tal hipótesis, si aquel caso puede resolverse ampliando una de las normas que ya regulan dicha materia, o institución, aunque refiriéndose a otro caso, estaríamos ante un claro supuesto de interpretación extensiva: sin salirse de su ámbito normativo, la norma se extiende en su aplicación directa, no analógica, a un caso similar, pero en ella no expresamente contemplado. Como se ve, el salto en la integración por analogía es mayor que en la interpretación extensiva, por ser de mayor entidad, o calado, la propia laguna a colmar: la norma, o el conjunto normativo, a aplicar por analogía sale de su ámbito normativo propio, o natural, para regular otra materia, otra institución, o el caso particular de una materia, o institución, no contemplada directamente por aquella norma, o por aquel conjunto normativo. Es, por tanto, un salto lógico *ad extra*, frente al interno o *ad intra* que supone la interpretación puramente extensiva.

Piénsese, como ejemplo emblemático para esta distinción, en el artículo 752 CC³⁰, que prohíbe testar en favor del «sacerdote» que confiesa al testador en su lecho de muerte: si se pretendiera aplicar a otras instituciones o materias (en este caso, a otro tipo de negocios jurídicos, vgr., a una donación hecha en favor del sacerdote), estaríamos en el terreno de la analogía; en cambio, si se intentara aplicar a otros actos diversos de la confesión (vgr., como la extremaunción) o a cualquier otra autoridad de culto que en la última enfermedad del testador le hubiese confesado o asistido de cualquier otro modo, estaríamos en el terreno de la interpretación extensiva (del mismo modo, aunque *a contrario sensu*, si se pretendiera su sola aplicación al sacerdote católico –y solo– confesor, estaríamos ante una interpretación restrictiva o, cuando menor, estricta); y, así, piénsese en otros posibles casos.

Admitida, así, la distinción entre analogía e interpretación extensiva, ¿qué importa que una norma sea excepcional o singular para ser interpretada extensivamente? Los hay que, aun a veces sin abordar si quiera la categórica distinción entre analogía e interpretación extensiva, consideran que esta no debe operar en las normas excepcionales, al ser estas de necesaria interpretación restrictiva (o, cuando menos, estricta), conforme al viejo brocardo *quod contra rationem iuris receptum est, non est procedendum consequenc-*

³⁰ Al que, precisamente, volveremos luego, con cita de doctrina y de otros argumentos, por estar muy relacionado con el caso del artículo 753 CC, que nos afecta directamente a nuestra materia, al prohibir que el pupilo teste en favor de su tutor o de su curador.

*tias*³¹. A nuestro juicio, en cambio, sí parece posible, al modo en que parece preverlo el CC portugués, cuyo artículo 11 dispone: «*As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva*». No hay, desde luego, norma equivalente en el Derecho español, pero así lo impone la lógica, que matiza aquel viejo adagio pauliano³²: mientras que las normas excepcionales no son aplicables por analogía, pues esta consiste en la traslación de la *ratio legis* de una institución a otra institución o materia similar, y en aquellas normas no hay principio o razón general que trasladar (por mucho que la excepción a tal regla esté justificada en aquel tipo de normas), en cambio, por principio no debe haber inconveniente en interpretar extensivamente una norma excepcional, pues esta, a diferencia de la analogía, sólo implica una dilatación lógica de la norma *ad intra*, una expansión o traslado de la razón –aunque singular– dentro de su mismo ámbito institucional o material propio, natural, o específico.

Y como prueba de todo lo dicho baste con un ejemplo, ya indicado en otras ocasiones, emblemático en materia de capacidad de menores (como bien es sabido: *verba movent, exempla trahunt*): el del art. 323 CC, hoy art. 247 CC, sobre el menor –eso sí– emancipado. Entre otras diferencias, que ahora no vienen al caso, en su redacción originaria, hecha en 1889, tal norma hablaba de «*gravar o vender*» (no de «*enajenar*», como dice ahora, o como ya se decía en algunas de las normas del Proyecto de CC de 1851, donde «la sola palabra *enajenar* –según entendía García Goyena³³– significa en derecho constituir, trasladar o remitir un derecho real»³⁴).

Entendiendo que la expresión «vender» (entendida como transmitir a cambio de precio) es expresión más estrecha que la de «enajenar» (que comprende cualquier transmisión *in alieno* hecha bajo cualquier título)³⁵, y que gravar solo es constituir o establecer derechos o cargas reales sobre el dominio, desde un principio la jurisprudencia registral y del Tribunal Supremo³⁶ interpretó tales térmi-

³¹ Según el propio DE CASTRO Y BRAVO, 1984, p. 470, «las leyes especiales, excepcionales, concesión de privilegios... serán de aplicación preferente, pero de interpretación restrictiva». Y así también, con cierta vehemencia, se puede ver en ROCA TRÍAS (tomado aquí de *vlex*), quien concluye que admitir la interpretación extensiva de una norma excepcional sería arbitrario, contrario al principio constitucional de igualdad.

³² Recientemente, una aguda revisión crítica de aquel aforismo latino puede verse en LÓPEZ Y LÓPEZ, en *Coronavirus y Derecho en estado de alarma*, 2020, pp. 21-40.

³³ En sus *Concordancias, Motivos y Comentario del Código civil español, Tomo I*, Madrid, 1852, p. 232.

³⁴ Y en «*gravar*», decía (1852, p. 230), hasta una servidumbre.

³⁵ Como dice MANRESA Y NAVARRO, «Artículo 317», 1907, p. 686, «en sentido estricto, la enajenación es el género, y la venta es la especie; pero en el lenguaje vulgar como en el jurídico, se emplean como sinónimas esas dos palabras».

³⁶ Según tomamos de MANRESA Y NAVARRO, «Artículo 317», 1907, pp. 701 a 703, de DE CASTRO Y BRAVO, 1984, p. 227, quienes las critican severamente; de ALBÁCAR

nos en su sentido más estrecho por entender que al tratarse de limitaciones a la capacidad –o incluso de prohibiciones, dirán algunas resoluciones (lo que no es baladí, según se verá)–, tal norma debía interpretarse, bajo el lema *odiosa restringenda*, de forma restrictiva, permitiendo, así, que el menor emancipado, sin necesidad de ningún apoyo, cancelara o pospusiera hipotecas³⁷, realizara particiones hereditarias o interpusiera acciones de división de la cosa común³⁸,... Como decía, en general, la RDGRyN de 31 enero 1935: «*Si la emancipación concedida por el padre o madre a los hijos sometidos a su potestad ha de entenderse con la amplitud por la Ley y para todos los actos relativos al régimen de la persona y bienes del menor, salvo los expresamente prohibidos, es evidente la imposibilidad de extender tales prohibiciones a supuestos distintos de los legales*».

Frente a tal interpretación jurisprudencial, buena parte de la doctrina, con miembros destacados (como Manresa³⁹, o como el propio De Castro⁴⁰), se opondría, proponiendo, conforme al espíritu de la norma, que es la evitación de engaños –los «más peligrosos», según De Castro (1984, p. 224)– en perjuicio –o «lesión», según Manresa (1907, p. 691)– del menor, que bajo la expresión de «*vender*» se incluyera, por presentar igual finalidad, cualquier tipo de transmisión, actual o latente, como pudieran ser, no solo compraventas, sino también permutas, daciones en pago, donaciones, transacciones⁴¹, cesión de acciones sobre inmuebles, ... O como que bajo la expresión de «*tomar dinero a préstamo*» se incluyeran,

LÓPEZ, Y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, «Artículos 221 y 323», Tomo I, 1991, pp. 1.361 y ss.; y, con tono también crítico, de PASQUAU LIAÑO, 1997, pp. 162 ss.

³⁷ Así, según la RDGRyN de 15 marzo 1902, entre otras, que dice: «*Determinadas en dichos preceptos las únicas limitaciones impuestas a los menores que gozan del beneficio de la mayoría de edad, no cabe comprender en ellos la cancelación de hipotecas, tanto más si se atiende a que, dado el carácter restrictivo de aquellas disposiciones, no caben interpretarse extensivamente*»

³⁸ Así, vgr., la RDGRyN de 1 julio 1916, cuando, basándose en la anterior de 4 noviembre 1896 que cita, dice: «*No estando incluidas entre estas excepciones la referente a operaciones particionales en que estén interesados dichos menores emancipados, tienen éstos capacidad para intervenir en ellas y consentir y aprobarlas por sí sin necesidad de que otras personas suplan aquella, ni tampoco aprobación judicial*». O la de 21 diciembre 1929: «*Sin necesidad de entrar en el debate tradicional sobre el carácter declarativo o traslativo de las operaciones particionales... no es posible ampliar el concepto de la palabra «vender» hasta abarcar no sólo todos los actos de enajenación a título oneroso, sino también los actos dispositivos que levantan los límites impuestos a un copartícipe en favor de sus comuneros o dividen entre los mismos la cosa común. (...) A tan desmesurada extensión de la palabra «vender» se opone, igualmente, el principio jurídico que favorece la libertad personal y circunscribe las prohibiciones de disponer a sus rigurosos límites*».

³⁹ «Artículo 317», 1907, pp. 686 y ss.

⁴⁰ 1984, pp. 224 a 229.

⁴¹ Que ya en el Proyecto de CC de 1851 se incluía en varias ocasiones expresamente como vetada o condicionada a su autorización (arts. 247 y 250), frente al silencio del Derecho histórico, según advierte GARCÍA GOYENA, 1852, p. 244, porque «la transacción, como que recae sobre cosa dudosa... es de suyo espuesta –sic– á errores, y puede serlo a frau-

por su idéntica finalidad, la apertura de cuentas de crédito, aceptaciones de letras de cambio para obtener un préstamo, ... Pues, recuérdese, que como advertía De Castro, no se trataba de una norma odiosa, aunque restrictiva de la capacidad, sino protectora del menor –aunque– emancipado. Lo que no impedía, sin embargo, que cuando no se diera tal finalidad, que era su *ratio legis*, pudiera hacerse una interpretación estricta, cuando no restrictiva del precepto: permitiendo, por ejemplo, dar dinero en préstamo (al hablar la norma solo de «tomar»), comprar⁴² (al hablar la norma de «vender»), hoy de «enajenar»), o constituir derechos y cargas reales por actos *mortis causa* (dado que el art. 663 CC permite ya, desde su redacción originaria, que el menor de edad pueda testar desde los 14 años).

Esta última, no en vano, fue la interpretación finalmente triunfante: primero, en parte de la propia jurisprudencia de mediados del siglo xx, que comenzó a negar, por ejemplo, que el menor emancipado prestase avales o fianzas, por entender tales garantías, que afectan potencialmente a un entero patrimonio, incluidas en «gravar», entendida esta expresión latamente⁴³; luego, por obra de la propia ley, que haría las veces de interpretación auténtica en la modificación hecha en 1981 del entonces artículo 323 CC, hoy art. 247 CC, sustituyendo, finalmente, «vender» por «enajenar»; y esta ha sido la opinión común de la doctrina tras dicha reforma (dejando al margen la posibilidad de arrendar, siempre debatida, atendidas la duración o el anticipo de rentas⁴⁴), secundando, más o

des», y porque (p. 245), «es especie de enagenacion –sic–, pues se hace dando, reteniendo, o prometiendo alguna cosa».

⁴² Así, MANRESA Y NAVARRO, «Artículo 317», 1907, pp. 690 a 693).

⁴³ Así, por ejemplo, en la STS de 27 junio 1941: «Resulta indudable que aun cuando el contrato de fianza, y como una de sus modalidades, siquiera lo sea con rasgos muy peculiares la operación de aval, no estén literalmente comprendidos entre los actos que se prohíbe realizar, sin la autorización pertinente, al menor emancipado, están incluidos, cuando menos implícitamente, y por modo lógico, en la fórmula legal, en primer lugar, porque si bien el fiador no impone un gravamen directo sobre sus bienes inmuebles, compromete o puede indirectamente comprometer dichos inmuebles, y en segundo término, porque el afianzamiento, comprendiendo en esta expresión tanto la fianza en sentido estricto como el aval, constituye, a la vez que un negocio de carácter abstracto, en la relación entre acreedor y fiador, un negocio accesorio que puede ir unido a un negocio principal y causal de préstamo mutuo, y de no extender al primero, o sea para el préstamo mutuo, las limitaciones que establece el artículo 323 del Código, vendría fácilmente a eludirse el mismo, contrayéndose la obligación principal a nombre de persona distinta con la fianza del menor, que así quedaría sujeto a ella, subrogándose en las obligaciones del principal deudor, a pesar de la prohibición de la Ley». En la misma línea, la STS de 28 septiembre 1968.

⁴⁴ Así, MANRESA Y NAVARRO, «Artículo 317», 1907, pp. 688 y 689, en contra por estimar los arriendos de inmuebles de larga duración o con anticipos de rentas como cargas reales; también los excluye de la limitación, DE CASTRO Y BRAVO, 1984, p. 225. PUIG FERRIOL, «Artículo 323», 1991, p. 886, limita la restricción a los arrendamientos rústicos, para los que el artículo 21.1 LAR exigía para tales arriendos la misma capacidad que para

menos confesadamente, aquella opinión doctrinal anterior a la reforma (sobre todo, la del maestro De Castro)⁴⁵. Y si tal interpretación amplia ha sido defendida para el menor emancipado, que según el propio artículo 323 CC ha de entenderse, como regla, equiparado al mayor de edad, con mayor razón cabría aquel tipo de interpretación tratándose de un menor sin emancipar.

En contra, sin embargo, de tal modo de interpretación resurge hoy entre algunos la necesaria interpretación restrictiva de tal norma, el artículo 323 CC, actual art. 247 CC, ahora bajo el amparo del artículo 2.1.II LO 1/1996 y de una necesaria revisión sociológica (que permite el art. 3.1 CC) de aquella norma⁴⁶, aunque sin probar tal cambio de realidad (que, desde luego, no se ha reflejado en aquel art. 323, modificado también por la LO 1/1996 –pero– para tan solo suplir lo de «*tutor*» por «*curador*», y que no fue modificado por la LO de 2015 sobre la infancia y la adolescencia y que en la reciente reforma habida en España, sólo sustituye al «*curador*» por el «*defensor judicial*»); y, al final, aceptando algunas de aquellas interpretaciones más amplias propuestas por nuestra anterior doctrina⁴⁷. Todo por mor de defender a capa y espada la aplicación rígida y sin matices de aquel artículo 2.1.II LO 1/1996, relegando, por ello, la posible protección del interés superior del menor, que a veces puede ver justificada la necesidad de restringir su capacidad o de requerir algún apoyo en su actuación (aun estando emancipado, como sucede en el art. 323 CC, hoy art. 247 CC), o como pudiera ser con el efecto opuesto: extensivo o incluso corrector de la norma. Porque también desde una interpretación sociológica de la norma y apoyados en el artículo 2.1.II LO 1/1996 cabe alcanzar tales resultados, siempre que se respete el espíritu y finalidad de la norma así interpretada (según exige el art. 3.1 CC), como, por ejemplo, sucedió –y el caso no es insignificante– con los menores transexuales, que yo mismo defendí, frente a cierta doctrina

enajenar. En contra, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Artículo 323», *Código Civil comentado*, vol. I.

⁴⁵ Así, entre los comentaristas, PUIG FERRIOL, «Artículo 323», 1991, pp. 885 y 886; LETE DEL RÍO, «Artículo 323», pp. 529 a 531; ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, «Artículo 323», *Tomo I*, 1991, pp. 1359 y 1360; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Artículo 323», *Código Civil comentado*, vol. I.

⁴⁶ Así, con fundamento en la opinión de GÓMEZ LAPLAZA y de PÉREZ DE CASTRO, reiteradamente lo dice ÁLVAREZ MORENO, «Artículo 323», 2013, pp. 2.614, 2.621, 2.627 y 2.628, llegando a decir (en p. 2.627): «Disentimos del sentir general de la doctrina, por entender que en tanto que limitaciones, deben interpretarse restrictivamente, y no extenderlas a otros negocios, pese a que persigan la misma finalidad», añadiendo (en p. 2.628), «que las limitaciones han de interpretarse restrictivamente y que las normas han de interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC)».

⁴⁷ Cuando, por ejemplo, ÁLVAREZ MORENO, «Artículo 323», 2013, pp. 2.631 y 2.632, afirma que «la enajenación incluye cualquier tipo de transmisión *inter vivos*, ya se haga a título oneroso o lucrativo, pero no quedan comprendidas, en cambio, las transmisiones *mortis causa*».

aferrada, precisamente, a la interpretación restrictiva, o como poco estricta, de la ley: al haber dejado de ser oficialmente hoy la transexualidad un trastorno, para convertirse en una condición sexual (según la OMS), consideraba yo⁴⁸ que en la Instrucción de la DGRyN de 23 octubre 2018 se realizaba una acertada interpretación sociológica o evolutiva con efecto corrector de la Ley de 15 marzo 2007, sobre el transexual, corrigiendo su sentido literal e histórico (el de su art. 4, limitado a mayores de edad sometidos a cierto tratamiento médico), para admitir la solicitud del cambio de nombre a menores y sin necesidad de ningún tratamiento médico; todo ello con absoluto respeto al espíritu de aquella ley: a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, y a la seguridad jurídica. Lo que, en cierto modo, fue luego avalado por el mismísimo Tribunal Constitucional en su sentencia 99/2019, de 18 julio, referida a los menores transexuales. Pero, precisamente por ser esa la razón de la ley consideraba yo que la Instrucción también debiera haber permitido la rectificación del sexo, y no solo el cambio de nombre del transexual.

En definitiva, y al margen de tal caso y de cualquier otro que pueda en la misma línea traerse, como ha concluido recientemente Martínez de Aguirre⁴⁹ (sobre tal art. 323 CC, pero extensible a cualquier otra norma): «Para dar una respuesta adecuada al problema, habrá que tener en consideración la norma concreta que exige la mayoría, su génesis y finalidad; es, pues, una cuestión de interpretación, que debe resolverse caso por caso». O como decía, en general, Albaladejo⁵⁰, al estimar que tal cuestión no se puede resolver «mecánicamente (como si dijese –el legislador–: es capaz para todo acto para el que no se le niega explícitamente capacidad), sino viendo si, a tenor de los principios en los que se inspiran los actos regulados, el no regulado cae dentro o fuera del sector de capacidad reconocido (bien como normal, bien como excepcional) al menor».

Tal vez en favor de aquella otra posición, siempre proclive a la restricción de toda limitación en la capacidad del menor, está que aquellas ampliaciones dadas a algunas de las expresiones empleadas por el artículo 323 CC no sean de auténtica interpretación modificativa extensiva, sino de simples interpretaciones declarativas latas (el propio Manresa decía –1907, p. 689–, que aquella extensión «está dentro del espíritu y –también decía– de la letra del artículo 317 de

⁴⁸ En un trabajo mío al que, permítaseme, me remito: «La transexualidad, hoy: un ejemplo de interpretación sociológica o evolutiva (Comentario a la Instrucción de la DGRyN de 23 octubre 2018 y a su posible legitimación constitucional desde la STC 99/2019, de 18 julio)», en *Revista de Derecho Privado*, 2020, pp. 69-117.

⁴⁹ «Artículo 323», en *Código Civil comentado*, vol. I.

⁵⁰ Según destacan, y así tomo, LINACERO DE LA FUENTE, *Actualidad Civil*, 1999, p. 1.589; y SÁNCHEZ-CALERO ARRIAS, 2011, pp. 861 y 862.

nuestro Código»); pero, aun así, demuestran que no siempre rige *a priori* su necesaria interpretación modificativa restrictiva (ni siquiera la declarativa estricta), lo que, a la postre y en conclusión, demuestra que solo cuando tras aplicar todas las reglas hermenéuticas de que dispone el intérprete (según indica el art. 3.1 CC), y no quede aclarado si conforme a la razón de la norma (si conforme al interés superior del menor), su interpretación debe ser estricta, amplia o estrecha, tendrá entonces, por fin, su aplicación el artículo 2.1.II LO 1/1996 cuando, en su primera parte, exige la interpretación restrictiva; en definitiva, solo *in dubio pro capacitate*.

III. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: FAVORABILIA AMPLIANDA, ODIOSA RESTRINGENDA, LA PLENA IGUALDAD EN EL FAVOR LIBERTATIS, Y, SUBSIDIARIAMENTE, IN DUBIO PRO CAPACITATE

La doctrina de la interpretación restrictiva de normas que restrinjan la capacidad de las personas, referida sobre todo a los menores de edad, se hace hoy aún más acuciante para las personas con discapacidad, cuya capacidad, si bien tradicionalmente podía equipararse a la de los menores de edad⁵¹, por estar necesitados ambos de protección dada su común debilidad física o mental, hoy, en cambio, poco, o nada, tiene que ver con la de estos.

Tal distanciamiento en el trato a la capacidad de menores y de personas con discapacidad obedece a un cambio radical, revolucionario sin duda, que se produjo recientemente con la Convención de la ONU celebrado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad (ratificado por España en 2007 y publicada en el BOE de 21 abril 2008⁵²). En ella se vendrá a imponer la plena igualación en capacidad –entendida esta *in sensu lato*⁵³– de todas las personas con discapacidad, cualquiera que ésta sea (mental o física, *Cfr.*, sus arts. 1.II y 5)⁵⁴, con el resto

⁵¹ *Vid.*, con el maestro De Castro, GORDILLO CAÑAS, Madrid, 1986, así como a su discípulo, RAMOS CHAPARRO, Madrid, 1995.

⁵² A ello responde la reciente reforma legislativa contenida en la Ley 8/2021, de 2 de junio, que nuestro trabajo, elaborado en noviembre de 2020, no pudo tener en cuenta como se ha señalado anteriormente, pero que no afecta a la esencia de nuestra tesis.

⁵³ Aunando las tradicionales capacidad jurídica y capacidad de obrar, como es consabido. Véanse, al respecto, el artículo 12.2 de la Convención y su aclaración contenida luego en los apartados 12 a 14 de la Observación n.º 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁵⁴ Así mismo, de la Observación n.º 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, véase el punto 9 de su Introducción.

de las personas, fundando tal equiparación, prohibitiva de cualquier discriminación, en la propia dignidad y en el desarrollo libre, pleno e igual de la personalidad de tales personas como expresión de su autonomía. Quedan, así, proscritas cualesquiera formas discriminatorias, establecidas por la sola razón de la discapacidad, entre las que se incluye cualquier medida representativa sustitutiva en la toma de decisión por la persona con discapacidad (como la tradicional tutela), si no se trata de simples medidas de apoyo asistencial (no sustitutivo, ni representativo), que no reemplacen la libre y plena voluntad de la persona con discapacidad, decidiendo por ella, sino que la ayuden a tomar una decisión por sí sola (que se trate, en fin, como dice Vivas Tesón⁵⁵, de «un compañero de camino, un «ángel de la guarda», que no tome decisiones «por» la persona –con discapacidad– sino «con» ella»). Consagra, así, la Convención lo que la doctrina ha venido a denominar el principio de «mínima intervención»⁵⁶.

Todo ello es reiteradamente dicho, hasta el hartazgo, en aquella Convención⁵⁷, sobresaliendo a tal respecto lo dispuesto en su artículo 12 (la norma que, sin duda, ha dado más de que hablar). Y si alguna duda tal cambio suscitó, como en efecto sucedió, fue tajantemente resuelta en la Observación n.º 1 (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad⁵⁸, en la dirección y sentido antes expuestos en síntesis⁵⁹.

Con todo, se finge la igualación de lo desigual, la consideración de la persona con discapacidad como persona plena e igual en su capacidad, al margen de cualquiera que sea la naturaleza y alcance de su discapacidad, sin que, por tanto, exista ya hoy justificación para una especial protección o tutela –*stricto sensu*– de su persona y bienes. Como ya se advirtiera en la propia Convención de Nueva York de 2006 y luego se aclarará en aquella Observación n.º 1 (de 2014), no hay para la persona con discapacidad ningún interés superior que proteger, equiparable al que, en cambio, sí hay para los menores (salvo, naturalmente, que se trate de menores con discapa-

⁵⁵ VIVAS TESÓN, entre otros de sus muchos y reiterados trabajos sobre la materia, en *Derecho Civil Constitucional*, Méjico, 2014, p. 182.

⁵⁶ Por todos, reiteradamente, VIVAS TESÓN, 2014, pp. 175, 183, y también en otros de sus trabajos, como en *Más allá de la capacidad de entender y querer...*, Olivenza, 2012, p. 30, o en *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 2011, p. 126.

⁵⁷ Desde su mismo Preámbulo, hasta su articulado (*cf.*, de su art. 3 las letras a y b, el art. 4.1, así como los apartados 1 y 4 de su art. 5).

⁵⁸ De la que conviene observar el punto 7 de su misma Introducción, así como sus apartados 8, 9, 13 a 15, 17 y 18, 26 a 28, 32 y 50, a cuya lectura nos remitimos.

⁵⁹ Y que nuestras recientes reformas legislativas acogen en los nuevos art. 249 y 250 CC, y en la nueva redacción del art 1263 del cc, por el que las personas con discapacidad no ven proscrita su capacidad para negociar.

cidad, cuyo interés superior a proteger, que reitera la Convención en sus artículos 7.2 y 23.2, les vendría exigido, sin embargo, por su minoridad, no por su discapacidad). Lo dice, en efecto, la Observación n.º 1 (2014), cuando en un pasaje (contenido en su ap. 27), donde critica los tradicionales modelos de sustitución en la adopción de decisiones (como la tutela), afirma: «toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el «interés superior» objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias»; añadiendo luego (en la letra b] de su ap. 29): «Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo».

Ningún rastro, pues, debe ya haber actualmente del tradicional paternalismo para con las personas con discapacidad, que aquella Convención observa –con cierto anacronismo, según creo– como reflejo histórico de un trato discriminatorio.

De esta forma, en el tradicional –y difícil– equilibrio entre la protección de la discapacidad como persona más débil –o más vulnerable, según suele decirse ahora– (cfr., art. 49 CE), y su dignidad y libre desarrollo de la personalidad (arts. 10 y 14 CE), debe hoy, sin duda, prevalecer este último principio, por cuanto aquel artículo 49 de nuestra Constitución, dirigido a la protección e integración de las personas con discapacidad, debe ser hoy reinterpretado, actualizado, como permite –o exige, mejor dicho– el artículo 10.2 CE, desde aquella Convención de Nueva York y desde su Observación n.º 1 (2014), que la interpreta (auténticamente, además).

Equiparada, así, plenamente toda persona, con o sin discapacidad, en su capacidad jurídica y legitimación, en el tema que aquí y ahora nos ocupa (el de la interpretación de las normas reguladoras de la capacidad de las personas con discapacidad), no habrá más remedio que valorar cualquier restricción o limitación sustitutiva de la voluntad de la persona con discapacidad como un disfavor injustificado, contrario al natural y común *favor libertatis*, que como materia no solo excepcional, sino, sin duda, también odiosa (al menos en esta ocasión), debe interpretarse siempre restrictivamente, conforme al adagio *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*, que bien puede estimarse como auténtico principio general del Derecho, imbuido en aquella Convención de 2006 (cfr., sobre todo, su art. 3, precisamente, dedicado a sus «*principios generales*»⁶⁰, incluido ya en nuestro

⁶⁰ Entre los que se reconocen «El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas» y el de «la no discriminación» (letras a y b, respectivamente).

Derecho vigente, tanto por vía directa, *ex arts.* 96.1 CE y 1.5 CC, como por vía interpretativa, *ex art.* 10.2 CE). Tal es la fuerza de tan necesaria interpretación restrictiva en dicho ámbito sustitutivo de la libre voluntad de la persona con discapacidad, que su resultado interpretativo final bien pudiera ser la estimación de la derogación tácita de la norma que establezca aquel tipo de limitación indiscriminada en su capacidad, según permite, en materia de derogación, el artículo 2.2 CC⁶¹. Refiriéndose a la derogación tácita de las normas, el maestro De Castro⁶² señalaba «como indicación orientadora, que para admitir la *voluntas abrogandi* de la nueva disposición respecto a otra anterior, se precisan los siguientes requisitos: 1º Igualdad de materia en ambas leyes; 2º Identidad de destinatarios de sus mandatos; y 3º Contradicción e incompatibilidad entre los fines de los preceptos». Así lo recogerá nuestra jurisprudencia⁶³, y, en cierto modo, el artículo 2.2 CC, tras su reforma en 1974. En mi opinión, todos los requisitos, de forma y fondo, que se exigen para la derogación, en general, de cualquier norma, y para que, en particular, dicha derogación sea tácita, confluyen en el presente caso, referido a las normas nacionales que prevean un sistema sustitutivo en la capacidad y autonomía de las personas con discapacidad atendida su sola discapacidad.

En cambio, cuando la medida de ayuda prevista en la norma sea de apoyo, no sustitutiva, esta habrá de ser expresa y clara: a falta de explicitud habrá que interpretar que no hay medida alguna asistencial, y a falta de claridad, aun siendo expresa, en principio, habrá que interpretarla *super casum* conforme a la particular *ratio legis*, de la norma que en concreto la contemple, y –solo– en caso de duda en su resultado interpretativo, el intérprete deberá inclinarse por el menor alcance de tal medida asistencial, incluso por su falta de necesidad, y por el mayor alcance en la capacidad y autonomía propia de la persona con discapacidad⁶⁴. De nuevo, y en definitiva, el otro gran principio que según la común opinión se contiene en aquella Convención de Nueva York, de 2006, junto al citado de «intervención mínima»: *in dubio pro capacitas*, suele decirse⁶⁵ (correctamente, *in dubio pro capacitate*).

⁶¹ Al margen de lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la Ley 8/2021, de dos de junio, posterior a nuestro trabajo, que no afecta a nuestra tesis central.

⁶² 1984, p. 360, con apoyo en la STS de 30 agosto 1924.

⁶³ Siendo destacables, entre otras, las SSTs de 14 enero 1958, 31 octubre 1996 o, más recientemente, la de 21 marzo 2000.

⁶⁴ Como ejemplo de interpretación restrictiva, puede verse como destacado el que sobre el artículo 56 CC y el derecho a contraer matrimonio, reconocido en plena igualdad y libertad en el artículo 23.1.a) de la Convención de 2006, hace recientemente GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Derecho privado y Constitución*, 2018, pp. 55-94.

⁶⁵ Por todos, y reiteradamente, VIVAS TESÓN, 2014, pp. 175, 183, y también en otros de sus trabajos, como en *Más allá de la capacidad de entender y querer...*, Olivenza, 2012, p. 30, o en *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, 2011,

IV. Y LA POSIBLE INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LAS PROHIBICIONES LEGALES IMPUESTAS A LOS CARGOS DE APOYO A PERSONAS MENORES O CON DISCAPACIDAD: A MAYOR ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN MAYOR AUTONOMÍA PARA MENORES Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CONFORME AL FAVORABILIA AMPLIANDA, Y, UNA VEZ MÁS, IN DUBIO PRO CAPACITATE)

Bien conocidos son los obstáculos o impedimentos que a veces la ley impone a determinadas personas para la realización de determinados actos y negocios jurídicos a fin de evitar el abuso o el fraude, establecidos todos ellos bien por razones de moralidad bien por la contraposición de intereses⁶⁶. Son las comúnmente llamadas prohibiciones legales, que, a nuestro propósito, cabe entender en sentido amplio, comprendiendo tanto aquellos casos en que la ley, sin más, impide que una determinada persona realice un determinado negocio jurídico, como aquellos en los que la ley condiciona la validez del mismo a su autorización judicial, o a la de cualquier otra autoridad que haga de garante y control del interés superior del menor o de la no discriminación de la persona con discapacidad (como sucede, por ejemplo, con la figura del defensor judicial), a fin de impedir que quien representa al menor o asiste a la persona con discapacidad abuse de su poder en perjuicio del interés de estos. Entre todas ellas cabría aquí incluir, a nuestro propósito también, cualquier otra restricción que pudiera fijarse judicialmente en el nombramiento del representante del menor o, en su caso, asistente de la persona con discapacidad (*cfr.*, art. 760 LEC).

Por lo que afecta a nuestra materia, relativa a menores y a personas con discapacidad, de entre todas las diversas prohibiciones establecidas en el propio Código Civil español interesan, por ejemplo, la de los artículos 162 y 166 (en materia de patria potestad), la contenida en sus artículos 221 y 271 (sobre tutela), en el artículo 753 (en materia de testamento, que prohíbe testar al pupilo en favor

p. 126. Resulta curioso que en tiempos tan denostados como los actuales para las lenguas clásicas, estimadas como lenguas –supuestamente– «muertas», sigan empleándose latinajos en el mundo científico (y no solo en el jurídico), aunque no tengan antecedentes históricos, ni medievales, ni romanos (piénsese, por ejemplo, en el *bonum fillii*), lo que, a veces, provoca estas imprecisiones: correctamente, el prefijo latino *pro* va seguido de ablativo, y tratándose del sustantivo *capacitas capacitatis* (de la 3.ª declinación), su forma ablativa singular es *capacitate*.

⁶⁶ Que, como decía comentando el artículo 236 del Proyecto de CC-1851 (similar al vigente art. 1459.1.º CC), GARCÍA GOYENA, 1852, p. 236, «alejan toda posibilidad de confabulación».

de su tutor o de su curador, entre otros), o la del artículo 1459.1.º (en materia de compraventa)⁶⁷.

Tan extenso elenco de prohibiciones lo son, precisamente, por estar tasados, por contener listas exhaustivas, cerradas de actos y negocios que representantes y asistentes de menores y de personas con discapacidad, respectivamente, no pueden hacer, sin más o sin autorización previa. Conforman, pues, todos aquellos supuestos un sistema de *numerus clausus* (según nos place decir a los juristas, aunque no sepamos latín). Ello impide que por interpretación extensiva, mucho menos analógica, ni siquiera mediante pacto, se puedan incluir otros supuestos, otras prohibiciones diversas de las previstas taxativamente en la ley o en la decisión judicial que designe un representante para el menor o apoyo para la persona con discapacidad. Pero ¿acaso no cabría interpretar amplia, extensivamente cada caso ya previsto conforme a su *ratio*, e incluso aplicar por analogía los casos ya previstos a otras medidas de apoyo o de representación? Piénsese, entre otros posibles ejemplos, atendidas las normas antes mencionadas, en el alcance de «enajenar» (a que se refiere, vgr., el art. 271.2.º CC, hoy 287.2.º, de modo similar a cuanto ocurre con el art. 323 CC, hoy art. 247, arriba interpretado extensivamente), o en si «adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título», a que se refiere el artículo 221.3.º CC, hoy 251. 3.º, comprende solo y estrictamente la compraventa o también cualquier otro acto de enajenación a título oneroso (como la permuta, la dación en pago, ...). O, más allá de la interpretación extensiva, y entrando más en el terreno de la analogía, si cabe que tales normas, referidas literalmente, al menos, al tutor, sean también aplicadas al curador o a cualquier otra figura de apoyo (como, en cambio, sí lo hace expresamente el art. 753 CC, limitando la capacidad de testar). *Quid iuris?*

La respuesta tradicional a tal cuestión por parte de nuestra jurisprudencia⁶⁸, y de un sector de nuestra doctrina⁶⁹, ha sido siempre

⁶⁷ Algunos de los referidos artículos han sido modificados por la Ley 8/2021, lo que no afecta a la esencia de nuestra tesis.

⁶⁸ Referida en su mayoría a los artículos 753 y 1459 CC, según tomamos de GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp. 449-462; de ALBÁCAR LÓPEZ, «Artículo 1459», *Tomo V*, 1991, pp. 134 y ss.; con tono también crítico, de PASQUAU LIAÑO, 1997, pp. 162 ss.; y de GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Artículo 1459», 2013, pp. 10.287 y 10.288, como son, entre otras muchas, algunas de las cuales luego reproduciremos, las SSTs de 22 diciembre 1863, 12 noviembre 1907, 16 noviembre 1918, 2 junio 1932, 3 junio 1949, 27 mayo 1959, 14 octubre 1966, 2 febrero 1973, 7 diciembre 1983, 3 septiembre 1996, 19 mayo 1998, 28 febrero 2006, 16 marzo 2010 (referidas estas más recientes al n.º 5.º de art. 1459 CC).

⁶⁹ Como MANRESA Y NAVARRO, y también QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, sobre el artículo 275 CC en su redacción originaria, equivalente a los actuales 221 y 271 CC (1907, p. 365), preguntándose acerca de si el tutor podía dar o tomar dinero a préstamo

negativa: siempre se ha entendido que tales prohibiciones no se presumen y que han de establecerse expresa y claramente; de lo contrario, ha de imperar una interpretación restrictiva de las mismas, proclive a su menor alcance o, incluso, a su misma inexistencia, por tratarse de normas prohibitivas, de limitaciones excepcionales *contra naturam*, contrarias a la natural capacidad de la que goza toda persona, lo que, además, las convierte en normas odiosas, haciendo, una vez más, aplicable el conocido adagio: *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*⁷⁰. Estimadas, así, aquellas nor-

de su pupilo (por entonces, en aquel art. 275 CC, no expresamente prohibido), «el Código –decía– no lo prohíbe, y por tanto hay que considerarlo posible, pues que en materia de prohibiciones la interpretación ha de ser restrictiva». Y refiriéndose al artículo 1459 CC (Tomo X, 1905, p. 87), dirá que «no hay más incapacidades que las que la ley expresamente determina, las cuales no pueden ser ampliadas a otros casos o supuestos en virtud de una interpretación extensiva que pugnaría con la naturaleza del precepto». También son proclives, en la doctrina actual, a una interpretación –en principio– restrictiva, admitiendo tan solo una interpretación actualizadora de los arcaísmos contenidos en algunas de aquellas normas. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Artículo 1459», 1991, pp. 904 y 905; y, siguiéndole, GARCÍA CANTERO, «Artículo 1459», Tomo XIX, p. 135; y el discípulo de aquel primero, aunque a veces sin citarle, INFANTE RUIZ, «Artículo 1459», vol. II, p. 71; aunque, como se verá, en algunas ocasiones llegarán a admitir algún caso de interpretación extensiva. Decía, en efecto, el primero de los autores citados (en p. 904), refiriéndose, en particular, al artículo 1459 CC: «Aunque el TS ha afirmado que precisamente por ese carácter de prohibición y no de incapacidad no es posible en esta materia la interpretación extensiva ni la aplicación analógica, no es de creer que no sea posible al menos una prudente actualización integradora de algunos de los supuestos de hecho, que aparecen con un lenguaje singularmente arcaico», añadiendo luego (en p. 905), que «una cosa es la integración actualizadora de los supuestos de algunas prohibiciones, y otra bien distinta la utilización de la analogía o la interpretación extensiva en el contenido genérico de las prohibiciones».

⁷⁰ Siendo probablemente la primera en afirmarlo la STS de 22 diciembre 1863, aunque en *obiter dicta*, al hablar de «el principio general de que debe ampliarse lo favorable y restringirse lo odioso». Dirá, también, la STS de 16 noviembre 1918: «Las incapacidades señaladas en los artículos 753 y 1459 no pueden extenderse a otros supuestos por no permitirlo la naturaleza prohibitiva de estos preceptos». Por su parte, la STS de 2 junio 1932: «La prohibición establecida por Ley para adquirir por compra ... se refiere a las personas y con relación a bienes expresamente comprendidos en alguno de los casos señalados en el artículo 1459, mas en modo alguno puede afectar a la validez de los contratos en cuyos otorgantes no concurren las aludidas circunstancias, ya que por tratarse de disposiciones prohibitivas han de interpretarse restrictivamente». Acerca del artículo 1459.2.º CC, dirá la STS de 3 junio 1949 que «que tal precepto, por su carácter de prohibitivo ha de aplicarse de manera restrictiva»; así también la STS de 27 mayo 1959: «Distintas de las incapacidades son las prohibiciones especiales impuestas por la ley para realizar determinados actos o negocios jurídicos, respondiendo principalmente a razones de moralidad, que restringen siempre la capacidad de derecho, ... pudiendo solo ser objeto de interpretación estricta y nunca extensiva, por aplicación del principio de Derecho “odiosa sunt restringenda”, ... y la prohibición, como de interpretación estricta, no puede extenderse». Negando que el artículo 1459 CC se aplique al comisionista, recordará la STS de 14 octubre 1966 que «es doctrina constante de esta Sala al proclamar que el contenido del artículo 1459 del CC como prohibitivo que es, debe interpretarse restrictivamente». También la STS de 2 febrero 1973, al decir: «El artículo 1459, número 4.º, del CC, sólo puede ser objeto de interpretación estricta y nunca extensiva, por aplicación del principio odiosa sunt restringenda, como ya tiene declarado la jurisprudencia con anterioridad». Así también nuestra jurisprudencia registral, sobre prohibiciones legales de disponer, dirá, por ejemplo, la RDGRyN de 17 junio 1950 que las mismas «deben ser interpretadas con criterio restrictivo».

mas prohibitivas como odiosas y excepcionales, con mayor razón también se les niega su aplicación analógica *ex* artículo 4.2 CC⁷¹.

Radicalmente, en el fondo de tal doctrina el error, según creo, estriba en confundir prohibiciones e incapacidades (a pesar de que alguna STS y alguna Resolución registral parezcan advertir, primero, tal diferencia⁷², aunque sin llevarla luego a sus lógicas consecuencias en materia de interpretación): mientras que las restricciones a la capacidad obedecen a razones subjetivas e inherentes a cada persona (por su edad, madurez, salud, ...), o –si se sigue una explicación objetiva de aquellas, como defendía De Castro– a su estado civil (de menor, de persona con la capacidad judicialmente modificada, ...) ⁷³, las prohibiciones legales, en cambio, obedecen a razones de moralidad o de contraposición de intereses, a fin de evitar el abuso o el fraude que una persona (la de asistencia y apoyo) pueda cometer en perjuicio de otra (precisamente, de quien aquella debería asistir y apoyar)⁷⁴. Es una manifestación más de la necesaria defensa del interés superior del menor que, aunque sin parangón actualmente para las personas con discapacidad (según vimos), también exige para estas el artículo 12 de la Convención de

⁷¹ Así lo dirá, refiriéndose al artículo 1459.2.º CC, la STS de 7 diciembre 1983, que «nunca podría aplicarse subjetivamente por vía analógica la prohibición que regula, al no concurrir identidad de razón entre la prohibición establecida para el mandatario y la pretendida para familiares...». Antes, la STS de 13 febrero 1967 había rechazado la aplicación del artículo 1459 CC, entre otras razones, porque «aunque ofrece grandes semejanzas con aquél –el contrato de compraventa– especialmente en su modalidad de contrato oneroso estando a veces embebida dentro del mismo la relación de renta que figura como uno de sus efectos, no es menos cierto que esto no puede implicar identidad por el específico carácter aleatorio de la renta vitalicia y por su discutida naturaleza científica que ha hecho considerarla por parte de la doctrina científica como un contrato real y no puramente consensual, lo que repercute en su tratamiento legal, donde ningún precepto se remite para al complemento de su regulación, a las normas propias de la compraventa».

⁷² Según puede verse en las dos notas anteriores.

⁷³ Como prefería decirlo PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1999, p. 313, para quien «las limitaciones de la capacidad afectan a una cualidad de la persona, la aptitud para realizar actos con eficacia jurídica, y se determinan en relación con su estado civil... En cambio, las prohibiciones afectan al contenido del derecho subjetivo, precisamente, a una de sus facultades».

⁷⁴ Uno de los primeros en advertir tal diferencia fue GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *RCDI*, 1925, pp. 671 y 672, al destacar «la separación de dos conceptos afines: capacidad y facultad dispositiva, el primero de los cuales hace referencia a potencias espirituales y el segundo a poderes patrimoniales... Las faltas de capacidad y las limitaciones de disponer se distinguen...: las primeras descansan en el derecho de la personalidad y tienden a la protección del incapacitado; las segundas se imponen en interés general, o de un grupo o de una determinada persona» (como es, este último, nuestro caso). Insistirá en ello el común de la posterior doctrina hipotecarista; así, por ejemplo, SANZ FERNÁNDEZ, 1955, p. 458, cuando afirma que «la incapacidad se impone a las personas por razones puramente subjetivas del propio interesado, independientes de su posición como titular de derechos patrimoniales y limita su capacidad de obrar. (...) La prohibición de disponer –en cambio– se impone al sujeto, por razones subjetivas, pero derivadas siempre de su posición como titular de los derechos patrimoniales, y es siempre ajena al problema de la capacidad de obrar». En definitiva, como sintetizaba CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, 1971, p. 777, «las incapacidades nacen dentro del sujeto mismo y las prohibiciones fuera de él».

la ONU en su ap. 4, cuando habla de «*impedir los abusos*» y de «*que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida*». Y si hubiera duda de que tales riesgos son predicables, sobre todo, de la misma persona que asiste y apoya a la persona con discapacidad, queda aquella despejada en la Observación n.º 1.º (2014), del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuando dice (en su punto 22): «Aunque todas las personas pueden ser objeto de «*influencia indebida*», este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores».

Por eso, mientras que cualquier limitación a la capacidad afecta a la capacidad propia de una persona en su propio interés (o, a lo más, en el de su familia, como sucede, vgr., con la prodigalidad), las prohibiciones legales, en cambio, afectan a la facultad de disponer o de administrar la capacidad ajena, de la persona a quien se ayuda, en interés también ajeno, de esa misma persona a quien se habría de apoyar (quede aparte, como luego se advertirá, el caso particular del art. 753 CC, que prohíbe al propio pupilo testar en favor de su tutor o de su curador). Las prohibiciones, por tanto, no afectan a la capacidad de la persona que asiste al menor o a la persona con discapacidad, que en absoluto se ve afectada por aquellas prohibiciones, sino a su legitimación indirecta o representativa. Son una limitación, un veto a tal legitimación y al poder de representación o de asistencia⁷⁵, a fin de evitar cualquier abuso o fraude (y entiéndanse tales expresiones en sentido técnico: el abuso de derecho a que se refiere el art. 7.2 CC, y el fraude de ley a que se refiere el art. 6.4 CC).

Siendo, pues, tal el fundamento de todas aquellas prohibiciones legales impuestas a tutores, curadores, ..., no cabe entender que las normas que las imponen sean excepcionales cuando, muy al contrario, son consecuencia y manifestación de aquellos principios, en evitación del abuso y del fraude legal. Que su contenido sea imperativo y prohibitivo

⁷⁵ Como decía, aunque de pasada y refiriéndose en general a las prohibiciones de disponer, la RDGRyN de 22 de junio 1943, «*sin implicar propiamente una falta de capacidad jurídica, oponen un veto*», siendo más precisa la de 23 octubre 1980, al decir: «*... sin que esta prohibición de disponer suponga falta de capacidad jurídica del afectado, sino tan solo un veto al desenvolvimiento de las facultades*».

y que la consecuencia de su vulneración sea la invalidez del acto o negocio hecho abusiva e ilegalmente no las convierte en normas excepcionales, ni genuinamente sancionadoras o punitivas (acaso como si toda norma imperativa y prohibitiva también lo fuera), sino protectoras de la persona cuyo engaño o abuso la ley pretende evitar con aquellas prohibiciones. Buena prueba de que no nos movemos entre normas excepcionales es la prohibición de la autocontratación que, como principio del Derecho, ha sido deducido por nuestra jurisprudencia desde toda aquella pléyade de casos prohibitivos (los de los arts. 162, 166, 221, 271, ..., antes referidos, y de tantos otros que no vienen a nuestro caso), en los que, lejos de observar casos excepcionales o singulares frente al principio de autonomía de la voluntad, se ha querido ver la manifestación de un «nuevo» principio general del derecho: aquel que proscribire, como regla, la autocontratación⁷⁶, permitiendo solo su validez, como excepcional –esta sí– bien cuando no hay conflicto de intereses, o el interés claramente beneficiado es el del representado o asistido (vgr., por ser el representante o el asistente quien dona en favor del representado o asistido, ...), bien cuando el negocio ha sido autorizado expresamente por el propio representado o asistido (posible perjudicado).

Siendo, además, aquella la razón y esta la naturaleza de tales normas prohibitivas, tampoco cabe ver en ellas materia odiosa que deba necesariamente interpretarse con alcance –solo– restrictivo. Tal vez sea odiosa para el representante o la persona de apoyo cuya legitimación para actuar en interés de la otra persona queda vetada, proscribida o limitada por la ley, pero en absoluto lo será para la persona que la ley protege con aquella proscripción, resultándole, al contrario, beneficiosa: un favor de la ley, que, al contrario de lo que pretende aquella tradicional jurisprudencia, permitiría su interpretación extensiva conforme al aforismo *favorabilia amplianda*, de modo que «hasta donde llegue la razón de la moralidad –que la justifica– llegará la prohibición»⁷⁷.

⁷⁶ Y que, comentando el artículo 1459 CC, cuya posible interpretación amplia defiende, según GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Artículo 1459», 2013, p. 10.287, «ya en virtud de analogía (art. 4.1), ya apelando a un principio general del Derecho (art. 1), según el que nadie puede autocontratar si hay contraposición de intereses».

⁷⁷ Según concluía, en su trabajo sobre el artículo 1549.2.º CC, GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp. 457 y 458, quien, además, aun aceptando la naturaleza excepcional de tal norma, no veía inconveniente en su posible interpretación extensiva –siempre– dentro de la razón de la prohibición (como yo mismo he defendido antes, sobre las normas que limitan la capacidad de los menores de edad, pero que no considero necesario repetir aquí, dada mi negación de aquella pretendida naturaleza excepcional de aquellas prohibiciones legales). Llegará a decir, con toda la razón (p. 457), que «la llamada interpretación extensiva puede ser necesaria para que un precepto prohibitivo e incluso de excepción cumpla su propia finalidad»; añadiendo luego (en la misma página): «Como el campo de la contratación se considera tradicionalmente propio de la autonomía de la voluntad, toda prohibición legal, en cuanto limitación de esa autonomía, tiende a ser interpretada restrictivamente. Pero esa tendencia resulta engañosa y conduce

Así las cosas, y aun siendo indudable que las prohibiciones legales forman un listado cerrado que no se presume, y que deben describirse de forma clara y expresa, la falta de claridad no debe conducir necesariamente a su interpretación restrictiva, conducente incluso a su negación misma, sino a una interpretación de la norma conforme a su finalidad (como, de nuevo, exige en general el art. 3.1 CC *in fine*), de modo que pueda tener como resultado una interpretación estricta, restrictiva o extensiva, según cada caso.

Y si, aun así, no fuera posible alcanzar una interpretación segura, en la duda, frente a aquella jurisprudencia, parecería más oportuna una interpretación extensiva de la prohibición; por dos razones fundamentalmente:

En primer lugar, porque tal interpretación extensiva se muestra como la más conforme con la razón general de todas aquellas prohibiciones legales, y que, según vimos, la propia Convención de la ONU refiere (en su art. 12.4) en favor de las personas con discapacidad: la de evitar el riesgo al fraude o abuso ante posibles conflictos de intereses que pudiera haber en caso de autocontratación.

Esta es, precisamente, la actual posición doctrinal mayoritaria⁷⁸ frente a aquella jurisprudencia, cuando, por ejemplo, defiende que el artículo 1459.1.º CC, referido literalmente desde 1889 a «*los que desempeñen algún cargo tutelar*», se aplique a cualquier cargo de asistencia del pupilo: no solo a tutores, sino también a curadores⁷⁹, y, según algunos, también a los propios defensores judiciales⁸⁰. O que, a pesar de que hable de «*adquirir por compra*», la doctrina

muchas veces a consecuencias erróneas. El *vetare* no tiene por qué ser de interpretación más restrictiva que el *imperare*. En la misma jurisprudencia, la STS de 3 septiembre 1996, tras menciona la doctrina legal favorable a la interpretación restrictiva de las prohibiciones legales (mención que, por cierto, hace reproduciendo los motivos de casación), llegará a decir, sentando –entonces sí– jurisprudencia: «*Es cierto que la doctrina jurisprudencial dominante preconiza la interpretación y aplicación restrictiva de la prohibición contenida en el n.º 2 del artículo 1459 CC, pero también lo es que la mentada prohibición no solo afecta a los casos de autocontratación en su más pura acepción sino, además, a aquellos otros que ofrezcan riesgos de abuso por implicar una colisión de intereses o una acreditada conflictividad entre los intereses en juego*».

⁷⁸ Así, a veces el propio GARCÍA CANTERO, «Artículo 1459», pp. 136 y ss., quien para incluir otros cargos no estrictamente tutelares, habla (en p. 137) de una «interpretación correctora»; y, sobre todo, ALBÁCAR LÓPEZ, «Artículo 1459», *Tomo V*, 1991, pp. 134 y ss.; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, «Artículo 1459», 2013, pp. 10.286 y ss.

⁷⁹ Como ya preveía el –correlativo– artículo 1381 del Proyecto de CC de 1851, según explica GARCÍA GOYENA, 1852, pp. 370 y 371.

⁸⁰ Así lo dicen el propio LÓPEZ Y LÓPEZ, «Artículo 1459», 1991, p. 905, y también GARCÍA CANTERO, «Artículo 1459», p. 139, aunque, como advierte el discípulo de aquel, INFANTE RUIZ, «Artículo 1459», vol. II, pp. 71 ss., «la extensión al defensor judicial no es posible por la razón de que este cargo se nombra en los casos en los que existe un conflicto de intereses entre los padres y el menor (art. 163 CC), y este conflicto de intereses se reproduciría idéntico en el mismo instante en que el defensor judicial deseara adquirir los bienes del menor» (¿entonces?). Y a cualquier apoderado, dice GARCÍA VALDECASAS, *Revista de Derecho Privado*, 1960, p. 458, al comentar el artículo 1459.2.º CC.

entienda ampliable tal expresión también a la venta, a la opción de compra (como así, incluso, entendió la STS de 12 noviembre 1907), a la dación en pago, a la permuta, ... o incluso hasta la donación, conforme a una interpretación –lógica y sistemática– desde el artículo 221 CC, una norma esta posterior a aquella otra en el tiempo (al ser reformada en 1983, frente a la redacción inmaculada de aquella otra), en cuya interpretación, por tanto, debe influir, *ex* artículo 2.2 CC, y que, referida a todos los cargos de apoyo a menores y personas con discapacidad, también incluye la prohibición de donaciones bajo el término «*liberalidades*».

En ambas ampliaciones de aquel artículo 1459.1.º CC, en efecto, coadyuva la propia interpretación, también amplia, que del artículo 221 CC el común de la doctrina hoy defiende frente a aquella jurisprudencia tan solo proclive a la interpretación restrictiva de toda prohibición legal⁸¹: por un lado, incluyendo cualquier cargo de apoyo o asistencia (tutores, curadores, defensores judiciales, ...), a pesar de su literalidad, referida tan solo a la tutela, aunque extensible a otros cargos, no por una –pretendida– analogía habida entre ellos, sino por estar aquella norma ubicada dentro de un capítulo general sobre cargos de asistencia a menores y personas con discapacidad (dentro del Capítulo I del Título X, sobre «*Disposiciones generales*», fuera del Capítulo II, dedicado a la genuina y estricta tutela), precisamente, por ser su razón la evitación de cualquier engaño en perjuicio de estos; y por otro, incluyendo entre las «*liberalidades*» cualquier acto, más que gratuito, que sea potencialmente lucrativo (sin contraprestación), para el cargo tutelar, como donaciones (con exclusión, para algunos⁸², de los regalos de costumbre o cortesía de valor proporcional a la circunstancias), legados (y otras disposiciones *mortis causa* *ex* art. 753 CC), cesiones gratuitas de créditos, contratos a favor de tercero, renunciaciones de derechos, promesas unilaterales, ...

Sin entrar en la oportunidad de tales ampliaciones (que, como viene sucediendo con otras normas expuestas aquí, no es el objeto

⁸¹ Así, entre otros, LETE DEL RÍO, «Artículo 323», Tomo IV, pp. 252 y ss.; HUALDE SÁNCHEZ, «Artículo 221», 1991, pp. 687 y ss.; ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, *Tomo I*, 1991, pp. 1.234 y 1.235; GARCÍA CANTERO, «Artículo 221», pp. 1.041 y 1.042. En una posición aislada se sitúa GARCÍA GARNICA, M.ª C. (2013, p. 2.080), cuando dice: «En la medida en que esta norma es restrictiva de la capacidad de obrar de quien desempeña una función tutelar, la doctrina afirma de forma unánime que debe ser objeto de interpretación restrictiva y que el elenco de supuestos que recoge es taxativo», lo que, sin duda, es cierto, pero no hace también ciertas aquellas otras afirmaciones.

⁸² Como LETE DEL RÍO, «Artículo 221», pp. 256 y 257, quien entiende que tales casos «tienen por causa no el *animus donandi*, sino la observancia de un uso, ... puesto que más bien se trata de gastos obligatorios impuestos en virtud de ineludibles exigencias sociales». Esa fue, en un principio, la intención de GARCÍA GOYENA, 1852, p. 243, quien, no obstante, comentando el artículo 245 del Proyecto de CC de 1851 (equivalente al actual art. 221.1.º CC), reconocerá: «En el artículo 126 de mi borrador se le permite –al tutor– hacer los regalos ó espresiones de costumbre con autorización del consejo: la Sección no lo aprobó».

central de este estudio), y al margen de la inclusión de las «liberalidades» también en el artículo 1459.1.º CC, tal vez pueda verse en todo ello como resultado –tan solo– una interpretación declarativa lata (ni siquiera extensiva, mucho menos analógica); pero en todo caso bastante de por sí como para cuestionar su necesaria interpretación restrictiva (ni siquiera estricta), que, como tópico, aún suele predicarse de cualquier prohibición legal.

Junto a lo dicho, hay otra razón –la segunda anunciada, esta no destacada por la común doctrina⁸³– para apoyar la interpretación extensiva de cualquier prohibición legal en caso de duda; porque mantenida la prohibición, por vía interpretativa, que impide la autocontratación, será la propia persona representada o asistida (el menor o la persona con discapacidad, respectivamente), quien pueda actuar por sí misma, por sí sola, de forma autónoma y libre –mostrándose ello, una vez más, conforme a la razón general de la capacidad de que goza toda persona y, de nuevo, conforme al principio *in dubio pro capacitate*–; así mismo, conforme a la jurisprudencia formada en torno a la prohibición de la autocontratación, la manifestación de su voluntad expresa en tal negocio que celebra (de los comprendidos en aquellas prohibiciones legales), incluso en favor de su representante o de su asistente, actuando este ya sin representación ni como apoyo, eliminará el riesgo de abuso o fraude, así como cualquier posible conflicto de intereses, dado que el representante o asistente no actuará como tal, sino en su propio nombre e interés, actuando también el menor o la persona con discapacidad en el suyo propio.

Tal interpretación, insisto, y no la contraria restrictiva, sería la más conforme con los nuevos tiempos favorables a un pleno y libre reconocimiento de la capacidad en favor de menores y de personas con discapacidad, como de cualquier otra persona, sin discriminación alguna.

Por eso mismo, precisamente, no cabe observar discriminación ninguna en el artículo 753 CC, cuando dice que no «surtirá efecto la disposición testamentaria –hecha por el pupilo– en favor de quien sea tutor o curador del testador...». En su redacción originaria (de 1889), tal norma hablaba solo de «tutor», proponiendo la doctrina la lógica inclusión también del curador⁸⁴, una interpretación más amplia que se haría auténtica

⁸³ Pero sí advertida, sobre el artículo 1459.2.º CC, por GARCÍA VALDECASAS, *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp. 450 y ss., donde repite la idea (en p. 451), de que «al vender directamente el dueño a quien era su encargado, no solo ha revocado el encargo, sino que ha sido conocedor de la persona del adquirente, ha juzgado la compatibilidad de intereses en la actuación de aquél y, en definitiva, la ha aprobado vendiéndola» (como así sucedió en la STS de 3 junio 1949, que él mismo comentaba en su trabajo). En tal apreciación me inspiro para decir lo que a continuación alego como segunda razón para interpretar extensivamente las prohibiciones legales en caso de duda.

⁸⁴ Por todos, HUALDE SÁNCHEZ, «Artículo 221», 1991, p. 688, emparentando el 753 con el 221.1.º CC, por fundarse igualmente ambos «en el juicio apriorístico de que toda liberalidad que realiza el sujeto a una medida de guarda y protección en favor de su guar-

por obra del legislador (precisamente tras ser reformada aquella norma por la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor). En la evitación del engaño, del abuso en obtener el tutor o el curador parte de la herencia de su pupilo, no hay discriminación en la capacidad de este, sino idéntica protección que se contiene en otras normas, ubicadas alrededor de aquella, que también pretenden evitar la captación de la voluntad del testador –y así asegurar su libertad de testar– en favor del «notario» que, precisamente, redacta el testamento (art. 754 CC), o del «sacerdote» que confiesa o da la extremaunción al testador en su lecho de muerte (art. 752 CC), normas todas ellas que, por identidad de razón, también pueden extenderse a pesar de contener prohibiciones legales (vgr., como ejemplo clásico al respecto, el del art. 752 CC, que en un principio fue interpretado restrictivamente por la STS de 6 abril 1954, por ver en ella una norma restrictiva de un derecho, de la libertad de testar⁸⁵, pero que hoy comúnmente se entiende ampliable en su prohibición a las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor de cualquier otra autoridad de culto que en ella le hubiese confesado o asistido de cualquier otro modo⁸⁶).

Se trataría, en fin, de una prohibición legal impuesta a los menores y a las personas con discapacidad en absoluto discriminatoria, y acorde con lo que ya la Observación n.º 1.º (2014) del Comité de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad aclaraba (en su punto 32), interpretando el artículo 5 de la Convención de Nueva York (dedicado, precisamente, a la igualdad y no discriminación); cuando, en particular, dice aquella Observación: «Los Estados pueden limitar la capacidad jurídica de una persona en determinadas circunstancias, como la quiebra o una condena penal. Sin embargo, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, lo haga aplicando los mismos motivos a todas las personas. La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente».

dador, habría que entenderla originada no en su libre voluntad sino en una voluntad captada por el cargo tutelar; captación de voluntad que se presumiría producida por la relación de sujeción moral en que se encuentra, con respecto a su guardador, todo sujeto a guarda».

⁸⁵ Del modo de interpretar el artículo 752 CC de dicha STS se preguntaba MONTÉS PENADÉS, «Artículo 4», 1977, p. 221, nota 43: «¿Esta es una norma odiosa? ¿No es una norma que protege la libertad de testar –principio general– y que por ende se debería poder aplicar a otras causas de sugestión o captación de la voluntad?».

⁸⁶ Sobre tal caso, permítaseme remitirme, de nuevo, a mi trabajo «Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines», en *Anuario de Derecho Civil*, 2012, pp. 1.004, 1.036, 1.037 y 1.067, con cita allí de doctrina y con un tratamiento más detenido del artículo 752 CC.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN, Y DE EPÍLOGO (ABIERTO)

En conclusión, frente al «topos» de interpretar siempre de forma restrictiva cualquier limitación a la capacidad de las personas menores de edad o con discapacidad, proponemos su revisión desde una interpretación internacionalista de nuestras normas (según permite el art. 10.2 CE), del siguiente modo:

En materia de menores, con fundamento en el Derecho Internacional y en el artículo 2.1. II de la Ley Orgánica de Protección del menor, coadyuvado por el artículo 3.1 CC *in fine*, cabe concluir que las restricciones a su capacidad, al fundarse estas en razones de justicia (en el *favor minoris*), no se contienen en normas odiosas que obliguen a su interpretación siempre restrictiva (conforme al adagio *odiosa restringenda*), sino en normas excepcionales (singulares frente a la regla general de la capacidad natural de toda persona, conforme esta al *favor libertatis*), que, como tales, no se pueden aplicar por analogía (art. 4.2 CC), pero que sí pueden interpretarse estricta, restrictiva o ampliamente, según cada caso cuál sea la finalidad de la norma y el interés superior del menor que proteger, debiendo tan solo interpretarse necesariamente de forma restrictiva, en favor de la capacidad de aquel y en contra de su limitación, para los casos de duda (*in dubio pro capacitate*).

Cuando se trata de la capacidad de las personas con discapacidad, en cambio, al haber sido equiparada, por exigencias de igualdad y no discriminación, su capacidad y autonomía a la de cualquier persona en la Convención de Nueva York de 2006, en la que se suprimen el tradicional interés superior de tal persona como –supuestamente– más vulnerable, y consiguientemente cualquier medida representativa y sustitutiva de su autonomía de la voluntad, no habrá más remedio que valorar cualquier restricción o limitación con tal alcance como un disfavor injustificado, contrario al natural y común *favor libertatis*, que como materia no solo excepcional, sino también odiosa (al menos, en esta ocasión), debe interpretarse siempre restrictivamente, conforme al adagio *odiosa restringenda*, que bien puede suponer la derogación tácita de la norma que establezca aquel tipo de limitación sustitutiva indiscriminada en su capacidad (*ex art. 2.2 CC*). Solo cuando la medida de ayuda prevista en la norma sea de apoyo, no sustitutiva, para la persona con discapacidad, cabrá interpretarla *super casum* conforme a la particular *ratio legis*, de la norma que en concreto la contemple (de nuevo, conforme al art. 3.1 CC *in fine*), y –solo– en caso de duda en su resultado interpretativo, el intérprete deberá inclinarse por el menor alcance de tal medida asistencial y por el mayor alcance en

la capacidad y autonomía propia de la persona con discapacidad (de nuevo, *in dubio pro capacitate*).

En contraposición, finalmente, cabe concluir que las prohibiciones legales impuestas a los cargos tutelares de menores y a los de apoyo a personas con discapacidad, que no son excepcionales ni punitivas por mostrarse conforme a los principios de prohibición del abuso y del fraude (*ex arts. 6.3 y 7.2 CC*), ratificados ambos por el actual Derecho internacional, bien pueden interpretarse extensivamente en caso de duda, porque a mayor alcance de la prohibición mayor autonomía se reconocerá en favor de los menores y de las personas con discapacidad (conforme al *favorabilia amplianda*, y, una vez más, *in dubio pro capacitate*).

Con todo, y así las cosas, tal vez haya quien objete a tales conclusiones la posible desprotección de tales personas, menores y con discapacidad, lo que, rectamente, no será una crítica a las orientaciones aquí propuestas para su interpretación, sino al propio espíritu, al corazón de las nuevas reglas capitales que han de reinar en materia de capacidad de personas menores o con discapacidad, de las que aquellas orientaciones interpretativas que aquí propongo no son más que su consecuencia lógica. Pero entrar *hic et nunc* en aquella médula de la razón legal es otra historia⁸⁷.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano: en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, Tomos I y V (comentario a los arts. 221, 323 y 1459 CC)*, Madrid, 1991.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «La asistencia legal de las personas mayores con discapacidad: una institución jurídica complementaria o alternativa», en

⁸⁷ Quedo, por ello, excusado de entrar –en mi particular caso– en si el Derecho español vigente, especialmente en la reciente referencia a la denominada «curatela representativa», es o no conforme a la Convención de Nueva York de 2006, como así lo creyó nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 2009, refiriéndose por entonces a la tutela, seguida luego por otras muchas, formando así una jurisprudencia que ha sido bien recibida por el común de la doctrina española, aunque siempre proponiendo, la mayor de las veces *de lege ferenda*, como figura rectora de apoyo más apropiada para la persona con discapacidad la del curador (sin representación), frente a la tradicional figura de la tutela (siempre representativa y sustitutiva de la actuación del propio representado, se trate de personas con discapacidad o de menores). Véanse, entre otros muchos, DE PABLO CONTRERAS, en *boe.es/publicaciones*; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *Derecho Privado y Constitución*, 2009, pp. 335-368; DE SALAS MURILLO, *Derecho Privado y Constitución*, 2013, pp. 11-48; ALBIEZ DOHRMANN, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2013-2015, pp. 43-74; y últimamente, GARCÍA RUBIO, 2017, pp. 7-18; con escasa originalidad ya en la defensa de la curatela, BOTELLO HERMOSO, *Revista de Derecho UNED*, 2015, pp. 615-638; y con un estudio del Anteproyecto antes mencionado, TORRES COSTA, 2020, pp. 162 ss. (disponible en Dialnet). De entre todos, destaca, por su brevedad y contundencia, ATIENZA RODRÍGUEZ, *Ius et veritas*, n.º 53, 2016, pp. 262-266.

- Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 16-18, 2013-2015, pp. 43-74.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: luces y sombras», en *Actualidad Civil*, 1997, pp. 17-40.
- ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: en *Comentarios al Código Civil*, Tomo II (comentario a los arts. 221 y 323 CC), dir. Bercovitz, Valencia, 2013.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel: «Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad», en *Ius et veritas*, n.º 53, 2016, pp. 262-266.
- BOTELLO HERMOSO, Pedro: «La LO 1/2015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico», en *Revista de Derecho UNED*, n.º 17, 2015, pp. 615-638.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: en sus *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Tomo IV, Barcelona, 1971.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines», en *ADC*, 2012, n.º 3, pp. 1.001-1.073.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*, reed., Madrid, 1984.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en boe.es/publicaciones.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «Repensar la curatela», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 27, 2013, pp. 11-48.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.ª ed., Barcelona, 1993.
- ESCRICHE, Joaquín: en la voz «Interpretación» de su *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1858.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: en *Comentarios al CC y Compilaciones forales (comentario al art. 1459 CC)*, de Edersa, Tomo XIX, 2.ª ed., dir. Albaladejo García.
- *Código Civil comentado*, vol. I (comentario a los arts. 221 y 1459 CC), dir. R. Valpuesta Fernández.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen: en *Comentarios al Código Civil (comentario al art. 221 CC)*, Tomo II, dir. Bercovitz, Valencia, 2013.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, Motivos y Comentario del Código civil español*, Tomo I, Madrid, 1852.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La esperada nueva regulación de la capacidad jurídica en el CC español a la luz del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *Propostas de modernización do dereito*, dir. García Goldar y Ammerman Yebra, 2017, pp. 7-18.
- GARCÍA VALDECASAS Y GARCÍA VALDECASAS, Alfonso: «La prohibición de compra a los encargados de vender y administrar y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho Privado*, 1960, pp. 449-462.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJAÑO, Martín: en *Comentarios al Código Civil (comentario al art. 1459 CC)*, Tomo VII, dir. Bercovitz, Valencia, 2013.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: «Prohibiciones de disponer», en *RCDI*, 1925, pp. 659-680.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986.

- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Matrimonio y discapacidad», en *Derecho privado y Constitución*, n.º 32, 2018, pp. 55-94.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 1, 1996, pp. 1.690-1.693.
- HUALDE SÁNCHEZ, José Javier: en *Comentarios del CC*, del Ministerio de Justicia, Tomo I (*comentario al art. 221 CC*), Madrid, 1991.
- INFANTE RUIZ, Francisco: en *Código Civil comentado, vol. II (comentario al art. 1459 CC)*, dir. R. Valpuesta Fernández.
- LETE DEL RÍO, José Manuel: en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, de Edersa, Tomo IV (*comentario al art. 323 CC*), dir. Albaladejo García.
- LINACERO DE LA FUENTE, María: «La protección del menor en el derecho civil español. Comentario a la LO 1/1996, de 15 de enero», en *Actualidad Civil*, n.º 48, 1999, pp. 1.573-1.626.
- LÓPEZ BARBA, Elena: *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Madrid, 2020.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel: En *Comentarios del CC*, del Ministerio de Justicia, Tomo II (*comentario al art. 1459 CC*), Madrid, 1991.
- «Conversaciones con difuntos. Luigi Caiani: analogía», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 29, 2000, pp. 307-333.
- «Contra tenorem rationis iuris: una meditación sobre el Derecho excepcional», en *Coronavirus y Derecho en estado de alarma*, dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, Madrid, 2020, pp. 21-40.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español, Tomos II y X (comentario a los arts. 221, 317 y 1459 CC)*, 3.ª ed., Madrid, 1907.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «La Protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad», en *ADC*, 1992, pp. 1.391-1.498.
- *En Código Civil comentado, vol. I (comentario al art. 323 CC)*, dir. R. Valpuesta Fernández y P. de Pablo Contreras.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente: en su Comentario al artículo 4.2 CC, en *Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar*, Madrid, 1977.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario. Tomo I: Propiedad. Derechos reales*, 3.ª ed., Madrid, 1999.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, María del Carmen: «La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 23, 2009, pp. 335-368.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino (Coord.): *Discapacidad y Derecho Civil*, Madrid, 2014.
- PUIG FERRIOL, Luis: en *Comentarios del CC (comentario al art. 323 CC)*, del Ministerio de Justicia, Tomo I, Madrid, 1991.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique: *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995.
- «Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 7, 1995, pp. 167-230.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *Revista General de Derecho*, n.º 621, 1996, pp. 6.501-6.532.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El interés del menor*, 2.ª ed., Madrid, 2007.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: en su *Comentario al artículo 4 del CC*, en Edersa, dirigido por Albaladejo (tomado aquí de vlex).

- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «El interés superior del menor y la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en *Derecho y Familia en el siglo XXI, vol. II*, Almería, 2011, pp. 851-862.
- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Instituciones de Derecho hipotecario, Tomo II*, Madrid, 1955.
- TORRES COSTA, María Eugenia: *La capacidad de obrar a la luz del artículo 12 de la convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, 2020 (disponible en Dialnet).
- VARELA GARCÍA, Carlos: «Comentario a la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor: principios programáticos y normas de conflicto», en *Actualidad Civil*, 1997, pp. 261-282.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «La Convención de la ONU de 13 diciembre 2006: impulsando los derechos de las personas con discapacidad», en *Comunitaria: Revista internacional de trabajo social y ciencias sociales*, n.º 1, 2011.
- *Más allá de la capacidad de entender y querer...*, Olivenza, 2012.
- «El nuevo marco constitucional de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006», en *Derecho Civil Constitucional*, dir. Villagrasa Armengol y Pérez Gallardo, Méjico, 2014.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA

- STC 174/2002, de 9 octubre (RTC 2002/174) Pte.: Tomás S. Vives Antón.
- STC 99/2019, de 18 julio (RTC 2019/99) Pte.: Juan José González Rivas.
- STS de 22 diciembre 1863 (Roj STS 567/1863) Pte.: Ramón López Vázquez.
- STS de 12 noviembre 1907 (Roj STS 454/1907) Pte.: Luciano Obaya Pedregal.
- STS de 16 noviembre 1918 (Roj STS 83/1918) Pte.: Rafael Bermejo y Ceballos Escalera.
- STS de 30 agosto 1924 (Roj STS 623/1924) Pte.: Benito Salgues y Álvarez.
- STS de 7 febrero 1927 (Roj STS 52/1927) Pte.: Diego Medina García.
- STS de 2 junio 1932 (Roj STS 516/1932) Pte.: Miguel Hernández.
- STS de 6 mayo 1944 (Roj STS 94/1944) Pte.: Celestino Valledor y Suárez Otero.
- STS de 3 junio 1949 (Roj STS 85/1949) Pte.: Saturnino López Peces.
- STS de 6 abril 1954 (RJ 1954/1551) Pte.: Manrique Mariscal de Gante y de Gante.
- STS de 14 enero 1958 (Roj STS 29/1958) Pte.: Francisco Bonet Ramón.
- STS de 27 mayo 1959 (RJ 1959/2469) Pte.: Francisco Bonet Ramón.
- STS de 14 octubre 1966 (Roj STS 899/1966) Pte.: Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu.
- STS de 13 febrero 1967 (Roj STS 1655/1967) Pte.: José Beltrán de Heredia y Castaño.
- STS de 28 septiembre 1968 (RJ 1968/3961) Pte.: Manuel Taboada Roca.
- STS de 2 febrero 1973 (Roj 1892/1973) Pte.: Francisco Bonet Ramón.
- STS de 7 diciembre 1983 (RJ 1983/6922) Pte.: Rafael Pérez Gimeno.
- STS de 3 septiembre 1996 (RJ 1996/9747) Pte.: Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa.
- STS de 31 octubre 1996 (RJ 1996/7727) Pte.: Pedro González Poveda.
- STS de 21 marzo 2000 (RJ 2000/1496) Pte.: José Ramón Vázquez Sandes.
- STS de 28 febrero 2006 (RJ 2006/698) Pte.: Pedro González Poveda
- STS de 16 marzo 2010 (RJ 2010/4345) Pte.: Juan Antonio Xiol Ríos.

RDGRyN de 4 noviembre 1896 (pdf en BOE-A-1896-6860).
RDGRyN de 15 marzo 1902 (pdf en BOE-A-1902-2658).
RDGRyN de 1 julio 1916 (pdf en BOE-A-1916-4429).
RDGRyN de 31 enero 1935 (pdf en BOE-A-1935-41178).
RDGRyN de 22 junio 1943 (pdf en BOE-A-1943-6511).
RDGRyN de 17 junio 1950 (pdf en BOE-A-1950-9130) y (RJ 1950/1240).
RDGRyN de 23 octubre 1980 (pdf en BOE-A-1980-24564).

Familia y responsabilidad civil

CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI*

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Oviedo

IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN*

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad de Oviedo

RESUMEN

Dado el creciente interés que la doctrina y la jurisprudencia han venido mostrando a lo largo de los últimos años en torno a la aplicación a las relaciones familiares de las reglas en materia de responsabilidad civil, el objetivo de este trabajo consiste en analizar el actual parecer de nuestro Tribunal Supremo a este respecto. A tal efecto, se aborda la posibilidad de conceder indemnizaciones en el ámbito familiar en algunos de los principales supuestos, como los casos de falsa atribución de la paternidad, de obstaculización de los regímenes de guarda, custodia y visitas o de ausencia de reconocimiento de la filiación. Análisis de dicha problemática que se efectúa a través de un repaso crítico de la jurisprudencia, de la solución adoptada en otros ordenamientos y de las implicaciones constitucionales presentes en cada uno de los casos estudiados. Asimismo, junto a tales supuestos indemnizatorios carentes de regulación en nuestro ordenamiento, se examinan las indemnizaciones previstas legalmente en el ámbito familiar en los casos de nulidad matrimonial y de ruptura de la promesa de matrimonio, si operan como supuestos indemnizatorios autónomos, o por el contrario, es posible u obligado el recurso a las reglas generales de responsabilidad civil.

PALABRAS CLAVE

Derecho de familia. Derecho de daños. Falsa atribución de la paternidad. No reconocimiento de la filiación. Obstaculización de la guarda, custodia y visitas. Promesa de matrimonio. Nulidad matrimonial.

* Los apartados II y III de este estudio monográfico dedicados a la aplicación de las reglas de responsabilidad civil a las relaciones familiares han sido elaborados por Ignacio Fernández Chacón y el IV, relativo a las indemnizaciones legalmente tasadas por Camino Sanciñena Asurmendi.

Family and Tort Law

ABSTRACT

In consideration to the increasing interest that the doctrine and case law have been showing over the last few years regarding the application of the rules of tort law to family relationships, the aim of this paper is to analyze the current opinion of our Supreme Court in this matter. For this purpose, it addresses the problems raised in some of the main cases in which the possibility of obtaining compensations in the family sphere is challenged, such as cases of false attribution of paternity, obstruction of guardianship, custody and visitation regimes or lack of recognition of filiation. The analysis of this phenomenon is carried out through a critical review of the jurisprudential evolution with respect to the recognition of compensations in such cases, taking into account the solution adopted in other legal systems and the constitutional implications present in each of the cases studied. Likewise, together with such compensation cases which are not specifically addressed in our legal system, we examine whether the compensations legally envisaged in the family sphere in cases of matrimonial nullity and rupture of the promise of marriage operate as autonomous compensation cases outside the general rules of tort law or whether, on the contrary, in both cases, recourse to such general rules is necessary.

KEYWORDS

Family law. Tort law. False attribution of paternity. Non-recognition of filiation. Obstruction of guardianship, custody and visitation regimes. Promise of marriage. Matrimonial nullity.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Progresivo reconocimiento de la aplicabilidad de las reglas de responsabilidad civil a las relaciones familiares.*—1. Las indemnizaciones derivadas de la falsa atribución de la paternidad.—2. Las indemnizaciones derivadas de la obstaculización de los regímenes de guarda, custodia y visitas de los menores.—3. Las indemnizaciones derivadas de la falta de determinación y reconocimiento de la filiación.—3.1. El resarcimiento a los hijos del daño moral por la falta de reconocimiento.—3.2. La problemática en torno al abono y reembolso de los alimentos dejados de percibir.—III. *La Sentencia plenaria del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018. ¿Un antes y un después en el estado de la cuestión?*—IV. *Indemnizaciones legalmente previstas en el ámbito de las relaciones familiares.*—1. Incumplimiento de la promesa de matrimonio.—2. La indemnización derivada de la nulidad matrimonial.—2.1. La indemnización por nulidad y su relación con la pensión compensatoria.—2.2. Los daños indemnizables y la vía para su indemnización.—2.3. La incidencia de la nulidad matrimonial en la pensión compensatoria reconocida en un procedimiento previo de separación o divorcio.—V. *Consideraciones finales. Bibliografía. Índice de sentencias y resoluciones.*

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos años, la interacción y posible aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares ha venido suscitando un interés creciente tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, en buena medida por la influencia del modelo adoptado a este respecto en otros países. Así lo atestigua el elevado número de monografías, obras colectivas y artículos que se ocupan de la cuestión, tanto desde un punto de vista general como a propósito de cada una de las concretas situaciones o problemas en los que dicha interacción entre la familia y el Derechos de daños se suscita de forma más notoria en el día a día de los Tribunales¹.

El aumento de las reclamaciones de responsabilidad civil que se observa en todos los ámbitos de las relaciones humanas y sociales se extrapola igualmente a las relaciones familiares. Sin embargo, el problema de la interacción entre el Derecho de daños y el Derecho de familia viene dado porque ni las normas de Derecho de daños ni tampoco las reguladoras del Derecho de familia contemplan expresamente la posibilidad, con carácter general, de acciones de responsabilidad civil por daños causados por un familiar a otro. Silencio de nuestro Código Civil y de los derechos forales que ha propiciado una tradicional exclusión de la aplicabilidad de las reglas en materia de responsabilidad civil a las relaciones familiares².

¹ Cfr. MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA lo denominan *tema de moda* (ADC, 2011, pp. 505 y 506).

Sin ánimo de exhaustividad y a propósito de la referida interacción y límites a la aplicabilidad de las reglas de Derecho de daños a las relaciones familiares en sentido amplio, pueden mencionarse los trabajos de ROCA TRÍAS, 2000, pp. 533 y ss.; RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009 y *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2015; VARGAS ARAVENA, 2009; ROMERO COLOMA, 2009; FERRER RIBA, *InDret*, 2000; FAYOS GARDÓ, AC, 2011; DE VERDA y BEAMONTE (dir.), 2006 y *Familia y sucesiones: cuadernos jurídicos*, 2009, pp. 13 y ss.; COLÁS ESCANDÓN, 2011, pp. 313 y ss.; y NOVALES ALQUÉZAR, *RJN*, 2006, pp. 197 y ss.

Si además se tienen en cuenta los trabajos que analizan por separado las concretas situaciones en las que se plantea la aplicación del Derecho de daños a las relaciones familiares (por incumplimiento de los deberes conyugales, por ocultación de la paternidad al padre, por obstaculización del régimen de guarda y custodia de los hijos, etc.) sobre los que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como los tribunales de instancia, se ha pronunciado, la creciente importancia del tema resulta más que evidente.

² Por el contrario, el Código penal contempla la circunstancia mixta de parentesco en la que la relación familiar en sentido amplio, incluyendo la relación de afectividad análoga a la matrimonial, como elemento de atenuación, agravación o exclusión de la posible responsabilidad criminal, normalmente de agravación en los delitos contra las personas y de atenuación en los delitos contra el patrimonio. RODRÍGUEZ GUTIÁN analiza la relación de parentesco como circunstancia de atenuación, agravación o exclusión de la posible responsabilidad criminal en los artículos 23, 178 a 180 o 268 CP (2009, pp. 17 a 19). Véase también, entre otros, VIVAS TESÓN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2011, p. 343.

El Código Civil recoge únicamente algunos supuestos concretos en los que se instauran mecanismos específicos tendentes a paliar los daños ocasionados en el seno familiar, bien mediante el reconocimiento de indemnizaciones propiamente dichas o bien mediante otro tipo de sanciones de naturaleza civil³. En este sentido, dentro de las medidas indemnizatorias que nuestro Código Civil prevé en el ámbito de las relaciones familiares cabe mencionar: la indemnización por incumplimiento de promesa de matrimonio del artículo 43 del Código civil; la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil (encaminada a paliar el desequilibrio económico originado a uno de los cónyuges por la separación o divorcio)⁴; la indemnización al cónyuge de buena fe en los supuestos de nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil; el reconocimiento en el artículo 168 del Código civil de la responsabilidad civil de los padres por la pérdida o deterioro, por dolo o culpa grave, de los bienes de los hijos que ellos administran⁵. Asimismo, cabe citar las reglas indemnizatorias contenidas en sede de régimen económico-matrimonial por los daños que un cónyuge causa con dolo a la sociedad de gananciales mediante actos de administración o disposición de bienes gananciales, por los beneficios exclusivos con los que se lucra en la gestión y disposición de los bienes gananciales (art. 1390 CC), supuestos en los que la sociedad de gananciales es acreedora frente al cónyuge que causa los daños. También se indemnizan los daños causados por un cónyuge al otro mediante actos realizados en fraude de sus derechos, lo que permitirá la rescisión de los actos fraudulentos en caso de que el cónyuge actuara con mala fe (art. 1391 CC), así como la posibilidad del cónyuge

³ Sistematización ésta que realiza RODRÍGUEZ GUTIÁN y que nos parece acertada, a efectos de evidenciar la posición que nuestro Código Civil parece asumir respecto a las indemnizaciones por daños en el ámbito de las relaciones familiares (2009, pp. 102 a 128).

⁴ A propósito de la naturaleza indemnizatoria (no alimenticia o de asistencia) de la pensión compensatoria del artículo 97 CC tendente a paliar el desequilibrio patrimonial padecido a causa de la separación o divorcio por uno de los cónyuges, *vid.* CAMPUZANO TOMÉ, 1989, pp. 24 a 26 (haciendo especial énfasis en la idea a este respecto adoptada en relación al *assegno per divorzio* por la doctrina y jurisprudencia italianas).

Hay que tener en cuenta, además, que el derecho catalán ha regulado una prestación compensatoria para paliar el desequilibrio económico producido en los supuestos de separación y divorcio, y que ha extendido también a la nulidad matrimonial (arts. 233.14 al 233.19 del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, por Ley 25/2010, de 29 de julio).

⁵ LLAMAS POMBO puntualiza que el artículo 168 CC constituye un supuesto de acumulación de responsabilidad contractual y extracontractual, facultándose al hijo a optar por la aplicación de unas u otras normas (2011, p. 836).

Una responsabilidad similar se recoge en el artículo 96 del Código del Derecho Foral de Aragón de 2011 (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas).

perjudicado de solicitar al juez la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1393.2.º CC)⁶.

Por otro lado, el Código civil acoge otras medidas que no anudan una indemnización o resarcimiento económico propiamente dichos a determinadas conductas familiares, sino otro tipo de sanción. Así acontece con la privación de la patria potestad a los padres prevista en el artículo 170 del Código civil por el incumplimiento de los deberes paterno-filiales y que opera, asimismo, como causa de desheredación de los padres *ex* artículo 854.1.ª y del cónyuge *ex* artículo 855.2.ª del Código civil. Causa de desheredación que es también la única consecuencia jurídica contemplada para el incumplimiento de los deberes conyugales (art. 855.1.ª CC).

En atención a ese esquema regulatorio y al referido interés que la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil a las relaciones familiares suscita para «remediar» determinadas conductas dañosas, cuya sanción se antoja especialmente flagrante desde un punto de vista de justicia material, el objetivo de este trabajo estriba en valorar la evolución y el estado actual en la doctrina científica y jurisprudencial acerca de la interrelación entre el Derecho de daños y el Derecho de familia, tanto respecto a las indemnizaciones legalmente previstas en el ámbito familiar como a aquéllas otras reconocidas en supuestos que carecen de regulación expresa, comenzando por estas últimas.

II. PROGRESIVO RECONOCIMIENTO DE LA APLICABILIDAD DE LAS REGLAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS RELACIONES FAMILIARES

En términos generales y aunque con matices, a lo largo de los últimos años puede identificarse una cierta apertura de la doctrina y de la jurisprudencia a la posibilidad de aplicación de las reglas generales de responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares. Predisposición que también se observa, si bien con otras connotaciones, respecto a las parejas de hecho, a causa de la inexistencia de reglas específicas encaminadas a dirimir los efectos económicos ocasionados por la ruptura o fallecimiento de un miembro de la pareja, propiciando el reconocimiento de indemnizaciones en

⁶ En estos casos, el hecho de que el Código convierta a la sociedad de gananciales en acreedora impide que técnicamente se pueda incluir este supuesto entre los de responsabilidad entre cónyuges [*cf.* ROCA TRÍAS, 2000, p. 545 y RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, p. 105]. *Cfr.* ATIENZA NAVARRO, 2011, pp. 1.095 a 1.097.

aplicación de reglas y principios generales tales como la prohibición de enriquecimiento sin causa⁷.

Así pues, de cara a analizar la interrelación entre las reglas de responsabilidad civil y el Derecho de familia comenzaremos por analizar diversos supuestos indemnizatorios en el ámbito familiar, todos ellos carentes de regulación específica en nuestro Código Civil, cuya procedencia ha venido reconociéndose con distinta intensidad en otros ordenamientos foráneos, como los derechos argentino o italiano, y que de alguna manera han obtenido cierto reconocimiento jurisprudencial en España, caso de las indemnizaciones por la falsa atribución de la paternidad a resultas del incumplimiento del deber conyugal de fidelidad, pero con tratamiento autónomo y separado, por la obstaculización del régimen de guarda y custodia de los hijos y, en menor medida, en caso de no reconocimiento de la paternidad.

1. LAS INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE LA FALSA ATRIBUCIÓN DE LA PATERNIDAD

La falta de sanción en el articulado del Código Civil del incumplimiento de los deberes conyugales, más allá de operar como causa de desheredación, contribuyó en buena parte a iniciar el debate sobre la aplicación y extensión de las reglas generales de Derecho de daños a las relaciones familiares, de cara a articular tras la ruptura posibles indemnizaciones por los daños ocasionados entre los cónyuges⁸.

Debe tenerse en cuenta que el mero incumplimiento de los deberes conyugales, aun cuando genere un daño en el consorte, no puede operar como presupuesto del reconocimiento de indemniza-

⁷ Téngase en cuenta que nuestra jurisprudencia ha señalado la no equiparación de las parejas de hecho al matrimonio, y la exclusión de la aplicación analógica de las normas sucesorias o de régimen económico matrimonial previstas en el Código Civil para el matrimonio. En este sentido, véase las SSTS plenas de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7148) y de 15 de enero de 2018 (RJ 2018\76), así como la STC de 23 de abril de 2013 (RTC 2013\93). Por ello, el Tribunal Supremo ha acudido al principio del enriquecimiento injusto para otorgar indemnizaciones a uno de los miembros de la pareja por el apoyo prestado sin retribución al otro conviviente en el ámbito de sus relaciones profesionales, vida doméstica, etc. [SSTS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992\9733, FJ 4.º), de 20 de octubre de 1994 (RJ1994\7492), plenaria de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7148), de 27 de marzo de 2011 (RJ2011\4770, FJ 6.º), de 6 de mayo de 2011 (RJ 2011\3843, FJ 6.º) o de 15 de enero de 2018 (RJ 2018\76, FJ 5.º)].

Vid. a este respecto, entre otros muchos, DE VERDA Y BEAMONTE, 2006, pp. 223 y ss.; VARGAS ARAVENA, 2009, pp. 364 y ss.; GAGO SIMARRO, 2019, pp. 519 y ss.; HERRERA DE LAS HERAS, MARTÍNEZ RUANO Y PAÑOS PÉREZ, *RCDI*, 2015, pp. 1.173 y ss.; y ORDÁS ALONSO, 2017.

⁸ En este sentido se manifiesta MARTÍN CASALS Y RIBOT IGUALADA, *ADC*, 2011, pp. 506 y 507.

ción alguna de conformidad con las reglas generales en materia de responsabilidad civil⁹, sino que únicamente cabe tildarlo, de acuerdo con el Tribunal Supremo (Sentencia de 30 de julio de 1999), como merecedor de un *mero reproche ético-social*¹⁰. A este respecto, cabe destacar que la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modificó el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, no ha supuesto diferencia respecto a la situación anterior, limitándose a eliminar las pocas consecuencias del incumplimiento de los deberes matrimoniales que quedaban, excepto su sanción como causa de desheredación (art. 855.1.ª CC).

Pese a lo anterior, cuando el incumplimiento de los deberes matrimoniales, en concreto del deber de fidelidad (art. 68 CC), tiene como consecuencia el nacimiento de un hijo extramatrimonial cuya filiación se atribuye al marido de la mujer se plantea la causación de un innegable daño al marido; no por el incumplimiento en sí, sino por la falsa atribución de la paternidad. De ahí que resulta necesario separar convenientemente la falsa atribución de la paternidad del incumplimiento de los deberes conyugales y los daños que generan una y otra conducta.

La jurisprudencia ha avivado el debate sobre posibilidad de reconducir las indemnizaciones por incumplimiento de los deberes matrimoniales y por la falsa atribución de paternidad, sin diferenciar adecuadamente ambas conductas, a las reglas generales en materia de responsabilidad civil, en particular al artículo 1902 del Código civil, pero también al artículo 1101 del Código civil¹¹. Así, se aprecia a propósito de las indemnizaciones entre cónyuges derivadas de la falsa atribución –comúnmente referida como ocultación– de la paternidad y su conexión con el incumplimiento del

⁹ El incumplimiento de los deberes conyugales podría ser la causa de transmitir al consorte algún tipo de enfermedad de transmisión sexual y, por consiguiente, tener trascendencia penal al incurrir en el delito por lesiones por contagio de enfermedad de transmisión sexual, en cuyo caso la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios *ex arts. 109 y ss.* del Código penal no plantea ninguna duda y dentro de la cual, expresamente, se comprende la indemnización por los daños morales padecidos (art. 110.3.º CP).

Puede verse una evolución legislativa de la intervención del Derecho penal frente a la transmisión o contagio de las enfermedades infecciosas en general, y de las de transmisión sexual en particular, en la STS (Penal) de 8 de noviembre de 2011 (RJ2012\284), y una evolución jurisprudencial de la tipificación del delito por contagio de enfermedad de transmisión sexual en la STS (Penal) de 11 de marzo de 2020 (RJ 2020\900).

¹⁰ *Vid.* a este respecto, entre otros muchos, ROMERO COLOMA, *RCDI*, 2009, pp. 2.441 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2012, pp. 103 y ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, *La Ley*, 2007, pp. 1.658 y ss.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, pp. 145 y ss. y *Revista de Derecho de Familia*, 2010, pp. 29 y ss.; y ALGARRA PRATS, 2012, pp. 11 y ss. Para una sistematización del alcance de los deberes conyugales en Derecho comparado *vid.* NOVÁLES ALQUÉZAR, 2009.

Respecto a la evolución histórica de la responsabilidad civil entre cónyuges desde el punto de vista comparado *vid.* LÓPEZ DE LA CRUZ, *InDret*, 2010, pp. 5 a 12.

¹¹ Tal y como han señalan, entre otros, PÉREZ GALLEGU, *RDC*, 2015, p. 149; y BARCELÓ DOMÉNECH, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, pp. 286 y 288.

deber de fidelidad previsto en el artículo 68 del Código civil y la posición adoptada por el Tribunal Supremo a tal efecto. Problemática respecto a la cual cabe mencionar las conocidas Sentencias de 22 y 30 de julio de 1999 (RJ 1999\5721 y RJ 1999\5726) en las que, curiosamente y pese a tener el mismo ponente (el Excmo. Sr. Alfonso BARCALÁ TRILLO-FIGUEROA), se efectuaban razonamientos dispares acerca de la viabilidad de la indemnización solicitada por el marido en tales casos de falsa atribución de la paternidad.

En efecto, aun cuando en ambas sentencias se desestimó la indemnización reclamada, en la STS de 22 de julio de 1999 la imposibilidad de obtener una indemnización *ex* artículo 1902 del Código civil se hacía descansar en la inexistencia de conducta dolosa por parte de la esposa en la ocultación de la paternidad a su marido¹²; abriendo con ello la posibilidad de estimar que, en caso de haber concurrido una conducta dolosa, la indemnización hubiera resultado procedente¹³.

Sin embargo, en la Sentencia de 30 de julio de 1999, el Tribunal Supremo daba un paso más y efectuaba un amplio *excursus* acerca de la sustracción del incumplimiento de los deberes matrimoniales del ámbito aplicativo de las reglas generales en materia de responsabilidad contractual *ex* artículo 1101 del Código civil, invocado en el caso de autos. En este sentido, la falsa atribución de la paternidad matrimonial parece subsumirse en el incumplimiento del deber de fidelidad, que no merece mayor sanción que el mero reproche ético-social y cuyos daños asociados no resultan indemnizables.

«Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se

¹² La inexistencia de dolo en la esposa so pretexto de la cual el Tribunal Supremo desestimó la pretensión indemnizatoria del marido (basada en la devolución de los importes abonados en concepto de alimentos más otra partida en concepto de daños morales) radicaba en su desconocimiento de la falsedad de la paternidad del actor, motivo por el cual el Tribunal Supremo concluía que «los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 del Texto Legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora C.» (FJ 6.º).

¹³ Así lo consideraran, entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2006, p. 175; BARCELÓ DOMÉNECH, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, p. 289.

regula en el artículo 97 e), igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar. Las precedentes consideraciones (...) son suficientes de por sí en orden a concluir que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal *a quo* haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código civil, en relación con el 1101» (FFJJ 3.º y 4.º).

En suma, ambas sentencias descartaban tanto la posibilidad de conseguir una indemnización por los daños morales derivados del incumplimiento de los deberes conyugales, como por los daños materiales y morales asociados a la falsa atribución de la paternidad en aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil (contractual o extracontractual). Asimismo, en ambas se rechazaba la devolución, por la vía del enriquecimiento injusto *ex* artículo 1895 del Código civil, de los alimentos abonados por el que creía ser padre sin serlo debido a la falsa atribución de la paternidad.

La no devolución de tales gastos alimenticios soportados por quien después ve impugnada su paternidad —«falso progenitor»— ha sido corroborada en la Sentencia Plenaria del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2015 (RJ 2015\1915), a propósito de un caso en el que el marido había solicitado *ex* artículo 1895 del Código civil, y no por la vía del artículo 1902 del Código civil, la devolución de las cantidades abonadas en concepto de alimentos a la hija, cuya filiación se desveló falsa, aun cuando quedaba acreditado en autos el comportamiento doloso de la esposa y madre¹⁴.

¹⁴ En el caso enjuiciado en la STS Plenaria de 24 de abril de 2015 (RJ 2015\1915) había quedado probado que la mujer había convencido a su marido para que se sometiese a un costoso tratamiento de fertilidad, pese a lo cual mantuvo relaciones extramatrimoniales con un tercero que dieron lugar al nacimiento de la hija. Este comportamiento doloso de la esposa fue la causa del voto particular formulado por los Magistrados SALAS CARCELLER y ORDUÑA MORENO, a favor de la devolución de alimentos *ex* artículo 1895 CC, por entender correctamente la concurrencia de sus presupuestos en el caso enjuiciado.

La imposibilidad de devolución de los alimentos ya prestados ha sido, asimismo, destacada también por la jurisprudencia menor, caso, por ejemplo, de la SAP de Cádiz (Sección 8.ª) de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014\203955). No obstante, otras sentencias de audiencias han abierto un resquicio a la posibilidad de indemnizar el daño patrimonial derivado del abono de una pensión alimenticia al hijo/a cuya verdadera paternidad se ha ocultado, invocando la figura del cobro de lo indebido. Cabe citar a tal efecto, entre otras, las SSAP de Cádiz (Sección 2.ª) de 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675) y (Sección 8.ª) de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014\203955) en las que, si bien se destacaba la imposibilidad de aplicar dicha figura para la restitución de los alimentos abonados a causa de la existencia de una sentencia judicial firme que los había ordenado, se reconocía la posibilidad de instar a través del correspondiente procedimiento la nulidad de dicha sentencia o su

La posibilidad de obtener una indemnización por la falsa atribución de la paternidad fue abordada de nuevo por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de julio de 2010 (RJ 2010\5152), si bien en el caso enjuiciado no se entró a valorar la pretensión indemnizatoria del marido por la ocultación de la paternidad *ex artículo* 1902 del Código civil, al considerar prescrita la acción de acuerdo con el artículo 1968.2 del Código civil. En efecto, la demanda se había interpuesto más de un año después del día en que se había notificado al marido la sentencia estimatoria de la impugnación de la paternidad matrimonial. La sentencia tampoco apreció la solicitud, que hubiera evitado la prescripción, de considerar como daño continuado el padecimiento sufrido por el actor y la incidencia en su estado de salud¹⁵. La prescripción por el transcurso del plazo anual de la acción de responsabilidad por daños ejercitada por el marido fue igualmente apreciada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (RJ 2012\6849)¹⁶.

Ahora bien, en el ámbito de la denominada jurisprudencia menor, las Audiencias Provinciales sí que han admitido la posibilidad de obtener una indemnización por los daños morales derivados de la falsa atribución u ocultación de la paternidad en aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil¹⁷, haciendo

revisión. Véase también la SAP de Murcia (Sección 5.ª) de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010\60).

Defienden la posibilidad de reintegro de los alimentos «indebidamente» abonados, pese a reconocer la dificultad de la materia, ÁLVAREZ OLALLA, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, p. 6 (BIB 2010\2878); FARNÓS AMORÓS, *DPC*, 2011, pp. 48 a 51.

¹⁵ Véase la explicación en este sentido de VIVAS TESÓN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2011, pp. 346 y 347. Para otro comentario y resumen de esta sentencia, *vid.* PANIZA FULLANA, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, pp. 85 y ss.

¹⁶ No obstante, tal y como apunta ÁLVAREZ OLALLA, si en tales casos la acción de reclamación de daños y perjuicios se hubiese encaminado a la devolución de los alimentos abonados en aplicación de las figuras del cobro de lo indebido o enriquecimiento injusto, posiblemente la acción no se habría considerado prescrita *ex artículo* 1964 CC (*cf.* *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011, pp. 7 y 8).

¹⁷ Cabe mencionar en este sentido, entre otras, la SAP de Ciudad Real (Sección 2.ª) de 23 de abril de 2018 (AC 2018\1384), la SAP de Cádiz (Sección 5.ª) de 13 de junio de 2017 (AC 2017\1113), la SSAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007 (Sección 7.ª, JUR 2007\340366) y de 2 de noviembre de 2004 (Sección 7.ª, AC 2004\1994) confirmada esta última por el ATS de 10 de junio de 2008 (JUR 2008\222445), la SAP de Murcia (Sección 5.ª) de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010\60), la SAP de León (Sección 1.ª) de 30 de enero de 2009 (JUR 2009\192431), la SAP de Jaén (Sección 1.ª) de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015\129380), la SAP de Madrid (Sección 8.ª) de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019\214532), la SSAP de Barcelona (Sección 18.ª) de 16 de enero de 2007 (JUR 2007\291114) y de 25 de julio de 2018 (Sección 13.ª, JUR 2018\218657), la SAP de Cádiz (Sección 8.ª) de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014\203955), las SSAP de Alicante (Sección 6.ª) de 16 de enero de 2013 (JUR 2013\150976) y de 4 de octubre de 2010 (Sección 9.ª, JUR 2011\24159); o la SAP de Cantabria (Sección 2.ª) de 3 de marzo de 2016 (AC 2016\799). La SAP de Valencia (Sección 6.ª) de 16 de octubre de 2017 (AC 2018\1076), si bien reconocía –con un profuso análisis jurisprudencial al respecto– la viabilidad de la indemnización solicitada, el fallo la denegó por no haber acreditado el marido los daños morales reclamados.

una interpretación *a contrario sensu* de la referida STS de 22 de julio de 1999 (según la cual cabría indemnización en tales casos únicamente cuando medie una conducta dolosa de la esposa¹⁸) y excluyendo, de acuerdo con la STS de 30 de julio de 1999, como fundamento de la indemnización el incumplimiento del deber de fidelidad del artículo 68 del Código civil.

En este sentido, dejando al margen por el momento la Sentencia Plenaria del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5158) merecedora de un análisis por separado, son varias las sentencias de las Audiencias Provinciales que con base en la conducta dolosa de madre en la falsa atribución de la paternidad conceden una indemnización por los daños causados. Así, la SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004\1994) ratificó la condena a la esposa y al verdadero padre no matrimonial por los daños morales y patrimoniales ocasionados al marido a resultas de la ocultación de la paternidad de *tres* menores, con base en el argumento determinante de que la conducta de los demandados había sido claramente dolosa¹⁹.

Esta sentencia fue pionera por varios motivos. Por una parte, introdujo en España la construcción alemana (elaborada por el Tribunal Federal Alemán, en particular por la sentencia de 19 de diciembre de 1989) que requiere la existencia de una conducta dolosa, para que el daño originado en el ámbito de las relaciones familiares (y en particular en las relaciones conyugales) resulte indemnizable²⁰ Construcción de la que, a su vez, se ha hecho eco la

¹⁸ La exigencia de una conducta dolosa en la esposa para que la indemnización derivada de la falsa atribución de la paternidad resulte viable, en los términos razonados en la STS de 22 de julio de 1999, sin conferir relevancia suficiente a la mera duda en la mujer derivada *plurium concubentium*, se requiere también, en la SAP de Sevilla (Sección 6.^a) de 9 de julio de 2015 (JUR 2015\235882), las SSAP de Barcelona (Sección 14.^a) de 31 de octubre de 2008 (AC 2009\93) y (Sección 18.^a) de 23 de julio de 2009, (JUR 2009\464365), la SAP Valencia (Sección 7.^a) de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004\1994) y (Sección 7.^a) de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007\340366), la SAP de A Coruña (Sección 3.^a) de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010\2303), la SAP de León (Sección 2.^a) de 2 de enero de 2007 (JUR 2007\59972) y (Sección 1.^a) de 30 de enero de 2009 (JUR 2009\192431), la SAP de Pontevedra (Sección 3.^a) de 13 de diciembre de 2006 (JUR 2007\38139) o la SAP de Granada (Sección 5.^a) de 13 de junio de 2014 (AC 2014\1628), entre otras muchas.

¹⁹ Esta sentencia ha sido identificada por la doctrina como el punto de inicio en nuestro país de la apertura de las relaciones familiares a la aplicabilidad del Derecho de daños (cfr. LLAMAS POMBO, *Revista Práctica de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2005, pp. 3 y 4, y BARCELÓ DOMÉNECH, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, p. 289). Véase un comentario en FARNÓS AMORÓS, *Indret*, 2005, p. 8.

²⁰ Ha de tenerse en cuenta, como destacaba la propia Audiencia Provincial de Valencia en las SSAP de Valencia (Sección 7.^a) de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004\1994) y (Sección 7.^a) de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007\340366), que la exigencia de que medie una conducta dolosa, para la indemnización del daño originado en el ámbito de las relaciones familiares y, en concreto, en las relaciones matrimoniales, es una construcción que tiene su origen en el planteamiento adoptado en este ámbito por el Tribunal Federal alemán (como se aprecia en la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 19 de diciembre de 1989 (NJW 1990: 706), que reiteraba el criterio adoptado anteriormente de desestimar las

doctrina de nuestro país²¹. Por otro, esta sentencia de Valencia admitió la posibilidad de dirigir la pretensión indemnizatoria no solo frente a la esposa sino también frente al tercero que se sabe el verdadero padre de los menores²², planteamiento posteriormente confirmado por el Auto del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008 (JUR 2008\222445) que inadmitió el recurso de casación y ratificó el razonamiento adoptado por la Audiencia Provincial.

No obstante, son también numerosos los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales que prescinden de la restrictiva exigencia de una conducta dolosa por parte de la esposa en estos casos de falsa atribución de la paternidad, pues según el artículo 1902 del Código civil son indemnizables también los daños ocasionados derivados de comportamientos meramente culpables o negligentes, siguiendo la línea apuntada por los autores que admiten la inclusión a efectos indemnizatorios de las conductas gravemente negligentes de la mujer que conducen a que ésta haya permitido el juego

indemnizaciones de daños y perjuicios en el ámbito de las relaciones conyugales (sentencias de 31 de marzo de 1956, 6 de febrero de 1957 o 22 de febrero de 1973).

²¹ En el mismo sentido de fijar el origen del requerimiento de dolo en el ordenamiento alemán, *vid.* FERRER RIBA, 2003, pp. 1.858 y 1.859, o ALGARRA PRATS, 2012, pp. 19 a 21.

A propósito de dicha construcción alemana, CARRASCO PERERA critica el razonamiento adoptado por la Audiencia Provincial de Valencia en dicha Sentencia apuntando la necesidad de distinguir entre «dolo perverso» (ser adúltero para causar daño al otro cónyuge) y «dolo más compasivo» (ser simplemente adúltero), en consonancia con la distinción sobre el dolo trazada por el Tribunal Federal alemán para reputar viable la indemnización del padre en estos casos de falsa atribución de la paternidad (2006, pp. 526 y 527).

También de forma crítica, aun cuando se muestran partidarios del reconocimiento de indemnizaciones por la ocultación de la paternidad, aunque no haya dolo, MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA explican cómo a su modo de ver, la aplicación de los criterios seguidos por el Tribunal Federal alemán en aplicación de dicho § 826 BGB (según el cual quien de una forma que contraviene las buenas costumbres causa dolosamente un daño a otro está obligado a repararle el daño causado) no han sido bien entendidos en nuestro país, citando como caso extremo en el que podría haber tenido encaje dicha construcción alemana el caso enjuiciado por la SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 9 de marzo de 2018 (JUR 2018\112998), en el que la madre, a sabiendas de que su marido no era el padre biológico de su hija y de que carecía de medios para pagar la pensión de la hija, presentó una denuncia que provocó que fuese condenado a seis meses de multa como autor de un delito de abandono de familia, y que ingresase en prisión al no poder pagarla (CCJC, 2019, p. 29 en la versión electrónica).

²² La condena solidaria a la madre y al verdadero padre que actuaron dolosamente en la ocultación de la paternidad se estimó asimismo en la SAP de León (Sección 2.^a) de 2 de enero de 2007 (JUR 2007\59972), en la que no solo se reconoció una indemnización por daños morales al actor, sino también el reembolso *ex* artículo 1895 CC de los alimentos abonados. Por su parte, en la SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 6 de noviembre de 2017 (JUR 2018\111191) no se excluía expresamente la posibilidad de obtención de una indemnización en tal caso, siempre y cuando se hubiera acreditado la conducta dolosa por parte del padre demandado, cosa que en el caso enjuiciado no se estimó probado, conectando además el conocimiento a ciencia cierta de su paternidad con la necesidad de interposición de la correspondiente acción de impugnación de la filiación (algo que no aconteció en el caso enjuiciado, pues fue el marido demandante el que ejerció dicha acción de impugnación, tras lo cual el demandado procedió a inscribir su paternidad en el Registro Civil por reconocimiento con el visto bueno de la madre).

de la presunción de paternidad sin informar al marido de las dudas sobre la filiación del menor²³. Admisión de la virtualidad indemnizatoria de las conductas negligentes y no únicamente dolosas de la mujer que se vincula con la aplicabilidad de las reglas generales en materia de responsabilidad civil *ex art* 1902 del Código civil a las relaciones familiares²⁴.

Cabe destacar en este sentido la SAP de Ciudad Real (Sección 2.ª) de 23 de abril de 2018 (AC 2018\1384), que no califica la conducta de la mujer de dolosa, sino que la reputa «gravemente negligente». La Audiencia elude la exigencia de una «conducta dolosa», dada la dificultad probatoria que ello entraña, y declara

²³ *Cfr.* FARNÓS AMORÓS, *DPC*, 2011, pp. 20 a 28. GARCÍA AMADO (2017, pp. 106 y ss.), NEVADO CATALÁN (*InDret*, 2018, pp. 12-13) y ALGARRA PRATS (2012, pp. 53-55) fundamentan la indemnización de daños y perjuicios en estos casos de falsa atribución u ocultación de la paternidad, en el interés del marido o pareja en conocer la filiación de sus supuestos hijos, y en la correlativa información por parte de la mujer sobre el carácter de la paternidad o por lo menos sobre sus dudas.

Por el contrario, MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA, so pretexto de la necesidad de acudir a la función de demarcación e intereses protegidos en el ámbito de la responsabilidad civil, consideran necesario en estos casos de falsa atribución u ocultación de la paternidad contraponer a los intereses del marido los de la esposa. En particular, en la protección de su esfera íntima y privada a resultas de la cual no le resultaría exigible desvelar los detalles de su vida sexual en el momento de la procreación, haciéndose eco, a tal efecto, de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 24 de febrero de 2015 que había considerado inconstitucional la jurisprudencia del Tribunal Federal que imponía a la madre un deber de información sobre la paternidad. Según estos autores la solución es distinta en los casos en los que la información acerca de la vida íntima de la pareja tiene repercusiones en la salud del otro, caso, por ejemplo, del contagio de enfermedades de transmisión sexual como el VIH, en los que la ponderación se da entre la intimidad y la salud o incluso la vida de la otra parte, citando a tal efecto la STS (Sala 2.ª) de 8 de noviembre de 2011 (RJ 2012\284), en la que la transmisión del VIH se consideró como un delito de lesiones por imprudencia agravada a efectos del artículo 149 CP, reconociéndole a su novia una indemnización por los daños corporales y morales padecidos cifrada en 90.000 € (*CCJC*, 2019 pp. 14 y 15).

²⁴ ASÍ, DE VERDA Y BEAMONTE considera inapropiado extrapolar el planteamiento del Tribunal Federal alemán, a la vista de las diferencias existentes entre el modelo de responsabilidad civil imperante en el ordenamiento alemán (basado en la tipicidad de los ilícitos civiles, en particular por lo que respecta al tema objeto de análisis a tenor del § 826 BGB) frente a la cláusula general del artículo 1902 CC que acoge nuestro ordenamiento (*La Ley*, 2007, p. 1.662). Para una crítica detallada a la exigencia de dolo para que la indemnización de daños y perjuicios *ex artículo* 1902 CC resulte procedente en estos casos de daños en las relaciones familiares, *vid.* BARCELÓ DOMÉNECH, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, pp. 294-303 y 2012, pp. 80 y ss.

No obstante, en algunos casos concretos, el Derecho español supedita a la conducta dolosa o gravemente negligente el reconocimiento de indemnizaciones en el ámbito de las relaciones familiares, como el artículo 168, que limita a supuestos de dolo o culpa grave la responsabilidad de los progenitores por la pérdida o deterioro de los bienes de sus hijos durante la patria potestad, y el artículo 1390 CC que exige una conducta dolosa a la hora de resarcir los daños ocasionados mediante actos de administración o de disposición llevados a cabo por uno sólo de los cónyuges, en su beneficio propio o en fraude del consorte. *Cfr.*, entre otros, MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2006, p. 160; y BOSQUES HERNÁNDEZ, *CCJC*, 2010, pp. 885 y ss. Por su parte RODRÍGUEZ GUITIÁN considera que debe considerarse necesario que medie una conducta dolosa al menos gravemente culposa, en atención a la preservación de la paz familiar, citando a tal efecto el planteamiento seguido en su momento en el Proyecto de Reforma del Código Civil argentino de 1998 (que no ha sido finalmente acogido) (2009, pp. 132 y 133).

suficiente la actitud gravemente negligente de la esposa que *plurimum concubentium* queda embarazada y no despliega la razonable y necesaria actitud para determinar la paternidad biológica y evitar el juego de la presunción legal de paternidad matrimonial. Sin embargo, en vez de centrarse únicamente en la falsa atribución de la paternidad, la sentencia precisa cómo el fundamento de la indemnización en los casos de ocultación de la paternidad se basa, no solo en el incumplimiento del deber matrimonial de fidelidad por parte de la esposa (enfaticando la dimensión constitucional de los deberes matrimoniales), sino también, y en particular, en el deber de información entre cónyuges (FJ 13.º).

Innecesariedad de dolo por parte de la esposa para estimar viable la indemnización por la ocultación o falsa atribución de la paternidad por la que se decantaban, asimismo, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Barcelona (Sección 18.ª) de 16 de enero de 2007 (JUR 2007\291114), de Cádiz de 3 de abril de 2008 (JUR 2008\234675) y de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014\203955) y de Jaén (Sección 1.ª) de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015\129380).

Nótese además que el artículo 44 de la Ley de Registro civil (2011), en vigor desde el 15 de octubre de 2015, concede a la madre la posibilidad de destruir la presunción de paternidad del marido mediante expediente registral de determinación de la filiación paterna. Lo que simplifica que la mujer casada pueda evitar la atribución de paternidad a su marido mediante la presunción de paternidad.

2. LAS INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE LA OBSTACULIZACIÓN DE LOS RÉGIMENES DE GUARDA, CUSTODIA Y VISITAS DE LOS MENORES

La negativa por parte de uno de los progenitores al establecimiento y mantenimiento de la relación paterno filial de los hijos comunes con el otro progenitor mediante la obstaculización del régimen de visitas o, en su caso, del régimen de guarda y custodia, causa un daño al progenitor desplazado susceptible de indemnización de conformidad con el artículo 1902 del Código civil; tal y como el Tribunal Supremo ha reconocido en su Sentencia de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\5490) y en la que se decanta por la aplicabilidad del artículo 1902 del Código civil en el ámbito de las relaciones familiares²⁵.

²⁵ Sentencia que DE VERDA Y BEAMONTE, considera como *una resolución puntera en el campo de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* que «... constituye un importante avance en orden a romper el «prejuicio» (...) consistente en

El caso enjuiciado tiene un largo recorrido procesal. El actor se vio privado de todo tipo de relación con su hijo de siete años en agosto de 1991, cuando la madre, perteneciente a la denominada Iglesia de la Cienciología, se trasladó a Estados Unidos, reteniendo al niño allí con ella. En ese momento el actor entabló un primer procedimiento civil en el transcurso del cual las sentencias del Juzgado de Primera Instancia de 28 de junio de 1993 (que confirmó el Auto de 13 de octubre de 1992 de medidas cautelares) y de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de enero de 1995 le atribuyeron la guarda y custodia del menor «por existir sospechas de que la convivencia con la madre podía afectar la personalidad del menor».

Tras intentar fallidamente ejecutar en Estados Unidos la sentencia que le atribuía la guarda y custodia, en octubre de 1998, el padre inició un segundo procedimiento civil de reclamación de indemnización de daños y perjuicios *ex* artículo 1902 del Código civil. Demandó a la madre y a la Asociación Civil Dianética (nombre con el que Iglesia de la Cienciología figura inscrita en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior de España), solicitando se les condenase solidariamente al abono de una indemnización de 35 millones de pesetas, en concepto de daños morales ocasionados por la privación de relación con su hijo, fruto de la captación por la madre por dicha confesión religiosa.

El Juzgado de 1.^a Instancia N.º 12 de Madrid de 2 de abril de 2003 y la SAP de Madrid (Sección 18.^a) de 27 de octubre de 2004 (JUR 2004/297841) desestimaron la demanda y el recurso de apelación respectivamente. Consideraron prescrita la acción de responsabilidad civil extracontractual por el transcurso del plazo anual, tomando como *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción el momento en el que la madre se trasladó a Estados Unidos llevándose consigo al menor en agosto de 1991 o, en su defecto, aquél en el que se archivaron las diligencias penales incoadas por la desaparición del hijo (3 de octubre de 1991)²⁶.

considerar que las normas de Derecho de Familia constituyen un sistema cerrado, que no permite la aplicación de normas o principios generales tendentes al resarcimiento, «prejuicio» éste que carece de fundamento legal y que aparece contradicho en esta resolución judicial» (*Responsabilidad civil y seguro: cuaderno jurídico*, 2010, pp. 18 y 19). En la misma línea, MARÍN GARCÍA y LÓPEZ RODRÍGUEZ también señalan cómo «... el Tribunal Supremo abre con este pronunciamiento una nueva línea jurisprudencial que reconoce el daño moral en aquellos casos en que uno de los padres impide que el otro progenitor se relacione con su hijo menor. (...) Esta postura puede conllevar el incremento de las reclamaciones entre progenitores, motivadas por una probabilidad de éxito mucho mayor y porque la extensión del régimen general de la responsabilidad civil al ámbito familiar aumenta el número potencial de demandantes» (*Indret* 2010, p. 20).

²⁶ Ha de tenerse en cuenta que la conducta de la madre en el caso enjuiciado resultaba susceptible de ser tipificada como un delito de sustracción internacional de menores a tenor del artículo 225 *bis* CP, según el cual: «1. El progenitor que sin causa justificada para

Interpuesto el correspondiente recurso de casación, el Tribunal Supremo estimó la alegación del actor acerca del carácter continuado de los daños morales sufridos tras la sustracción del menor, considerando la mayoría de edad del hijo, el 23 de agosto de 2002, como *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo de prescripción, entendiendo interpuesta en plazo la demanda de daños y perjuicios por su parte²⁷. Apreciación tras la cual analizaba la concurrencia en el caso enjuiciado de los presupuestos de aplicación del artículo 1902 CC: acción u omisión culpable o negligente, causación de un daño y relación de causalidad entre ambos.

En primer lugar, y respecto a la madre, la sentencia calificaba su conducta de contraria al derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores del artículo 160 del Código civil, es decir, un comportamiento culpable a efectos del artículo 1902 del Código civil²⁸. Comportamiento culpable que, sin embargo, no apreciaba

ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años. 2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción: 1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia. 2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa». Trascendencia penal del caso enjuiciado que llevaría aparejada, caso de recaer condena penal firme, la correspondiente responsabilidad civil por los daños ocasionados *ex* artículos 109 y ss. CP, dentro de la cual expresamente se comprende la indemnización por los daños morales padecidos (art. 110.3.º CP).

²⁷ A propósito de la apreciación por el Tribunal Supremo de la naturaleza continuada de los daños ocasionados al actor a efectos de la posible prescripción de la acción de responsabilidad civil, *vid.* BOSQUES HERNÁNDEZ, *CCJC*, 2010, pp. 885 y ss., que incluye interesantes reflexiones acerca de la posibilidad de introducir matices al régimen de prescripción de las acciones entre familiares, en particular en materia de responsabilidad civil, a la vista del reconocimiento de suspensión del plazo de prescripción por motivos familiares expresamente previsto en otros ordenamientos (caso de Francia, Alemania, Italia, Portugal, Quebec, Holanda o incluso el Código Civil catalán en su artículo 121-16 respecto al matrimonio y las parejas de hecho).

²⁸ A este respecto interesa el razonamiento efectuado por BOSQUES HERNÁNDEZ, cuando precisa cómo según la Sentencia comentada «el acto antijurídico es la infracción del artículo 160 CC y no el artículo 154 CC que establece el contenido de la patria potestad. No se debe confundir el derecho a relacionarse, aunque no se ostente la patria potestad, con las facultades-deberes de «tenerlo en su compañía», que forman parte del engranaje de la relación derivada de la patria potestad. Este matiz puede justificarse por doble vía. En primer lugar, es de todos conocido que la finalidad esencial de la patria potestad es el cuidado, educación y formación integral de los hijos. Es en este entorno que la patria potestad recoge algunos de los deberes y facultades de los progenitores, siempre presididos por el beneficio del hijo. La doctrina mayoritaria configura los deberes y facultades de la patria potestad como una función por la cual se les atribuye a los progenitores ciertos derechos, que a su vez constituyen un deber para con el hijo. Acorde con esta premisa, es el hijo quien ostenta legitimación para reivindicar la vulneración del artículo 154 CC, dentro de lo que denominamos la relación vertical. Por supuesto, que los progenitores que ostenten la patria potestad, conforme al artículo 162 CC serán los representantes legales de sus hijos. En cambio, en el artículo 160 CC, si bien es cierto que reconoce el derecho que tiene el menor a relacionarse con sus progenitores, el texto normativo se enfoca desde la perspectiva del derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos. La intención legislativa de la Ley 21/1987, de 11 noviembre, al añadir el derecho a relacionarse con el menor, es que este derecho no esté necesariamente atado a la patria potestad. Por lo tanto, conforme al

el Tribunal Supremo concurriese en la Iglesia de la Cienciología, al no ser factible atribuirle «ninguna acción u omisión dirigida a impedir las relaciones entre padre e hijo, básicamente, porque no concurre en ella la necesaria imputación objetiva» (FJ 4.º). En segundo lugar, respecto al daño causado al padre, el Tribunal Supremo lo cifraba en un daño moral «ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor» (FJ 5.º). En tercer lugar, respecto a la relación de causalidad entre el daño moral padecido por el padre y la conducta de la madre, el Tribunal puntualizaba la inexistencia de duda alguna al respecto, pues era precisamente la madre «... la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del padre como titular de la potestad y guarda y custodia del menor, pudieran ser ejercidas por éste de forma efectiva y al impedirlo, deviene responsable por el daño moral causado al padre» (FJ 6.º). A la vista de todo ello, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el padre, concediéndole una indemnización a cargo de la madre de 60.000 €, en concepto de daños morales.

Para llegar a la conclusión de la existencia de un daño indemnizable y de la concurrencia de los presupuestos de aplicación del artículo 1902 del Código civil, el Tribunal Supremo utiliza diversos argumentos. En particular, la sentencia hacía expresa referencia a tal efecto a la Sentencia italiana del Tribunal de Roma de 13 de junio de 2000 que, en un supuesto similar, había condenado a la madre a indemnizar al padre por el incumplimiento reiterado de su derecho de visitas que aquélla motivó con su proceder, considerando que el derecho de visita del padre no guardador constituye un

principio reconocido en el artículo 39.2 CE, el derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos puede tener lugar aún en supuestos de privación de patria potestad. (SSTS 28 de junio de 2004 [RJ 2004\1130]; de 30 de abril de 1991 [RJ 1991\3108]; de 19 de octubre de 1992 [RJ 1992\8083]). En segundo lugar, la consecuencia tradicionalmente aceptada por la vulneración de los deberes que emanan de la patria potestad nos viene dada por el artículo 170 CC. El incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad es el fundamento para la privación total o parcial de la misma. Por supuesto, que este incumplimiento puede ser constitutivo del delito de abandono familiar y, en consecuencia, constituir a su vez causa de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad por la vía penal, como pena complementaria, conforme al artículo 192.2 CP (STS de 1 de abril de 1997 [RJ 1997\2922]). En cambio, el propio artículo 160 CC, en su tercer párrafo, se limita a indicar, sin más, que en caso de oposición el Juez resolverá atendidas las circunstancias. Por lo que la consecuencia del incumplimiento de los deberes de la patria potestad, como relación vertical, se limita a los previstos en el Derecho de familia. En cambio, la vulneración del derecho a relacionarse, al no tener consecuencia prevista en el ordenamiento de familia, ni depender de si se ostenta la patria potestad o no, tiene la puerta abierta para recurrir a la responsabilidad aquiliana. Este argumento se fundamenta en la tesis de la autonomía del Derecho de Familia, donde se presta particular atención al principio de especialidad del Derecho de Familia y señala que sólo han de aplicarse los remedios específicos previstos en esta rama del ordenamiento» (CCJC, 2010, pp. 885 y ss.).

verdadero deber hacia el hijo, por lo que es un derecho del hijo, además del derecho del padre a conocer, frecuentar y educar al hijo²⁹. De hecho, el ordenamiento italiano prevé expresamente en el artículo 709-ter del *Codice di procedura civile*³⁰, entre otras medidas, la posibilidad de obtener una indemnización por los daños ocasionados a un progenitor por la obstaculización del régimen de guarda y custodia o de visitas de los menores causada por el otro progenitor³¹.

Por otro lado, el Tribunal Supremo fundamenta su parecer sobre los efectos asociados a la obstaculización de la relación de los padres con sus hijos, en una exhaustiva referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (FJ 5.º) sobre la violación del derecho a la vida familiar, reconocido en el artículo 8 del CEDH, estimando precedentes en tales casos el reconocimiento de indemnizaciones económicas al progenitor que se ve privado o al que se le obstaculiza el ejercicio de su derecho a estar en compañía de sus hijos³².

En este sentido, el Tribunal Supremo hacía referencia a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³³, recaídas en

²⁹ A propósito de esta sentencia y del régimen aplicable al resarcimiento de daños por incumplimiento del régimen de visitas de los menores, *vid.* MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, 2006, pp. 186 a 190.

³⁰ El artículo 709-ter, introducido en 2006 establece textualmente: «In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende. I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari».

³¹ El expreso reconocimiento de indemnizaciones como consecuencia de la interferencia en las relaciones paterno-filiales, y en particular en el régimen de guarda y custodia se da, asimismo, en varios Estados norteamericanos en aplicación del *Restatement (Second) of Torts* (§ 700) de 1977, tal y como destaca BOSQUES HERNÁNDEZ (CCJC, 2010, pp. 885 y ss.).

³² A este respecto, algunos autores consideran, caso de MARÍN GARCÍA y LÓPEZ RODRÍGUEZ, que con esta de forma de proceder, el Tribunal Supremo excede el imperativo constitucional de interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los acuerdos internacionales ratificados por España *ex* artículo 10.2 CE. Proceder del Alto Tribunal que califican de atípico, alegando que la incorporación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos le compete al Tribunal Constitucional, sin que dicha incorporación se produzca de forma automática y aislada, sino conectando el derecho definido por el Tribunal de Estrasburgo con el correspondiente derecho reconocido en nuestra Constitución (*Indret* 2010, p. 14).

³³ No obstante, y como es sabido, las sentencias del Tribunal de Estrasburgo condenan a los Estados por el incorrecto proceder de los Tribunales y administraciones públicas involucrados en los correspondientes procedimientos de adopción o seguimiento del régimen de visitas instaurado de los padres con sus hijos. Así, lo había hecho en nuestro país la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 9 de julio de 2009 (JUR 2019\234779), que concedió a unos abuelos una indemnización de 50.000 € por los daños morales causados por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia, como consecuencia de indebida dilación en la adopción de las medidas tendentes a acabar con la

los asuntos *Keegan v. Irlanda*³⁴, *Elholz v Alemania*³⁵, *Johansen v. Noruega*³⁶, *Bronda v. Italia*³⁷ y *Ciliz v. Países Bajos*³⁸, junto a las que cabe mencionar, asimismo, los Casos *Sahin v. Alemania* y *Venema v. Países Bajos*³⁹.

obstaculización por parte de la madre del ejercicio del derecho de visitas a favor de los abuelos paternos.

En este sentido, cabe también citar a este respecto el AAP de Sevilla (Sección 7.ª) de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006\70), en el que se condenó a la Junta de Andalucía a indemnizar los daños morales ocasionados a una madre a resultas de la imposibilidad de recuperar la guarda y custodia de sus hijos, tras haberse dejado judicialmente sin efecto el acogimiento de los menores y la declaración de su situación de desamparo. A propósito de dicha responsabilidad patrimonial de la administración derivada de la improcedente declaración de la situación de desamparo de los menores *ex artículo 172.1 CC vid. VALLÉS AMORES*, 2012, pp. 1.251 y ss.; y FARNÓS AMORÓS, *CCJC*, 2011.

³⁴ En la referida STEDH *Keegan v. Irlanda* de 26 de mayo de 1994 (TEDH 1994\21) se enfatizaba la naturaleza necesariamente temporal de las medidas de custodia del menor que implican una suspensión su relación con su progenitor natural, de forma que todo acto de ejecución debe estar presidido por el fin último de volver a unir al progenitor natural y al niño.

³⁵ La STEDH (Gran Sala) de 13 de julio de 2000 (TEDH 2000\152) recaída en el asunto *Elholz v Alemania*, era expresamente destacada por el Tribunal Supremo. En el caso enjuiciado por dicha sentencia se había condenado a Alemania por violación de los artículos 6.1 y 8 CEDH al abono de 17.895,22 € por daño moral, en un caso en el que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visitas, sobre la base de la negativa de un hijo de cinco años, que sufría el síndrome de alienación parental. Sentencia en la que el Tribunal Europeo de Derechos humanos recordaba «...que el concepto de familia con arreglo a este artículo [art. 8] no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otras relaciones «familiares» factibles cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño nacido de tal relación se inserta de pleno derecho en esta célula «familiar» desde su nacimiento y por el hecho mismo de éste. Por tanto, existe entre el niño y sus padres una relación constitutiva de una vida familiar, citando a tal efecto la STEDH recaída en el asunto *Keegan v. Irlanda* de 26 mayo 1994 (TEDH 1994\21) apartado 44.

³⁶ La STEDH de 7 de agosto de 1996 recaída en el asunto *Johansen v. Noruega* (TEDH 1996\31) recordaba que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre el padre y la madre se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio (apartado 52).

³⁷ La STEDH recaída en el asunto *Bronda v. Italia* de 9 de junio de 1998 (TEDH 1998\27) recordaba nuevamente que «... para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar y que las medidas internas que se lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8» Añadía: «Ocurre lo mismo cuando se trata, como en este caso, de relaciones entre un niño que ha vivido con sus abuelos y éstos. El no regreso del niño a su hogar de origen, lo cual no da lugar a controversias, constituye una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, tal como lo garantiza el artículo 8.1» (apartado 51).

³⁸ En la STEDH recaída en el asunto *Ciliz v. Países Bajos* de 11 de julio de 2000 (TEDH 2000\150) el Tribunal condenó a los Países Bajos al abono de una indemnización por la falta de coordinación entre el procedimiento de expulsión del padre de Holanda y el procedimiento para acordar el régimen de visitas con su hijo, en el que no pudo personarse.

³⁹ Como apunta DE VERDA Y BEAMONTE, en la STEDH recaída el asunto *Sahin v. Alemania* de 11 de octubre de 2001 (TEDH 2001\591) se condenó al Estado alemán por no haber recabado la correspondiente información de cara al establecimiento del régimen de visitas con su hija a abonar al padre en concepto de indemnización la cantidad de 50.000 €; y en la STEDH en el Caso *Venema v. Países Bajos* de 17 de diciembre de 2002 (TEDH 2002\75) se reconoció una indemnización a los padres de una menor con síndrome de *Münchhausen* heredado de la madre, que había sido acogida sin haber permitido a los padres realizar alegaciones, acogimiento que fue posteriormente anulado (*Responsabilidad civil y seguro: cuaderno jurídico*, 2010, pp. 14 y 15).

Con anterioridad a esta sentencia, algunas Audiencias Provinciales ya habían reconocido indemnizaciones por la privación del derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, exigiendo para ello la concurrencia de dolo en el progenitor no custodio, caso de la SAP de Cádiz (Sección 2.ª) de 8 de abril de 2002 (AC 2002\1064) o de la SAP de Barcelona (Sección 14.ª) de 31 de octubre de 2008 (AC 2009\93); mientras que en otras simplemente se requería culpa, como en la SAP de Madrid (Sección 11.ª) de 16 de junio de 2001.

Por el contrario, mención expresa merece por la argumentación utilizada la SAP de Valencia (Sección 11.ª) de 20 de febrero de 2006 (JUR 2006\207982), en que se deniega la indemnización solicitada por los daños derivados de la obstaculización del régimen de custodia o de visitas. En el caso enjuiciado, un padre reclamaba una indemnización de 60.000 € en concepto de daños morales contra la madre de su hija por haber obstaculizado el régimen de visitas. La Audiencia Provincial consideró que «por mucho que se amplíe el concepto de daño moral en dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece (con cita de la STS 19 de octubre de 2000), y por mucho que se hayan ampliado los supuestos fácticos a los que aplicar ese daño moral, se hace impensable extender sus consecuencias al ámbito de las relaciones familiares, pues cualquier causa de alteración de la convivencia bien matrimonial, bien paterno-filial, bien fraternal, daría lugar a indemnizar, lo que, aparte de no amparado en norma jurídica alguna, se nos antoja ajeno al sentido común» (FJ 2.º)⁴⁰. Argumentación de la Audiencia Provincial de Valencia con la que se excluían las relaciones familiares del ámbito de aplicación del artículo 1902 del Código civil, equiparando los daños *proprios de las relaciones familiares* que deben soportarse y los daños antijurídicos e indemnizables que se ocasionan *en* las relaciones familiares.

Por otro lado, cabría plantearse como supuesto separado, la posible responsabilidad civil derivada del incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio, tanto respecto al progenitor custodio (en concepto de daños patrimoniales) como respecto al propio hijo/a (en concepto de daños morales)⁴¹. Supuesto éste sobre el que ha tenido ocasión de pronunciarse en sentido negativo la jurisprudencia menor, al menos por lo que respecta a la indemnización de los daños patrimoniales ocasionados al progenitor custodio⁴².

⁴⁰ DE VERDA Y BEAMONTE apunta que este planteamiento carece de base jurídica en nuestro Derecho (*Responsabilidad civil y seguro: cuaderno jurídico*, 2010, p. 18).

⁴¹ *Vid.* a este respecto DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2012, pp. 358 y ss.; y RAMOS MAESTRE, 2012, pp. 401 y 402.

⁴² Así, excluyen la posibilidad de indemnización alguna al progenitor custodio por el incumplimiento del derecho de visitas por el no custodio las SAP de Madrid (Sección 22.ª) de 13 de febrero de 1998 (AC 1998\447) en la que se niega la posibilidad de mercan-

3. LAS INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

La ausencia de reconocimiento de la filiación extramatrimonial suscita la posibilidad de plantearse la procedencia en tal caso de la obtención de una indemnización por parte del hijo frente al padre que no le reconoce. Indemnización que podría abarcar tanto los daños morales como los daños patrimoniales derivados del no reconocimiento, referidos estos últimos, básicamente, a los alimentos en sentido amplio dejados de percibir⁴³.

Por otro lado, la posibilidad de obtención de una indemnización por daños morales podría extrapolarse también a la madre que se ha visto obligada a criar en solitario al menor y que además ha costeado en exclusiva los gastos alimenticios, con la consiguiente posibilidad de solicitar su reintegro *a posteriori* una vez se determina la filiación.

Además, en sentido contrario, cabría también entender que la falta de reconocimiento de la filiación paterna obedece en último término a la falta de actividad de la madre que no ejercita la correspondiente acción de determinación de la filiación. Planteamiento en atención al cual cabría no solo negarle toda posibilidad de obtención de una indemnización por daños morales o por los alimentos abonados en solitario, sino incluso determinar el reconocimiento de una indemnización frente a ella del hijo o hija no reconocido en virtud de dicha conducta omisiva.

A falta de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico, las resoluciones judiciales que han analizado la viabilidad de indemnizaciones derivadas de la falta de reconocimiento o de determinación de la filiación se han limitado, en buena medida, a la posibilidad de aplicar en tales casos el artículo 1902 del Código civil para el resarcimiento de los daños morales ocasionados, y de solicitar con efectos retroactivos los alimentos dejados de percibir por el hijo, diferenciando en este último caso, el reembolso de los alimentos abonados por la madre, en virtud de la prohibición del enriquecimiento injusto y de las reglas aplicables al pago por tercero.

tilizar tales incumplimientos y también la SAP de Murcia (Sección 1.ª) de 30 de enero de 2001 (JUR 2001\219493), considerando que el incumplimiento del régimen de visitas únicamente operará, en su caso, como causa de la restricción o supresión del régimen de visitas previamente instaurado.

⁴³ Vid. a propósito de esta problemática RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, pp. 175 y ss.; ROMERO COLOMA, 2009, pp. 151 y ss.; y BUSTOS MORENO, 2012, pp. 129 y ss.

3.1 El resarcimiento a los hijos del daño moral por la falta de reconocimiento

Hasta el momento son escasos los pronunciamientos de los Tribunales de nuestro país acerca de la indemnización del daño moral ocasionado a los hijos por la falta de reconocimiento o de determinación de su filiación. Situación que, como veremos, contrasta con la de otros países que cuentan ya con una dilatada trayectoria jurisprudencial y un elaborado grado de desarrollo doctrinal a este respecto.

Así, cabe destacar que la indemnizabilidad de los daños por el no reconocimiento de la filiación se supedita a la concurrencia en el padre de una conducta culpable, de tal forma que el mero desconocimiento de la paternidad exonera de toda responsabilidad. Especial mención merece en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9.^a) de 21 de julio de 2014 (JUR 2014\284346), en la que se desestimó la indemnización *ex* artículo 1902 del Código civil solicitada por la hija en concepto de daños morales por la falta de reconocimiento de la paternidad del demandado, indemnización que cifraba en el importe de los alimentos que hubiera podido percibir entre los 18 y los 26 años que tenía al momento de interposición de la demanda. Alimentos no percibidos que, conviene precisar, no fueron solicitados por la hija en concepto de daños patrimoniales, permitiendo así eludir la doctrina del Tribunal Supremo según la cual dentro de los efectos retroactivos de la filiación no se comprende el abono de tales alimentos⁴⁴.

La Audiencia Provincial de Alicante dejaba de lado la posible prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual ejercitada y el *dies a quo* para su cómputo, y se detenía brevemente, en primer lugar, en la eventual existencia de una obligación legal de los padres de reconocer a un hijo extramatrimonial, sin necesidad de reclamación por parte de éste o del otro progenitor, limitándose a reproducir a tal efecto los preceptos del Código Civil relativos al reconocimiento de la filiación, sus efectos y requisitos (arts. 112, 120, 122 y 123 CC), así como el contenido de los deberes parentales establecidos en los artículos 39.3 de la Constitución Española y 110 del Código civil. En segundo lugar, la sentencia analizaba el posible conocimiento por parte del demandado de su condición de padre, que fue judicialmente determinada con posterioridad. A la vista de los datos del caso enjuiciado, la Audiencia da por buena la afirmación del demandado sobre el desconocimiento de que la actora era hija suya, haciendo hincapié en la conducta de la madre

⁴⁴ *Vid. infra* apartado 3.2.

y en la posibilidad de haber comunicado la paternidad o haber interpuesto en tiempo la acción de reclamación de la paternidad⁴⁵. Por todo ello, la sentencia concluye que no ha lugar a la aplicación del artículo 1902 del Código civil, dada la falta de concurrencia en el demandado de conducta reprochable alguna, «pues queda como no acreditado que supiese de forma incontestable que la actora era su hija» (FJ 5.º).

Más recientemente, la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) de 12 de abril de 2019 (JUR 2019\169329) descartó nuevamente la indemnización *ex* artículo 1902 del Código civil solicitada por un hijo por importe de 70.000 € por los daños morales derivados del

⁴⁵ Nótese que en estos casos en los que se analiza la viabilidad de indemnizaciones derivadas del no reconocimiento de la filiación extramatrimonial, y en particular la conducta desplegada por la madre, resulta necesario prestar atención a las normas civiles y procesales reguladoras de las acciones de reclamación e impugnación de la paternidad. En este sentido, a partir de 1981, el Tribunal Supremo admitió que la madre como representante de su hijo menor de edad o incapaz tenía legitimación para interponer acciones de filiación, al principio expresamente [SSTS de 3 de junio de 1988 (RJ 1988\4736), de 11 de marzo de 1988 (RJ 1988\1959), de 29 de abril de 1994 (RJ 1994\2947) y de 16 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9424)]; después implícitamente [SSTS 2 enero 1991 (RJ 1991\103), 19 marzo 1997 (RJ 1997\1983) y 2 julio de 2004 (RJ 2004\5453)].

Ahora bien, la actual redacción del artículo 133.2 CC dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha modificado el artículo 133 CC, para permitir al padre interponer acción de reclamación de la paternidad no matrimonial, pero ha alterado, más o menos directa o indirectamente, la legitimación de la madre, en lo que parece seguir un desarrollo en sentido inverso a la legitimación del padre no matrimonial. Introduce la legitimación activa del *progenitor* para la reclamación de la paternidad no matrimonial durante el plazo de un año, por lo que técnicamente incluye a la madre, en contra del artículo 765 LEC, que mantiene la legitimación del representante legal, durante la minoría de edad. Llegados a este punto, y analizando la jurisprudencia del Tribunal Supremo que todavía es escasa por el tiempo transcurrido desde 2015, se puede advertir una tendencia a diferenciar dos supuestos, interposición de la acción de reclamación de filiación, por un lado, e interposición de la acción de impugnación de la paternidad, con o sin reclamación de la paternidad, por otro.

Respecto a la acción de reclamación de la paternidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2019 (RJ 2019\3689) entiende que la madre, como progenitor determinado, tiene legitimación activa para ejercitar acciones de filiación en nombre y representación de su hijo menor, durante toda la minoría de edad del hijo. En estos casos no se aprecia conflicto de intereses, y se considera habitualmente en interés del menor la determinación de la paternidad.

Pero en el supuesto de impugnación de la paternidad existe conflicto de intereses entre la madre y el hijo, no siendo evidente cuál sea el mejor interés del menor. La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2016 (RJ 2016/2859), resuelve un caso de reclamación de la paternidad no matrimonial con impugnación de la paternidad matrimonial, interpuesta por la madre en representación de su hija menor de edad al amparo del artículo 765 LEC. La sentencia concluye que «la solución correcta será apreciar la falta de legitimación de la madre para, como representante de la hija y en interés de ella, ejercitar las acciones mencionadas». En estos casos, la madre goza de legitimación activa para impugnar y reclamar, en su propio nombre, la paternidad no matrimonial durante el plazo de un año a contar desde el nacimiento, en aplicación del artículo 133.2 del Código civil.

El hijo podrá, en todo caso, reclamar e impugnar la filiación al llegar a la mayoría de edad. Pero no se puede perder de vista que el ejercicio de una acción de filiación por la madre en nombre y representación del menor, puede tener consecuencias procesales, pues, como destaca QUESADA GONZÁLEZ, si la madre demandó la paternidad en representación del hijo cuando era menor de edad, cuando llegue a la mayoría de edad no puede volver a ejercitar la acción por ser cosa juzgada (2012 p. 373).

no reconocimiento de la filiación paterna no matrimonial, identificando como derechos subjetivos lesionados el derecho a la intimidad, el derecho al uso del nombre, el derecho a conocer el origen biológico de la persona y la circunstancia de la falta de ubicación en una familia paterna. La argumentación de la Audiencia Provincial reconoce que *el artículo 1902 del Código civil se configura como una cláusula abierta, de aplicación general a todos los ámbitos de la vida jurídica*, aunque debido al carácter ético de los derechos y deberes que nacen de las relaciones familiares, cuestiona la idoneidad de la aplicación de las normas del Derecho de daños. La sentencia se basa a tal efecto en que los «deberes o admoniciones de contenido ético o moral, no susceptibles de ser exigidos coactivamente, o de ser sancionados a través de las normas de la responsabilidad extracontractual». De manera que rechaza la aplicabilidad del artículo 1902 del Código civil, aunque reconoce la posibilidad –difícil– «de enlazar causalmente la conducta omisiva de no asumir la paternidad con concretos bienes jurídicos de titularidad del demandante, de identificar una conducta dolosa o culposa en el demandado», admitiendo, por último, que «una situación como la descrita haya podido generar un daño moral al demandante, entendido como un sufrimiento o aflicción de carácter psíquico». Llegado a este punto, la sentencia hace un quiebro, y vuelve a la premisa del punto de partida, al destacar *«que este tipo de daños no son indemnizables en el marco de la responsabilidad extracontractual»*.

Como puede apreciarse, la sentencia acoge sin ambages la no concesión de indemnización alguna al hijo en concepto de daños morales por la falta de reconocimiento de la filiación paterna, con alegación de una regla general no escrita según la cual el régimen de responsabilidad por daños del artículo 1902 del Código civil no resulta aplicable en el ámbito de las relaciones familiares, aun cuando en el caso enjuiciado hubiera sido posible admitir la concurrencia de los presupuestos que este precepto exige.

A nuestro modo de ver, con dicho razonamiento la Audiencia Provincial no parece distinguir la naturaleza que los derechos y deberes en el ámbito familiar tienen en cada caso. Y es que, pese a que en el matrimonio los deberes conyugales de los artículos 67 y 68 del Código civil tienen un marcado carácter moral y ético, en el ámbito de las relaciones paterno-filiales ha de primarse el carácter de orden público que reviste la protección a los menores en el seno familiar, y en virtud del cual podría reconocerse la responsabilidad de los progenitores por los daños causados de forma dolosa o culposa.

Nótese además que los daños reclamados por el hijo no reconocido en supuestos como el enjuiciado por esta sentencia tienen una innegable trascendencia constitucional, en tanto que se encuentran estrechamente vinculados con la investigación de la paternidad, el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos y con los deberes paterno-filiales, tal y como han destacado expresamente la doctrina y jurisprudencia italianas⁴⁶.

Esta dimensión constitucional de las indemnizaciones solicitadas por los hijos por la falta de reconocimiento ha sido, asimismo, enfatizada desde hace tiempo en el Derecho argentino, haciendo hincapié a tal efecto en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, a cuyo tenor: «El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos»⁴⁷. Motivo por el cual el vigente Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina de 2011 expresamente contempla en su artículo 587 el derecho de los hijos a ser indemnizados por los daños causados por la falta de reconocimiento⁴⁸, culminando así la tendencia jurisprudencial proclive en ese país a la concesión de indemnizaciones en tales casos, cuyo precedente se remonta a la Sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia en lo Civil y Comercial N.º 9 de San Isidro (Provincia de Buenos Aires) de 9 de marzo de 1988, anterior incluso a la Convención⁴⁹.

⁴⁶ En concreto la trascendencia constitucional de los deberes de los padres para con sus hijos a efectos de la consiguiente responsabilidad civil se apunta en el Derecho italiano a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2000 (*Cassazione Sezione Prima Civile* n. 7713). A este respecto, siquiera someramente y entre otros muchos, *vid.* FACCI, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2012, p. 1.483; BIZZARRO, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, pp. 161 y ss.; y TOVANI, *Revista de Derecho*, 2012, pp. 253 y 254.

⁴⁷ *Cfr.* BIDART CAMPOS, *El Derecho*, 1988, pp. 128-331; PIZARRO WILSON, 2012, p. 103; MEDINA, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, p. 35 (nota 25); y RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, p. 180.

⁴⁸ Según el artículo 587: «El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código». Cabe destacar que el precepto transcrito se aparta del Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998, en el que la responsabilidad por la falta de reconocimiento de la filiación se restringía a los casos en mediase dolo o culpa grave (art. 1686 del Proyecto), requisito que ha desaparecido del vigente artículo 587. *Cfr.* RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, pp. 176 y 177, y HERRERA, 2016, p. 334.

⁴⁹ Como explica RODRÍGUEZ GUTIÁN, en el caso enjuiciado por la Sentencia de 9 de marzo de 1988 se trataba de una pareja que tras haber iniciado una relación sentimental tuvo una hija, conviviendo como pareja de hecho entre los años 1975 a 1981, estando el hombre estaba casado y teniendo a su vez otros hijos y nietos. Tras la negativa del hombre a reconocer la paternidad de la menor la madre interpuso en representación de su hija una acción de reclamación de la filiación en la que además solicitaba una indemnización de daños y perjuicios por la falta de reconocimiento voluntario. So pretexto de la existencia implícita en el Derecho argentino de un derecho constitucional de los hijos a conocer su identidad biológica el Tribunal estimó la pretensión indemnizatoria solicitada por daños morales, dado que la identificación de la menor como hija de madre soltera suponía por

En nuestra opinión, el fundamento constitucional de la responsabilidad civil por la falta reconocimiento de la filiación acogido en los modelos argentino o italiano resultaría también perfectamente extrapolable al Derecho español, en la medida en que tales derechos se encuentran reconocidos en la Constitución y nuestro país es también parte de la Convención de los Derechos del Niño, que de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución Española debe coadyuvar a la interpretación de los derechos fundamentales y cuya importancia en el caso particular de los derechos de los menores expresamente se destaca en el artículo 39.4 de la Constitución Española⁵⁰. No en balde, tal y como, con ocasión de resolver acerca de una acción de reclamación de la filiación no matrimonial interpuesta por el padre, subrayaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2000 (RJ 2000\4427):

«La verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y, por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgarse por integrarse en la moral-jurídica y normativa constitucional (art. 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud. La ocultación de tal situación resulta casi siempre perjudicial por el daño que se le puede ocasionar al menor, al imponerle una vida de encubrimiento y mentiras que a la larga suele cobrar su tributo siempre negativo...» (FJ 1.º).

Nótese que, aun cuando el debate acerca de la indemnización de los daños ocasionados a los hijos por la falta de reconocimiento paterno gire en torno a la aplicación del artículo 1902 del Código civil, ha de tenerse en cuenta que, cuando el padre es conocedor de su paternidad puede, en atención a la edad del hijo o hija, intentar algún tipo de acercamiento personal y de alguna manera colaborar económicamente

aquel entonces en aquel país una sustancial minusvaloración social. No obstante, el Tribunal no estimó íntegramente la pretensión indemnizatoria solicitada, dado que consideró que la madre podría haber procedido a la interposición de la correspondiente acción de reclamación de la filiación con anterioridad, evitando así parte del daño moral derivado de la falta de reconocimiento de la paternidad de la menor. Fallo del Juzgado de 1.ª Instancia que fue posteriormente confirmado por la Sentencia de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro de 13 de octubre de 1988, en la que únicamente se clarificaba que el comportamiento de la madre no constituía el objeto del litigio suscitado y que si bien habría podido evitar parte del sufrimiento a su hija interponiendo anteriormente la correspondiente acción de reclamación al menos ella sí que reconoció su filiación cumpliendo así con su deber (2009, pp. 177 y 178). A favor de la admisibilidad en el Derecho español de la posibilidad de obtener una indemnización por el hecho de ser hijo ilegítimo a causa de la falta de reconocimiento, con el consiguiente demérito social que ello podría entrañar, se posiciona PIZARRO WILSON, 2012, p. 107. Más acertadamente a nuestro modo de ver es la postura en contra de la posibilidad propugnada por BUSTOS MORENO, 2012, p. 148.

⁵⁰ Cfr. RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, pp. 180 y 181; y BUSTOS MORENO, 2012, p. 137.

a su sustento y educación, e incluso negociar con la madre un posible reconocimiento, de modo que cumpla mínimamente con las obligaciones de carácter moral o ético que le incumben en su condición de padre, así como con las obligaciones legales a tenor de los artículos 110 y 154 del Código civil, dando cumplimiento a la investigación de la paternidad, y al referido derecho de los menores a conocer sus orígenes biológicos *ex* artículos 39.3 de la Constitución Española y 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.2 La problemática en torno al abono y reembolso de los alimentos dejados de percibir

La falta de reconocimiento de la filiación plantea la posible indemnización no solo de los daños morales ocasionados al hijo a causa de la privación de su derecho constitucional a conocer sus orígenes biológicos y ser cuidado por sus padres, sino también de los daños materiales y patrimoniales consistentes en la falta de percepción de los alimentos correspondientes a que hubiere tenido derecho.

En este sentido, la problemática en torno al abono de los alimentos no satisfechos o al reintegro de los previamente pagados por un progenitor, obliga a diferenciar varios supuestos de hecho, atendiendo a si la reclamación es interpuesta por el hijo o por uno de los progenitores y, también, a si la paternidad está o no legalmente determinada.

Habitualmente, cuando se entabla una acción de reclamación de la filiación suele solicitarse además la correspondiente prestación de alimentos para el hijo en situación de necesitarlos, de forma que la sentencia que declara la filiación y determina la paternidad, fija simultáneamente la obligación de alimentos, cuyos efectos se retrotraerán *ex* artículo 148 del Código civil al momento de interposición de la demanda que los reclamaba, o incluso desde un momento anterior cuando se hubieran solicitado tales alimentos como medidas cautelares.

Así se aprecia en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2019 (RJ 2019\3689), en la que llama la atención la celeridad del procedimiento, pues desde que la madre solicitó medidas cautelares que fueron adoptadas en auto de fecha 26 de enero de 2018, cuyo objeto era fijar los alimentos en 150 € al mes, hasta el pronunciamiento del Tribunal Supremo, mediaron únicamente 20 meses. En el caso enjuiciado, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 30 de abril de 2018 determinando la paternidad y fijando los alimentos correspondientes. La Sentencia de la

sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Alicante de 7 de noviembre de 2018 (JUR 2021\19992) estimó el recurso de apelación interpuesto, y el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de septiembre de 2019 (RJ 2019\3689), casó la sentencia de la Audiencia y confirmó el parecer del Juzgado de Primera Instancia, condenando al pago de los alimentos en 150 € mensuales.

El problema se plantea cuando se reclama la paternidad, pero esa reclamación no va acompañada de la correspondiente demanda de fijación alimentos, en cuyo caso se cuestiona si los alimentos devengados durante el período que media entre la sentencia que determina la filiación y aquella otra en la que se reconocen y fijan tales alimentos resultan exigibles o no. Problema éste que abordaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7855), dictada en unificación de doctrina.

En el caso enjuiciado por esta sentencia, se reclamaban al padre los alimentos devengados desde el momento en el que se había presentado la demanda de filiación que había finalizado con la declaración de paternidad del menor. La sentencia realiza unas afirmaciones muy interesantes: reconoce la trascendencia constitucional *ex* artículo 39 de la Constitución Española de la obligación de alimentos de los padres para con los hijos, su extensión a todos los gastos asociados con el desarrollo de la personalidad del menor y no únicamente al sustento básico en orden a salvaguardar al alimentista que caracteriza a los alimentos entre parientes de los artículos 142 y siguientes del Código civil. El Tribunal Supremo reitera una argumentación ya adoptada por la jurisprudencia, que diferencia «entre el tiempo o momento de nacimiento de la obligación, propiamente dicho, y el tiempo o momento de la exigibilidad de dicha obligación, siendo la reclamación judicial el cauce por el que se concreta la prestación debida (cuantía y modo de pago) y su exigibilidad desde la fecha en que se interpuso la demanda» (FJ 2.º). Así, entiende que los efectos retroactivos del artículo 148.1 del Código civil llegan hasta el momento de interposición de la demanda de quien reclama los alimentos (FJ 2.º), y no hasta el momento de declaración de la paternidad, que simplemente sería el momento del nacimiento de la obligación y no el momento de su exigibilidad.

Esta interpretación del Tribunal Supremo que concluye con la imposibilidad de reconocer efectos retroactivos a la obligación de alimentos del padre *ex* artículo 148 del Código civil, tanto respecto a la madre para que se le reintegre los por ella abonados como al propio hijo que no cobró los alimentos debidos, ha sido expresamente refrendada por el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 2014 (RTC 2014\301).

Dicho Auto tuvo su origen en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de 1.ª Instancia N.º 20 de Palma de Mallorca, en el transcurso de un procedimiento en el que el padre reclamaba a la madre el reembolso de los alimentos abonados desde el momento en el que el hijo se trasladó a vivir con él (en febrero de 2011) y no desde el momento en el que se había presentado la correspondiente demanda reclamando el abono de los alimentos (en junio de 2013). El Juzgado planteaba la posible incompatibilidad del artículo 148 del Código civil, que acoge una limitación temporal de los efectos de la obligación alimenticia basada en la máxima *in praeteritum non vivitur*, con el artículo 39.3 de la Constitución Española, según el cual la obligación de alimentos de los padres se extiende a toda la minoría de edad de los hijos, con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

El Tribunal Constitucional acotaba el debate acerca de la eventual inconstitucionalidad del artículo 148 del Código civil a la diferenciación trazada por el Tribunal Supremo entre «el momento de nacimiento de la obligación» y «el tiempo de la exigibilidad de dicha obligación» en la referida Sentencia de 27 de noviembre de 2013. El Auto inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado con base en la citada máxima *in praeteritum non vivitur* y considera que la retroactividad de los alimentos no sirve al interés superior del menor, «pues el menor ya fue asistido y sus necesidades de todo orden fueron cubiertas. Y si no lo fueron, los alimentos reclamados retroactivamente no servirían para cubrirlas». Continúa afirmando que la irretroactividad de los alimentos no excluye el deber los padres de alimentar a sus hijos, puesto que el progenitor custodio puede interponer la correspondiente demanda de alimentos tan pronto como nace la obligación, mientras que el no custodio puede cumplir voluntariamente con su obligación también desde que ésta nace. Por último considera que la retroactividad de los alimentos podría producir «una situación de pendencia, difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)» (FJ 4.º).

Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional parte de la posibilidad del progenitor custodio de entablar la correspondiente demanda de reclamación de alimentos frente al progenitor no custodio, razonamiento que se ajustaba a las circunstancias del caso que motivó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en el que la filiación de ambos progenitores estaba determinada.

Problema diferente es el que se plantea respecto a los alimentos que el hijo no ha percibido durante el tiempo en el que su filiación paterna no estaba determinada, en cuyo caso no puede surgir el nacimiento de la obligación alimenticia, ni mucho menos su exigibilidad. En estos supuestos de determinación tardía de la paternidad, no se cuestiona la satisfacción de las necesidades alimenticias del menor, sino «una asistencia mucho más amplia que se extiende, estén o no en situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad del menor (arts. 10 CE y 154.2 CC)», como destacaba la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2013 (FJ 2.º), diferenciando la obligación de alimentos de padres a hijos del artículo 110 del Código civil, del *sustento básico en orden a salvaguardar la vida del alimentista* que limita los alimentos entre parientes de los artículos 142 y siguientes del Código civil.

La posibilidad del hijo de solicitar los alimentos dejados de percibir con anterioridad a la determinación de la filiación resultaba expresamente descartada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1995 (RJ 1995\2991), según la cual dentro de los efectos retroactivos de la filiación *ex* artículo 112 del Código civil no se comprende el abono de los alimentos, cuya naturaleza jurídica se vincula a las necesidades presentes y futuras del alimentante pero no a las pasadas *ex* artículo 148 CC⁵¹. El caso enjuiciado contaba con un largo recorrido procedimental, pues la filiación extramatrimonial se había declarado por Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1988 (RJ 1988\6543), tras lo cual el hijo demandó a su padre solicitando el abono de los alimentos no percibidos desde su nacimiento en 1969 hasta la mayoría de edad.

El Tribunal Supremo desestimó el abono de los alimentos con efectos retroactivos hasta el nacimiento del actor, con una prolija fundamentación. Argumenta que el abono de tales alimentos resulta procedente, a tenor del artículo 148 del Código civil, cuando el alimentista ejercita la correspondiente acción judicial reclamándolos, pues es la reclamación judicial «la que concreta la prestación (cuantía o modo de pago), aunque exista con anterioridad el derecho a los alimentos y fuera exigible hasta llegar el recurrente a la mayoría de edad». Consecuentemente, la sentencia precisa que los alimentos únicamente se abonarán *desde la fecha en que se interponga la demanda*, debiendo diferenciar entre el *tiempo del nacimiento de la obligación* y el *tiempo de exigibilidad* de tales alimentos. Diferenciación que excluye el reconocimiento de efectos retroactivos de la prestación alimenticia y deriva en la aplicación

⁵¹ Cfr., entre otros, SIERRA PÉREZ, 2011, p. 749.

de la regla clásica *in praeteritum non vivitur* al «estar concebidos los alimentos para subvenir a las necesidades presentes y futuras del alimentista y no para las de épocas ya pasadas en que el alimentista ha vivido sin los alimentos que ahora pide» (FJ 2.º). Fundamentación en aplicación de la cual desestimó la pretensión del actor, pues ya era mayor de edad cuando interpuso la demanda reclamándolos, mayoría que implica la cesación de la obligación de alimentos de los padres para con sus hijos, salvo situaciones excepcionales que deben acreditarse y que no concurrían en el caso enjuiciado.

La exclusión de la posibilidad de solicitar tanto el abono de los alimentos dejados de percibir por el hijo como el reembolso de los alimentos previamente satisfechos por el otro progenitor, y la posibilidad de retrotraer los efectos de los alimentos al momento de nacimiento del menor y no al de presentación de la demanda de filiación (como ocurría con la antes referida STS de 27 de noviembre de 2013), ha sido posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia plenaria de 29 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4457)⁵², en un caso de determinación tardía de la filiación paterna. En dicha sentencia el Tribunal Supremo reitera de nuevo tanto la imposibilidad del hijo de per-

⁵² En el caso enjuiciado por dicha STS de 29 de septiembre de 2016 tras la determinación judicial de la filiación del hijo de la demandante (cuando contaba ya 21 años de edad) en mayo de 2004 ésta procedió en el año 2011 a ejercitar una acción de reembolso *ex* artículo 1158 CC de los alimentos costeados en exclusiva para la crianza del hijo. Como sintetiza el Tribunal Supremo, la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia N.º 4 de Torremolinos estimó parcialmente la demanda y condenó al demandado a abonar a la parte actora la cantidad de 45.000 €. Según la sentencia de instancia la determinación legal de la filiación tiene efectos retroactivos, al constituir una obligación natural que surge desde el momento mismo del nacimiento y al margen de la existencia o inexistencia de un formal reconocimiento inicial del hijo y que la parte demandada confunde la acción de reclamación de alimentos con la acción de reembolso, pues siendo obligación de ambos progenitores alimentar al hijo común, su cuantificación no responde a criterios de igualdad, sino a la relación entre el caudal y los medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe. Por el contrario, con la acción de reembolso se reclaman cantidades pagadas, al margen de la capacidad económica del obligado al pago, por lo que acreditado que, desde el nacimiento del hijo, la madre se ha hecho cargo del mismo de manera exclusiva, a pesar de que la capacidad económica del padre era superior a la suya, existe el derecho al ejercicio de la acción de reembolso. Por su parte, la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª) de 30 de junio de 2015 (JUR 2015\291465), estimó el recurso de apelación del padre y consideró que no se daban los requisitos del artículo 1158 CC puesto que «En autos consta que cuando se produjeron los gastos que ahora se reclaman el hoy demandado no tenía obligación declarada alguna frente al acreedor, puesto que la filiación no estaba determinada, y no estaba determinada por negligencia o pasividad de la propia actora que pudiendo entablar la acción de reconocimiento de la paternidad desde el mismo nacimiento del menor no lo hizo dejando que el hijo alcanzara la mayoría de edad; por tanto, podía haber reclamado la filiación y con ello unos alimentos, optando por no hacerlo y pagando por ella misma, y no a cuenta de hoy demandado como se expone, toda una serie de gastos durante más de veinte años, gastos que reiteramos asumí en exclusividad sin reclamación de ningún tiempo a lo largo de todo ese tiempo» (FJ 3.º). Razonamiento tras el cual reproducía acto seguido las anteriormente referidas SSTs de 8 de abril de 1995 y 27 de noviembre de 2013 para avalar su postura a la vista de la limitación contenida en el artículo 148 CC y su aplicabilidad en casos como en el enjuiciado.

cibir con efectos retroactivos los alimentos a que tenía derecho desde su nacimiento como el posible reembolso a la madre de los alimentos costeados en el artículo 148.1 del Código civil, recordando que el precepto opera como límite a los efectos retroactivos de la determinación de la filiación a que se refiere el artículo 112 del Código civil y resulta aplicable, según el artículo 153 del Código civil, tanto a los alimentos entre parientes como a los alimentos entre padres e hijos dimanantes del artículo 154 del Código civil⁵³.

Según el Alto Tribunal, el artículo 148 del Código civil contiene una previsión legal establecida en beneficio del alimentante que atiende a la especial naturaleza de la deuda alimenticia y al momento en que conoce su deber de prestación frente al alimentista que ha dejado de cumplir y que finalmente le impone la sentencia que determina la filiación. Y según el artículo 148 del Código civil es la reclamación efectuada frente al alimentante la que «fija el momento a partir del cual si el deudor interpelado por el acreedor no paga, incumple la obligación que le impone la ley de abonar una prestación alimenticia que hasta ese momento ha sido cubierta. Y si el alimentista carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior, porque lo impide el artículo 148 del Código civil, con mayor motivo no la tendrá su madre a través de la acción de reembolso ejercitada al margen de las reglas propias que resultan de la obligación de proveer alimentos en orden a satisfacer las múltiples necesidades de los hijos» (FJ 3.º).

Pese a lo anterior, la negación *ex* artículo 148 del Código civil de toda posibilidad, tanto del hijo como de la madre, de solicitar el abono o reembolso de los alimentos devengados con anterioridad a la determinación de la filiación es criticada de «lege ferenda» por el Tribunal Supremo, dadas las implicaciones las implicaciones constitucionales que la obligación alimenticia de los padres tiene según el artículo 39 de la Constitución Española, al afirmar que:

«Puede haber, sin duda, *una obligación moral a cargo de quien finalmente es declarado padre*, pero lo cierto es que la ley no concede acción para pedir el cumplimiento de un deber de esta clase y considera igualmente justo negar acción para compensar *una situa-*

⁵³ Esta sentencia se refería a la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que reiteraba la aplicación de las reglas contenidas en el Título VI del Libro I del Código civil sobre alimentos entre parientes y, en particular, del artículo 148 CC que impide el reconocimiento de efectos retroactivos de los alimentos, a los alimentos debidos a los hijos menores como deber comprendido en la patria potestad, mencionando a tal efecto las SSTS de 8 de abril de 1995 (RJ 1995\2991), de 3 octubre de 2008 (RJ 2008\7123), de 14 de junio de 2011 (RJ 2011\4527), ed 30 de octubre de 2012 (RJ 2012\1029) y de 27 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7855).

ción que puede considerarse injusta y pedir la devolución de lo pagado en aras de una regulación más ajustada al artículo 39 de la Constitución Española; solución que solo sería posible mediante una modificación del artículo 148 del Código civil, que extendiera la obligación de prestar alimentos a los hijos menores más allá de lo que la norma autoriza, al menos desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda en un determinado tiempo, e incluso facilitando la acción de reembolso de lo gastado al progenitor que asumió el cuidado del hijo en la parte que corresponde al progenitor no conviviente, con el límite de la prescripción, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos» (FJ 3.º).

Crítica pese a la cual, al día siguiente de esta sentencia plenaria, el Tribunal Supremo ratificaba una vez más la imposibilidad *ex* artículo 148 del Código civil de solicitar el abono de los alimentos dejados de percibir o el reembolso de los ya abonados por el otro progenitor desde el nacimiento del hijo, en su Sentencia de 30 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4844)⁵⁴.

Ahora bien, reconocida por el Tribunal Supremo la obligación moral del padre cuya paternidad no consta legalmente determinada, llama la atención su empeño en mantener una interpretación estricta del artículo 148 que perpetúa dicha injusticia, cuando tiene a su disposición otros instrumentos a través de los cuales encauzar el desequilibrio originado en estos casos sin necesidad de violentar las disposiciones aplicables a la obligación alimenticia. En este sentido, en el caso de los alimentos de los hijos menores cabe destacar la posibilidad de aplicar los artículos 110 y 154 del Código civil y 39 de la Constitución Española en lugar del artículo 148 del Código civil; así como la conveniencia de diferenciar entre los alimentos necesarios para la vida y los alimentos convenientes para el desarrollo de la personalidad del menor, de acuerdo con la situación económica de los progenitores. En particular, la estimación del reembolso de los alimentos abonados con anterioridad podría instrumentarse a través de los artículos 1895 del Código civil, así como por la vía del artículo 1902 del Código civil cuando el progenitor cuya paternidad no está determinada legalmente tiene conoci-

⁵⁴ En el caso enjuiciado por la STS de 30 de septiembre de 2016 la actora reclamaba *ex* artículo 1158 CC el reembolso del 80% de las cantidades abonadas en concepto de alimentos del hijo extramatrimonial común, en el período comprendido entre el nacimiento del menor en el año 2007 hasta mayo de 2012 en que se determinó judicialmente la filiación y se obligó al demandado a abonar una pensión alimenticia. El Juzgado desestimó la petición de la madre, desestimación que fue ratificada por la SAP de Vizcaya (Sección 5.ª) de 3 de julio de 2014 (JUR 2014\267711), contra la que la madre recurrió en casación, siendo desestimado, asimismo, dicho recurso so pretexto de la argumentación jurisprudencial analizada en las páginas precedentes en torno al artículo 148 CC y consiguiente irretróactividad de la obligación alimenticia más allá del momento en que se presenta la demanda de determinación de la filiación.

miento de tal filiación, dada la concurrencia en su persona de una actitud manifiestamente culpable por omisión.

Efectivamente, no cabe duda alguna de que la limitación de los efectos retroactivos de la obligación alimenticia en los casos de falta de reconocimiento resulta a todas luces materialmente injusta, tanto desde la perspectiva del hijo que se ve privado de unos recursos que bien podrían haber cambiado su devenir personal y profesional (aspecto en el cual parece no recabar nuestro Tribunal Constitucional), como desde la del progenitor que costeó en exclusiva los gastos de crianza en solitario. Injusticia que resulta especialmente palmaria en casos, como el enjuiciado por la sentencia plenaria comentada, en los que consta debidamente acreditado en autos el conocimiento por el padre de la filiación con anterioridad a su determinación en sede judicial.

En nuestra opinión, la irretroactividad *ex* artículo 148 del Código civil de los alimentos en los casos de falta de determinación de la filiación, avalada por tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, resulta incoherente con la extensión de las necesidades alimenticias de los menores frente a sus padres. Necesidades que desde el prisma constitucional no se limitan a procurarles *el sustento básico en orden a salvaguardar la vida del alimentista* como ocurre en los alimentos entre parientes, sino que comprenden una asistencia mucho más amplia que se extiende, estén o no en situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad del menor (arts. 10 CE y 154.2 CC).

De hecho, el propio Tribunal Constitucional diferenciaba en su sentencia de 14 de marzo de 2005 (RTC 2005/57) la obligación de alimentos de padres a hijos menores y la obligación de alimentos entre parientes, dando a entrever la inaplicación a los alimentos de los hijos de la limitación retroactiva del artículo 148 del Código civil⁵⁵.

«Por lo que respecta a la pensión de alimentos a los parientes –el otro elemento de comparación alegado–, su fundamento des-

⁵⁵ En dicha STC de 14 de marzo de 2005 desestimó un recurso de amparo, que alegaba la discriminación fiscal de la pensión a los hijos, respecto a una más favorable tributación fiscal respecto a los alimentos de los parientes. Precisamente so pretexto de dicho pronunciamiento del Tribunal Constitucional CUENA CASAS, con quien coincidimos plenamente, se muestra contraria a la aplicación del artículo 148 del Código Civil a la obligación alimenticia derivada de la patria potestad, pues en su opinión «es obvio que retrotraer la obligación de abono de alimentos en estos casos de reclamación de filiación puede suponer una pesada carga para el alimentante. Sin embargo, su deber deriva de la patria potestad, deber indelegable y creo que cuando se trata de menores, aplicar la regla *in praeteritum non vivitur* me parece un auténtico exceso que desnaturaliza y confunde las obligaciones dimanantes de la patria potestad con la genuina obligación de alimentos». Dado el tenor del planteamiento adoptado por el Tribunal Constitucional en dicha sentencia, la autora considera que el menor no necesita reclamar su derecho de alimentos al progenitor, por lo

cansa únicamente en la situación de necesidad perentoria o «para subsistir» (art. 148 CC) de los parientes con derecho a percibirlos –cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos (art. 143 CC)–, se abona sólo «desde la fecha en que se interponga la demanda» (art. 148 CC), y puede decaer por diversos motivos relacionados con los medios económicos o, incluso, el comportamiento del alimentista (art. 152 CC). Por el contrario, los alimentos a los hijos, en la medida en que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos (...). Tampoco coincide la finalidad en una y otra pensión: si en la de alimentos a los parientes ha de facilitarse el sustento básico para salvarguardar la vida del alimentista, esto es, «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica» (art. 142 CC), ya hemos dicho que la de alimentos a los hijos no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio, que se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad. Finalmente, tampoco la forma de determinación es la misma, pues si la pensión a otros parientes se determina en función de lo que éstos necesiten estrictamente para subsistir (art. 142 CC), los alimentos a los hijos menores deben acomodarse a «las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento» (art. 93 CC) hasta el punto de financiar no sólo los gastos ordinarios de su mantenimiento sino también los de carácter extraordinario (tales como actividades extraescolares, etc.)» (FJ 6.º).

De forma coherente con dicha extensión de la obligación alimenticia de los padres frente a sus hijos, no compartimos la tesis basada en el referido principio *in praeteritum non vivitur*, según la cual la retroactividad del derecho de alimentos de los hijos que el artículo 148 del Código civil proscribe en nada sirve al interés superior del menor, puesto que los alimentos concedidos retroactivamente no se orientan a su asistencia como fin último del artículo 39.3 de la Constitución Española, pues el menor ya fue asistido y sus necesidades cubiertas. En el caso de los hijos menores de edad, el razonamiento soslaya la importancia conferida a los alimentos en el artículo 27 de la Convención Internacional de

que determinar su abono a partir de la interposición de la demanda carece de sentido. No obstante, diferencia los casos en los que la filiación se determina judicialmente, en los que considera que la aplicación del artículo 148 podría tener algún sentido y justificación (puesto que el progenitor puede desconocer la existencia del hijo/a). Pese a ello, incluso en tales supuestos de determinación judicial de la filiación, estima que si el progenitor conoce efectivamente la existencia de su hijo menor de edad y no le atiende no resulta lógico que solo debe abonar las cantidades a partir de la interposición de la demanda, dado que el derecho no necesita ser reclamado judicialmente para resultar efectivo (2013, pp. 1.496 y 1.497). Planteamiento contrario a la regla de la irretroactividad de los alimentos del art. 148 CC a los alimentos debidos a los hijos que propugna asimismo BARBER CÁRCAMO, 2016, p. 608.

los Derechos del Niño, en el que tras reconocer «el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social» se explicita la responsabilidad primordial de los padres «de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño», al tiempo que se obliga a los Estados parte de la Convención a tomar «todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres».

Por otro lado, en el caso de hijos mayores de edad, cuando de una manera o de otra, han sido asistidos y sus necesidades cubiertas durante la minoría de edad cabe igualmente plantearse, siempre de acuerdo con la capacidad económica del progenitor que no ha abonado los alimentos durante la minoría de edad, la obligación de éste de contribuir a la mejora de la situación del hijo que ha visto reducidos sus recursos económicos durante su vida, en franca discordancia con lo que le hubiera correspondido de haber tenido determinada la filiación paterna. Obligación que se podría articular a través del artículo 1902 del Código civil en forma de indemnización por daños, cuando el progenitor demandado tiene perfecto conocimiento de la filiación en cuestión⁵⁶, a semejanza de cuanto acontece en el caso del Derecho italiano en aplicación del artículo 2043 *Codice Civile*, homólogo de nuestro artículo 1902 del Código civil. No nos resistimos a traer a colación, a este respecto, la Sentencia de la Corte de Apelación de Bolonia (*Sezione Prima Civile*) de 10 de febrero de 2004, que en un supuesto en el que el padre gozaba de una *enviable* posición económica, se estimó una indemnización *astronómica* por la falta de reconocimiento de la paternidad de dos millones y medio de euros en concepto de *risarcimento del danno esistenziale* originado al hijo, de los cuales un millón se cifró en concepto de daños morales y el resto en concepto de alimentos/recursos dejados de percibir por el hijo⁵⁷.

Pese a tales consideraciones críticas el planteamiento restrictivo respecto a la posibilidad de los hijos de solicitar retroactivamente los alimentos dejados de percibir ha sido asimismo acogi-

⁵⁶ Así lo reconoce en nuestro país DELGADO ECHEVERRÍA cuando, tras explicar el fundamento del principio *in praeteritum non vivitur* aplicado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional implícito en el artículo 148 CC, afirma que «todo lo dicho no excluye que, en ciertos casos de incumplimiento consciente del obligado (...) pueda pedirse indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento: en particular, de acuerdo con la doctrina tradicional, cuando el alimentista hubo de contraer deudas, aún impagadas, para proveerse de los bienes necesarios para la vida» (1991, p. 536).

⁵⁷ Para un comentario de esta Sentencia *vid.* FACCI, *Famiglia e Diritto*, 2006, pp. 521 y 522.

do en la jurisprudencia menor. Así, la SAP de Cáceres (Sección 1.^a) de 15 de junio de 2015 (JUR 2015\175018) desestimó la demanda de la hija en virtud de la cual solicitaba al padre el abono de los alimentos no satisfechos con anterioridad a la determinación de la filiación. En el caso enjuiciado, la hija había ejercitado, de forma procesalmente errónea, una acción de reembolso *ex* artículo 1158 del Código civil frente a su padre por los alimentos abonados por la madre. La Audiencia desestimó la pretensión argumentando que la actora no era quien había abonado los alimentos, sino su madre, por lo que no cabe el *reembolso* solicitado, y que el demandado nunca había ostentado la patria potestad de la hija, habiéndose determinado la filiación paterna cuando la demandante tenía 41 años de edad (FJ 3.^o). No obstante, la Audiencia Provincial de Cáceres precisaba que, independientemente de cuál hubiese sido el fundamento jurídico de la solicitud de abono de los alimentos dejados de percibir por la hija con anterioridad a la determinación de la filiación, incluso aun considerándola como compensación o como daño moral, *la respuesta es incuestionablemente negativa* en cualquier caso, reproduciendo (en el FJ 4.^o) el razonamiento de la antes referida Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1995.

Distinta orientación de la jurisprudencia menor se aprecia en lo que se refiere al reintegro o reembolso de los alimentos abonados por el progenitor que se ha ocupado en solitario de la crianza de un hijo sin ayuda para sufragar sus gastos de sustento y educación en los casos de falta de reconocimiento de la filiación⁵⁸. Cabe mencionar a este respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4.^a) de 8 de enero de 2008 (AC 2008\592), en la que se analizaba la demanda interpuesta por una madre frente al padre de su hija por el incumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales, solicitando el reintegro de las cantidades en concepto de alimentos que debió sufragar, y, adicionalmente, una indemnización por daños morales *ex* artículo 1902 del Código civil. Según constaba acreditado en autos, el demandado conocía desde el principio su condición de padre y mantuvo con la hija una relación personal propia de tal condición, si bien modulada por la circunstancia de tener a su vez una esposa e hijos matrimoniales, y no

⁵⁸ Así, respecto a los derechos de la madre en estos casos el artículo 340-5 del *Code Civil* francés, durante los años 1972 al 2005, reconocía expresamente la posibilidad en caso de estimación judicial de la acción de reclamación de la paternidad de condenar al padre al reembolso total o parcial de los gastos de maternidad y manutención durante los tres meses anteriores y los tres meses posteriores al parto, sin perjuicio de la posible reclamación de otros daños y perjuicios que resultasen procedentes en aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad extracontractual (*ex* artículos 1382 y 1383 *Code Civil*).

convivir con la actora y la hija que ambos tenían en común, manteniéndose esta situación aceptada por ambas partes hasta que cesó, a instancias del demandado. Fue entonces cuando la actora entabló con éxito el correspondiente proceso de filiación, fruto del cual el demandado reanudó la relación personal con su hija (*vid.* FJ 2.º de la Sentencia).

La Audiencia reconoció el derecho de repetición de la madre por los gastos alimenticios sufragados con anterioridad a la determinación judicial de la filiación, justificando dicho derecho en las reglas del pago por tercero previstas en el artículo 1158 del Código civil, en la doctrina del enriquecimiento sin causa y en el derecho de reintegro reconocido al codeudor que abona la totalidad de la deuda en las obligaciones solidarias del artículo 1145 del Código civil. Así, según la Audiencia «en virtud de la Sentencia de determinación legal de filiación el demandado asumió con carácter retroactivo la obligación de alimentar a su hija (...) desde el nacimiento y puesto que dicha obligación pesó, casi con integridad, sobre la actora, a ella le asiste el derecho de repetición (...)» (FJ 3.º). Para ello, la sentencia se basa en el carácter declarativo de la sentencia que determina la filiación con efectos que «se retrotraen al momento en que la procreación tuvo lugar», siempre que sea posible. Reconoce que el artículo 148 del Código civil claramente dispone la ausencia de retroactividad de los alimentos, pero soslaya su aplicación entendiendo que «el régimen jurídico aplicable a los alimentos del artículo 110 es el del artículo 154 y no el contenido en los artículos 142 y siguientes, todos ellos del Código Civil, considerando la doctrina que, en concreto el artículo 148 sólo resulta aplicable en algunos casos y con limitaciones» (FJ 3.º).

Pero respecto a la indemnización por daños morales padecidos por la madre y debidos a la crianza en solitario de la menor *ex* artículo 1902 del Código civil, la Audiencia desestimó, considerando que durante cierto tiempo, la relación (siquiera insuficiente) entre la hija y su padre y las consiguientes obligaciones paternofiliales por parte del demandado se habían acomodado al acuerdo tácitamente alcanzado con la actora. De modo que la estimación de una indemnización por daños morales solicitada por la actora «conculcaría el principio de no ir contra los propios actos o, en relación con lo expuesto por el demandado, porque la consciente y voluntaria inactividad de la actora la corresponsabiliza en el incumplimiento que imputa al demandado hasta el punto de deslegitimar su condición de perjudicada» (FJ 3.º).

III. LA SENTENCIA PLENARIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018: ¿UN ANTES Y UN DESPUÉS EN EL ESTADO DE LA CUESTIÓN?

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5158) merece un análisis separado por su carácter plenario, su intención de zanjar la responsabilidad por daños en las relaciones familiares, y ser la última recaída a día de hoy. Esta sentencia reacciona frente la creciente doctrina científica y el progresivo aumento de las sentencias de Audiencias favorables a la aplicabilidad del derecho de daños al derecho de familia decantándose por la inmunidad de las relaciones familiares a la aplicación de las reglas generales de responsabilidad civil, cerrando todos los resquicios que había dejado abiertos en sus pronunciamientos anteriores y restringiendo las posibles indemnizaciones en el ámbito de tales relaciones a las expresamente previstas por el legislador⁵⁹.

La Sentencia analiza nuevamente la viabilidad de las indemnizaciones derivadas de la ocultación o, con mayor propiedad, falsa atribución de la paternidad matrimonial, aunque su trascendencia es mayor, pues pretende extender su argumentación a las relaciones familiares en su conjunto. En particular, en el caso enjuiciado, el marido solicitaba *ex* artículo 1902 del Código civil la devolución de las cantidades abonadas al hijo cuya filiación fue impugnada, en concepto de pensión alimenticia a resultas del procedimiento de separación y divorcio, el abono de la mitad de los gastos en los que había incurrido de la acción de impugnación de la paternidad y una indemnización por daños morales que cifraba en 70.000 €. Pretensiones que habían sido acogidas en su integridad en las sentencias de instancia, si bien la SAP de Cádiz (Sección 5.ª) de 13 de junio de 2017 (AC 2017\1113) recurrida en casación, había reducido la indemnización por daños morales a 15.000 €.

El Tribunal Supremo, en primer lugar, fija el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción en el momento de la notificación de la sentencia a través de la cual se comunicó al actor su no paternidad, y no desde la fecha en el que había tenido conocimiento de los resultados del estudio genético al que se sometió de forma privada, pues es a partir de la fecha de la sentencia cuando cesa la

⁵⁹ Como DE VERDA Y BEAMONTE, destaca a modo de reflexión final en su comentario a dicha Sentencia, la sentencia en cuestión «... supone una mala noticia, en cuanto cierra el camino hacia el resarcimiento de un daño moral, sobre cuya reparación existía un importante consenso doctrinal y jurisprudencial (como demuestran las numerosas sentencias de instancia recaídas sobre la materia); y ello, con argumentos teóricos muy discutibles (y poco desarrollados), alejándose, de este modo, de sentimientos comúnmente compartidos en la sociedad» (*Diario La Ley*, 2018, p. 11).

determinación legal de la paternidad y se practica la correspondiente inscripción de rectificación en el Registro Civil (FJ 2.º), concluyendo así que la demanda de responsabilidad civil extracontractual se había interpuesto en tiempo y forma⁶⁰.

La devolución solicitada por el actor de la cantidad sufragada en concepto de alimentos es declarada improcedente por el Tribunal Supremo, con la misma argumentación efectuada en la antes referida Sentencia plenaria de 24 de abril de 2015 (RJ 2015\5158)⁶¹, si bien destacando que mientras en la sentencia de 2015 la devolución de los alimentos abonados había sido solicitada *ex* artículos 1895 y 1902 del Código civil, en el caso enjuiciado únicamente se había alegado la responsabilidad por daños. Divergencia en la fundamentación jurídica que, según la sentencia, en nada obsta a la posibilidad de decretar igualmente la improcedencia de la pretensión del actor, solución que el Tribunal Supremo justifica en que la obligación alimenticia surge por el nacimiento del menor constante matrimonio en aplicación de los artículos 111 y 154 del Código civil, cuyos efectos se prolongan en el tiempo hasta el momento en que se dicta la sentencia de impugnación de la paternidad matrimonial.

Así, el Tribunal Supremo considera que los alimentos, en cuanto parte integrante de las obligaciones que comprende la patria potestad, despliegan sus efectos a lo largo de la vida del menor, sin

⁶⁰ Planteamiento acerca del *dies a quo* de prescripción de la acción acogido por el Tribunal Supremo que, como destacan MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA, resulta coherente con la mayoría de las sentencias dictadas en esta materia por la jurisprudencia menor, que efectivamente fijan el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil en el momento en que la sentencia de impugnación de la paternidad deviene firme, so pretexto de que solo desde ese momento el actor tiene un conocimiento cierto de su no paternidad, puesto que el informe genético privado sólo constituye un «primer indicio», al no constar «de forma inequívoca» la identidad de los implicados, ni existir «una garantía de cumplimiento de la cadena de custodia», tal y como subrayaba la SAP Cantabria (Sección 2.ª) de 3 de marzo de 2016 (AC 2016\799) (FJ 2.º). En efecto, no puede ser de otra forma, pues es únicamente a partir del momento en que la sentencia de determinación o impugnación de la filiación deviene firme, cuando el actor puede ejercitar la acción encaminada al resarcimiento de los daños padecidos, pues hasta ese momento sigue operando la presunción de paternidad matrimonial (CCJC, 2019, p. 9). A propósito del *dies a quo* de la prescripción a partir del informe biológico o la sentencia firme que desvirtúa la filiación. *vid.*, asimismo, en la misma línea FARNÓS AMORÓS, 2018, p. 283 nota 22.

Por su parte, NEVADO CATALÁN disecciona los distintos daños alegados por el padre al que falsamente se atribuyó la paternidad, aplicando a cada uno de ello un *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción (InDret, 2018, p. 35). MARTÍN CASALS y RIBOT IGUALADA critican esta posición, que «supone confundir el daño como interés jurídico protegido que justifica otorgar tutela aquiliana en estos casos con los perjuicios o concretas partidas resarcitorias que son consecuencia del daño y escindir la acción en tantas acciones como perjuicios resarcibles» (CCJC, 2019, p. 11).

Así pues, la prescripción se produce respecto de la acción de responsabilidad civil y se fija en la pérdida del vínculo paterno-filial legal que se produce con la sentencia firme de impugnación de la paternidad, tal y como se estima en la STS de 13 de noviembre de 2018.

⁶¹ *Vid. supra* apartado II.1.

que proceda su devolución por la simple divergencia entre la paternidad biológica y la formalmente determinada. A lo que añade que ni los alimentos, ni cualesquiera otros efectos derivados de las obligaciones de los padres para con sus hijos, son susceptibles de devolución, ya que «los alimentos no tienen efectos retroactivos, *de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida*» (citando a tal efecto las vetustas SSTS de 30 de junio de 1885, 26 de octubre de 1897 y 18 de abril de 1913), no siendo posible *ex* artículo 112 del Código civil comprender dentro de los efectos retroactivos de la filiación la devolución de los alimentos abonados, puesto que tales alimentos tienen carácter consumible. Consecuentemente, la sentencia descarta toda posible solicitud de devolución de los alimentos abonados, independientemente de la causa por la que se reclame la devolución, bien sea en aplicación del principio del cobro de lo indebido del artículo 1895 del Código civil o de las reglas generales en materia de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del Código civil, sin ulterior precisión sobre las repercusiones que la ocultación dolosa de la paternidad por parte de la madre pudiera tener a tal efecto⁶².

Acto seguido, la sentencia aborda la aplicabilidad del artículo 1902 del Código civil en el ámbito de las relaciones familiares, subrayando cómo el debate acerca de dicha aplicación:

«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» (FJ 4.º).

La sentencia reconoce el criterio dispar seguido en materia de responsabilidad civil por la falta atribución de la paternidad en sus Sentencias de 22 y 30 de julio de 1999, optando por acoger el planteamiento adoptado en esta última y desestimando toda posibilidad de aplicar el artículo 1902 del Código civil, aun cuando conste

⁶² UREÑA MARTÍNEZ considera acertada la solución alcanzada a este respecto por el Tribunal Supremo sobre la improcedencia de devolución de los alimentos abonados por el actor por la falta de paternidad. Pese a considerarla injusta, estima que no cabe otra solución posible teniendo en cuenta que tales alimentos se abonaron en cumplimiento de una obligación legal y fueron consumidos para satisfacer las necesidades del menor, sin que sea posible considerarlos como causantes de un daño o detrimento patrimonial *ex* artículo 1902 CC (CCJC, 2019, p. 16).

acreditada la conducta dolosa de la esposa, como se infería de la referida Sentencia de 22 de julio de 1999. Planteamiento tras el cual el Alto Tribunal desarrollaba su parecer en términos generales acerca de la interrelación entre la familia y la responsabilidad por daños en unos términos que excedían con mucho el ámbito del caso enjuiciado.

Según el Tribunal Supremo no cabe negar que conductas como la falsa atribución de la paternidad sean susceptibles de causar un daño, sino que «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» (FJ 4.º).

La sentencia se cuida de precisar que este planteamiento no implica exclusión alguna del sistema general de responsabilidad civil del artículo 1902 del Código civil, ni tampoco que los daños generados en el ámbito de las relaciones familiares queden desprovistos de sanción cuando derivan de la comisión de delitos o de conductas que atentan contra los derechos fundamentales. Lo único que supone, según el Tribunal Supremo, es que los daños derivados del incumplimiento de los deberes matrimoniales no son resarcibles en aplicación del artículo 1902 del Código civil. Las conductas de los cónyuges que contrarían los deberes conyugales previstos en los artículos 66 a 68 del Código Civil resultan incoercibles y cuentan con una sanción específica en la normativa reguladora del matrimonio dentro de la cual, más allá de la posibilidad de los cónyuges de acudir a la separación o divorcio, se contemplan medidas como la indemnización al cónyuge de buena fe derivada de la nulidad matrimonial (art. 98 CC) o la posibilidad de obtención, modificación o extinción de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil (FJ 4.º).

Ahora bien, precisado lo anterior y visto que el actor no basaba la indemnización reclamada en la vulneración del deber de fidelidad por parte de su ex-mujer, sino en el daño causado por una conducta subsumible en artículo 1902 del Código civil, el Tribunal Supremo sorteaba ese «escollo» afirmando sencillamente que «lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad», motivo por el cual reconduce la desestimación de la reclamación a la referida incoercibilidad de los deberes familiares (FJ 4.º). Razonamiento de la sentencia comentada que no compartimos, pues fusiona dos conductas que deben ser separadas. Por una parte, la infidelidad o adulterio de la esposa, que no resulta sancionable ni indemnizable *per se*, y por otra, la falsa atribución al marido de la

paternidad matrimonial derivada de la presunción de paternidad del nacido de las relaciones extramatrimoniales mantenidas por la esposa⁶³. Conducta esta última que, en sí misma resulta, por lo menos, culpable o negligente y origina unos daños, que pueden ser resarcidos *ex* artículo 1902 del Código civil. Conclusión que a mayores deberá alcanzarse cuando pueda acreditarse la certeza de la esposa sobre la paternidad de su hijo, es decir, cuando sabe a ciencia cierta que el marido no es el padre de la criatura y puede identificar quién es el progenitor en cuestión, evidenciado con ello una conducta claramente dolosa y potencialmente lesiva de derechos fundamentales⁶⁴.

Nótese que el argumento aducido por el Tribunal Supremo en pro de la inaplicabilidad de las reglas de responsabilidad civil a las relaciones familiares se basa en las consecuencias negativas que para el grupo familiar ello implicaría tiene una naturaleza acusadamente sociológica, cuya apreciación únicamente podrá derivarse de *un juicio de moralidad indudablemente complejo*, que es precisamente el que el propio Tribunal considera debe ser evitado. Contradicción del Alto Tribunal a la que se suma el hecho de que no existe en nuestro ordenamiento jurídico ningún precepto del cual quepa inferir que la «paz familiar» opere como principio rector del marco regulatorio de las relaciones familiares⁶⁵, ni mucho menos

⁶³ En la línea apuntada anteriormente, CARRASCO PERERA distingue entre un «dolo perverso» (ser adúltero para causar daño al otro cónyuge) y un «dolo más compasivo» (ser simplemente adúltero), en consonancia con la distinción sobre el dolo trazada por el Tribunal Federal alemán para reputar viable la indemnización del padre en los casos de falsa atribución de la paternidad (2006, pp. 526 y 527). FERRER RIBA diferencia asimismo entre la mera infidelidad no sancionable y los daños derivados de la ocultación (no meramente reticente) de la paternidad, a propósito del razonamiento seguido a tal efecto por el Tribunal Federal alemán para reconocer indemnizaciones en los casos de ocultación de la filiación (*InDret*, 2000, pp. 15 y 16).

Por el contrario, LÓPEZ DE LA CRUZ comparte el planteamiento del Tribunal Supremo, pues considera que de una u otra forma los comportamientos de la esposa y su enjuiciamiento como culpables/negligentes (al no adoptar métodos anticonceptivos o evitar el mantenimiento de relaciones coetáneas) o dolosos (no informando sobre sus dudas acerca de la paternidad u ocultándola directamente) son sancionados como tales en la medida en que se hallan directamente relacionados con la infidelidad conyugal, infidelidad que no resulta resarcible (*Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2019, pp. 15 y 16).

⁶⁴ FARNÓS AMORÓS considera que la ocultación de la paternidad en el seno del matrimonio constituye el incumplimiento independiente de deber matrimonial de fidelidad, que además puede traducirse en la vulneración de algún derecho fundamental que justifique el derecho a indemnización. Entre los que cita la integridad física y moral, cuando el actor pueda probar la existencia de un cuadro depresivo directamente relacionado (art. 15 CE) o el honor (art. 18.1 CE) (*DPC*, 2011, pp. 34 y 35). La diferenciación entre la infidelidad (que no es la conducta dañosa) y el daño derivado de la ocultación independientemente de la infidelidad es destacada también por NEVADO CATALÁN, *ADC*, 2019, pp. 971 y ss.

⁶⁵ La paz familiar se incluyó expresamente en la exposición de motivos del Proyecto de Ley de la que sería Ley de 13 de mayo de 1981, respecto a las acciones de filiación. La ley se debatía entre dos criterios opuestos: la posibilidad de descubrir la verdad biológica, y la posesión de estado que permite la estabilidad de las relaciones sobre el estado civil a favor del hijo, cuando *vive en paz* una cierta relación de filiación (BOCG, 1 Legislatura,

que dicho principio permita excluir la aplicación del artículo 1902 del Código civil aun cuando concurren todos sus presupuestos⁶⁶ (daño, relación de causalidad y ya no solo conducta culpable o negligente, sino incluso dolosa) o restringir las indemnizaciones en el ámbito familiar a las legalmente tipificadas so pretexto de su incompatibilidad con el referido artículo 1902 CC⁶⁷.

Como puede apreciarse, en el razonamiento transcrito el Tribunal Supremo parece decantarse no solo por la incoercibilidad de los deberes conyugales e imposibilidad de reconocer sanción indemnizatoria alguna asociada a su incumplimiento (y en particular del deber de fidelidad del artículo 68 del Código civil, premisa innegable en los casos de ocultación de la paternidad)⁶⁸ sino, también, por la total y absoluta sustracción de las relaciones familiares a la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil, incluso en los casos extremos en que conste acreditada la existencia de un comportamiento doloso que causa el daño cuya indemnización se pretende. Exclusión de la aplicabilidad de tales reglas en materia de responsabilidad civil y en particular del artículo 1902 del Código civil que, según el Tribunal Supremo se fundamenta, única y exclusivamente, en la improcedencia de realizar *juicios morales complejos sobre los comportamientos familiares* y en las consecuen-

Serie A, 14 de septiembre de 1979, N.º 71-1, p. 317. La Ley de 13 de mayo de 1981 se aprobó sin exposición de motivos, que perdió durante la tramitación parlamentaria.

⁶⁶ Cfr., entre otros, ROCA TRÍAS, 2000, p. 562 y DE VERDA Y BEAMONTE, *Diario La Ley*, 2018, pp. 6 y 7. Para una visión crítica de los pros y contras de la paz familiar o status familiar como fundamento de la inmunidad de las relaciones familiares a la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil desde un punto de vista de Derecho comparado e internacional, *vid.* FERRER RIBA, *InDret*, 2000, pp. 8 a 10.

En el mismo sentido, la SAP de Cádiz (Sección 5.ª) de 13 de junio de 2017 (AC 2017\1113) respecto a la responsabilidad por ocultación de la paternidad, transcribe el pronunciamiento contenido en la Sentencia de la misma Audiencia Provincial (Sección 2.ª) de 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675), que reconoce que nuestra sociedad admite y ampara diversas estructuras jurídicas que dan cobertura y regulación a diferentes de modelos de convivencia en pareja; por lo que «quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño. Ello debería legitimar las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que 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» (FJ 2.º).

⁶⁷ Cfr. VIVAS TESÓN, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2011, p. 344.

⁶⁸ UREÑA MARTÍNEZ considera acertado este planteamiento del Tribunal Supremo que fundamenta la exclusión de la responsabilidad civil en estos casos de ocultación o de falsa atribución de la paternidad en la falta de sanción jurídica por el incumplimiento de los deberes matrimoniales, sobre todo a partir de la reforma operada por la Ley 15/2005 (CCJC, 2019, pp. 15 y 16).

cias negativas que se derivarían para la institución familiar en caso de acoger la solución contraria⁶⁹.

No obstante, el alambicado, contradictorio y discutible razonamiento del Tribunal Supremo efectuado para justificar no solo la exclusión de la indemnizabilidad de los daños derivados de falsa atribución de la paternidad sino también, según parece, de cualesquiera daños acaecidos en el ámbito de las relaciones familiares, hace presagiar que el debate en torno a la aplicación del artículo 1902 del Código civil a las relaciones familiares lejos de desaparecer continuará dando mucho juego en los juzgados y tribunales de nuestro país.

Buena prueba de lo anterior es que las Audiencias provinciales ya han encontrado una manera de sortear el parecer del Tribunal Supremo formulado en dicha sentencia plenaria, caso de la SAP de Madrid (Sección 8.^a) de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019\214532), en la que se reconoce una indemnización por ocultación de la paternidad, en concepto de daños morales por un importe de 50.000 € al considerar que:

«... lo que niega el Alto Tribunal es que el daño causado por la ocultación de los efectos de la infidelidad en el ámbito matrimonial

⁶⁹ Por el contrario, MARTIN CASALS y RIBOT IGUALADA, pese a reconocer que el tenor literal del razonamiento de la sentencia comentada no permite una fácil comprensión de su alcance, consideran que con este planteamiento el Tribunal Supremo no se muestra partidario de una supuesta regla de «inmunidad» familiar» a las reclamaciones de responsabilidad civil en el ámbito familiar, en el sentido preconizado históricamente en el ámbito del *Common Law*. Estos autores parten de la premisa de que «... la relación familiar no puede fundamentar ilícitos civiles que no se darían de igual modo entre extraños si no se prevén expresamente dentro del propio Derecho de familia», por lo que las reglas generales de responsabilidad civil no pueden complementar las reglas de Derecho de familia por considerar que dichas reglas protegen «de menos» a alguno de los miembros. Para ellos la sentencia resulta acertada al considerar que el daño causado no es jurídicamente relevante ni tiene acceso a los remedios generales de responsabilidad civil, puesto que tales daños se desenvuelven en la esfera puramente moral dada la imposibilidad de jurificar ámbitos como las relaciones afectivas o de confianza en el seno familiar que conlleven difíciles juicios de moralidad. Para ellos la «paz familiar» debe ponderarse y complica la realización de juicios morales acerca de quién actuó bien o mal, pues el silencio de la madre sobre sus relaciones extramatrimoniales puede obedecer al mantenimiento de la paz o de proteger el interés de sus hijos. Dificultad de realización de juicios morales acerca del proceder de las partes que ilustran con el cese de relaciones de los otros hijos con su padre en el caso enjuiciado. Citan, asimismo, a tal efecto la SAP de Granada (Sección 5.^a) de 13 de junio de 2014 (AC 2014\1628), en la que pese a reconocer la conducta culposa de la esposa se excluyó la responsabilidad por la ocultación o falta atribución de la paternidad so pretexto de las dificultades por su parte de saber lo que resultaría más favorable a la paz familiar y a los intereses del hijo cuya paternidad resulta controvertida. En definitiva, para ellos la no aplicabilidad de las reglas de responsabilidad civil en casos como en el enjuiciado obedecen a la necesidad de contraponer tanto los intereses de las partes (el padre que tiene derecho a saber las dudas o falta paternidad del menor y el derecho de la madre a la intimidad acerca de sus relaciones extramatrimoniales) como el interés social (la paz familiar), sin olvidar que la culpa ha sido desterrada de la regulación del matrimonio en nuestro ordenamiento, particularmente a partir de las reformas operadas en 2005, motivo por el cual consideran inapropiado recuperar la noción de culpa en las relaciones conyugales por la vía de la aplicación de las reglas de responsabilidad civil (*cf.* CCJC, 2019, pp. 11 a 18 y también en ADC, 2011, pp. 526 y 527).

“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” (...). Doctrina no aplicable al presente supuesto, 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 del Código civil impone a los casados... (FJ 3.º)».

Así, según la Audiencia Provincial de Madrid, dado que en el caso enjuiciado la niña en cuestión había sido concebida antes de contraer matrimonio y que las relaciones de noviazgo carecen de regulación legal alguna en nuestro ordenamiento, si uno de los miembros de la pareja lleva a cabo una conducta culposa (mantener relaciones con un tercero y ocultar sus dudas sobre la paternidad a su pareja) que causa un daño (frustración y dolor por la pérdida de la relación paternal y del proyecto de vida en común con la menor) y dicho daño está causalmente relacionado (ya que de haber indicado tales dudas, el matrimonio y, en consecuencia, la determinación de la filiación paterna por la presunción de paternidad no se habrían producido), deberá responder del daño causado *ex* artículo 1902 del Código civil⁷⁰.

Sin embargo, contrariamente al parecer de la sentencia transcrita, reiterado en la SAP de 29 de abril de 2021 (JUR 2021\ 232726) de acuerdo con el planteamiento adoptado por el Tribunal Supremo, parece que las indemnizaciones en el ámbito de las relaciones familiares se restringen únicamente a aquéllas expresamente previstas por el legislador, cual acontece en el caso de las indemnizaciones derivadas de la nulidad matrimonial *ex* artículo 98 del Código civil y a la indemnización por incumplimiento de la promesa de matrimonio del artículo 43 del Código civil. Más allá de tales casos no ha lugar indemnización alguna en el seno de las relaciones familiares, sean éstas matrimoniales o no, y traigan causa o no de comportamientos negligentes, culposos o dolosos que ocasionan un daño efectivo. Planteamiento que nos suscita la duda de cómo conjugarlo con el reconocimiento de indemnizaciones en concepto de

⁷⁰ Un supuesto muy similar es el analizado en la SAP de Madrid de 19 de febrero de 2016 (Sección 22.ª) (JUR\2016\75571). En el caso enjuiciado por dicha sentencia, el actor había contraído matrimonio con su novia embarazada *ex se prægnantem*. Al enterarse después de celebrado el matrimonio de que el hijo no era suyo, entabló demanda de nulidad matrimonial, reclamando una indemnización por los daños derivados de la falta atribución de la paternidad *ex* artículo 98 CC (y no por el art. 1902 CC), que la Audiencia Provincial estimó en 18.000 €.

daños morales por el incumplimiento del régimen de guarda y custodia de la anteriormente analizada STS de 30 de junio de 2009, respecto a la cual la Sentencia plenaria del 2018 se limita a apuntar que nada tiene que ver con el caso enjuiciado de la ocultación de la paternidad.

IV. INDEMNIZACIONES LEGALMENTE PREVISTAS EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES FAMILIARES

Como se ha visto, el actual planteamiento del Tribunal Supremo plasmado en su Sentencia Plenaria de 13 de noviembre de 2018 restringe las indemnizaciones en el ámbito de las relaciones familiares únicamente a aquéllas legalmente previstas, excluyendo toda posible aplicación de las reglas generales de responsabilidad civil al Derecho de familia. Por eso interesa analizar si este planteamiento incide a la hora de acotar las partidas indemnizatorias asociadas a los supuestos de responsabilidad expresamente tipificados por el legislador, caso del resarcimiento por incumplimiento de la promesa de matrimonio del artículo 43 del Código civil y de la indemnización derivada de la nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil.

Dicho de otra forma, se trata de determinar si las indemnizaciones previstas en los artículos 43 y 98 del Código civil operan como supuestos indemnizatorios autónomos y totalmente ajenos al Derecho de daños, o si, por el contrario, en ambos casos el recurso a las reglas generales en materia de responsabilidad civil resulta posible o incluso obligado.

1. INCUMPLIMIENTO DE LA PROMESA DE MATRIMONIO

El Código Civil regula en el artículo 43 la obligación de reembolsar los gastos hechos y las obligaciones contraídas cuando se incumple sin causa la promesa cierta de matrimonio⁷¹. La idea subyacente a este precepto es que la libertad nupcial constituye un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico (art. 32 CE), que hace incoercible la obligación de contraer matrimonio respecto al cónyuge que incumple la promesa, como así expresamente dispone el artículo 42 del Código civil; pues el «*ius connubii*» tiene

⁷¹ Sobre los requisitos de la promesa cierta y su prueba *vid.*, entre otros, GARCÍA CANTERO, 1982, p. 40; BADOSA COLL, 1984, pp. 116 y 117; CARRIÓN OLMOS, 2006, pp. 132 y ss.; y DURÁN RIVACOBRA, 2011, pp. 340 y 341, y DÍAZ MARTÍNEZ, (2013, pp. 640-646).

carácter tanto positivo, a nadie se le puede prohibir contraer matrimonio, como negativo, a nadie se le puede obligar a contraer matrimonio.

Los gastos hechos y las obligaciones contraídas deben ser resarcidos por quien incumple la promesa, en aras a evitar un «empobrecimiento injusto», motivo por el cual son varias las sentencias de las Audiencias Provinciales que han vinculado el resarcimiento del artículo 43 del Código civil con la figura del *empobrecimiento injusto*, entendiéndolo como la otra cara de la moneda del enriquecimiento injusto. Así la SAP de Barcelona (Sección 19.^a) de 12 de junio de 2008 (JUR 2008\317049) afirma que el precepto «contempla a los esponsales como fuente de una expectativa protegida por la ley, no a través del derecho de crédito, negado en el artículo 42, ni mediante la indemnización de daños, porque su infracción no es un acto ilícito, sino mediante la vía de empobrecimiento injusto y la obligación de repararlo» (FJ 2.^o). Planteamiento que con anterioridad ya había sido destacado en la SAP de Almería de 24 de octubre de 1994 (AC 1994\2380, FJ 2.^o).

Al ser técnicamente un resarcimiento por los gastos realizados, cabe afirmar que el derecho de reembolso reconocido en el artículo 43 del Código civil no tiene en puridad naturaleza indemnizatoria, pues no se requiere culpa alguna, ni los conceptos reembolsables son daños en sentido estricto, sino meramente *gastos* realizados por el contrayente abandonado⁷².

La obligación de resarcir surge cuando se incumple sin causa la promesa de matrimonio, a diferencia de cuanto acontecía con anterioridad a la reforma operada por la Ley de 7 de julio de 1981, que requería que el incumplimiento no obedeciese a una *justa causa* para reputar procedente el resarcimiento⁷³. A los efectos que aquí

⁷² Cfr. BADOSA COLL, 1984, p. 160 y 1991, p. 261. No le falta a razón a DURÁN RIVACOPA cuando destaca que el artículo 43 CC no trata «... tanto de la vinculación jurídica que produzca la promesa, completamente inexistente, sino en el modo de reponer las relaciones de justicia cuando un matrimonio proyectado no tenga lugar, pese a los desembolsos que se hayan producido en su previsión. No constituyen, por consiguiente, cláusulas penales de ninguna especie, del todo ignoradas en el ordenamiento español (...), sino pagos y obligaciones asumidas en previsión de un suceso comprometido futuro, y acaso inminente, que no prospera» (2011, p. 339). Por su parte, GARCÍA RUBIO aun cuando considera que el artículo 43 CC reconoce «... una genuina deuda indemnizatoria puesto que no pretende el reembolso de los gastos efectuados, sino el resarcimiento o indemnización por el daño consistente en que, ahora, los gastos hechos u obligaciones contraídas son inútiles», sin embargo, acto seguido, destaca igualmente que «... se trata de una obligación de resarcir (si se prefiere de reembolsar) basada en el principio de responsabilidad por la confianza defraudada (aunque no es ciertamente un caso de culpa *in contrahendo*), y no en criterios de dolo o culpa de quien se niega a contraer matrimonio» (CCJC, 1997, p. 408).

⁷³ En la redacción originaria del Código civil la promesa de matrimonio se regulaba en los artículos de los artículos 43 y 44 CC correspondientes a los actuales 42 y 43. Así, según el antiguo art. 43 CC: «Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento». Por

interesan basta notar que el mero incumplimiento de la promesa, no merece reproche culpabilístico alguno⁷⁴, incluso aunque carezca de justificación o causa, restringiendo sus efectos a una mera obligación de reembolso.

La casuística respecto a las partidas reembolsables susceptibles de incluirse dentro de la fórmula recogida en el artículo 43 del Código civil de «los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido», es muy rica y variada. Desde luego, no cabe duda de que tienen cabida aquí, como han admitido diversas sentencias, todos los gastos relativos al banquete nupcial, las invitaciones de boda, el reportaje fotográfico o de vídeo, la indumentaria de los novios, las alianzas, el tabaco o cualquier otro obsequio para regalar el día del enlace, el alquiler del equipo de música o DJ de la posterior celebración o la luna de miel⁷⁵.

Se trata, en suma, de partidas que responden al concepto de daño emergente derivado del incumplimiento de la promesa de matrimonio. Daño emergente que preside la configuración dada por el legislador al artículo 43 del Código civil, y dentro del cual la ya antigua STS de 27 de marzo de 1958 (RJ 1958\1456)⁷⁶ incluía,

su parte, el art. 44 establecía: «Si la promesa se hubiere hecho en documento público o privado por un mayor de edad, o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, o si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusare casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido. La acción para pedir el resarcimiento de gestión, a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio».

⁷⁴ Así, tal y como destacaba la STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9020), y las SSAP de Barcelona (Sección 16.ª) de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004\303882) y de Alicante (Sección 7.ª) de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2008\140947) «... la libre decisión de la demandada supone “justa causa” o “causa” y no cabe buscar culpabilidades, puesto que atentaría a la libertad de conciencia». Respecto a dicha SAP de Barcelona ha de notarse, sin embargo, que consideró que en el caso enjuiciado la *libre decisión* del demandado de no contraer matrimonio suponía causa suficiente a efectos de exonerarle del deber de indemnizar *ex* artículo 43 CC, planteamiento que, como destaca CARRIÓN OLMOS, no puede compartirse, pues la mera decisión subjetiva y unilateral de no contraer matrimonio carece de virtualidad exoneratoria. Motivo por el cual considera más acertado el planteamiento acogido por la SAP de Toledo (Sección 2.ª) de 3 de abril de 2000 (AC 2000\4476), en la que se estimó (FJ 2.º) que no concurría causa en el caso enjuiciado al ser el demandado quien rompió la promesa, porque sencillamente no se encontraba preparado para asumir su nuevo estado de casado (2006, pp. 137 y 139). Y es que, como certeramente señala DURÁN RIVACOBA «... por ausencia de causa deben comprenderse las de carácter objetivo que pudieran concurrir, al margen de la voluntad pura de los partícipes» (2011, p. 339). En el mismo sentido, se manifiesta DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, p. 642.

⁷⁵ Dichos gastos fueron considerados resarcibles, entre otras, en las SAP de Málaga (Sección 5.ª) de 31 de octubre de 2014 (AC 2014\2231), FFJJ 1.º y 3.º; SAP de Baleares (Sección 4.ª) de 3 de enero de 2012 (AC 2021\364) FFJJ 4.º y 5.º; SAP de Barcelona de 12 de junio de 2008 (JUR 2008\317049) FJ 3.º; y SSAP de Alicante (Sección 7.ª) de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2008\140947) FJ 1.º) y (Sección 4.ª) de 2 de noviembre de 2000 (JUR 2001\46609) FJ 2.º.

⁷⁶ Dicha STS de 27 de marzo de 1958 estimó, en aplicación del principio del enriquecimiento/empobrecimiento injusto, cuyos requisitos recordaba el Tribunal Supremo, el

asimismo, los gastos realizados en la vivienda con vistas a establecer en ella el domicilio conyugal tras el enlace, gastos en la vivienda respecto a los cuales el parecer de las Audiencias resulta, no obstante, actualmente dispar⁷⁷.

En este sentido y pese a su aparente obviedad, interesa precisar que los conceptos reembolsables y exigibles *ex* artículo 43 del Código civil requieren de la efectiva existencia de una promesa cierta de matrimonio. En consecuencia, las Audiencias Provinciales estiman que el referido precepto no resulta aplicable por analogía en los casos de frustración del «proyecto de vida en común» de una pareja de

resarcimiento al «novio abandonado» de los gastos derivados de la realización de una serie de obras en la vivienda propiedad de la madre de la novia en vistas al matrimonio proyectado. Nótese que en el caso enjuiciado el demandado era el padre de la novia, pues fue él quien consintió expresamente que se realizaran tales obras, concluyendo el Tribunal Supremo que «... al romperse las relaciones prematrimoniales, desapareciendo así la razón de ser de dichas obras, surge el enriquecimiento para el demandado al incorporar a su patrimonio la obra realizada por el actor de buena fe, la que no puede ponerse en duda dado el motivo de las mismas, también existe empobrecimiento del demandante, porque al no haber percibido el importe de la obra y materiales incorporados a la misma, sufre una disminución de su patrimonio; y hay un nexo causal entre dichos enriquecimiento y empobrecimiento, pues conformes los litigantes en que las obras las costease el actor con consentimiento explícito del demandado y con vista a la boda concertada, al no celebrarse ésta quedan como mejora de la finca y con el aumento de valor que ha tenido el edificio, traspasan los linderos de la equidad y de la buena fe con daño para el actor, por lo que, concurriendo los requisitos necesarios para la procedencia de la acción de enriquecimiento ejercitada, es obligada a su estimación» (Cdo. 3.º).

⁷⁷ Así, algunas Audiencias desestimaron el resarcimiento *ex* artículo 43 CC de los gastos realizados en la vivienda, que iba a ser el domicilio del futuro matrimonio, como la SAP de Málaga (Sección 5.ª) de 31 de octubre de 2014 (AC 2014\2231) respecto a la adquisición de muebles y enseres por parte de la novia de la vivienda en la que ya vivían, ratificando el pronunciamiento de instancia; y las SSAP de Barcelona (Sección 16.ª) de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004\303882) y (Sección 19.ª) de 12 de junio de 2008 (JUR 2008\317049).

Por el contrario, son más numerosos los pronunciamientos de las Audiencias que incluyen los gastos asociados a tales reformas y adquisiciones de enseres dentro de las partidas resarcibles del artículo 43 CC. Así, la SAP de Baleares (Sección 4.ª) de 3 de enero de 2012 (AC 2012\364) estimó indemnizable el importe del cerramiento acristalado realizado en la vivienda del novio y abonado por su pareja; la SAP de Murcia (Sección 4.ª) de 29 de mayo de 2009 (JUR 2009\280024) los gastos realizados por la novia para la adquisición e instalación de menaje, muebles y electrodomésticos en la vivienda del novio; la SAP de Badajoz (Sección 3.ª) de 10 de julio de 2007 (JUR 2007\318209) a propósito de los gastos realizados por la novia para la adquisición de mobiliario, papel pintado, griferías, etc. Incluso la SAP de Jaén (Sección 3.ª) de 8 de octubre de 2010 (JUR 2011\71676) estimó la restitución al novio de las cantidades que había entregado a la novia para la adquisición de bienes y acondicionamiento de una vivienda propiedad de los padres de la novia, con base en el principio de enriquecimiento injusto, y no en aplicación del artículo 43 CC, dado que la acción había caducado por transcurso del plazo de un año a partir de la negativa a contraer matrimonio.

Muy interesante es el caso de la SAP de Sevilla (Sección 6.ª) de 8 de mayo de 2003 (JUR 2003\267751) en la que, dentro de los conceptos reclamables *ex* artículo 43 CC, se subsumió la devolución de las cantidades abonadas en concepto de préstamo hipotecario para la construcción de una vivienda que iba a ser la residencia del futuro matrimonio, préstamo que se había concertado solidariamente por los novios junto con los padres de la novia (que incluso hipotecaron su vivienda en garantía del referido préstamo), reconociéndole a estos últimos legitimación activa para la reclamación de las cantidades correspondientes satisfechas en consideración a dicho préstamo.

hecho, en atención al cual habían realizado gastos y contraído obligaciones. Casos en los cuales el resarcimiento de esos gastos y obligaciones, particularmente de aquéllos desembolsados para la mejora de la vivienda propiedad de uno de los convivientes, se encausa a través del principio de enriquecimiento injusto⁷⁸, al no poder aplicar el artículo 43 del Código civil, de forma coherente con la jurisprudencia acerca de las indemnizaciones aplicables a las parejas de hecho en caso de ruptura o fallecimiento⁷⁹.

Respecto a las partidas indemnizatorias resarcibles por el incumplimiento de la promesa de matrimonio interesa prestar especial atención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9020), la única del Alto Tribunal sobre el artículo 43 del Código civil tras la reforma operada en 1981, en la que se analizan varios aspectos interesantes y, en particular, la posible incardinación en el artículo 43 del Código civil de la indemnización por los daños morales o el lucro cesante derivados del incumplimiento de la promesa, que lleva consigo la ruptura de la relación afectiva habida entre los contrayentes.

En el caso enjuiciado una mujer con tres hijos «convino en mantener tal convivencia ante la certidumbre de que habría de alcanzar el refrendo legal, mediante celebración de matrimonio civil con el demandado (...), y así se promovió e incoó el oportuno

⁷⁸ Así lo destacaba, por ejemplo, la SAP de Madrid (Sección 21.ª) de 9 de abril de 2019 (JUR 2019\213007), a propósito de los gastos por las obras de reforma realizados en la vivienda de una mujer y costeadas por su novio sin que mediara promesa cierta de matrimonio (como quedó acreditado en autos): «... no resulta posible la aplicación analógica del artículo 43 CC a las uniones no matrimoniales, reflejando éstas un hecho jurídicamente diferenciado al que no se pueden anudar automáticamente las consecuencias jurídicas del matrimonio (...). Ahora bien, ello no impide apreciar que, en relación a los pagos hechos en la reforma de la vivienda y adquisición de enseres, abonados por la actora, nos encontremos ante un supuesto de gastos reclamables por vía de enriquecimiento injusto, en beneficio de la demandada y en perjuicio del actor -que igualmente es el fundamento de la obligación del artículo 43 CC, ante la tozuda realidad de la existencia de dichos pagos -en este sentido se ha pronunciado la SAP de Huelva, Sección 2.ª, de 14 de enero de 1998 (AC 1998\2720)-; en la medida en que, efectivamente, es la perspectiva de dicha convivencia *more uxorio* la que mueve a la actora a asumir dichos gastos cuya existencia e importe (32.642,34 euros), no han resultado controvertidos» (FJ 5.º). Fundamentación so pretexto de la cual la Audiencia ratificó la condena de instancia a la devolución del importe de las obras efectuadas en la vivienda de la mujer y costeadas por el actor. En la sentencia referida se descartaba además toda posible presunción de *animus donandi* en el novio respecto a 10.000 € que el actor había entregado a su novia, a propósito de analizar la posible existencia de un contrato de préstamo entre ambos, descartando que la existencia de una relación sentimental implique de suyo la inexistencia de dicho préstamo y la existencia de una donación (FJ 5.º).

Otro tanto se razonaba en la SAP de Barcelona (Sección 1.ª) de 29 de noviembre de 2010 (AC 2011\715), en la que se condenó a la mujer a pagar al novio los importes que había satisfecho de un préstamo concertado con la empresa IKEA para la adquisición de mobiliario destinado a la vivienda propiedad exclusiva de la novia, en aplicación del principio de enriquecimiento injusto, destacando que el novio no había llegado a vivir en esa vivienda que disfrutaba la novia en exclusiva.

⁷⁹ *Vid. supra* nota 7.

expediente previo, en el que llegó a hacerse concreto señalamiento para el acto de la ceremonia».

Durante los tres años de convivencia previa al matrimonio en la casa del hombre, la mujer resolvió el contrato de arrendamiento que tenía sobre otra vivienda de la misma ciudad, en la que había residido previamente con sus tres hijos y que le proporcionaba unos fluctuantes ingresos económicos derivados del subarriendo a otros huéspedes, de los cuales se vio privada tras la resolución del contrato de alquiler. Además, la mujer incurrió en una serie de gastos derivados de la convivencia *more uxorio* y del traslado de uno de sus hijos para estudiar a Toledo, ciudad en la que la pareja tenía intención de establecer su residencia tras la celebración del matrimonio proyectado. Por último, a causa de la frustración del matrimonio la mujer padeció una depresión que se tradujo en una serie de dificultades para restablecer sus metas y horizontes vitales.

El Tribunal Supremo dio por bueno el planteamiento adoptado por la Audiencia Provincial de Sevilla al aplicar el artículo 43 del Código civil para fundamentar la indemnización solicitada por la mujer, en consideración al hecho de que la convivencia de la pareja se había iniciado en atención a la existencia de una promesa cierta de matrimonio, acreditada por la tramitación del correspondiente expediente previo matrimonial y el señalamiento de la fecha del enlace (FFJJ 2.º y 3.º). Sin embargo, consideró desmesurada la interpretación por parte de la Audiencia acerca de los conceptos que pueden incluirse dentro *los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido* que dicho precepto contempla como indemnizables en los supuestos en los que la promesa de matrimonio se incumple.

Según el Tribunal Supremo, dentro de tales conceptos indemnizatorios se encuentran únicamente aquellos que guardan una *relación de causalidad directa* con la promesa de matrimonio incumplida, entre los cuales no se comprende la «indemnización por daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa» (FJ 3.º). De ahí que el Tribunal Supremo descarta la posibilidad de imputar al varón *ex artículo 43 del Código civil* los daños morales y derivados de la depresión de la mujer causados como consecuencia de la frustración del proyecto matrimonial, daños cuya indemnización carece de cobertura legal (FJ 4.º), y que la Audiencia Provincial había incluido entre los daños indemnizables.

El Tribunal Supremo descarta también la posible incardinación en el artículo 43 del Código civil del lucro cesante –cifrado en la

pérdida de ingresos de la mujer— como daños patrimoniales⁸⁰. Sin embargo, admite que tales daños resultan indemnizables *ex artículo* 1902 del Código civil, precepto mencionado en la fundamentación jurídica de la demanda presentada por la mujer y que sirvió al Alto Tribunal para ratificar la condena de la Audiencia al demandado de abonar tres millones de pesetas en concepto de lucro cesante derivado de la pérdida de rentas de alquiler por incumplimiento de la promesa de matrimonio⁸¹.

Así pues, a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo, puede colegirse que los daños indemnizables por incumplimiento de la promesa cierta de matrimonio no se reducen a los gastos reembolsables previstos en el artículo 43 del Código civil, sino que es posible la reclamación de otro tipo de partidas indemnizatorias al amparo de las reglas generales en materia de responsabilidad extracontractual derivadas de la aplicación del artículo 1902 CC⁸², dentro de las cuales se incluye el lucro cesante, pero no así los daños morales derivados del incumplimiento de la promesa de matrimonio⁸³.

⁸⁰ Las Audiencias provinciales han afirmado la imposibilidad de incardinar dentro de las partidas indemnizatorias del artículo 43 CC el lucro cesante derivado de las pérdidas de ganancias por alquileres en la vivienda de uno de los contrayentes reiterada, entre otras, por las SSAP de Alicante (Sección 7.ª) de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2008\140947) y de Barcelona (Sección 16.ª) de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004\303882), tal y como destaca DURÁN RIVACOBA (2011, pp. 341 y 342).

⁸¹ Por el contrario, de forma desafortunada en nuestra opinión, la SAP de Asturias (Sección 5.ª) de 15 de noviembre de 2000 (AC 2000\2310) denegó la indemnización solicitada por la actora en concepto de pérdida del derecho de subsidio a que ésta tenía derecho en Suecia como consecuencia del traslado a España para contraer matrimonio, a pesar de que, al igual que en el caso de la STS de 16 de diciembre de 1996, dicha partida indemnizatoria se había solicitado no solo al amparo del artículo 43 CC sino también *ex artículo* 1902 CC, y descartó, igualmente, la posibilidad de subsumir dicha pérdida patrimonial en la figura del enriquecimiento /empobrecimiento injusto, si bien es cierto que en el caso enjuiciado, la Audiencia destacaba la falta de prueba de tales ingresos de la actora en concepto de subsidio en su país de origen.

⁸² GARCÍA RUBIO hace una lectura diferente de esta STS, ya que, en su opinión, la admisión del resarcimiento de otros daños a través de las reglas generales del artículo 1902 CC obedece, no al incumplimiento de la promesa de matrimonio, sino a la ruptura de convivencia extramatrimonial que la precedió, posición con la que la actora no está de acuerdo dada la difícil imputación de una conducta culpable o negligente a los miembros de la pareja en el transcurso de dicha convivencia extramatrimonial so pretexto de la cual basar el reconocimiento de una indemnización *ex artículo* 1902 CC. Esa deficiente imputación subjetiva del daño *ex artículo* 1902 CC en el caso enjuiciado unida a la negación de la posibilidad de indemnización del daño moral son las que conducen a la actora a concluir que «... lo que en verdad concede a la actora el Tribunal Supremo, no es genuinamente un resarcimiento de daños, cuanto una compensación o reembolso basada en el principio de enriquecimiento sin causa (a pesar de que el Fundamento Jurídico Séptimo lo niegue de manera expresa) (CCJC, 1997, pp. 409 a 411).

⁸³ La inexistencia de base jurídica en nuestro ordenamiento jurídico para dar cobertura a los daños morales derivados del incumplimiento de la promesa de matrimonio es una constante en la jurisprudencia menor, tal y como se aprecia, entre otras, en las SSAP de Sevilla (Sección 5.ª) de 7 de junio de 2011 (JUR 2011\376858), de Murcia (Sección 4.ª) de 29 de mayo de 2009 (JUR 2009\280024), de Barcelona (Sección 19.ª) de 12 de junio de 2008 (JUR 2008\317049), de Cantabria (Sección 4.ª) de 19 de abril de 2005 (AC

Por otro lado, debe tenerse también en cuenta que el recurso al artículo 1902 del Código civil resultará igualmente la única vía posible de que disponen los terceros que hayan realizado gastos en atención a la promesa de matrimonio⁸⁴. Gastos en que habitualmente incurren los respectivos padres de los novios, quienes no pueden reclamar a través del artículo 43 del Código Civil⁸⁵, cuya legitimación activa se restringe a los promitentes⁸⁶, sino *ex* artículo 1902 del Código Civil⁸⁷.

2. LA INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE LA NULIDAD MATRIMONIAL

Actualmente se observa un notable incremento del número de demandas de nulidad civil que se presentan en nuestros tribunales, en algunos casos con la finalidad de obtener los efectos de la nuli-

2005\1833), en la que además se analizaba a la posible indemnización por los años de convivencia prenupcial a la novia, so pretexto del acuerdo alcanzado por las partes; de Asturias (Sección 5.ª) de 15 de noviembre de 2000 (AC 2000\2310); de Toledo (Sección 2.ª) de 3 de abril de 2000 (AC 2000\4476); y de Barcelona, (Sección 16.ª) de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004\303882) y de 17 de enero de 2000 (Sección 14.ª, AC 2000\1134). Imposibilidad de indemnización de los daños morales que se extrapola, asimismo, a las uniones de hecho pese a la inexistencia de promesa cierta de matrimonio por parte de los miembros de la pareja [SAP de Madrid (Sección 21.ª) de 9 de abril de 2019 (JUR 2019\213007), FJ 7.º].

⁸⁴ *Cfr.*, entre otros, DURÁN RIVACOBA, 2011, p. 343.

Así lo estimó, acertadamente a nuestro modo de ver, la SAP de Salamanca (Sección 1.ª) de 20 de marzo de 2006 (JUR 2006\241399) respecto a los gastos realizados por los padres de la novia para la adquisición de los trajes de la boda (FJ 4.º).

⁸⁵ Así, por ejemplo, la SAP de Barcelona (Sección 19.ª) de 12 de junio de 2008 (JUR 2008\317049) excluyó la viabilidad de la reclamación *ex* artículo 43 CC de los gastos asociados a la adquisición del vestido de novia, pues el abono de tales gastos fue efectuado por el padre de la futura contrayente y no por ella misma.

⁸⁶ *Cfr.* GARCÍA CANTERO, 1982, p. 39; y BADOSA COLL, 1984, p. 113.

⁸⁷ Tampoco tendría cabida en el artículo 43 CC la devolución de los eventuales regalos que hayan sido entregados a los novios en atención al futuro matrimonio. Tales regalos constituyen liberalidades, que si se llegan a considerar donaciones *propter nuptias* quedarían sin efecto si no tiene lugar la celebración del matrimonio, tal y como dispone el artículo 1342 CC, como certeramente destaca LUQUE JIMÉNEZ, 2011, p. 943. En el caso de que por su cuantía se consideren liberalidades de uso o regalos de costumbre, deberían poder ser recuperados por la frustración de la finalidad de la celebración de matrimonio, cuando dicha celebración fue la que motivó la liberalidad. Lo mismo se podría decir de los regalos que en consideración al futuro matrimonio se hacen los novios entre sí. En contra de dicho planteamiento para el caso de las liberalidades de uso se posiciona GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, 2001, p. 39.

Por el contrario, a nuestro modo de ver de una manera desacertada, la SAP de Alicante (Sección 7.ª) de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2008\140947) afirmaba que «los regalos consistentes en joyas, libros, ropa, etc., no son gastos hechos por razón del matrimonio futuro, como lo son los del vestido para tal acontecimiento, banquete, luna de miel, etc., sino que son regalos de costumbre generalizados en nuestro país entre personas que mantienen una relación afectiva. Por consiguiente, no son tampoco donaciones por razón del matrimonio por lo que no existe infracción del artículo 1342 CC» (FJ 1.º). Asimismo la Sentencia rechazaba la posibilidad de recuperar el importe de tales regalos por la vía del enriquecimiento injusto (FJ 2.º).

dad, y en otros movidos por evitar el divorcio y sus consecuencias, como muchos supuestos de matrimonios de complacencia o «matrimonio blancos»⁸⁸.

Entre los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio del capítulo IX, del título IV del libro I del Código Civil por la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, destaca la indemnización del artículo 98 del Código civil para los supuestos de nulidad matrimonial, no aplicable a los casos de separación o divorcio. Asimismo, tan solo en el caso de nulidad se prevé la posibilidad de poder liquidar el régimen económico matrimonial de acuerdo con reglas del régimen de participación en las ganancias, privando al cónyuge de mala fe de la participación en las ganancias obtenidas por el cónyuge de buena fe (arts. 95.2 y 1395 CC)⁸⁹. Efectos ambos que restringen su aplicación únicamente a los supuestos de nulidad matrimonial⁹⁰.

Así, el artículo 98 del Código civil establece el derecho del cónyuge de buena fe, cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, a una indemnización a cargo del otro cónyuge siempre y cuando haya existido convivencia conyugal. Requisito de la existencia de convivencia conyugal que resulta esencial para que proceda la indemnización del artículo 98 del Código civil, negándose su concesión cuando no haya habido convivencia⁹¹. Si bien ha de tenerse en cuenta que la convivencia marital, se beneficia de la presunción general de que los cónyuges viven juntos establecida en el artículo 69 del Código civil, de forma tal que lo que realmente deberá probarse será la falta de convi-

⁸⁸ Vid, las SSAP de Asturias (Sección 4.ª) de 27 de marzo de 2000 (AC 2000\561), de Málaga (Sección 6.ª) de 30 mayo de 2007 (AC 2007\2191) (FJ 3.º) y de 2 octubre de 2012 (AC 2013\992) (FJ 2.º); de Sevilla (Sección 2.ª) de 12 de septiembre de 2013 (AC 2013\2390) (FJ 2.º), y de Guadalajara (Sección 1.ª) de 8 de febrero de 2013 (AC 2013\908) (FJ 2 y 3.º), entre otras muchas.

⁸⁹ Se puede considerar que la duplicidad de los artículos 95.2 y 1395 CC se debe a que fueron redactados respectivamente por las leyes de 7 de julio de 1981 y de 13 de mayo de 1981, que tuvieron una tramitación simultánea. Pero también cabe defender que el artículo 95.2 en sede de los efectos de la nulidad del matrimonio tiene un presupuesto más amplio: *podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial*, cualquiera que existiese al momento de la declaración de nulidad del matrimonio; mientras que el presupuesto del artículo 1395 en sede de gananciales, prevé la liquidación del régimen legal por las reglas de la participación en las ganancias. De manera que según el artículo 95.2 CC puede optar por la aplicación de las disposiciones del régimen de participación en las ganancias tanto el cónyuge de buena fe casado en sociedad de gananciales como el cónyuge de buena fe casado en separación absoluta de bienes.

⁹⁰ No son frecuentes los pronunciamientos que condenen de acuerdo con lo previsto en los artículos 95.2 y 1395 CC, a liquidar el régimen económico matrimonial por las reglas del régimen de participación en las gananciales, sin que el cónyuge de mala fe pudiera participar en las ganancias, quizá por no darse un mayor beneficio en el cónyuge de buena fe. Se ha concedido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1994 (RJ 1994\6420) y en la SAP de Madrid de 19 febrero 2016 (Sección 22.ª) (JUR 2016\75571).

⁹¹ En este sentido, *vid.* NAVARRO MIRANDA, 2011, p. 536.

vencia, el presupuesto necesario para que proceda la indemnización por nulidad matrimonial⁹².

A modo de ejemplo, la inexistencia de convivencia matrimonial en contra de la referida presunción del artículo 69 se consideró probada a pesar de que los cónyuges vivían en la misma casa y bajo el mismo *techo* en el caso enjuiciado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª) de 6 de marzo de 2008 (JUR 2008\252213), que resulta interesante y revelador de la realidad actual, quizá demasiado frecuente, de los denominados «matrimonios por computadora», en los que los contrayentes no se conocen personalmente de forma física –cara a cara–, sino a través de internet. Una española analfabeta inicia una relación por internet con un colombiano a través de un hermano de éste, que culmina en la celebración de matrimonio por poderes en España, siendo el marido representado por su hermano. Meses después el marido llega a España con un hijo menor de edad, y se alojan en la casa de la esposa, compartiendo habitación padre e hijo. El marido empieza a trabajar de albañil, pasa todo el día fuera de casa, hace las comidas con su hermano, no tiene ni la más mínima relación con la mujer, no conversan, y le abona 500 € mensuales a la mujer, por lo que según la Audiencia, la mujer se *limita a hacer tareas de asistenta para esposo e hijo nacido de otra unión* (FJ 2.º). La mujer entabla demanda solicitando la nulidad matrimonial y la indemnización del artículo 98 del Código civil. En autos quedó acreditado que el marido tenía varios hijos mayores de edad en España fruto de varias relaciones extramatrimoniales, pues *no era su deseo contraer matrimonio*. La Audiencia declara la nulidad matrimonial, que había sido desestimada por el Juzgado. Para ello se basa en el artículo 73.4 del Código civil por error en la identidad de la persona del otro contrayente, y descarta la causa de nulidad por reserva mental alegada, al no poder desvirtuar la buena fe del marido, ni la intención del marido, que unas pocas semanas antes del matrimonio había conseguido autorización de residencia por reagrupación familiar. A la vista de esas circunstancias la solicitud de indemnización *ex* artículo 98 del Código civil solicitada por la esposa es rechazada, dada la inexistencia de convivencia conyugal (FJ 3.º)⁹³.

⁹² Cfr. CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, 2017, p. 616.

⁹³ Otro supuesto que merece ser destacado, es el caso enjuiciado por la SAP de Málaga (Sección 7.ª) de 26 de diciembre de 2004 (JUR 2004\60416), proveniente de Melilla. Entre los hechos alegados, quedó probado que el esposo demandado no quería contraer matrimonio, y solo se casó a los efectos de echar una especie de pulso o mantener una actitud de rebeldía frente a su familia, ya que ambos cónyuges y sus respectivas familias eran de religión diferente. El marido no tenía intención de compartir su vida con la mujer, pues, incluso el mismo día de la celebración del matrimonio, tras la ceremonia, cada contrayente volvió a casa de su respectiva familia, no habiendo existido nunca convivencia matrimonial, y habiénd-

Tradicionalmente se ha entendido que el cónyuge deudor debe ser de mala fe, es decir, se parte de la base de que el fundamento último de la indemnización prevista en el precepto radica en la conducta del cónyuge al que se le puede imputar la nulidad del matrimonio⁹⁴. Mala fe que no equivale a la necesaria concurrencia de una conducta dolosa, bastando a tal efecto un comportamiento imprudente o negligente que sea determinante de la causa de nulidad matrimonial⁹⁵.

Así pues, como certeramente destacaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2014): «En los casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el alegado artículo 98. Ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al artículo 1195 del Código civil, pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada. En los casos de mala fe de ambos, tampoco ha de aplicarse el precepto 98, pues la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia» (FJ 1.º)⁹⁶.

dose marchado el esposo al extranjero al poco tiempo de la celebración del matrimonio, sin despedirse siquiera de su esposa ni darle explicación sobre ello. La Audiencia declara la nulidad por ausencia de consentimiento matrimonial del artículo 73.1 con relación al artículo 45 CC; derivado del hecho de la falta total del cumplimiento de los deberes (arts. 67, 67 y 68 CC) que implica la ausencia de un consentimiento que fuera verdaderamente *matrimonial*. La sentencia, no adopta ninguna medida, por no haberse solicitado, al no haber habido convivencia, ni hijos, ni patrimonio común, ni vivienda familiar, etc.

⁹⁴ Sin embargo, el artículo 98 no exige expresamente la mala fe del cónyuge acreedor, requisito que sí se aprecia en el artículo 95.2 CC, que expresamente requiere la mala fe de uno de los contrayentes para que el cónyuge de buena fe pueda optar por aplicar a la liquidación del régimen económico matrimonial las reglas de liquidación del régimen de participación en las ganancias, excluyendo al cónyuge de mala fe de participar en las ganancias del cónyuge de buena fe. Ahora bien, del hecho de que no se exija de manera expresa la mala fe en el cónyuge deudor en el artículo 98 CC no permite colegir que se trate de una omisión voluntaria del legislador según la cual deliberadamente se haya prescindido del requisito de la mala fe para el reconocimiento de dicha indemnización. Se trata de una omisión que puede apreciarse igualmente en el artículo 1395 del Código civil, en el que tampoco se exige la buena fe del cónyuge al que se le concede el derecho a optar que se apliquen a la liquidación de la sociedad de gananciales las reglas de la liquidación del régimen de participación en las ganancias, mientras que el artículo 95.2 CC exige buena fe en el cónyuge con derecho a esa opción.

⁹⁵ La SAP de Granada (Sección 3.ª) de 25 de enero de 2005 (AC 2005\873) asevera que «no es preciso acudir a la figura del dolo causante («dolos causam dans») para establecer las indemnizaciones, dicho de otra manera, para fundamentarlas. Es suficiente para ello, la mera actitud imprudente, negligente». *Vid.* en el mismo sentido, la SAP de Madrid de 19 febrero 2016 (Sección 22.ª) (JUR 2016\75571).

⁹⁶ Algunos autores poco después de la Ley de 1981 consideraron que la indemnización del artículo 98 CC no estaba supeditada en su concesión a la mala fe del otro cónyuge frente al que se acciona. Así, entre otros, GARCÍA CANTERO, 1982, p. 447; LACRUZ BERDEJO, 1984, pp. 262 y 263; o LASARTE ÁLVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ, 1982, p. 776.

Tampoco han faltado autores que pese a considerar que por razones de equidad debería reconocerse la indemnización del artículo 98 CC aunque ambos cónyuges fuesen de buena fe, no parece que así puede hacerse a la vista del tenor precepto y su modificación respecto a la idea inicial contenida en el Proyecto de Ley (*cf.* IGARTUA ARREGUI, *CCJC*, 1986, p. 3.236).

2.1 La indemnización por nulidad y su relación con la pensión compensatoria

La naturaleza y fundamento de la indemnización recogida en el artículo 98 del Código civil ha sido tradicionalmente controvertida⁹⁷. El precepto expresamente emplea el término *indemnización*, lo que ya *per se* anticipa la naturaleza indemnizatoria propiamente dicha de la partida económica en él reconocida al cónyuge de buena fe a causa de la nulidad matrimonial, sin exigir la existencia de desequilibrio económico alguno para que la indemnización que en él se prevé a favor del cónyuge de buena fe resulte procedente⁹⁸.

Sin embargo, la relación de la indemnización por la nulidad y la pensión compensatoria por el desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio es tan estrecha que parecer variar la naturaleza de la indemnización, hasta casi entender que el artículo 98 del Código civil supone el reconocimiento de una «pensión compensatoria», tildada de «indemnización»⁹⁹.

⁹⁷ Nótese una consecuencia muchas veces olvidada, la concesión de indemnización por nulidad y su interrelación con la pensión de viudedad.

El artículo 220 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social otorga derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio, y nulidad, siempre que el cónyuge superviviente haya sido beneficiario de la pensión compensatoria y de la indemnización por nulidad, respectivamente. Se reconoce en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, y siempre y cuando no haya contraído nuevas nupcias o haya constituido una pareja de hecho.

Ahora bien, aunque parece que la legislación de la seguridad social funciona con los mismos criterios en los casos de separación y divorcio, por un lado, y nulidad, por otro; en la práctica se aplican criterios diversos.

La concesión de la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio queda supeditada a haber obtenido una pensión compensatoria, de manera que el criterio atendido es el desequilibrio económico del beneficiario de la pensión compensatoria. E incluso se excepciona la exigencia de haber obtenido pensión compensatoria si la viuda era víctima de violencia de género (art. 220.1 y 2). En este sentido, las SSTs (Sala de lo Social) de 28 de julio de 2000 (RJ 2000\8332) y 29 de mayo de 2001 (RJ 2001\5456) aseveran que el derecho a la pensión de viudedad del cónyuge divorciado opera con independencia de las causas que hubieren determinado el divorcio y de la buena o mala fe de los cónyuges.

Por el contrario, en los supuestos de nulidad (art. 220.3), el criterio de la pensión de viudedad se basa en la indemnización por nulidad que a su vez se fundamenta en la buena fe de un cónyuge y en mala fe del otro. De esta manera, e increíblemente, la pensión de viudedad participa del carácter «sancionador» e indemnizatorio de la indemnización por nulidad del artículo 98 CC, y queda vetada en el caso de que ambos cónyuges tengan buena fe, pues no cabe reconocer la indemnización por nulidad, y por consiguiente, no se concederá una pensión de viudedad.

⁹⁸ Cfr., entre otros, ROCA TRÍAS, 1984, p. 631; CAMPUZANO TOMÉ, 1989, p. 22; PÉREZ MARTÍN, 2011, p. 921; CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, 2017, p. 616. En contra no han faltado sentencias que estiman necesario que concurra dicho desequilibrio económico para que la indemnización del artículo 98 CC resulte procedente. Caso, por ejemplo, de la SAP de Pontevedra de 4 de abril de 2002 (AC 2002\896), haciéndose eco del planteamiento inicial previsto en el Proyecto de Ley, equiparaba la pensión compensatoria y la «pensión» por nulidad matrimonial.

⁹⁹ Así, a propósito de la interrelación entre los artículos 98 y 97 CC considera IGAR-TUA ARREGUI que «la mención a las circunstancias del artículo 97 hace que, en una inter-

En este sentido, son varios los argumentos que contribuyen a diluir las diferencias entre las figuras de los artículos 97 y 98 del Código civil, como la génesis del artículo 98 del Código civil durante la tramitación parlamentaria de dicho precepto; la configuración en otros ordenamientos entre los que destacan el catalán y el italiano, y la referencia que el legislador ha incluido en el artículo 98 de la cuantificación de la pensión de acuerdo a las circunstancias previstas en el artículo 97 del Código civil para la pensión compensatoria.

En efecto, la redacción inicial del artículo 98 del Código civil en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno postulaba, por remisión, una clara equiparación de la pensión compensatoria en los casos de separación o divorcio y de nulidad matrimonial, al establecer: «El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, tendrá también derecho a la pensión a la que se refiere el artículo anterior, si por la convivencia marital, la sentencia produce una situación análoga»¹⁰⁰. El proyecto de ley preveía una pensión compensatoria para los supuestos de nulidad matrimonial, a los que exigía un requisito más: que hubiera habido convivencia, circunstancia que no era requerida expresamente en los supuestos de separación y divorcio.

En el mismo sentido, el libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, por Ley 25/2010, de 29 de julio, configura la prestación para los casos de nulidad, como una prestación compensatoria para paliar el desequilibrio económico. Así, el artículo 233.14.1, inmediatamente después de la prestación compensatoria como consecuencia de la ruptura de la convivencia por separación y divorcio, establece: «En caso de nulidad del matrimonio, tiene derecho a la prestación compensatoria el cónyuge de buena fe, en las mismas circunstancias». De modo que se extiende

pretación literal del artículo, nos encontremos con una fórmula mixta entre indemnización y prestación compensatoria. Sin embargo, no es posible conjugar ambas ideas. Creo que hay que seguir la dicción del precepto: nos encontramos ante una indemnización en favor del cónyuge de buena fe; no se trata de una prestación compensatoria» (CCJC, 1986, p. 3.235).

¹⁰⁰ BOCG, I Legislatura, serie A, número 123-I, de 13 de marzo de 1980, p. 863. La ponencia aceptó sustancial o parcialmente las enmiendas números 127 del grupo comunista y 376 del grupo vasco, y el texto que redactó sería el definitivo del artículo 98 CC. BOCG, Congreso de los Diputados, I Legislatura, serie A, número 123-III 1, 6 de diciembre de 1980, p. 868-15. La finalidad era incluir diferencias entre la nulidad y el divorcio, evitando una pensión entre *cónyuges* en los casos de nulidad, e indemnizando los daños a favor del cónyuge de buena fe.

Como destaca BARBER CÁRCAMO, la redacción actual del artículo 98 CC «... se debe a sendas enmiendas (números 127 y 376) de los grupos comunista y vasco que, partiendo de las diferencias técnicas entre nulidad y divorcio, defendieron, respectivamente, la conexión de la indemnización con la sanción a un acto nulo, y la imposibilidad de fijar una pensión entre cónyuges que nunca lo habían sido realmente, así como la pertinencia de resarcir los daños y perjuicios sólo al cónyuge de buena fe» (2004, p. 494).

la pensión compensatoria a los supuestos de nulidad matrimonial, pero únicamente tiene derecho el cónyuge de buena fe. Requisito de la buena fe que no se exige en la separación y divorcio.

El derecho italiano en los casos de nulidad matrimonial ha adoptado un modelo dual, regulando una pensión compensatoria en caso de que ambos cónyuges contrajesen matrimonio de buena fe, a la que se suma el reconocimiento de una pensión indemnizatoria cuando haya un cónyuge de buena fe y otro de mala fe¹⁰¹. Así, en el caso de que ambos cónyuges sean de buena fe, el artículo 129 del *Codice Civile* reconoce una pensión económica, por un plazo no superior a tres años, si uno de los cónyuges no tuviera ingresos adecuados propios (en proporción al patrimonio del cónyuge deudor) siempre y cuando dicho cónyuge potencialmente acreedor no haya contraído nuevas nupcias¹⁰².

Adicionalmente el artículo 129 bis del *Codice Civile* establece la responsabilidad del cónyuge de mala fe y del tercero causantes de la nulidad del matrimonio, reconociendo una indemnización a cargo del cónyuge de mala fe, incluso a falta de prueba del daño sufrido por el cónyuge de buena fe. Esta indemnización incluye además el mantenimiento de los medios necesarios para la vida y una pensión alimenticia durante tres años. Indemnización que puede reclamarse también a los terceros que hayan motivado con su proceder la correspondiente nulidad del matrimonio¹⁰³.

Otro punto de unión entre ambas prestaciones, reside en la introducción vía remisión, de los parámetros previstos en el artículo 97 del Código civil para la cuantificación de la pensión compensatoria, entre los cuales se tienen en cuenta aspectos tales como la dedicación a la familia, la colaboración con su trabajo del cónyuge

¹⁰¹ Algunos autores españoles han considerado que el planteamiento del legislador español adoptado con la aprobación del vigente artículo 98 CC es una «mala copia» del esquema del Código Civil italiano. Cfr. GARCÍA CANTERO, 1982, p. 448; y ROCA TRÍAS, 1984, p. 629.

¹⁰² Según el artículo 129 del *Codice Civile (diritti dei coniugi in buona fede)*: «Quando le condizioni del matrimonio putativo si verificano rispetto ad ambedue i coniugi, il giudice può disporre a carico di uno di essi e per un periodo non superiore a tre anni l'obbligo di corrispondere somme periodiche di denaro, in proporzione alle sue sostanze, a favore dell'altro, ove questi non abbia adeguati redditi propri e non sia passato a nuove nozze. Per i provvedimenti che il giudice adotta riguardo ai figli, si applica l'articolo 155».

¹⁰³ Según el referido artículo 129 bis *Codice Civile: (Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo)*: «Il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio, è tenuto a corrispondere all'altro coniuge in buona fede, qualora il matrimonio sia annullato, una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto. L'indennità deve comunque comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni. E' tenuto altresì a prestare gli alimenti al coniuge in buona fede, sempre che non vi siano altri obbligati. Il terzo al quale sia imputabile la nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere al coniuge in buona fede, se il matrimonio è annullato, l'indennità prevista nel comma precedente. In ogni caso il terzo che abbia concorso con uno dei coniugi nel determinare la nullità del matrimonio è solidalmente responsabile con lo stesso per il pagamento dell'indennità».

de buena fe en las actividades profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio y de la vida conyugal o la pérdida de eventual de un derecho de pensión.

El derecho a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil requiere que la separación o divorcio haya producido un desequilibrio económico en el cónyuge acreedor, en relación a la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio. De ahí que el reconocimiento de la pensión compensatoria descansa sobre un elemento objetivo, cual es la referida producción de un desequilibrio económico¹⁰⁴.

El problema que subyace por la remisión que el artículo 98 del Código civil efectúa al artículo 97 del Código civil, guarda relación no solo con los parámetros de cálculo de la indemnización, sino del hecho de que tales parámetros están diseñados y pensados –como no podía ser de otra forma– para el cálculo de un daño patrimonial, consistente en el desequilibrio económico que la separación y el divorcio ocasionan en uno de los cónyuges que constituye el presupuesto de la pensión compensatoria.

Así, resulta unánimemente admitido que la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil atiende únicamente a la producción de un desequilibrio económico, sin abarcar los daños morales fehacientemente demostrados en los procedimientos de separación y divorcio¹⁰⁵.

La traslación a la indemnización del artículo 98 del Código civil de estos criterios de cuantificación de la pensión compensatoria, va acompañada la imposibilidad de cuantificar de acuerdo con los parámetros del artículo 97 del Código civil los daños que deberían indemnizarse en caso de nulidad. Es decir, la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 97 no opera como presupuesto del reconocimiento del derecho a la indemnización por nulidad matrimonial, sino únicamente de su cuantificación; o como el Tribunal Supremo insiste: «dándose la situación prevista en dicho artículo 98, el 97 sólo incide a efectos de cuantificar la indemnización postmatrimonial de procedencia» [STS de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2014) FJ 1.º].

¹⁰⁴ *Cfr.* entre otros, CAMPUZANO TOMÉ, 1989, pp. 22 y ss.

¹⁰⁵ Como destacaba la SAP de Baleares (Sección 4.ª) de 26 de febrero de 2013 (JUR 2013\137200), «la pensión compensatoria no constituye un mecanismo jurídico destinado a proporcionar una indemnización por eventuales daños morales causados a un cónyuge como consecuencia del comportamiento del otro cónyuge. Sino que, por el contrario, la pensión compensatoria persigue, tal y como refiere el artículo 97 CC, paliar, dentro de una serie de márgenes jurisprudencialmente establecidos, un desequilibrio económico que sufriría, en otro caso, uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o el divorcio» (FJ 4.º).

Pero lo cierto es que los criterios de cálculo del artículo 97 del Código civil terminan por condicionar, en último término, los conceptos indemnizatorios, problema que se ve agravado por la fórmula contenida en el artículo 98 del Código civil, en la que el legislador parece presuponer siempre la existencia de un daño al cónyuge de buena fe derivado de la nulidad matrimonial, cuya prueba no resulta necesario acreditar¹⁰⁶.

La no necesidad de alegación y de prueba de los daños derivados de la nulidad matrimonial irrogados al cónyuge de buena fe solicitante tiene varias consecuencias. Por un lado, se presupone siempre la existencia de un daño *estándar*, que se cuantifica como los desequilibrios económicos, pero que se considera un daño separado y diferente del posible desequilibrio económico a resultas de la ruptura de la convivencia por la nulidad decretada. Por otro, quedarían sin indemnizar los daños que se puedan probar fehacientemente, pero que no se puedan calcular con los criterios del artículo 97 del Código civil, como daños físicos y psíquicos, los daños morales, o los materiales y económicos que se refieran a gastos efectuados, etc. Y ello porque los conceptos indemnizatorios que cabría subsumir en la indemnización del artículo 98 del Código civil, en particular, los daños morales y los daños patrimoniales, no encuentran acomodo dentro de los criterios de cálculo del desequilibrio patrimonial previstos en el artículo 97 del Código civil.

El artículo 97 del Código civil requiere acreditar la concurrencia de los criterios objetivos previstos para la cuantificación de la pensión compensatoria, ninguno de los cuales se refiere a los daños morales, por más que el artículo 97 aluda a la posibilidad de tener en cuenta cualquier otra circunstancia relevante¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Consideran que no se requieren prueba de los daños padecidos, entre otros, ROCA TRÍAS, 1984, p. 630, y CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, 2017, p. 616.

¹⁰⁷ Como certeramente precisaba la SAP de Alicante (Sección 4.ª) de 5 de diciembre de 2008 (JUR 2009\227406) «el artículo 97.9.º CC alude a la posibilidad de valorar «cualquier otra circunstancia relevante», al margen de las reseñadas en los números 1 a 8 del citado precepto, en su trascendencia a la pensión compensatoria, pero, en todo caso, no cabe olvidar que todo ello lo es en su trascendencia a la consideración de situaciones de «desequilibrio económico», sin que, en dicho contexto, quepa incardinar presuntas indemnizaciones por “daños morales” asociados a perjuicios psicológicos, en un contexto en el que deben valorarse los condicionamientos de prueba evidenciados así como constatación efectiva de reincorporación por la parte demandada a su actividad empresarial/profesional, y no la subjetiva valoración de hipotéticos supuestos de culpabilidad» (FJ 3.º). A la misma conclusión llegaba la SAP de Guadalajara (Sección 1.ª) de 21 de julio de 2004 (JUR 2004\211040), denegando la posibilidad de incardinar los daños morales por la conducta vejatoria mantenida respecto a su mujer dentro de los parámetros previstos en el artículo 97 CC para el cálculo de la pensión compensatoria. En el mismo sentido se pronunciaba también la SAP de Madrid (Sección 22.ª) de 18 de septiembre de 2009 (JUR 2010\30522) (FJ 3.º).

Por el contrario, la solución opuesta parece acogerse en la SAP de Cádiz (Sección 6.ª) de 4 de diciembre de 2006 (AC 2007\1026), en la que se apunta que las circunstancias enumeradas por el artículo 97 CC para el cálculo de la indemnización del artículo 98 CC

Dado semejante planteamiento no resulta extraña la posición de quienes consideran que, en puridad, la indemnización reconocida en el artículo 98 no reviste propiamente naturaleza indemnizatoria, sino sancionadora, pues no tiene por objeto el resarcimiento de los daños efectivamente causados al cónyuge de buena fe, sino que se focaliza únicamente en la buena fe del contrayente que reclama la indemnización y en la exigencia de que haya habido convivencia marital.

2.2 Los daños indemnizables y la vía para su indemnización

El fundamento de la indemnización por nulidad matrimonial estriba en el resarcimiento de los daños morales derivados de la frustración de las expectativas maritales del cónyuge de buena fe, así como de cualesquiera otros daños ocasionados por la nulidad¹⁰⁸. Frustración de las expectativas maritales y consiguiente daño moral al cual hay que encontrar un acomodo en nuestro ordenamiento.

A tal efecto, resulta interesante detenerse, siquiera brevemente, en la situación anterior a la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, en la que el ordenamiento español carecía de un precepto similar al vigente artículo 98 del Código civil, motivo por el cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconducía las indemnizaciones al cónyuge de buena fe derivadas de la nulidad matrimonial al régimen general de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC¹⁰⁹.

En este sentido, especial consideración merece la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1957 (RJ 1957\1133), en la que se reconoció a la esposa una indemnización por los daños morales derivados de la nulidad matrimonial *ex* artículo 1902 del Código civil. En el caso enjuiciado había quedado probado que la suegra había ejercido presiones y coacciones para obligar a su hijo a contraer matrimonio, celebrándose un matrimonio canónico que

no tienen carácter de *numerus clausus*, dada la posibilidad prevista en el propio artículo 97 CC *in fine* de tener en cuenta «cualquier otra circunstancia relevante» (FJ 3.º).

¹⁰⁸ La SAP de Valencia (Sección 8.ª) de 4 de abril de 1996 (AC 1996\806) reconocía que el fundamento del artículo 98 CC consiste en «... resarcir al cónyuge de buena fe por el daño moral que ha sufrido, al declararse que su matrimonio no existió como tal y que, sin embargo, confiadamente contrajo, ignorando la existencia de una causa invalidante que su consorte le ocultó, de ahí, que para su concesión no se exija la prueba del daño causado, bastando la buena fe del cónyuge reclamante» (FJ 4.º).

¹⁰⁹ La posibilidad que tenía el cónyuge de buena fe, antes de la reforma de 1981, de obtener una indemnización por la nulidad matrimonial por la vía del artículo 1902 CC, llevó a GARCÍA CANTERO a afirmar que la *novedad* de la indemnización del artículo 98 CC era más bien relativa (1982, p. 447).

posteriormente fue declarado nulo. La suegra fue condenada a indemnizar a la esposa, y el montante indemnizatorio fue fijado en 150.000 pesetas (actualmente unos 45.000 €). La sentencia es interesante porque, por un lado, el sujeto condenado a indemnizar los daños morales derivados del matrimonio nulo no fue el otro cónyuge (en este caso el marido) sino un tercero: la suegra que había coaccionado a su hijo para contraer matrimonio. Por otro lado, los daños indemnizados fueron daños morales, amparados en la aplicación del artículo 1902 del Código civil.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5901) ratificó la indemnización de dos millones de pesetas concedida a la esposa por la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Madrid en concepto de daños morales y materiales ocasionados con motivo de la declaración eclesiástica de nulidad matrimonial decretada por el Tribunal de la Rota¹¹⁰. En el caso enjuiciado, que se remontaba a 1978, quedó probado que el marido había contraído matrimonio con la única finalidad de lograr *sus apetencias sexuales exclusivamente, dada la negativa de la mujer a yacer carnalmente con él antes de casarse*. Por lo que el marido había actuado con dolo, al incurrir en un claro supuesto de reserva mental¹¹¹. La conducta dolosa del marido, recurrente en

¹¹⁰ En el caso de autos, la Audiencia Territorial de Madrid había reducido en tres millones el montante indemnizatorio de cinco millones reconocido a la esposa por la sentencia de primera instancia.

¹¹¹ IGARTUA ARREGUI cuestionaba la reserva mental acogida en la sentencia eclesiástica como causa de nulidad canónica y su posible homologación para los efectos civiles (CCJC, 1986, pp. 3.233 a 3.234).

Actualmente se ha superado la postura de los que defendían una revisión de fondo en la que la causa canónica de nulidad aplicada debía ajustarse exactamente a una de las causas civiles de nulidad del artículo 73 CC. *Vid.* entre otros. ENTRENA KLETT, 1984, p. 483; FOSAR BENLLOCH, 1982, p. 643; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ADC, 1980, pp. 582 y ss.); y VALLADARES RASCÓN, 1982, p. 64. JORDANO BAREA mantiene una postura suavizada, pero cercana a la revisión de fondo (ADC, 1981, p. 36).

Hoy en día, tanto en el ámbito interno español, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil (art. 48), como los instrumentos de la Unión Europea tendentes a favorecer un ámbito de cooperación en materia matrimonial prohíben la revisión de fondo: el art. 18 del Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial de 28 de mayo de 1998, también llamado Convenio de Bruselas II; el art. 15. del Reglamento número 1347/2000 de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, en vigor desde el 1 de marzo de 2001; y el art. 26 del reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, vigente desde el 1 de marzo de 2005.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que la reserva mental es admitida en el ordenamiento español y sancionada con la nulidad matrimonial por nuestros tribunales. Así, la SAP de Barcelona (Sección 18.^a) de 8 de noviembre de 1999 (AC 1999\2588) (FJ 2.^o) reconoce que tiene cabida en el artículo 73.1 CC y artículo 45 CC, cabe definirla como «una discordancia, mantenida conscientemente, entre el querer interno y el querer manifestado en la celebración, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos a través de la prestación de ese consentimiento aparente», y se califica con las notas de unilateralidad, ocultación al otro contrayente y la divergencia consciente entre la declara-

casación, fue la que propició la concesión a la esposa de una indemnización de daños y perjuicios, que el Tribunal Supremo concedió con base en el dolo como vicio del consentimiento contractual del artículo 1269 del Código civil, puesto que el marido había engañado a la mujer, lo que había determinado la nulidad matrimonial dictada en la jurisdicción eclesiástica¹¹².

En particular, la Sentencia destacaba la importancia que los daños morales tienen en los casos de nulidad matrimonial¹¹³, habida cuenta de que la conducta del cónyuge que contrae de mala fe un matrimonio que luego es declarado nulo, *origina sin duda para la parte perjudicada y engañada un evidente daño moral*, al que entre otras consecuencias de carácter patrimonial, *ha de añadirse el daño no patrimonial que se origina con la frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida* (FJ 4.º).

En suma, antes de la reforma de 1981, los daños morales causados a un cónyuge derivados de la nulidad matrimonial podían ser indemnizados de acuerdo con las reglas generales en materia de responsabilidad civil. El problema surge con la inclusión en el artículo 98 del Código civil de la indemnización por nulidad matrimonial, tras lo cual se plantea si dicha indemnización abarca este tipo de daños morales o, por el contrario, continúa siendo preciso acudir a las normas generales de responsabilidad civil para su resarcimiento.

Para perfilar con mayor detalle la interrelación entre la indemnización del artículo 98 del Código civil y las reglas generales en materia de responsabilidad civil, resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2014). El

ción y la voluntad negocial. La Sentencia estimó la nulidad del matrimonio contraído por española con uruguayo, tras acreditarse que la intención del hombre era obtener la residencia legal, pues abandonó el domicilio conyugal tres meses después de la celebración del matrimonio el mismo día que recogió su tarjeta comunitaria de residente. Esta argumentación de la Audiencia Provincial de Barcelona fue posteriormente reproducida, aunque no sirvió de fundamentación del fallo, en la SAP de Málaga (Sección 6.ª) de 6 de marzo de 2008 (JUR 2008\252213) (FJ 2.º). *Vid.* en el mismo sentido SAP de Zamora (Sección 1.ª) de 14 de abril de 2011 (AC 2011\1192) que acoge la reserva mental (FJ 2.º).

¹¹² En opinión de DE ÁNGEL YAGÜEZ en el caso enjuiciado por dicha sentencia, el Tribunal Supremo debería haber basado la indemnización concedida en el artículo 1902 CC y no en el artículo 1269 CC, poniendo de relieve el planteamiento del propio Tribunal Supremo acogido en su Sentencia de 21 de enero de 1957 anteriormente referida (*cfr. La Ley*, 1986, pp. 710 a 713). También DE VERDA Y BEAMONTE se muestra crítico con la utilización de los artículos 1269 y 1270 CC por parte del Tribunal Supremo en el caso enjuiciado, dada la imposibilidad de configurar el matrimonio como un contrato, aun cuando comparte la solución de fondo alcanzada en la sentencia en cuestión (*Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 665).

IGARTUA ARREGUI reconoce que la posibilidad de hacer uso de los artículos 1265, 1269 y 1270 CC tiene la gran ventaja de ampliar el plazo de prescripción de la acción de un año del artículo 1902 CC a quince años del artículo 1964 CC (modificado después, en el año 2015, para reducir el plazo a cinco años) (CCJC, 1986, pp. 3.238 a 3.240).

¹¹³ *Cfr.* LÓPEZ DE LA CRUZ, *InDret*, 2010, p. 13.

caso enjuiciado resultaba complejo y dio lugar a varios procedimientos judiciales. En primer lugar, un procedimiento de nulidad eclesiástica solicitada en 1977 por el esposo¹¹⁴; seguidamente un declarativo ordinario entablado por la esposa y en el que solicitaba la concesión de una pensión indemnizatoria, que llegó a casación y fue resuelto –desfavorablemente– por la referida Sentencia de 10 de marzo de 1992; un divorcio interpuesto por la esposa con solicitud de los efectos económico-patrimoniales, en el que recayeron sentencias favorables de primera instancia en 1993 y de apelación en 1994; y, por último, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, interpuesto por el esposo.

El marido recurrió en amparo al Tribunal Constitucional alegando la violación de su derecho a la tutela judicial efectiva (en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias firmes respecto a la nulidad eclesiástica) causada por las sentencias que decretaron el divorcio, puesto que el matrimonio ya había sido previamente declarado nulo por sentencia eclesiástica que había tenido eficacia civil con la simple anotación registral de la sentencia canónica, de acuerdo con las normas vigentes en 1977, momento en el cual se incoó el procedimiento canónico de nulidad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 1997 (RTC 1997\6) estimó el recurso de amparo del marido, pues de acuerdo con el derecho transitorio, era de aplicación el derecho vigente al momento de la incoación del procedimiento, reconociendo que *la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad matrimonial y su efecto constitutivo sobre el estado civil de los cónyuges, se producía con la mera anotación de la sentencia canónica en el Registro Civil* (FJ 5.º)¹¹⁵. Según el Tribunal

¹¹⁴ Los hechos probados son los siguientes: los esposos habían contraído matrimonio canónico en 1953. En 1977 el marido interpuso ante el Tribunal eclesiástico demanda de nulidad matrimonial. El Tribunal Eclesiástico de Santander el 1 de junio de 1983 declaró la nulidad del referido matrimonio por el capítulo de incapacidad de la esposa para asumir las obligaciones conyugales, por razón de la enfermedad que padecía, una neurosis profunda con marcada conflictividad sexual. Elevada la causa, el Tribunal Metropolitano del Arzobispado de Oviedo la confirmó el 14 de marzo de 1985. «*Instada su ejecución civil, el 11 de septiembre de 1985 se inscribe nota marginal en el Registro Civil en la que consta la nulidad acordada*» (antecedentes de la sentencia).

¹¹⁵ La doctrina unánime del Tribunal Constitucional considera de aplicación, a las resoluciones eclesiásticas cuyos procedimientos se hubieran incoado antes de la entrada en vigor del Acuerdo, cualquiera que sea la fecha de la resolución eclesiástica y de la solicitud de efectos civiles, el artículo XXIV del Concordato del 1953 y el artículo 80 CC redactado por la Ley de 24 de abril de 1958, que señalaba que la sentencia eclesiástica se comunicaría a la jurisdicción civil, que la reconocería, promovería su inscripción en el Registro Civil y la ejecutaría en cuanto a los efectos civiles, en virtud de la disposición transitoria segunda del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos. Para ello, ha tenido que salvar sucesivas dificultades: la concordancia entre el principio constitucional de unidad de jurisdicción con el régimen de reconocimiento de las resoluciones eclesiásticas contenido en el Concordato, y la inclusión en el artículo 24 de la Constitución en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias firmes, del proceso de reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones eclesiásticas que

Constitucional *las sentencias [de divorcio] recurridas no fueron respetuosas con la efectividad de las resoluciones canónicas por cuanto consideraron que subsistía, hasta el pronunciamiento del divorcio un matrimonio que ya fue declarado nulo en 1985* (FJ 5.º). Motivos por los cuales declaró la nulidad de las dos sentencias que concedieron el divorcio –en cuanto a su efecto principal– por vulnerar el derecho del marido recurrente a la ejecución de las resoluciones firmes como parte integrante de su derecho a la tutela judicial efectiva.

Retrocediendo en el tiempo y volviendo a la discusión que nos ocupa, tras la nulidad eclesiástica, la esposa –parte demandada– inició un procedimiento declarativo ordinario solicitando la indemnización del artículo 98 del Código civil, que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial de Burgos el 27 de octubre de 1989 revocó la sentencia y concedió a la esposa una pensión indemnizatoria de quince mil pesetas mensuales a satisfacer por el recurrente, con revisión anual para adecuarla a las variaciones del índice de Precios al Consumo. El Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de marzo de 1992 casa y anula la sentencia recurrida, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, aunque con distinta argumentación jurídica, pues consideró, por un lado, que la sentencia canónica, al no haber obtenido eficacia civil no se puede *ejecutar*¹¹⁶; y por otro que no se había acreditado la mala fe del esposo. En consecuencia, deniega la concesión de la pensión indemnizatoria *ex* artículo 98 del Código civil, pues según el Alto Tribunal:

«La indemnización que dicho artículo 98 del Código civil reconoce no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria que refiere el precepto 97 de aquel cuerpo legal, sino que más bien se trata de que en cierto sentido una equita-

prevé el artículo XXIV del Concordato. Véase en el mismo sentido las SSTC, entre otras, de 26 de enero de 1981 (RTC 1981\1), de 12 de noviembre de 1982 (RTC 1982\66), de 23 de mayo de 1985 (RTC 1985\65) y de 7 de noviembre de 1991 (RTC 1991\209).

¹¹⁶ Por el contrario, el reconocimiento de efectos a las resoluciones eclesiásticas en aplicación del derecho transitorio ha sido pacífico, en los litigios que han llegado al Tribunal Supremo. Así se pueden citar las Sentencias, entre otras, de 8 de julio de 1995 (RJ 1995\5552) y de 11 de julio de 1995 (RJ 1995\5958), que tienen como objeto las medidas anejas a la sentencia de separación de los cónyuges dictaminada por un Tribunal eclesiástico y reconocida por un auto de un Juzgado de Primera Instancia. Nótese, que en el Acuerdo con la Santa Sede de 1979 y en el artículo 80 CC de 1981, las sentencias eclesiásticas de separación han quedado privadas de reconocimiento de efectos civiles. Asimismo, y más recientemente el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª) de 9 de octubre de 2012 (JUR 2012\369096) reconoce eficacia civil a la sentencia canónica de separación dictada en 1979 en aplicación del derecho transitorio, y promovida por la hija matrimonial al fallecimiento de la madre. Sin embargo, la STS de 23 de noviembre 1987 (RJ 1987\8640), de manera esporádica, ha negado la posibilidad de ejecutar civilmente una sentencia canónica de separación matrimonial, recaída después de la Constitución española, con base en el principio de unidad jurisdiccional.

tiva reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no ha ido consolidándose en los años de convivencia, hasta producir su desaparición. No trata el precepto de imponer sanciones, aunque en un principio así pueda entenderse por cargar al cónyuge de mala fe la indemnización, lo que representaría volver a reconsiderar sus conductas determinativas de la nulidad decretada, y, en su caso, *los daños que pueda haber sufrido el otro consorte de buena fe, para cuya reparación queda abierta la vía del artículo 1902 del Código civil*, sino que más bien la norma se proyecta a reducir distancias económicas sociales y derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial, polarizándose sobre los principios de autosuficiencia y neutralidad de costes, al faltar una adecuada institución estatal de previsión social autónoma, sobre todo para las mujeres carentes de actividades laborales, lo que la realidad de los tiempos parece cada vez demandar en forma urgente y necesaria de satisfacción de justicia social» (FJ 1.º).

Como puede advertirse, del transcrito razonamiento del Tribunal Supremo se desprende una clara y errónea asociación de la indemnización prevista en el artículo 98 del Código civil con los perjuicios económicos que la nulidad matrimonial puede implicar para el cónyuge de buena fe¹¹⁷, so pretexto de una argumentación sociológica actualmente cuestionable¹¹⁸.

¹¹⁷ Razonamiento de la STS de 10 de marzo de 1992, que ha sido seguida por la SAP de Málaga (Sección 6.ª) de 6 de marzo de 2008 (JUR 2008\252213), en la que expresamente se precisaba que la finalidad de la indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 es reducir distancias económico-sociales derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial, pero que también reconduce las pretensiones indemnizatorias por daños morales u otros daños materiales al artículo 1902 CC (FJ 3.º).

¹¹⁸ En particular, la referencia por parte de la Sentencia a la ausencia de recursos económicos de las mujeres no trabajadoras que se encuentran sin medios tras la nulidad matrimonial decretada, considerada como la finalidad de la indemnización del artículo 98 CC tendente a la reducción de las «distancias económicas sociales y derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial (...), sobre todo para las mujeres carentes de actividades laborales», lo cierto es que lejos de clarificar la diferenciación entre dicha indemnización y la pensión compensatoria del artículo 97 CC no hacía sino incrementar la posible confusión entre ambas figuras.

En todo caso, el razonamiento efectuado en dicha sentencia merece una valoración negativa pues, como apuntan CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS: «Qué diferencia sustancial existe entre este discurso y las divergencias económicas que han de ser suprimidas entre quienes estuvieron ligados por tal vínculo y acusan también un “coste”, con la pérdida de autosuficiencia en la que se basa la compensación del artículo 97 CC? ¿No era apremiante la situación de amas de casa que, sumidas en una situación de dependencia de la que jamás se remontarían, demandaban pensiones indefinidas cuando se aprobó la ley del divorcio en 1981? ¿No mereció entonces ese juicio la figura consagrada en el artículo 97 CC?» (2017, p. 615).

No obstante, la finalidad de acortamiento o reequilibrio económico de la indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 CC se apuntaba, asimismo, entre otras, en las SSAP de Asturias (Sección 1.ª) de 19 de julio de 1993 (AC 1993\1406), de Toledo (Sección 2.ª) de 14 de noviembre de 2001 (AC 2001\2509) y de Baleares (Sección 3.ª) de 23 de mayo de 2006 (JUR 2006\190397). De hecho, en la referida SAP de Toledo de 14 de noviembre de 2001 llamaba la atención el hecho de que la indemnización reconocida por

A los efectos que interesan, conviene destacar que el Tribunal Supremo reconduce la obtención de otro tipo de indemnizaciones, dentro de las cuales cabría incardinar los daños morales, al régimen general de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil. En efecto, por un lado, deja abierta la vía del artículo 1902 del Código civil para reclamar por los daños derivados de la nulidad matrimonial, de manera que subsiste la posibilidad de obtener indemnización por los daños morales debidamente acreditados¹¹⁹. Por otro, aunque sea *obiter dictum*, parece cerrar la vía de la indemnización del artículo 98 del Código civil, para resarcir los daños morales¹²⁰.

La doctrina considera mayoritariamente que los daños morales derivados de la nulidad del matrimonio no pueden incardinarse en el artículo 98 del Código civil sino que deben ser reclamados por la vía del artículo 1902 del Código civil, siendo la reclamación de tales daños *ex* artículo 1902 perfectamente compatible con la indemnización del artículo 98, al tratarse de daños diferentes¹²¹.

la nulidad del matrimonio se redujese únicamente a los gastos de la boda, haciendo una interpretación del artículo 98 CC concordante con la del artículo 43 CC sobre los gastos indemnizables en la promesa de matrimonio incumplida sin causa.

¹¹⁹ A favor de la compatibilidad entre la posibilidad de obtener una indemnización *ex* artículo 1902 CC (por daños no restringidos necesariamente y en exclusiva a los daños morales) en los casos de nulidad matrimonial tras la introducción del vigente artículo 98 CC se posicionan, entre otros, RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2009, p. 115; GARCÍA CANTERO, 1982, pp. 431 y 432; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La Ley*, 1986, p. 717; IGARTUA ARREGUI, *CCJC*, 1986, p. 3.240; LEÓN GONZÁLEZ, *ADC*, 1993, p. 971; ROCA TRÍAS, 1984, p. 406; y LÓPEZ DE LA CRUZ, *InDret*, 2010, p. 14 (citando la opinión de PATTI, a propósito de dicha compatibilidad en el caso del Derecho italiano, 1984, p. 83).

¹²⁰ Asimismo, la indemnización por nulidad del artículo 98 CC tampoco acoge otro tipo de daños causados por un cónyuge al otro, interviniendo culpa o negligencia, e incluso algunas veces mediante una conducta dolosa, se trata de los daños físicos ocasionados por el contagio de una enfermedad de transmisión sexual. En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª) de 13 de diciembre de 2011 (JUR 2012\22967) confirmó la sentencia de primera instancia, que había declarado la nulidad matrimonial por el artículo 73.4.º y acordado una indemnización por la nulidad matrimonial por valor de 25.000 €. Ambos contrayentes recurrieron en apelación. El marido contra la declaración de mala fe; y la mujer reclamando, además, 35.000 € de pensión indemnizatoria del artículo 98 CC por daños en concepto de reparación del daño físico y moral, al haber sido contagiada por el esposo del virus del papiloma humano, con cepas de alto riesgo cancerígeno. La audiencia desestimó ambos recursos de apelación. Vid, también la SAP de Madrid (Sección 22.ª) de 19 de febrero de 2016 (JUR 2016\75571).

¹²¹ A favor de la exclusión de los daños morales derivados de la nulidad matrimonial de la indemnización del artículo 98 CC y su necesaria incardinación en el artículo 1902 CC se posicionan, entre otros, GARCÍA CANTERO, 1982, p. 448; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La Ley*, 1986, p. 717; y VARGAS ARAVENA, 2009, pp. 327-332. Por su parte LÓPEZ DE LA CRUZ considera que los daños morales derivados de la nulidad matrimonial podrían reclamarse de forma coetánea y compatible con la indemnización del artículo 98 CC, a través del artículo 1902 CC, planteamiento que entendemos obedece a la idea de la autora de que la finalidad del artículo 98 de resarcir los daños morales ocasionados al cónyuge de buena fe encuentra mal acomodo dentro de los parámetros patrimoniales de cálculo de la indemnización del artículo 97 CC (en los términos anteriormente expuestos), motivo por el cual quedaría expedito el recurso al artículo 1902 CC para reclamar los daños morales no comprendidos dentro de la indemnización del artículo 98 CC (*InDret*, 2010, pp. 12 a 14). IGARTUA ARREGUI, tras plantear que dentro del artículo 98 CC podrían encontrar acomodo la indemnización por daños morales al cónyuge de buena fe (si bien desconociendo que según una interpretación restrictiva podría eliminarse dicha

Como se ha apuntado, los daños morales no pueden incardinarse en el artículo 98 del Código civil ya que tales daños no se tienen en cuenta en los parámetros de cálculo del artículo 97 del Código civil, puesto que el daño moral nada tiene que ver como el desequilibrio económico derivado de la crisis matrimonial que la pensión compensatoria tiene por finalidad paliar. Problema que puede repercutir especialmente en los matrimonios de escasa duración en los que pueden darse importantes daños morales cuya indemnización se antojará complicada, vista la escasa entidad de la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal previstos en el artículo 97, y de acuerdo con las cuales debe cuantificarse la indemnización derivada de la nulidad.

En este sentido, la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales que han abordado dicho problema han entendido que los daños morales reclamados por el cónyuge de buena fe no tienen cabida en la indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil, si bien con alguna excepción basada en la justicia material del caso enjuiciado.

Así se aprecia en la SAP de Granada (Sección 3.^a) de 25 de enero de 2005 (AC 2005\873) de cara a enmendar el erróneo planteamiento procesal adoptado por la demandante. En el caso enjuiciado, la esposa había solicitado la declaración de nulidad del matrimonio, reclamando la indemnización de los daños económicos asociados con los gastos de la boda que había abonado y de los daños morales padecidos. La Audiencia estimó una indemnización de 5.452,87 € en concepto de daños materiales correspondiente a los gastos justificados y una indemnización por importe de 6.000 € en concepto de daños morales derivados de la nulidad matrimonial. Los daños morales fueron cifrados en el ataque perturbador a la personalidad, pesar

posibilidad) sin embargo, acto seguido afirma que «... siempre cabrá el recurso a la responsabilidad extracontractual, sea de una forma sustitutoria o complementaria del artículo 98 CC, en los supuestos en que éste no sea aplicable. Teniendo en cuenta el contenido tasado de la indemnización del artículo 98 CC, destinado a cubrir el desequilibrio económico derivado de la nulidad—es decir, los daños materiales surgidos como consecuencia directa de la nulidad—, el papel complementario del artículo 1902 CC será en este terreno (y también en los casos de separación y divorcio) hacer frente a los perjuicios económicos anteriores a la nulidad y a los daños morales que de ella se deriven» (CCJC, 1986, pp. 3.236 y 3.240).

Por el contrario, DE VERDA Y BEAMONTE se posiciona abiertamente a favor de la incardinación de los daños morales en la indemnización del artículo 98 CC (*Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, pp. 668 y 669). CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS parecen también inclinarse por la posibilidad de incluir los daños morales dentro de la indemnización del artículo 98 CC., cuando justifican la dualidad de regímenes de los artículos 97 y 98 CC en «la vinculación del deber de indemnizar a la existencia de una previa convivencia conyugal en la que se localiza el agravio reparable *ex* artículo 98 CC. Es fundamental reparar en la confianza que se frustra al haberse cimentado una convivencia sobre un vínculo de cuya nulidad tiene constancia una de las partes. Sobre todo, teniendo en cuenta que el que actúa de buena fe ha cumplido con ello uno de los deberes matrimoniales y ha experimentado pérdidas que trascienden lo puramente patrimonial para penetrar en el terreno moral» (2017, p. 617).

y zozobra psíquica experimentadas por la mujer y para su cuantificación no se aplicaron los criterios del artículo 97 del Código civil, dado que el matrimonio había durado poquísimos días, pues no sobrevivió a la luna de miel, pese a que habían sido novios durante once años. La sentencia parece basarse en la responsabilidad contractual del artículo 1101 del Código civil (FJ 1.º), pero seguidamente «en una cumplida respuesta al artículo 53 de la Constitución Española; acude al principio que inspira la llamada *unidad de culpa civil*, que permite, en determinadas ocasiones, acoger la responsabilidad contractual o extracontractual, siempre que sean respetados los hechos alegados, de acuerdo con el brocardo «*Da mihi factum dabo tibi ius*».

Por otro lado, cabe destacar que la reclamación de los daños morales por la vía del artículo 1902 del Código civil tiene además la enorme ventaja de posibilitar demandar a los terceros que por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia, son los causantes del daño padecido por el cónyuge de buena fe¹²². Así pues, a través del artículo 1902 del Código civil el cónyuge de buena fe puede obtener una indemnización por los daños morales u otros daños patrimoniales ajenos al referido desequilibrio económico frente al cónyuge de mala fe o el tercero que coadyuvó con su proceder a la celebración del matrimonio nulo, a semejanza de cuanto acontece en el derecho italiano.

2.3 La incidencia de la nulidad matrimonial en la pensión compensatoria reconocida en un procedimiento previo de separación o divorcio

La interrelación entre la nulidad matrimonial y la separación y el divorcio plantea diversos problemas¹²³ y, en particular a los efectos que aquí interesan, la incidencia que la sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial tiene sobre la pensión compensatoria reconocida en un procedimiento judicial anterior de separación o divorcio¹²⁴.

¹²² La utilidad del artículo 1902 CC de cara a exigir las responsabilidades correspondientes a los terceros cuya actuación fue decisiva de la posterior nulidad matrimonial es destacada, entre otros, por ROCA TRÍAS, 1984, p. 633; IGARTUA ARREGUI, *CCJC*, 1986, pp. 3.236 y 3.241; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, 1992, p. 140; CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, quienes, no obstante, parecen restringir la virtualidad actual del artículo 1902 CC únicamente a tales reclamaciones frente a terceros por los daños derivados de la nulidad matrimonial (2017, p. 617, citando el planteamiento referido de ROCA TRÍAS); y DE VERDA Y BEAMONTE, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 670.

¹²³ Para un panorama de los problemas que surgen en la concurrencia de una sentencia de nulidad posterior a un divorcio, *vid.* BARBER CÁRCAMO, 2005.

¹²⁴ Nos referimos a la combinación de sentencia de nulidad y divorcio, pero es también posible combinar separación civil y nulidad. Un buen ejemplo lo constituye la STS de 23 de febrero de 1993 (RJ 1993\1225), en la que se analizaba la ejecución en el orden

Con carácter previo debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de las sentencias eclesiásticas de nulidad matrimonial y de las decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado¹²⁵ se encuentra sometido al Derecho interno español, de acuerdo con la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, que «reconoce» las resoluciones matrimoniales extranjeras mediante un procedimiento registral¹²⁶. Nótese que la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, acoge expresamente un reconocimiento auto-

civil de la sentencia de nulidad canónica. Las cuestiones de hecho son complejas. La mujer solicitó la separación conyugal por motivo de adulterio por parte del marido ante los Tribunales civiles, que fue estimada en primera instancia, y confirmada en apelación y casación. Posteriormente, el marido instó ante Tribunal eclesiástico la nulidad de su matrimonio, alegando falta de suficiente libertad por su parte, que fue concedida por el Tribunal eclesiástico de Santiago y confirmada por Decreto del Tribunal de La Rota de la Nunciatura en Madrid. El Juzgado de Primera Instancia concedió mediante Auto de 30 de enero de 1987, la eficacia civil de la resolución canónica. El siguiente paso fue, entonces, la ejecución de la sentencia de nulidad homologada, para lo cual la mujer entabló demanda solicitando que el marido abonara una cantidad mensual en concepto de ayuda a sostener las cargas familiares, cantidad que fue fijada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 22 de abril de 1988 en 40.000 pts. por cada una de las dos hijas. Además, la esposa interpuso demanda en solicitud de la pensión indemnizatoria del artículo 98 CC, en cuyo procedimiento recayó esta sentencia del Tribunal Supremo. El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 27 de enero de 1989 fijó la indemnización en seis millones de pesetas. El demandado interpuso recurso de apelación y, luego, de casación. El Tribunal Supremo no admitió el recurso, al no proceder recurso casacional en procedimiento de incidentes, cual es el de la pretensión litigiosa de demanda de la pensión indemnizatoria del artículo 98 CC.

¹²⁵ El rescripto pontificio sobre matrimonio rato y no consumado está incluido en el Acuerdo de Asuntos Jurídicos artículo VI, y en el artículo 80 CC. Se ha reconocido eficacia civil, sin que sea preciso que el ordenamiento español acoga la inconsumación del matrimonio como causa de disolución. El Tribunal Supremo ha concedido eficacia civil a la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, en las SSTs de 23 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8433) y de 17 de junio de 1996 (RJ 1996\5072).

En el reconocimiento de eficacia civil de la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado se produce una diferencia respecto a la nulidad. Para el ordenamiento civil, el estado civil de los contrayentes después de la *dispensa superrato* es de divorciados, mientras que para el Derecho canónico, en cambio, el estado civil es de solteros. Motivo por el cual, las posibles indemnizaciones derivadas de tales decisiones pontificias únicamente pueden basarse en el artículo 1902 CC. *Cfr.*, entre otros, ROCA TRÍAS, 1984, p. 631; RUIZ RICO, *Poder Judicial*, 1994, p. 226; CASTILLA BAREA y CABEZUELO ARENAS, 2017, p. 621; DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, p. 1.041.

¹²⁶ Desde la Constitución Española y el Acuerdo de Asuntos Jurídicos se han sucedido diferentes modos de otorgar eficacia civil a las resoluciones eclesiásticas. Algunas de estas reformas han tenido por objeto directo el reconocimiento de la sentencia canónica, mientras que otras –no menos importantes– han llegado al reconocimiento de la resolución eclesiástica al modificarse la regulación española e internacional sobre el reconocimiento de las resoluciones en materia matrimonial.

Así, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, que ha cumplido finalmente el mandato de la Disposición final vigésima de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000, contempla el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras. Ha introducido un sistema general de reconocimiento (artículo 44), que en el caso de resoluciones matrimoniales es la vía registral, de modo que las resoluciones extranjeras sobre materia matrimonial acceden directamente al Registro civil. Entre las causas de denegación del reconocimiento se puede señalar: que la resolución extranjera sea contraria al orden público, cuando se haya dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes, cuando atente a la competencia procesal de España, cuando la resolución sea inconciliable con otra dictada en España o con otra dictada en un tercer Estado siempre que reúna las condiciones para ser reconocida en España, o

mático o registral para las sentencias de nulidad de matrimonio y las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado. En particular, el último apartado del artículo 61 establece: «Las resoluciones sobre disolución de matrimonio canónico, dictadas por autoridad eclesiástica reconocida, se inscribirán si cumplen los requisitos que prevé el ordenamiento jurídico»¹²⁷. Por «disolución de matrimonio canónico» hay que seguir entendiendo según el artículo 80 del Código civil y el artículo VI. 2 del Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, tanto las sentencias de nulidad de matrimonio como las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.

En consecuencia, el reconocimiento de la resolución eclesiástica se adopta a efectos del vínculo matrimonial, sin entrar a valorar la posible declaración de mala fe de uno de los cónyuges apreciada en la resolución eclesiástica en cuestión cuyo reconocimiento se insta. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1994 (RJ 1994\6420) estudia un supuesto controvertido en un procedimiento de *ejecución* civil de la sentencia de nulidad matrimonial dictada por un Tribunal eclesiástico y civilmente homologada por Auto de 28 de septiembre de 1987. El supuesto es interesante y la doctrina que sienta el Tribunal Supremo muy clara. El capítulo de la nulidad canónica era el dolo empleado por la demandada y sufrido por el actor, consistente en que se le había hecho creer que todavía estaba en edad de engendrar hijos. Al instar la eficacia civil de la sentencia eclesiástica de nulidad el actor solicitó también que se declarase la mala fe de la demandada, con el propósito de ejercitar la facultad de liquidación del régimen económico matrimonial de acuerdo con las reglas del régimen de participación en las ganancias, reconocida en los artículos 95 y 1395 del Código civil. El Auto de reconocimiento de eficacia civil de la sentencia canónica de nulidad se pronunció únicamente sobre el reconocimiento de la declaración de nulidad; de tal manera que, en ejecución, el Juzgado se limitó a acordar la liquidación de la sociedad de gananciales según las reglas aplicables a ésta. El actor recurrió en apelación solicitando que, dada la mala fe de su consorte, se liquidase el régimen económico matrimonial de acuerdo a las reglas del régimen de participación, privando a la esposa de participar en sus ganancias, y no según las reglas de la sociedad de gananciales.

cuando en España existiera un litigio anterior pendiente entre las mismas partes y con el mismo objeto (artículo 46).

¹²⁷ El último apartado del artículo 61 mantiene la redacción y posición de 2011, a pesar de que la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 y la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, han modificado el resto del artículo 61.

ciales. La Audiencia estimó el recurso, revocó la sentencia del Juzgado, declaró la mala fe de la esposa, «ya que el engaño doloso, equivale a una actuación sin género de duda, de mala fe en sentido jurídico civil», y decretó la liquidación del régimen económico matrimonial por las reglas de la participación de bienes. La esposa recurrió en casación alegando que, dado que el Auto de homologación no había declarado la mala fe de la esposa, no podían aplicarse los referidos artículos 95 y 1395 del Código civil. El Tribunal Supremo analiza si el Auto de homologación podía entrar a valorar la declaración de la mala fe o por el contrario si esa facultad corresponde únicamente al Juez que ejecuta la sentencia ya homologada. Llega a esta segunda conclusión, pues entiende que el juicio de homologación sólo debe extenderse a la declaración de autenticidad y de adecuación, por lo que «al margen de estas verificaciones el juicio de homologación no debe extenderse a hacer nuevos pronunciamientos» (FJ 3.º). Así pues, consideró que la declaración de mala fe había sido correctamente apreciada por la Audiencia y declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

Por otro lado, debe tenerse también en cuenta que la sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial no establece medidas civiles derivadas de la nulidad matrimonial¹²⁸. Son los contrayentes de mutuo acuerdo, o uno de ellos, quienes deberán solicitar, además del reconocimiento de la resolución eclesiástica de nulidad matrimonial, la adopción de las medidas civiles derivadas de la nulidad matrimonial que consideren procedentes.

¹²⁸ La adopción de las medidas civiles derivadas de la nulidad eclesiástica o de la dispensa de matrimonio rato y no consumado corresponde al juez civil. En este sentido, la STC de 26 de enero de 1981 (RTC 1981\1) establece que la adopción o modificación de las medidas civiles derivadas de la nulidad, como medidas que afectan a las relaciones paterno-filiales –titularidad y ejercicio de la patria potestad, custodia, guarda y derecho de visitas, alimentos, etc.–, o medidas de carácter económico y patrimonial, como las referentes al régimen económico matrimonial, a la vivienda, a las pensiones, etc., se sustancian ante la jurisdicción civil según el procedimiento previsto para ello.

La STS de 31 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7988) declara: «el ámbito de conocimiento y decisión del Juez Civil para dar efectividad a las resoluciones pronunciadas por los Tribunales eclesiásticos, si bien no alcanza a revisar el primordial efecto desvinculatorio de la resolución canónica sobre la nulidad o la disolución del matrimonio rato y no consumado (canon 1119), sí reviste plenitud de facultades, según es de entender con autorizada doctrina científica, por lo que atañe a los aspectos de carácter secundario, que van desde las prohibiciones circunstanciadas para contraer ulteriores nupcias, hasta las determinaciones sobre el ejercicio de las relaciones paternofiliales, pasando por las declaraciones sobre la mala fe de alguno de los contrayentes como causante de la invalidez del pacto conyugal (así acaece en el presente litigio), temas todos ellos que la jurisdicción civil puede avocar en su integridad y con total autonomía.

Asimismo, el Código de Derecho Canónico remite los efectos civiles de la nulidad matrimonial en sentencia eclesiástica al orden civil: «las causas sobre los efectos meramente civiles del matrimonio pertenecen al juez civil» (canon 1671 §2, trasladado a este párrafo segundo por el Motu Proprio «*Mitis Iudex Dominus Iesus*», de 15 de agosto de 2015. En la redacción originaria se ubicaba en el canon 1672).

A este respecto, tras instar el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, y una vez inscrita la nulidad, los contrayentes pueden solicitar que se adopten las medidas definitivas derivadas de la nulidad de conformidad con el artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que puede llegar con acuerdo de los cónyuges o sin acuerdo. El párrafo segundo establece: «A falta de acuerdo, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar». Precisamente, entre tales hechos relevantes a que se refiere el precepto transcrito podrá presentarse la resolución eclesiástica de nulidad que apreció la mala fe de uno de los contrayentes de cara a acreditar la mala fe y en muchas ocasiones también el dolo asociado a la causa de nulidad apreciada por el tribunal eclesiástico¹²⁹.

Los contrayentes también podrán seguir acudiendo a la vía del artículo 778.2 LEC, que remite al artículo 770 LEC y prevé la sustanciación conjunta de la petición de eficacia civil de la resolución canónica y de todas las cuestiones relativas a las medidas a adoptar tras el reconocimiento de efectos civiles de la resolución de nulidad¹³⁰.

Volviendo a la interrelación entre la sentencia de nulidad y de divorcio, habitualmente la nulidad matrimonial eclesiástica suele darse con posterioridad al divorcio legal. Sin embargo, el iter procedimental no siempre concuerda con dicho esquema, como se aprecia en el caso enjuiciado por la antes referida Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 1997 (RTC 1997\6). En caso de autos de esta sentencia se había dictado primero sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial en 1985 y después sendas sentencias favorables de divorcio en primera instancia en 1993 y en apelación en 1994. Esto fue posible por la discrepancia sobre el derecho transitorio aplicable al reconocimiento de efectos civiles de la nulidad matrimonial. Como ya se ha apuntado, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo, declaró la nulidad de las dos sentencias que habían concedido el divorcio, pero únicamente respecto a su efecto principal de disolver un matrimonio que ya se había declarado nulo. Pero –y es en lo que es conviene detenerse–, el Tribunal Constitucional mantuvo intactos los efectos y medidas de carácter económico decretadas en las sentencias de divorcio, alegando que en el procedimiento eclesiástico de nulidad

¹²⁹ Así también lo admite DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, p. 1.044.

¹³⁰ Razonamiento éste al que se adhieren las SSTs de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001\2727), de 23 de marzo de 2005 (RJ 2005\3200) y de 28 de abril de 2015 (RJ 2015\1362), así como la jurisprudencia mayoritaria de las Audiencias Provinciales. *Vid. en este sentido, entre otras, las SSAP de Zaragoza (Sección 5.ª) de 23 de junio de 2003 (JUR 2003\172968) y de Madrid (Sección 24.ª) de 29 de septiembre de 2005 (JUR 2005\236477).*

matrimonial no se habían fijado los efectos económico-patrimoniales derivados de la nulidad (sic), pese a reconocer que «los supuestos en los que cabe indemnización patrimonial pueden ser distintos en casos de divorcio y de nulidad (...), *sin terciar en la polémica de legalidad*» (FJ 6.º)¹³¹.

Nótese que el Tribunal Constitucional no es el único que ha incurrido en semejante dislate, ya que también el Tribunal Supremo e incluso la Dirección General de los Registros y del Notariado han acogido dicho planteamiento en alguna ocasión¹³², si bien en

¹³¹ Dicha solución adoptada por el Tribunal Constitucional es duramente criticada por BARBER CÁRCAMO, en cuya opinión «no se entiende cómo puede declararse la nulidad de las sentencias en cuanto al divorcio y mantener los efectos dictados en relación al mismo, cuando se parte de que el supuesto es de nulidad matrimonial y, por tanto, procedería la aplicación de los efectos propios de ésta, ciertamente no por la jurisdicción canónica, sino por la civil. Considerar que en lo relativo a los efectos las sentencias de divorcio están precisando los subsiguientes a la ulterior nulidad canónica es pura prestidigitación» (2004, pp. 498 y 499). También, como la propia autora recoge, se muestra diametralmente contrario al planteamiento seguido por el Tribunal Constitucional en dicha Sentencia MIQUEL GONZÁLEZ, dado lo heterodoxo que, en su opinión, resulta «dar eficacia a una sentencia de divorcio, aunque sea a efectos patrimoniales, si se ha reconocido la previa de una sentencia de nulidad, pues los efectos patrimoniales dependen de la existencia de divorcio y éste no puede existir respecto de un matrimonio ya declarado nulo».

MIQUEL GONZÁLEZ analiza el supuesto en el que el orden sea inverso, y considera que «una vez disuelto el matrimonio por divorcio conforme al Derecho del Estado el orden matrimonial no experimenta ningún perjuicio digno de ser evitado si no se ejecuta una posterior sentencia canónica de nulidad. Más bien me parece que sucede al contrario. En este sentido podía servir de ejemplo el §1317.3 BGB, redacción de 1998, que no permite demandar la nulidad cuando el matrimonio ya ha sido disuelto» (*Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, pp. 158 y 159). Sin embargo, al tratarse de dos ordenamientos, el civil y el canónico, y al reconocer el ordenamiento civil el matrimonio canónico (a diferencia de Alemania que no lo reconoce), hay un interés legítimo en que se publique en el Registro Civil una nulidad matrimonial de un matrimonio que ha sido previamente disuelto por divorcio.

¹³² La [anterior] Dirección General de los Registros y del Notariado también ha tenido ocasión de abordar la concurrencia de sendas resoluciones civiles y eclesíásticas, pero en este caso era un divorcio y una decisión pontificia de matrimonio rato y no consumado. En este sentido, la Resolución de 28 de agosto de 1992 (RJ 1992/7222) se permite además enjuiciar cuestiones internas del Derecho canónico. En el supuesto de hecho, sobre un matrimonio canónico inscrito recae divorcio, que a su vez se inscribe, y una dispensa de matrimonio rato y no consumado. Posteriormente, la interesada contrae matrimonio canónico con otro varón y solicita su inscripción, objeto de discusión en el caso. Se genera aquí una duplicidad de planos. Según el Derecho civil, la interesada podía contraer nuevo matrimonio, porque el anterior estaba disuelto por divorcio. Según el Derecho canónico, la esposa podía contraer nuevo matrimonio, porque el anterior había sido disuelto por la dispensa de matrimonio rato y no consumado. La Dirección General considera que no afecta la dispensa –en la certificación eclesíástica, la esposa aparecía como soltera y en las observaciones se hacía referencia a la dispensa del matrimonio rato y consumado–, puesto que en el Registro Civil figura el divorcio, por lo cual la esposa es libre para contraer nuevas nupcias. Ahora bien, declara: «no tendría ningún sentido obligar a la interesada a contraer su segundo matrimonio en forma civil, para el cual, como divorciada no habría dificultad alguna, y carecería igualmente de sentido supeditar la inscripción de su nuevo matrimonio canónico a la ejecución a efectos civiles de la dispensa de matrimonio rato. Esta ejecución no es posible porque el mismo matrimonio está ya disuelto para el Estado en una fecha anterior y sería totalmente contradictorio con la sentencia previa de divorcio que se admitiera después una causa de disolución distinta y posterior. No hay, pues, obstáculos para inscribir un matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico y que reúne

los supuestos más habituales en que cronológicamente se decreta primero el divorcio y recae después sentencia canónica de nulidad matrimonial.

El problema radica en que, con el juego de los efectos retroactivos, la nulidad matrimonial decretada con posterioridad al divorcio, dada su eficacia *ex tunc*, deja al divorcio desprovisto de matrimonio alguno que disolver. Además el problema se acentúa cuando el divorcio previamente decretado llevaba aparejado el reconocimiento de una pensión compensatoria, cuya subsistencia o extinción, dejando paso a una pensión indemnizatoria por nulidad matrimonial, se suscita una vez se decreta la nulidad en cuestión.

A tal efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2005 considera que «los efectos civiles del divorcio no resultan alterados por la posterior declaración canónica de su nulidad», alteración de las circunstancias que resulta preceptiva para que la extinción de la pensión compensatoria previamente reconocida resulte factible. Por su parte, la antes citada Sentencia de 28 de abril de 2015 se limitó a desestimar la pretensión del marido de extinción de la pensión compensatoria, dado que, en el procedimiento de reconocimiento de efectos civiles de la resolución de nulidad dictada por el Tribunal del Obispado de Málaga, el actor no había solicitado la extinción de la pensión, motivo por el cual estima que debe considerarse firme el Auto de homologación civil y mantenerse la pensión compensatoria en tanto no se produzca una modificación de las circunstancias que motivaron su concesión (dentro de las cuales no se incluye la nulidad matrimonial, pues ésta ya se daba cuando se adoptó el Auto de reconocimiento de efectos civiles y puede, por tanto, estimarse que el marido consintió su mantenimiento pese a la nulidad decretada).

Asimismo, la SAP de Baleares (Sección 3.^a) de 23 de mayo de 2006 (JUR 2006\190397), tras acoger la tesis de que la existencia de una sentencia de nulidad canónica no puede estimarse como cambio sustancial de circunstancias para dejar sin efecto la pensión compensatoria acordada en la sentencia de divorcio¹³³, *de facto*

también los requisitos de validez exigidos por la legislación civil. Únicamente hay que advertir que en esta inscripción el estado civil de la contrayente ha de ser el de divorciada, porque en tal estado se ha mantenido para el ordenamiento civil hasta su nuevo enlace, sin que importe que la certificación eclesíástica la califique de soltera, lo que no es cierto en el ámbito civil, *ni tampoco es correcto para el Derecho canónico, ya que la dispensa pontificia de matrimonio rato y no consumado constituye un caso de disolución de un matrimonio previo válidamente celebrado* (cfr. canon 1142 del *Codex*).

¹³³ Esta sentencia hace suyo el razonamiento efectuado por la SAP de Sevilla (Sección 5.^a) de 2 de noviembre de 1993 (AC 1993\2233), según el cual: «Tratándose como se trata de un procedimiento para la “modificación de medidas acordadas en sentencia firme de divorcio”, hay que partir necesariamente de las circunstancias en que dicha sentencia se dictó, pues se trata de un hecho jurídico incuestionable que, *rebus sic stantibus*, ha de regir las relaciones futuras de los divorciados. Así pues, mientras las circunstancias no se modifiquen sustancialmente, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 100 del Código Civil,

asimilaba en gran medida la finalidad de dicha pensión y la indemnización del artículo 98 del Código civil, cuando afirmaba que el fundamento de esta última «no es acortar distancias económico-sociales entre quienes estuvieron casados (...) sino reparar el desajuste económico que la nulidad produce al cónyuge de buena fe si antes no lo ha sido en anteriores procesos seguidos por los esposos» (dando a entender que la indemnización del artículo 98 del Código civil podría verse subsumida en la liquidación del régimen económico matrimonial *ex* artículo 95 del Código civil y en la pensión compensatoria acordada en su momento).

A la vista de tales resoluciones del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de la Dirección General se aprecia un insuficiente análisis de las repercusiones que la nulidad matrimonial implica respecto a las medidas económicas derivadas de la nulidad matrimonial que requiere de un desarrollo más en detalle, pues no cabe afirmar «simplemente» que la nulidad matrimonial no supone una alteración de las circunstancias que pueda hacerse valer con posterioridad a un divorcio, a efectos de mantener o extinguir la pensión compensatoria reconocida en el procedimiento de separación o divorcio.

En nuestra opinión, queda fuera de toda duda que la nulidad matrimonial no solo no implica una modificación de las circunstancias, sino que resulta *a priori* incompatible con el reconocimiento de una pensión compensatoria, por lo que cuando *a posteriori* se decreta la nulidad matrimonial habrá que entrar a valorar qué acontece con la pensión compensatoria derivada de la separación o divorcio.

A este respecto son varias las opciones que pueden plantearse en relación a la pensión compensatoria reconocida en un procedimiento previo de divorcio tras la declaración de nulidad matrimonial.

En primer lugar, las partes pueden continuar abonando y percibiendo la pensión compensatoria, tal y como se fijó en la sentencia de separación o divorcio, pues, ni la resolución eclesiástica de nulidad ni el reconocimiento de efectos civiles de la resolución tienen *per se*, virtualidad automática para provocar la extinción de la pensión compensatoria decretada en el procedimiento civil anterior. También pueden convenir de mutuo acuerdo las medidas mediante un convenio regulador. Esta opción ha sido admitida en el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.^a) de 7 de junio de 1994 (AC 1994\1029) que confirmó el Auto del Juzgado de modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio. En el

han de mantenerse los efectos acordados. La existencia de una sentencia firme de nulidad canónica y el subsiguiente reconocimiento de sus efectos civiles, no pueden estimarse como “cambio sustancial” de circunstancias a efectos meramente civiles, para dejar así sin efecto lo acordado en la sentencia firme de divorcio» (FJ 5.^o).

supuesto de autos, había recaído sentencia de divorcio con medidas respecto a los hijos y una pensión compensatoria a favor de la mujer. Posteriormente los contrayentes obtuvieron sentencia de nulidad canónica, que presentaron para su homologación acompañando de mutuo acuerdo un convenio regulador que contenía las prestaciones de alimentos a los hijos y una pensión compensatoria a favor de la mujer. La Audiencia Provincia considera que «la nulidad acordada en sede canónica no supone una alteración sustancial de las circunstancias a que se refieren los artículos 90, tercer párrafo y 91 del Código Civil», y estima bien adoptadas las medidas adoptadas con mutuo acuerdo.

Otra opción pasaría por *reconvertir* la pensión compensatoria en una indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil, instrumentada a través de un pago periódico, y cuyo montante resulte coincidente, dado que ambas prestaciones económicas obedecen a los mismos criterios de cuantificación del artículo 97 del Código civil. En este sentido, se pronuncia la SAP de Huelva (Sección 1.^a) de 8 de octubre de 1997 (AC 1997\2337), optando por mantener la pensión compensatoria tras el reconocimiento de efectos civiles a la resolución eclesiástica de nulidad matrimonial, al considerar que

«a través de una interpretación sistemática del artículo 98 del Código civil y en aras a principios de equidad y lógica jurídica, si el ordenamiento permite que sin existir el vínculo matrimonial como consecuencia de la nulidad uno de los cónyuges tenga derecho a una indemnización semejante a la pensión compensatoria, cuanto más permitirá que subsista la ya otorgada vigente el matrimonio» (FJ 2.^o).

Adicionalmente cabría plantearse la posibilidad de que las partes o una de ellas solicite la extinción de la pensión compensatoria y la adopción de las medidas correspondientes derivadas de la nulidad matrimonial, que se enjuiciarían *ex novo* dando lugar a una pensión indemnizatoria por nulidad del artículo 98 del Código civil, si se cumplen los requisitos y a su valoración. La opción parece ser la acogida por la SAP de Asturias (Sección 5.^a) de 5 de octubre de 2000 (AC 2000\2352), si bien a medias, pues estima la pretensión de la mujer de extinción de la pensión compensatoria concedida al marido tras el reconocimiento de la eficacia civil de la resolución eclesiástica de nulidad matrimonial, pero no concede la indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil, dado que el marido no la había solicitado y

«siendo presupuesto para la concesión de la pensión compensatoria la existencia de un matrimonio, si éste, como es el caso, se declara

nulo, entiende la Sala que no puede pervivir un pronunciamiento que se vincula exclusivamente a la separación o al divorcio, en definitiva, a la previa existencia de un matrimonio válido» (FJ 2.º).

A modo de recapitulación, vistos los problemas e incertidumbres que la indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil suscita, tanto respecto a los montantes indemnizatorios que abarca como a su interrelación con la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil, consideramos que sería de justicia que el legislador extendiese la pensión compensatoria también a los casos de nulidad matrimonial.

De manera que lo deseable sería que, por un lado, el Código Civil mantuviese la indemnización por nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil con los criterios indemnizatorios de la responsabilidad civil y la prueba de los daños y, por otro, que contemplase separadamente el reconocimiento de una pensión compensatoria en los casos de nulidad matrimonial, si dicha nulidad acarrea un desequilibrio económico a alguno de los cónyuges¹³⁴, como se preveía en el Proyecto de Ley del Gobierno presentado en 1981, y como actualmente acontece en el Derecho italiano.

Dada la actual configuración de los artículos 97 y 98 del Código civil, la solución apuntada permitiría que en los casos en los que ambos cónyuges son de buena fe y se declara la nulidad del matrimonio, el cónyuge que experimenta un desequilibrio patrimonial respecto al otro pueda obtener una pensión compensatoria; mientras que en los casos en los que un solo cónyuge tiene buena fe, pueda además ser beneficiario de una indemnización por los daños y perjuicios morales y patrimoniales. Indemnización que debería participar de la naturaleza de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil¹³⁵ y respecto a la cual pudiera accionarse, asimismo, frente a los terceros que determinaron con su proceder la nulidad matrimonial en cuestión.

¹³⁴ De la misma opinión es BARBER CÁRCAMO, a cuyo parecer ese reconocimiento de una pensión compensatoria también en los casos de nulidad matrimonial resulta una exigencia de justicia, debiendo equipararse dicha nulidad a los casos de separación o divorcio en lo que a la pensión compensatoria respecta. Sobre todo porque, como esta autora subraya, «olvidarse de la situación post-matrimonial en el caso de la nulidad, para atender sólo al resarcimiento de los daños provocados por el cónyuge causante de la misma, supone aplicar un esquema contractual de más que dudosa pertinencia, por lo limitado de la protección que dispensa» (2004, pp. 495, 510 y 511).

¹³⁵ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ, 1982, p. 777.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Ante la rica y cada día más abundante casuística jurisprudencial no cabe duda de que las reclamaciones de indemnizaciones de daños y perjuicios en el seno de las relaciones familiares se ha convertido en un tema recurrente, como lo atestigua la correlativa atención que la doctrina científica ha venido prestando a lo largo de los últimos años a la interrelación entre Derecho de Familia y Derecho de daños.

Hablar de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares hoy en día implica referirse a un conjunto muy heterogéneo de supuestos, cada uno de los cuales plantea sus propios desafíos y obliga a operar como normas dispares y de muy distinta naturaleza. Así ocurre, por ejemplo, con el incumplimiento de los deberes conyugales, que no solo puede enfocarse desde la perspectiva civil sino también desde la penal cuando la transgresión de tales deberes resulta constitutiva de delito. Nótese que el hecho de mantener relaciones extramatrimoniales, además de suponer un incumplimiento del deber de fidelidad del artículo 67 del Código civil, puede tener trascendencia penal cuando lleva aparejado el contagio de una enfermedad de transmisión sexual al otro cónyuge (reputándose como un delito de lesiones), en cuyo caso la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios *ex arts.* 109 y siguientes del Código penal no plantea ninguna duda y dentro de la cual, expresamente, se comprende la indemnización por los daños morales padecidos (art. 110.3.º CP). Por descontado ninguna duda cabe de que en tal caso estaremos, asimismo, ante una evidente lesión de derechos fundamentales, en particular del derecho a la integridad física reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española.

Por otro lado, esa misma transgresión del deber de fidelidad puede derivar en la concepción de un hijo cuya paternidad se atribuye *ex lege* al marido y que llevará aparejada la asunción por su parte de toda una serie de obligaciones inherentes a la paternidad y a la patria potestad, tanto de índole material como afectiva. De nuevo aquí una cosa es el incumplimiento del deber de fidelidad, que en sí mismo no resulta sancionable ni reprochable jurídicamente, y otra bien distinta la ocultación de forma intencionada por la esposa de sus dudas o de la certeza sobre la verdadera filiación del menor alumbrado. Ocultación tras la cual subyace una evidente conducta gravemente negligente, cuando no dolosa, que causa daños tanto morales como patrimoniales al padre del hijo/a alumbrado y que, pese a traer causa del incumplimiento del deber conyugal de fidelidad, goza de

autonomía propia tanto desde el punto de vista regulatorio (*ex art. 1902 CC*) como conceptual. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de tener que analizar en tal caso el posible conflicto entre los derechos fundamentales de la esposa (su derecho a la intimidad personal), del marido (su derecho al honor y al conocimiento de la verdad biológica) y del hijo/a (su derecho a la investigación de la paternidad y a conocer sus orígenes biológicos).

Otro tanto acontece con los casos en los que los progenitores u otros sujetos obstaculizan el régimen de guarda y custodia o visitas legalmente reconocidos y judicialmente establecidos. En tales casos, la transgresión no solo de normas civiles sino también penales y constitucionales resulta palmaria, ya que dicha obstaculización puede tener su origen en un delito de sustracción de menores e implica una vulneración del derecho fundamental de los padres, los hijos e incluso los abuelos, a la vida familiar.

La misma situación se reproduce cuando se analizan las implicaciones asociadas a los supuestos de falta de reconocimiento de la filiación y de asunción de los deberes paterno-filiales inherentes a la patria potestad, con la consiguiente lesión del derecho fundamental de los hijos a conocer sus orígenes biológicos y el incumplimiento por parte de los padres de las obligaciones que constitucionalmente les incumben en su condición como tales. Motivo por el cual pretender encauzar las posibles indemnizaciones y resarcimientos de daños y perjuicios asociados a dicha falta de reconocimiento a los cauces estrictamente civiles resulta, cuando menos, empobrecedor y francamente insuficiente. Acogerse en tal caso a la negación de efectos retroactivos de la pensión alimenticia *ex artículo 148 del Código civil* y abogar a la vez por la reforma de dicho precepto, no tiene mucho sentido. Sobre todo cuando el ordenamiento pone a nuestra disposición mecanismos generales que permiten encauzar los correspondientes resarcimientos en estos casos a través de las reglas generales en materia de responsabilidad extracontractual, el principio del enriquecimiento injusto o la figura del cobro de lo indebido.

Las reflexiones anteriores debieran bastar para concluir que el actual planteamiento del Tribunal Supremo opuesto al reconocimiento de indemnizaciones en el ámbito de las relaciones familiares, so pretexto del argumento de la denominada «paz familiar» y la imposibilidad de realizar juicios de moralidad acerca de la conducta desplegada por los integrantes del grupo familiar, resulta no solo diametralmente contrario a los más elementales principios de justicia material, sino también dudoso desde el punto de vista constitucional y *de lege lata*.

No se trata pues de debatir en abstracto si el Derecho de daños resulta aplicable en el ámbito de las relaciones familiares. Ninguna duda cabe de que en el seno de tales relaciones se llevan a cabo conductas penalmente reprochables que determinan el reconocimiento de indemnizaciones de daños y perjuicios, cuyas partidas y cuantificación se sustancian en aplicación de las reglas propias del Derecho de daños. La pregunta radica pues en analizar si los tribunales civiles pueden legítimamente sustraerse al análisis de las repercusiones penales y constitucionales, y analizar la virtualidad indemnizatoria de esas conductas, en aplicación de normas estrictamente civiles, tales como la falsa atribución de la paternidad, el no reconocimiento de la filiación o la obstaculización del régimen de guarda y custodia o visitas, considerados a lo largo del presente trabajo. Interrogante cuya respuesta es claramente negativa, y a la vista del cual la modulación o flexibilización de las rigideces que las normas reguladoras de la familia plantean en ocasiones se antoja especialmente necesaria.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la restricción de las indemnizaciones en el ámbito de las relaciones familiares a aquéllas legalmente tasadas postulada por el Tribunal Supremo encuentra mal acomodo y tampoco se compagina con la realidad normativa, una vez se analizan los preceptos en los que tales indemnizaciones se prevén. Así lo hemos puesto de relieve al evidenciar las lagunas regulatorias suscitadas en el caso de los daños derivados del incumplimiento de la promesa de matrimonio del artículo 43 del Código civil y, sobre todo, con las indemnizaciones a favor del cónyuge de buena fe en los casos de nulidad matrimonial del artículo 98 del Código civil. En ambos casos, como se ha visto, ni las partidas indemnizatorias ni los sujetos legitimados activa y pasivamente previstos en tales preceptos permiten hablar de un sistema indemnizatorio tasado y cerrado a la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil, motivo por el cual la tesis de nuestro Alto Tribunal resulta nuevamente incoherente y contraria a su propia jurisprudencia.

Los daños irrogados como consecuencia de la nulidad matrimonial al cónyuge de buena fe desbordan el actual ámbito de aplicación del artículo 98 del Código civil que, dada la remisión a los parámetros de cálculo del artículo 97 del Código civil, ni abarca los daños morales ni tampoco los daños patrimoniales ajenos a tales parámetros previstos para la pensión compensatoria, para cuya reclamación continúa siendo necesario acudir, como antes de la reforma de 1981, al artículo 1902 del Código civil, esto es, a las reglas generales en materia de responsabilidad civil.

Así pues, a la vista de los razonamientos anteriores, el reciente planteamiento adoptado por el Pleno del Tribunal Supremo relativo a la «inmunidad» —en bloque— de las relaciones familiares al Derecho de daños, no puede merecernos sino una clara y desfavorable valoración, contraria no solo al parecer mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia menor de nuestro país, sino también, y es lo más importante, al respeto de normas y principios básicos tanto de legalidad ordinaria como especialmente constitucional. Por todo ello, consideramos necesaria y acuciante una matización de la postura jurisprudencial actual acerca de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, máxime si se compara con el planteamiento adoptado a este respecto en otros países con un modelo regulatorio común, como puede ser, especialmente, el caso de Italia.

Bibliografía

- ALGARRA PRATS, Esther: «Incumplimiento de los deberes conyugales y responsabilidad civil», en Juan A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 11-60.
- ÁLVAREZ OLALLA, María Pilar: «Prescripción de la acción ejercitada por el marido contra su ex mujer por daños sufridos al determinarse la filiación extramatrimonial de una hija, previamente inscrita como matrimonial (Comentario a la STS de 14 de julio de 2010)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 9, 2011, pp. 25-33.
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «Comentario al artículo 1390», en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 1.090-1.099.
- BADOSA COLL, Ferrán: «Comentario a los artículos 42 y 43», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 99-117.
- «Comentario al artículo 43», en PAZ ARES *et al.* (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 259-261.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio», en José Manuel GONZÁLEZ PORRAS y Fernando MÉNDEZ GONZÁLEZ (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 489-512.
- *La eficacia civil de la nulidad canónica posterior al divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- «Comentario a los artículos 108 a 111», en Ana CAÑIZARES LASO, *et al.* (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2016, pp. 590-615.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier: «El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar», en Juan A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 80-128.
- «La responsabilidad por dolo en las relaciones familiares», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 4, 2016, pp. 284-309.

- BIDART CAMPOS, Germán: «Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo. Aspecto constitucional», *El Derecho*, 1988, 128-331.
- BIZZARRO, Anna: «Famiglia e responsabilità», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 3, 2015, pp. 145-172.
- BOSQUES HERNÁNDEZ, Gerardo: «Comentario a la STS de 30 de junio de 2009», *CCJC*, N.º 83, 2010, pp. 885-904.
- BUSTOS MORENO, Yolanda: «El resarcimiento del daño causado por la falta de reconocimiento en la filiación no matrimonial», en Juan A. MORENO MARTÍN (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 129-160.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 2.ª Ed., Bosch, Barcelona, 1989.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Familia: casos, reglas y argumentos*, Dilex, Madrid, 2006.
- CARRIÓN OLMOS, Santiago: «Promesa de matrimonio y resarcimiento de daños», en José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 117-146.
- CASTILLA BAREA, Margarita y CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio (II)», en Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia*, Vol. II, 2.ª Ed., Aranzadi, 2017, pp. 411-641.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana María: «Nuevos daños indemnizables: Las relaciones de familia», en Mariano José HERRADOR GUARDIA (coord.), *Derecho de daños*, 2011, pp. 313-380.
- CUENA CASAS, Matilde: «Comentario al artículo 148», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1.493-1.502.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: «Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad de matrimonio», *La Ley*, T. 1986-2, pp. 697-717.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Efectos económicos derivados de la ruptura de las uniones de hecho», en DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 223-254.
- «Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», *La Ley*, N.º 2, 2007, pp. 1.658-1.671.
- «Daños en el Derecho de Familia: jurisprudencia reciente. Incumplimiento de deberes conyugales, nulidad de matrimonio, derecho de visitas», *Familia y sucesiones: cuadernos jurídicos*, N.º 83, 2009, pp. 13-28.
- «Responsabilidad civil de las Administraciones Públicas y de los particulares por intromisión ilegítima en las relaciones entre padres e hijos», *Responsabilidad civil y seguro: cuaderno jurídico*, N.º 17, 2010, pp. 13-20.
- «Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial», *Diario La Ley*, N.º 9.318, 14 diciembre 2018.
- «Daños morales derivados de la causación dolosa o negligente de la nulidad matrimonial», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 12, 2020, pp. 660-675.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón y CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 103-174.

- «Responsabilidad por intromisión ilegítima en las relaciones entre padres e hijos. El resarcimiento de los gastos ocasionados por el incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor no custodio», en DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 337-362.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario al artículo 148», en Cándido PAZ ARES *et al.* (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 534-537.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Comentarios a los artículos 42-43 y 98 del Código civil» en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 637-646 y pp. 1.039-1.046.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 6.ª Ed., Tecnos, Madrid, 1992.
- DURÁN RIVACOBA, Ramón: «Comentario al artículo 43», en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 339-343.
- ENTRENA KLETT, Carlos María: *Matrimonio, separación y divorcio, en la legislación actual y en la Historia*, Pamplona, 1984.
- FACCI, Giovanni: «L'illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari», *Famiglia e Diritto*, N.º 5, 2006, pp. 515-522.
- «Il danno da adulterio», *Responsabilità Civile e Previdenza*, N.º 5, 2012, pp. 1.481-1.500.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «El precio de ocultar la paternidad», *InDret*, N.º 5, 2005.
- «Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad», *Derecho Privado y Constitución*, N.º 25, 2011, pp. 9-54.
- «Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4) de 30 de abril de 2010», *CCJC*, N.º 86, 2011, pp. 717-748.
- «Impugnaciones inesperadas, determinaciones tardías y abono de alimentos», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Retos actuales de la filiación*, Madrid, Tecnos, 2018, pp. 269-296.
- FAYOS GARDÓ, Antonio: «Daños morales en las relaciones familiares, derecho de familia o de la responsabilidad civil: una perspectiva española y norteamericana», *Actualidad Civil*, N.º 14, 2011.
- FERRER RIBA, Josep: «Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños», *InDret*, N.º 1, 2000.
- «Relaciones familiares y límites del Derecho de daños», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. II Madrid, Civitas, 2003, pp. 1.837-1.868.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique: *Estudios de Derecho de Familia*, tomo I, Barcelona, 1981, T. II, Barcelona, 1982.
- GAGO SIMARRO, Clara: «Derechos *mortis causa* del conviviente supérstite», en *Las legítimas y la libertad de testar: Perfiles críticos y comparados*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2019, pp. 519-550.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio: «Infidelidad matrimonial y engaño sobre la paternidad. ¿Dónde está el daño indemnizable?», en Juan Antonio GARCÍA AMADO (dir.), *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 87-119.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Comentario a los artículos 97 a 101 del Código Civil», en Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Silvia DÍAZ ALABART (dirs.),

- Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 2.ª Ed., Edersa, Madrid, 1982, pp. 415 a 450.
- GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, María Luisa: «El matrimonio: realidad social e institución jurídica», en Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL (dir.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, Vol. 1, Civitas Madrid, 2001, pp. 17-197.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1996», *CCJC*, N.º 43, 1997, pp. 401-413.
- HERRERA, Marisa: «Comentario al artículo 587», en Marisa HERRERA *et al.* (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. II, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, 2016, pp. 334-335.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, MARTÍNEZ RUANO, Pedro y PAÑOS PÉREZ, Alba: «Los derechos sucesorios en las parejas de hecho. Especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013 de 23 de abril», *RCDI*, N.º 749, 2015, pp. 1.173-1.195.
- IGARTUA ARREGUI, Fernando, «Responsabilidad por nulidad de matrimonio; daño material y moral; indemnización al cónyuge de buena fe. Comentario a la STS de 26 de noviembre de 1985», *CCJC*, N.º 10, 1986, pp. 3.227-3.244.
- JORDANO BAREA, Juan Bautista: «El nuevo sistema matrimonial español», *ADC*, 1981, pp. 903-926.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil*, Vol. IV (Derecho de Familia), Librería Bosch, Barcelona, 1984.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: «Comentario a los artículos 97 y 98», en LACRUZ BERDEJO (coord.), *Matrimonio y divorcio: Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 746-779.
- LEÓN GONZÁLEZ, Manuel: «La indemnización del artículo 98 del Código Civil (Comentario a la STS de 10 de marzo de 1992)», *ADC*, Fascículo II, 1993, pp. 961-972.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Comentario al artículo 168 CC», en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 833-836.
- «Responsabilidad, infidelidad y paternidad», *Revista Práctica de Responsabilidad Civil y Seguros*, N.º 25, 2005, pp. 3 y 4.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, Laura: «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales», *InDret*, N.º 4, 2010.
- «Responsabilidad civil por los daños morales ocasionados en el ámbito familiar a causa de la ocultación de la paternidad», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 48, 2019 (BIB\2019\1081).
- LUQUE JIMÉNEZ, María Carmen: «Comentario al artículo 1342», en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. III, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 942-946.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel: «Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo», *InDret*, N.º 2, 2010.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa: «Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales», en DE VERDA Y BEAMONTE (COORD.), *Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 147-177.
- «Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas», en DE VERDA Y BEAMONTE (COORD.), *Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 179-201.

- «Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales», *Revista de Derecho Patrimonial*, N.º 16, 2006, pp. 145-162.
- MARTÍN-CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi: «Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás», *ADC*, N.º 2, 2011, pp. 503-561.
- «Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo», *CCJC*, N.º 110, 2019, pp. 239-282.
- MEDINA, Gabriela: «Daños en el derecho de familia en el código civil y comercial unificado de Argentina», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N.º 3, 2015, págs. 15-46.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Sistema matrimonial español», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º 5, 2001, pp. 139-163.
- NAVARRO MIRANDA, José Ramón: «Comentario a los artículos 98 a 101», en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 533-551.
- NEVADO CATALÁN, Verónica: «Responsabilidad civil derivada de la indebida atribución de la paternidad», *InDret*, N.º 4, 2018.
- «Imposición de paternidad al marido: ¿La relación matrimonial como fundamento para excluir la responsabilidad por daños? (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018)», *ADC*, Fascículo III, 2019, pp. 961-985.
- NOVALES ALQUÉZAR, María Aránzazu: «Hacia una teoría general de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia. El ámbito de las relaciones personales entre los cónyuges», *RJN*, N.º 60, 2006, pp. 197-218.
- *Las obligaciones personales del matrimonio en Derecho comparado*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.
- ORDÁS ALONSO, Marta: *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja: alimentos, pensión compensatoria, compensación por trabajo doméstico, ruptura de las parejas de hecho*, Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «Filiación impugnada: prescripción y daños continuados», *Aranzadi Civil-Mercantil*, N.º 9, 2011, pp. 45-54.
- PATTI, Salvatore: *Famiglia e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1984.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: «El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede», *ADC*, 1980, pp. 571-583.
- PÉREZ GALLEGU, Roberto: «Nuevos daños en el ámbito del Derecho de Familia: Los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica», *RDC*, Vol. 2, N.º 3 (julio-septiembre), 2015, pp. 141-175.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: *Tratado de Derecho de Familia*, Vol. I, 2.ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.
- PIZARRO WILSON, Carlos: «Responsabilidad civil por no reconocimiento voluntario del hijo de filiación extramatrimonial», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Ed.), *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 101-116.
- QUESADA GONZÁLEZ, María Corona: *La determinación judicial de la filiación*, Bosch, Barcelona, 2012.
- RAMOS MAESTRE, Áurea: «La responsabilidad civil por el incumplimiento del derecho de visitas», en Juan A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 383-407.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «Comentario al artículo 98», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 629-634.

- «La responsabilidad civil en el Derecho de familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», en J. A. MORENO MARTÍNEZ (Ed.), *Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 533-563.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2009.
- «Luces y sombras de la aplicación del derecho de daños al ámbito de la familia», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, N.º 8, 2015 (Ejemplar dedicado a: Familia y responsabilidad civil).
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 2009.
- «Indemnizaciones entre cónyuges y su problemática jurídica», *RCDI*, N.º 715, 2009, pp. 2.441-2.461.
- RUIZ RICO, Juan: «La indemnización por nulidad del matrimonio. Fundamentos, presupuestos y alcance», *Poder Judicial*, N.º 36, 1994, pp. 203-246.
- SIERRA PÉREZ, Isabel: «Comentario al artículo 148», en Ana CAÑIZARES LASO *et al.* (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 747-750.
- TOVANI, Flavio: «Familia y Responsabilidad civil: reflexiones sobre la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos y respecto de los terceros, en Italia», *Revista de Derecho*, N.º 7, 2012, pp. 249-266.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible ex artículo 1902 CC», *CCJC*, N.º 110, 2019, pp. 223-238.
- VALLADARES RASCÓN, Etefvina: *Nulidad, separación, y divorcio, Comentarios a la ley de reforma del matrimonio*, Madrid, 1982.
- VALLÉS AMORES, María Luisa: «La Administración en el ejercicio de su función de protección a los menores: su posible responsabilidad», en J. A. MORENO MARTÍNEZ (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 1.251-1.264.
- VARGAS ARAVENA, David: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, Madrid, 2009.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «La responsabilidad aquiliana por daños endofamiliares. Comentario a la STS de 14 de julio de 2010», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, N.º 26, 2011, pp. 335-347.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. STC de 26 de enero de 1981 (RTC 1981\1, Pte. D. Jerónimo Arozamena Sierra).
2. STC de 12 de noviembre de 1982 (RTC 1982\66, Pte. D. Plácido Fernández Viagas).
3. STC de 23 de mayo de 1985 (RTC 1985\65, Pte. D.^a Gloria Begué Cantón).
4. STC de 7 de noviembre de 1991 (RTC 1991\209, Pte. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos).
5. STC de 13 de enero de 1997 (RTC 1997\6, Pte. D. Carles Viver Pi-Sunyer).

6. STC de 14 de marzo de 2005 (RTC 2005\57, Pte. D.^a Elisa Pérez Vera).
7. STC de 23 de abril de 2013 (RTC 2013\93, Pte. D.^a Adela Asua Batarrita).
8. ATC de 16 de diciembre de 2014 (RTC 2014\301, Pleno).

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, CIVIL

1. STS de 21 de enero de 1957 (RJ 1957\1133, Pte. D. Juan Serrada Hernández).
2. STS de 27 de marzo de 1958 (RJ 1958\1456, Pte. D. Francisco Bonet Ramón).
3. STS de 31 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7988, Pte. D. Jaime De Castro García).
4. STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5901, Pte. D. Jaime Santos Briz).
5. STS de 23 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8640, Pte. D. Rafael Casares Córdoba).
6. STS de 11 de marzo de 1988 (RJ 1988\159, Pte. D. Jaime Santos Briz).
7. STS de 3 de junio de 1988 (RJ 1988\4736, Pte. D. Jaime Santos Briz).
8. STS de 21 de mayo de 1988 (RJ 1988\6543, Pte. D. Antonio Fernández Rodríguez).
9. STS de 2 de enero de 1991 (RJ 1991\103, Pte. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).
10. STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991\3108, Pte. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).
11. STS de 10 de marzo de 1992 (RJ 1992\2014, Pte. D. Alfonso Villagómez Rodil).
12. STS de 19 de octubre de 1992 (RJ 1992\8083, Pte. D. Rafael Casares Córdoba).
13. STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992\9733, Pte. D. Teófilo Ortega Torres).
14. STS de 23 de febrero de 1993 (RJ 1993\1225, Pte. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).
15. STS de 29 de abril de 1994 (RJ 1994\2947, Pte. D. Jaime Santos Briz).
16. STS de 1 de julio de 1994 (RJ 1994\6420, Pte. D. José Almagro Nosete).
17. STS de 20 de octubre de 1994 (RJ 1994\7492, Pte. D. Jesús Marina Martínez-Pardo).
18. STS de 16 de diciembre de 1994 (RJ 1994\9424, Pte. D. Teófilo Ortega Torres).
19. STS de 8 de julio de 1995 (RJ 1995\5552, Pte. D. Francisco Morales Morales).
20. STS de 11 de julio de 1995 (RJ 1995\5958, Pte. D. José Almagro Nosete).
21. STS de 8 de abril de 1995 (RJ 1995\2991, Pte. D. Jaime Santos Briz).
22. STS de 23 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8433, Pte. D. Alfonso Villagómez Rodil).
23. STS de 17 de junio de 1996 (RJ 1996\5072, Pte. D. Jesús Marina Martínez-Pardo).
24. STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9020, Pte. D. José Almagro Nosete).
25. STS de 19 marzo de 1997 (RJ 1997\183, Pte. D. Antonio Gullón Ballesteros).
26. STS de 1 de abril de 1997 (RJ 1997\2922, Pte. D. Francisco Soto Nieto).
27. STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999\5721, Pte. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).
28. STS de 30 de julio de 1999 (RJ 1999\5726, Pte. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).
29. STS de 20 de junio de 2000 (RJ 2000\4427, Pte. D. Alfonso Villagómez Rodil).
30. STS de 5 de marzo de 2001 (RJ 2001\2727, Pte. D. José Almagro Nosete).
31. STS de 28 de junio de 2004 (RJ 2004\1130, Pte. D. Juan García-Ramos Iturralde).

32. STS de 2 julio de 2004 (RJ 2004\5453, Pte. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares).
33. STS de 23 de marzo de 2005 (RJ 2005\3200, Pte. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).
34. STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7148, Pte. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).
35. ATS de 10 de junio de 2008 (JUR 2008\222445, Pte. D. Juan Antonio Xiol Ríos).
36. STS de 3 octubre de 2008 (RJ 2008\7123, Pte. D. Clemente Auger Liñán).
37. STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\5490, Pte. D. Encarnación Roca Trías).
38. STS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010\5152, Pte. D. Francisco Marín Castán).
39. STS de 27 de marzo de 2011 (RJ 2011\4770, Pte. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel).
40. STS de 6 de mayo de 2011 (RJ 2011\3843, Pte. D.ª Encarnación Roca Trías).
41. STS de 14 de junio de 2011 (RJ 2011\4527, Pte. D.ª Encarnación Roca Trías).
42. STS de 18 de junio de 2012 (RJ 2012\6849, Pte. D. José Antonio Seijas Quintana).
43. STS de 30 de octubre de 2012 (RJ 2012\1029, Pte. D. Juan Carlos Trillo Alonso).
44. STS de 27 de noviembre de 2013 (RJ 2013\7855, Pte. D. Francisco J. Orduña Moreno).
45. STS de 24 de abril de 2015 (RJ 2015\1915, Pte. D. José Antonio Seijas Quintana).
46. STS de 28 de abril de 2015 (RJ 2015\1362, Pte. D. Eduardo Baena Ruiz).
47. STS de 30 de junio de 2016 (RJ 2016\2859, Pte. D. Eduardo Baena Ruiz).
48. STS de 29 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4457, Pte. D. José Antonio Seijas Quintana).
49. STS de 30 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4844, Pte. D. Ángel F. Pantaleón Prieto).
50. STS de 15 de enero de 2018 (RJ 2018\76, Pte. D.ª M.ª Angeles Parra Lucán).
51. STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5158, Pte. D. José Antonio Seijas Quintana).
52. STS de 27 de septiembre de 2019 (RJ 2019\3689, Pte. D. Antonio Salas Carceller).

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2.ª, PENAL

1. STS DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2011 (RJ 2012\284, Pte. D. Carlos Granados Pérez).
2. STS DE 11 DE MARZO DE 2020 (RJ 2020\900, Pte. D. Pablo Llarena Conde).

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 4.ª, SOCIAL

1. STS DE 28 DE JULIO DE 2000 (RJ 2000\8332, Pte. D. Fernando Salinas Molina).
2. STS DE 29 DE MAYO DE 2001 (RJ 2001\5456, Pte. D. Arturo Fernández López).

AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SAN (Sección 3.^a) de 9 de julio de 2009 (JUR 2019\234779).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. STEDH Keegan c. Irlanda de 26 de mayo de 1994 (TEDH 1994\21).
2. STEDH Johansen c. Noruega de 7 de agosto de 1996 (TEDH 1996\31).
3. STEDH y Bronda c. Italia de 9 de junio de 1998 (TEDH 1998\27).
4. STEDH Ciliz c. Países Bajos de 11 de julio de 2000 (TEDH 2000\150).
5. STEDH Elholz vs Alemania de 13 de julio de 2000 (TEDH 2000\152).
6. STEDH Sahin c. Alemania de 11 de octubre de 2001 (TEDH 2001\591).
7. STEDH Venema c. Países Bajos de 17 de diciembre de 2002 (TEDH 2002\75).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

1. SAP de Asturias (Sección 1.^a) de 19 de julio de 1993 (AC 1993\1406).
2. SAP de Sevilla (Sección 5.^a) de 2 de noviembre de 1993 (AC 1993\2233).
3. AAP de Badajoz (Sección 2.^a) de 7 de junio de 1994 (AC 1994\1029).
4. SAP de Valencia (Sección 8.^a) de 4 de abril de 1996 (AC 1996\806).
5. SAP de Huelva (Sección 1.^a) de 8 de octubre de 1997 (AC 1997\2337).
6. SAP de Huelva (Sección 2.^a) de 14 de enero de 1998 (AC 1998\2720).
7. SAP de Madrid (Sección 22.^a) de 13 de febrero de 1998 (AC 1998\447).
8. SAP de Barcelona (Sección 18.^a), de 8 de noviembre de 1999 (AC 1999\2588).
9. SAP de Barcelona (Sección 14.^a) de 17 de enero de 2000 (AC 2000\1134).
10. SAP de Asturias (Sección 4.^a) de 27 de marzo de 2000 (AC 2000\561).
11. SAP de Toledo (Sección 2.^a) de 3 de abril de 2000 (AC 2000\4476).
12. SAP de Asturias (Sección 5.^a) de 5 de octubre de 2000 (AC 2000\2352).
13. SAP de Alicante (Sección 4.^a) de 2 de noviembre de 2000 (JUR 2001\46609).
14. SAP de Asturias (Sección 5.^a) de 15 de noviembre de 2000 (AC 2000\2310).
15. SAP de Murcia (Sección 1.^a) de 30 de enero de 2001 (JUR 2001\219493).
16. SAP de Toledo (Sección 2.^a) de 14 de noviembre de 2001 (AC 2001\2509).
17. SAP de Pontevedra (Sección 3.^a) de 4 de abril de 2002 (AC 2002\896).
18. SAP de Cádiz (Sección 2.^a) de 8 de abril de 2002 (AC 2002\1064).
19. SAP de Sevilla (Sección 6.^a) de 8 de mayo de 2003 (JUR 2003\267751).
20. SAP de Zaragoza (Sección 5.^a) de 23 de junio de 2003 (JUR 2003\172968).
21. SAP de Guadalajara (Sección 1.^a) de 21 de julio de 2004 (JUR 2004\211040).
22. SAP de Barcelona (Sección 16.^a) de 8 de octubre de 2004 (JUR 2004\303882).
23. SAP de Madrid (Sección 18.^a) de 27 de octubre de 2004 (JUR 2004\297841).
24. SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 2 de noviembre de 2004 (AC 2004\1994).
25. SAP de Málaga (Sección 7.^a) de 26 de diciembre de 2004 (JUR 2004\60416).
26. SAP de Granada (Sección 3.^a) de 25 de enero de 2005 (AC 2005\873).
27. SAP de Cantabria (Sección 4.^a) de 19 de abril de 2005 (AC 2005\1833).
28. SAP de Barcelona (Sección 12.^a) de 16 de junio de 2005 (JUR 2005\176246).
29. SAP de Madrid (Sección 24.^a) de 29 de septiembre de 2005 (JUR 2005\236477).
30. SAP de Alicante (Sección 7.^a) de 14 de diciembre de 2005 (JUR 2008\140947).
31. AAP de Sevilla (Sección 7.^a) de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006\70).

32. SAP de Valencia (Sección 11.^a) de 20 de febrero de 2006 (JUR 2006\207982).
33. SAP de Salamanca (Sección 1.^a) de 20 de marzo de 2006 (JUR 2006\241399).
34. SAP de Baleares (Sección 3.^a) de 23 de mayo de 2006 (JUR 2006\190397).
35. SAP de Cádiz (Sección 6.^a) de 4 de diciembre de 2006 (AC 2007\1026).
36. SAP de Pontevedra (Sección 3.^a) de 13 de diciembre de 2006 (JUR 2007\38139).
37. SAP de León (Sección 2.^a) de 2 de enero de 2007 (JUR 2007\59972).
38. SAP de Barcelona (Sección 18.^a) de 16 de enero de 2007 (JUR 2007\291114).
39. SAP de Málaga (Sección 6.^a), de 30 mayo de 2007 (AC 2007\2191).
40. SAP de Badajoz (Sección 3.^a) de 10 de julio de 2007 (JUR 2007\318209).
41. SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007\340366).
42. SAP de Baleares (Sección 4.^a) de 8 de enero de 2008 (AC 2008\592).
43. SAP de Málaga (Sección 6.^a) de 6 de marzo de 2008 (JUR 2008\252213).
44. SAP de Cádiz (Sección 2.^a) de 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 234675).
45. SAP de Cádiz (Sección 2.^a) de 8 de abril de 2008 (AC 2002\1064).
46. SAP de Barcelona (Sección 19.^a) de 12 de junio de 2008 (JUR 2008\317049).
47. SAP de Barcelona (Sección 14.^a) de 31 de octubre de 2008 (AC 2009\93).
48. SAP de Alicante (Sección 4.^a) de 5 de diciembre de 2008 (JUR 2009\227406).
49. SAP de León (Sección 1.^a) de 30 de enero de 2009 (JUR 2009\192431).
50. SAP de Murcia (Sección 4.^a) de 29 de mayo de 2009 (JUR 2009\280024).
51. SAP de Barcelona (Sección 18.^a) de 23 de julio de 2009 (JUR 2009\464365).
52. SAP de Madrid (Sección 22.^a) de 18 de septiembre de 2009 (JUR 2010\30522).
53. SAP de Murcia (Sección 5.^a) de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010\60).
54. SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 4 de octubre de 2010 (JUR 2011\24159).
55. SAP de Jaén (Sección 3.^a) de 8 de octubre de 2010 (JUR 2011\71676).
56. SAP de A Coruña (Sección 3.^a) de 8 de noviembre de 2010 (AC 2010\2303).
57. SAP de Barcelona (Sección 1.^a) de 29 de noviembre de 2010 (AC 2011\715).
58. SAP de Zamora (Sección 1.^a) de 14 de abril de 2011 (AC 2011\1192).
59. SAP de Sevilla (Sección 5.^a) de 7 de junio de 2011 (JUR 2011\376858).
60. SAP de Baleares (Sección 4.^a) de 3 de enero de 2012 (AC 2021\364).
61. SAP de Málaga (Sección 6.^a), de 2 octubre de 2012 (AC 2013\992).
62. AAP de A Coruña (Sección 4.^a) de 9 de octubre de 2012 (JUR 2012\369096).
63. SAP de Alicante (Sección 6.^a) de 16 de enero de 2013 (JUR 2013\150976).
64. SAP de Guadalajara (Sección 1.^a) de 8 febrero de 2013 (AC 2013\908).
65. SAP de Baleares (Sección 4.^a) de 26 de febrero de 2013 (JUR 2013\137200).
66. SAP de Sevilla (Sección 2.^a) de 12 de septiembre de 2013 (AC 2013\2390).
67. SAP de Cádiz (Sección 8.^a) de 16 de mayo de 2014 (JUR 2014\203955).
68. SAP de Granada (Sección 5.^a) de 13 de junio de 2014 (AC 2014\1628).
69. SAP de Vizcaya (Sección 5.^a) de 3 de julio de 2014 (JUR 2014\267711).
70. SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 21 de julio de 2014 (JUR 2014\284346).
71. SAP de Málaga (Sección 5.^a) de 31 de octubre de 2014 (AC 2014\2231).
72. SAP de Jaén (Sección 1.^a) de 9 de marzo de 2015 (JUR 2015\129380).
73. SAP de Cáceres (Sección 1.^a) de 15 de junio de 2015 (JUR 2015\175018).
74. SAP de Málaga (Sección 6.^a) de 30 de junio de 2015 (JUR 2015\291465).
75. SAP de Sevilla (Sección 6.^a) de 9 de julio de 2015 (JUR 2015\235882).
76. SAP de Madrid (Sección 22.^a) de 19 de febrero de 2016 (JUR\2016\75571).
77. SAP de Cantabria (Sección 2.^a) de 3 de marzo de 2016 (AC 2016\799).
78. SAP de Cádiz (Sección 5.^a) de 13 de junio de 2017 (AC 2017\1113).
79. SAP de Valencia (Sección 6.^a) de 16 de octubre de 2017 (AC 2018\1076).
80. SAP de Alicante (Sección 9.^a) de 6 de noviembre de 2017 (JUR 2018\111191).
81. SAP de Valencia (Sección 7.^a) de 9 de marzo de 2018 (JUR 2018\112998).
82. SAP de Ciudad Real (Sección 2.^a) de 23 de abril de 2018 (AC 2018\1384).

- 83. SAP de Barcelona (Sección 13.^a) de 25 de julio de 2018 (JUR 2018\218657).
- 84. SAP de Alicante (Sección 6.^a) de 7 de noviembre de 2018 (JUR 2021\19992).
- 85. SAP de Madrid (Sección 21.^a) de 9 de abril de 2019 (JUR 2019\213007).
- 86. SAP de Pontevedra (Sección 1.^a) de 12 de abril de 2019 (JUR 2019\169329).
- 87. SAP de Madrid (Sección 8.^a) de 24 de mayo de 2019 (JUR 2019\214532).

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Resolución de 28 de agosto de 1992 (RJ 1992\7222).

Acreeedores y beneficiarios ante la repudiación de la herencia. Aspectos controvertidos que derivan del artículo 1001 del CC.

CARMEN LEONOR GARCÍA PÉREZ
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Murcia

RESUMEN

La repudiación de la herencia en perjuicio de acreedores, supuesto que recoge el artículo 1001 del Código civil, sigue ofreciendo cuestiones discutidas no del todo resueltas. El trabajo intenta armonizar los principios del Derecho de sucesiones con los propios de la protección y garantía de los derechos de crédito, teniendo en cuenta que aceptación y repudiación son actos libres y voluntarios, no revocables y que, una vez tienen lugar, se retrotraen al momento de apertura de la sucesión. Partiendo de la plena validez y eficacia de la repudiación y, por ello, de la aceptación o acrecimiento de los beneficiarios, la regla del artículo 1001 CC va destinada, fundamentalmente, a regular la situación generada por la repudiación entre deudor y acreedores, pero no la posterior que se entabla entre deudor repudiante y beneficiarios. Es también objeto del trabajo analizar el significado y contenido de la necesaria autorización judicial previa, a fin de legitimar a los acreedores instantes del expediente de Jurisdicción voluntaria para poder trabar bienes del caudal hereditario.

PALABRAS CLAVE

Repudiación. Herencia. Acreedores. Beneficiarios. Autorización judicial.

Creditors and beneficiaries in the disclaim of the inheritance. Disputed aspects arising from article 1001 of the Civil Code

ABSTRACT

Disclaim of an inheritance to the detriment of the creditors of the disclaim, a case contained in article 1001 of the Civil Code, continues to offer issues that are not entirely resolved. The article seeks to harmonize the principles of inheritance law with those of the protection and guarantee of creditors rights, taking into account that acceptance and disclaim are free and voluntary acts, which, once they take place, have effects which go back to the opening of succession. On the basis of the full validity and effectiveness of disclaim, and therefore, the acceptance or accretion of the beneficiaries. The rule of article 1001 CC is intended, in essence, to regulate the situation generated by disclaim between debtor and creditors, but not the subsequent one between debtor disclaimer and beneficiaries. It is the aim of this paper to analyze the meaning and content of the necessary judicial authorization in order to legitimize creditors to be able to seize inheritance assets.

KEYWORDS

Disclaim. Inheritance. Creditors. Beneficiaries. Judicial authorization.

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *La procedencia histórica de la norma y de las diferentes tesis que la han intentado explicar.*—3. *La comprensión actual de la repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores.*—3.1. *Repudiación y subsiguiente aceptación o acrecimiento de los beneficiarios son actos válidos y eficaces.*—3.2. *La ineficacia parcial y relativa de la repudiación que perjudica a los acreedores y la categoría de la inoponibilidad.*—3.3. *La «ineficacia relativa y parcial» (o la inoponibilidad) de la repudiación debe completarse con una legitimación a los acreedores para trabar bienes que hubiesen conformado el valor neto repudiado. La autorización judicial como elemento esencial para la realización de los créditos.*—*Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 1001 del Código Civil ha presentado desde siempre problemas interpretativos, dando lugar a diversas teorías cuyo objetivo ha sido intentar comprenderlo en supuestos o esquemas que tradicionalmente se encontraban previstos para actos o contratos del deudor que supusieran un fraude o perjuicio de los derechos

de los acreedores (acción pauliana), o tomando literalmente las palabras empleadas en el precepto, aceptando éstos en lugar del deudor repudiante (acción subrogatoria). Lo cierto es que buena parte de las dudas que del precepto derivan, son consecuencia de que en el Derecho de sucesiones, y más específicamente en la transmisión de la herencia, hay mucho de ficción (algo que ya había puesto de relieve Laurent¹), y que entremezclados coexisten principios cuyo origen se encuentra en el Derecho romano y en la obra de los juristas del antiguo Derecho francés.

La literalidad del precepto fue tomada del *Code* (art. 788), pero las diferencias existentes entre los sistemas de transmisión de la herencia y, por ello, de la adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, en definitiva, de la cualidad de heredero, provocaron que el precepto fuese difícilmente explicable a la luz de todos aquellos principios². Desde luego también, por el hecho de que entran en colisión reglas del Derecho sucesorio con las propias del Derecho patrimonial o de bienes³.

Aunque la regla que contiene el artículo 1001 CC ha sido examinada frecuentemente desde la perspectiva del derecho de los acreedores, lo cierto es que tal cual está nuestro sistema, en él entran en juego tres sujetos⁴: el llamado deudor que ostenta el *ius delationis*, y por ello, la facultad de repudiarla (art. 988, aceptación y repudiación son actos enteramente libres y voluntarios); los acreedores del repudiante que ven frustradas sus expectativas de cobrar lo que se les debe por un acto voluntario de su deudor no dispositivo; y, finalmente y no menos importantes, los coherederos o sucesivamente llamados (por acrecimiento, sustitución o sucesión abintestato). En el primer caso, los beneficiarios de la herencia repudiada pueden, desde el instante de la repudiación, ver aumentada su cuota *ipso iure* por obra de la vocación conjunta o solidaria (en la sucesión abintestato, art. 981 CC, en la testamentaria con los presupuestos del art. 982 CC)⁵, o, en los restantes supuestos (sustitución o nuevo llamamiento), por la atribución del *ius delationis*, y con él, la posibilidad de aceptar la cuota vacante, es decir, aceptando, los ahora llamados adquieren los bienes y derechos que en ella se integraban desde el momento de apertura de la sucesión (art. 989 CC).

Todos estos sujetos ostentan derechos dignos de tutela que recaen sobre un mismo objeto, la herencia o cuota parte de la

¹ LAURENT, 1887, pp. 544 y ss.

² En este mismo sentido, BAYOD LÓPEZ, 1998, p. 75. SÁNCHEZ CID, 2016, pp. 305 y ss.

³ DÍEZ PICAZO, ADC, 1959, p. 128. ATAZ LÓPEZ, 1988, pp. 94 y ss.

⁴ También, REBOLLEDO VARELA, 2014, pp. 722 y ss.

⁵ Sobre esta cuestión, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1981, pp. 64 y ss. SÁNCHEZ CID, 2016, pp. 300 y ss.

misma, y en esta coyuntura, el ordenamiento debe decidir cuál de ellos prevalece a fin de determinar dónde debe ingresarse o a quién debe beneficiar. En definitiva, manteniéndose como regla de principio el derecho del deudor a repudiar, ha sido tradicional sostener que del artículo 1001 CC deriva una alternativa: resolver si es más justo sobreponer el derecho de los acreedores a cobrar, o es el de los herederos a heredar, inclinándose por la primera⁶.

En todo caso, debo advertir que en las líneas que siguen simplemente pretendo exponer algunas reflexiones y cuestionarme ciertos aspectos que el precepto encierra. Específicamente, quisiera poner de relieve que, siguiendo el aserto de que la repudiación es válida, también lo es la aceptación o acrecimiento de los beneficiarios del repudiante, y que del contenido del párrafo segundo del artículo 1001 CC no parece deducirse aquella alternativa⁷, sino que es posible mantener el derecho de los acreedores a cobrar: «*la aceptación solo aprovechará a los acreedores en cuanto baste para cubrir el importe de sus créditos*», y el de los herederos a heredar íntegramente la herencia o cuota parte repudiada: «*el exceso, si lo hubiera, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en este Código*», regla que viene a indicar que el repudiante, por el hecho de la repudiación, no puede verse beneficiado por la actuación de sus acreedores, pero en ningún caso que los beneficiarios deban limitarse al remanente, si resulta que nuestro ordenamiento arbitra mecanismos para mantenerlos en la integridad cuantitativa de su derecho (la cualitativa, es heredero, no se cuestiona).

Como he señalado, buena parte de las reglas que gobiernan el Derecho sucesorio, y muy especialmente en la transmisión de los bienes hereditarios, se sustentan en ficciones que entran en contradicción cuando se trata de fundamentar el esquema jurídico que explicaría el derecho/acción que el artículo 1001 CC concede a los acreedores, y probablemente, alguno de los principales escollos sean las reglas de retroacción que establece el artículo 989 CC (y los efectos que de ella se derivan), y la de la irrevocabilidad de la repudiación y aceptación (con la excepción de los supuestos que el art. 997 CC recoge).

⁶ Es de esta opinión PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, 2017, p. 1722, afirmando que «el legislador parece considerar prevalente el de los acreedores».

⁷ Por eso no creo correcta la razón de MANRESA Y NAVARRO, 1900, p. 360, cuando afirma que «la ley compara el derecho o interés de estos herederos con el interés o derecho de aquellos acreedores; los acreedores por virtud de la renuncia, dejan de cobrar lo que es legalmente suyo; los herederos adquieren gratuitamente por pura liberalidad, aquellos sufren un perjuicio real y efectivo, éstos obtienen un beneficio que podían esperar, *pero que no tenían derecho a exigir*. ¿Es más justo que los herederos se enriquezcan o que los acreedores cobren?».

2. LA PROCEDENCIA HISTÓRICA DE LA NORMA Y DE LAS DIFERENTES TESIS QUE LA HAN INTENTADO EXPLICAR

El origen de todas estas discordancias parece encontrarse en el abandono por el antiguo Derecho francés de varias reglas del Derecho romano, apareciendo otras nuevas que fueron posteriormente incluidas en el *Code* de Napoleón, y de ahí, alguna de ellas, exportadas a los Códigos español, italiano y portugués.

Así, si en el Derecho romano, y a excepción de los *heredes sui* (y a los que ellos se equiparaban)⁸, la regla general es que la herencia se *defiere* (delación) al llamado, y aceptada pasa a su patrimonio, es decir, se entiende que la herencia ha sido *adida*⁹, en el Derecho francés, desde el momento de la apertura de la sucesión, el llamado, sin necesidad de ninguna manifestación de voluntad, entra en la propiedad de los bienes del difunto¹⁰. La aceptación, por tanto, no constituye como en el Derecho romano la condición de la adquisición de la herencia¹¹, sino que va destinada a ejercitar los derechos que de dicha condición derivan, o, en su caso, para advertir que no se va a usar la facultad de repudiar la herencia¹². Se ha sostenido también que la aceptación del heredero es una forma de confirmar la *saisine*, en virtud de la cual el heredero se convierte en propietario y poseedor de los bienes del difunto desde el momento de la apertura de la sucesión¹³.

⁸ Casos en los que coincidía delación y adquisición (herederos necesarios, forzosos y en los *sui* y necesarios), sin necesidad de que el heredero declarase su voluntad de adquirirla, se trataba, por tanto, de una adquisición *ipso iure*, GLÜCK, 1907, p. 212.

⁹ GLÜCK, 1907, p. 212.

¹⁰ En este sentido, COLIN et CAPITANT, 1921, p. 449, afirmaban que en el derecho francés el heredero adquiere la herencia sin necesidad de aceptación. Delación y adquisición de la condición de heredero se produce desde el mismo instante en que la sucesión se abre, siguiendo así el sistema romano para los herederos necesarios (los voluntarios precisan de la adición de la herencia, es decir, de un acto formal y expreso de aceptación). Señalaba POTHIER, 1861, p. 111, que a diferencia del Derecho romano, en el derecho francés una sucesión es adquirida por el heredero en virtud de la ley y el llamamiento, desde el instante mismo en que esta es deferida.

¹¹ AUBRY et RAU, 1897, p. 530. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, 1905, p. 56. COLIN, et CAPITANT, 1921, p. 449. JOSSERRAND, 1940, p. 513. LAURENT, 1887, p. 407. PLANIOL, 1920, p. 411. POTHIER, 1861, p. 111. DEMOLOMBE, 1879, p. 23.

¹² AUBRY et RAU, 1897, 530 y 531.

¹³ BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, 1905, p. 56. Según JOSSERRAND, 1940, p. 513, el heredero, cuando es llamado, adquiere la propiedad de los bienes y la posesión (esto último solo para el heredero legítimo), aunque sostiene que estos efectos del llamamiento no son definitivos ni obligatorios, pues dependen de un acto de voluntad tendente a confirmar la transmisión que se ha efectuado, o a eliminar sus efectos mediante la repudiación. No obstante, solo a los herederos legítimos (es decir, a los de sangre) se transmite la herencia *ipso iure*, sin necesidad de adición o autorización judicial, y no solo es que se conviertan en propietarios de los bienes, sino que a través de la *saisine* (que es la *Gewere* germánica) son poseedores de los bienes aunque no se detenten materialmente, y todo ello desde la apertura de la sucesión. En el derecho francés solo existían herederos legítimos

A lo dicho se añade que en el Derecho romano la acción pauliana era concedida por el pretor únicamente para aquellos actos que implicasen disminución del patrimonio del deudor en fraude de los derechos de los acreedores, y siempre que no existiese otro remedio. Por ello, entre los supuestos en los que expresamente quedaba excluida, se hallaba la renuncia a la herencia (no solo del extraño, sino también de los *heredes sui* que fraudulentamente se hubiesen aprovechado del *beneficium abstinendi*), porque las simples omisiones de adquisición no estaban sujetas a la pauliana sin forzar el principio en que ésta se fundaba¹⁴.

Como se ha afirmado, los jurisconsultos romanos, moviéndose en un orden claro y concreto de ideas, entendieron que había que dejar perfecta libertad al heredero, al legatario o a cualquier otra persona investida de un derecho, de aprovecharse o renunciar en todos aquellos casos en los cuales se dispensase a la voluntad del investido, o la adquisición misma del derecho, o la definitiva consolidación de lo adquirido. Negaban en consecuencia a los acreedores, la facultad de inmiscuirse en todo aquello que afectase al ejercicio de esta absoluta libertad concedida al deudor. Este concepto aparece claramente en la renuncia del heredero extraño, el cual puede siempre renunciar a la herencia deferida, aunque con esta renuncia dañase dolosamente a sus acreedores. En fin, los acreedores no podían obligar al deudor a aceptar una herencia contra su voluntad¹⁵, y tanto menos podían ejercitar en su interés el derecho expectante de su deudor de aceptar la herencia. Se diría entonces que si la facultad de aceptar la herencia es libre, igualmente libre debe ser la repudiación. En otros términos, la aceptación de la herencia y la repudiación eran consideradas como el ejercicio de una facultad estrictamente inherente a la persona del

(los parientes del causante) y los irregulares, cónyuge, parientes naturales y Estado. Solo a los primeros corresponde la *saisine* y sin necesidad de aceptar. Los herederos de sangre no precisan de la aceptación y por ello, convirtiéndose en titulares del patrimonio del causante, si fallecen, lo transmiten a su vez a sus herederos. LAURENT, 1887, pp. 409 y 410, cuestiona la opinión de ciertos autores que afirman que la aceptación supone asumir las obligaciones y cargas de la herencia (explicándolo como una especie de cuasi contrato que vincula al aceptante con los acreedores hereditarios y con los beneficiarios de las mandas), para el autor, esto no es correcto, y sostiene que dichas obligaciones y cargas, y sin distinción, derivan de la *saisine* y la *saisine* es obra de la ley.

¹⁴ MAIERINI, 1877, pp. 64 y ss. También, LAURENT, 1887, p. 545.

¹⁵ Según MAIERINI, 1877, pp. 67 y 68, casi todos los Pandectistas admiten a favor del fisco una excepción a esta regla, es decir, la de que los actos en virtud de los cuales el deudor no aumente su patrimonio no pueden ser objeto de la pauliana [se fundan en el fragmento 45, pr., *de iure fisci* (XLIX, 14) Paulo]. Para el autor, la traducción e interpretación de dicho fragmento no es correcta, pues se está refiriendo a la omisión del deudor que provoca la pérdida de derechos.

deudor, sobre cuyo ejercicio los acreedores no tenían derecho a entrometerse¹⁶.

Comprendiéndose así, la regla contraria que ahora recogen los Códigos civiles supone una grave divergencia entre el Derecho romano y el Derecho moderno¹⁷. En el inicio de estos desajustes parece hallarse la circunstancia de que la jurisprudencia del Derecho común había comenzado a modificar el rigor del principio de que la repudiación es irrevocable, admitiéndola para cuando se tratase de renuncia a la cuota legítima (lo que más adelante permitiría la impugnación de la repudiación). Se consideraba que esta cuota era deferida por la ley independientemente de la voluntad del testador, y por tanto, como una ventaja patrimonial con la que el acreedor tenía derecho a contar. No pocos jurisconsultos ponían en duda la razonabilidad de la doctrina romana, y así, posteriormente, en algunos Estados se admitió la pauliana para la renuncia a la herencia, a los legados y a la restitución del fideicomiso hecho en perjuicio de acreedores¹⁸.

Los compiladores del Código de Napoleón tuvieron en cuenta esta importante modificación y formularon, según esta nueva idea, el artículo 788 del *Code* respecto de la renuncia a la sucesión, y el artículo 1053 relativo al abandono anticipado del goce del derecho al fideicomiso¹⁹. Se sostiene que habiéndose prescindido de la regla romana «la acción pauliana puede ejercitarse, tanto para actos que supongan disminución del patrimonio, como no aumento del mismo»²⁰. La razón fundamental que servía de base en el Derecho

¹⁶ MAIERINI, 1877, p. 66.

¹⁷ Como afirmase RUGGIERO, 1931, p. 993, la regulación del *Codice* es la fusión de elementos romanos y germánicos no siempre armónica, en el que llegan a chocar principios opuestos. Según GARCÍA GOYENA, 1852, p. 218, y referido al artículo 831 del Proyecto de 1851, se trata de una disposición justa pero contraria al Derecho romano, conforme al cual si se repudiaba la herencia o el legado, los acreedores no podían ejercitar la acción pauliana. Ésta solo podía ejercitarse para enajenaciones o disminuciones reales de lo ya adquirido, pero no cuando pudiendo el deudor adquirir dejaba de hacerlo, citando para ello la ley 28, título 15, libro 50 del Digesto y la ley 134, título 16, libro 50 del Digesto. Sostiene que Las Partidas no son tan claras, pero cabe deducir que recogían la misma regla romana, en la ley 7, título 15, Partida 5, y en la Ley 10, título 33, Partida 7.

¹⁸ Así en numerosos estatutos del antiguo Derecho francés, alrededor del s. XVI, más tarde, por ejemplo, vino a recogerse en el Edicto sucesorio Toscano de 1814, y en la RR Constitución del Piamonte, MAIERINI, 1877, p. 71. Sobre estos mismos antecedentes puede consultarse BAYOD LÓPEZ, 1998, pp. 33, 34 y 35, JORDANO FRAGA, 1990, p. 155, y en *Los acreedores del llamado...*, 1996, pp. 150 a 170. CRISTÓBAL MONTES, 1969, pp. 235 y 236, añadiendo la influencia que tuvo el Derecho canónico en este cambio de criterio.

¹⁹ MAIERINI, 1877, p. 71. DEMOLOMBE, 1879, p. 69, sostiene que en el Derecho romano la acción pauliana solo se admitía en el caso de que el deudor llevase a cabo actos de disposición en fraude de los derechos del acreedor, pero no cuando el deudor de forma negligente dejase de aumentar su patrimonio. Es en la antigua jurisprudencia francesa donde se viene a consagrar este principio contrario que permite a los acreedores atacar la renuncia de su deudor a la herencia, lo que es recogido en el nuevo Derecho como una regla inédita.

²⁰ MAIERINI, 1877, p. 73.

romano para establecer aquella distinción, perdió todo su significado en el antiguo Derecho francés, creando un nuevo principio según el cual los acreedores podían aceptar la herencia del deudor repudiante²¹, y la antigua jurisprudencia francesa, desentendiéndose como hemos dicho de la regla romana, había permitido a los acreedores a que obligaran judicialmente a su deudor a aceptar la herencia dando caución suficiente para el caso de que la herencia tuviese deudas. En seguida se consideró superflua esta formalidad, siendo los acreedores los que se subrogaban en la posición del deudor, autorizados judicialmente a aceptar la herencia sin necesidad de prestar caución²².

Como antes se advirtió, estos nuevos principios son acogidos posteriormente en otros Códigos civiles, reflejándose en el artículo 1001 del Código civil español, en el 949 del Código italiano de 1865²³, y en el artículo 2040 del Código portugués de 1867²⁴. Si se observa, prácticamente todos los juristas italianos del s. XIX vendrán a sostener que a partir de ese instante, en el Derecho italiano, se sigue el mismo sistema que en el Derecho francés, esto es, que la herencia se adquiere desde el llamamiento, *ipso iure*, sin necesidad de aceptación, y ésta (la aceptación) solo es apta para consolidar los efectos que ya se han producido desde el momento de la apertura de la sucesión (la cualidad de heredero y, por ello, la propiedad y posesión de los bienes hereditarios)²⁵.

²¹ MAIERINI, 1877, p. 73.

²² MAIERINI, 1877, p. 74.

²³ El precepto establecía que «*Los acreedores de aquel que renuncie a una herencia en perjuicio de sus derechos, pueden hacerse autorizar judicialmente a aceptarla en nombre y en lugar del deudor, de modo que la renuncia será anulada, no ya a favor del renunciante, sino en ventaja de sus acreedores y hasta la concurrencia de sus créditos*».

²⁴ Advierte COELHO DA ROCHA, 1917, p. 297, que la propiedad y la posesión de los bienes del difunto se transmiten inmediatamente a los sucesores desde la apertura de la sucesión, sin necesidad de acto alguno de aquellos. No obstante, el acto de transmisión queda como en suspenso, hasta que el «heredero presumido» se explique sobre su aceptación o renuncia. El artículo 2040 del Código Seabra disponía que «*Los acreedores de aquel que repudia la herencia en perjuicio de ellos, pueden ser autorizados judicialmente a aceptarla en lugar y nombre del deudor, mas el remanente de la herencia pagados los acreedores, no aprovechará al repudiante, sino a los herederos inmediatos*».

²⁵ BORSARI, 1874, pp. 907 y 908, afirmaría que en el derecho italiano la herencia se adquiere sin voluntad del instituido heredero y con la delación, pero sin su voluntad no puede conservarla o retenerla. De igual modo, MAIERINI, 1877, pp. 77 y ss. Según RUGGIERO, 1931, pp. 996 y 997, este principio del Derecho francés pasó al italiano aunque sin las limitaciones de aquel (tanto para los herederos legítimos como para los testamentarios), afirmando que en el *Codice* de 1865, se había introducido la previsión del francés de que los herederos se entienden que han poseído desde la apertura de la sucesión y sin necesidad de que se ostente efectivamente, motivo por el que incluir esta regla y no la de que son propietarios, igualmente, desde la apertura de la sucesión, no tendría sentido, no siendo admisible la teoría que distingue entre propiedad y posesión. Para el autor, debe entonces darse a la aceptación el significado propio que la ley le atribuye, y partiendo de que heredero no es quien quiere, la adquisición producida por la delación sienta la presunción de la voluntad de adquirir por el heredero, y la aceptación no es sino una confirmación de aquella presunción, es decir, la consolidación de esa situación. La aceptación no tiene, por

Con base en ello se abre entonces la posibilidad de ejercicio de la acción pauliana, pues si en virtud de la regla *le mort saisit le vif* (propia del derecho consuetudinario francés), el heredero adquiere la herencia desde el momento de la apertura de la sucesión y su llamamiento, y sin necesidad de la aceptación, la renuncia despoja a los acreedores de unos bienes que se encontraban ya en el patrimonio del renunciante. La repudiación suponía entonces «una abdicación» de la propiedad de la herencia respecto de la cual el heredero se encuentra investido de pleno derecho²⁶.

Por la repudiación o «renuncia» (pues en este momento el término es empleado como sinónimo)²⁷ se dirá, el heredero que es propietario y poseedor de la herencia, abdica de un derecho que se encontraba ya en su patrimonio, y esto es en sí un acto de alienación²⁸. Retrotraer los efectos de la «renuncia» al momento de la apertura de la sucesión es una ficción, dado que el heredero ha sido hasta ese momento propietario y poseedor de los bienes hereditarios²⁹. El heredero lo es hasta el instante de la «renuncia», es propietario y poseedor de los bienes de la herencia, y por tanto, constituye una regla lógica que atiende al principio que rige en las transmisiones hereditarias, en las que es la ley (no la aceptación) y desde la apertura de la sucesión, la que atribuye la cualidad de heredero con todo lo que ello comporta, de ahí que en el momento de la «renuncia» desaparezca esa garantía para los acreedores, justificándose que éstos pudieran ejercitar la acción pauliana³⁰.

tanto, los caracteres de la *aditio* romana, porque de ella no depende la cualidad de heredero, aunque influye en la adquisición de la herencia en la medida en que la hace irrevocable. Por el contrario, RICCI, no consta fecha de publicación, p. 22 y 23, mantiene que el llamado a la herencia adquiere la simple posesión de los bienes pero no la cualidad de heredero y por ello la propiedad de los mismos, siendo preciso para esto último, la aceptación de la herencia, pues nadie puede adquirir contra su voluntad.

²⁶ AUBRY et RAU, 1897, p. 532. En igual sentido, BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, 1905, p. 56. JOSSERRAND, 1940, pp. 529 y 530.

²⁷ Como sostiene FERRI, 1960, p. 5, «Es particularmente en el campo de la denominada renuncia a la herencia y al legado que se verifica un uso impropio de la palabra renuncia en lugar de repudio». Más exactamente, en p. 37, afirma que la repudiación a la herencia no es una renuncia. Lo pone también de manifiesto entre nuestra doctrina, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, 2017, pp. 1716 y 1717.

²⁸ Así, LAURENT, 1887, p. 491.

²⁹ LAURENT, 1877, pp. 491 y ss. Según RUGGIERO, 1931, p. 1002, «si la herencia se adquiere *ipso iure* y la aceptación confirma la adquisición ya realizada, la renuncia supone la cesación de la condición de heredero y pérdida voluntaria de la adquisición no confirmada». Sostiene también que la renuncia en general no es abdicación de la cualidad de heredero, y sí acto de rehusar la causa especial de adquisición que la sucesión es, todo ello en relación con la posibilidad de que el llamado lo sea por testamento o abintestato.

³⁰ LAURENT, 1877, pp. 545 y 546. Se suma a lo dicho que en el Derecho francés y en el italiano, mientras no prescribiese para el que había renunciado el derecho a aceptarla y no hubiese sido aceptada por otro heredero, podría aceptarla, revocando así su repudiación. A diferencia de nuestro sistema, la repudiación podía ser revocada con todo lo que ello comporta. Sobre este aspecto y sus posibles consecuencias para los acreedores del repudiante, puede consultarse CRISTÓBAL MONTES, 1969, p. 238.

Con estas premisas se discute entonces si el supuesto encierra solo una acción pauliana³¹, si se trata únicamente de una subrogatoria sobre la base de la dicción literal que recogen los preceptos³², del ejercicio cumulativo y sucesivo de las dos acciones³³; o teniendo en cuenta esto último, de una acción específica que, aun conteniendo aspectos propios de aquellas, no obstante, se apartan al quebrar con alguno de los requisitos que para ambas acciones se suelen exigir³⁴.

De lo dicho hasta ahora, se infiere que la aplicación de estos nuevos principios a nuestro Derecho resultará mucho más discutible, pues a diferencia de lo sostenido por los autores franceses e italianos de finales del s. XIX y principios del XX, en nuestro sistema es generalizado defender que la cualidad de heredero, y con ello la adquisición de los bienes hereditarios, tiene lugar una vez el llamado acepta la herencia³⁵. Se dirá por ello que el artículo 1001 CC no tiene prece-

³¹ JOSSERRAND, 1940, p. 534. LAURENT, 1877, p. 546, mantiene que el precepto no recoge una acción subrogatoria siendo suficiente con la revocación de la renuncia. El hecho de que el precepto utilice esa expresión y que para aceptar precisen de la autorización judicial, según el autor, es posible que se deba a que es el juez el que debe comprobar que los acreedores cumplen el requisito de que la renuncia le es perjudicial. COLIN et CAPITANT, 1921, p. 477, aunque la califican como un subtipo de la revocatoria o pauliana. En el mismo sentido, BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, 1905, p. 412.

³² BORSARI, 1874, p. 1012, aunque en p. 1021 sostiene que la renuncia debe ser anulada, teniéndose por no hecha. Para RUGGIERO, 1931, pp. 1004 y 1005, se trata de un subrogatoria, aunque admite que es algo más que esta acción.

³³ AUBRY et RAU, 1897, p. 599. DEMOLOMBE, 1879, pp. 77 y 78.

³⁴ RICCI, pp. 226 y ss., afirmando en p. 228 que «esta disposición no tiene ningún fundamento en los principios y es anormal y excepcionalísima por no tener más causa que la voluntad del legislador que la dictó».

³⁵ MANRESA Y NAVARRO, 1900, p. 299, advierte que «mediante la aceptación, el heredero sucede en los derechos y obligaciones del causante.... la posesión que correspondía al causante en sus bienes, se entiende transmitida sin interrupción a sus herederos en virtud del art. 440». Tesis que se mantiene prácticamente por toda la doctrina posterior, aun cuando el artículo 661 CC (también el 440 CC) haya dado pie a que algunos autores como GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1944, pp. 89 y ss., o ROCA SASTRE, 1948, pp. 1 y ss. hayan defendido la opción germánica conforme a la cual, y como señala el precepto mencionado, «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones», es decir, sin necesidad de aceptación. Los argumentos que apoyan que nuestro ordenamiento establece que es la aceptación la que determina la adquisición de la herencia, se encuentran relatados por ALBALADEJO GARCÍA, *ADC*, 1955, pp. 10 y ss. La repudiación «es un acto de declaración, expreso y formal de rechazo a la delación que impide la transmisión y el consiguiente efecto adquisitivo (*omissio adquirendi*), de ahí que la renuncia válidamente hecha, tenga como efectos para el repudiante, la extinción de su delación, considerándose como si nunca hubiese sido llamado (la renuncia tiene efectos retroactivos al momento de apertura de la sucesión, art. 989 CC), no llegando a adquirir el título renunciado, y por ello, los bienes o derechos que en él se pudieran englobar, además, se entiende que no la ha poseído nunca (art. 440.2.º CC). Sólo en los supuestos en que por determinación legal la adquisición del título hereditario es automática (legados, fideicomiso; la herencia en el Derecho navarro), la repudiación es más que el rechazo, ya que es un acto de dejación, renuncia (abdicativa), así, GETE ALONSO Y CALERA, 2011, p. 275. Que nuestro sistema sigue el romano, es confirmado por numerosas resoluciones judiciales, entre las más recientes, la SAP de la Coruña de 30 de noviembre de 2009 (AC/2010/885), en la que se declaró que «En materia de adquisición de herencia, y con relación al régimen sucesorio del Código Civil, resulta incuestionable que rige el

dentes en nuestro Derecho, y habiendo sido tomado del 788 del *Code*, «como precepto nuevo y de carácter excepcional, presenta dudas y dificultades en la práctica»³⁶, aunque, como regla general, se considere que esta previsión es justa en la medida en que los acreedores tienen mejor derecho a cobrar que los herederos a heredar³⁷. No obstante, y a pesar de que en nuestro sistema por la simple delación no se adquieren los bienes de la herencia³⁸, se considerará por algunos autores que es una «aplicación de la regla contenida en el artículo 1111 CC»³⁹, o que con esta acción «no se trata de anular la

denominado sistema romano caracterizado porque no basta la delación hereditaria (apertura, vocación y delación) para ser titular del derecho hereditario, sino que además es preciso que el heredero acepte la herencia, lo que puede efectuarse de forma expresa o bien tácita. Producida la delación, el heredero –el llamado a heredar en concreto–, como titular del *ius delationis*, puede aceptar o repudiar la herencia, pero en tanto no acepte, como se ha dicho, no responde de las deudas de la herencia, porque todavía no se produjo la sucesión, no es sucesor, sino solo llamado a suceder». Esta es también la opinión generalizada en la actualidad, LASARTE ÁLVAREZ, 2019, p. 264.

³⁶ MANRESA Y NAVARRO, 1900, pp. 358 y 359. También, BAYOD LÓPEZ, 1998, p. 81, y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, 2017, p. 1714.

³⁷ GARCÍA GOYENA, 1852, p. 218. En el mismo sentido, MANRESA Y NAVARRO, 1900, p. 360. También es el argumento que se empleaba ante la doctrina italiana, al respecto, FERRI, 1960, p. 115.

³⁸ Nótese, sin embargo, que esta regla se invierte en el caso del legado, pues el legatario adquiere el bien o derecho legado sin necesidad de aceptación. JEREZ DELGADO, 1997, p. 46 y 47, analizando en este punto la obra de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica, laberintho de comercio terrestre y naval*, 1790, recoge ambos supuestos y su diferente tratamiento, y así, según aquel autor, «el deudor no puede repudiar el legado, o manda que le es dexado por otro, en perjuicio de sus acreedores» (Cap. XIII, §32). Si renuncia al legado y se produce así un daño a los acreedores, pueden éstos revocar (cita el texto de Partidas: Ley 7, título 15, P. 5). En este caso, el legatario adquiere el legado aún sin mediar aceptación (Cap. XIII, §32) (Según Ley 12, tít. 9, P. 6 que cita el autor)». Sin embargo, en la repudiación de la herencia, recoge que «el deudor, antes de aceptar la herencia, puede repudiarla aún en perjuicio de sus acreedores, sin que ellos puedan revocar la repudiación, ni cobrarla salvo si precede contrato, a materia, que obligue a adquirir, según buena fe (Cap. XIII, §33). Trae aquí un caso relatado por Gregorio López, «el qual dice que así se determinó en el Real Consejo en una Causa, en que estando uno condenado en dos mil ducados aplicados a otro, por haberle cortado, o mancado una mano, siendo el condenado pobre, y estando huido le supervino la herencia de su madre, y la repudió, sin embargo de lo qual, se mandó, que por esta condenación se hiciese la execución en ella» (Cap. XIII, §33). Este diferente tratamiento se explica «en este segundo caso porque el detecto, y dominio de la herencia no se transfieren en el deudor hasta que la haya aceptado, mientras que no ocurre así con los legados. Y esto, porque el dolo, o fraude que se comete, es en lo que se enajena, que estaba ya adquirido, y no en lo que no se quiere adquirir» (Cap. XIII, §33). Pero la regla general parece encontrar una excepción en favor del Fisco Real (Cap. XIII, §33). En ese caso, deberá el deudor aceptar la herencia. Como sostienen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1981, p. 299, «con arreglo al artículo 881 CC, el legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos. Al parecer en cualquier supuesto la adquisición del derecho al legado o sobre el legado se verifica, no solo desde la muerte del causante (art. 881), sino *ipso iure* y sin necesidad de aceptación, mas con derecho a repudiar lo atribuido... En materia de aceptación y repudiación del legado rigen, por analogía, ciertas normas de la herencia –por ejemplo, artículos 988, 989, 999 a 1001–, sin perjuicio de ser aquí la aceptación una simple renuncia del derecho a repudiar».

³⁹ MANRESA Y NAVARRO, 1900, p. 360. En igual sentido, FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, p. 19 y ss., si bien con el significado que ahora se le da, es decir, de ineficacia parcial y relativa. Es de la misma opinión DE TORRES PEREA, *RdPat*, 2012, p. 202.

renuncia, porque la renuncia se supone válida, sino solo rescindirla en cuanto perjudique el derecho de los acreedores, de ahí la aplicación en lo posible de lo dispuesto en los artículos 1291 y 1292 CC»⁴⁰. También, que «la ley concede a los acreedores una especie de acción pauliana para hacer ineficaz, en cuanto a ellos, la repudiación hecha por su deudor, y una suerte de acción subrogatoria para, en lugar de éste, hacer valer los derechos hereditarios»⁴¹.

3. LA COMPRESIÓN ACTUAL DE LA REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA EN PERJUICIO DE LOS ACREEDORES

Los Códigos italiano de 1942 y portugués de 1966 (arts. 459 y 2050, respectivamente), establecen que es la aceptación la que determina la cualidad de heredero y, por tanto, la adquisición de los bienes hereditarios. No obstante, la regla de que los acreedores del repudiante no se van a ver afectados por la repudiación en la medida de sus derechos persiste, si bien con alguna diferencia (en ciertos aspectos también el actual art. 779 del *Code*⁴²). De este modo, el

⁴⁰ MANRESA Y NAVARRO, 1900, p. 360. Según GARCÍA GOYENA, 1852, p. 218, aunque el precepto emplee la expresión aceptar, no se trata de una verdadera aceptación, pues los acreedores no adquieren la condición de herederos, ni asumen obligaciones.

⁴¹ GITRAMA GONZÁLEZ, 2004, p. 2, en <https://2019.vlex.com/#vid/articulo-1-233067>. Teoría que había sostenido DE CASTRO Y BRAVO, 1932, pp. 205 y 206, afirmando que se estaba ante una acción revocatoria por la que se declaraba la ineficacia relativa de la repudiación a favor de los acreedores. La repudiación constituía para el autor citado, un acto de disposición de un derecho (el de aceptar la herencia), de ahí que la ineficacia relativa de la repudiación permitiese a los acreedores aceptar la herencia. Suponía, por tanto, un ejercicio sucesivo de ambas acciones (revocatoria y subrogatoria). CRISTÓBAL MONTES, 1969, pp. 237 y ss., lleva a cabo un análisis detenido de las teorías tradicionales (que constituye una acción pauliana, subrogatoria o una combinación de ambas), si bien, para el autor, se está ante una aceptación excepcional de los acreedores.

⁴² El precepto fue modificado por una ley de 23 de junio de 2006 y establece que «*Los acreedores personales del que se abstiene de aceptar una sucesión o que renuncia a una sucesión en perjuicio de sus derechos pueden ser autorizados por el juez para aceptar la herencia en su nombre y en su lugar. La aceptación no ha lugar más que a favor de los acreedores y hasta donde alcance el importe de sus créditos. No producirá ningún otro efecto respecto al heredero*». Se incluye ahora el supuesto de no pronunciamiento del heredero deudor en relación con la aceptación. En el Proyecto de Ley se decía que «la Asamblea Nacional aprobó, por iniciativa de su Comisión de Leyes y con el dictamen favorable del Gobierno, una enmienda de redacción para precisar que esa aceptación se hace en lugar del heredero y no por su cuenta, ya que les beneficia». El Proyecto de Ley aclara que «la aceptación se hará únicamente en favor de esos acreedores y hasta el límite de sus créditos. No produce ningún otro efecto con respecto al heredero, que, por tanto, no puede considerarse aceptante. Se trata de la recuperación actual del artículo 788, que constituye una declinación del artículo 1166 relativo a la acción oblicua prevista de manera general en el ámbito contractual. El artículo 1166 prevé así que «los acreedores podrán ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los vinculados exclusivamente a la persona». Este mecanismo permite proteger al acreedor de una persona que de forma negligente, fraudulentamente o no, hace valer sus derechos contra sus propios deudores. Una jurisprudencia reiterada ha establecido el principio de que esta acción no implica la intención de perjudicar. Por lo tanto, independientemente de que la renuncia del heredero se realice con o sin intención de perjudicar, y sea o no fraudulenta, no tiene ningún efecto.

artículo 524 del Código civil italiano ordena que «*si uno renuncia aunque sea sin fraude, a una herencia con daño a sus acreedores, estos pueden hacerse autorizar para aceptar la herencia en nombre y lugar del renunciante, al solo fin de satisfacer hasta el límite de sus créditos sobre los bienes hereditarios. El derecho de los acreedores prescribe a los 5 años a contar desde la renuncia*», y el artículo 2067 del Código portugués advierte que «*Los acreedores del repudiante pueden aceptar la herencia en nombre de él, en los términos de los artículos 606 y siguientes. La aceptación debe efectuarse en el plazo de seis meses a contar desde el conocimiento de la repudiación. Pagados los acreedores del repudiante, el remanente de la herencia no beneficia a éste, sino a los herederos inmediatos*».

En el Derecho portugués se ha optado por aplicar a este supuesto el régimen previsto para la acción subrogatoria, dada la expresa remisión que a los artículos 606 y siguientes del Código realiza el precepto (y en los que se regula esta acción)⁴³. Para la doctrina italiana mayoritaria, a pesar del tenor literal del artículo 524 y de que ha desaparecido la expresión «la renuncia será anulada», se trata de una acción especial, diferente de la subrogatoria y revocatoria en cuanto presenta caracteres más o menos originales respecto de aquellas, aunque con una fuerte afinidad funcional con las mismas, siendo instrumental a la tutela de los derechos de los acreedores del llamado renunciante. Es por ello que se sostiene que la acción del artículo 524 del *Codice* es expresión del mismo principio que inspira la disciplina de aquellas acciones (la garantía de los derechos de los acreedores).

Se dirá entonces que la particular configuración técnica de este remedio, determina que no pueda calificarse de excepcional en relación con los ordinarios medios de conservación de la garantía patrimonial, pues no contradice su ratio, sino que más bien la aplica en un contexto en el que esas acciones no podrían operar eficazmente⁴⁴. Más concretamente, se ha afirmado que «el efecto sustancial del artículo 524 del *Codice* reside en la inoponibilidad

El proyecto de ley amplía este dispositivo de la acción pauliana u oblicua al caso del heredero que se abstiene de aceptar sin por ello renunciar expresamente. En efecto, a falta de tal ampliación, el acreedor debería esperar diez años, ya que los acreedores personales del heredero no se beneficiarían de la posibilidad de iniciar la acción de interrogatorio prevista por el artículo 772 modificado por el proyecto de ley, a diferencia de los herederos».

⁴³ No obstante, se sostiene RODRIGUES BASTOS, 1981, p. 141, que aunque el precepto se refiera a la aceptación en nombre del repudiante, en verdad se trata de una ficción legal, en virtud de la cual los acreedores se encontrarán en la misma situación jurídica que estarían si el deudor hubiera aceptado realmente, para éste, sin embargo, la repudiación es válida, razón por la que el repudiante es un extraño a la herencia».

⁴⁴ ZECCHINO, *Persona e mercato*, 2018, n.º 3, pp. 21 y 22. REALMONTE, 1995, p. 640. MENGONI, 2000, p. 244. TOTAROFILA, *Rassegna di Diritto e giurisprudenza civile*, 2019, n.º 1, pp. 5 y ss.

de la renuncia dentro de los límites de cuanto sea necesario y suficiente a la satisfacción de los derechos de los acreedores»⁴⁵.

Entre la doctrina española más reciente el debate persiste, si bien se centra fundamentalmente en dos tesis mayoritarias⁴⁶: una primera según la cual se está ante una acción específica diferente de las ordinarias que prevé el artículo 1111 CC⁴⁷; una segunda que

⁴⁵ MAZZAMUTO, *Comparazione e Diritto civile*, 2019, p. 11. El autor lleva a cabo un examen detenido sobre la aplicación analógica del artículo 524 del Código a los supuestos de legítimo que no ejercita la acción de reducción cuando su cuota legal ha sido lesionada o cuando ha sido preterido por el testador. CARNEVALE, 2012, p. 444. Así, se pronunciaron las Sentencias de Casación italianas de 25 de marzo de 1995 y 24 de noviembre de 2003, entre otras.

⁴⁶ También se argumenta que el fundamento de esta acción se encuentra en los artículos 6.2 CC (renuncia a los derechos en perjuicio de tercero) y 7 CC (buena fe en el ejercicio de los derechos y ejercicio abusivo del propio derecho). GITRAMA GONZÁLEZ, 2004, p. 3, en <https://2019.vlex.com/#vid/articulo-1-233067>. VIVAS TESÓN, *RCDI*, 2016, p. 3145. FLORENSA I TOMÁS *La Ley*, 2000, p. 10, versión obtenida de la leydigital360. En contra, NOVOA SEOANE, *RDP*, 1919, pp. 146 y ss. ROGEL VIDE, 2011, pp. 11 y ss., y 2008, pp. 150 y ss. ASÚA GONZÁLEZ, 2006, p. 85. Entre la doctrina italiana, algún autor parece apuntar a que cuando se actúa de este modo, el repudiante está ejercitando el *ius delationis* de forma abusiva, MASTROIACOVO, *Rivista di Diritto Tributario*, 2010, pp. 450 y ss. Debe recordarse que para acudir a estas reglas generales es preciso que no exista una norma específica destinada a resolver el supuesto concreto, cosa que no sucede en el que ahora se examina. En este sentido, ROCA JUAN, 1977, pp. 386 y 387, afirmó que la expresión empleada en el artículo 7.2 CC, «la ley no ampara», indica que la ley no está estableciendo una concreta prohibición, «sino un deber de reparación al titular del interés lesionado que no tiene una especial protección. Sostiene además, que en el ejercicio de los derechos la falta de amparo parte de un presupuesto: no excluir apriorísticamente el acto material o jurídico, en sí mismo, porque es –al menos formalmente– un acto de ejercicio, sino excluir o detener los efectos que, en determinadas circunstancias, fatalmente conducen a la lesión de un bien –de un interés– que no está todavía especialmente protegido por una prerrogativa jurídica, pero que no hay por qué sacrificar». Con todo, nada impide advertir que el artículo 1001 CC parece encerrar aspectos propios de aquellos preceptos. Así, Díez PICAZO, *ADC*, 1959, p. 169. Según BAYOD LÓPEZ, 1998, pp. 43 y 54 y ss., el artículo 1001 CC supone la aplicación del principio de buena fe, en la medida en que aquel «ha de ser la base de todos los actos del deudor». En este sentido cabría preguntarse ¿se puede considerar la repudiación como un hecho voluntario ilícito cuando el llamado no tiene patrimonio suficiente para saldar sus deudas?, ¿viola el repudiante un deber jurídico, el de procurar a través de todos los medios que el ordenamiento pone a disposición del deudor, y entre ellos la aceptación de una herencia beneficiosa, que su patrimonio actual y futuro se haga cargo del cumplimiento de sus deudas? Ejemplo de ello es la SAP de la Coruña de 30 de noviembre de 2009 (AC/2010/885), en la que se sostiene que «resulta obvio que las operaciones realizadas por los ejecutados tenían como única y exclusiva finalidad sustraer bienes a los acreedores, esto es, realizar un ejercicio abusivo del derecho en fraude de ley. En efecto, se constata que para la realización de la renuncia a la herencia, la Sra. Esmeralda, quien ostentaba la patria potestad, emancipó previamente a los hijos menores de edad, con la evidente finalidad de no tener que solicitar autorización judicial para la renuncia de la herencia –que sería preceptiva en caso de ser menores–, y, de tal forma, poder realizar las operaciones llevadas a cabo sin control judicial previo alguno».

⁴⁷ Así, JORDANO FRAGA, 1990, p. 153. Díez PICAZO, 1959, p. 172, opina que lo que contempla el artículo 1001 CC es un derecho propio de los acreedores que la ley les atribuye, en ningún caso un derecho de su deudor. El ejercicio de este derecho por los acreedores genera «unos efectos reflejos: ineficacia parcial de la renuncia, adquisición por el deudor de la porción de bienes necesaria para el pago de los créditos y contracción de los derechos de los beneficiados por la renuncia». LASARTE ÁLVAREZ, 2019, p. 284. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1981, p. 96. En la SAP de Tarragona de 8 de junio de 1999 (AC/1999/6667) se lleva a cabo un análisis de las diferentes teorías que han intentado explicar el artículo 1001 CC, decantándose parece por la de que se trata de una acción específica diferente de las generales del artículo 1111 CC.

defiende la inoponibilidad del acto de repudiación a los acreedores del repudiante en la medida de su perjuicio⁴⁸. En cualquier caso, este sería el punto de llegada, es decir, determinar el carácter o naturaleza del derecho que el artículo 1001 CC concede a los acreedores del repudiante, pues en este análisis creo que es imprescindible establecer el punto de partida, o lo que es lo mismo, averiguar el sentido y el alcance de la repudiación en el contexto de los principios del Derecho de sucesiones, y en qué medida estos principios colisionan o no con otros del Derecho de obligaciones, y más concretamente, con los propios de la garantía y protección del crédito.

3.1 Repudiación y subsiguiente aceptación o acrecimiento de los beneficiarios son actos válidos y eficaces

Una línea argumental mínimamente coherente conduce a preguntarnos por una cuestión simple: cuándo un patrimonio o bienes concretos de quien no es deudor responde de las deudas ajenas. Se dirá que solo en los supuestos de garantía personal (fianza) o real (prenda o hipoteca) existe una responsabilidad sin deuda, pero es sabido que en el primer caso, el fiador es deudor y responsable con base en la obligación personal voluntariamente asumida, mientras que en el segundo, para buena parte de la doctrina, el tercero hipotecante o pignorante no es deudor, aunque sí responsable de forma limitada⁴⁹. También el tercer adquirente de un bien hipotecado se incluye entre estos supuestos, porque aunque no es deudor (si no asumió la deuda), no obstante, el bien queda sujeto a la acción del acreedor hipotecario. Esta última afirmación se matiza al afirmarse que aquél puede sufrir «las consecuencias de la posible ejecución de la hipoteca, pero ello ni le convierte ni le transforma en responsable»⁵⁰.

La razón por la que abro con esta cuestión previa no es otra que, si partimos de que la repudiación válidamente realizada (con el carácter formal⁵¹ y sin que en ella haya indicio alguno de vicio en la

⁴⁸ REBOLLEDO VARELA, 2014, p. 722. GETE ALONSO Y CALERA, 2011, p. 320. ARROYO AMAYUELAS, 2016, p. 1439. FLORENSA I TOMÁS, *La Ley*, 2000, pp. 14 y ss.

⁴⁹ Para CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *ADC*, 2006, p. 1.662, el tercero hipotecante ni debe ni responde. Según el autor, p. 1.668, la hipoteca es una carga real que nada tiene que ver con la responsabilidad (art. 1911 CC). Para la doctrina mayoritaria (CARRASCO PERERA, 2014, pp. 716 y 717. PANTALEÓN PRIETO, *La Ley*, 2002, pp. 1 y ss.), sin embargo, el tercero hipotecante no es deudor pero sí responsable, aunque de forma limitada a diferencia del fiador que lo es ilimitadamente (con todo su patrimonio).

⁵⁰ Díez PICAZO, 2008, p. 19, versión obtenida de la Base de Datos Aranzadi Institucional.

⁵¹ Artículo 1008 CC. «la repudiación de la herencia deberá hacerse ante Notario en instrumento público», quedando zanjada la cuestión de a qué se refería el precepto en su redacción anterior cuando aludía a documento auténtico, aunque generalmente se afirmaba (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1981, p. 95) que se estaba refiriendo a documento indubitado (no existe duda de la repudiación por los términos en que se expresa, ni

declaración, o como el artículo 997 CC establece, que no aparezca posteriormente a la repudiación un testamento desconocido⁵²), los efectos retroactivos de la misma (art. 989 CC), determinan que pueda tener lugar la sustitución si así lo dispuso el testador (art. 774 CC), el acrecimiento (art. 981 y 982 CC), o, en su caso, el llamamiento abintestato (arts. 912.3 y 986 CC)⁵³, de forma que estos otros herederos (y una vez hayan aceptado en los supuestos que se requiere), adquirirían la cuota parte del repudiante, entendiéndose que lo hicieron desde el mismo momento en que la sucesión se abrió⁵⁴. Sin embargo, por efecto del artículo 1001 CC, resultará que aquella porción de la herencia que ahora pertenece a los beneficiarios, queda afecta al pago de unas deudas que para ellos son ajenas. ¿Estamos entonces ante un supuesto de responsabilidad sin deuda?⁵⁵

Si el llamado que repudia la herencia es libre de hacerlo (art. 988 CC⁵⁶), el artículo 989 CC va más allá al precisar que, no

tampoco que proviene del llamado repudiante). En este sentido se pronunció la STS de 9 de diciembre de 1992 al declarar que «Se trata de una renuncia pura y simple a la herencia, hecha en documento que se ha probado auténtico, como procedente indubitadamente de los mismos, por lo que se cumple el requisito exigido en el artículo 1008 del Código Civil, que establece la necesidad de la forma escrita para la renuncia en cualquiera de las tres manifestaciones que en el mismo se recogen, ya que el documento auténtico que en el citado precepto se habla no es sinónimo de documento público, sino de documento que indubitadamente procede del renunciante».

⁵² Sobre la posible aplicación de este último supuesto, se pronuncia la SAP de Orense de 28 de diciembre de 1993 (AC/1993/2521).

⁵³ Sobre estas cuestiones puede consultarse, GALVÁN GALLEGOS, Repositorio UCM, 1994, pp. 412 y ss. SÁNCHEZ CID, 2016, pp. 300 y ss. LÓPEZ FRÍAS, *RDC*, 2019, n.º 1, pp. 133 y ss.

⁵⁴ No es de esta opinión COSTAS RODAL, 2013, p. 7.223.

⁵⁵ Según, FERRI, 1968, pp. 112 y ss., el beneficiario adquiere bienes vinculados o en garantía de una deuda ajena. En el mismo sentido, CAPOZZI, 2009, p. 328. De igual forma, SESTA, 2011, p. 833. BALESTRA y DI MARZIO, 2014, Capítulo II, I, II, 9.2. ZECCHINO, *Persona e mercato*, 2018, p. 17.

⁵⁶ Como afirma RAGEL SÁNCHEZ, 2013, p. 7135, «la libertad es característica esencial en los sistemas de adquisición sucesoria que, como el nuestro, se apoyan en la voluntad del llamado, y de ahí que se haya considerado por la doctrina como un principio básico del Derecho sucesorio con carácter de orden público». En este sentido, la SAP de Vizcaya de 21 de noviembre de 2000 (JUR/2001/77322) declaró que «la renuncia a la herencia efectuada por D. Luis Fernando no puede ser declarada nula con el designio, pues es esa la finalidad que en último término parece perseguirse, de que el heredero que renunció la acepte finalmente, y ello por cuanto que tanto la aceptación como la repudiación de la herencia son, según resulta del artículo 988 del Código Civil, actos enteramente voluntarios y libres. Lo que no impide, a tenor del artículo 1001 CC y, precisamente, para evitar el desamparo ante actuaciones fraudulentas del heredero, que sus acreedores, sí éste repudia la herencia en su perjuicio, puedan pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél. Ahora bien, no se trata en el caso de esta acción, a la que debió, en su caso, acudir la demandante ahora recurrente, sino de la de nulidad por simulación, que, como se deja dicho, no puede acogerse en ningún caso, pues la repudiación de la herencia como acto enteramente voluntario, libre e irrevocable, a salvo las excepciones del artículo 997, que no resultan del caso, no puede ser anulada». La sentencia sostuvo además que «Tampoco resulta procedente la anulación de la partición, porque en el presente caso no existen elementos de los que derivar con suficiencia, ni siquiera a través de un proceso deductivo recta y lógicamente trabado, la conclusión de estarse en presencia, por inexistencia de causa, de un supuesto de simulación absoluta, siendo lo cierto y lo razonable, máxime

es solo que no llegue a adquirir, sino que la retroacción de sus efectos al fallecimiento del causante «lo coloca en la misma situación que si no hubiera sido nunca llamado»⁵⁷. De este modo, la cuota y los bienes que la integran han sido completamente extraños al deudor, y sin embargo, esa misma cuota va a responder aun cuando pertenezca a otros herederos. Se podría argumentar que la parte que hubiera podido corresponder al repudiante queda afecta al pago de sus deudas solo porque el artículo 1001 CC así lo establece⁵⁸, pero esta misma razón valdría para los beneficiarios, pues los artículos 981 y siguientes del CC también prevén el destino de la misma, y para unos sujetos diferentes del deudor y sus acreedores.

De nuestro Código deriva que la repudiación formalmente realizada es válida, de forma que el destino de la cuota repudiada seguiría las reglas del Código civil ya mencionadas. Con este sentido, la existencia de deudas del repudiante, en línea de principio, no debería afectar al derecho de los restantes herederos. El artículo 1001 CC no determina, necesariamente, que no conserven su derecho al valor total de la cuota repudiada. Entenderlo de otro modo implica admitir que la repudiación no fue válida ni eficaz, dado que el repudiante obtiene provecho⁵⁹.

El motivo me parece evidente: las deudas del repudiante se extinguen (total o parcialmente) como consecuencia de la acción de los acreedores con bienes que nunca le llegaron a pertenecer. Siendo así, por más que se sostenga que del efecto del 1001 CC el repudiante no puede obtener ventaja⁶⁰ (que es lo que viene a esta-

considerada la presunción favorable a la existencia de la causa (art. 1.277), admitir que la misma concurre al tratarse de una partición efectuada por quienes ostentan la condición de herederos en relación con una masa hereditaria que hasta el momento de efectuarse la misma, no consta que se hubiera dividido y adjudicado, lo que, desde luego, no conduce a pensar que la partición realizada fuese una mera apariencia o una simple ficción, sino más bien una realidad completa y plenamente justificada, ante la existencia de una herencia no liquidada y de una comunidad de herederos pendiente de su final mediante la distribución entre ellos de las titularidades contenidas en el acervo hereditario».

⁵⁷ En este sentido, LACRUZ BERDEJO, *ADC*, 1950, p. 1.127. RAGEL SÁNCHEZ, 2013, p. 7.146. Entre la doctrina italiana, BARBA, 2008, p. 48, sostiene que el acto de renunciar la herencia incide sobre la situación jurídica subjetiva consistente en el poder de aceptar la herencia y determina, con respecto a la misma, una cuestión jurídica que, genéricamente, puede designarse en términos de pérdida del poder.

⁵⁸ Así lo sostiene BAYOD LÓPEZ, 1998, pp. 87 a 95.

⁵⁹ Según DÍEZ PICAZO, *ADC*, 1959, p. 171, «la herencia, en esta anormal aceptación va a aprovechar: en primer lugar, a los acreedores hasta el importe de sus créditos... al deudor llamado, en segundo lugar, no solo en cuanto a la disminución de su pasivo que supone el pago de sus deudas, sino también porque las deudas del llamado solo pueden entenderse pagadas con sus propios bienes, presuponiendo, en este sentido, la adquisición de los mismos. Si las deudas del llamado se hubieran pagado con bienes de otros, su titular tendría siempre un derecho de repetición contra el verdadero deudor, puesto que habría pagado por él».

⁶⁰ El artículo 831 del Proyecto de 1851 establecía que «*Si el heredero, aun sin mediar precio, repudia en fraude de los acreedores, pueden estos pedir al juez que les autorice para aceptar la herencia a beneficio de inventario, representando al primero. En*

blecer el párrafo 2.º del art. 1001 CC aunque con una expresión no muy afortunada), esta afirmación parece no sostenerse si resulta que el pasivo de su patrimonio habrá disminuido, aumentando, en consecuencia, su patrimonio neto⁶¹.

Resultado de lo anterior es que si la repudiación fue válida y de ella no puede beneficiarse el deudor, correspondería a los acrecidos, sustitutos o sucesivamente llamados, un derecho de reembolso respecto de la cantidad destinada a cubrir los derechos de crédito de los acreedores del repudiante.

Esta idea no es nueva y había sido ya apuntada por Demolombe⁶², Laurent⁶³ Ricci⁶⁴, Borsari⁶⁵, Colin y Capitant⁶⁶, unos para

este caso la aceptación solo aprovechará a los acreedores para el pago de sus créditos, pero no al heredero que repudió».

⁶¹ BAYOD LÓPEZ, 1998, p. 187, admite que el repudiante se ve beneficiado, aunque después lo matiza advirtiendo que su posición económica «no se ve alterada con respecto a la herencia». Justifica que el repudiante vea disminuido su pasivo, como efecto propio del artículo 1001 CC, sosteniendo que es «la voluntad del legislador al declarar eventualmente responsable al patrimonio hereditario, pues la norma persigue una única finalidad: la satisfacción del interés de los acreedores, que no se produciría sin la consecuente extinción total o parcial de la deuda que da origen al crédito». Entiendo, sin embargo, que siendo efectivamente un efecto de la regla del artículo 1001 CC, la extinción (total o parcial) de las deudas del repudiante, esto no impide aceptar que se ha hecho con bienes que nunca le pertenecieron, y que, por el contrario, fueron adquiridos, desde el momento de la apertura de la sucesión, por unos sujetos distintos conforme a lo dispuesto por el testador o la ley. Esta regla no queda distorsionada por el hecho de que, como la propia autora sostiene, siendo repudiación y adquisición subsiguiente perfectamente válidas, habiéndose pagado a los acreedores con bienes de la herencia, los beneficiarios puedan repetir contra el deudor repudiante. En nada afecta a la regla del 1001 CC, y sin embargo, se cohonesta la previsión de este precepto con los principios que rigen la repudiación y aceptación hereditaria.

⁶² DEMOLOMBE, 1879, p. 80, si la parte del renunciante corresponde a los restantes coherederos y de ella se detraen bienes para pagar a los acreedores de aquél, debe comprenderse que entonces los beneficiarios de aquella cuota han pagado a los acreedores del repudiante con bienes que les correspondían, por lo que éstos tienen un derecho a repetir contra el renunciante cuando venga a mejor fortuna. Para ello argumenta que el artículo 788 del Code establece que la renuncia «no será anulada en beneficio del heredero que renuncia», de forma que, en sentido contrario, si éste se ve liberado de sus deudas, debe reconocerse el derecho de repetición, porque aquel jamás tuvo derecho sobre los bienes que finalmente van destinados a abonar sus deudas.

⁶³ LAURENT, 1887, p. 549, se plantea si los beneficiarios de la cuota renunciada pueden exigir que se les abone la cantidad destinada a satisfacer las deudas del repudiante, pues como tal ficción, si aquel repudió no le puede beneficiar la anulación de la renuncia, pero apunta también que si se entiende que los bienes, por el hecho de la anulación de la renuncia ficticiamente están en el patrimonio del renunciante y no, por tanto, en el de los otros beneficiarios, no podría tener lugar el reembolso.

⁶⁴ RICCI, no consta fecha de publicación, pp. 232 y 233, afirmaría que dependiendo de la opción que se adopte en relación con el tipo de acción que el precepto contiene, si se entiende que por efecto de la nulidad de la renuncia los bienes entraron al patrimonio del deudor renunciante, no corresponde ningún derecho de reembolso a los beneficiarios coherederos del renunciante, puesto que los acreedores habrían visto satisfechos sus créditos con bienes del deudor; pero si se sostiene que aquellos bienes no pertenecieron al renunciante y que, por consiguiente, corresponden al aceptante, no puede entonces negarse que las deudas fueron pagadas con dinero ajeno y que el que paga por otro tiene derecho de reembolso.

⁶⁵ BORSARI, 1874, pp. 1021 y ss.

⁶⁶ COLIN et CAPITANT, 1921, p. 479, al considerar que los beneficiarios de la renuncia (que es efectiva y se mantiene), tienen derecho de repetición contra el renunciante

defenderla, otros para descartarla. Entre nuestra doctrina actual, a diferencia de la italiana⁶⁷, no es sin embargo un sentir generalizado, y parece que la opinión contraria es la que prevalece al limitarlo al exceso o remanente⁶⁸.

En cualquier caso, como certeramente ha apuntado Arroyo Amayuelas, «el artículo 1001 CC no prejuzga cómo deban resolverse las cosas entre el deudor y los que resulten ser propietarios definitivos de los bienes con posterioridad al cobro de los acreedores personales del primero, cabe defender que la acción de reembolso es, al menos teóricamente, posible»⁶⁹. Solución que también ha sido defendida por Jordano Fraga, afirmando que «el tercero heredero tiene derecho a recibir, en las relaciones internas con el deudor repudiante, todo el valor económico que, por testamento o por ley, hubiera éste podido adquirir en la herencia repudiada; lo contrario sería admitir, dentro de dicha relación interna, un enriquecimiento injustificado del deudor repudiante (en forma de reducción de su pasivo) a costa del tercero heredero (que ve correlativamente disminuido su lucro sucesorio)»⁷⁰.

Lo dicho es consecuencia de que la repudiación es válida, como también la sustitución, aceptación o acrecimiento de los beneficiarios. Con ello se evita la vulneración de prácticamente todas las disposiciones generales que contienen la sección tercera y cuarta del Capítulo V, y es que la regla del artículo 1001 CC no excluye la aplicación de otras que permitirían cohonestar los principios sobre los cuales se asientan repudiación y aceptación (retroactividad, indivisibilidad⁷¹, irrevocabilidad⁷², y más concretamente, la de que

cuando éste venga a mejor fortuna por el valor de los bienes que a ellos correspondían por la renuncia y que han servido para saldar sus deudas, estiman que es lo más equitativo, pues de otro modo su renuncia le beneficiaría indirectamente.

⁶⁷ FERRI, 1968, pp. 112 y ss. CAPOZZI, 2009, p. 328. LUPIA, 2009, p. 238. READELLI, 2010, pp. 175 y 176. SESTA, 2011, pp. 833 y 834.

⁶⁸ Así, claramente BAYOD LÓPEZ, 1998, p. 187.

⁶⁹ ARROYO AMAYUELAS, 2016, p. 1440.

⁷⁰ JORDANO FRAGA, 2001, pp. 125 y 126.

⁷¹ Sobre este concreto aspecto, SAP de Madrid de 13 de diciembre de 2012 (JUR/2013/33658).

⁷² STS de 28 de marzo de 2003 (RJ/2003/3038): «La norma de irrevocabilidad de la aceptación y de la repudiación de la herencia, es una norma imperativa cuya aplicación no puede ser eludida por la parte una vez emitida la declaración de voluntad en que consiste, ni puede ser dejada sin efecto por actos o declaraciones de voluntad en contrario, cualquiera que sea la proximidad en el tiempo entre estos actos o declaraciones de voluntad y la repudiación de la herencia, y que el artículo 997 no establece distinción alguna a este respecto: de acuerdo con el texto legal, la eficacia de la repudiación de la herencia sólo se ve alterada por la impugnación fundada en la existencia de algún vicio del consentimiento o en la aparición de un testamento desconocido, ineficacia que ha de hacerse valer mediante el ejercicio de la correspondiente acción que aquí no ha sido utilizada. Repudiada la herencia... no llegó, en ningún momento a adquirir la herencia, por virtud del efecto retroactivo de la aceptación y de la repudiación; aceptada en referida escritura notarial la herencia por las demás herederas, éstas adquirieron la misma desde el momento de la muerte del cau-

de la acción de los acreedores del deudor no puede éste obtener ventaja), de ahí que el artículo 1158 CC no deba ser descartado⁷³.

Entender lo contrario: la repudiación no es válida en la medida del perjuicio de los derechos de crédito de los acreedores, supondría admitir, por un lado, que hay aceptación aunque limitada del deudor (le beneficia al extinguirse total o parcialmente sus deudas, pero no se le atribuye la cualidad de heredero con lo que ello comporta); por otro, que se estaría ante una ineficacia parcial de la sustitución prevista por el testador, del acrecimiento o de la aceptación de los beneficiarios⁷⁴, pues en caso de existencia de deudas del repudiante, los beneficiarios no llegaron a adquirir la parte de la herencia destinada al pago de aquellas (y, por ello, sin posibilidad de exigir el reembolso), lo que creo, en modo alguno deriva de la regla que contiene el precepto⁷⁵. En tal caso, el acrecimiento o la aceptación de los beneficiarios, estaría limitada y condicionada a la existencia de remanente.

Considero, no obstante, que si así fuese, aquellos preceptos que regulan el destino de la herencia en caso de repudiación, establecerían esa salvedad. Es decir, recogerían como excepción que, en este caso, no tendrían lugar esos efectos si existen acreedores del repudiante que han instado la acción del 1001 CC. Debe hacerse notar, así mismo, que ambas reglas: la del 1001 CC y las relativas a quién se atribuye la parte repudiada, no son incompatibles. Ambas pueden operar a un mismo tiempo, pues las posiciones jurídicas de acreedores y beneficiarios quedarían salvaguardadas. Además, con esta interpretación, se salva el problema de qué sucede con la parte repudiada hasta tanto los eventuales acreedores del repudiante no ejercen el derecho/acción que se les concede. Mientras los acreedores no hacen uso de la prerrogativa que el artículo 1001 CC les atribuye, la parte que fue objeto de repudiación sigue el curso normal dispuesto en el Código: la sustitución, si se previó por el testador, acrecimiento o nuevo llamamiento. En fin, no estará de más recordar que deudor es el repudiante, y que las consecuencias y vicisitudes de su deuda, como cualquier otra obligación, deben ser soportadas por él. Si un tercero no deudor ni responsable paga por el obligado, tiene derecho a ser reembolsado.

sante (arts. 661 y 898 del Código Civil) y en virtud del derecho de acrecer por la repudiación de la coheredera (art. 982.2.º del Código Civil). Tal efecto, no se destruye por la declaración contenida en el documento privado de 24 de mayo de 1981, cualquiera que sea el motivo o la causa en que se funda el otorgamiento del mismo».

⁷³ Así, JORDANO FRAGA, 2001, pp. 125 y 126.

⁷⁴ COSTAS RODAL, 2013, p. 7223, afirma que «la repudiación no despliega los efectos que le son propios (llamamiento del sustituto *ex art. 774 CC*; acrecimiento en virtud de los arts. 981 si la sucesión es intestada, y 982 si la sucesión es testamentaria; apertura de la sucesión intestada conforme al art. 912.3.º *in fine* del CC), sino que abre a los acreedores la posibilidad de pedir la autorización al juez para aceptarla en nombre del deudor».

⁷⁵ En este mismo sentido, ARROYO AMAYUELAS, 2016, p. 1.440.

Con todo se ha llegado a afirmar que en relación con esa herencia o cuota parte de la misma, hay una doble aceptación y adquisición, «por el llamado que renunció, que adquiere los bienes necesarios para la satisfacción de sus acreedores, y por los beneficiados por la renuncia, que adquieren el remanente, y todo ello aun «en contra de las reglas generales de la sucesión»⁷⁶. Es más, se sostiene que admitiéndose que se produce una atribución patrimonial al renunciante deudor, «esta solo es explicable en virtud de la toma de posesión del título de heredero»⁷⁷.

No creo, sin embargo, que sea ésta una interpretación adecuada del precepto⁷⁸, dado que contraviene la regla de retroacción de la aceptación y repudio. Además, herederos son ahora los beneficiarios de la repudiación, no pudiendo coexistir, ni aun excepcionalmente, el título de heredero en el repudiante y en los beneficiarios⁷⁹. Se añade a lo señalado, que no puede hacerse absoluta abstracción de que la repudiación no se produjo, la repudiación existe (es irrevocable, art. 997 CC)⁸⁰ y es por ello que entra en juego el derecho de los acreedores que contiene el artículo 1001 CC⁸¹.

3.2 La ineficacia parcial y relativa de la repudiación que perjudica a los acreedores y la categoría de la inoponibilidad

Si la repudiación es válida y eficaz para el deudor y los beneficiarios⁸², pero no lo es para los acreedores ¿cómo se explica que un único acto sea al mismo tiempo válido, eficaz e ineficaz según a las

⁷⁶ Díez PICAZO, *ADC*, 1959, pp. 171, 192 y 193.

⁷⁷ Díez PICAZO, *ADC*, 1959, p. 192. La opinión mayoritaria de la doctrina es contraria a esta afirmación, así, entre otros, LACRUZ BERDEJO, *ADC*, 1950, pp. 1126 y ss. ARROYO AMAYUELAS, 2016, p. 1440. REBOLLEDO VARELA, 2014, pp. 722 y 723.

⁷⁸ También FLORENSA I TOMÁS, *La Ley*, 2000, p. 16.

⁷⁹ Que es lo que afirma que se produce Díez PICAZO, *ADC*, 1959, p. 192.

⁸⁰ En el mismo sentido, GITRAMA GONZÁLEZ, 2004, p. 6. LACRUZ BERDEJO, *ADC*, 1950, p. 1126. ARROYO AMAYUELAS, 2016, p. 1439.

⁸¹ La regla de la retroacción evitaría también entrar a distinguir si la aceptación de los beneficiarios se produjo antes o después del ejercicio de la acción por los acreedores, ya que de contrario, y como se ha llegado a sostener, Díez PICAZO, *ADC*, 1959, p. 193, ello implicaría, a su vez, que habiendo aceptado con anterioridad al ejercicio del derecho que el artículo 1001 CC concede a los acreedores, habría que declarar la ineficacia (al menos parcial) de aquella aceptación. Para Díez PICAZO, *ADC*, 1959, p. 193, hay que diferenciar la aceptación realizada antes o después del ejercicio de la acción por los acreedores, olvidándose de los acrecidos que no tienen que aceptar, y de la regla de retroacción al momento de la apertura de la sucesión, tanto para la repudiación como para la aceptación. Nótese además, que este mismo autor advierte que en el caso de que los beneficiarios pagasen antes de que los acreedores ejercitasen la acción del 1001 CC, aquellos se subrogan en los derechos de los acreedores frente al deudor y adquirirían todos los bienes de la herencia. Si el pago se realiza después, podrán repetir contra el deudor, pero adquirirán los bienes que respondían del pago.

⁸² Aunque según, GITRAMA GONZÁLEZ, 2004, p. 7, para éstos solo es eficaz en el remanente, idea que es sustentada por casi toda la doctrina.

personas a las que afecte? Ha sido tradicional sostener que no parece que se esté en presencia de una acción impugnatoria de la repudiación (rescisión), pues su efecto sería restablecer al repudiante a la situación anterior al repudio, es decir, ostentando de nuevo el *ius delationis*⁸³, y entonces las opciones serían: a) que el que repudió pueda optar entre aceptación o repudiación (lo que por razones obvias no tiene sentido, pues existiendo libertad, podría repudiar otra vez); b) obligarle a aceptar (pero entonces se vulnera la voluntariedad y libertad en el ejercicio del *ius delationis*, además de que en virtud de dicha obligación devendría heredero con todas las consecuencias, extremo éste que en ningún caso deriva del art. 1001 CC)⁸⁴; c) para que sean los acreedores los que acepten en lugar del repudiante y en la medida de sus créditos.

Esta última posibilidad es la que históricamente se ha venido manteniendo⁸⁵, solución que tampoco satisface dado que, entre otras objeciones⁸⁶, los acreedores ejercen un propio derecho, no se

⁸³ En el mismo sentido, FLORENSA I TOMÁS, *La Ley*, 2000, p. 4.

⁸⁴ Como se pregunta Díez Pícazo, *ADC*, 1959, pp. 168 y 169, ¿está el deudor obligado a aceptar la herencia que se le defiere? Según este mismo autor la facultad de optar constituye una *facere* personalísimo, aunque sí que hay «una obligación del deudor a mantener su propia solvencia, obligación cuya forma de realización sería en principio indiferente. La solvencia del deudor es un bien de los acreedores, motivo por el que la ley les protege, atribuyéndoles determinadas acciones dirigidas a conservarla, pero no impone al deudor un deber en ese sentido». Sin embargo, parece que en nuestro Derecho histórico existió una excepción en favor del Fisco Real (Cap. XIII § 33), obligando al llamado a aceptar la herencia, HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica, laberinto de comercio terrestre y naval*, 1790, citado por JEREZ DELGADO, 1997, p. 47. Según MAIERINI, 1877, pp. 67 y 68, para los Pandectistas constituía también otra excepción a favor del fisco (se fundan en el fragmento 45, pr. *de iure fisci*, XLIX, 14, Paulo), aunque en este caso, referida a la posibilidad de impugnación mediante la pauliana cuando no se concedía como regla general. La STS de 30 de mayo de 2003 (RJ/2003/3917), declaró que «como tiene establecido el artículo 988 del Código civil, la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres, por lo tanto no pueden los acreedores obligar o compeler a un heredero a aceptar la herencia, como sería el caso de que tuviese éxito la acción rescisoria, sin embargo, para el supuesto de que la repudiación de la herencia provoque un perjuicio a los acreedores del heredero, se les concede a aquellos la posibilidad de que previa autorización judicial, puedan aceptar la herencia en nombre de aquél, pero sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste para cubrir el importe de sus créditos, tal como previene el artículo citado por la parte como infringido en los dos primeros motivos del recurso, el artículo 1001, concluyendo el citado precepto, que si hubiere exceso, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las normas establecidas en el Código civil. Por lo que hay que concluir que en el supuesto de renuncia de la herencia por un heredero, si la misma perjudica a sus acreedores, la única forma que tienen éstos de evitar ser perjudicados es acudir a la acción que les otorga el artículo 1001 del Código civil, opción que no ha ejercitado el Banco actor, y que otorga a los acreedores el derecho de aplicar al pago de sus créditos la porción necesaria de la herencia repudiada».

⁸⁵ DE CASTRO Y BRAVO, 1932, p. 206.

⁸⁶ Más discutible es si el *ius delationis* es uno de los derechos excluidos de la subrogatoria por ser personalísimo. En este punto la doctrina no está de acuerdo. WINDSCHEID, 1925, pp. 293 y 312, sostuvo que «el derecho que nace del llamamiento es sumamente personal y no trasciende a los herederos», aunque admite que existen excepciones. GLÜCK, 1907, p. 292, afirmó que la regla general en el Derecho romano clásico era la de *per procuratorem hereditas acquiri non potest*, sin embargo presentaba excepciones, de ahí que para

BONFANTE, 1907, p. 293, dicha regla no tenga una base adecuada. Para RUGGIERO, 1931, p. 990 y 991, el *ius delationis* se concebía en el Derecho romano como un derecho personal y, por tanto, intransmisible, pero seguidamente recogió excepciones que fueron ampliándose, aunque nunca se llegó a negar formalmente aquel carácter: la *transmissio Theodosiana* (o *ex iure sanguinis*), en virtud de la cual si alguien instituía heredero a su descendiente y este muriese antes de la apertura del testamento, el *ius delationis* se transmitía a los herederos o descendientes del instituido; y la *transmissio Iustiniana* (o *ex iure deliberandi*), en la que el llamado a la herencia, si fallecía antes de haber transcurrido un año desde la noticia de que tuvo lugar la delación sin haber aceptado o repudiado, transmitía a sus propios herederos la facultad de aceptar o repudiar dentro del tiempo que faltase para completar el año. Para el autor citado esto significa que el *ius delationis* perdió su carácter personal al formar parte del patrimonio de su titular y que con ese patrimonio pase a quienes sean sucesores universales de aquel. Según LACRUZ BERDEJO, ADC, 1950, pp. 1128 y ss., es posible la subrogación en el *ius delationis* y, concretamente, para la aceptación por los acreedores del repudiante, dado que para el autor se trata de un derecho patrimonial y transmisible. Para GALVÁN GALLEGOS, 1994, pp. 108 y 109, es un derecho personalísimo, aunque admite que no lo es su ejercicio. Sostiene que «el *ius delationis* tiene un contenido patrimonial, y que sea personalísimo implica que es la ley o la voluntad del testador la que atribuye a un sujeto concreto ese derecho, solo el llamado lo ostenta es inherente a la cualidad del llamado y de ahí que sea intransmisible por voluntad del llamado, pero su ejercicio no lo es». Sin embargo, para GETE ALONSO Y CALERA, 2011, p. 280, versión generada de Aranzadi Instituciones, no es un derecho personalísimo. Sostiene JEREZ DELGADO, 1997, p. 332, nota 27, que el *ius delationis* supone ya un relativo valor patrimonial atribuido *ex lege* al llamado a la herencia, pues la titularidad de los bienes que la integran se encuentra vacante o en situación jurídica de pendencia (a diferencia de nuevo con la no aceptación de la donación). Así, en la repudiación, en cierto modo, supone una pérdida de carácter patrimonial para quien estaba llamado, si el activo hereditario supera el pasivo. Según ATAZ LÓPEZ, 1989, p. 100, y JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo...*, 1996, p. 39, y en *Los acreedores del llamado...*, 1996, pp. 33 y ss., el *ius delationis* no forma parte del activo patrimonial del deudor, lo que justifica que no pueda ser ejercido vía subrogatoria por los acreedores. Más concretamente, JORDANO FRAGA, 1990, p. 146, afirma que «el *ius delationis* y el conjunto de poderes accesorios de que se inviste al llamado a una determinada herencia, no tiene carácter patrimonial». Argumenta el autor citado en p. 149, que «Si la delación fuera un componente patrimonial del patrimonio del llamado, cuyo valor económico se determinase por el saldo de la herencia yacente a que se refiere, habríamos de concluir que la adquisición de la delación para una determinada herencia pasiva supone ya, sin contar con su voluntad para nada, un empobrecimiento del titular del *ius delationis*, con lo que sus acreedores personales, a pesar de dicho carácter involuntario de la adquisición, deberían poder impugnar esa adquisición del *ius delationis*. Cosa que, desde luego, nadie osa tan siquiera imaginar». De esta misma opinión es, entre la doctrina italiana, FERRI, 1960, pp. 29 y ss. En la SAP de Málaga de 27 de septiembre de 2004 (JUR/2004/292455), se mantuvo que la repudiación «es unilateral pues aunque coexistan varios coherederos cada uno de ellos debe realizar su propio acto de repudiación, que es un acto voluntario y libre, pues a nadie se le puede imponer forzosamente la sucesión; es cierto que dicha voluntariedad no significa que sea un negocio jurídico personalísimo, toda vez que el llamado a la herencia puede renunciar –también aceptar–, por medio de un representante voluntario, pero para que esto acontezca eficazmente será preciso que la renuncia sea formulada por aquel a quien le haya sido otorgado por quien pretende no aceptar una herencia, poder especial para formularla en nombre del representado, cosa que por otra parte tiene una sólida base, si se tiene en cuenta que tanto la aceptación como la renuncia integran actos de disposición, para los cuales, es sabido, no basta el poder otorgado en términos generales. El más elemental examen de los documentos aportados permite concluir la inexistencia de poder alguno, ni general ni especial, otorgado por marido de la demandada para que ésta pudiera repudiar la herencia correspondiente a los padres y a un hermano de aquel; bajo este prisma es evidente que ninguna eficacia puede tener el documento de renuncia firmado por la esposa del presunto renunciante, pues por el hecho del matrimonio no lo representa, y si en efecto, el renunciante se encontraba incapacitado para firmar por sufrir artrosis en la mano, se debió hacer comparecer a un Notario que diera fe de la imposibilidad de firmar o incluso de una supuesta incapacidad, que de haberse constatado hubiera determinado la imposibilidad de poder formular renuncia, ni por sí mismo, ni por

colocan en la posición del deudor que omite o prescinde del ejercicio de una facultad, pues éste ya ejercitó su derecho a optar repudiando la herencia⁸⁷.

Cabe entonces preguntarse cuál puede ser la fórmula que en nuestro Derecho permita la preservación de la validez de la repudiación y aceptación respecto de deudor y beneficiarios y, a un mismo tiempo, la «parcial y relativa ineficacia» de la repudiación frente a los acreedores⁸⁸, y todo ello sin que se resientan las reglas básicas que organizan esta materia. Se dirá que solo la inoponibilidad parece ajustarse a este esquema, en la medida en que posibilita la conservación de aquellas declaraciones de voluntad y, a su vez, impide los efectos de la repudiación respecto de concretas personas (los acreedores) a los que puede perjudicar. En definitiva, los efectos de la repudiación no podrán ser opuestos a los acreedores protegidos, en nuestro caso, por el artículo 1001 CC⁸⁹.

Con este sentido se diferenciaría de la acción pauliana caracterizada por la impugnación (rescisión) de la declaración, esto es, por ir dirigida a agredir la eficacia de la repudiación, mientras que la inoponibilidad se singulariza por dejar indemne los efectos de aquella (y por ello también, el derecho de los beneficiarios). Se sostiene que con la rescisión o impugnación de la repudiación se iría más lejos de lo que la norma pretende: evitar el perjuicio que

su esposa, pues previamente hubiera debido constatarse dicha incapacidad, nombrarse judicialmente un tutor, y ser autorizada la renuncia por el juez, como acto de disposición patrimonial».

⁸⁷ GETE ALONSO Y CALERA, 2011, p. 313. LACRUZ BERDEJO, *ADC*, 1950, pp. 1127 y 1128, afirmando que «si la renuncia a la herencia coloca al renunciante en la misma situación que si no hubiera sido nunca llamado y, consiguientemente, debe estimarse que no ha tenido derecho alguno sobre los bienes hereditarios ¿cómo puede pensarse que los acreedores ejerciten mediante la subrogatoria un derecho del que su deudor carece? Sin embargo, para el autor, que no se trate de una simple subrogatoria no impide que en virtud del artículo 1001 CC sea la ley la que conceda a los acreedores la posibilidad de aceptar la herencia, «prescindiendo, solo en ese respecto, de los efectos de la renuncia». Según LACRUZ BERDEJO, *ADC*, 1950, pp. 1127 y 1128, el motivo se halla en que el llamado tiene un derecho de valor patrimonial –al menos, es capaz de tenerlo y ordinariamente lo tiene– del que no puede verse privado ya, y que es transmisible a sus herederos». No es de esta opinión JORDANO FRAGA, *Los acreedores del llamado...*, 1996, p. 30.

⁸⁸ No es de esta opinión VAQUER ALOY, *ADC*, 1999, pp. 1.540 y ss., para quien debe distinguirse, de un lado, rescisión de inoponibilidad, de otro, ineficacia relativa e inoponibilidad. Como ineficacia relativa lo califica ROGEL VIDE, 2008, p. 186. También JORDANO FRAGA, 2001, pp. 109 y ss., y FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, pp. 19 y 20.

⁸⁹ Como afirma VAQUER ALOY, *ADC*, 1999, p. 1546, «la configuración de la inoponibilidad como ineficacia relativa conlleva, pues, que mientras un mismo acto o negocio jurídico, además de válido, es plenamente eficaz para unas personas, entre las cuales figuran –como resulta obvio– las partes intervinientes, resulta ineficaz para otro grupo de personas». En igual sentido, FLORENSA I TOMÁS, *La Ley*, 2001, pp. 14 y ss. También entre la doctrina francesa, VERNIÈRES, *Dalloz*, 2013, p. 141. NADÈGE, *Gazette du Palais*, n° 13, 2020, p. 73. Sobre esta cuestión puede consultarse también, SEISDEDOS MUIÑO, 2018, pp. 268 y ss., aunque para la autora, en p. 274, no se trata de un supuesto de inoponibilidad, la norma del artículo 1001 CC «convierte la herencia en patrimonio eventualmente responsable de las deudas del repudiante».

aquella les causa⁹⁰. Con la inoponibilidad, por tanto, se busca proteger a concretos sujetos de un acto «necesariamente válido»⁹¹.

Nótese que si en el régimen clásico de la pauliana se ha venido exigiendo mala fe del adquirente o conocimiento del acto fraudulento (*consilium fraudis*)⁹², esa idea de fraude que se encuentra en el artículo 1291.3.º CC, determina unos efectos jurídicos negativos para el adquirente de mala fe (art. 1298 CC), pues no solo es que con la rescisión del acto pueda verse privado de los bienes (y restitución de los frutos), sino que además, en caso de no poder restituir, queda obligado frente al acreedor defraudado a responder⁹³.

⁹⁰ Ello abocaría además, a que también se debería rescindir el acrecimiento o la aceptación de los beneficiarios, de forma que se llegaría a la idea de que persiste la posibilidad de aceptación en el llamado repudiante que es ejercitada entonces por los acreedores, pero en tal caso, como afirma MINGORANCE GOSÁLVEZ, 2004, p. 3.277, sobre convertirse en heredero en contra de su voluntad, «el remanente del caudal hereditario, caso de haberlo, iría a parar a sus manos». En la citada STS de 30 de mayo de 2003 (RJ/2003/3917), además de sostenerse que «como tiene establecido el artículo 988 del Código civil, la aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres, por lo tanto no pueden los acreedores obligar o compeler a un heredero a aceptar la herencia, como sería el caso de que tuviese éxito la acción rescisoria, sin embargo, para el supuesto de que la repudiación de la herencia provoque un perjuicio a los acreedores del heredero, se les concede a aquellos la posibilidad de que previa autorización judicial puedan aceptar la herencia en nombre de aquél, pero sólo aprovechará a los acreedores en cuanto baste para cubrir el importe de sus créditos, tal como previene el artículo citado por la parte como infringido en los dos primeros motivos del recurso, concluyendo el artículo 1001 CC, que si hubiere exceso, no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las normas establecidas en el Código civil. Por lo que hay que concluir que en el supuesto de renuncia de la herencia por un heredero, si la misma perjudica a sus acreedores, la única forma que tienen éstos de evitar ser perjudicados es acudir a la acción que les otorga el artículo 1001 del Código civil, opción que no ha ejercitado el Banco actor, y que otorga a los acreedores el derecho de aplicar al pago de sus créditos la porción necesaria de la herencia repudiada», declaró que «Por lo expuesto y sin necesidad de entrar en otras consideraciones, procede casar la sentencia recurrida en los extremos que hagan referencia a la estimación de la acción rescisoria o pauliana, entablada contra la renuncia a la herencia del fallecido Don Felipe llevada a efecto ante Notario de Valladolid por el demandado Don Matías el 26 de agosto de 1993 y por consiguiente han de mantenerse las operaciones practicadas en orden a la sucesión del referido señor por los herederos que aceptaron su herencia en el citado día y por el cónyuge supérstite».

⁹¹ En este sentido, VAQUER ALOY, *ADC*, 1999, p. 1549, señalando que «la inoponibilidad solo puede aplicarse a actos jurídicos válidos y eficaces y, por consiguiente, se niega que consista en un tipo de ineficacia... La inoponibilidad deja intacto el acto jurídico, que genera sus efectos típicos con normalidad, efectos de los que son protegidas determinadas personas mediante este expediente».

⁹² En relación con la necesidad de fraude en la pauliana, puede consultarse, CRISTÓBAL MONTES, *RCDI*, 1999, p. 1867 y ss. De igual modo, ROBLES LATORRE, *ADC*, 1999, p. 666, señala que «la actitud fraudulenta debe predicarse no solo del deudor sino también de la persona que contrata con él». Respecto de los antecedentes, evolución y consecuencias que tiene para el adquirente, JUÁREZ TORREJÓN, *ADC*, 2018, pp. 1281 y ss. FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, pp. 19 y ss.

⁹³ Como advierte ALBALADEJO GARCÍA, 1989, p. 18, versión generada Vlex, <https://2019.vlex.com/#vid/articulo-1-111-228514>, «es justo exigir que el adquirente a título oneroso tenga conocimiento del fraude o participe en él, pues, en otro caso, le sería arrebatada la cosa...». Entiendo que la posibilidad de adquisición de la herencia o cuota parte de ésta, aun pudiendo ser considerada como una atribución a título gratuito, sin embargo, no proviene del repudiante (aun cuando algunos autores han sostenido lo contra-

Sin embargo, en el supuesto del artículo 1001 CC, la expresión perjuicio, como ha señalado reiteradamente la doctrina, va referido a un hecho objetivo: la mera repudiación del que no puede hacer frente a sus deudas y que causa un menoscabo en los derechos de los acreedores, sin necesidad de que esté presente el dato subjetivo de la actuación defraudadora del repudiante⁹⁴ (y, en su caso, del

rio), sino como antes señalé, porque la ley así lo dispone atendiendo a la última voluntad del testador (sustitución), o la ley (acrecimiento y llamamiento en la sucesión abintestato), de ahí que la presunción de fraude deba limitarse al supuesto del artículo 1297.1.º CC, es decir, al acto dispositivo del deudor y a título gratuito. En el ámbito de la repudiación, esto únicamente se da en el caso de que el deudor repudie gratuitamente a favor de uno o más de sus coherederos (art. 1000. 2.º CC), pero siendo así, no se tiene por repudiado, sino precisamente como aceptante y heredero (al igual que si lo hiciese por precio a favor de todos sus coherederos indistintamente, art. 1000. 3.º CC). Y que hay repudiación, sin más, se comprueba en el supuesto del artículo 1000. 3.º CC, cuando esta se hace gratuitamente en beneficio de los coherederos que por ley verían acrecida su cuota. Con todo, del artículo 831 del Proyecto de 1851 que establecía «*Si el heredero, aun sin mediar precio, repudia en fraude de los acreedores, pueden estos pedir al juez que les autorice para aceptar la herencia a beneficio de inventario, representando al primero. En este caso la aceptación solo aprovechará a los acreedores para el pago de sus créditos, pero no al heredero que repudió*», se extrajo (GARCÍA GOYENA, 1852, p. 218), que el argumento que se da para este artículo es que «la buena fe debe ser la base de todos los actos, y que probablemente el heredero recibirá dinero por repudiar».

⁹⁴ No obstante, hay quien entiende que la disposición a título gratuito no precisa de fraude, pues es suficiente el perjuicio al acreedor, lo que podría llevar a pensar que en el artículo 1001 CC repudiación equivale a disposición a título gratuito, y, por ello, el fraude quedaría absorbido por el perjuicio (así, GARCÍA GOYENA, 1852, p. 218). Considero sin embargo, que este razonamiento es inexacto, pues equipara repudiación de la herencia a acto dispositivo, lo que sabemos no es correcto para nuestro sistema, ya que con la repudiación no se dispone de nada que se tuviera, para ello hubiera sido necesaria la aceptación, y la omisión de adquirir no puede, por tanto, calificarse como enajenación. En este mismo sentido, COSTAS RODAL, 2013, p. 7.225. Esta interpretación acaso derive de la regla de capacidad del artículo 992 CC, «*pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes*», precepto que ha dado pie a esta teoría, es decir, teniendo en cuenta que aceptación y repudiación pueden dar lugar a efectos patrimoniales importantes, se exige la capacidad precisa para un acto de enajenación, lo que como he señalado, ha podido llevar a algún autor a considerar que el ejercicio del *ius delationis* implica, precisamente, un acto dispositivo. Así, BAUDRY-LACANTINIERI ET WAHL, 1905, p. 56, sostendrán que la renuncia es más una abdicación que una enajenación, aunque produce los mismos efectos que una alienación porque se priva de su derecho, de ahí que se exija capacidad para alienar. En p. 414, considera que es suficiente con el perjuicio y que no se exige el *consilium fraudis*, aunque también apunta que éste siempre se presume en los actos gratuitos y la renuncia lo es. DEMOLOMBE, 1879, p. 70 y ss., advierte además que esta nueva regla se refiere solo al perjuicio (*eventus damni*) y no, por tanto, al *consilium fraudis*. No se precisa el fraude, presupuesto que sí venía en el proyecto, pero que finalmente fue reemplazado por la expresión perjuicio (es una regla especial que se aparta de la general de la pauliana). Advierte también que algunos autores lo justificaban diciendo que el fraude se presumía en los actos gratuitos y que, en cierta forma, esto es lo que sucedía con la renuncia. LAURENT, 1887, p. 491, afirma que en el Derecho francés, en el momento de la renuncia, el heredero es propietario y poseedor de la herencia, por lo que con la renuncia el heredero abdica de un derecho que se encontraba ya en su patrimonio y esto es en sí, un acto de alienación». DE CASTRO Y BRAVO, 1932, p. 222, considera que la repudiación es un acto gratuito, razón que justifica el ejercicio de la pauliana y sus efectos. POTHIER, 1861, p. 144, sostiene que «solo pueden repudiar las personas capaces de enajenar, porque aunque la repudiación no sea una alienación propiamente dicha, quien repudia una sucesión omite adquirir, sin embargo, como el que repudia se perjudica, y se priva de la facultad de poder aceptar una herencia beneficiosa, esta repudiación de la sucesión se considera como una alienación, y esto no está permitido a las personas que no son capaces

adquirente). Con todo, este hecho no debe llevarnos a entender que al no estar ante una adquisición onerosa, el «fraude» queda subsumido en el perjuicio, y debe presumirse que el beneficiario conocía, o tenía posibilidades de conocer, que la repudiación que le beneficia es en menoscabo de los derechos de los acreedores⁹⁵.

Como regla general (que es la que parece desprenderse del precepto), el beneficiario de la repudiación no tiene por qué haber actuado de acuerdo con el repudiante. Es más, la atribución de la herencia o cuota parte repudiada, o la posibilidad de su adquisición, es consecuencia de la voluntad del testador o de la ley, sin intervención directa del beneficiario. No hay transmisión del repudiante al beneficiario⁹⁶, es la ley la que establece el acrecimiento, o la que concede el *ius delationis* al beneficiario, o, en su caso, el propio testador al prever una sustitución, razón que justificaría que el beneficiario no tenga el deber de soportar las consecuencias más gravosas que tienen lugar en la pauliana. En consecuencia, no se le debe considerar un adquirente de mala fe, y ello aun cuando su adquisición no sea a título oneroso⁹⁷ (se suele sostener que se trata

de alienar». Según MANRESA Y NAVARRO, 1900, p. 312, el artículo 992 CC establece que pueden aceptar o repudiar la herencia todos los que tenga la libre disposición de sus bienes, aunque como advierte otros Código hablan de libre administración o de capacidad para obligarse, «lo cual es distinto». Según el autor, «si el precepto se ha expresado con propiedad, y como debe suponerse con perfecto conocimiento de la trascendencia de su declaración... no cabe duda que se confiere una excepcionalísima importancia al acto de renuncia o de aceptación, pues se equipara al de la disposición o enajenación». MANRESA Y NAVARRO, 1900, p. 312, declara que «comprende este rigor respecto de la renuncia y aun de la aceptación pura, no de la aceptación a beneficio de inventario, para la cual sería suficiente la libre administración». GALVÁN GALLEGOS, 1994, p. 248, sostiene que tener libre disponibilidad significa un plus, se tiene en cuenta no solo la aptitud del sujeto, sino también la trascendencia y naturaleza del acto que se pretende realizar. De ahí que la autora considere que se trate de un acto dispositivo, en la medida en que en él se encuentra la renuncia... afirma que «las graves consecuencias que puede implicar la repudiación de la herencia para el sujeto llamado con delación que la realiza, es la justificación o *ratio legis* de la norma contenida en el párrafo 1.º del artículo 992 CC. La repudiación de la herencia tenida por lucrativa significa evitar un enriquecimiento patrimonial, originando un *lucrum cesans* que justifica la exigencia de la libre disposición por parte de quien repudia y no la mera capacidad de obrar para realizar actos de administración».

⁹⁵ Según COLINA GAREA, 2009, p. 1, versión generada de Aranzadi Instituciones, la acción del artículo 1001 se diferencia de la pauliana, entre otros aspectos, porque en aquella no se precisa el fraude del deudor. Esta idea (fraude) es la que, a pesar de la objetivación de la pauliana, forma parte de su estructura, pues como afirma JUÁREZ TORREJÓN, *ADC*, 2018, p. 1331, «la principal preocupación práctica del régimen rescisorio... es tipificar una serie de situaciones de las que deducir con valor de presunción... un determinado estado intelectual (y en su caso volitivo) por parte del adquirente, del daño que la enajenación causa a los acreedores del enajenante, lo que sería suficiente para convertir en oponible el daño ocasionado a los acreedores, y por ello, justificar que haya de soportar la consecuencia revocatoria».

⁹⁶ Recuérdese que cuando el repudiante lo hace a favor de uno o varios coherederos (art. 1000.2.º CC), se entiende que ha aceptado. Hay entonces transmisión de la herencia o de la cuota que a aquel corresponde por haber aceptado y, en tal caso, ya no es aplicable el artículo 1001 CC, sino el 1111 en relación con el 1291.3 CC.

⁹⁷ Según CRISTÓBAL MONTES, *RCDI*, 2001, p. 1443 y ss., «aun siendo el deudor de mala fe, basta que el adquirente lo sea de buena para que la enajenación resulte firme e

de un negocio «neutro»). La presunción de fraude que opera en las adquisiciones a título gratuito (art. 1297.1.º CC) y que deriva del régimen de los artículos 1290 y siguientes del CC, en relación con el 1111 CC, tiene como premisa acto dispositivo del deudor, es decir, que los bienes o derechos integrantes de su patrimonio y con los que el acreedor contaba, salen de aquél en perjuicio de sus créditos para lucrar a un tercero⁹⁸. Sin embargo, este mismo supuesto no se da en el acto de repudiación de la herencia⁹⁹, el repudiante no se desprende de bienes cediéndolos a los posibles beneficiarios (pues cuando este sucede ya sabemos que el Código

incommovible y no proceda la pauliana. En el caso de mala fe del deudor pero no del adquirente a título oneroso, lo único que cabría es una acción de daños frente al propio deudor insolvente». Respecto del adquirente a título gratuito señala que «parece que no cabrá considerar derecho alguno a favor del mismo cuando tenga lugar la revocación del acto fraudulento y, por ende, la pérdida de la cosa por él adquirida lucrativamente».

⁹⁸ En este mismo sentido, FLORENSA I TOMÁS, *La Ley*, 2001, p. 3, afirma que «la repudiación no es subsumible en el ámbito de la rescindibilidad –ni el artículo 1001 CC ni el 23 del Código de sucesiones hablan de rescisión–, del cual queda desplazada en virtud de los caracteres que suelen acompañar a aquella, es decir, el fraude y la naturaleza dispositivo-transmisiva del acto rescindible». GETE ALONSO Y CALERA, 2011, pp. 300 y ss., sostiene que en la previsión del artículo 1001 CC, a diferencia de la acción rescisoria por fraude, «nada sale del patrimonio del deudor llamado, sino que, al contrario, lo que ocurre es que se evita la entrada de unos bienes». También, JUÁREZ TORREJÓN, *ADC*, 2018, p. 1293, es de la opinión que la rescisoria tiene por objeto impedir la salida de bienes del patrimonio del deudor. Como advierte FERNÁNDEZ CAMPOS, *ADC*, 1997, p. 649, la acción pauliana tiene como objetivo evitar «la alteración o disminución de la garantía patrimonial». De igual modo, FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, pp. 170 y 71, considera que la acción pauliana no se limita a los actos dispositivos, sino también va dirigida a impugnar los actos de no enriquecimiento. Ésta es la acción que se ejerció en la SAP de Badajoz de 28 de octubre de 1998 (AC/1998/1964), en la que se recogía que «En este punto ha de destacarse que la acción ejercitada por el actor es la contemplada en el artículo 1111 del Código Civil. El camino a seguir para impugnar los actos realizados en fraude de acreedores ha sido la vía rescisoria que menciona el artículo 1291, concretamente en su apartado 3.º Es innecesario ahora reproducir nuevamente la argumentación contenida en la sentencia apelada acerca de las cuestiones que se suscitan. Habría sin embargo que resaltar que la forma de proceder del codemandado José L. G. es merecedora desde el prisma del derecho civil de ser calificada de fraudulenta... La otra consecuencia que se deriva de cuanto se está diciendo es que la declaración de fraude en la no aceptación de la herencia posibilita el que la sociedad actora puede hacer uso de la facultad que contempla el artículo 1001 del Código Civil, por lo que puede aceptar la herencia que en su momento no fue aceptada, y a su vez ello comporta el que la aceptación de la herencia llevada a cabo por la también codemandada Carmen L. G., hija del anterior, y sustituta vulgar testamentaria del mismo, conforme a los testamentos notariales de los que trae causa, haya de ser igualmente declarada nula, porque esta aceptación ha de valorarse de manera indisolublemente unida a la no aceptación llevada a cabo por su padre. Y ha de traerse nuevamente a colación el hecho de que el embargo de los derechos hereditarios de la persona a la que sustituye estaba debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, por lo que no puede hacer valer que desconocía el que el derecho hereditario de quien había renunciado a la herencia había sido embargado por sus acreedores». También en la SAP de Girona de 4 de junio de 1997 (AC/1997/1341), la acción que se ejercita es la del 1111 CC, en relación con los artículos 1290 CC.

⁹⁹ No es de esta opinión, CAZORLA GONZÁLEZ, 2007, pp. 110 y 111. Como sostiene PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, 2017, p. 1.718, «desde el punto de vista estrictamente jurídico, no existe en los supuestos de repudiación de la herencia ningún negocio jurídico atributivo de carácter gratuito, puesto que el repudiante no se desprende nada que le pertenezca, por lo que el resultado que se alcanza con ella no es llevar a cabo atribuciones patrimoniales».

lo tiene por heredero habiendo aceptado tácitamente la herencia, art. 1000 CC)¹⁰⁰, y por ello, el subsiguiente acrecimiento o aceptación del o de los herederos beneficiados no proviene de aquél (recuérdese que tanto repudiación como aceptación son actos unilaterales)¹⁰¹, sino de los preceptos que sean aplicables al supuesto concreto de que se trate¹⁰². Y es que cuando se sostiene que el beneficiario solo tiene derecho al remanente, se están aplicando los efectos de la pauliana y sobre la base de aquellos presupuestos (buena o mala fe del adquirente). Considero sin embargo, que dichos presupuestos no deben ser predicables del heredero sustituto designado por el testador, de los que han visto incrementada su cuota por acrecimiento, o del heredero abintestato, no teniendo que limitarse a la parte excedente una vez se hayan saldado las deudas del repudiante¹⁰³.

Se argumenta que en la rescisión por fraude de acreedores se debe ser «más cauteloso en las adquisiciones onerosas que en las gratuitas, pues en estas últimas, en el peor de los casos, el adquirente se queda en la misma posición que tenía antes de la adquisición»¹⁰⁴, pero en nuestro caso se debe recordar que el que repudió no llegó en ningún momento a adquirir bienes, por lo que su situación sigue siendo la misma que existía antes de la apertura de la sucesión, lo que no sucede en el caso de los beneficiarios que, por esta misma regla de retroacción, deben ser considerados herederos y adquirentes de la parte repudiada. A diferencia del deudor y adquirente que contempla el artículo 1297 CC, el deudor repudiante no tenía y nunca tuvo, mientras que los beneficiarios sí tienen y han tenido desde el momento en que la sucesión se abrió, de ahí que por efecto de la rescisión, el deudor que repudió no se colo-

¹⁰⁰ STS de 16 de junio de 1961 (RJ/1961/2367), SAP de Asturias de 29 de enero de 2004 (AC/2004/20).

¹⁰¹ De la misma opinión, FLORENSA I TOMÁS, *La Ley*, 2000, p. 21. Mantiene lo contrario, CAZORLA GONZÁLEZ, 2007, p. 111, al considerar que la repudiación de la herencia constituye un acto lucrativo a favor de los beneficiarios. Afirma que existe «intencionalidad o conocimiento de causar perjuicio a los acreedores del heredero-deudor, en estos casos en los que se da un acto de naturaleza gratuita a favor del resto de herederos que verán incrementado su patrimonio».

¹⁰² Es por ello que habiendo tenido lugar la repudiación y subsiguiente adquisición del beneficiario, son suyos los frutos que los bienes produzcan y los actos onerosos o gratuitos que éste lleve a cabo antes de que el acreedor haga uso de la acción que le atribuye el artículo 1001 CC, son plenamente válidos y eficaces en tanto en cuanto haya dispuesto de los bienes y derechos hereditarios (por ejemplo, en virtud de la venta o cesión de la herencia o cuota), y el acreedor o acreedores no podrán dirigirse contra aquél reclamando sus créditos.

¹⁰³ Que el adquirente a título oneroso dispone, una vez se ha ejercitado la pauliana y ha visto su adquisición afectada, de acciones restitutorias (entre ellas, la acción de saneamiento por evicción contra el enajenante), lo sostiene JUÁREZ TORREJÓN, *ADC*, 2018, pp. 1340 y ss.

¹⁰⁴ JUÁREZ TORREJÓN, *ADC*, 2018, p. 1334.

que en la misma posición que ostentaba antes del ejercicio del *ius delationis*, pues incluso aun dándose este efecto, tampoco los bienes o derechos integrantes de la herencia o de la cuota que hubieran podido corresponderle, habrían llegado a formar parte de su patrimonio.

Nótese además, que los artículos 984 y 986 CC dejan bien claro que el heredero acrecido, el sustituto o el heredero abintestato, por el hecho del acrecimiento o la aceptación, no solo pueden adquirir los bienes o derechos integrantes de la herencia o cuota parte del que repudió, sino que asumen «todas las cargas y obligaciones» que a aquél correspondiesen. Entendido así, no parece razonable que el o los beneficiarios no tengan derecho a la integridad de la parte repudiada, pero sí deban contraer todas las obligaciones y cumplir con las mandas que el testador hubiese dispuesto.

En definitiva, la integridad del título de heredero debe serlo tanto en los bienes y derechos como en las obligaciones y cargas. Otra cosa será que este derecho quede supeditado a la acción de los acreedores del repudiante consecuencia del ejercicio del artículo 1001 CC, pero sin que ello impida o limite el derecho a la integridad de la parte repudiada, pues el precepto, aunque establezca que el excedente corresponde a los beneficiarios, lo afirma en el contexto del caso que está regulando y en las relaciones acreedor, repudiante, beneficiario, para decidir que, en esta relación triangular, ese exceso irá al que por ley corresponda, pero sin ir más allá, dado que esto no forma parte de la regla del artículo 1001 CC y entre las tres partes en presencia.

De nuevo, para la relación subsiguiente que el precepto no contempla, es decir, mantener la repudiación y sus plenos efectos, así como la atribución de la herencia o cuota parte de la misma, habrá que acudir a las normas generales de las obligaciones, y como ya se advirtió, al artículo 1158 CC, dado que el repudiante continúa debiendo lo que otros han pagado por él, que no son sino los beneficiarios de la repudiación¹⁰⁵. El artículo 1001 CC, en definitiva, va

¹⁰⁵ Nótese que son los beneficiarios los sujetos pasivos del impuesto de sucesiones (artículo 28 Ley 29/1987). Sobre este aspecto se puede consultar MARCOS CARDONA, *Nueva Fiscalidad*, 2018, n.º 2, pp. 149 y ss. Para la autora citada, pp. 172 y 173, en caso de repudiación en perjuicio de acreedores y sobre la base de lo recogido en el artículo 1001 CC, «aceptación por los acreedores», el repudiante «sólo debe abonar la cuota del impuesto de sucesiones que se corresponda con aquella parte de los bienes con los que saldar las deudas que han generado la ineficacia de la renuncia. Por el resto de los bienes tributarán los que sean beneficiarios del acto de repudio», añadiendo que «se realiza el hecho imponible previsto en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, por el concepto «adjudicaciones en pago de deudas que, a los efectos de la liquidación y pago del impuesto, se equiparan a las transmisiones patrimoniales onerosas sujetas. En esta segunda liquidación estará obligado a satisfacer el impuesto a título de contribuyente, el adquirente del bien transmitido que coincide con el acreedor que inicialmente había visto insatisfecho su

destinado a prever que la repudiación no afecte a los acreedores, pero de él no puede deducirse que vaya también dirigido a establecer unas reglas relativas a la adquisición de los beneficiarios diferentes a las que el mismo Código establece en otros preceptos. La referencia al remanente únicamente tiene sentido en el contexto de la norma: no debe atribuirse ni a los acreedores ni al repudiante, pues ni unos ni otro son herederos.

En fin, lo dicho intenta armonizar las reglas propias de aceptación y repudiación con el derecho que el artículo 1001 CC concede a los acreedores, de este modo, la aproximación que se ha venido produciendo entre rescisión (como ineficacia relativa y parcial) e inoponibilidad¹⁰⁶, llevaría a sostener que lo que el artículo 1001 CC establece es que la herencia o la cuota repudiada que ha determinado la entrada del precepto (pues el perjuicio ya existía¹⁰⁷), permanezca activamente en el patrimonio del adquirente, pero pasivamente quede afecto a la responsabilidad del deudor repudiante, de modo que, sobre la base de la repudiación y la aplicación de los principios que la sustentan, no debe negarse a los beneficiarios el derecho íntegro que la ley o la voluntad del testador les ha atribuido.

La posibilidad de que el artículo 1001 CC pueda ser interpretado como un supuesto de inoponibilidad, es lo que ahora recoge el artículo 461-7 de Código civil de Cataluña en el que expresamente se establece «1. *La repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores del heredero llamado no puede oponerse a estos, que*

derecho de crédito pero que, finalmente, ha obtenido la adjudicación judicial de un bien incluido en la masa hereditaria».

¹⁰⁶ La doctrina más reciente interpreta que la acción pauliana no tiene necesariamente efectos revocatorios o rescisorios, se mantiene la validez del acto, pero impide que sus efectos puedan perjudicar al acreedor, es decir, acercándola a la noción de inoponibilidad. En este sentido, ya ALBALADEJO GARCÍA, 1989, pp. 21 y 22 sostuvo que «el efecto de la pauliana no es exactamente revocar el acto atacado, sino que éste no cuente para el acreedor que la ejercita», aunque en relación con las consecuencias para el adquirente persisten los efectos negativos al afirmar que presupuesto la subsistencia del acto, correspondería al adquirente «los bienes sobrantes». En el mismo sentido se ha pronunciado CRISTÓBAL MONTES, *RCDI*, 2001, pp. 1445 y ss., siguiendo a MESSINEO, sostiene que «se trata de hacer declarar una ineficacia relativa, por efecto de la cual el acto dispositivo se hace inoponible al acreedor que impugna y queda neutralizado respecto a él, constituyendo, además, un caso de ineficacia sobrevenida», añadiendo que «la revocación del acto dispositivo del deudor simplemente produce una declaración de ineficacia del mismo, ineficacia que es del todo relativa, ya que el acto en cuestión, en cuanto válido, continúa teniendo la eficacia procedente y salvable tanto inter partes como *erga omnes*, hasta el punto de que el propio acreedor accionante en vía revocatoria no puede desconocer la enajenación efectuada, salvo en la medida en que la misma dañe su derecho de crédito». También ROBLES LATORRE, *ADC*, 1999, p. 682. GÓNZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 375, admite que la inoponibilidad es un supuesto de ineficacia relativa.

¹⁰⁷ Como sostiene SÁNCHEZ CID, 2016, pp. 300 y ss., la situación de los acreedores por el hecho del repudio no empeora, continúa igual que estaba con anterioridad a la misma, no hay variación en el patrimonio del deudor.

pueden cobrar los créditos de fecha anterior a la repudiación sobre los bienes de la herencia o sobre la cuota de herencia repudiada si faltan otros recursos para cobrarlos. 2. El derecho de los acreedores caduca al cabo de un año de la repudiación». En el precepto transcrito, por lo demás, no se hace referencia alguna a lo que literalmente contempla el artículo 1001 CC «*el exceso, si lo hubiere, no pertenecerá en ningún caso al renunciante*», de lo que podría deducirse que, en este aspecto, el Código Civil de Cataluña, aplicando las reglas propias de aceptación y repudiación, no limita el derecho de los beneficiarios al remanente.

3.3 La «ineficacia relativa parcial» (o la inoponibilidad) de la repudiación debe completarse con una legitimación de los acreedores para trabar bienes que habrían conformado el valor neto repudiado. La autorización judicial como elemento esencial para la realización de los créditos

Una vez se afirma que la repudiación no es oponible a los acreedores o, en su caso, es ineficaz solo respecto de los acreedores (ineficacia relativa parcial)¹⁰⁸, de ello no deriva que haya aceptación del deudor, pues no la hay, y el derecho de los acreedores a

¹⁰⁸ Esta es la nueva configuración que se da a la acción pauliana, así, por todos, FERNÁNDEZ CAMPOS, 2019 pp. 223 y ss., sostiene que tanto la Propuestas de la Comisión General de Codificación, como la de la Asociación de Profesores de Derechos civil (arts. 1314 y 519-7, respectivamente), establecen un régimen funcional más respetuoso con los intereses concurrentes, además de recoger la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en estos últimos años, destacándose la idea de que se trata, más que de una impugnación del acto fraudulento reponiendo las cosas a su estado inicial, de una ineficacia parcial y relativa. La STS de 7 de septiembre de 2012 (RJ/2013/2265) supuso una evolución en la concepción tradicional de la acción rescisoria o paulina, para acomodarse a una concepción más objetiva y centrada, fundamentalmente, en la garantía o protección de los derechos de los acreedores. Con esta idea, FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998, pp. 174 y 175, considera que la pretensión del acreedor con el ejercicio de la acción del artículo 1001 CC, es la de poder embargar los bienes hereditarios que hubiesen correspondido al repudiante sobre la base del artículo 1911 CC, es decir, «que para realizar su crédito, los acreedores podrán embargar los bienes que el deudor tenía en el momento de constitución de la obligación, los que en el futuro adquiriera, y los que en un futuro hubiera adquirido de no mediar un acto jurídico «fraudulento», en el sentido de causar un perjuicio a sus acreedores». Considera, además, que la impugnación pauliana no priva al acto jurídico impugnado de sus efectos, sino solo en la medida necesaria para que los acreedores resulten satisfechos». Es general admitir que el artículo 1911 CC está en la base de las acciones de los artículos 1111 y 1001 CC, al procurar, todas ellas, que el deudor conserve las garantías o capacidad patrimonial precisa para afrontar sus deudas. Así, CRISTÓBAL MONTES, 1969, p. 280. COSTAS RODAL, 2013, p. 7.224, es de la opinión de que el artículo 1911 CC, al señalar que el deudor responde con sus bienes presentes y «futuros», incluye entre estos últimos, la herencia a la que pueda ser llamado el deudor. No obstante, entiendo que la expresión «bienes futuros» no se refiere a los que no pertenecen al deudor pero podría haberlos adquirido (herencia repudiada), sino a los que en el momento del incumplimiento de la obligación forman parte del patrimonio, aunque no se comprendiesen en él en el instante de nacimiento de la obligación. JORDANO FRAGA, *El ámbito objetivo...*, 1996, pp. 168 y ss., sostiene que la acción que contiene el artículo 1001 CC no se funda en la responsabilidad patrimonial universal.

obtener que la repudiación de su deudor no les afecte, no les coloca ya en la situación de poder agredir bienes de la herencia¹⁰⁹, ya que al deudor repudiante no le pertenecen ni le han pertenecido en ningún momento. ¿De dónde deriva entonces el derecho de los acreedores? ¿Solo del hecho de que su deudor fue llamado a una herencia beneficiaria? Recuérdese que si con la inoponibilidad o con la ineficacia subjetiva parcial¹¹⁰ lo que se pretende es que la repudiación del deudor no afecte negativamente a los acreedores que acudan a la vía del artículo 1001 CC (en la medida de sus derechos de crédito y siempre que cumplan con los requisitos exigidos), esto implica que para ellos la repudiación es inoperante pero nada más.

Como ya antes se mencionó, que la repudiación no deba afectar a los acreedores, no determina, automáticamente y de forma necesaria, que el deudor haya aceptado la herencia en la parte que sirva para saldar sus deudas (respecto de los acreedores que hayan acudido al cauce específico del art. 1001 CC). Tampoco que haya una aceptación de los acreedores¹¹¹.

Siendo coherentes con estas afirmaciones, nos debemos preguntar dónde nos coloca entonces la indemnidad de los acreedores ante una actuación válida de su deudor, o si se quiere, ante la ineficacia relativa y parcial de un acto válido. Parece que la base es el llamamiento que se hizo al deudor repudiante (sin llamamiento y

¹⁰⁹ JORDANO FRAGA, 2001, pp. 125 y 126, «la *sola ineficacia* (relativa y limitada) de la repudiación perjudicial impugnada, no coloca esos bienes hereditarios (que *nunca* han estado en el ámbito de su garantía patrimonial) al alcance de la acción ejecutiva del acreedor actor, requiriéndose, a tal fin, además, un efecto positivo (también relativo y limitado) de atribución en garantía de dichos bienes al acreedor accionante. De tal forma que es la unión de ambos efectos (negativo y positivo) lo que permite la reparación del perjuicio del acreedor mediante el embargo o la ejecución de bienes hereditarios que su deudor pudo haber adquirido pero que nunca le llegaron a pertenecer», también JORDANO FRAGA, 1990, p. 154.

¹¹⁰ Así, REBOLLEDO VARELA, 2014, p. 722, y GETE ALONSO Y CALERA, 2011, p. 320.

¹¹¹ La SAP de Granada de 18 de septiembre de 2015 (JUR/2015/294329), así parece considerarlo «no es que los acreedores acepten la herencia del deudor, pues ésta es un acto enteramente voluntario y libre, sino que la ley opera una ficción que desactiva los efectos de la repudiación, tan sólo en la medida en que sea suficiente para la satisfacción del crédito de los acreedores», aunque confirma «la ineficacia de la partición y adjudicación realizadas, al tener que aplicar al pago de los créditos de los actores la porción necesaria de la herencia repudiada». De igual modo, la SAP de Granada de 30 de septiembre de 2013 (JUR/2014/32827), en la que se autorizó al acreedor para cobrarse con bienes de la herencia repudiada, sostuvo que debía declararse «nula el acta de adjudicación de la herencia otorgada por el fallecimiento de doña Victoria y la nulidad de la inscripción registral posterior, lo que obligará a realizar un nuevo inventario y avalúo de los bienes del caudal hereditario y formalizar una nueva partición y adjudicación de herencia en la que deberán reconocerse los derechos hereditarios de D. Luis Carlos hasta el límite de la deuda con el demandante que aunque no se precisa en el suplico de la demanda, debemos fijar en 45.000 euros que era el crédito que ostentaba el acreedor antes de la renuncia del deudor a la herencia, al ser requisito necesario para que prospere la acción el que crédito exista antes de la renuncia». CRISTÓBAL MONTES, 1969, p. 289, considera que se trata de una aceptación anormal, atípica de los acreedores, con unos efectos limitados.

su certeza, art. 991 CC¹¹², no hay posibilidad de ejercicio de la acción del art. 1001 CC), de forma que del mismo precepto y sin necesidad de que los acreedores se subroguen en el ejercicio del *ius delationis* para cobrar¹¹³, deriva un derecho/acción que les habilita

¹¹² Sobre este concreto aspecto se pronunció la SAP de Valencia de 21 de febrero de 2005 (JUR/2005/84942) declarando la nulidad de la repudiación realizada, pues «la demandante no podía repudiar la herencia sin estar cierta de su derecho a la misma, y en aquel momento la actora aun no había sido declarada hija no matrimonial del causante, por lo que mal podía renunciar a su herencia. El artículo 991 del Código civil exige dos requisitos objetivos y uno subjetivo para aceptar y repudiar la herencia. Como requisitos objetivos se exige, en primer lugar, la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, y en segundo lugar, el derecho a heredarla, representado por la delación en cuanto llamamiento y por la vocación como título justificativo de la misma. Como requisito de carácter subjetivo se exige un estado de certeza del heredero acerca de la muerte de la persona a quien se haya de heredar y de su derecho a la herencia. En el presente caso, la demandante sabía que el causante había fallecido, pero en ese momento no había sido declarada hija no matrimonial de D. Juan María, por lo que fundándose su título hereditario no en el testamento, pues no había sido nombrada en el mismo, sino por Ley, por ser hija del causante, hacía falta el reconocimiento expreso de que era hija del mismo e inscrita debidamente en el Registro Civil, sin cuyo requisito ni podía aceptar ni repudiar la herencia».

¹¹³ Para FLORENSA I TOMÁS, *La Ley*, 2000, pp. 17 a 19, sin embargo, una vez la repudiación es inoponible a los acreedores, entiende que éstos se subrogan en la posición del deudor aceptando la herencia en la parte que a él hubiese correspondido y en la medida de sus créditos, aunque matiza señalando que no se trata de una subrogación como la prevista en el artículo 1111 CC, sino una subrogación especial o excepcional, en la que se disocia «titularidad del *ius delationis* y legitimación para su ejercicio», de forma que «oblicuamente», «a través de la titularidad del repudiante (aceptarla en nombre de aquél) y previa autorización judicial, accedan al patrimonio responsable». Sostiene también, GETE ALONSO Y CALERA, 2011, pp. 279 y ss., que la aceptación por los acreedores es «en cierta medida, un supuesto en el que se produce *ex lege* una adquisición que no se quería. Como atribución *ex lege* vía subrogatoria, se califica por SÁNCHEZ CID, 2016, pp. 400 y ss., aunque advierte que ello no implica el ejercicio del derecho del llamado repudiante por tratarse de un derecho personalísimo. Según LACRUZ BERDEJO, *ADC*, 1950, pp. 1.124 y 1.125, y en relación con las facultades de adquisición «el objeto de la acción subrogatoria es, ciertamente, salvaguardar la integridad del patrimonio, pero ello no puede entenderse de forma tan literal que se excluyan de ella las posibilidades de adquisición que no estén *in bonis*, porque tanto o más que los bienes presentes, pueden servir éstas para la satisfacción de los derechos de los acreedores que es lo que se trata de conseguir. En principio, pues, hay que afirmar que toda posibilidad de adquisición puede ser objeto de la acción subrogatoria». Para el autor, no obstante, esta regla tiene numerosas excepciones. En p. 1127, sostiene que en el supuesto del artículo 1001 CC no hay una verdadera subrogatoria (tampoco una revocatoria), y que el precepto lo que prevé es facultar a los acreedores para satisfacerse sus créditos con las consecuencias pecuniarias del llamamiento. Creo que el acreedor no se coloca en la posición del deudor, subrogándose en un derecho o facultad que este tuviese, y que esto implicaría, como se ha señalado de forma reiterada, que ejercitan un derecho correspondiente al deudor que pervive a pesar de la validez de la repudiación, lo que me parece no se sostiene. Además, si se tratase de una subrogación (aun excepcional) colocándose en la posición del titular del derecho, no es preciso que previamente el juez autorice su ejercicio, a lo que se puede añadir (aunque esto no se da siempre) que como regla general, la subrogación presupone la existencia de un tercero (*debitor debitoris*) frente al que se ejercita la pretensión objeto de la subrogación. Advierte JORDANO FRAGA, *ADC*, 1997, pp. 502 y ss., que nunca ha ofrecido discusión el hecho de que cuando «se ejercita judicialmente la acción subrogatoria, el acreedor subrogante ha de demandar al tercero... que es sujeto pasivo del poder jurídico de que es titular el deudor subrogado... es rasgo definitorio de la legitimación subrogatoria *ex artículo 1111 CC* y, por tanto, requisito legal de la misma, la existencia, en el poder jurídico debitorio de cuyo ejercicio en vía subrogatoria se trata, de una pretensión... contra un tercero, y con ella, la existencia, consecuentemente, de un sujeto pasivo contra el cual se ejercita la pretensión... del que el deudor subrogado es titular». No obstante, como afirma LACRUZ BERDEJO, *ADC*, 1950, pp. 1120 y ss., la expre-

para poder acudir al juez a efectos de que sea éste el que, comprobados todos los extremos relativos al ejercicio de esta acción, les autorice (legitime) para trabar bienes del patrimonio hereditario¹¹⁴. El propio llamamiento a una herencia beneficiosa¹¹⁵, y el hecho de que la repudiación del deudor ha generado una lesión en un interés patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial que se ha dejado de obtener, precisamente, por la actuación del deudor¹¹⁶, es lo que permitiría atribuir la acción al acreedor. Es la ganancia frustrada, esto es, el incremento patrimonial susceptible de haber integrado el patrimonio del deudor y que con absoluta verosimilitud cabía a los acreedores esperar según el curso normal de las cosas (por la aceptación), lo que constituye un interés susceptible de tutela y justificaría la acción que el artículo 1001 CC recoge.

De este modo, la repudiación, parece, ha determinado un perjuicio en los acreedores consecuencia de la actuación voluntaria del deudor que ha provocado un daño en su propio patrimonio, daño entendido entonces como *lucrum cessans*¹¹⁷. Se podría afirmar que el artículo 1001 CC contiene un supuesto excepcional de responsabilidad de la herencia o de la cuota parte que hubiere

sión derechos y acciones que contempla el artículo 1111 CC no debe entenderse de forma limitada, pues es posible también que el acreedor ejercite subrogadamente, «derechos subjetivos de formación o modificación jurídica, en cuya virtud su titular puede influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, mudándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas mediante propia actividad unilateral. Que en ellos sea el propio titular quien opere la modificación jurídica, mientras la pretensión se dirige a la acción u omisión de otro, no los excluye, en principio, de la subrogatoria». Añade que del precepto tampoco pueden excluirse las facultades, aunque en ambos casos, siempre que no sean inherentes a la persona. Según JORDANO FRAGA, *Los acreedores del llamado...*, 1996, p. 30, los acreedores no pueden ejercitar el *ius delationis* del llamado vía subrogatoria, y eso lo demuestra la existencia del propio artículo 1005 CC.

¹¹⁴ En una posición similar MINGORANCE GOSÁLVEZ, 2004, p. 3.279, había manifestado que «el artículo 1001 del Código civil contiene a favor de los acreedores una acción *ad hoc*, por la que pueden aplicar los bienes de la herencia que le hubieran correspondido a su deudor en caso de haberla aceptado al pago de sus créditos, mediante el ejercicio procesal de la acción. Estos están legitimados por ministerio de la ley, la cual introduce un sistema de responsabilidad y prelación de derechos *ad hoc* sobre los bienes hereditarios».

¹¹⁵ Y es que sostiene ALBALADEJO GARCÍA, *ADC*, 1955, p. 4, por el hecho del llamamiento no hay sucesor (heredero), pero sí que dicho llamamiento le confiere un poder para convertirse, aceptando, en sucesor.

¹¹⁶ Afirma VAQUER ALOY, *ADC*, 1999, p. 1551, que con la inoponibilidad lo que se persigue es que «precisamente porque el negocio no solo existe, sino que es plenamente eficaz, deben ser protegidas aquellas personas que puedan ver perjudicado un interés legítimo».

¹¹⁷ Debe hacerse notar que es regla general en los supuestos de inoponibilidad o, si se quiere, de ineficacia relativa parcial, dejar a los acreedores indemnes respecto de las consecuencias jurídicas del acto voluntario del deudor, impidiendo que esos efectos jurídicos perjudiquen una posición jurídica preexistente, lo que en este supuesto se concreta en la facultad que tuvo el deudor de aumentar su propio patrimonio. Es en este momento en el que el daño causado a los acreedores se materializa, a diferencia de lo que sucede en los restantes casos en los que el perjuicio deviene por la también actuación voluntaria del deudor dirigida a disminuir su patrimonio.

correspondido al deudor llamado, y solo en la medida de los derechos de crédito de los acreedores que hayan acudido al juez autorizante¹¹⁸. En este sentido, se ha sostenido que «los acreedores actúan en virtud de un derecho que les concede directamente la ley, siquiera basado en el llamamiento del deudor. No es que lo representen, ni gestionen sus negocios (el que el Código hable de aceptar en nombre del deudor, es una impropiedad del lenguaje), pero sí concurren a la sucesión en cuanto tenía derecho a ella el repudiante, aunque estrictamente con el fin de percibir el importe de sus créditos, y sin que la repudiación deje de obrar a ningún otro efecto»¹¹⁹.

La repudiación supone, por tanto, un acto perjudicial, voluntario y posterior del deudor respecto de derechos anteriores de sus acreedores, y es lo que fundamenta la vía que el artículo 1001 CC les concede¹²⁰.

Este derecho debe actuarse en la forma prevista en el artículo 1001 CC y con los requisitos que se exigen en relación con el derecho de crédito (anterior a la repudiación¹²¹, no necesariamente líquido, como tampoco que haya vencido)¹²². La autorización judicial constituirá, en consecuencia, un elemento esencial para la realización de los créditos sobre los bienes hereditarios. Como se ha señalado, la expresión «aceptación en su nombre», es una expresión enfática sin un verdadero sentido técnico, de ahí que hacerse «autorizar», sea el mecanismo que permitirá proceder ejecutivamente contra dichos bienes sin que haya adquisición de la herencia, ni por el repudiante ni por los acreedores, y sin impedir, por tanto, la adquisición de aquellos por parte de los beneficiarios¹²³.

Pero esto supuesto ¿qué papel juega la autorización judicial? Ya sabemos que aunque el artículo 1001 CC establezca expresamente que «podrán éstos (los acreedores) pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél» (el deudor), ello no implica una subrogación de los acreedores en el *ius delationis*, en cuya vir-

¹¹⁸ ZECCHINO, *Persona e mercato*, 2018, p. 17.

¹¹⁹ LACRUZ BERDEJO, 1981, pp. 96 y 97.

¹²⁰ *Mutatis mutandi*, como afirma GÓNZÁLEZ PACANOWSKA, 1993, p. 375, en los supuestos de contratos en los que se infringen derechos de terceros, no se trata tanto de nulidad como de «inoponibilidad de la eficacia de dicho contrato a quien es parte del primero, restringiendo la legitimación para solicitarla a quien se ha visto perjudicado por su celebración (porque vulnera su propio contrato) y pretende que se respete la eficacia inter partes de un contrato anterior».

¹²¹ SAP de Tarragona de 8 de junio de 1999 (AC/1999/6667), en la que se estima parcialmente la demanda de la acreedora respecto de los créditos anteriores a la repudiación, pero no los posteriores a la misma.

¹²² Así, ARROYO AMAYUELAS, 2016, p. 1.441. La citada SAP de Tarragona de 8 de junio de 1999 (AC/1999/6667), lleva a cabo un análisis de los requisitos precisos para la viabilidad de esta acción.

¹²³ En este sentido, BARBERO, 1955, p. 882.

tud se les legitime para aceptarla en lugar del deudor; de ahí que probablemente, el derecho que el artículo 1001 CC les concede (la acción en garantía de sus derechos que les permite acudir al juez para hacerse autorizar), al actuarse mediante la autorización judicial (constituyendo entonces un requisito legal imprescindible), les habilite para poder agredir bienes de la herencia que de otro modo no podrían¹²⁴.

En el ámbito del Derecho civil no es desconocido este recurso, son numerosos los preceptos en los que atendiendo a especiales circunstancias¹²⁵, se requiere acudir al Juez para que autorice a que se lleve a cabo un concreto acto. Suele afirmarse con carácter general, que cuando el Código establece la autorización judicial, se pretende habilitar al sujeto que la solicita para realizar el acto para el cual carece de legitimación. Es decir, por medio de la autorización, el Juez atribuye a los acreedores un poder que estos precisan para una actuación concreta (en su primer significado «autorizar» expresa la idea de «dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo», y habrá que pensar que el empleo del término por el legislador en este concreto ámbito responde exactamente a aquel sentido¹²⁶). Siendo así, la autorización judicial constituye, además

¹²⁴ Como afirma REBOLLEDO VARELA, 2014, p. 737, «los acreedores no pueden dirigirse directamente contra los coherederos o personas a las que corresponda la parte repudiada, sino que para hacer valer sus derechos contra los mismos se requiere previa autorización judicial». En el mismo sentido, SÁNCHEZ CTD, 2016, pp. 405 y ss. COSTAS RODAL, 2013, p. 7.229. Así lo sostuvo también la SAP de Asturias de 7 de octubre de 1999 (AC/1999/7832). Con este sentido también PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, 2017, p. 1.731, sostiene que «el carácter privilegiado de esta medida no permite ejecutar bienes por un acto de propia autoridad». Como afirmase FERRI, 1960, p. 117, para el artículo 524 del *Codice*, los acreedores ejercitan un poder especial atribuido mediante autorización judicial para la tutela de sus créditos.

¹²⁵ En buena parte de ellas porque afecta al ejercicio de derechos ya sean de contenido patrimonial ya personal y de significativa trascendencia, así dentro de la patria potestad, tutela y curatela, también en el ámbito del régimen económico matrimonial, pero más concretamente y en lo que a la aceptación y repudiación de la herencia se refiere, en los supuestos de los artículos 166.2.º, 271.4.º, 993 CC.

¹²⁶ Como advierte RIVERO HERNÁNDEZ, ADC, 2016, pp. 347 y 348, la autorización constituye (en una primera aproximación) «una declaración de voluntad de una persona por la que permite y legitima (hace adecuada a derecho) la actuación fáctica o jurídica de otra, que en otro caso no le estaría permitida». En pp. 349 y 350, sostiene que «en el ámbito jurisdiccional se maneja con frecuencia la autorización judicial en múltiples casos y normas», entre otras que relaciona, se encuentra el supuesto del artículo 1001 CC, y para el autor citado implica «requisito de eficacia para ciertos actos» y «aunque tengan incidencia en relaciones jurídicas privadas, no dejan de tener origen y naturaleza pública por el órgano que la concede y procedimiento de jurisdicción voluntaria», cuyo régimen es también de Derecho público. De este modo, según RIVERO HERNÁNDEZ, ADC, 2016, pp. 347 y 348, la autorización en este ámbito comporta «la declaración de un órgano de esa clase en el sentido de permitir o hacer legítimo y eficaz un acto que no lo sería en otro caso». Del análisis del autor dentro del Derecho privado y más concretamente en el patrimonial, se extrae que va referido fundamentalmente a actos dispositivos respecto de un patrimonio ajeno. Según DOMÍNGUEZ REYES, 2009, p. 115, «el fundamento de la autorización judicial, debe situarse en que el heredero es el único que puede repudiar la herencia, si los acreedores pueden probar el perjuicio..., pudiendo dirigir una acción *ad hoc*, no en solicitud de un

de un requisito legal, un elemento esencial del acto de los acreedores destinado a la posibilidad de trabar bienes de la herencia repudiada y necesaria para su validez¹²⁷.

Debe ser el Juez el que legitime a los acreedores para poder acceder a los bienes de la herencia sopesando la conveniencia del mismo. Determina su necesidad y utilidad, no de forma arbitraria ni discrecional, sino atendiendo al perjuicio que la repudiación les ha causado (para lo cual deberán demostrar que el deudor fue llamado y que repudió)¹²⁸, y siempre que se den los presupuestos requeridos en relación con el derecho de crédito. Con la autorización judicial se remueve el obstáculo que impediría a los acreedores del repudiante agredir bienes de la herencia, y tendría, en este ámbito, una función legitimadora y de eficacia de los actos llevados a cabo por los acreedores en un patrimonio ajeno (pues no ha pertenecido en ningún momento al repudiante de la herencia)¹²⁹. Esto es lo que en cierta manera viene a expresar el artículo 353.2 del Código de Derecho Foral de Aragón: «*concedida la autorización, el único efecto que produce es el de “facultar” a los acreedores para hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio hereditario*».

reingreso de los bienes a su origen, sino restaurando las garantías lesionadas». Para BAYOD LÓPEZ, 1998, p. 117, la autorización judicial es «una manifestación procesal que declara la responsabilidad eventual de la herencia por deudas del repudiante».

¹²⁷ No solo porque lo recoja el artículo 1001 CC, sino también porque lo prevé expresamente el artículo 93.2 LJV, cuando señala que «*en todo caso*» precisan autorización judicial: «c) Los acreedores del heredero que hubiere repudiado la herencia a la que hubiere sido llamado en perjuicio de aquellos, para aceptar la herencia en su nombre». Presupuesto de carácter previo imprescindible, cuya ausencia impediría trabar bienes hereditarios o su nulidad si es que así se hubiese procedido. En este sentido, SÁNCHEZ CID, 2016, pp. 407 y ss. Se añade a lo dicho que teniendo en cuenta la validez de la repudiación y de la subsiguiente adquisición por los beneficiarios, es imprescindible esta autorización judicial, pues los bienes de la herencia sujetos al pago de las deudas del repudiante, forman parte del patrimonio de los beneficiarios y es posible que se haya llevado a cabo la partición y adjudicación de los mismos, pudiéndose encontrar inscrito a nombre del heredero adjudicatario (arts. 1065 y 1068 CC).

¹²⁸ AAP de Girona de 25 de octubre de 2019 (JUR/2019/310985), resolviendo el recurso de apelación contra el Auto del Juez Primera Instancia dictado en procedimiento de jurisdicción voluntaria por el que se deniega la autorización al acreedor particular del heredero para «aceptar la herencia», debido a que no se da el presupuesto de haber repudiado a la herencia.

¹²⁹ Como se advierte en la Exposición de Motivos de la LJV, «La jurisdicción voluntaria se vincula con la existencia de supuestos en que se justifica el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho privado, que impiden obtener un determinado efecto jurídico cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza del interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados o afectados, así lo justifiquen... La virtualidad de tales efectos requiere la actuación del Juez, en atención a la autoridad que el titular de la potestad jurisdiccional merece como intérprete definitivo de la ley, imparcial, independiente y esencialmente desinteresado en los asuntos que ante ella se dilucidan... Se reserva la decisión de fondo al Juez de aquellos expedientes que... pueden deparar actos de disposición o de reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos».

Siendo así, parecería entonces que más que un supuesto de inoponibilidad se estaría ante una ineficacia relativa y parcial (y supuesta la plena validez de la repudiación), pues a diferencia de la primera que opera de forma automática, en la segunda es preciso que se produzca una resolución judicial en la que se verifiquen todos los presupuestos de viabilidad de la acción que recoge el artículo 1001 CC. De dicha ineficacia no deriva una habilitación para trabar bienes hereditarios¹³⁰, sino que es preciso, además, que el juez los autorice, en definitiva, les legitime para agredir bienes de la herencia¹³¹. Ineficacia parcial y relativa de la repudiación (o inoponibilidad si es entendida en el sentido de que para actuar es necesario obtener una declaración judicial¹³²) y autorización (legitima-

¹³⁰ Los acreedores no pueden embargar bienes de la herencia en el periodo comprendido entre el fallecimiento del causante y el ejercicio del *ius delationis*. Sin haber aceptado o repudiado, los acreedores únicamente pueden acudir a la *interpelatio in iure*, es decir, a lo ordenado en el artículo 1005 CC en el que se faculta a «cualquier interesado» a acudir al juez para que éste fije un término no superior a treinta días para que acepte o repudie. Sin embargo, no fue esta la solución de la SAP de Badajoz de 28 de octubre de 1998 (AC/1998/1964), en la que el acreedor, antes de la repudiación del llamado, había procedido al embargo del derecho hereditario, que por la repudiación había pasado a la sustituta vulgar. Como se ha sostenido, en el supuesto de existencia de diversos coherederos, para anotar el embargo del derecho hereditario (arts. 42.6.º LH y 166. 1. 2.º RH), es preciso, no solo el título sucesorio que acredite el llamamiento del deudor a la herencia del titular registral, sino también su aceptación. Se ha afirmado que «según la opinión doctrinal dominante, para anotar el derecho hereditario con base en el artículo 42.6.º LH es preciso haber aceptado la herencia (aunque si lo solicita el propio llamado se entiende que está aceptando tácitamente). De igual manera, si el derecho hereditario no está anotado y se pretende reflejar en el Registro el embargo del mismo, también debe ser exigible la aceptación, porque la anotación de la traba lleva consigo, en tracto abreviado, la constancia registral del derecho hereditario. Con la peculiaridad de que en este caso no cabe deducir la aceptación tácita de la solicitud en la que se insta la anotación, por razones obvias, ya que no la promueve el llamado a la herencia, sino el acreedor embargante». LÓPEZ FRÍAS, AC, 2014, pp. 8 y ss., la ley digital 360. También cuando se trate de embargar por los acreedores del llamado bienes inmuebles concretos del causante titular registral, RDGRN de 2 de diciembre de 2011. Según REBOLLEDO VARELA, 2014, pp. 745 y 746, en este mismo caso, el acreedor podría embargar el derecho hereditario que hubiera correspondido al repudiante, pero no bienes concretos, aunque considera que esta posibilidad no es la que mejor se ajusta a la previsión del artículo 1001 CC, motivo por el que cree más conveniente concederles la posibilidad de instar la partición. Tratándose de un heredero único el repudiante, podrían los acreedores dirigirse contra todo el caudal hereditario, procediendo al embargo de los bienes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 592 LEC. Sobre estos aspectos puede consultarse también, CERVILLA GARZÓN, AC, 2013, pp. 1 y ss.

¹³¹ En igual sentido, SÁNCHEZ CID, 2016, pp. 406 y ss., sostiene que «su carácter esencial también le viene dado por la excepcionalidad de la acción. Se trata de un recurso que, como ya hemos expuesto con anterioridad al tratar de su naturaleza, presenta unas características muy peculiares, ya que los acreedores actúan sobre unos bienes respecto de los cuales ellos no tienen ningún derecho, ni propio, ni a través de su deudor, por cuanto éste, con su repudio, impidió que entrasen en su patrimonio, lo que habría facilitado o permitido su ejecución en orden al pago de los créditos que tuviesen contra él. Así, es el propio Juez quien, además de cumplir la función de control, legitima con su autoridad la intervención de los acreedores por cuanto ellos, pese a haber hecho antes, en su caso, excusión de los bienes del deudor, tendrán que demostrar que se cumplen los requisitos precisos para el ejercicio de esta acción».

¹³² Como sostiene VAQUER ALOY, ADC, 1999, pp. 1559 y 1561, «la inoponibilidad tiene que hacerse valer precisamente porque el acto en cuestión es válido y eficaz», y que

ción para poder tener acceso al patrimonio neto que hubiere correspondido al deudor repudiante), se hacen valer en un solo procedimiento que ahora se corresponde con un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 93 a 95 LJV).

Cuando el artículo 93.1.º LJV establece que para la «validez de la aceptación o repudiación» es precisa, conforme a la ley, la autorización o aprobación judicial, debe interpretarse en el sentido de que, en nuestro caso, la repudiación será válida aun cuando el acreedor ejercite la acción del artículo 1001 CC, si bien, para que los acreedores puedan «válidamente» acceder a los bienes de la herencia, como establece el párrafo 1.º del artículo 95 LJV, es indispensable que el juez les autorice, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando su conveniencia a los intereses de los «llamados a la herencia». Es el juez el que mediante Auto resolverá sobre la pertinencia o no de la autorización solicitada, es decir, si cumpliéndose con todos los requisitos que se reclaman, la repudiación afecta a los acreedores instantes permitiendo trabar bienes de la herencia que se correspondan, por un lado, con las exigencias relativas a los derechos de crédito que entran en el supuesto¹³³, y sólo en la medida (cuantía) de aquellos¹³⁴, como también respecto

la inoponibilidad «no actúa *ope legis*, sino que es preciso obtener una declaración judicial».

¹³³ El derecho de crédito debe traducirse en el equivalente pecuniario, no es, por tanto, la prestación originaria a la que se había comprometido el deudor (de la misma opinión, REBOLLEDO VARELA, 2014, p. 726). Por supuesto, es indiferente el origen de la deuda (legal, contractual o extracontractual). No obstante, en relación con ello puede interesar a efectos de determinación del plazo de ejercicio de la acción del artículo 1001 CC. Es general advertir que dada su similitud con las acciones del artículo 1111 CC, el plazo es de cuatro años de caducidad, aunque hay quien sostiene que debido a su singularidad, debe ser el de prescripción general de las acciones personales (art. 1964 CC), es decir, cinco años; o que debe ser el propio del derecho de crédito que ostente el acreedor que la ejercita. Se dirá entonces que no tiene sentido conceder un plazo extenso a la acción del 1001 CC para el acreedor cuyo derecho pueda prescribir en un plazo inferior, o al contrario, otorgar un plazo exiguo para aquel cuyo derecho prescribe en un plazo mayor, así, VAQUER ALOY, ADC, 1999, p. 1.566.

¹³⁴ AAP de Valencia de 25 de septiembre de 2017 (JUR/2018/69691), resolviéndose sobre el recurso de apelación ante el Auto dictado por el juez de Primera Instancia en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y en el que se confirma lo decidido en aquél y en el que se declara «Que estimando la solicitud efectuada por la Procuradora en nombre y representación de D. Eloy debo autorizar y autorizo a D. Eloy a aceptar en nombre de D. Bruno la herencia causada por su padre D. Inocencio en cuanto sea suficiente para cubrir la cuantía de su crédito de 116.000 euros. El exceso, si lo hubiere no pertenecerá en ningún caso al renunciante, sino que se adjudicará a las personas a quienes corresponda según las reglas establecidas en el Código Civil». Se prueba por el acreedor solicitante la existencia del crédito, su cuantía y que era anterior a la repudiación del deudor, el llamamiento como heredero de su deudor y la repudiación de aquél. El deudor repudiante se opuso a que el juez autorizase «la aceptación por el acreedor», por dos motivos, el primero porque sostiene que previamente se instase un proceso contencioso en el que se determinase la existencia de la deuda; el segundo, porque la deuda, de admitirse, sería ganancial. Estos motivos que habían sido ya alegados en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, fueron denegados, y en el recurso de apelación vuelven a plantearse haciendo suyos los razonamientos del Auto de jurisdicción voluntaria. En lo que ahora interesa se advierte que el

del acreedor o acreedores promotores del expediente (no para los restantes que pudiera tener el deudor repudiante pero que no han empleado esta acción); por otro, determinando el valor que hubiera correspondido al deudor repudiante (descontado la parte relativa a las obligaciones –deudas del causante– y cargas)¹³⁵, y en función del mismo, librar mandamiento judicial para que se practique una anotación preventiva de embargo sobre los bienes del caudal hereditario que puedan quedar afectos al pago de sus créditos¹³⁶.

Como se puede comprobar, es posible que algunas cuestiones que se decidiesen en este procedimiento podrían ser más propias de un contencioso¹³⁷. En cualquier caso, en el expediente de jurisdic-

reconocimiento de deuda realizado por el repudiante en documento público constituye título ejecutivo (art. 517.2.4 LEC), y que además, tanto el Juez como la Audiencia declaran que el procedimiento para este concreto supuesto (aceptación de la herencia por el acreedor) es propio de la jurisdicción voluntaria, y que «En cuanto a si el crédito que ostenta el solicitante frente al heredero que ha repudiado la herencia debe constar reconocida en resolución judicial, el artículo que cita la parte recurrente, 19.4, en modo alguno resulta de aplicación ni afecta al reconocimiento del crédito del solicitante, pudiendo el heredero acudir al procedimiento ordinario para que se revoque lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria, por lo que se desprende que siempre queda abierta la posibilidad de acudir a un procedimiento jurisdiccional posterior en el que se que plantee, como mera posibilidad, la nulidad del reconocimiento de deuda, cuestión ésta que ni siquiera se ha indicado en el expediente».

¹³⁵ El acreedor que ejercita la acción del artículo 1001 CC no es preferente a los acreedores del causante, como tampoco respecto de los legatarios. Se sostiene que sí lo es respecto de los acreedores particulares del beneficiario (GETE ALONSO Y CALERA, 2011, p. 315), aunque existen voces que propugnan que concurrirían a la par con éstos. En este sentido, advierte GARCÍA GOLDAR, 2019, pp. 309 y 310, que «el heredero sucesivamente llamado también podría encontrarse en situación de insolvencia, y si eso ocurriera, no creemos que lo justo fuese que los acreedores del repudiante tuviesen preferencia frente a los acreedores de quien efectivamente se ha convertido en heredero y ha adquirido los bienes hereditarios. En nuestra opinión, llegados a esa situación, habría que considerar que los acreedores accionantes del repudiante y los acreedores del heredero sucesivamente llamado concurrirían en igualdad de condiciones, y, si los bienes hereditarios no fuesen suficientes, habría que proceder a liquidar los bienes hereditarios de conformidad con el principio de *par conditio creditorum*. Por ello, estamos de acuerdo en que los acreedores del repudiante deben tener prioridad sobre los acreedores del nuevo aceptante si el repudiante fuese insolvente y el nuevo aceptante no; pero si por el contrario ambos fuesen insolventes tal prioridad desaparecería, y si algún grupo de acreedores debería tener prioridad frente al otro, debería corresponder a los acreedores del nuevo aceptante: al fin y al cabo, es este quien ha adquirido realmente la herencia a fin de buscar la solvencia necesitada».

¹³⁶ Por ello, sería innecesario que éstos participasen en la administración y partición, en su caso, del patrimonio hereditario (en este sentido, ARROYO AMAYUELAS, 2016, p. 1.440, contra, GETE ALONSO Y CALERA, 2011, p. 315.), pues esto supondría, además, colocarlos en una posición más favorable que la que correspondería a los acreedores particulares de los beneficiarios (art. 1083 CC, los acreedores particulares de los coherederos pueden intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos). No obstante, como señala la SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2017 (JUR/2017/198885), para hacer efectivos sus derechos es preciso «instar en otro procedimiento la división y liquidación de la herencia para poder recibir la cuota parte del repudiante (hasta el límite del crédito citado) y así ver satisfecho su derecho», lo que creo debe ser entendido en el sentido de determinar lo que en su caso hubiera correspondido al repudiante para hacer efectivos, en el subsiguiente proceso de ejecución, sus créditos, no, por tanto, para que éstos reciban la parte del llamado que repudió.

¹³⁷ ARROYO AMAYUELAS, 2016, pp. 1.440 y ss., también REBOLLEDO VARELA, 2014, p. 738, VIVAS TESÓN, *RCDI*, 2016, p. 3.148. DOMÍNGUEZ REYES, 2009, p. 117 y 118. Cos-

ción voluntaria están interesados no solo los acreedores, sino también el deudor repudiante y los posibles beneficiarios (razón que justifica que todos ellos estén presentes en el mismo y que a ello aluda el art. 95.1.º LJV, cuando establece que el juez debe valorar todos los intereses de los «llamados a la herencia» para poder resolver al efecto)¹³⁸. Existiendo oposición, aquel expediente se puede tornar en contencioso (art. 1.2 LJV, en relación con el 6.2 y 3 LJV), y será en el procedimiento ordinario que corresponda¹³⁹, donde se puedan hacer valer las pretensiones relativas a, por ejemplo, la inexistencia de la deuda (por haber sido ya pagada), la nulidad de la obligación de la que pueda traer causa la misma¹⁴⁰, la inexistencia de perjuicio por existir bienes suficientes en el patrimonio del deudor, e incluso, la posibilidad de que se trate de una deuda prescrita¹⁴¹, o que el crédito cuente con una garantía adicio-

TAS RODAL, 2013, p. 7.230. En Italia, doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que el ejercicio de esta acción se corresponde con un procedimiento de jurisdicción contenciosa. Así, FERRI, 1968, p. 112. CAPOZZI, 2009, p. 327. ZECCHINO, *Persona e Mercato*, 2018, p. 25. Se afirma también que legitimado pasivamente solo lo es el deudor renunciante, aunque pueden los beneficiarios intervenir de forma adhesiva. Otro sector considera que se da un litisconsorcio pasivo necesario y debe demandarse a los beneficiarios dado que ostentan un interés indudable en el litigio. Hasta la entrada en vigor de la LJV, lo habitual había sido iniciar un procedimiento contencioso, así, por ejemplo, SSAP de Granada de 30 de septiembre de 2013 (JUR/2014/32827), y de 18 de septiembre de 2015 (JUR/2015/294329), SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2017 (JUR/2017/198885), en la que demandados lo eran no solo el deudor repudiante, sino también los beneficiarios. En la primera de las sentencias citadas se afirma claramente que «los demás coherederos de la causante son parte en el procedimiento desde el momento en que no puede considerarse válida la partición de la herencia donde uno de los herederos ha renunciado en perjuicio del acreedor». De igual modo, la SAP de Granada de 18 de septiembre de 2015 (JUR/2015/294329), declaró que «la aplicación de una porción de la herencia repudiada, al pago de la deuda contraída por el heredero, obviamente perjudica a los demás llamados a la herencia, que así ven disminuida su participación en la sucesión. Por ello, deben ser parte en el procedimiento, y no cabe estimar la falta de legitimación pasiva alegada en el recurso». Con posterioridad a la entrada en vigor de la LJV, continúa acudiéndose al procedimiento ordinario (SAP de Madrid de 10 de junio de 2019, JUR/2019/308015).

¹³⁸ El inicio del expediente, como señala el artículo 14.1 LJV, se podrá solicitar por persona interesada (acreedor), debiendo consignarse los datos de los sujetos que puedan estar interesados en él (art. 14.3 LJV), pudiendo acumularse expedientes en el caso de que sean varios acreedores los que lo soliciten (art. 15 LJV). El juez resolverá mediante Auto y su decisión definitiva puede ser recurrida en apelación (arts. 19 y 20 LJV). La ejecución de la resolución firme que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria se regirá por la LEC, y en particular por lo señalado en los artículos 521 y 522 LEC, pudiéndose en todo caso instar de inmediato la realización de aquellos actos que resulten precisos para dar eficacia a lo decidido (art. 22 LJV).

¹³⁹ COLINA GAREA, 2009, pp. 2 y 3. MORENO CATENA, 2016, p. 220, entiende que la actividad judicial realizada en el ámbito de la jurisdicción voluntaria que pueda afectar «directamente a una persona interesada... quien resulte afectado por las actuaciones ejecutivas... en aquellos supuestos en que exista conflicto que no haga contencioso el expediente, el afectado puede oponerse a la ejecución por los cauces generales del artículo 556 LEC, así como impugnar las infracciones cometidas en actuaciones ejecutivas concretas (art. 562 LEC), o por existir contradicción de lo ordenado en las actividades ejecutivas con lo que está fijado en el título (art. 563 LEC).

¹⁴⁰ De la misma opinión, REBOLLEDO VARELA, 2014, p. 725.

¹⁴¹ REBOLLEDO VARELA, 2014, p. 726.

nal que permitiría al acreedor cobrar sin necesidad de acudir a esta vía, entre otras¹⁴².

El Auto firme del Juez que pone fin al expediente¹⁴³ y que resuelve de forma favorable la autorización a los acreedores, da lugar a que, como dispone el artículo 22 LJV, pueda ejecutarse y dar cumplimiento a lo resuelto. Dicha ejecución se registrará por lo previsto en la LEC en materia de ejecución, y más concretamente, como el propio precepto indica, por los artículos 521 y 522 LEC, pudiéndose instar de inmediato la realización de aquellos actos que resulten precisos para dar eficacia a lo decidido. El artículo 22.3 LJV, señala que *«Si la resolución fuera inscribible en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público, deberá expedirse, a instancia de parte, mandamiento a los efectos de su constancia registral. La remisión se realizará por medios electrónicos. La calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Secretario judicial, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro»*.

¹⁴² REBOLLEDO VARELA, 2014, p. 734. No es de este parecer, Díez PICAZO, ADC, 1959, p. 176, para quien la existencia de garantías específicas no impide recurrir a esta acción como remedio general. La SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2017 (JUR/2017/198885), sostiene, sin embargo, que para el ejercicio de esta acción debe darse la «ausencia de otros recursos para que los acreedores puedan cobrar sus créditos, lo cual excluye su aplicación si el crédito goza de otras garantías suficientes para su aseguramiento». En la SAP de Madrid de 10 de junio de 2019 (JUR/2019/308015), no se autorizó a la demandante el recurso al artículo 1001 CC siendo fiadora solidaria de la repudiante sobre la base de que «en el momento en el que se repudia la herencia, la actora y ahora apelante, debería ser acreedora de la demandada y si en ese momento existían impagos de cuotas de amortización, sería en su caso, deudora del banco, pero no de la apelada, puesto que la actora es fiadora solidaria y como señala, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2015, «hemos dicho que tanto en el caso de la fianza como en el de la hipoteca a favor de tercero, el garante que paga la deuda (voluntariamente o mediante la realización de sus bienes) se convierte en acreedor del deudor principal», pero, obviamente, en el momento que satisface la deuda y no con anterioridad, como aclara, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2001, sin que esta conclusión se desvirtúe por lo dispuesto en el artículo 1839 CC, ya que la subrogación lo es en los derechos del acreedor y se produce también desde el pago por lo que en el presente supuesto, el hecho de que pudieran existir cuotas pendientes de pago en el momento de otorgar la escritura de repudiación, no significa que en esa fecha la apelante fuera acreedora de la apelada».

¹⁴³ Según MORENO CATENA, 2016, p. 218, a diferencia de la LEC, «no contempla la LJV la posibilidad de aplazar la ejecución hasta la resolución del recurso de apelación que se hubiese interpuesto contra la resolución definitiva, sino que dispone que el recurso de apelación carece de efectos suspensivos (art. 20.2 LJV)», y que se puede instar de inmediato que el Letrado de la Administración de Justicia realice los actos precisos para dar eficacia a lo decidido (art. 22.1 LJV)». Para BANACLOCHE PALAO, 2015, p. 219, el artículo 95.3 LJV establece que el recurso de apelación contra el Auto del juez lo será «con efectos suspensivos», lo que significa que suspenda la eficacia de lo decidido por el juez hasta tanto se resuelve la impugnación –en contra de la regla general de los expedientes de jurisdicción voluntaria, donde el recurso no tiene más que efecto devolutivo, pero no suspende los efectos de la decisión–, es decir, que no considera aceptada o repudiada la herencia hasta que decida la Audiencia Provincial».

La remisión del artículo 22 LJV a los artículos 521 y 522 LEC¹⁴⁴, implica que estamos ante una ejecución impropia, «característica de los pronunciamientos meramente declarativos o constitutivos, que no son ejecutables *per se* más allá de la consecución de su reflejo registral»¹⁴⁵, y cuya finalidad es la de «dar publicidad a la declaración o al cambio jurídico producido a los efectos de su eficacia *erga omnes*»¹⁴⁶. La resolución del juez autorizante va destinada a permitir o modificar inscripciones en los Registros públicos sin que sea preciso despachar ejecución. Su eficacia debe ser acatada por particulares y autoridades (Registradores), debiéndose llevar a cabo aquello que la resolución recoge, si bien, como señala el artículo 522 LEC, hay que «atenerse al estado o situación jurídica que surja de ellas», y esto será siempre y cuando «*no existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica*». Con este sentido, la denominada ejecución impropia

¹⁴⁴ Establece el primero de ellos que «1. *No se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas. 2. Mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se despache ejecución. 3. Cuando una sentencia constitutiva contenga también pronunciamientos de condena, éstos se ejecutarán del modo previsto para ellos en esta Ley*». El artículo 522 LEC dispone que «1. *Todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica. 2. Quienes hayan sido parte en el proceso o acrediten interés directo y legítimo podrán pedir al tribunal las actuaciones precisas para la eficacia de las sentencias constitutivas y para vencer eventuales resistencias a lo que dispongan*».

¹⁴⁵ GARBERI LLOBREGAT, 2013, pp. 2 y 3, versión obtenida de Aranzadi Instituciones. En el mismo sentido, MORENO CATENA, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, p. 188, también MORENO CATENA, 2016, p. 2019. Según DE LA OLIVA SANTOS, 2000, p. 27, la ejecución impropia hace referencia a «las posibles medidas dirigidas al pleno despliegue de efectos establecidas o derivadas de ciertas sentencias o a satisfacer el interés legítimo que reconocen, pero sin necesidad de que la jurisdicción ejerza su poder coactivo o coercitivo, ni penetre en el patrimonio de ningún sujeto jurídicos prescindiendo de su voluntad y, desde luego, sin necesidad de que comience un verdadero proceso. Ejemplo principal de ejecución impropia lo constituyen las inscripciones, anotaciones y rectificaciones de inscripciones o anotaciones registrales, que cabe obtener de sentencias constitutivas... o meramente declarativas». La STS de 4 de diciembre de 1992 (RJ/1992/10388), sostuvo al respecto que las sentencias declarativas y las meramente constitutivas no son susceptibles de ejecución. En la sentencia declarativa, la tutela judicial se consume con la declaración del derecho, y en las meramente constitutivas, porque sólo pueden ser objeto de ejecución impropia (publicidad del cambio producido por la creación, modificación o extinción de un derecho). De igual modo, la STS de 11 de junio de 1998 (RJ/1998/4682) declaró que las sentencias declarativas se limitan a la mera declaración que constata una situación jurídica preexistente, dotándola de certeza jurídica, por consecuencia de la resolución judicial; la sentencia constitutiva crea o modifica una situación jurídica; y la sentencia condenatoria, impone al condenado la realización de una determinada prestación y al tiempo crea un título para la efectividad de la condena por vía jurisdiccional ejecutiva». Por ese motivo quedan excluidas de la ejecución provisional, DAMIÁN MORENO, *Revista Internacional de estudios sobre Derecho procesal y arbitraje*, n.º 1, 2009, p. 4.

¹⁴⁶ CORDÓN MORENO, 2016, pp. 1 y ss. Versión generada en Aranzadi Instituciones.

permite que se lleven a cabo actuaciones complementarias con el objetivo de reforzar lo que en la resolución se establezca¹⁴⁷.

Si con la aceptación de la herencia por el heredero, su acreedor puede anotar preventivamente el embargo sobre el derecho hereditario (en principio, estando éste previamente anotado¹⁴⁸, aunque como

¹⁴⁷ Como sostiene MORENO CATENA, 2000, pp. 35, 36 y 65 «por contraposición con la llamada ejecución propia (expresión con la que se quiere indicar la actividad desarrollada por el tribunal para dar efectividad a una sentencia de condena u otro título de ejecución, producida por el incumplimiento del obligado), con la denominación ejecución impropia se suele designar una serie de actividades que derivan fundamentalmente de sentencias constitutivas. Al crear, modificar o extinguir estas resoluciones judiciales un estado o una situación jurídica, precisan en no pocas ocasiones de la constancia o publicidad del cambio producido, lo que significa que con frecuencia estas resoluciones han de acceder a Registros públicos. No obstante, estas actividades no representan otra cosa que un simple complemento de la sentencia, que por sí misma, una vez ha alcanzado firmeza, satisface la pretensión de forma plena y dispensa una efectiva tutela judicial del derecho del litigante (arts. 521 y 522 LEC)». No obstante, como ha puesto de relieve CORDÓN MORENO, *Gómez Acebo & Pombo*, 2020, pp. 3 y 4, tanto las sentencias constitutivas como las meramente declarativas (aquellas que no crean la situación jurídica sino que reconocen la preexistente) «pueden necesitar de actuaciones complementarias destinadas a reforzar su efectividad práctica (ejecución impropia), actuaciones que, en algunos casos, pueden derivar directamente de la ley y no precisan ser pedidas ni estar recogidas en la sentencia... Lo relevante es que la ejecución de la sentencia se lleve a cabo en sus propios términos con la finalidad de satisfacer al ejecutante. Y para ello es inexcusable que el órgano judicial examine las circunstancias concretas de cada caso y dilucide, a la vista de ellas, si la sentencia que puso fin al procedimiento puede ser ejecutada directamente; si, por el contrario, resulta necesaria la apertura de un procedimiento posterior para hacer efectivos sus mandatos en el caso de que éstos no se agoten en la mera declaración judicial, o si esta efectividad puede lograrse con actuaciones constitutivas de una ejecución impropia. En la jurisprudencia existen casos en los que se ha planteado este problema, tanto en sentencias meramente declarativas como en constitutivas, y las soluciones han sido contradictorias...». Con todo, como apunta el autor citado, «habrá que tener en cuenta que debe evitarse un nuevo proceso declarativo cuando en ejecución de una sentencia firme sea posible proceder a aquello que resulte consecuencia necesaria, natural o imprescindible de su fallo (STS de 22 de enero de 2001, RJ/2001/1323)».

¹⁴⁸ Si hace décadas se insistía en la inutilidad de la anotación preventiva del derecho hereditario *in abstracto* (sobre el tema puede consultarse, DE LOS MOZOS Y TOUYA, *RCDI*, 1982, pp. 1423 y ss. Con anterioridad, y no sin discusión, se había admitido la inscripción del derecho hereditario *in abstracto*, y por ello también, la inscripción de su embargo, así DE LA CÁMARA, *RCDI*, 1926, pp. 490 y ss., y en *RCDI*, 1926, pp. 639 y ss. VILLARES PICÓ, *RCDI*, 1946, pp. 109 y ss.), la realidad actual viene a demostrar que no es así, basta con leer lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 46 LH: «El derecho hereditario cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos, sólo podrá ser objeto de anotación preventiva. Esta anotación podrá ser solicitada por cualquiera de los que tengan derecho a la herencia o acrediten un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar», para comprobar que los acreedores particulares del heredero, y por lo que a nosotros interesa también del repudiante, ostenta un interés legítimo en que se haga constar la misma a efectos de, a su vez, anotar preventivamente el embargo sobre aquel derecho hereditario *in abstracto* (art. 46.3.º LH, «El derecho hereditario anotado podrá transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación»). En tal caso, como dispone el artículo 46.2.º LH, deberá practicarse mediante providencia judicial, obtenida por los trámites del artículo 57 LH, en el que se regula el procedimiento para las anotaciones por mandato judicial y en el que se establece que «Cuando hubiere de hacerse la anotación de legados o de derecho hereditario por mandato judicial, acudiré el interesado al Juez o Tribunal competente exponiendo su derecho, presentando los títulos en que se funde y señalando los bienes que pretenda anotar. El Juez o Tribunal, oyendo a los interesados en juicio verbal, dictará providencia, bien denegando la pretensión o bien accediendo a ella. En este último caso señalará los bienes que hayan de ser anotados y el

se ha sostenido, es posible también que se esté ante un supuesto de «anotación implícita del derecho hereditario o de tracto sucesivo abreviado, en el que el derecho hereditario no se anota expresamente, pero consta en el cuerpo del asiento»¹⁴⁹), siempre que el que se dice ser heredero por el acreedor lo sea verdaderamente¹⁵⁰, que el heredero deudor haya aceptado¹⁵¹, y se determine la parte que a

Secretario judicial librará el correspondiente mandamiento al Registrador, con inserción literal de lo prevenido para que lo ejecute», (de igual modo, art. 146.2.º RH). Por su parte, el artículo 166.1.ª RH ordena que «Si las acciones se hubieren ejercitado contra persona en quien concurra el carácter de heredero o legatario del titular, según el Registro, por deudas propias del demandado, se harán constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro General de Última Voluntad y de defunción del causante. La anotación se practicará sobre los inmuebles o derechos que especifique el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor». En este sentido, DE LOS MOZOS Y TOUYA, RCDI, 1982, pp. 1.490 y 1.491, aunque para el citado autor, los acreedores particulares del heredero pueden obtener esta anotación preventiva del derecho hereditario de dos formas: «por solicitud directa al Registrador, formulada en documento público o en simple instancia en los que se manifiesten o describan los bienes, siempre que éstos estén sitos en la circunscripción territorial de aquél... deberá además presentarse en el Registro el título sucesorio fundamental (testamento o declaración de herederos abintestato) y, en su caso, los documentos complementarios correspondientes, como por ejemplo, cuando haya de acreditarse una repudiación de la herencia...; segunda: mediante providencia judicial ordenando la práctica de esta anotación obtenida por los trámites del artículo 57 LH». Apunta que si los acreedores particulares del heredero «tienen la necesaria documentación sucesoria preferirán anotar el embargo sobre los bienes inscritos a nombre del causante en la parte que corresponda al derecho hereditario del heredero (deudor)... la eficacia de este embargo queda condicionada a que el bien o bienes sobre los que se anotó se le adjudiquen en todo o en parte al heredero deudor». Sostiene también, DE LOS MOZOS Y TOUYA, RCDI, 1982, p. 1.499, que ello no obstante, «el embargo del derecho hereditario anotado raramente se practicará, ya que los acreedores particulares de los coherederos tiene la facultad de embargar directamente los bienes de la herencia en virtud del mismo precepto del Reglamento Hipotecario que les reconoce el mismo derecho que a los acreedores del causante, a quienes viene a equipararlos, no existiendo otra preferencia entre ellos que la derivada del principio de prioridad registral, es decir, la fecha del respectivo asiento. Claro que los acreedores del causante pueden oponerse a que se practique la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos... con lo que indirectamente, aunque su embargo sea de fecha posterior al del acreedor del heredero, pueden evitar que el derecho de éste último se concrete en bien alguno». Lo dicho por el autor citado va referido al llamado que ha aceptado la herencia y teniendo en cuenta que dicho embargo queda condicionado a que, «una vez se lleve a cabo la partición, los bienes embargados se adjudiquen al heredero deudor».

¹⁴⁹ RIVAS TORRALBA, RCDI, 1981, p. 327, afirma que tratándose de acreedor del heredero (se supone aceptante), para la práctica de la anotación de embargo se deben hacer constar «las circunstancias del testamento de la declaración de herederos y de los certificados del Registro de Actos de última voluntad y defunción del causante. En este caso la anotación se practica sobre los inmuebles o derechos que especifique el mandamiento, pero en la parte que corresponda a los derechos hereditarios del deudor... estamos aquí ante un caso de anotación implícita de derecho hereditario».

¹⁵⁰ Con el título en el que funde dicha cualidad, testamento o declaración de herederos abintestato. Sobre todos estos requisitos, puede consultarse TORRES GARCÍA, 2019, p. 812.

¹⁵¹ Pues no habiendo aceptado o repudiado ya dijimos que el acreedor debe proceder de acuerdo a lo ordenado en el artículo 1005 CC. El Auto de la AP de Asturias de 28 de septiembre de 2000 (JUR/2001/19153), dictado en juicio ejecutivo, denegó que se librase mandamiento judicial para que se practicase una anotación preventiva de embargo sobre los derechos hereditarios del deudor, por no haberse probado que éste era heredero, pero más destacadamente debido a que el supuesto derecho hereditario no existía al no constar el fallecimiento de la persona respecto de la cual podría ostentar tal derecho el deudor. En igual sentido, RDGRN de 19 de diciembre de 2017 (RJ/2017/5840).

aquel corresponda¹⁵², esta posibilidad no se da en el supuesto del acreedor del repudiante¹⁵³, en la medida que faltando el requisito de la aceptación y existiendo la repudiación, precisa la autorización del juez. El Auto presentaría eficacia constitutiva¹⁵⁴, remitiéndose al Registro competente para proceder a dicha anotación¹⁵⁵.

Con este sentido, hasta tanto la resolución constitutiva (el Auto del Juez de Primera Instancia) no se pronuncie y sea firme, la situación que se pretende modificar permanece intacta¹⁵⁶. Bastará su

¹⁵² Lo que deberá recogerse en el mandamiento judicial que ordene la anotación preventiva de embargo. Todos estos requisitos son los que se vienen exigiendo para poder anotar preventivamente el embargo sobre bienes del caudal hereditario. Entre otras, por ejemplo, la RDGRN de 17 de marzo de 2017 (RJ/2017/1381).

¹⁵³ Advierte VILLARES PICÓ, *RCDI*, 1968, pp. 43 y 44, que si el designado heredero anotó su derecho hereditario y posteriormente repudia la herencia, debe entenderse que se está ante una aceptación tácita de la herencia, de modo que, a diferencia del supuesto que ahora se examina, los acreedores particulares podrían alegar la aceptación para proceder a la traba de su derecho que se encuentra anotado.

¹⁵⁴ Podrían sostenerse dos tesis: que el derecho/acción que concede el artículo 1001 CC a los acreedores es también de modificación jurídica, en la medida en que como dijese CHIOVENDA, 1900-1930, n.º 11 y 15, el titular puede producir mediante una manifestación de voluntad, entre otros efectos, la cesación de un estado jurídico desventajoso, y todo esto frente a personas que se encuentran sujetas a su efecto jurídico. En ocasiones, además, el derecho potestativo no se realiza con la sola declaración de voluntad del titular, sino que es preciso a tal fin que ese derecho sea reconocido como existente en sus presupuestos de hecho y derecho por un órgano jurisdiccional, el cual, en virtud del mismo poder, pronuncia la modificación en el estado jurídico. Dentro de esta construcción doctrinal la eficacia constitutiva de la sentencia aparece como formando parte de los efectos del derecho potestativo que la resolución declara, «mostrándose así tal derecho como el poder jurídico concedido al actor para producir un efecto jurídico mediante sentencia del juez». La sentencia constitutiva declararía también una voluntad de ley preexistente. En estos supuestos, como se ha dicho «el actor tiene derecho a producir la modificación, no solamente a que se produzca, en último término, el poder de producir el efecto nuevo remonta al derecho del actor, siendo la sentencia el momento culminante en el que se efectúa». Frente a esta concepción se ha sostenido también que «la función de la sentencia constitutiva responde sustancialmente a este poder de control en la producción del efecto jurídico», LORETO, 1956, pp. 86, 87 y 88, y que en todos los casos en que del acto del Tribunal surgen los efectos jurídicos la sentencia es constitutiva. «Ella reconoce el derecho del actor a solicitar la producción del nuevo estado de cosas, presentándose así la sentencia como constitutiva del efecto, no por un acto arbitrario del juez, sino como actuación de la voluntad de la Ley que se lo ordena». Se dirá además que en la acción tendente a conseguir la tutela jurídica constitutiva, «el actor no tiene un derecho subjetivo material distinto de la acción, sino que el poder realizado en el proceso es el mismo contenido de la acción que se ejercita», viniendo entonces el juez obligado a satisfacer el derecho de acción. La ley confiere al acreedor el poder demandar del órgano jurisdiccional competente la producción de un efecto jurídico por sentencia. Se sostiene que la sentencia constitutiva contiene dos pronunciamientos: a) el reconocimiento del derecho del actor para demandar judicialmente la constitución del nuevo estado jurídico que el ordenamiento le garantiza y que es la «acción»; b) el acto del órgano jurisdiccional por el cual se genera el nuevo estado jurídico de que se trata acatando el contenido de aquel derecho que le impone una obligación de pronunciar una decisión con un determinado contenido».

¹⁵⁵ No obstante, según REBOLLEDO VARELA, 2014, pp. 744 y 745, «si se está ante un heredero único repudiante, podrán los acreedores dirigirse contra todo el caudal hereditario, procediendo al embargo de los bienes conforme a los criterios del artículo 592 LEC. Si por el contrario se trata de un coheredero, el acreedor solo puede embargar el derecho hereditario».

¹⁵⁶ LORETO, 1956, p. 89. No obstante, se ha discutido entre la doctrina si para que el embargo sea efectivo es preciso, como requisito constitutivo, que se haga constar en el Regis-

certificación y, en su caso, el oportuno mandamiento judicial (al Registrador), para conseguir el efecto pretendido, esto es, el acceso a los bienes de la herencia¹⁵⁷. Nótese además, que si para anotar preventivamente el embargo sobre el derecho hereditario del deudor aceptante de la herencia, los Registradores son bastante exigentes en cuanto al contenido del mandamiento judicial que ordena dicha anotación, en el supuesto del repudiante¹⁵⁸, y para evitar el rechazo de la misma, aquel mandamiento deberá contener todos los extremos relativos a la repudiación (que el que repudia fue llamado a la herencia del sujeto causante que consta como titular registral, por tanto, testamento o declaración abintestato de herederos, repudiación formal y la cuota parte que a aquél hubiese correspondido¹⁵⁹), más la autorización judicial que habilita a los acreedores que han cumplido los requisitos que el artículo 1001 CC implícitamente recoge.

Entiendo, por tanto, que la remisión que a los artículos 521 y 522 LEC lleva a cabo el artículo 22 LJV, está indicando que el Auto del juez es una resolución constitutiva (en la medida en que su decisión va a modificar la situación jurídica preexistente que, de otro modo, permanecería incólume impidiendo a los acreedores poder trabar bienes hereditarios), y es el propio Auto judicial en el que se autoriza a los acreedores (a «aceptar la herencia» del repudiante), el que suple aquél elemento imprescindible. Para que el acreedor pueda trabar bienes hereditarios conforme al procedimiento previsto en la LJV, el Auto en el que se recoge la autorización, debe decretarse la anotación, y, en su caso, junto con él, mandamiento judicial al efecto, por constituir éste «acto procesal de

tro, o por el contrario, es meramente declarativo, pues la sola resolución que lo recoge es suficiente, buena parte de la doctrina y de las RDGRN así lo confirman. Sobre este concreto aspecto puede consultarse, RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *RCDI*, 2009, pp. 2642 y ss. Para DE LA OLIVA SANTOS, 2000, p. 202, el embargo no anotado puede dar lugar a que un tercer adquirente a título oneroso que haya inscrito su derecho, se vea protegido por el artículo 34 LH, de forma que podría solicitar y obtener el alzamiento de la traba sin necesidad de recurrir a la tercería del dominio. Es por ello importante la anotación preventiva del embargo, pues con ello se evita que terceros adquirentes de bienes hereditarios puedan ampararse en el artículo 34 LH. Según DOMÍNGUEZ LUELMO, 2019, p. 798, «el embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente, con independencia de su anotación en el Registro», aunque sus efectos se limitan a las adquisiciones posteriores. Para TORIBIOS FUENTES, 2019, p. 827, la anotación de embargo, sea preventivo o definitivo, «busca que trascienda y se publique frente a terceros, con la doble finalidad de proteger al ejecutante, evitándose que el bien pase a poder de terceros de modo irrevindicable».

¹⁵⁷ En este sentido, GARCÍA GARCÍA, *RCDI*, 1986, p. 1.175, cuando señala que «para que se graven bienes contra la voluntad del titular, para penetrar en ese patrimonio personal, es necesario, como mecanismo supletorio de tal voluntad, el mandamiento judicial».

¹⁵⁸ Resoluciones de la DGRN de 6 de abril de 2017 (RJ/2017/1409), 6 de julio de 2016 (RJ/2016/4258), 10 de julio de 2017 (RJ/2017/4564), 11 de octubre de 2016 (RJ/2016/5017), 30 de noviembre de 2017 (RJ/2017/5470).

¹⁵⁹ Sobre estos aspectos, TORRES GARCÍA, 2019, p. 852.

ejecución» del Auto (además de acto de comunicación y de rogación)¹⁶⁰.

Actuar de otro modo podría determinar que el Registrador se niegue a anotar el embargo sobre el derecho hereditario que hubiera correspondido al repudiante. No obstante esto sentado, como de forma clara establece el artículo 522 LEC, siempre y cuando «*no existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica*», y es que la función calificadora del Registrador persiste, como también su independencia y responsabilidad, razones que justifican la salvedad que el precepto citado contiene¹⁶¹.

Tratándose, por tanto, de anotación preventiva de embargo sobre el derecho hereditario *in abstracto*¹⁶², podrá actuarse, a su

¹⁶⁰ Así, GARCÍA GARCÍA, *RCDI*, 1986, pp. 1176 y ss. MORENO CATENA, 2016, p. 221. DÍAZ FRAILE, 2016, p. 229.

¹⁶¹ Analiza este concreto aspecto, DÍAZ FRAILE, 2016, pp. 239 y ss. RDGRN de 22 de febrero de 2000 (RJ/2000/1080), aunque referido a un deudor aceptante de la herencia, y en la que se sostiene que la anotación preventiva de embargo sobre derechos hereditarios del demandado debe limitarse a una de las fincas y no a las tres que constaban a nombre del causante, pues las otras dos restantes figuran inscritas a nombre de la viuda en virtud de escritura de partición de la herencia. La RDGRN de 1 de febrero de 2014 (RJ/2014/1972), declaró que «Respecto a la anotación preventiva de embargo del derecho hereditario in abstracto... el artículo 166.1 apartado segundo RH, determina que «si las acciones se hubieren ejercitado contra persona en quien concurra el carácter de heredero o legatario del titular, según el Registro, por deudas propias del demandado, se harán constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro General de Actos de Última Voluntad y de defunción del causante. La anotación se practicará sobre los inmuebles que especifique el mandamiento judicial en la parte que corresponda el derecho hereditario del deudor». De dicho precepto reglamentario se deduce con toda claridad que es necesario hacer constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y los certificados del Registro General de Actos de Última Voluntad y de defunción del causante, practicándose la anotación de embargo únicamente en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor, sin que pueda afectar, como es evidente, a las porciones hereditarias que puedan corresponder a otros herederos. Respecto al ámbito de la calificación registral de los documentos judiciales, el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí los obstáculos que surjan del Registro, como se deduce del artículo 100 RH. En el presente caso, tratándose de un procedimiento que se sigue contra quien no es el titular registral, protegido por el principio de legitimación registral (*cf.* arts. 1 y 38 LH) debe acreditarse que dicho procedimiento se sigue contra la persona en quien concurre la cualidad de heredero de aquél, dando así cumplimiento al principio de tracto sucesivo (*cf.* art. 20 LH), al objeto de que pueda tomarse anotación únicamente sobre la porción hereditaria que corresponde al deudor demandado». En el caso decidido por esta resolución se negó la anotación preventiva de embargo. Resolvió de igual modo la RDGRN de 31 de enero de 2019 (RJ/2019/508), negando también la anotación preventiva de embargo, calificando el mandamiento judicial que lo ordenaba.

¹⁶² Pero teniendo en cuenta, como sostuvo la RDGRN de 9 de julio de 2015 (RJ/2015/37 55) que «Si son varios los llamados mientras no se realice la partición existe el derecho hereditario in abstracto, que es el que cada uno de los herederos ostenta sobre la totalidad de la herencia en proporción a sus cuotas entre tanto no se practique la partición hereditaria. El heredero puede disponer de su derecho in abstracto, transmisión que se concretará en los bienes que se le adjudiquen en la partición, pero no de bienes

vez, de dos formas¹⁶³, bien solicitando el acreedor que se ejecute el embargo sobre el derecho hereditario *in abstracto*, bien con la intervención a su costa en la partición y adjudicación de bienes que hubiese correspondido al repudiante¹⁶⁴, para entonces, una vez determinados los bienes que integran dicha cuota (deducidas las deudas del causante y mandas), se inscriba la partición dando traslado de la anotación de embargo a la parte que hubiese correspondido al deudor repudiante (art. 399 CC), o proceder a la enajenación forzosa de la cuota parte relicta y cobrar así sus créditos¹⁶⁵.

concretos, ni de cuotas o partes indivisas de los mismos, hasta la partición, con excepción de la transmisión de un bien por todos los herederos, todos los miembros de la comunidad hereditaria. Este derecho sólo puede acceder al Registro vía anotación preventiva conforme al artículo 42.6 de la Ley Hipotecaria que prevé así mismo la posibilidad de su transmisión, gravamen o anotación. La anotación de embargo del derecho hereditario esta además regulada en el artículo 166 del Reglamento Hipotecario. Una vez hecha la partición, el derecho hereditario *in concreto* recae directamente sobre bienes concretos o cuotas o partes indivisas de los mismos. Y cada titular ostenta plena disponibilidad de los bienes adjudicados que se le hayan adjudicado. Hecha la partición, cabe inscripción en el registro de la Propiedad conforme a los artículos 14 y 16 de la Ley Hipotecaria».

¹⁶³ La SAP de León de 12 de enero de 2007 (AC/2007/300), declaró que «aún siendo posible embargar y anotar en el Registro de la Propiedad por deudas del heredero bienes inscritos a favor del causante, en cuanto a los derechos que puedan corresponder al heredero sobre la total masa hereditaria de la que forman parte tales bienes (art. 166.1.º RH), e incluso adjudicar en subasta los derechos hereditarios del deudor, para que esa adjudicación cobrara plena efectividad sería necesario promover previamente la partición de la herencia, pues mientras no se sepa qué bienes y derechos correspondan a cada heredero no es posible la inscripción de la adjudicación. En consecuencia, parece en principio conveniente promover previamente la partición de la herencia y a la vista del resultado de la misma proseguir con la ejecución...».

¹⁶⁴ No es requisito que los acreedores particulares del deudor repudiante participen en la división del caudal hereditario, por lo que en caso de que ésta se lleve a cabo sin su presencia, puede, no obstante, acceder al Registro, si bien, siempre quedará a los acreedores la posibilidad de impugnarla, es decir, para la práctica de la partición y su posterior inscripción, no es requisito legal que los acreedores del repudiante la consientan. En este sentido, RIVAS TORRALBA, *RJRM*, 1987, pp. 40 y 41. Claro está, todo lo dicho para el supuesto de que efectivamente no haya partición previa, pues la situación es distinta cuando se trata de partición practicada por el mismo testador, en la que ya existe adjudicación concreta de bienes, o cuando se está ante un heredero *ex re certa*, pues en tales casos la posibilidad de traba es mucho más sencilla, ya que como se ha señalado, LACRUZ Y SANCHO, 1981, p. 175, en el primer caso, «al abrirse la sucesión los bienes pasan *uno actu* y automáticamente cada uno a su destinatario, supuesto que acepte la herencia»; en el segundo, y a pesar de que pueda interpretarse que la voluntad del testador fue la de nombrarle heredero, el artículo 768 CC señala que «*el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario*», lo que para nuestro caso puede significar que siendo tenido por legatario, éste adquiere el bien desde el momento de la apertura de la sucesión, y si repudiase, lo que realmente se produce es una renuncia abdicativa.

¹⁶⁵ Sobre las diferentes situaciones que pueden presentarse atendiendo a si se anotó o no el embargo con anterioridad o posterioridad a otras transmisiones de los bienes que quedan sujetos al pago de los créditos de los acreedores, puede consultarse LÓPEZ FRÍAS, *RCDI*, 2010, pp. 2.079 y ss. En relación con el proceso de ejecución, como se ha puesto de relieve, ACHÓN BRUÑÉN, *RCDI*, 2006, n.º 698, p. 2.187, «la ejecución puede extenderse a personas que no figuran en el título ejecutivo... por ser titulares de bienes especialmente afectos al pago del débito».

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M.^a José: «La problemática del concepto de parte en el proceso de ejecución», *RCDI*, 2006, n.º 698, pp. 2.185-2.220.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Comentario al artículo 1111 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albaladejo García, T. XV, Vol. 1.º, Madrid, 1989.
- «La adquisición de la herencia en el Derecho español», *ADC*, 1955, pp. 3-30.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «Comentario al artículo 1001 del Código Civil», *Código Civil comentado*, T. II, Dir. Cañizares Laso, 2.ª Edic., Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 1.438-1.444.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: «Comentario al artículo 6 del Código civil», *Código Civil Comentado*, T. I, Civitas, Pamplona, 2006, pp. 76-89.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: *Ejercicio por los acreedores de los derechos y acciones del deudor. Estudio del artículo 1111 del Código Civil*, Madrid, 1988.
- AUBRY, Charles et RAU, Charles-Frédéric.: *Cours de Droit Civil français*, T. IX, Paris, 1897.
- BALESTRA, Lorenzo y DI MARZIO, Mauro: *Successioni e donazioni*, Dir. Cendon, Padua, 2014.
- BANACLOCHE PALAO, Julio: *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria. Análisis de la Ley 15/2015, de 2 de julio*, Madrid, 2015.
- BARBA, Vincenzo: *La rinuncia all'eredità*, Milán, 2008.
- BARBERO, Domenico: *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, Turín, 1955.
- BAUDRY-LACANTINIERIE, Gabriel et WAHL, Albert: *Traité Théorique et pratique de Droit civil*, T. IX, Paris, 1905.
- BAYO LÓPEZ, M.^a del Carmen: *La llamada aceptación de la herencia por los acreedores. Artículo 1001 del Código Civil*, Madrid, 1998.
- BONFANTE, Pietro: *Commentario alle Pandette*, Dir. Serafini, Cogliolo e Fadda, T. 29, traducido y anotado por Bonfante, Milán, 1907.
- BORSARI, Luigi: *Commentario del Codice Civile*, T. 3, vol. 1, Roma, 1874.
- CAPOZZI, Guido: *Successioni e donazioni*, T. I, Milán, 2009.
- CARNEVALE, Corrado: *La Giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*, Libro II, Delle Sucesiones, Milán, 2012.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Tratado de los Derechos de garantía*, T. I, 3.ª Edic., Aranzadi, Pamplona, 2014.
- CAZORLA GONZÁLEZ, M.^a José: *El concurso de la herencia*, Madrid, 2007.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «El hipotecante no deudor; ¿Un fiador real cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?», *ADC*, 2006, pp. 1.659-1.766.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a Dolores: «Los acreedores del causante antes de la partición: responsabilidad de los coherederos», *AC*, 2013, n.º 1, pp. 1-16.
- CHIOVENDA, Giuseppe: *L'azione nel sistema dei diritti, Saggi di Diritto Processuale civile*, Vol. I, Roma, 1900-1930.
- COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio: *Instituições de Direito civil portuguez*, T. II, Lisboa, 1917.
- COLIN, Ambroise et CAPITANT, Henri: *Cours élémentaire de Droit civil français*, T. III, Paris, 1921.
- COLINA GAREA, Rafael: «Comentario al artículo 1001 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2009.

- CORDÓN MORENO, Faustino: «Sentencias constitutivas de división de cosa común ¿cabe el retracto?», *Gómez Acebo & Pombo*, 2020, pp. 1-4.
 — *Estudios sobre Derecho procesal civil*, Pamplona, 2016.
- COSTAS RODAL, Lucía: «Comentario al artículo 1001 del Código civil», *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, 2013, pp. 7.223-7.232.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Efectos de la acción Pauliana», *RCDI*, 2001, pp. 1443-1472.
 — «El fraude del deudor en la acción pauliana», *RCDI*, 1999, pp. 1867-1915.
 — «Naturaleza jurídica de la aceptación por los acreedores de la herencia renunciada en su perjuicio por el deudor», *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, T. IV, Pamplona, 1969, pp. 226-290.
- DAMIÁN MORENO, Juan: «La ejecución provisional de sentencias en el proceso civil español», *Revista internacional de estudios sobre Derecho procesal y arbitraje*, n.º 1, 2009, pp. 1-17.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 del Código Civil», *RDP*, 1932, pp. 193-227.
- DE LA CÁMARA, Fernando: «El derecho hereditario in abstracto», *RCDI*, 1926, pp. 490-507.
 — «GRAVAMEN DEL DERECHO HEREDITARIO», *RCDI*, 1926, pp. 639 y ss.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Madrid, 2000.
- DE LOS MOZOS Y TOUYA, Antonio M.ª: «La anotación preventiva del Derecho hereditario», *RCDI*, 1982, pp. 1.423-1.504.
- DE TORRES PEREA, José Manuel: «La acción rescisoria por fraude de acreedores en la práctica judicial en especial análisis del requisito de la subsidiariedad procesal», *RdPat*, 2012, pp. 185-212.
- DEMOLOMBE, Charles: *Cours de Code Napoleon*, T. XV, Paris, 1879.
- DÍAZ FRAILE, Juan M.ª: «Comentario al artículo 22.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Dir. Fernández de Buján, Madrid, 2016, pp. 225-258.
- DÍEZ PICAZO, Luis: «La aceptación de la herencia por el acreedores del heredero», *ADC*, 1959, pp. 127-198.
 — *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, T. II, 2008.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Comentario al artículo 42.2.º de la Ley Hipotecaria», *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Dir. Domínguez Luelmo, Pamplona, 2019, pp. 798-800.
- DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «La autorización judicial en el artículo 1001 del Código Civil», *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de la Laguna, 2009, pp. 93-131.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: *El fraude de acreedores. La acción pauliana*, Bolonia, 1998.
 — «Algunas consideraciones sobre la acción revocatoria en el Derecho italiano», *ADC*, 1997, pp. 631-670.
 — «La rescisión por fraude de acreedores en las Propuestas de Código Civil», *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Coord. García Pérez y Ataz López, Pamplona, 2019, pp. 223-257.
- FERRI, Luigi: *Successioni in generali*, *Commentario al Codice civile*, Scialoja e Branca, Bolonia-Roma, 1968.
 — *Rinuncia e rifiuto nel Diritto privato*, Edit. Giuffré, Milán, 1960.

- FLORENSA I TOMÁS, Carles Enric: «La naturaleza del procedimiento previsto en los artículos 1001 del Código Civil y 23 del Codi de Successions per causa de mort en el Dret civil de Catalunya; La legitimación subrogatoria concedida al acreedor del repudiante», *La Ley*, 2000, pp. 1.424-1.443.
- GALVÁN GALLEGOS, Ángela: *La repudiación de la herencia en el Código civil español*, Tesis, Repositorio UCM, 1994.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José: *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Pamplona, 2013.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel: «Los mandamientos judiciales y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1986, pp. 1.173-1.190.
- GARCÍA GOLDAR, Mónica: *La liquidación de la herencia en el Código civil español. Especial referencia a las deudas sucesorias desconocidas o sobrevenidas*, BOE, Colección Derecho privado, Madrid, 2019.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. II, Madrid, 1852.
- GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: «La adquisición de la herencia en el Derecho español», *RDP*, 1944, pp. 3-30.
- GETE ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen: «Adquisición de la herencia», *Tratado de Derecho de sucesiones. Código Civil y normativa autonómica*, Dir. Gete Alonso, T. I, 2011, p. 275.
- GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel: «Comentario al artículo 1001 del Código civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Dir. Albaladejo García, T. XIV, Vol. 1.º, Madrid, 2004.
- GLÜCK, Friedrich: *Commentario alle Pandette*, Dir. Serafini, Cogliolo e Fadda, T. 29, traducido y anotado por Bonfante, Milán, 1907.
- GÓNZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Comentario al artículo 1257 del Código civil», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Dir. Albaladejo García y Díaz Alabart, T. XVII, Vol. 1-A, Madrid, 1993.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Dos cuestiones sobre la anotación preventiva de embargo: su naturaleza declarativa y su relación con el principio de prioridad registral», *RCDI*, 2009, n.º 715, pp. 2.642-2.651.
- JEREZ DELGADO, Carmen: *Los actos subjetivamente fraudulentos*, Universidad Autónoma de Madrid, 1997.
- JORDANO FRAGA, Francisco: «La legitimación pasiva en el ejercicio judicial de la acción subrogatoria (art. 1111 CC)», *ADC*, 1997, n.º 2, pp. 501-630.
- *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*, Granada, 2001.
- *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1111 CC). (Ensayo de formulación de los criterios generales para su delimitación)*, Civitas, Madrid, 1996.
- *Los acreedores del llamado a una sucesión mortis causa ante el ejercicio por éste del ius delationis*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996.
- *La sucesión en el «ius delationis». Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria «mortis causa»*, Civitas, Madrid, 1990.
- JOSSERRAND, Louis: *Cours de Droit civil positif français*, T. III, París, 1940.
- JUÁREZ TORREJÓN, Ángel: «La acción pauliana (revocación por fraude de acreedores): intento de reconstrucción de la figura y de su papel en el Derecho patrimonial», *ADC*, 2018, pp. 1.277-1.349.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria», *ADC*, 1950, pp. 1.100-1.132.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho civil, Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1981.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil VII, Derecho de sucesiones*, 14.^a Edic., actualizada por Cervilla Garzón, García Pérez y González Martínez., Madrid, 2019.
- LAURENT, Françoise: *Principies de Droit civil*, T. 9, Paris, 1887.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana M.^a: «Derecho hereditario y responsabilidad por deudas de los inmuebles inscritos a favor del causante», *AC*, 2014.
- «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias», *RCDI*, 2010, n.º 721, pp. 2.079-2.126.
- «Repudiación de la herencia y sustitución vulgar: la atribución de la vacante sucesoria por renuncia en supuestos complejos», *RDC*, 2019, n.º 1, pp. 133-176.
- LORETO, Luis: «La sentencia constitutiva», *Estudios de Derecho procesal Civil*, Caracas, 1956.
- LUPA, Francesco: *Successioni e donazioni*, Maggioli, 2009, p. 238.
- MAIERINI, Angelo: *Della revoca degli atti fraudolenti*, Florencia, 1877.
- MANRESA Y NAVARRO, José M.^a: *Comentarios al Código Civil español*, T. VII, Madrid, 1900.
- MARCOS CARDONA, Marta: «Revisión del tratamiento tributario del repudio y de la renuncia de la herencia», *Nueva Fiscalidad*, 2018, n.º 2, pp. 149-175.
- MASTROIACOVO, Valeria: «L'economicità delle valide ragioni economiche (note minime a margine della recenté evoluzione del principio dell'abuso del diritto)», *Rivista di Diritto Tributario*, 2010, pp. 450 y ss.
- MAZZAMUTO, Pierluigi: «La tutela dei creditori personali del legittimario leso o pretermesso», *Comparazione e Diritto civile*, 2019, p. 11.
- MENGOINI, Luigi: *Successioni per causa di morte, parte special, successione necessaria*, 4º ed., en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Dir. Cicu, Messineo e Mengoni, Milano, 2000.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, Carmen: «La situación de los acreedores particulares del heredero antes, durante y después de realizada la partición», *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Coord. González Porrás, T. II, Murcia, 2004, pp. 3.267-3.292.
- «Comentario al artículo 22.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Dir. Fernández de Buján, Madrid, 2016, pp. 217-224.
- MORENO CATENA, Víctor: «Algunos problemas de la ejecución forzosa», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, pp. 187-200.
- *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Le ejecución forzosa*, Coord. Cortés Domínguez y Moreno Catena, T. IV, Madrid, 2000.
- «Comentario al artículo 22.1 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria», *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Dir. Fernández de Buján, Madrid, 2016, pp. 216-224.
- NADÈGE, Jullian: «Conséquences de l'inopposabilité au liquidateur judiciaire d'une renonciation à succession: Cass. 1ère civ. 22 janv. 2020», *Gazette du Palais*, nº 13, 2020, pp. 73 y ss.
- NOVOA SEOANE, Ramón: «La repudiación y la renuncia de la herencia. La aprobación judicial de las operaciones de testamentaria», *RDP*, 1919, pp. 146 y ss.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Diálogo sobre las desventuras jurisprudenciales del fiador hipotecario», *La Ley*, 2002, pp. 1.622-1.627.

- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, «Repudiación de la herencia en perjuicio de acreedores», *Tratado de las liberalidades, Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano*, Dir. Egusquiza Balmasea y Pérez de Ontiveros Baquero, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2017, pp. 1.713-1.741.
- PLANIOL, Marcel: *Traité Élémentaire de Droit Civil*, T. III, Paris, 1920.
- POTHIER, Robert Joseph: *Oeuvres de Pothier*, Anotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle por Bugnet, T. VIII, Paris, 1861.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Comentario al artículo 988 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, T. V, Valencia, 2013.
- REDAELLI, Orici: *Manuale della successione testamentarie*, Cassano e Zagami, Maglioli, 2010.
- REALMONTE, Francesco: «La tutela dei creditori personali del legittimari», *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, pp. 629-640.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «La repudiación de la herencia en perjuicio de los acreedores», *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Dir. Lledó Yagüe, T. I., 2014, pp. 719-754.
- RICCI, Francesco: *Derecho civil teórico y práctico*, Trad. Ovejero, T. IX, Madrid, no consta fecha de publicación.
- RIVAS TORRALBA, Rafael: «Sobre anotaciones de embargo en el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1981, pp. 285-350.
- «Embargo de participaciones indivisas y disolución de comunidad», *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, n.º 5, 1987, pp. 31-46.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «De nuevo sobre la autorización en Derecho privado», *ADC*, 2016, n.º 2, pp. 345-405.
- ROBLES LATORRE, Pedro: «La subsidiariedad en la acción pauliana», *ADC*, 1999, pp. 663-704.
- ROCA JUAN, Juan: «Comentario al artículo 7.2.º del Código civil», *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Vol. 1, Madrid, 1977.
- ROCA SASTRE, Ramón M.ª: «La aceptación y la repudiación de la herencia en el Derecho común y en el foral», *Estudios de Derecho privado*, T. II, Madrid, 1948.
- RODRIGUES BASTOS, Jacinto: *Direito das Sucessões: segundo o Código Civil de 1966*, Vol. I, 1981.
- ROGEL VIDE, Carlos: *Estudios de Derecho civil, Persona y familia*, Madrid, 2008.
- *Renuncia y repudiación de la herencia en el Código Civil español*, Madrid, 2011.
- RUGGIERO, Roberto: *Instituciones de Derecho civil*, traducida y anotada por Serrano Súnier y Santa Cruz-Teijeiro, T. II, Madrid, 1931.
- SÁNCHEZ CID, Ignacio: *La repudiación de la herencia: Comentarios y reflexiones*, Valencia, 2016.
- SESTA, Michele: *Codice delle successioni e donazione*, Vol. 1.º, Milán, 2011.
- TORRES GARCÍA, Teodora Felipa: «Comentario al artículo 42.6.º de la Ley Hipotecaria», *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Dir. Domínguez Luelmo, Pamplona, 2019, pp. 808-816.
- «Comentario al artículo 46 de la Ley Hipotecaria», *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Dir. Domínguez Luelmo, Pamplona, 2019, pp. 849-856.
- TORIBIOS FUENTES, Fernando: «Comentario al artículo 43 de la Ley Hipotecaria», *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Dir. Domínguez Luelmo, Pamplona, 2019, pp. 826-836.

- TOTAROFILA, Cristian: «Profili critici in tema di rinunzia all'eredità», *Giuricivile, Rassegna di Diritto e giurisprudenza civile*, 2019, n.º 1, pp. 1 y ss.
- VAQUER ALOY, Antoni: «Inoponibilidad y acción pauliana (La protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña)», *ADC*, 1999, pp. 1.491-1.570.
- VERNIÈRES, Christophe: «Inopposabilité d'une renonciation frauduleuse à succession: exigence de l'insolvabilité de l'héritier renonçant», *Dalloz*, 2013, pp. 141 y ss.
- VILLARES PICÓ, Manuel: «Anotaciones preventivas», *RCDI*, 1968, pp. 33 y 48.
- «Cuándo el derecho hereditario puede ser objeto de inscripción o solamente de anotación preventiva», *RCDI*, 1946, pp. 109 y ss.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Aceptación y repudiación de la herencia tras la Ley de Jurisdicción Voluntaria», *RCDI*, n.º 758, 2016, pp. 3.143-3.174.
- WINDSCHEID, Bernhard: *Diritto delle Pandette*, Trad. Fadda y Bensa, T. III, Turín, 1925.
- ZECCHINO, Irene: «La impugnazione della rinunzia all'eredità da parte dei creditori del rinunziante», *Persona e Mercato*, 2018, n.º 3, pp. 13-26.

Consideraciones sobre el valor del consentimiento respecto de las disposiciones del propio cuerpo en el aspecto reproductivo¹

SARA ZUBERO QUINTANILLA
Profesora Ayudante Doctora
(Acreditada a contratada doctora)
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

En la práctica, es objeto de discusión el valor del consentimiento de las personas, ya sea expreso o tácito, respecto de la posibilidad de disposición de una parte de su propio cuerpo, cuales son sus células reproductoras, con fines reproductivos sobrevenido su fallecimiento. Este hecho implica reconocer determinadas facultades a otros sujetos, que tengan vínculos de consanguinidad o afinidad con el titular del material genético, a fin de que puedan tomar decisiones y actuar a estos efectos. En este sentido, es de interés realizar un análisis de la decisión de 12 de noviembre de 2019 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del caso Petithory Lanzmann contra Francia que se pronuncia sobre ciertos aspectos relacionados con este particular, así como de algunas resoluciones de ordenamientos extranjeros. A partir de los supuestos de hecho que contemplan, son susceptibles de valoración algunas cuestiones relacionadas con la autonomía de la voluntad del difunto o testador, a estos efectos, que no se prevén expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, pero que sí se observan, en mayor o menor medida, en otros países. Ello a fin de determinar si podrían extrapolarse a nuestro ordenamiento algunas de las soluciones dadas o si es preferible y conveniente, pese al progreso en el ámbito científico y médico, mantener ciertas limitaciones en el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

PALABRAS CLAVE

Derecho sucesorio. Autonomía de la voluntad. Donación de material genético. Consentimiento expreso o presunto. Reproducción asistida post mortem. Derecho a formar una familia.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-094855-B-100, que lleva por título «Desafíos de Derecho de sucesiones en el siglo XXI: Una reforma esperada y necesaria», dirigido por la Dra. María Teresa Álvarez Moreno.

Considerations on the value of consent regarding the legal provisions of one's own body regarding reproduction

ABSTRACT

In practice, the value of people's consent, whether express or tacit, regarding the possibility of disposing of a part of their own body, in this case their reproductive cells, for reproductive purposes after their death is the subject of debated. This fact implies recognizing certain powers to other subjects, who have ties of consanguinity or affinities with the owner of the genetic material, so that they can make decisions and act to these purposes. In this sense, it is of interest to carry out an analysis of the decision of November 12, 2019 of the European Court of Human Rights regarding the Petithory Lanzmann case against France, which ruled on certain aspects related to this matter, as well as of some resolutions of other legal countries. Based on the assumptions of fact that they contemplate, some issues related to free will autonomy of the deceased or testator are subject to evaluation, for these purposes, which are not expressly provided for in our legal system, but which are observed, to a greater or lesser extent, in other countries. This is in order to determine if some of the solutions given could be extrapolated to legal system or if it is preferable and convenient, despite progress in the scientific and medical field, to maintain certain limitations when it comes to the use of assisted human reproduction techniques.

KEY WORDS

Succession law. Free will autonomy. Donation of genetic material. Express or presumed consent. Post-mortem assisted reproduction. Right to start a family.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La decisión de 2019 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Petithory Lanzmann contra Francia.*—III. *Ponderación de la eficacia del consentimiento con fines reproductivos post mortem en ordenamientos jurídicos extranjeros.*—III.1. *Estimaciones sobre el consentimiento del difunto sin resultados reproductivos efectivos.*—III.1.1. *El valor de la voluntad presunta del causante en Estados Unidos.*—III.1.2. *La tradición y la mitigación del dolor en el derecho israelí.*—III.1.3. *El consentimiento expreso e informado en el Reino Unido.*—III.2. *La materialización de la voluntad del difundo respecto al uso de su material reproductor. Los supuestos de hecho de China e India.*—III.2.1. *La perpetuación del linaje y la mitigación del dolor en China.*—III.2.2. *Los deseos de paternidad del difunto en India.*—III.3. *Reflexiones en atención a los argumentos expuestos por los órganos judiciales extranjeros.*—IV. *Breves indicaciones sobre la regulación del consentimiento en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida española.*—V. *Conclusión. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, los progresivos avances en la medicina y la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida han permitido, desde hace bastante tiempo, llevar a cabo diversas prácticas que han incidido en la configuración del Derecho de familia y, en consecuencia, han tenido cierta repercusión en el ámbito sucesorio. Con todo, no existe una regulación normativa unánime a este respecto que pueda ser aplicada en todos los países. La flexibilidad o no de las normas en este ámbito se encuentra excesivamente condicionada por valores éticos, morales y religiosos, merecedores de ponderación a todos los efectos, así como por las costumbres de los diferentes estados.

Sin embargo, consecuencia de los particulares usos de las técnicas de reproducción humana asistida que se practican en otros países y de las cuestiones que llegan a sus tribunales, deben ser tomados en consideración, principalmente, dos problemas respecto a la posibilidad de disposición del material reproductivo: En primer lugar, si es admisible reflejar en un testamento, u otro documento afín, declaraciones de voluntad relativas al uso póstumo de aquel, así como determinar quién o quiénes tienen la facultad de decisión sobre su destino y/o utilización. Este aspecto, que es en el que más incidiremos en el desarrollo del presente trabajo, se relaciona con la mayor o menor libertad volitiva del causante y, por consiguiente, con el reconocimiento de su consentimiento expreso e, incluso, con la posibilidad de deducir la existencia de consentimiento a estos efectos. En segundo lugar, precisar la filiación efectiva del menor nacido de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida *post mortem* con el material genético del difunto, ya sea iniciado el procedimiento tanto a petición de su viuda, o pareja supérstite, como de sus familiares. Este hecho tiene especial relevancia en relación con la repercusión que la decisión, sobre el vínculo o no del menor nacido con el fallecido, va a tener, entre otros, en el patrimonio de este último. Al momento de ejecución de la herencia incluir al menor nacido como heredero puede suponer una utilidad para el mismo en detrimento de los restantes beneficiarios.

En los diferentes ordenamientos jurídicos, no han de ser ajenos a derecho ciertos usos de las técnicas de reproducción asistida que permiten el nacimiento de menores mediante la utilización del material genético de personas fallecidas a decisión de terceros, con vínculos de consanguinidad o afectividad con el causante, bien existiendo un consentimiento expreso o bien mediante la interpre-

tación del consentimiento del titular del material reproductor, así como sus consecuencias. Este hecho genera, sin duda, diversos interrogantes respecto de la operatividad de la autonomía de la voluntad en el ámbito de familia y en el sucesorio, así como del impacto, tanto físico como psicológico, que dichos procesos reproductivos pueden tener en las partes intervinientes, particularmente en los menores nacidos.

Por consiguiente, es preciso ponderar, entre otros aspectos, la validez del consentimiento expreso previo de los fallecidos sobre la conservación y utilización de sus gametos sexuales *post mortem*, incluso sobre su posible extracción en caso de no haber sido realizada en vida de su titular, por quienes ellos autoricen, así como las solicitudes y actuaciones llevadas a cabo por los familiares de aquellos sin la existencia del debido consentimiento.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se pronunció en una decisión de 2019, ante un supuesto acaecido en Francia, al objeto de determinar si una madre tenía capacidad de disposición del material reproductor de su hijo fallecido, a fin de trasladarlo a un país donde estuviera permitida la fecundación *in vitro* y la gestación subrogada, reconociéndose con ello un derecho a la prole. Cabe advertir que dicha decisión no es la única sobre la materia. Este supuesto de hecho, con más o menos similitudes, se ha planteado en países como Estados Unidos, Israel, Reino Unido, China o la India.

En nuestro ordenamiento jurídico, el valor del consentimiento relativo a los procesos reproductivos se regula en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, donde, en lo que se refiere al tema que nos ocupa, se prevén disposiciones acerca de su efectividad respecto a la donación de gametos, la reproducción *post mortem*, permitida en la norma bajo ciertas restricciones, y la utilización y donación de gametos y preembriones criopreservados. Consentimiento que, como regla general, en todos los casos ha de ser expreso. Cabe advertir desde un principio que pese a la flexibilidad de la norma en determinados aspectos es estricta en otros.

En definitiva, es conveniente reflexionar acerca de la aceptación, en mayor o menor medida, de resultados como los expuestos, por el hecho de que los avances en medicina los permitan, o si, por el contrario, los conflictos bioéticos a los que pueden dar lugar estas prácticas, así como las posibles colisiones entre las regulaciones de los países, son un óbice para su reconocimiento legal.

II. LA DECISIÓN DE 2019 DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO PETITHORY LANZMANN CONTRA FRANCIA²

Es de interés comenzar este estudio con la resolución del TEDH indicada, al ser una de las más actuales que incide en el tema que nos ocupa y dado el rango superior de este órgano con respecto a los restantes a los que nos referiremos en el desarrollo de este trabajo.

En el supuesto de hecho, la demandante (viuda del conocido Claude Lanzmann, director del documental del Holocausto Shoah) solicitaba que los espermatozoides de su hijo fallecido, que se encontraban conservados en un hospital de París, fueran trasladados a una clínica en Israel que estaba autorizada para realizar la reproducción asistida médicamente a través de la fertilización *in vitro* y la gestación subrogada.

En 2014, el hijo de los señores Lanzmann, a los 23 años, fue diagnosticado de un tumor cancerígeno. Desde ese mismo momento, como probó la demandante, aquel expresó, tanto a sus familiares como a los médicos que lo trataban, su deseo de ser padre y tener descendencia. Por dicho motivo, en noviembre de 2014 procedió a depositar sus gametos reproductores en el Centro de Estudio y Conservación de Óvulos y Esperma Humano (CECOS) del hospital Cochin de París, solicitando la prórroga de dicha conservación en noviembre de 2016. Asimismo, se puso en contacto con otros centros europeos, sin embargo, dado el estado de su enfermedad, no pudo hacerse efectivo el depósito del esperma en ellos. En enero de 2017 falleció por culpa de su enfermedad.

Ese mismo año, la demandante solicitó al CECOS el traslado del esperma de su hijo a un establecimiento sanitario en Israel. Solicitud que le fue denegada. En consecuencia, en octubre de 2018 la demandante interpuso un recurso de urgencia ante el Tribunal Administrativo de París³ solicitando la autorización del juez para que se adoptaran las medidas necesarias al objeto de que el esperma de su hijo pudiera ser trasladado al centro israelí con licencia válida para la reproducción asistida médicamente. A estos fines,

² Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5.^a) Caso Petithory Lanzmann contra Francia. Decisión de 12 noviembre 2019 (TEDH\2019\166).

³ Article L521-2, Code de justice administrative: «*Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures*».

alegó que la negativa suponía una violación del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)⁴ que le reconocía el derecho a ejercer la vida privada y familiar convirtiéndose en abuela y cumpliendo la voluntad de su hijo.

El juez desestimó su demanda en atención a lo dispuesto en los artículos L. 2141-2⁵ y L. 2141-11⁶ del Código de salud pública de Francia. El primero prevé la necesidad de que el hombre y la mujer estén vivos para que pueda proceder la asistencia médica a la procreación. Por ello, la muerte de uno de los miembros de la pareja la imposibilitaría. A este respecto, el juez señaló que dicha disposición no es incompatible con el artículo 8 del CEDH, al considerar que la prohibición depende del margen de apreciación que dispone cada Estado para la aplicación del CEDH. El segundo de los preceptos dispone que cualquier persona cuya atención médica pueda afectar a la fertilidad, o cuya fertilidad puede verse afectada prematuramente, puede beneficiarse de la extracción y preservación de gametos con el fin de lograr asistencia médica para la procreación, o para la preservación y restauración de la fertilidad. Hecho que se encuentra sujeto al consentimiento del interesado o, en su caso, al de uno de los titulares de la patria potestad, o del tutor, cuando aquel, menor o adulto, esté sujeto a una medida de tutela.

⁴ Recordemos que el artículo 8 del CEDH, relativo al Derecho al respeto a la vida privada y familiar, prevé que «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

⁵ Article L2141-2, Code de la santé publique: «L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre l'assistance médicale à la procréation».

⁶ Article L2141-11, Code de la santé publique: «Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle. Les procédés biologiques utilisés pour la conservation des gamètes et des tissus germinaux sont inclus dans la liste prévue à l'article L. 2141-1, selon les conditions déterminées par cet article».

No obstante, el artículo L. 2141-11-1⁷ señala que la importación y exportación de gametos o tejido germinal del cuerpo humano está sujeta a una autorización emitida por la Agencia de Biomedicina. Solo una institución, una organización, un grupo de cooperación sanitaria o un laboratorio con la autorización prevista en el artículo L. 2142-1 para llevar a cabo una actividad biológica de asistencia médica a la reproducción puede obtener el permiso previsto en este artículo.

Por lo expuesto, el juez consideró que la negativa a la exportación del esperma del fallecido no constituía la vulneración grave y manifiesta de una libertad fundamental. A todos los efectos, sostuvo que, pese al deseo declarado del fallecido en los términos expuestos, los documentos que constaban en el expediente no demostraban que estuviera inscrito en un proyecto parental específico, que hubiese expresado su voluntad para el uso de su esperma tras su fallecimiento o que hubiera autorizado a su madre para la utilización de su esperma con fines reproductivos.

Junto con lo anterior, cabe advertir que el artículo R. 2141-17 apartado tres, punto tercero⁸ del citado cuerpo legal, prevé el cese de la conservación de los gametos de una persona una vez fallecida.

Tras la resolución del Tribunal, la demandante recurrió al Consejo de Estado argumentando que la legislación de Israel permitía la reproducción asistida médica tras el fallecimiento del donante, incluso a solicitud de sus padres. Recurso que fue desestimado en línea con los argumentos expuestos por el juez de primera instancia.

Ante los hechos descritos, el TEDH consideró que la reclamación de la demandante debía separarse en dos aspectos, según fuera formulada como víctima indirecta del artículo 8 de la CEDH, en

⁷ Article L2141-11-1 Code de la santé publique: «L'importation et l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux issus du corps humain sont soumises à une autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine... Seul un établissement, un organisme, un groupement de coopération sanitaire ou un laboratoire titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 2142-1 pour exercer une activité biologique d'assistance médicale à la procréation peut obtenir l'autorisation prévue au présent article. Seuls les gamètes et les tissus germinaux recueillis et destinés à être utilisés conformément aux normes de qualité et de sécurité en vigueur, ainsi qu'aux principes mentionnés aux articles L. 1244-3, L. 1244-4, L. 2141-2, L. 2141-3, L. 2141-7 et L. 2141-11 du présent code et aux articles 16 à 16-8 du code civil, peuvent faire l'objet d'une autorisation d'importation ou d'exportation. Toute violation des prescriptions fixées par l'autorisation d'importation ou d'exportation de gamètes ou de tissus germinaux entraîne la suspension ou le retrait de cette autorisation par l'Agence de la biomédecine».

⁸ Article R2141-17 Code de la santé publique: «... 3° A ce qu'il soit mis fin à la conservation de ses gamètes... III.-Il est mis fin à la conservation des gamètes en cas de décès de la personne. Il en est de même si, n'ayant pas répondu à la consultation selon les modalités fixées par l'arrêté prévu aux articles R. 2142-24 et R. 2142-27, elle n'est plus en âge de procréer...».

nombre de su hijo fallecido, o como víctima directa privada de descendencia.

En cuanto al primer enfoque, consideró que los derechos reclamados por la demandante corresponden a derechos de su difunto hijo. En consecuencia, el fallecido era el único que podía decidir acerca del destino de los gametos y sobre su utilización tras su muerte. Derechos que en ningún caso son transferibles. Por ello, el TEDH desestimó esta pretensión con apoyo en lo dispuesto en el artículo 35 del CEDH, en sus apartados 3a) y 4^o.

Con respecto al segundo aspecto, el TEDH recuerda que, pese a que en el concepto de vida privada y familiar se ampara el derecho al respeto de las decisiones de convertirse en padres, en sentido genérico, el artículo 8 CEDH no garantiza el derecho a fundar una familia. Por dicho motivo, confirmó los argumentos alegados por el juez de Primera Instancia francés. Así, el TEDH no estimó que la perpetuación del parentesco genético pudiera entenderse comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 8 del CEDH. El derecho al respeto a la vida privada y familiar no incluye el derecho a formar una familia, y tampoco el derecho a la progenie de los abuelos.

Finalmente, el TEDH falló por unanimidad declarando inadmisibles la demanda.

Como hemos podido ver en la exposición anterior, los fundamentos de esta resolución se centran en dos cuestiones muy concretas respecto de la autonomía de la voluntad del fallecido y sus allegados: el valor de las actuaciones y declaraciones del primero y el derecho a tener descendencia o progenie.

Por un lado, en este supuesto de hecho, una de las causas por las que el TEDH termina rechazando las pretensiones de la madre del difunto es el carácter personal del derecho reproductivo. Si bien existía un consentimiento claro del hijo en cuanto a la extracción y conservación de sus gametos, por lo que se mantenían en un banco a estos efectos, no constaba una declaración de voluntad expresa respecto a su fin último, la cual no podía inferirse ni de sus alegaciones ni de sus otras actuaciones. Con todo, en los argumentos expuestos por el TEDH no termina de quedar claro si la solución hubiera sido la misma en caso de que se hubiese constatado que existía un consentimiento expreso del hijo en favor de la madre respecto al uso póstumo del esperma con fines reproductivos, ya que el tribunal no se pronuncia a este respecto. Duda que ocasiona

⁹ Artículo 35 CEDH: «... 3. El Tribunal declarará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva... 4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibles en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento».

también la resolución del tribunal de primera instancia cuando indica que entre los documentos aportados además de que no constaba que el fallecido estuviera inscrito en un proyecto parental específico, tampoco había expresado su voluntad para el uso de su esperma tras su fallecimiento, ni había una autorización en favor de su madre para esa finalidad.

De las disposiciones de la legislación francesa, alegada en el caso concreto, se infiere que no hubieran podido mantenerse dichas pretensiones en este país, aun con la existencia de un permiso expreso del hijo en ese sentido, ya que la procreación, así como las ayudas a la misma, se contemplan únicamente en las relaciones de pareja heterosexual, con todas las particularidades previstas en aquella. La única posibilidad, caso de existir dicho consentimiento expreso, hubiera sido conseguir una autorización para trasportar el semen a otro lugar, como buscaba la interesada. En ese caso, la relevancia práctica del reconocimiento del valor del consentimiento sería decidir acerca de la posibilidad de exportar los gametos reproductores a otro sitio a fin de realizar una práctica, como la gestación subrogada, tampoco permitida en el país de origen, en otro que sí la contempla para alcanzar el objetivo deseado.

Por otra parte, la segunda cuestión no plantea dudas interpretativas en tanto que el derecho a la reproducción no supone un derecho a tener hijos. De este modo, no puede ser concebido como un derecho a la obtención de un resultado, sino como una posibilidad de acceso a la maternidad o paternidad de quienes tienen dificultades para la procreación, ya sea por causa de enfermedad o debido a circunstancias personales¹⁰, caso de las parejas homosexuales o mujeres solteras¹¹. Además, como indica el propio TEDH, este derecho se encuentra vinculado o subordinado a

¹⁰ A consecuencia de los diversos aspectos éticos, sociales y jurídicos que afectan a esta realidad, no existe una solución uniforme. Se mantienen posturas que abogan bien en favor de la interpretación de este derecho como una manifestación del acceso a la reproducción por el medio que la persona o personas prefieran, de entre las posibilidades ofrecidas por el legislador, bien como un derecho en el marco de la salud, como respuesta a problemas médicos, como es el caso de la esterilidad. *Cfr.* SERNA MEROÑO, 2012, pp. 282-286, VELA SÁNCHEZ, 2012, pp. 22-29, JARUFE CONTRERAS, 2013.

¹¹ Como advierte DÍAZ MARTÍNEZ, 2007, p. 33, la gestación de la mujer sola ha sido objeto de polémica, ya que hay quienes se oponen a esta forma de utilización de la reproducción asistida al considerar que se protege el derecho a la maternidad frente al derecho del hijo a integrarse en una relación familiar completa. No obstante, parece razonable afirmar con la autora que no tendría sentido que una Ley de técnicas de reproducción humana asistida del s. XXI se anclase en exigir para la utilización de estas técnicas problemas de fertilidad en una pareja heterosexual. Con todo, siguiendo a ABELLÁN, SÁNCHEZ-CARO 2009, p. 8, el acceso por una mujer sola a las técnicas de reproducción humana asistida no es una posibilidad admitida en la mayoría de los países que rodean a España, como Francia, Portugal, Italia y Alemania.

las interpretaciones y normas que en cada país se adopten respecto a las posibilidades y límites de las técnicas de reproducción humana asistida¹².

III. LA PONDERACIÓN DE LA EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO CON FINES REPRODUCTIVOS *POST MORTEM* EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXTRANJEROS

Supuestos de hecho con ciertas semejanzas al enjuiciado en el apartado precedente han sido objeto de controversia ante los tribunales de otros Estados. En este apartado queremos traer a colación algunos de estos casos al objeto de conocer el valor que otros ordenamientos jurídicos más flexibles, en lo que a este particular se refiere, otorgan a la voluntad de una persona respecto de las disposiciones de su material genético una vez producido el fallecimiento, bien en cuanto a su destino bien en relación con el otorgamiento de facultades a terceros para que puedan ejecutar su última voluntad. En este sentido, parece que tienden a tener en alta consideración las posibilidades reproductivas a las que se ha logrado llegar con la evolución de las técnicas médicas. Países como Israel, Estados Unidos, Reino Unido, China o la India tienen resoluciones en líneas más permisivas y, por consiguiente, que contradicen el criterio del TEDH. Como veremos, en unas ocasiones dicha permisividad se concreta en el reconocimiento de personas afines al fallecido como titulares del derecho a decidir sobre el destino y uso del material reproductor, mientras que, en otros casos, como ha ocurrido en China y la India, se ha llegado a materializar la voluntad del

¹² En el punto tercero de la exposición de motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida española, ya se advertía sobre este hecho al señalar: «*En esta Ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra Nación: la gestación de sustitución y la procreación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos de las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de Reproducción Asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no solo en nuestra Nación, como lo aprueban las informaciones foráneas. No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente*».

fallecido o de sus allegados, de continuar el legado familiar, con el nacimiento de un bebe.

El fin último que pretendemos es conocer los fundamentos en que se apoyan las diferentes posturas que encontramos, a este respecto, para después considerar si sería factible o conveniente extrapolar ciertos argumentos a nuestro Derecho, que pudieran justificar un uso ampliado de las técnicas de reproducción asistida en España.

III.1. ESTIMACIONES SOBRE EL CONSENTIMIENTO DEL DIFUNTO SIN RESULTADOS REPRODUCTIVOS EFECTIVOS

III.1.1 **El valor de la voluntad presunta del causante en Estados Unidos**

En esta línea, es de interés traer a la colación una sentencia de Estados Unidos¹³, publicada seis meses antes a la del TEDH, que se pronuncia, ante un supuesto semejante, en sentido contrario. En este caso un cadete de la academia militar de West Point, New York, sufrió un accidente de esquí, en febrero de 2019, que le produjo fracturas en la médula espinal. Como resultado del accidente, fue declarado en muerte cerebral. A todos los efectos, sus padres solicitaron en el juzgado: la recuperación del esperma de su hijo y su conservación en un banco de esperma; permitirles usar los gametos para la reproducción de terceros; y que el tribunal ampara-se la consecución de un alivio justo y apropiado para ellos.

Expuestas todas las alegaciones, la decisión última del Tribunal versó sobre la interpretación de la intención del causante y la posibilidad de otorgar a alguien autoridad para determinar la disposición del material genético del fallecido que se encontraba preservada en un banco de esperma. En este caso, no existía una declaración de voluntad previa para la disposición póstuma del material genético. Sin embargo, la sala consideró posible valorar la intención presunta del fallecido a partir de las declaraciones y actuaciones del titular de aquellas previas a su fallecimiento.

En el proceso, el Tribunal tuvo en consideración un hecho constante a lo largo de la vida del fallecido, cual era la primacía de las relaciones familiares. De este modo, con apoyo en las alegaciones de sus familiares y de terceros sobre los deseos del fallecido en formar una familia y continuar con el legado cultural y familiar, así

¹³ Resolución del Tribunal del Estado de Nueva York (Condado de Westchester) de 6 de mayo de 2019.

como de la interpretación del contenido de la Ley de Salud Pública¹⁴, entre otras¹⁵, el Tribunal reconoció a sus padres como las personas a las que el fallecido hubiera tenido la intención de otorgar la responsabilidad de decidir en su nombre respecto a la preservación y disposición de su material genético reproductivo.

Con todo, el Tribunal dejó constancia en sus consideraciones que el uso específico del material genético con fines reproductivos ha de ser tenido en consideración dados los problemas que puede generar. Este hecho suscita preocupaciones importantes de índole legal y ético. Entre ellos, la sentencia destaca en sus fundamentos la posible reticencia de los profesionales médicos a ayudar en este tipo de procedimientos, así como los problemas emergentes en el reconocimiento de un niño concebido como hijo o hija del difunto; ya que, en algunos Estados, los niños nacidos pasado un cierto periodo de tiempo desde la muerte de su padre no pueden considerarse sus descendientes para ciertos fines. Por dicho motivo, la sala especificó que, en último término, deberían abordarse en el futuro

¹⁴ Public Health Law. Disponible en https://newyork.public.law/laws/n.y._public_health_law (última consulta 02/07/2021). El artículo 4301 (2), de esta ley, autoriza la donación y, por consiguiente, la disposición de órganos, tejidos, donde se entienden contenidos, entre otros, el esperma y los óvulos, y partes del cuerpo, incluso en ausencia de la intención expresa de un posible fallecido. La norma establece un orden jerárquico de consentimiento que refleja quienes deben tomar la decisión de un difunto en ausencia de testamento: NY PUB HEALTH § 4301. Persons who may execute an anatomical gift: «... (2)Any of the following persons, in the order of priority stated, may, when persons in prior classes are not reasonably available, willing, and able to act, at the time of death, and in the absence of actual notice of contrary indications by the decedent, or actual notice of opposition by a member of the same class or prior class specified in paragraph (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g) or (h) of this subdivision, or reason to believe that an anatomical gift is contrary to the decedent's religious or moral beliefs, give all or any part of the decedent's body for any purpose specified in section forty-three hundred two of this article: (a) the person designated as the decedent's health care agent under article twenty-nine-C of this chapter, subject to any written statement in the health care proxy form, (b) the person designated as the decedent's agent in a written instrument under article forty-two of this chapter, subject to any written statement in the written instrument, (c) the spouse, if not legally separated from the patient, or the domestic partner, (d) a son or daughter eighteen years of age or older, (e) either parent...».

¹⁵ Estates, Powers and Trusts Law. Disponible en <https://law.justia.com/codes/new-york/2018/ept/> (última consulta 02/07/2021). En línea con el anterior precepto, la Ley de Bienes, Poderes y Fideicomisos (EPTL), establece el orden en el que aquellos que tengan relación con el difunto podrán tomar decisiones sobre su propiedad en ausencia de un testamento. Article 4-1.1. Descent and distribution of a decedent's estate: «*The property of a decedent not disposed of by will shall be distributed as provided in this section. In computing said distribution, debts, administration expenses and reasonable funeral expenses shall be deducted but all estate taxes shall be disregarded, except that nothing contained herein relieves a distributee from contributing to all such taxes the amounts apportioned against him or her under 2-1.8. Distribution shall then be as follows: (a) If a decedent is survived by: (1) A spouse and issue, fifty thousand dollars and one-half of the residue to the spouse, and the balance thereof to the issue by representation, (2) A spouse and no issue, the whole to the spouse, (3) Issue and no spouse, the whole to the issue, by representation, (4) One or both parents, and no spouse and no issue, the whole to the surviving parent or parents, (5) Issue of parents, and no spouse, issue or parent, the whole to the issue of the parents, by representation...*».

dichas cuestiones, atendiendo no solo a la intención expresada, también a las consideraciones de profesionales médicos, así como especialistas en ética médica. Asimismo, podría ser adecuado acudir a un Tribunal que se pronunciara sobre la actualización de la decisión de la sala.

En esta resolución, pese a que el Tribunal llega a reconocer el consentimiento presunto del fallecido en atención a sus alegaciones en vida, ciertas argumentaciones y justificaciones generan desde el inicio serias dudas en cuanto a la materialización efectiva de la voluntad del difunto. Lo primero que estimamos cuestionable es la manifestación de los padres para recuperar el esperma de su hijo que se basa en la consecución de un alivio justo y proporcionado. Ha de quedar claro que el resultado final al que podemos llegar con el reconocimiento de la voluntad de una persona en los términos analizados es al nacimiento de una vida¹⁶ con sus propios derechos reconocidos. En consecuencia, no podríamos equiparar estos casos con las posibles indemnizaciones otorgadas en favor terceros por la falta de diligencia y responsabilidad de quienes lleven a cabo actos sancionados por el Derecho.

Por otra parte, el Tribunal es consciente, y así lo refleja en sus consideraciones, de los problemas que supone admitir la existencia de consentimiento en torno a esta cuestión. Sin embargo, se abstiene de pronunciarse ampliamente y de analizar en mayor profundidad este aspecto dejando que sea un Tribunal posterior el que, en cualquier caso, revise la decisión tomada y valore las implicaciones éticas y morales en estos supuestos. En todo caso, considero ciertamente discutible la posibilidad de disponer de células reproductivas con fines procreativos en supuestos como el enjuiciado en tanto que con ello condicionamos en determinados aspectos el futuro de una persona (el nacido), como en lo que respecta a sus relaciones filiales y a sus derechos sucesorios, en función de cómo quede determinada la primera¹⁷. Ello sin descontar los valorables

¹⁶ Como señala RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2013, p. 71, es complicado mantener una equiparación absoluta entre la disposición del esperma y el resto de los órganos del cuerpo, ya que la diferencia cualitativa radica en la especial naturaleza de aquel, en cuanto contiene células reproductoras que pueden llegar a generar vida caso de fusionarse con las femeninas.

¹⁷ Siguiendo a RODRÍGUEZ GUITIÁN, 2013, pp. 55 y 56, en caso de la fecundación *post mortem*, tal como la regula el ordenamiento jurídico español, no se priva al menor, en principio, de la asistencia de la madre. Con todo, el interés superior del menor ha de integrarse con los derechos o garantías de que gozan los menores, que incidan y estén relacionados con este aspecto, previstos en los tratados internacionales que persiguen la tutela del menor, ya que forman parte de nuestro ordenamiento y, nuestro legislador aparece vinculado a la protección mínima que estos textos otorgan al niño. A estos efectos, el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé: «1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos...». En este sentido, como dice la autora, aunque un progenitor pueda cumplir con el

efectos psicológicos que la situación puede generar en el menor. Más aún objetable estimo que podría resultar la valoración subjetiva de la voluntad del causante en estos términos¹⁸.

Veremos que el problema indicado es recurrente en los considerados de distintos países. Pese a que el progreso de la medicina pueda estar igual de avanzado en distintas partes del mundo, el componente cultural y religioso de cada lugar condiciona en gran medida las posibilidades de actuación respecto al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Asimismo, en la mayoría de los supuestos, a fin de poder llevar a término el nacimiento, es preciso recurrir a técnicas, como la gestación subrogada, que no está reconocida en muchos países e incluso en aquellos en que sí que se reconoce, está sometida a múltiples restricciones. En concreto, en Estados Unidos no existe una legislación general aplicable a todos sus estados, sino que encontramos distintas previsiones sobre la materia. Algunos de los estados con legislación menos restrictiva son California, Illinois, Arkansas, Maryland y Utah. En otros, como Luisiana, Míchigan, Nueva Jersey, Nueva York y Washintong, pese a que la práctica no está completamente prohibida, se imponen múltiples restricciones, lo que hace muy difícil poder acceder a ella¹⁹. Este hecho, como indicaremos más adelante, al hablar de nuestro ordenamiento jurídico, puede generar problemas graves en cuanto al reconocimiento de los nacimientos en los países de origen de los progenitores siempre que sea necesario llevar a cabo este proceso de gestación en el extranjero.

desarrollo de la personalidad del menor, queda más garantizado el cumplimiento del deber de asistencia del menor si se lleva a cabo por ambos progenitores. Es previsible y evitable para el legislador que, si la viuda o compañera de hecho del difunto es inseminada con esperma de este tras su fallecimiento, el niño no gozará de esta posibilidad. Por tanto, en este supuesto concreto está dentro del margen de actuación del legislador favorecer la creación de las mejores condiciones para el íntegro desarrollo del menor. En atención a dichas consideraciones, entendemos que, si este hecho puede defenderse en supuestos en que el menor se encuentra al cuidado de uno de sus progenitores, con mayor razón habríamos de atender al interés superior del menor en nacimientos «huérfanos» en los que el niño no va a poder conocer a sus progenitores, ni va a poder disfrutar de sus cuidados.

¹⁸ *Vid.* «Posthumous retrieval and use of gametes or embryos: an Ethics Committee opinión», 2018, el Comité desalienta la reproducción asistida póstuma a menos que haya una clara evidencia de que habría sido compatible con los deseos del difunto. El informe fue desarrollado por el Comité ético de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva. Si bien este documento refleja las opiniones de sus miembros, no pretende ser el único aprobado para la práctica o para dictar un tratamiento exclusivo en todos los casos. Disponible en https://www.asrm.org/globalassets/asrm/asrm-content/news-and-publications/ethics-committee-opinions/posthumous_retrieval_and_use_of_gametes_or_embryos.pdf (Consultado 02/07/2021).

¹⁹ En ningún estado de EE. UU. se prohíbe totalmente la gestación subrogada, los inconvenientes se encuentran en las mayores o menores restricciones impuestas para el acceso a la práctica. *Vid.* https://www.gestacionsubrogadaweb.com/gestacion-subrogada-estados-unidos/#En_que_estados_esta_permitido; <https://babygest.com/es/estados-unidos/#existe-alguna-ley-de-maternidad-subrogada> (última consulta 02/07/2021).

III.1.2 La tradición y la mitigación del dolor en el derecho israelí

Otro de los ordenamientos que ha prestado especial atención a este tipo de cuestiones ha sido el israelí²⁰. Derecho en el que se apoyó la demandante en la sentencia del TEDH a la que nos hemos referido al inicio del presente trabajo. En los últimos años, han sido concretamente dos los supuestos que han marcado el debate público sobre la fertilización *post mortem* en Israel. Ambos referidos a soldados jóvenes, sin hijos, fallecidos durante el servicio militar. La muerte de personas jóvenes ha influido fuertemente en la discusión sobre la fertilización póstuma, sobre todo cuando los afectados son soldados. La sensibilidad de la sociedad israelí ante dichos supuestos se justifica en la responsabilidad y el sacrificio realizado por los difuntos en un país que está altamente militarizado. En estos casos, los deseos de la familia por aliviar su dolor y continuar con el linaje familiar es muy grande y, a estos fines, existe un fuerte apoyo público donde interviene la opinión social, los medios de comunicación, los legisladores y los tribunales.

Con todo, la utilización de los procedimientos de reproducción asistida con estos propósitos ha planteado en el país serios dilemas y conflictos relacionados con el derecho a procrear y el deseo a continuar con la herencia familiar, así como los relativos a las consideraciones sociales y políticas para restringir estas técnicas. Entre estas últimas se encuentran los problemas de permitir nacimientos sin que por lo menos uno de los progenitores esté vivo, el hecho de favorecer un nacimiento como un recuerdo en memoria de un difunto, y las preocupaciones psicológicas y teológicas respecto a la intervención humana en la vida después de la muerte.

El primero de los supuestos relevantes, a estos efectos, es el de Shaked Meiri. Este era un soldado que murió en el año 2004, a la edad de 27 años, en un ejercicio militar. El fallecido se había casado tres meses antes, pero no tenía hijos. Siguiendo las recomendaciones de los oficiales del ejército, con el permiso de la viuda y el acuerdo de los padres, se procedió a la extracción y congelación de su esperma. Con el tiempo, la viuda se negó a continuar con el proceso de inseminación, se volvió a casar y tuvo sus propios hijos fruto de su nuevo matrimonio. En consecuencia, los padres de Shaked Meiri solicitaron poder hacer uso del esperma de su hijo para inseminar a otra mujer, bien a través de una donación anónima del semen bien con la finalidad de que una mujer determinada

²⁰ Para analizar las disposiciones de este ordenamiento jurídico, nos apoyaremos en la obra de WESTREICH, 2016.

aceptara criar al hijo del difunto. En un primer momento, la solicitud de los padres fue aprobada por el Tribunal de Familia (primera instancia), pero la decisión fue recurrida por la viuda. Al ser rechazado el recurso por el Tribunal de justicia del distrito (segunda instancia) el caso llegó al Tribunal Supremo²¹. Este último falló negando a los padres el derecho a decidir sobre el uso del espermatozoide del fallecido, otorgando dicho derecho en exclusiva a su viuda, al considerar que la procreación era una decisión privada de la pareja.

El segundo caso que destaca es el de Omri Shahar. Se trataba de un oficial de carrera, de 25 años, que falleció en un accidente de tráfico en 2012. Igual que en el supuesto anterior, su espermatozoide se extrajo y se conservó congelado. Los padres del difunto solicitaron al Tribunal de Familia que les permitiera hacer uso del material reproductor de su hijo, junto con un óvulo de donante y una madre gestante, a fin de criar al niño nacido de dicho procedimiento como propio. En un primer momento, el Tribunal de Familia aprobó su solicitud en septiembre de 2016. Sin embargo, en febrero de 2017, tras la resolución del Tribunal Supremo en el caso Meiri, la decisión fue revocada en Segunda Instancia. El Tribunal razonó que el derecho a procrear está reservado en exclusiva al cónyuge. Omri Shahar tenía una pareja estable que apoyaba el procedimiento, pero no quería ser parte activa en él. En consecuencia, el Tribunal señaló que, pese a dicho apoyo, el proceso no podía ser efectuado por sus padres. Esta decisión fue aprobada por el Tribunal Supremo, que rechazó el recurso de los padres del difunto al entender aplicable a este supuesto la decisión adoptada en el caso Meiri. De este modo, la participación de la pareja del difunto es un requisito *sine qua non* para que puedan utilizarse las técnicas de reproducción asistida *post mortem*.

Como se puede comprobar de la comparación de ambos casos, el Tribunal resuelve en el mismo sentido pese a que existen matices que los diferencian. Los vínculos entre el fallecido y su pareja no son los mismos, ya que en el primer supuesto la relación se había consolidado con el matrimonio. Asimismo, en el primer caso la viuda niega el consentimiento a la continuación del proceso de reproducción, mientras que en el otro supuesto la pareja lo autoriza, aunque prefiere quedarse al margen. No obstante, en el caso de Omri Shahar, el Tribunal añadió en sus argumentos una referencia a la voluntad de los padres del difunto respecto de la crianza de su nieto. A tal fin, sería necesario, además de una donante de óvulo,

²¹ Sobre el sistema judicial en Israel, *vid.* <https://mfa.gov.il/mfa/aboutisrael/state/democracy/pages/the%20judiciary-%20the%20court%20system.aspx> (Consultado 02/07/2021).

una madre gestante. Sin embargo, la gestación subrogada en Israel únicamente se contempla en el caso de que exista un vínculo genético de al menos uno de los padres de intención con el nacido²². Siempre que el cónyuge o pareja del fallecido estuviera de acuerdo con el proceso y fuera padre de intención, aunque no tuviera vínculo genético con el menor (caso de requerir donante de óvulo y madre gestante), se cumpliría lo previsto en la ley. En ese caso, el requisito del vínculo se hubiera cumplido respecto del progenitor fallecido. Sin embargo, en opinión del Tribunal, los padres no tenían una vinculación suficiente para que se hubiera podido autorizar el proceso.

En ambos procedimientos no se niega el derecho de una persona a la reproducción póstuma, lo que se pone en duda es el derecho de sus familiares a continuar con el linaje. El derecho del fallecido, salvo que exista un consentimiento expreso previo, es de difícil interpretación, y, por dicho motivo, el Tribunal considera que quien mejor puede tomar una decisión sea su viudo o viuda²³. De esta manera, el derecho israelí preserva la estructura familiar tradicional.

Israel es un país bastante tolerante en el uso de las técnicas de reproducción asistida, incluyendo la fecundación *post mortem*²⁴, debido a su fuerte cultura a favor de la natalidad. De hecho, este país tiene la tasa de natalidad más alta de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). Pese a que no existe una regulación expresa en este sentido, se basan en las directrices marcadas por el fiscal general²⁵, que es el asesor legal para el Gobierno y las autoridades, así como en las recomendaciones de algunas comisiones. La fecundación *post mortem* se ha permitido no solo cuando existe un consentimiento expreso del difunto, sino también es valorable la presunción de su voluntad, aunque puede quedar limitada por la decisión de su cónyuge²⁶.

²² Para saber más, Cfr: WESTREICH, 2016, pp. 7-21.

²³ WESTREICH, 2016, p. 36, advierte que el cónyuge en la situación legal actual no tiene un derecho sustantivo para procrear usando los gametos de su cónyuge. Más bien, el cónyuge tiene derecho a hablar por el difunto. De esta manera, se establece un puente entre la muerte y la vida, entre quienes tienen derecho a procrear y quienes pueden expresarlo. El eje principal sigue siendo la voluntad del difunto.

²⁴ La fecundación póstuma en Israel tiene su origen en la Biblia. De este modo, si una mujer quedaba viuda sin tener hijos con su marido, debía casarse con el hermano de este y tener descendencia. Con respecto al legado del fallecido caben dos interpretaciones: la textual, por la que el hijo nacido debería llamarse igual que el difunto, y la contextual, que tiene repercusión en el derecho sucesorio. A fin de romper el vínculo viuda-cuñado, es preciso realizar el ritual de *halitzah* (habitual en la actualidad). En el ordenamiento israelí también influye el derecho judío. Como regla general, existe acuerdo en que la ley judía permite la reproducción asistida *post mortem*, aunque dicho argumento no es aceptado de forma unánime. Cfr: WESTREICH, 2016, pp. 30-36, también WESTREICH, *JLB*, 2019, pp. 759-785.

²⁵ A este respecto, Cfr: LANDAU, R., *HR*, 2004, pp. 1.952-1.956.

²⁶ Siguiendo a WESTREICH, 2016, p. 24, en el caso Shaked Meiri, el Tribunal Supremo no discutió el uso de óvulos congelados de una mujer fallecida. El caso solo se ocupó

De este modo, algunos nacimientos se han llevado a cabo en Israel por fecundación *post mortem* ya sea cuando la persona estaba enferma e hizo un testamento vital explícito para la recuperación póstuma del esperma o, después del fallecimiento repentino, con apoyo en la interpretación de la voluntad presunta.

Pese a las dificultades que supone para los tribunales tomar decisiones en este ámbito, se ha reconocido el llamado testamento biológico (*Biological Will*), al objeto dar testimonio de la voluntad del fallecido sobre el uso o eliminación de los espermatozoides, óvulos o embriones de cualquier individuo en caso de muerte, incapacidad o infertilidad. Este medio se plantea como solución a las cuestiones de propiedad de gametos y embriones, el consentimiento de donantes, la paternidad legal y los derechos de herencia de niños concebidos *post mortem*. El *Biological Will* es una forma innovadora de seguro legal para la continuidad genética. Ofrece a los solteros y a las parejas del mismo sexo una alternativa a las donaciones anónimas de esperma, o de óvulos, al recibirlos de un donante conocido a fin de formar una familia con los familiares del donante y/o darle a su hijo un registro genético completo²⁷.

Junto con lo expuesto hasta el momento, es preciso advertir que no es posible vincular la fecundación *post mortem* con la gestación subrogada, en cualquier caso. Si bien es cierto que Israel reguló esta práctica en 1996, contemplaba muchas restricciones a su acceso debido a los problemas que conlleva de índole ético y moral, entre otros. En este sentido, como queda reflejado en algunos informes elaborados por autorizados profesionales²⁸, es posible que se causen daños a las partes implicadas no solo a nivel físico, sino también a nivel emocional. Ello consecuencia del apego de la madre gestante al niño o a los propios padres de intención. Asimismo-

de la recuperación de esperma póstumo. Sin embargo, a pesar de las diferencias en la complejidad del proceso entre la recuperación de esperma y el uso póstumo de óvulos, si una mujer expresa antes de morir su deseo de procreación, o si su cónyuge desea proporcionarle continuidad, no habría razón para diferenciar ambos casos.

Con todo, cabe advertir que el uso de los óvulos de una mujer por su cónyuge (hombre) es más controvertido, ya que sería necesario recurrir a la gestación subrogada. Este hecho lo contemplan pocos lugares. En Australia, por ejemplo, Victoria es la única jurisdicción que estipula explícitamente el uso póstumo de gametos o embriones, en este sentido, en una madre sustituta. *Vid.* <http://www.healthlawcentral.com/assistedreproduction/post-humous-use-gametes/> (Consulta 02/07/2021).

²⁷ *Vid.* The Biological Will™ – a New Paradigm in ART? | New Family Organization (consultado 02/07/2021). En opinión de la autora, todos los interesados se benefician con este recurso: el individuo que es padre/madre de los hijos, el padre designado, que tiene un hijo que conoce la identidad de su otro padre y la familia del donante, que continúa su linaje. El niño obtiene un registro genético, un árbol genealógico completo y una familia extensa conocida. El testamento biológico es la única opción legal para donaciones conocidas de esperma y óvulos en Israel y en muchos otros países.

²⁸ *Vid.* LIPKIN, SAMAMA, en https://isha.org.il/wp-content/uploads/2014/08/surrogacy_Eng001.pdf (consultado 02/07/2021).

mo, la práctica de esta técnica supone una pérdida de autonomía y privacidad de la mujer gestante, y, en último caso, pudiera llegar a propiciar cierta comercialización del proceso, permitiendo, además, el acceso al tratamiento únicamente a las personas que tuvieran una situación económico-elevada. Con todo, es reseñable que antes de 2018 la gestación subrogada se limitaba únicamente a parejas heterosexuales casadas, sin embargo, en julio de 2018, se modificaron las leyes legalizando su uso para las mujeres solteras y, en febrero de 2020, el Alto Tribunal israelí extendió el derecho de gestación subrogada a las parejas del mismo sexo, así como a hombres solteros que desearan tener hijos²⁹.

Los hechos que se contemplan en los dos supuestos concretos a los que nos hemos referido tienen una complejidad añadida respecto a otros en los que se ha permitido llevar un embarazo a término, dado que en aquellos existían conflictos familiares internos (pareja y padres del difunto) que dificultaron la autorización de la fecundación *post mortem*³⁰. Pese a ser cierta esta afirmación, en el año 2017 se presentó ante el parlamento israelí una propuesta legislativa relativa al derecho a la recuperación del esperma póstumo de los soldados fallecidos. A tales fines, se alegaron aspectos concretos de estos casos, que justificarían una decisión en sentido positivo, así como la sensibilidad social que generan³¹.

Debido a la señalada militarización del país y a la sensibilidad de sus ciudadanos en todo lo que concierne a este respecto, la línea seguida por la propuesta era la incorporación del reconocimiento del derecho de los padres del titular del material genético a recuperar el esperma, tener la posibilidad de su utilización con fines reproductivos y aliviar su dolor, con en el respaldo de la opinión pública. En sentido contrario, las consideraciones del Tribunal, como hemos visto, se apoyaban únicamente en el derecho y la intención individual, es decir, en la autonomía de la voluntad del difunto³². Voluntad que, en caso de no ser expresa, queda sometida a la decisión del cónyuge. Con todo, la propuesta solo acoge la solución prevista respecto de los soldados fallecidos, por lo que se

²⁹ Vid. Everett, «Israeli high court extends surrogacy right to same sex couples». Disponible en https://www.bionews.org.uk/page_148257 (consultado 02/07/2021).

³⁰ Como señala WESTREICH, 2016, p. 36, el camino podría abrirse para alternativas, ya sea opciones más amplias para reflejar la voluntad del difunto, o un derecho más amplio a la procreación póstuma. La última refleja una conceptualización diferente: continuación familiar más que procreación individualista.

³¹ Vid. WESTREICH, *JLB*, 2019, pp. 779 y ss.

³² WESTREICH, 2016, p. 29, define la voluntad del individuo fallecido como un *derecho individualista de reproducción* póstuma; y la continuidad familiar, los sentimientos de responsabilidad y la necesidad de compensar a las familias, los define como un *derecho familiar a reproducirse* a título póstumo.

reconoce, como regla general, el criterio de la voluntad individual como determinante para que proceda la fecundación *post mortem*.

En cualquier caso, es preciso volver a puntualizar, como hicimos en el supuesto estadounidense, que el Derecho no debería dar soluciones basadas en criterios subjetivos, como sería en estos casos atender al dolor de los interesados por la pérdida sufrida. Pese a que la decisión última de las autoridades pueda apoyarse en la tradición militar del país y se limite a dicho ámbito, con el respaldo de la opinión pública, no por ello deja de inquietar el uso instrumental en el que derivan las técnicas de reproducción humana asistida.

Una noticia preocupante de 2019 señala que el Tribunal de instancia de Israel falló a favor de permitir a una familia recuperar el esperma congelado del hijo fallecido, con fines reproductivos, aunque el difunto había expresado su voluntad de que sus gametos fueran destruidos al momento de su fallecimiento. Pese a las alegaciones de los demandantes en el sentido de que únicamente pretendían cumplir con el deseo del fallecido que firmó «por equivocación», nos preguntamos cómo puede llegar a primar el consentimiento presunto cuando existe un consentimiento expreso del titular del material genético³³. Los supuestos que se empiezan a plantear ante los tribunales cada vez resultan más paradójicos.

III.1.3 El consentimiento expreso e informado en el Reino Unido

Un supuesto ocurrido en el ámbito europeo, de relevancia a nuestros efectos, tuvo lugar en Reino Unido³⁴. En el litigio se valora la facultad de los padres de la difunta de recuperar los óvulos de su hija, extraídos en vida y conservados en un centro médico, así como la posibilidad de hacer uso de dicho material genético con fines reproductivos. En el caso, los padres de la titular del material genético recurrieron en apelación³⁵el fallo del juez de instancia (2015), que se pronunció a favor de la decisión del Comité de la *Human Fertilisation And Embryology Authority* (HFEA), tomada en 2014. El fin último que pretendían era que se les permitiera lle-

³³ Vid. <https://www.timesofisrael.com/court-approves-posthumous-use-of-sperm-despite-mans-request-to-destroy-it/> (Consultado 02/07/2021).

³⁴ Caso *Mr and Mrs M and Human Fertilisation And Embryology Authority*, In the Court of Appeal (Civil Division) on Appeal from The High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court Mr Justice Ouseley CO30772014. Case No: C1/2015/2189. Royal Courts Of Justice, Strand, London, WC2A 2LL, 30/06/2016.

³⁵ Sobre el Tribunal de apelaciones de Reino Unido, vid. <https://www.britannica.com/topic/Court-of-Appeal-British-court> (última consulta 02/07/2021).

var los óvulos de su hija a EE. UU para que fueran fecundados con esperma de donante e implantados en una madre gestante, concretamente su propia madre, para el nacimiento de un niño al que criarían como su nieto. Así cumplirían con los deseos de su difunta hija. El motivo principal por que los recurrentes solicitaron la revisión judicial era, a su juicio, la irracionalidad de la decisión, dado que consideraban que el Comité decidió atendiendo cuestiones que no deberían haber sido tomadas en consideración en el caso.

El uso de gametos para el tratamiento y la investigación de la fertilidad se regula por la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 1990 (Ley HFE)³⁶. Una de las responsabilidades de HFEA es emitir licencias a los centros para proporcionar tratamientos de fertilidad. En este sentido, solo es posible proporcionar los servicios necesarios en este ámbito a las personas cuando así lo consienta de manera efectiva. A estos efectos, la Ley HFE establece que, antes del tratamiento, a una persona se le debe dar la información relevante que sea apropiada, así como ofrecer asesoramiento. Para la HFEA, el problema en el presente caso se encuentra en la falta del consentimiento informado expreso de la difunta. Si bien existía consentimiento respecto al tratamiento de extracción de óvulos y su almacenamiento, incluso tras la muerte, así como su utilización *post mortem*, no constaba un consentimiento en los términos alegados por los recurrentes.

Como relata la sentencia, la difunta fue diagnosticada de cáncer a los 21 años, y falleció seis años más tarde. Ella quería proceder a la extracción y conservación de sus óvulos e, incluso, había hablado con su madre de la posibilidad de que gestara a sus futuros nietos. Por dicho motivo, los recurrentes alegaban en su demanda la existencia de voluntad efectiva de su hija de utilizar sus gametos con fines reproductivos. Antes de someterse al tratamiento contra el cáncer, la difunta rellenó un formulario del centro médico con instrucciones sobre el destino de sus óvulos en caso de fallecimiento en el que señaló que permanecieran congelados y la posibilidad de su utilización póstuma. Con todo, como se señala en el caso, este formulario no era del todo apropiado, ya que contemplaba que la firmante lo cumplimentaba junto con un compañero. La paciente consintió acerca de la utilización de sus óvulos marcando la casilla «mis óvulos» pero no señaló la casilla «esperma del compañero» o «esperma de donante». De este modo, entendía que ella sería la madre biológica de cualquier hijo nacido. Asimismo, firmó otro

³⁶ Modificaciones introducidas por el *Human Fertilisation and Embryology Act* 2008. Vid. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> (Consultado 02/07/2021).

documento en el que rechazaba que sus gametos fueran donados para la investigación.

Pese a que la HFEA emite un formulario estándar que un centro puede proporcionar a una persona que desea donar óvulos, antes o después de la muerte o pérdida de capacidad, a la fallecida no se le proporcionó. Aquel permite al donante especificar el tipo de uso que quiere dar a sus gametos, como el tratamiento de otros o la creación de embriones y, si lo desea, adjuntar condiciones y señalar el período de almacenamiento. Este formulario particular permite que el donante lo firme, pero no hay otra formalidad.

Salvo los documentos descritos, no les fue entregada más información ni formularios a los interesados, por lo que tanto la titular del material genético como los recurrentes en apelación entendieron realizadas todas las formalidades necesarias para que en el futuro pudiera ser cumplida la voluntad de aquella. Además, de los formularios y las conversaciones de la fallecida con sus padres, familiares y amigos, se infería su deseo de ser madre. Por todo lo expuesto, los recurrentes deseaban elegir un donante de esperma anónimo en un banco de esperma de Nueva York y continuar con el proceso reproductivo.

En esta materia, como señalamos, la ley aplicable en Reino Unido es el *Human Fertilisation and Embryology Act*³⁷. Con apoyo en sus disposiciones, se constata que la norma no señala la información que ha de ser proporcionada para que el consentimiento en los términos expuesto sea efectivo³⁸. En consecuencia, dicho consentimiento varía en atención a las circunstancias del supuesto de hecho y al progreso (ciencia, ética médica y las obligaciones de quienes deban suministrar el tratamiento).

La decisión del Comité se basó en la importancia de la existencia de consentimiento efectivo del causante, previamente informado, para que sus padres hicieran uso del material reproductor. Aquel terminó concluyendo que la única prueba existente en dicho sentido era la conversación, en 2010, de la fallecida con su madre acerca de la posibilidad de que en el futuro gestara a sus propios nietos (hijos de la difunta) y los criara, dado que la enferma no esperaba salir con vida del hospital. Sin embargo, no había evidencias de que la fallecida hubiera buscado más información sobre este tratamiento antes de su muerte, así como tampoco había sido

³⁷ Vid. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents> (Consulta 02/07/2021).

³⁸ Las previsiones sobre consentimiento se regulan en el SCHEDULE 3, relativo al Consent to use or storage of gametes, embryos or human admixed embryos. En cuanto a los *General requirements as to consent* dispone: «1(1) A consent under this Schedule, and any notice under paragraph 4 varying or withdrawing a consent under this Schedule, must be in writing and, subject to sub-paragraph (2), must be signed by the person giving it...»

informada de los riesgos e implicaciones legales que suponía. De igual modo, no había una declaración expresa de que su madre sería la gestante tras el fallecimiento, no existía declaración de voluntad sobre el uso de donante anónimo a tales fines y tampoco un consentimiento del uso de sus óvulos *post mortem*. Asimismo, el Comité señaló algunas medidas que podía haber tomado la interesada antes del fallecimiento, como recibir asesoramiento en relación con cualquiera de los tratamientos, tener una conversación formal con los médicos involucrados en su tratamiento, solicitar información sobre la inseminación de donantes y la subrogación, o dejar una nota formal de sus deseos. Para el Comité la posibilidad de que la madre de la difunta gestara a sus hijos se limitaba al tiempo en que la titular de los gametos siguiera con vida.

El juez de instancia consideró racional y legal la decisión tomada por el Comité sobre la falta de consentimiento informado suficiente por parte de la fallecida para el uso propuesto por los recurrentes de sus óvulos. Además, el juez indicó que este caso difiere del de D. Blood, en el que una mujer, tras años de juicios, consiguió utilizar el esperma de su difunto marido para concebir dos hijos³⁹. En dicho supuesto, la demandante pudo alegar que su esposo habría dado el consentimiento a todos los asuntos pendientes en caso de seguir con vida, mientras que, en el supuesto analizado, como señaló el Comité, la titular de los gametos podría haber realizado distintas actuaciones a fin de que quedara reflejada correctamente su voluntad.

La sentencia de apelación refleja los principales argumentos en que se apoyó la parte recurrente. En opinión de los demandantes, el Comité únicamente valoró la inexistencia del consentimiento informado expreso de la fallecida y en ningún momento analizó su consentimiento con apoyo en las alegaciones hechas en vida a sus familiares y allegados. Asimismo, indicaron que el consentimiento de la fallecida era claro y se reflejaba en los documentos que firmó, por ello era inadecuado referirse a un documento que nunca le fue entregado. De igual modo, no sería necesaria información respecto a los efectos que dicho procedimiento podría tener en la madre, ya que esa era una decisión de esta última y no de la titular de los gametos. Junto con lo anterior, la recurrente señaló que era improbable que su hija no consintiera el uso del esperma del donante, ya que era una mujer soltera, y solo podía haber pensado en la fertilización por medio de un donante de esperma. En este sentido, afirmaron que el Comité se centró en la falta de consentimiento expreso de la fallecida para asuntos que eran más propios del tratamiento

³⁹ Para más información sobre el caso *vid.* BLOOD, 2004.

que su madre tendría que recibir. Además, consideraban que la fallecida hubiera estado de acuerdo en dejarles a ellos decidir sobre ciertas cuestiones, como la selección de donantes de esperma. A estos efectos, como alegaron, no se contemplan disposiciones en el Código de Prácticas de la HFEA que digan que la fallecida tenía que ser informada sobre estos asuntos.

Por el contrario, la representante de la parte demandada se mantuvo en sostener la correcta decisión del juez de instancia apoyando la decisión del Comité de la HFEA. La demandada afirmaba que el caso de los recurrentes había cambiado y que, en apelación, estos trataron de calificar los actos de la hija como una donación de óvulos, para que fueran utilizados como ellos creyesen conveniente, en lugar de proceder a la subrogación. Para el Comité de la HFEA uno de los pilares de la Ley es el consentimiento, por lo que, a fin de tomar su decisión, este fue el punto de partida. Además, en contra de lo señalado por la parte recurrente, la demandada en apelación indicó que era relevante si la fallecida tenía la información requerida. La Ley contempla la oportunidad de ser informados sobre el uso de embriones, igual que se prevé en el Código de Prácticas de la HFEA. La parte demandada defendió la falta de consentimiento por escrito para el uso de los óvulos por otra persona distinta de la titular o su uso para crear embriones, así como que hubo tiempo suficiente antes del fallecimiento para que este hubiera sido prestado en los términos correctos.

Tras el análisis de los argumentos precedentes, el Tribunal de apelación terminó fallando a favor de los recurrentes⁴⁰. Las razones propuestas se centraron en lo siguiente:

Primero, la conversación madre-hija de 2010 revelaba el deseo de la titular del material genético de crear un embrión, en contra de lo que dijo la representación de la parte demandada. Ese hecho se infiere de la expresión de la fallecida «*Quiero que cargues con mis bebés*».

⁴⁰ Como señalan los puntos 7 y 8 de la sentencia: «7. *In my judgment, for the reasons given below, the challenge succeeds at three levels. First, there was on the face of it the misstatement of certain of the evidence about A's consent by the Committee. Second, even if what the Committee meant was that there was a lack of effective consent because the appellants could not show that A received information on certain matters, the Decision was flawed because the Committee pointed to the lack of certain evidence without explaining why A needed to receive that information and give that consent. The third level is that the Committee did not ask the prior question of what information the HFE Act required to be given to A in the circumstances of her case. If my Lords agree, the Decision must be set aside and remitted to the Committee for further consideration of the appellants' export application. 8. I turn now to set out the background, the statutory scheme, the Decision and the judge's judgment before explaining and ruling on the submissions under the heading "Discussion"».*

Segundo, la alegación por la parte demandada de que los recurrentes estaban planteando un nuevo caso en apelación, es decir, la donación de óvulos a su madre en lugar del consentimiento a la gestación subrogada. Este hecho indica que la HFEA adoptaría un enfoque diferente en las situaciones de donaciones de óvulos a otra persona, para su uso con fines reproductivos, y en situaciones, como la del caso, en que una donante de gametos le pide a alguien que sea su sustituta (por medio de gestación subrogada) debido a la imposibilidad de tener hijos por sí misma.

Tercero, también fue revelador que la HFEA alegara que no hubo consentimiento de la fallecida en el uso de esperma de donantes anónimos. Sería poco realista suponer que ella carecía de conocimiento a este respecto. Además, no existían evidencias de que ella tuviera preferencia por algún donante conocido, ni de que quisiera que el padre tuviera rasgos particulares. Ello concuerda con que la difunta consintiera que todas esas decisiones se dejaran a sus padres. Asimismo, el Comité de la HFEA no concretó si, para que su consentimiento fuera efectivo, necesitaba tener información sobre todos los pasos que deberían tomarse después de su muerte en estas circunstancias.

Cuarto, la decisión del Comité atribuyó importancia al hecho de que los óvulos fueran exportados de Reino Unido al no haber firmado el formulario correspondiente antes del fallecimiento. Como afirma la parte recurrente, este hecho no podía ser tomado en consideración, así como tampoco podía alegarse la necesidad de información previa sobre las disposiciones de otros ordenamientos acerca de la filiación de los menores nacidos por estos procedimientos. Esta es una preocupación racional en la subrogación no familiar, pero no necesariamente en este caso, donde la fallecida confiaba en sus padres implícitamente y donde el niño sería criado como nieto. La titular de los gametos (lega en derecho) hablaba de ella misma como madre genética y de sus padres como abuelos del nacido.

Por todo lo expuesto, el Tribunal sostuvo que en la anterior decisión existieron tres niveles de error: las declaraciones equivocadas de evidencia material; la falta de razones por las que el Comité de la HFEA consideró que la fallecida tenía que disponer de cierta información antes de emitir su consentimiento efectivo en relación con las acciones propuestas por los apelantes; y la ausencia de indicaciones sobre la información que, de acuerdo con la ley, se requiere que fuera conocida por la fallecida.

Sobre este último aspecto, como señaló el Tribunal, la Ley HFE no dice que una persona debe recibir toda la información relevante

en abstracto, solo que una persona debe recibir «*información relevante que sea adecuada*». En este sentido, se podría establecer una analogía con la información que ha de suministrar un médico a su paciente a fin de estar seguro de que haya dado su consentimiento para recibir un tratamiento. Así, el médico tiene el deber de tener un cuidado razonable para garantizar que su paciente esté enterado de cualquier riesgo material, no de todos los riesgos involucrados en el tratamiento propuesto. La información necesaria puede variar atendiendo a las circunstancias del caso. El problema fue que el Comité asumió que la fallecida necesitaba saber asuntos que no eran relevantes para su situación.

En opinión del juez de apelación, el Comité tendría que haber sopesado todos estos asuntos para decidir si existía un consentimiento efectivo. Además, tendría que haber determinado el nivel de información apropiado y evaluar de manera adecuada la totalidad de las evidencias en el caso. Solo cumplidas las anteriores actuaciones podría haber decidido si la titular de los gametos podía, y si lo hizo, dar su consentimiento efectivo para el uso de sus óvulos en los términos propuestos en la solicitud.

Dos particularidades que conviene destacar de este supuesto respecto a los anteriores son:

Por un lado, que la titular de los gametos reproductores es una mujer. Aspecto que, pese a que no es importante en este caso, tiene relevancia en cuanto al momento de la extracción de los gametos. Dado que el procedimiento es mucho más complejo que en la obtención del esperma, debe ser autorizado y realizado en vida de su titular, ya que es cuestionable su posible recuperación *post mortem* a petición de terceros⁴¹.

Por otro lado, la existencia de un documento que contiene el consentimiento en vida de la interesada para la extracción y conservación de sus óvulos y, a su entender, también para su utilización *post mortem*, pese a que esta última expresión de su voluntad, en los términos que ella pretendía, no fue reconocida desde un primer momento. Los fundamentos de la sentencia se centran en este particular, ya que el objetivo principal del litigio es constatar la falta de consentimiento informado expreso de la paciente para que su propia madre pudiera gestar a sus hijos una vez producido el fallecimiento y los criara como sus nietos, máxime cuando se conocía la irreversibilidad de su enfermedad. En ese caso se prescinde de valorar otras cuestiones bioéticas como las consecuencias

⁴¹ La extracción solo podría ser llevada a cabo en caso de muerte cerebral de la mujer y con estimulación ovárica. En estos procedimientos, a fin de poder obtener un mayor número de óvulos se realiza primero una estimulación hormonal y posteriormente una punción ovárica a través de una ecografía.

de un nacimiento huérfano de padres o la necesidad de recurrir a la gestación subrogada.

En lo que respecta a las valoraciones acerca de la implicación ética o moral que puede suponer hacer un uso ampliado de las técnicas de reproducción humana asistida, la resolución sigue la línea omisiva de las ya analizadas. De hecho, en esta decisión ni siquiera se realiza una mención en ese sentido. Por lo que se refiere a la necesidad de recurrir a la gestación subrogada, tampoco se profundiza en el caso. Sobre este punto, es preciso señalar que la gestación subrogada se permite en el país, estando regulada por la *Surrogacy Arrangements Act* de 1985⁴². No obstante, en Reino Unido la gestante es considerada la madre legal del nacido⁴³, siendo necesario que los padres de intención, para convertirse en padres legales, inicien un procedimiento por el que se soliciten la paternidad o la adopción. El acceso a esta práctica tiene varias restricciones, lo que dificulta su realización. Por dicho motivo, no es de extrañar que los recurrentes pidieran el traslado de los óvulos de su hija a EEUU a fin de cumplir con su voluntad. Cabe añadir que el transporte de gametos dentro y fuera de Reino Unido es posible siempre y cuando se obtengan las autorizaciones necesarias de las clínicas donde se encuentran almacenados⁴⁴.

Asimismo, la procreación *post mortem* está permitida en Reino Unido, pero únicamente a favor de la mujer que quede viuda⁴⁵, no

⁴² <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> (consultado 02/07/2021).

⁴³ Así lo prevé el Human Fertilisation and Embryology Act 2008, en su artículo 33: «(1) *The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.* (2) *Subsection (1) does not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the woman's child.* (3) *Subsection (1) applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs.*».

⁴⁴ Para saber más *vid.* Code of Practice. Disponible en <https://portal.hfea.gov.uk/media/1605/2019-12-03-code-of-practice-december-2019.pdf>, pp. 150 y ss. (consultado 02/07/2021).

⁴⁵ Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Art. 39: «*Use of sperm, or transfer of embryo, after death of man providing sperm (1) If –(a) the child has been carried by W as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs or her artificial insemination, (b) the creation of the embryo carried by W was brought about by using the sperm of a man after his death, or the creation of the embryo was brought about using the sperm of a man before his death but the embryo was placed in W after his death, (c) the man consented in writing (and did not withdraw the consent)– (i) to the use of his sperm after his death which brought about the creation of the embryo carried by W or (as the case may be) to the placing in W after his death of the embryo which was brought about using his sperm before his death, and (ii) to being treated for the purpose mentioned in subsection (3) as the father of any resulting child, (d) W has elected in writing not later than the end of the period of 42 days from the day on which the child was born for the man to be treated for the purpose mentioned in subsection (3) as the father of the child, and (e) no-one else is to be treated– (i) as the father of the child by virtue of section 35 or 36 or by virtue of section 38(2) or (3), or (ii) as a parent of the child by virtue of section 42 or 43 or by virtue of adoption, then the man is to be treated for the purpose mentioned in subsection*

se contemplan otros supuestos que reconozcan derechos a otras personas afines al titular del material genético como se pretende en el caso. En consecuencia, que existan fallos que reconozcan la eficacia de un consentimiento que permita la reproducción *post mortem* a partir de las facultades otorgadas a terceros puede favorecer el turismo reproductivo y, en consecuencia, abrir una vía para que estas actuaciones puedan derivar en un fraude del contenido de las normas nacionales⁴⁶.

III.2 LA MATERIALIZACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL DIFUNDO RESPECTO AL USO DE SU MATERIAL REPRODUCTOR. LOS SUPUESTOS DE HECHO DE CHINA E INDIA

El derecho al uso del material reproductor de una persona fallecida también se ha debatido en China e India. Sin embargo, en ambos casos, al contrario que en los supuestos anteriores, la voluntad de los familiares del difunto, en concreto sus ascendientes, se materializó con el nacimiento de un bebe.

III.2.1 La perpetuación del linaje y la mitigación del dolor en China

En China⁴⁷, un bebe nació cuatro años después del fallecimiento de sus padres por voluntad de sus abuelos. Este caso no tenía precedentes en el país y, por dicho motivo, los abuelos tuvieron que acudir a los tribunales para conseguir obtener los derechos legales sobre los embriones congelados de sus difuntos hijos.

Shen Joe y Liu Xi eran un matrimonio joven que habían recurrido a las técnicas de reproducción asistida después de que les fuera diagnosticada la infertilidad. Ambos fallecieron en un accidente de coche, en 2013, unos días antes de que concluyera el pro-

(3) *as the father of the child...*». Asimismo, es de interés el art. 46 del mismo texto legal sobre Embryo transferred after death of female spouse, civil partner or intended parent.

⁴⁶ En el año 2014, una pareja británica adinerada eludió las leyes del Reino Unido al extraer, almacenar y transferir póstumamente el espermatozoides de su hijo (sin su consentimiento), que había fallecido en un accidente de tráfico. El espermatozoides fue transferido a una clínica en California donde se le pidió al médico que lo usara para tener un nieto, utilizando óvulos de donantes y una madre gestante. El nieto nació en 2015 y sus abuelos lo llevaron al Reino Unido. *Vid.* Unos abuelos británicos «roban» el espermatozoides de su hijo fallecido para tener un nieto que herede la fortuna de la familia (abc.es), Couple create a grandchild using dead son's sperm | News | The Times (consultado 02/07/2021).

⁴⁷ *Vid.* ZHANG, «A Legal Battle Over Frozen Embryos in China», 2018, en <https://blogs.loc.gov/law/2018/07/a-legal-battle-over-frozen-embryos-in-china/> (Consultado 02/07/2021).

ceso con la implantación de los embriones generados, mediante fecundación *in vitro*, en la mujer. Dado que ambos eran hijos únicos, sus padres decidieron que querían continuar con el linaje familiar mediante el uso de los embriones congelados para la concepción de un nieto, recurriendo a la gestación subrogada.

A estos efectos, los ascendientes de los difuntos iniciaron un procedimiento legal para conseguir la custodia de los cuatro embriones que se habían generado y se encontraban congelados. El primer tribunal que trató el asunto falló en contra de los abuelos con los siguientes argumentos: en primer lugar, los embriones son una propiedad especial, que tienen el potencial de crear una vida, por lo que no pueden heredarse ni transferirse como propiedad ordinaria; y, en segundo lugar, la pareja fallecida ya no puede tener hijos por sí mismo, y la venta de embriones en China es ilegal.

Dicha resolución fue recurrida en el tribunal de apelaciones, el cual falló a favor de los recurrentes. De este modo, pese a que la decisión no constituyó un precedente vinculante, podría tener efecto en otros tribunales ante disputas futuras a este respecto.

De la decisión de apelación son relevantes los siguientes aspectos:

Primero. La Ley china no ha determinado claramente el estado legal de los embriones. El tribunal, en lugar de calificar a los embriones como persona o propiedad, consideró que eran una existencia transitoria con el potencial de convertirse en una vida. Por dicho motivo, al tener un nivel moral más alto que los objetos inertes, debía ser especialmente respetado y protegido.

Segundo. El Tribunal tuvo en consideración en el supuesto de hecho los sentimientos de los padres de la pareja fallecida. A estos efectos, señaló que otorgarles la custodia de los embriones podría ayudarles a mitigar el dolor de haber perdido a sus únicos hijos.

Tercero. La legalidad de la gestación subrogada en China. El Ministerio de Salud prohibió en 2001 la realización de procedimientos de gestación subrogada en las instituciones médicas. De igual modo, la compraventa de embriones también estaba prohibida. Con todo, pese a las reglas anteriores, entre otras, el ordenamiento chino no señala expresamente que la maternidad subrogada sea ilegal⁴⁸. El Tribunal solicitó a los abuelos que una vez obteni-

⁴⁸ Para más información sobre la gestación subrogada en China, *vid.* DING., *JLB*, 2015, pp. 33-55. Como señala el autor, la ley china necesita establecer un conjunto de regulaciones sistemáticas sobre la gestación subrogada, ya que no es una cuestión que deba estar sujeta a la libertad de voluntad y no debe regirse meramente por las reglas del derecho contractual. Así, opina que el derecho chino no solo necesita proporcionar soluciones legales seguras y consistentes a los problemas en disputas que surjan en torno a la subrogación, también incorporar salvaguardas legales tanto sustantivas como procesales para proteger los intereses primordiales del hijo sustituto y equilibrar mejor los de la madre sustituta y los futuros padres.

dos los embriones observaran la Ley sin violar el orden público y las buenas costumbres. Asimismo, señaló que las reglas del Ministerio de Salud no podían restringir los derechos legítimos de los individuos basados en el derecho privado.

Por todos los motivos expuestos, el tribunal de apelaciones otorgó a los cuatro abuelos la custodia conjunta de los embriones congelados. Con todo, dado que en ningún hospital de China podía realizarse el proceso de gestación subrogada, las familias se trasladaron a Laos, donde encontraron un hospital y una mujer gestante que les ayudó a cumplir con su voluntad. El nieto, llamado Tian-tian, nació en 2017 en China y sus abuelos tuvieron que demostrar su relación genética con el menor por medio de muestras de ADN, al objeto de mantener su custodia, así como obtener la nacionalidad china para él.

Una apreciación considerable en el presente caso es que, en lugar de referirnos a la recuperación de células reproductoras del difunto, bien mediante su extracción una vez producido el fallecimiento bien del centro donde se encuentren depositadas, nos encontramos ante preembriones criopreservados. En consecuencia, es posible advertir que existía una voluntad altamente constatable del deseo de los progenitores en formar una familia, en tanto que ambos habían comenzado un proceso de reproducción asistida para extraer, unir y conservar sus células reproductivas. Además, como relatan los hechos, únicamente faltaba la implantación de los embriones creados en el útero de la mujer. En lo que respecta a los preembriones que se encuentran criopreservados, el material genético del hombre y la mujer ya se encuentra unido. En este sentido, en la producción de preembriones no solo se puede reconocer el citado consentimiento de ambos miembros del matrimonio o pareja estable para iniciar un procedimiento de procreación asistida, sino también un acuerdo común sobre el destino futuro con fines procreativos⁴⁹.

Ante este supuesto, el primer tribunal que enjuició el caso tuvo más presente las implicaciones que suponen el empleo de las técnicas de reproducción asistida para estos fines en tanto que nos estamos refiriendo a un resultado final que se materializa en la crea-

⁴⁹ En nuestro ordenamiento, siguiendo a PLANA ARNALDOS, 2007, p. 424, la Ley es clara al exigir el consentimiento de ambas partes de la pareja tanto para la generación como para la criopreservación y posterior destino de los preembriones. Como advierten GUTIÉRREZ BARRENENGOA, MONJE BALMASEDA, 2007, p. 184, no vale un consentimiento general, ha de ser particular para cada acto médico concreto que tenga que ver con la aplicación, desarrollo y ejecución de las técnicas de reproducción asistida. Para RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2013, pp. 312 y 313, junto a un consentimiento general de ambos miembros de la pareja para utilizar las técnicas de reproducción asistida hay un acuerdo de los dos para el destino procreativo del material genético de ambos. Ello permite entender lo implícitamente expresado por el varón en los supuestos de sobrevenirle el fallecimiento antes de una específica expresión de tal consentimiento.

ción de una vida. Además, tuvo en consideración que se estaban manipulando elementos genéticos toda vez que sus titulares no seguían con vida. Sin embargo, el tribunal de apelación, que falló a favor de los ascendientes de los difuntos, vuelve a hacer uso de un argumento que en otros supuestos ya hemos considerado infundado, cual es el de la mitigación del dolor.

Junto a lo anterior, cabe añadir que en un país donde no se tienen previsiones precisas sobre gestación subrogada, dadas las grandes dudas y problemas que suscita, no parece adecuado que se permita que los abuelos puedan llegar a dañar el orden público con sus actuaciones, únicamente para satisfacer sus deseos personales.

III.2.2 Los deseos de paternidad del difunto en India

En el caso de la India⁵⁰, una mujer hizo uso del material reproductor de su hijo, fallecido en 2016 a causa de un tumor cerebral, para tener nietos mediante gestación subrogada. Prathamesh Patil, titular del material genético, fue diagnosticado con cáncer mientras estaba estudiando en Alemania y, antes de iniciar los tratamientos de quimioterapia y radioterapia, decidió preservar su esperma. El difunto no estaba casado y, por ello, autorizó a su madre y a su hermana para que hicieran uso de aquel en caso de que se produjera su fallecimiento.

Una vez producido el fallecimiento, Rajashree Patil, madre de Prathamesh, siguiendo las debidas formalidades, recuperó el esperma de su hijo, del banco de semen de Alemania, donde se encontraba, a fin de que los médicos del Hospital Sahyadri de Pune (India) lo utilizaran para fertilizar óvulos de donante anónimo. La propia señora Patil quería ser la gestante de sus nietos, pero, tras ser considerado médicamente, se descartó dicha posibilidad. Por ello, los embriones resultantes fueron implantados en una de sus primas, que actuó de madre gestante. De dicho embarazo nacieron dos bebés, y la voluntad de la Sra. Patil fue criarlos como hijos propios.

La Dra. Supriya Puranik, jefa del departamento de FIV en el Hospital Sahyadri, señaló que el caso de la Sra. Patil era único en comparación con el del resto de mujeres que dan a luz a través de la reproducción asistida.

⁵⁰ Vid. EVERETT, Woman uses dead son's sperm for IVF grandchildren, 2018, en https://www.bionews.org.uk/page_96375; Para más información, también puede consultar <https://timesofindia.indiatimes.com/city/pune/using-late-sons-preserved-semen-couple-gets-twin-grandkids-through-ivf-surrogacy/articleshow/62923421.cms>. (Consultados 02/07/2021).

Con todo, el uso de los procedimientos de reproducción asistida, a estos fines, no deja de generar preocupaciones de índole ético. Hari Ramasubramanian, fundador del Indian Subrogacy Law Center, describió los problemas éticos asociados a este supuesto de hecho: El primero, si existió un verdadero consentimiento del difunto para el uso de su material genético con fines reproductivos tras su muerte; el segundo, las posibilidades que tienen los abuelos de asegurar un futuro a los nacidos en todos los aspectos de su vida; el tercero, el derecho a ser abuelo no es un derecho fundamental; por último, los derechos del niño a tener una vida y crianza similar a los demás, lo que puede considerarse como normal.

Las consideraciones de Hari Ramasubramanian no pueden ser más acertadas. Junto a la valoración de la existencia o ausencia de consentimiento del difunto, ya sea expreso o presunto, lo verdaderamente relevante en todos los casos es atender a las preocupaciones éticas y morales que suscitan estos supuestos particulares. Cuestión que, como hemos visto hasta el momento en nuestro análisis, con suerte queda indicada en los fundamentos de las resoluciones sin que las mismas lleven a cabo un análisis de fondo de la cuestión. Análisis, por otra parte, que, anticipo, considero realmente complejo y sobre el que nos detendremos en el siguiente apartado.

Asimismo, igual que en las resoluciones anteriores, en la presente es inevitable el recurso a la gestación mediante subrogación. Por consiguiente, la fecundación *post mortem*⁵¹ planteada en términos como el expuesto y la gestación subrogada están claramente interconectadas, aunque el acceso a esta última práctica dependerá de las regulaciones de los distintos ordenamientos jurídicos. En la India, si bien la gestación subrogada podía atender a las necesidades de extranjeros y nacionales, a partir de 2015 se impidió el acceso de los primeros, a fin de evitar los problemas de explotación y comercialización. Desde el año 2016, en el país se elaboró un proyecto de ley para regular la gestación subrogada, restringiendo su práctica a matrimonios heterosexuales indios, si bien éste ha sufrido

⁵¹ En India, tienen *The assisted reproductive technologies (regulation) rules – 2010*, el documento proporciona pautas para la tecnología de reproducción asistida (ART) sin ninguna discusión sobre la reproducción *post mortem*. No obstante, se han hecho algunas propuestas por parte de la doctrina para valorar, sobre todo, los supuestos de recuperación de gametos y la interpretación del consentimiento. *Cfr.* TUMRAM, BARDALE, *AJFSFM*, 2019, pp. 1.123-1.231. En opinión de los autores, si las intenciones y motivos del cónyuge, padres o tutor son buenos, y el procedimiento se lleva a cabo según protocolo estándar, no debería haber obstáculo en la recuperación del material genético y su posible uso futuro. Considerando el aumento de las solicitudes es precisa una discusión significativa sobre estos temas a fin de disponer de una ley o directrices adecuadas. Dicha ley o pautas ayudarán a los médicos a solucionar los problemas emergentes.

do varias revisiones y modificaciones⁵². Debido a que dicha ley todavía era proyecto en el momento en que se produjo el presente caso, no hubo problemas en llevar a término el embarazo. Sin embargo, una vez entrada en vigor, este tipo de prácticas quedarán restringidas, siendo necesario recurrir, en todo caso, al turismo reproductivo.

III.3 REFLEXIONES EN ATENCIÓN A LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES EXTRANJEROS

En el análisis que antecede se plantea una problemática particular del uso de las técnicas de reproducción asistida *post mortem*, cual es la posible intervención de la familia extensa, en general los padres del difunto, para tomar decisiones acerca de la recuperación o el destino del material reproductor de sus hijos, incluida su utilización efectiva con fines reproductivos una vez producido el fallecimiento.

En todos los supuestos, menos en el caso de China, en lo que se ha centrado el tribunal al momento de decidir sobre las facultades otorgadas a terceros y el posible uso del material reproductor (esperma y óvulos), ha sido la existencia de consentimiento expreso del titular de los gametos o su posible presunción. Ello sin considerar sobremanera otros aspectos, de igual o mayor relevancia, como las implicaciones en el ámbito de la bioética que supone este uso concreto de las técnicas de reproducción asistida. Asimismo, también han sido relevantes las disposiciones permisivas o restrictivas de los propios ordenamientos jurídicos en relación con la fecundación *post mortem* y la gestación subrogada⁵³.

⁵² Vid. 3014LS. P65 (prsindia.org); 2447LS.p65 (rajyasabha.nic.in). (Consultado 02/07/2021).

⁵³ Sobre estos aspectos los miembros del equipo de trabajo de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) señalaron que la reproducción póstuma es un tema muy controvertido. Esto se debe, en parte, a la ausencia de datos empíricos sobre el desarrollo psicosocial de los niños nacidos después de este procedimiento y debido a diferencias en la valoración del proyecto parental. Después de una cuidadosa consideración de las cuestiones éticas, todos los miembros del Grupo de Trabajo aceptaron la reproducción póstuma en el marco del proyecto parental inicial. En dicho contexto, recomiendan lo siguiente: (i) El fallecido debería haber dado su consentimiento por escrito. Consentimiento que debe obtenerse en el momento del almacenamiento o antes del inicio del ciclo de FIV; (ii) Asesoramiento exhaustivo de la pareja sobreviviente para que puede tomar las decisiones, (iii) Un período de espera mínimo de 1 año después de la muerte antes de iniciar el tratamiento. Por el contrario, no hay consenso sobre la donación póstuma a otras personas que no sea la pareja superviviente. El consentimiento informado de los titulares de los gametos es esencial, pero no es necesario imponer un período de espera mínimo y no es necesario utilizar el material reproductor dentro de un cierto período de tiempo. La información debe proporcionarse a la persona o pareja que las acepta, insistien-

Ante la inexistencia de una regulación expresa aplicable en las circunstancias expuestas, los tribunales han resuelto, en atención a las particularidades del supuesto de hecho concreto, apoyándose en normas del ámbito de la salud, así como en recomendaciones, códigos de buenas prácticas o principios sin rango de ley, entre otros⁵⁴. Cabe indicar que no muchos ordenamientos jurídicos regulan en profundidad los problemas que surgen al permitir o no el uso póstumo de tejido reproductivo. Incluso las regulaciones que prevén la reproducción *post mortem* generan ciertas dudas en su aplicación⁵⁵.

Como hemos podido comprobar, como regla general, si existiera un documento acreditativo del consentimiento expreso del fallecido respecto del uso póstumo de sus gametos, la mayoría de los países aceptan o aceptarían la ejecución del procedimiento de recuperación de los gametos y, en algunos supuestos, de su utilización con fines reproductivos. Mayores dudas supone la posibilidad de considerar el consentimiento del titular del material reproductor de forma presunta o con apoyo en hechos, conversaciones y alegaciones previas al momento de su fallecimiento. En este caso es donde surgen las opiniones disidentes⁵⁶. Dar una solución acertada en este último punto es realmente complejo debido a que se precisa de la interpretación de la voluntad real del fallecido pudiendo llegar a resultados injusto e irreversibles. En cualquier caso, los únicos presupuestos que estimaría viables para poder reconocer un consentimiento tácito serían: Por un lado, la realización de actuaciones constatables del difunto que reflejaran claramente su disposición a ser padre, como la extracción y conservación de sus gametos o el inicio de un proyecto común familiar con su pareja sometándose a alguna de las técnicas de reproducción humana asistida contempla-

do en que o no se sabe nada sobre las implicaciones para el futuro hijo. *Vid.* PENNINGS *et al.*, *HR*, 2006, pp. 3.050-3.053. Disponible en Task Force 11.pdf (última consulta 02/07/2021).

⁵⁴ Varios países se hacen eco de la necesidad de dar una respuesta legal a los problemas nacientes. En este sentido, *Cfr.* PEART, *VUWLR*, 2015, pp. 725-754.

⁵⁵ Algunas jurisdicciones limitan las solicitudes de recuperación del material reproductor a la pareja del fallecido. Sin embargo, las jurisdicciones más permisivas han incluido a los padres, con independencia de que el fallecido tuviera pareja o no. Podemos ver una relación de documentos sobre la regulación de la reproducción póstuma en diferentes países en <https://www.howtoregulate.org/posthumous-reproduction-2/> (Consultado 02/07/2021).

⁵⁶ Sobre este aspecto *Cfr.* SIMANA, *JLB*, 2018, pp. 329-354. En opinión de la autora, la reproducción póstuma debe permitirse legalmente, incluso en ausencia del consentimiento previo del fallecido, y la posición predeterminada debe ser presumir que el fallecido consintió en la reproducción póstuma, a menos que él o ella se haya opuesto previamente al procedimiento o haya fuertes indicios (por ejemplo, creencias religiosas o valores) que la persona no habría aceptado. Las decisiones para prohibir la reproducción póstuma no deben basarse únicamente en los principios de autonomía de la voluntad e integridad corporal, sino que deben tenerse en cuenta más consideraciones, incluido el interés del fallecido en la continuidad genética, el interés de la pareja en procrear y convertirse en padres, el interés de los padres en ser abuelos, y en la oportunidad del niño para llegar a existir.

das. Por otro lado, un fallecimiento repentino de la persona siempre que se pudiera probar el deseo del difunto de ser padre⁵⁷. Ello así dado que ante una enfermedad terminal dilatada en el tiempo se puede entender que existe cierto margen para prestar consentimiento expreso, vistas las circunstancias del interesado, aunque aquel también podría estar condicionado por estas. Con todo, el último supuesto sigue siendo sensible y susceptible de crítica, ello al poder llegar a justificar fehacientemente ese deseo, no amparado por el derecho, únicamente mediante las alegaciones hechas en vida al objeto principal de mitigar el dolor de sus familiares, como ocurría en el caso de EE. UU.

A estos efectos, es preciso recordar y remarcar que no solamente ha de valorarse el posible uso *post mortem* del esperma o los óvulos conservados en un centro especializado, pese a ser el supuesto más común, como ocurría en el caso del TEDH, el del Reino Unido o en el de India, sino también la posibilidad de recuperación del material reproductor una vez producido el fallecimiento para su futura utilización, como ocurría en la decisión de EE. UU. y en los supuestos de Israel⁵⁸. En estos casos, la interpretación de la voluntad del difunto

⁵⁷ Siguiendo a COLLINS, *JMP*, 2005, pp. 431-442, en situaciones en las que el fallecimiento se produce de forma repentina, no parece adecuada la justificación de la presunción contra el consentimiento a la reproducción póstuma. Con todo, existen buenas razones que pueden revertir dicha presunción. La mayoría de los ordenamientos comparten la característica común de permitir la reproducción *post mortem* solo en caso de que el fallecido hubiera otorgado su consentimiento, generalmente por escrito. Esta posición legal produce resultados anómalos cuando se considera que la mayoría de los casos en que se solicita la reproducción póstuma tienen lugar cuando se produce una muerte repentina. En este sentido, en la mayoría de los supuestos el fallecido no habrá contemplado el tema de la reproducción póstuma o no habrá expresado su voluntad. Por consiguiente, la presunción en contra del consentimiento prohíbe la reproducción *post mortem* en las situaciones donde es más probable su solicitud. Como indica la autora, en el caso de que no se haya otorgado el consentimiento, caben tres posibles situaciones: Primero, que el fallecido hubiera pensado acerca del tema y decidiera no dar su consentimiento; en segundo lugar, que el fallecido hubiese contemplado el problema y hubiera estado dispuesto a esta posibilidad, pero finalmente no pudiera expresar de forma efectiva dicha disposición; y, en tercer lugar, que el fallecido muriera en circunstancias repentinas, de modo que el asunto no fue contemplado nunca. De este modo, parece razonable compartir su opinión, cuando advierte que, aunque la justificación del consentimiento es proteger la autonomía, parece tener un peso desproporcionado en el caso de que una persona muera repentinamente y no haya ejercido esa autonomía. // Sobre la interpretación del consentimiento expreso, implícito y presunto también es de interés el trabajo de BAIRD, 2018. Disponible en <https://www.otago.ac.nz/law/otago710999.pdf> (Consultado 02/07/2021).

⁵⁸ Siguiendo a BATZER, HURWITZ, CAPLAN, *FS*, 2003, pp. 1.263-1.269, para establecer una práctica médica adecuada es importante considerar a todos los interesados en el proceso de toma de decisiones. La adquisición de esperma póstumo indica que el fallecido no solo desea tener hijos en la vida, sino que también desearía que fueran concebidos después de su muerte. Esta presunción elimina toda posibilidad de autonomía personal. Una forma bien establecida de proteger adecuadamente estos derechos reproductivos es el principio del consentimiento informado. Obviamente, es imposible obtener el consentimiento informado después de la muerte. Además, es extremadamente raro poseer una instrucción anticipada por escrito para la adquisición de esperma póstumo. Como consecuencia, el argumento para permitir la obtención de esperma póstumo se basa en el concepto de con-

es sin duda mayor que en los otros. En este sentido, en caso de muertes repentinas quizá como mejor podría llegar a presumirse la voluntad del fallecido es que pudiera probarse que había recibido la información debida e iba a someterse o tenía intención de someterse al procedimiento necesario para que sus gametos se preservaran.

Junto con lo anterior, también existen justificadas dudas acerca de la persona o personas capaces de ejecutar la voluntad del difunto e incluso de tomar decisiones por él. A este respecto, hemos de atender a dos posibilidades: que el fallecido estuviera casado o tuviera una relación de pareja (preferiblemente estable o de hecho) y aquellos en que el titular de los gametos fuera soltero. En este sentido, es necesario concretar el valor del consentimiento dentro del ámbito de la familia nuclear y de la familia extensa.

La fecundación *post mortem* se reconoce en diversos países, como en España, en el seno de la relación heterosexual conyugal o de pareja, tras el fallecimiento de uno de los progenitores. Sin embargo, no existen previsiones expresas en este aspecto que contemple a los allegados del difunto. Este hecho no es de extrañar en tanto que los vínculos del nacido con sus parientes no serían igual de estrechos que con sus padres biológicos, pese a que existiera reconocimiento de filiación respecto a estos últimos. Además, no existe una justificación más allá del

sentimiento razonablemente inferido: es decir, actuar en nombre del fallecido de una manera que sea lógicamente coherente con la forma en que habría actuado si hubiera podido elegir él mismo. La posición de la parte solicitante también debe definirse. Este papel, a menudo desempeñado por los familiares, como un cónyuge, hermano o padre, es discutido, ya que es difícil dejar al margen el interés propio. Es fácil imaginar ganancias financieras o legales, como los beneficios por muerte y las herencias, que provocarían una solicitud de adquisición de esperma póstumo. Por ello, el bienestar del niño resultante debe ser la principal preocupación de todas las partes involucradas. // De acuerdo con TREMELLEN, SAVULESCU, *RBMO*, 2015, pp. 6-13, la concepción de un niño con el esperma criopreservado de un hombre fallecido, generalmente, se considera éticamente correcto, ya que se ha otorgado un consentimiento explícito para su uso, protegiendo así su voluntad. Sin embargo, cuando la muerte es repentina (trauma, enfermedad inesperada), el consentimiento explícito no es posible, evitando así la obtención de esperma póstumo y la concepción, según la normativa europea (Directrices de la Sociedad de Reproducción y Embriología Humana y la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva). Los autores argumentan que la autonomía de una persona fallecida no debe considerarse la principal preocupación ética, sino más bien ha de tenerse en consideración el bienestar de los vivos (viuda y futuro hijo), puesto que la concepción póstuma puede ser ventajosa. Por dicho motivo, consideran que un hombre fallecido puede beneficiarse desde la concepción póstuma (continuación de su «línea de sangre», permitiendo que los deseos de su viuda para que un niño sea satisfecho), y tiene un deber de permitir que su viuda acceda a su esperma, si ella lo desea, a menos que él indique claramente que no quería tener hijos cuando estaba vivo. En este sentido, exponen argumentos a favor del consentimiento presunto sobre el consentimiento implícito o indirecto, además de consideraciones prácticas para registrar el consentimiento de los hombres. En su opinión, una solución sería optar por un registro de exclusión voluntaria financiado públicamente. Con todo, en el trabajo señalan que no es lo mismo una muerte inminente que el fallecimiento tras una larga enfermedad. // La posibilidad de recuperación de los gametos *post mortem* ha sido bastante discutida, así en países como la India no existen pautas, únicamente se permite la inseminación de una mujer, tras el fallecimiento de su cónyuge, en el caso de que los espermatozoides hubieran sido extraídos en vida. *Cfr.* BARDALE, *IJME*, 2006; así como SIKARY, MURTY, BARDALE, *JHRS*, 2016.

alivio de dolor en los vivos o el supuesto cumplimiento de la voluntad del difunto que sustancie en derecho una respuesta legal. Por dicho motivo, es razonable que ante conflictos debidos a la disparidad de criterios entre la familia nuclear y la extensa, como sucedió en Israel, se prime la opinión del cónyuge o la pareja viudo⁵⁹. Con todo, en caso de crisis matrimonial, divorcio o nuevo matrimonio de la viuda, entiendo que pudieran surgir dudas que precisarían de una valoración particular. En este sentido, sin embargo, la solución no tendría que ser necesariamente el reconocimiento directo de facultades a otros parientes, sino que cabría la posibilidad de desestimar el consentimiento del titular del material genético.

Asimismo, en caso de ponderar los posibles derechos de la familia extensa respecto del material genético, sería necesario reparar, como ocurre en el ordenamiento israelí, en los fines últimos a los que quieren atender, es decir, no puede equipararse tener un nieto y criarlo como propio a realizar una donación determinada de los gametos de su hijo en favor de una mujer previamente seleccionada por ellos. En este último caso, el nacido solo sería huérfano respecto de uno de los progenitores, estando determina la filiación con el otro y quedando a su cuidado.

De cualquier modo, no todos los países reconocen todas las partes necesarias del proceso para poder llevar a término el nacimiento. En este sentido, pese a que se reconozca el valor del consentimiento del difunto, de nada sirve si quienes tienen las facultades de disposición sobre su material genético no pueden recurrir en su país a prácticas como la gestación subrogada. En estos supuestos concretos, sería necesario conseguir, en último caso, una autorización del órgano competente al objeto de que permitiera el traslado de los gametos a un país donde dicha técnica estuviera permitida, como reclamaba la recurrente ante el TEDH. Hecho que también genera dudas en cuanto permite potenciar el turismo reproductivo⁶⁰ y, en consecuencia, puedan llegar a defraudarse las

⁵⁹ Para YOUNG, *JLH*, 2014, disponible en <https://engagedscholarship.csuohio.edu/jlh/vol27/iss1/6/> (Consultado 02/07/2021), los intereses de otros miembros de la familia del padre fallecido, la sociedad en general y el niño nacido a través de la reproducción póstuma a menudo son insuficientes para compensar los intereses de los padres sobrevivientes en la procreación con el fallecido, al menos cuando hay un preembrión o una relación romántica comprometida entre el fallecido y el padre sobreviviente.

⁶⁰ La voluntad privada de los futuros padres comitentes no se ve obstaculizada por las prohibiciones legales. Es una realidad el recurso por aquellos al llamado «turismo de reproducción», mediante el cual se trasladan a países donde esta forma de reproducción está legalmente admitida para, con ello, dar respuesta a su deseo de maternidad o paternidad. En este sentido, más allá de objeciones morales, es un hecho la aceptación de esta forma de maternidad en los países que la regulan, unos de forma muy restrictiva y otros más permisiva, incluso llegando a admitir algunos su carácter retributivo. Dichos países entienden la gestación subrogada como una práctica basada en la libre decisión de adultos que pretenden ejercer sus derechos sin perjuicios a ellos mismos ni a terceros. Como regla

normas del país de origen de los interesados. Por ello, los estados deberían considerar también la problemática de la fecundación póstuma desde un enfoque transfronterizo. Dada la movilidad de las personas, cualquier marco legal relativo a la reproducción *post mortem* debería prever la transferencia a través de las fronteras del tejido reproductivo; el reconocimiento legal de los padres para niños nacidos fuera de la jurisdicción de origen utilizando tejido reproductivo póstumo; así como el interés superior del niño⁶¹.

Asimismo, como indicábamos al principio, el reconocimiento de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en estos términos genera varios interrogantes no solo de índole legal, también ético, moral e incluso médico, tal como se hizo eco la sentencia de New York. Pese a que EE. UU., Israel, Reino Unido, China e India, han contemplado la efectividad del consentimiento implícito o presunto en atención a las circunstancias del supuesto de hecho, únicamente en China e India se ha finalizado el procedimiento reproductivo con el nacimiento efectivo de un niño. En ambos casos, se materializó el deseo de los abuelos a tener un nieto. En Israel, como se ha reflejado, también ha habido nacimientos póstumos de niños con gametos del difunto, cuando no existía cónyuge o pareja, pero limitados a las donaciones determinadas del material reproductor en favor de terceros en lugar de reconocer el derecho de los abuelos a continuar con el linaje.

Dadas sus implicaciones éticas, siempre que sea susceptible de valoración la posibilidad de un nacimiento *post mortem*, es preciso atender, entre otros: Primero, como ya hemos indicado, al consentimiento del titular del material genético, de manera que se contemple, además de su capacidad para emitirlo, la información de la que disponía y la voluntariedad de los actos o declaraciones llevadas a cabo; Segundo, al trato que se le puede dar a los cadáveres en caso de ser precisa la recuperación del material genético *post mortem*; Tercero, los motivos que pueden llevar al propio difunto a autorizar este tipo de prácticas, como la culpabilidad por no haber estado demasiado presente en el domicilio familiar; Cuarto, los motivos de los familiares a llevar a cabo el procedimiento. En el caso del cónyuge, podría tomar decisiones irreversibles en un tiempo en el que es altamente vulnerable. Por lo que respecta a los demás familiares, el nacimiento podría verse motivado por el simple egoísmo, de manera que se viese

general, se parte de que todos los partícipes en el contrato obtienen beneficios: los padres comitentes materializan su voluntad; la madre gestante, en cuanto asume libremente el desarrollo del embarazo, satisface el deseo de otras personas bien de forma altruista o, en su caso, con una contraprestación o ayuda económica, y el niño tiene una familia donde la paternidad y/o maternidad ha sido conscientemente deseada.

⁶¹ Vid. <https://www.howtoregulate.org/posthumous-reproduction-2/> (última consulta 02/07/2021).

al niño como un regalo para sí mismos al objeto de aliviar el dolor sufrido por la pérdida, u otros intereses personales; Quinto, el bienestar del futuro del niño o el interés superior del menor⁶². En casos como los expuestos, en que el proceso es promovido por los allegados del difunto (en concreto los abuelos), tienen lugar nacimientos huérfanos de padres biológicos, en los que, las probabilidades de que los menores queden sin amparo de forma prematura se incrementan sustancialmente dada la superior edad de aquellos, ya que, por lo general, con unos padres jóvenes, o relativamente jóvenes, el menor podría alcanzar la mayoría de edad y sustentarse por sí mismo. Además, las particulares circunstancias en que se produce su nacimiento pueden llegar a suponer un estigma social⁶³.

Junto a todo lo anterior, se puede distinguir una última particularidad entre los casos analizados. En China, los familiares reclamaban los preembriones crioconservados de sus hijos, mientras que en los restantes supuestos se debatía acerca del destino de las células reproductoras, esperma u óvulos, de forma independiente. La disposición de aquellos supone un mayor problema al momento de decidir sobre su destino, en tanto que tienen cierta entidad específica como un ser nuevo y autónomo. En este sentido, no solo deberían tenerse en cuenta las voluntades de los titulares del material genético, sino también la necesidad de conservación o no de la vida⁶⁴.

En todo caso, no podemos olvidar que las decisiones que se tomen en relación con la libertad volitiva del causante para expresar su consentimiento, la delegación de facultades en este ámbito, así como la determinación de la filiación de los menores nacidos, tendrán innegable repercusión en el derecho de familia y en el de sucesiones. En este último, con respecto al patrimonio del difunto y las restantes partes implicadas⁶⁵. Este es otro de los motivos por el que es indispensable extremar el cuidado al momento de interpretar las normas y abordar los problemas legales existentes en la materia, dado que la voluntad de terceros podría estar supeditada a intereses más allá de la paternidad⁶⁶.

⁶² En relación con esta cuestión, es de interés el problema de la no identidad estudiado por PARFIT, 2004, en su obra *Razones y Personas*, donde desvincula la decisión sobre un hijo futuro del interés superior del menor.

⁶³ Cfr. MORGAN, MORGAN, *JAAML*, 2020, DOSTAL, UTRATA, LOYKA, BREZINOVA, SVOBODOVA, SHENFIELD., *HR* 2005, pp. 2.359-2.361, ORR, SIEGLER, *J Med Ethics*, 2002, pp. 299-303, STRONG, GRINGRICH, KUTTEH, *HR*, 2000, pp. 739-745; PENNINGS BAETENS, DE SAEDELEER, STUY, *HR*, 1997, pp. 191-192.

⁶⁴ Sobre los aspectos indicados Cfr. INIESTA DELGADO, 2007, pp. 121-128.

⁶⁵ Sobre este aspecto, Cfr. AHLUWALIA, ARORA, *IJIFM*, 2011.

⁶⁶ En este sentido, Cfr. KNAPLUND, *ALR*, 2004.

IV. BREVES INDICACIONES ACERCA DE LA REGULACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA ESPAÑOLA

Ante los tribunales españoles no se han dado supuestos de hecho como los descritos en los epígrafes anteriores. Cabe recordar que pese a que nuestra norma es una de las más antiguas (data de 1988) y flexibles a nivel europeo⁶⁷, los casos en que se permiten aplicar las técnicas de reproducción humana asistida están limitados.

Nuestra regulación específica sobre la materia prevé, para los supuestos de hecho que contempla, la existencia de consentimiento expreso e informado de las personas que recurren a los centros especializados en la utilización de este tipo de técnicas, bien con fines altruistas de donación del material genético bien al objeto de servirse de sus prestaciones. Pese a que en la norma también encontramos ciertas previsiones acerca del valor de consentimiento presunto, estas son muy residuales⁶⁸.

A los efectos del tema del que nos hemos ocupado, podemos hacer una sucinta alusión al contenido de los artículos 5, 9, 10 y 11 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida española, en adelante LTRHA. Estos artículos se dedican, respectivamente, a los donantes y contratos de donación, la premoriencia del marido, la gestación por sustitución y la crioconservación de gametos y preembriones. Aspectos que en mayor o menor medida se han tenido en consideración en los supuestos expuestos en los apartados precedentes a fin de determinar quién y cómo puede disponer de los gametos del fallecido.

En cuanto a la donación de material reproductivo, el ordenamiento jurídico español únicamente reconoce las donaciones anónimas, de carácter altruista, que se formalicen por escrito con un centro autorizado a estos fines. Solo cabe conocer la identidad del donante, con carácter excepcional, en el caso de que la vida o salud

⁶⁷ Nuestro ordenamiento permite cumplir con los deseos de maternidad más allá de la existencia de problemas biológicos (inseminación de mujeres solteras), así como es posible el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida en favor de matrimonios homosexuales entre mujeres.

⁶⁸ De acuerdo con ESCRIBANO TORTAJADA, ADC, 2016, pp. 1295 y 1296, el consentimiento del varón, en la fecundación *post mortem*, es el requisito más importante para que su pareja pueda tener descendencia común póstuma. La autora añade que es tal la importancia que le otorga la ley que, si no se presta de forma expresa y concreta, la mujer no podrá recurrir al material genético una vez fallecido su marido o pareja. Exigencia que solo queda atenuada con el reconocimiento de un consentimiento presunto, *iuris tantum*, cuando la viuda ha iniciado un proceso de reproducción asistida para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad a la muerte.

del nacido corriera peligro. En todo caso, es indispensable el consentimiento expreso del donante previamente informado. Así, nuestra Ley 14/2006 no tiene en consideración que una persona determinada pueda donar su material reproductor a otra a su elección⁶⁹, tampoco la posibilidad de que alguien otorgue ciertas facultades de decisión sobre el uso y destino de sus gametos, más allá de la familia nuclear y siempre que la unión sea heterosexual. En este sentido, el hecho de que la ley guarde silencio ante estas posibles realidades significa que quedan excluidos de su ámbito de aplicación en lugar de tratar de buscar soluciones basadas en la interpretación de sus preceptos. Ello debido a que lo principal es no poner en peligro la seguridad jurídica. Por consiguiente, en España es imposible considerar supuestos, como ocurre en derecho israelí, en los que se pretenda una elección del destinatario del esperma o los óvulos⁷⁰. De igual modo, no es posible que la familia del fallecido llegue a estrechar vínculos con la gestante donataria.

⁶⁹ Sin embargo, sí que es posible realizar donaciones de órganos, como el útero, a personas determinadas con el fin de que una mujer pueda tener un hijo propio al no poder recurrir en España a la gestación subrogada. Con todo, esta práctica no deja de ser dudosa y controvertida desde el punto de vista ético y social. Un equipo de médicos del Hospital Clinic de Barcelona ha llevado a cabo esta intervención entre dos hermanas sin contar con la autorización de la Organización Nacional de Trasplantes (ONT), solo con la autorización del comité de ética del hospital y de la Organización Catalana de Trasplantes (Aocatt). El problema de este tipo de intervenciones que han impedido dar su autorización a la OTN en otras ocasiones es que el útero no es un órgano vital, y realizar la operación entre personas vivas supone someterlas al riesgo de dos intervenciones complicadas sin necesidad, solo a fin de cumplir el deseo de una de las mujeres a ser madre. Además, a los posibles problemas surgidos durante el proceso, se han de añadir: primero, que la persona trasplantada ha de mantener un tratamiento inmunodepresión para evitar el rechazo y asumir la posibilidad de fallos naturales y, segundo, la posibilidad de que un hombre pudiera solicitar dicha operación e intentar una gestación. *Vid.* noticia en https://www.abc.es/sociedad/abci-espana-realiza-primer-trasplante-utero-donacion-vivo-entre-hermanas-202012092225_noticia.html (última consulta 02/07/2021).

⁷⁰ Lo que sí se aprecia de forma discutida por la doctrina, ante el silencio normativo, es la posibilidad de que el donante anónimo imponga condiciones respecto a las receptoras de los gametos, como si se tratara de una especificación dentro del género que permitiera acotarlo en cierta medida. *Cfr.* INIESTA DELGADO, 2007, pp. 166-170. Como señala el autor, es preciso señalar que, pese a que sea posible condicionar la elección del equipo médico por la voluntad del donante, la realización práctica de las restricciones es muy limitada. Ello no solo porque los centros, por regla general, no admitan donaciones condicionadas, sino también porque resulta complejo llevar a efecto las que se puedan admitir. En esta línea, cabe advertir que, con fecha de enero de 2020, el Comité de Bioética en España emitió un informe sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana a conocer sus orígenes biológicos. En él, se hace eco de la Recomendación (2156-2019) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre donación anónima de espermatozoides y ovocitos: sopesando los derechos de los padres, donantes y niños. Este informe, que se desarrolla en dos partes (la primera, relativa a la identidad biológica, familiar y personal, y la segunda, sobre los aspectos éticos y legales), pone en valor la realidad actual de terminar con el régimen del anonimato en las técnicas de reproducción humana asistida, en línea con lo proclamado por la versión provisional de la Recomendación (2156-2019). Caso de que así fuera, consideramos que quizá pudiera llegar a plantearse la admisión ciertos condicionantes en las donaciones.

Con respecto a la premoriencia del marido, nuestra norma reconoce la fecundación *post mortem*, pero limitada a los supuestos en que exista un vínculo entre un hombre y una mujer, ya sea matrimonial o no. Para que pueda producirse la filiación del nacido con el fallecido es necesario el consentimiento expreso del varón por medio de una de las cuatro vías que prevé la ley, cuales son: documento del centro médico, escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas⁷¹. En este caso, el esperma del fallecido deberá ser utilizado en los 12 meses siguientes al fallecimiento para fecundar a la mujer. Con todo, en el artículo se regula una presunción de consentimiento para los supuestos en que el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones, constituidos antes del fallecimiento, sin que exista declaración de voluntad del varón sobre su destino⁷². Como vemos, igual que sucede en otros ordenamientos, en España se prevé la fecundación *post mortem*, pero limitada a la relación conyugal, o de pareja estable⁷³. En concreto, únicamente la mujer podría tomar decisiones a este respecto. Por tanto, queda excluida de cualquier tipo de actuación la familia extensa.

En lo que se refiere al consentimiento, tanto expreso como presunto⁷⁴, del hombre en favor de su pareja⁷⁵, contemplado en el

⁷¹ Sobre este particular se ha pronunciado de forma reiterada la jurisprudencia: Audiencia Provincial de A Coruña de fecha 3 de noviembre de 2000 (AC\2001\183), Audiencia Provincial de Valencia en Auto de 23 de diciembre de 2003 (JUR\2004\164422), Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 16 de septiembre de 2004 (JUR\2004\292813), Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia (AC\2004\1983), Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en Auto de fecha 2 de junio de 2010 (AC\2010\1755), el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de mayo de 2011 (AC\2011\553), la misma Audiencia, en Auto de 12 de julio de 2011 (JUR\2011\373587), con apoyo en las normas del Código de Familia propio, resolución del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid, de 12 de diciembre de 2007 (AC\2011\553).

⁷² Siguiendo a RODRÍGUEZ GUTIÁN, *RBD*, 2015, pp. 312 y 313, la mayor flexibilidad de la regulación a la transferencia de preembriones, con la presunción de un consentimiento, parte de la existencia, en este supuesto, de un proceso de procreación asistida, ya iniciado en vida de ambos, que supone que el mutuo acuerdo va concretamente dirigido a la procreación, y no puede verse afectado por sobrevenir una causa imprevista cual sería el fallecimiento.

⁷³ En España, la fecundación *post mortem* también ha sido regulada por el legislador catalán en el artículo 235-8 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

⁷⁴ En opinión de FERNÁNDEZ CAMPOS, 2007, p. 331, en la inseminación *post mortem* es mejor optar por un consentimiento expreso. Sólo excepcionalmente se podría admitir un consentimiento presunto, valorando las circunstancias del caso, contando con suficientes indicios y pudiendo excusar no haber obtenido la autorización explícita. Por tanto, será muy difícil admitir voluntad presunta cuando hubiera sido posible obtener su declaración de voluntad (caso de muerte no repentina o inesperada).

⁷⁵ Sobre este punto LLEDÓ YAGÜE, 2007, p. 132, advierte que, con esta tipificación, el legislador incide en una hipótesis discriminatoria, ya que *a sensu contrario* del tenor del artículo, el varón unido por vínculo matrimonial separado *de facto* o judicialmente de su

punto segundo del artículo, la norma no indica si el consentimiento se refiere únicamente a la utilización del material reproductor conservado en un banco de esperma o también habilitaría para la extracción del esperma *post mortem* y su utilización⁷⁶. A estos efectos, es entendible que caso de existir consentimiento expreso en cualquiera de los dos términos sería posible su realización. Mayor problema, como indicamos en las reflexiones respecto de los casos extranjeros, supondría valorar y reconocer la posible interpretación del consentimiento presunto, a favor o en contra, por no existir el necesario consentimiento expreso en términos concretos, o de un consentimiento implícito, en atención a las circunstancias del caso concreto. Consentimiento este último que, como indicamos, es poco contemplado en nuestra LTRHA.

La norma tampoco prevé si la viuda seguirá teniendo capacidad de decisión respecto del destino del material reproductor de su difunto esposo o pareja, como ocurría en el derecho israelí, en caso de nuevas nupcias o sobrevenida la ruptura del vínculo conyugal⁷⁷. En este particular, sería preciso analizar las circunstancias del supuesto de hecho. De este modo, respecto al nuevo vínculo no parece que existan problemas en la fecundación siempre que hubiera consentimiento efectivo del difunto en ese sentido y pudiera quedar determinada correctamente la filiación. Sin embargo, en caso de ruptura del vínculo matrimonial, sin revocación de la voluntad positiva del difunto, cabría prestar especial cuidado a la solución adoptada en aras de no comprometer la posible voluntad real del fallecido⁷⁸. Sobre este aspecto, pudiera resultar de aplica-

cónyuge y conviviente con otra mujer, no podrá acogerse a la disposición contemplada en el precepto y su «consorte estable» (viuda de facto) no podrá acudir *ex post mortem* a la fecundación de su conviviente.

⁷⁶ Cfr. FERNÁNDEZ CAMPOS, 2007, p. 308.

⁷⁷ Existen opiniones enfrentadas en nuestra doctrina Cfr. FERNÁNDEZ CAMPOS, 2007, p. 326.

⁷⁸ PLANA ARNALDOS, 2007, p. 334, considera que es conveniente y necesaria una revocación expresa, cualquiera que sea la forma en que ésta se materialice. Ello salvo que una muerte repentina, inesperada, inmediata posterior a la crisis matrimonial, haya impedido proceder a la revocación. En este caso, es razonable afirmar con la autora que, valorando adecuadamente las circunstancias concurrentes, excepcionalmente se podría deducir que se habría revocado la autorización, o había desaparecido la voluntad que la sustentaba. Además, en mi opinión, la solución debería ser valorada distinguiendo los supuestos de disposición sobre gametos reproductores o sobre preembriones criocervados. En este último caso, la medida que se adopte beneficiará a una de las partes y perjudicará o dañará los derechos e intereses de la otra. Autorizada doctrina ha analizado los pleitos en vida de excónyuges que buscan el reconocimiento de la facultad de decisión sobre el destino de los preembriones generados durante la vigencia del matrimonio, llegando a la conclusión de que los Tribunales, en la mayoría de sus resoluciones, se decantan por anteponer el derecho de aquel que desea la destrucción o utilización de los preembriones con un fin distinto al reproductivo. Cfr. FARNÓS AMORÓS, E., 2011, pp. 227 y 228. Parece razonable afirmar con RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2013, pp. 83 y 84, que, aunque la solución dada por el legislador en el art. 9.2 de la LTRHA sea acertada, no deja de haber algunas objeciones a la presunción

ción la doctrina del Tribunal Supremo a favor de la ineficacia de las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge o pareja por crisis posterior al otorgamiento del testamento⁷⁹.

Por lo que se refiere a la gestación por sustitución, el Derecho español no la permite, aunque sí que ha habido propuestas para su regulación⁸⁰. De este modo, cualquier contrato llevado a cabo en ese sentido es nulo de pleno derecho⁸¹. Así, en caso de que se llegara a valorar en algún momento la voluntad del difunto en relación con las facultades de disposición de su material reproductor respecto a terceros, con la regulación actual sería necesario recurrir al denominado turismo reproductivo⁸², de manera que, como hemos señalado con anterioridad, existiría un riesgo de cometer

del consentimiento, siendo la más importante el hecho de que, aunque una persona haya prestado su consentimiento para la fecundación *in vitro* o para la transferencia de embriones a su mujer, ello no implica que de haber sabido que iba a fallecer, hubiera deseado que un hijo suyo naciera en tales circunstancias. Criterio que la misma autora reitera en su trabajo de 2015, p. 311. Adoptar una solución única en estos supuestos, a favor o en contra de la procreación *post mortem*, puede derivar en resultados perjudiciales para las partes implicadas, ya que el nacimiento del menor y el reconocimiento de su filiación con el difunto incide en el ámbito de familia y el sucesorio.

⁷⁹ El Alto Tribunal, en la STS 531/2018, de 26 de septiembre (Roj: STS 3378/2018), y la STS 539/2018, de 28 de septiembre (Roj: STS 3263/2018), se pronunció a favor de la ineficacia de la institución como legatario o heredero de la pareja del testador, al momento de la apertura de la sucesión, por circunstancias sobrevenidas en el ámbito de su relación, unidos bien de hecho bien por vínculo matrimonial. En ambas resoluciones, el Tribunal Supremo, ante la ausencia de una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador en el Código Civil, con apoyo en una parte autorizada de la doctrina, considera de aplicación lo dispuesto en el artículo 767 CC. Afirmación que se sustenta en la identidad de razón que existe entre los llamados casos de imprevisión y los supuestos recogidos en el citado precepto legal. A estos efectos, se argumenta que, conforme al artículo 675 CC, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Voluntad real cuya determinación no se ve impedida por la literalidad del artículo 767.1 CC, ya que la condición de pareja o esposo fue la razón concluyente de la voluntad del testador. Sobre este particular, *vid.* ZUBERO QUINTANILLA, RDC, 2021, pp. 147-191

⁸⁰ En 2007 fue presentada en el Congreso la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación por el grupo parlamentario ciudadanos. Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG 12 B-145-1). Siguiendo a GARCÍA RUBIO, HERRERO OVIEDO, ACFS, 2018, pp. 67-89, que respecto a la maternidad subrogada no puede darse una respuesta general y apriorística y, mucho menos, en términos dilemáticos de sí o no. A estos efectos, las autoras dan una serie de pautas sobre las que afrontar una regulación de la maternidad subrogada que, introduciendo una serie de salvaguardas y tutelas, conduzca a unos resultados más coherentes que los derivados de una categórica prohibición de estos contratos.

⁸¹ Siguiendo a ABELLÁN, SÁNCHEZ-CARO, 2009, pp. 214-215, en los países de nuestro entorno, como regla general, se prohíbe la gestación subrogada, a excepción de Reino Unido, que se acepta con intervención judicial. El país por excelencia en este tipo de prácticas en Estados Unidos, donde se encuentra muy extendida y existen numerosas agencias de intermediación, especialmente en California. Para saber más sobre esta práctica en derecho comparado, véase, entre otros, el estudio monográfico de DÍAZ ROMERO, M. R., 2018, pp. 59-87.

⁸² La regulación dispar de los contratos de gestación por subrogación en los diferentes países, unida a un proceso creciente de globalización que alcanza al ámbito sanitario y al jurídico, concretado en la evolución del Derecho de familia hacia la asunción de nuevos modelos familiares y de filiación ha propiciado una realidad hoy innegable, cual es el llamado turismo reproductivo. *Cfr.* LAMM, *InDret* 2012, pp. 21-22, GARCÍA AMEZ, J. MARÍN AYALA, M., *DS*, 2017, pp. 200-208.

fraudes legales. Con todo, dada la situación actual, es cierto que lo afirmado no impide que nacionales españoles viajen a otros países donde sí está permitida la realización de este tipo de prácticas y posteriormente regresen a nuestro país, lo que provoca graves problemas en el reconocimiento de la filiación respecto de los progenitores españoles (padres de intención)⁸³.

Por último, en relación con la crioconservación de gametos y preembriones, el punto 4 del artículo 11 señala sus posibles destinos: la utilización por la propia mujer y su cónyuge, la donación con fines reproductivos, la donación con fines de investigación y el cese de su conservación sin otra utilización. En todos los casos, para su uso es necesario un consentimiento expreso previamente informado. Igual que en los otros supuestos, quedan excluidas de su letra cualquier tipo de disposición a favor de otras personas.

En cuanto a los destinos previstos en el contenido del precepto, cabe hacer una pequeña consideración con relación a «*su utiliza-*

⁸³ El origen del conflicto jurídico en esta materia parte de la resolución adoptada por la Dirección General de los Registros y el Notariado, de 2009, que tenía por objeto dejar sin efecto la denegación, del Registro Civil consular español en los Ángeles, de la inscripción de la filiación de dos mellizos nacidos mediante gestación subrogada. A estos efectos, la resolución de la DGRN consideró inaplicable la LTRHA al entender que no se trataba de decidir el derecho aplicable a la filiación sino de precisar si una vez determinada, en virtud de certificación extranjera, podía ser reconocida mediante su acceso al Registro Civil. Por dicho motivo, apeló al interés superior del menor y a la necesidad de proteger la voluntad de las partes intervinientes, afirmando que la certificación registral extranjera no vulnera el orden público internacional español. Criterio de la DGRN matizado por la Instrucción aprobada por dicho organismo, en 2010, que concretaba lo requisitos necesarios para el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero por medio de esta práctica. Por el contrario, el Tribunal Supremo, en STS de 6 de febrero de 2014 (JUR 247, 2014), reiterando las resoluciones judiciales que se oponían a la inscripción en el Registro Civil dictadas por el Juzgado de primera instancia n.º15 de Valencia (2010), y por la Audiencia Provincial de Valencia (2011), con ocasión del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de 2009, falló negando la inscripción registral. Sus fundamentos se centraron en la infracción del orden público español, al entender que la resolución de la DGRN no respetaba la legalidad de la LTRHA, así como que el interés superior del menor, en el que basó aquella, no podía conseguirse infringiendo la norma, máxime cuando la propia Ley establece vías adecuadas para inscribir la filiación de menores -reclamación de la paternidad biológica y trámites para la adopción por quien no tenga vinculación genética con el nacido-. A juicio del Tribunal Supremo, las actuaciones de la DGRN representarían un fraude de ley al partir de contratos declarados nulos de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Ante los persistentes problemas de nacimientos en el extranjero, se publicó una nueva Instrucción de la DGRN en febrero de 2019, sobre *actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*. En ella se dejó sin efecto otra Instrucción de 14 de febrero de 2019 y se dice que las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme, y dotada de *exequatur*, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Consecuencia de ello es que vuelve a estar operativa la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y, en su virtud, se mantienen vigentes las posturas doctrinales enfrentadas. Sobre estas cuestiones, relacionadas con los efectos de la gestación subrogada en España, me ocupo en otros trabajos como: ZUBERO QUINTANILLA, 2019, pp. 799-818 y ZUBERO QUINTANILLA, AJA, 2008, pp. 226-252.

ción por la propia mujer o su cónyuge». Por un lado, con el término cónyuge, parece que se excluye directamente a la pareja en sentido estricto, aunque de la lectura del resto de su contenido, así como de otros preceptos de la Ley, se puede deducir lo contrario⁸⁴. Además, tras la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, este precepto reconoce, en este ámbito específico, ciertos derechos a las parejas homosexuales. A estos efectos, la disposición *inter vivos* del esperma, óvulos o preembriones, por un hombre, para con su mujer, o de una mujer, para consigo misma o su esposa, no plantea problema. Sin embargo, en el caso de la disposición *mortis causa* resultaría más controvertido. Pese a que el artículo 7.3 de la LTRHA reconoce que «*cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge*», el artículo 9 del mismo cuerpo legal únicamente habla de la del marido y en su tenor literal se refiere al consentimiento del varón, por lo que la premoriencia de la mujer con respecto de su esposa en un matrimonio homosexual, no estaría permitida. Sin embargo, el artículo 11.4 LTRHA, como hemos indicado al comienzo del presente párrafo, se refiere a la «*utilización por la propia mujer o su cónyuge*». En este particular parece razonable reconocer, en tanto que en los matrimonios formados por dos mujeres puede producirse una disposición del material genético de una en favor de la otra, las posibilidades naturales de gestar por parte de la cónyuge superviviente en caso de fallecimiento de su pareja deberían ser igualmente reconocidas⁸⁵. Ahora bien, la solución no puede ser equivalente cuando el cónyuge superviviente, tanto en una relación heterosexual como homosexual,

⁸⁴ Como indica PLANA ARNALDOS, 2007, p. 416, llama la atención que la ley se refiera al cónyuge en lugar de a la pareja, dejando fuera, en principio, al conviviente de hecho. No obstante, como señala la autora, esta conclusión no tiene sentido toda vez que, en otros preceptos de la ley, así como en el propio artículo 11, se iguala al cónyuge y al conviviente. Para GUTIÉRREZ BARRENENGOA, MONJE BALMASEDA, 2007, p. 180, el legislador incide en un error al ignorar las distintas leyes de parejas de hecho de las Comunidades autónomas. En opinión de los autores, se trata de un error del legislador y no una discriminación *odiosa sunt estringenda*, por ir en contra de la institución del matrimonio.

⁸⁵ A estos efectos, Cfr. PLANA ARNALDOS, 2007, p. 416. En opinión de RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Oñati Socio-legal Series*, 2017, pp. 199 y 200, en aquellos ordenamientos que, como el español, admiten la doble maternidad en las técnicas de reproducción humana asistida como la reproducción artificial *post mortem*, no se entiende bien, siguiendo una lógica coherencia jurídica, la exclusión de la segunda hipótesis a matrimonios y parejas de mujeres, subyaciendo seguramente detrás de esta negativa la exigencia de que exista una mínima vinculación del niño nacido con la persona fallecida. Añade que siempre podría mantenerse esa vinculación en el caso que el óvulo fecundado que se implanta en la superviviente pertenezca genéticamente a la mujer fallecida.

fuera el hombre. En estos casos, para poder llevar un embarazo a término sería necesario recurrir a la gestación subrogada. Contrato que, recordemos es declarado nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

De la breve exposición que antecede podemos constatar, con carácter general, la importancia del consentimiento expreso informado del titular del material reproductor a la que nos referimos al inicio, así como el reconocimiento particular de la presunción del consentimiento para el caso concreto de que el hombre no hubiera dejado constancia de su intención antes de morir, pero que puede suponerse realizado al haber estado sometido, tanto él como su pareja, a un proceso de reproducción asistida y existieran preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento. Así, la solución varía en atención a que se pretenda un reconocimiento de derechos sobre células reproductora de forma separada o cuando ya se encuentren unidas. En este último caso, tienen cierta entidad específica como un ser nuevo y autónomo⁸⁶.

Como hemos podido comprobar de las consideraciones del presente apartado, las disposiciones sobre el material reproductor de una persona, fuera de los casos previstos en la norma española, no caben. Por consiguiente, por lo que respecta a posibles declaraciones que un particular quisiera incorporar en un documento como el testamento, que ha de ser redactado por un fedatario público, este último, en virtud de la función notarial que implica un asesoramiento formal y legal, ha de informarle de manera que se evite incorporar cláusulas que pudieran resultar conflictivas⁸⁷. Que los procesos médicos lo permitan o que se reconozca una mayor libertad de testar a las personas, no puede justificar un cambio en la

⁸⁶ En este sentido, han de tomarse en consideración no solo las voluntades de los titulares del material genético, sino también la necesidad de conservación o no de la vida. Sobre los aspectos indicados Cfr: INIESTA DELGADO, 2007, pp. 121-128.

⁸⁷ El asesoramiento del notario encuentra su amparo legal en la propia ley del notariado de 28 de mayo de 1862 en cuyo artículo 24, párrafo segundo, se dice: «... *Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas...*». Cuestión esta que no se ve afectada por las consideraciones del Tribunal Supremo en sus sentencias de fechas 20 de mayo de 2008 (Roj 2176/2008) y 7 de marzo de 2016 (Roj 782/2016), pues en ellas el objeto de discusión es un propio control de legalidad del contenido material. Ello habida cuenta de la naturaleza reglamentaria y no legal de la norma que lo contemplaba. En todo caso, y en relación con el control de legalidad, pese a lo manifestado en ambas sentencias, RODRÍGUEZ ANDRADOS, *ENSXXI*, 2008, opina que, aunque es cierto, como dice la Sentencia, que el control de legalidad no se utiliza por la Ley del Notariado, señala que sí se usa en la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, sobre régimen disciplinario de los notarios. En concreto, su art. 43 califica de infracción grave «las conductas que impidan prestar las obligaciones de control de legalidad que la legislación atribuye a los Notarios»; por lo tanto, si se sanciona esta infracción significa que el notario tiene obligación de controlar la legalidad.

actuación de nuestros tribunales o una modificación en la norma que pueda poner en peligro la seguridad jurídica. Las decisiones en este aspecto son muy sensibles, dadas las implicaciones bioéticas que conllevan⁸⁸ y es por ello por lo que se han de fijar ciertos límites en el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Asimismo, se evidencia la dificultad de superar, a nivel normativo, el carácter personalísimo del consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Este hecho obstaculiza delegar tal decisión personal en terceros, aun con la existencia de una clara voluntad favorable del titular del material genético, a su disposición *post mortem* por aquellos⁸⁹.

Con todo, los mayores problemas ante los que nos enfrentamos se encuentran en las actuaciones de las personas, las cuales pueden llegar a defraudar el contenido de las normas en tanto que, pese a las restricciones impuestas en sus ordenamientos jurídicos, salen de sus fronteras para poder ejecutar su voluntad en otros países más permisivos⁹⁰. Si bien es reseñable lo utópico de tratar de configurar medidas uniformes.

⁸⁸ El Comité de Bioética de España se pronunció sobre los aspectos éticos y jurídicos de la gestación subrogada, en un informe emitido el 19 de mayo de 2017. En lo que se refiere a las cuestiones de índole ético, presta especial atención a las personas que resultan más afectadas, cuales son la mujer portadora y el niño. En relación con la mujer, con independencia de la forma de gestación subrogada que se adopte (altruista o comercial), se evidencia un conflicto de intereses entre la gestante y los comitentes que puede llevar a inaceptables formas de explotación de las mujeres. Circunstancia que, de acuerdo con el Comité, no permitirían justificar situaciones especiales en las que esta forma de gestación pudiera resultar lícita. En lo que se refiere al interés superior del menor, la disyuntiva de la que se parte es saber si es la gestación o la voluntad reproductiva la que proporciona las condiciones más adecuadas para ser padres y asumir las responsabilidades sobre los hijos. En opinión del Comité, la importancia de la gestación en el proceso reproductivo y en la vida del ser humano no debe relativizarse, por lo que el vínculo biológico debe protegerse. Por ello, y a fin de evitar potenciales riesgos sobre el hijo (tráfico de niños, su cosificación y la de la propia reproducción), defiende la prohibición legal existente en España como fórmula, que, en el momento actual, garantiza de una mejor manera la seguridad jurídica del niño y la no explotación de la mujer.

⁸⁹ Siguiendo a FARNÓS AMORÓS, E., 2011, pp. 64 a 67, la intimidad y la libertad, fundamentos esenciales de las decisiones procreativas, son derechos negativos, que impiden que los terceros, incluido el Estado, interfieran en su ejercicio por parte de los individuos. Añade que de la jurisprudencia se desprende que las decisiones procreativas tienen una vertiente positiva, consistente en la decisión del individuo de tener hijos, y una vertiente negativa que incluye la decisión de no tenerlos. Por ello, en su opinión, la localización de las decisiones procreativas en el ámbito de la intimidad y la libertad comporta un derecho negativo a su respeto y evita las injerencias que puedan perturbar su goce.

⁹⁰ Los centros responsables de conservar células reproductivas o preembriones en España pueden autorizar su traslado a otros centros dentro del propio país o del extranjero, si bien será necesario cumplir los requisitos previstos tanto en la LTRHA, como en el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos y el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida. En cualquier caso, conforme a lo dispuesto en el

V. CONCLUSIÓN

La posibilidad de decisión sobre el destino del material reproductor, como en los supuestos valorados en el trabajo, se tiene en consideración, con carácter general, ante enfermedades terminales o en aquellas en que se necesita de un tratamiento que puede afectar a la fertilidad del titular de los gametos. Por dicho motivo, las declaraciones de voluntad a este respecto suelen constar en documentos pre-redactados expedidos por las clínicas especializadas u hospitales en lugar de otros documentos que contienen disposiciones de voluntad, como podrían ser los testamentos.

A todos los fines, es reseñable y cotejable la dificultad que supone el reconocimiento de la voluntad presunta o implícita del causante. La interpretación que se realice sobre ella puede derivar en injustos irremediables respecto del interesado o terceros, como su pareja o el propio nacido. El establecimiento de presunciones o el reconocimiento de la voluntad implícita solo debería contemplarse a través de hechos o pruebas demostrables y viables, como la reconocida en la LTRHA en favor del cónyuge superviviente cuando hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. Con todo, incluso esta presunción puede ser cuestionable, como sucedería en caso de que sobreviniera una crisis matrimonial o de pareja, en tanto que la persona beneficiaria de la presunción ya no cumpliría con la condición establecida en la norma. Afirmación que también debería ser tenida en consideración, en los mismos supuestos, ante declaraciones expresas de voluntad que el difunto no hubiera podido revocar, producida dicha crisis, a causa de un fallecimiento repentino.

De cualquier forma, no todas las normas terminan de ser claras y ello puede dar lugar a que se produzcan actos en fraude de ley. En consecuencia, deberían impedirse en cualquier caso ciertas actuaciones como aquellas que tuvieran por fin trasladar células reproductoras o preembriones a otros lugares si con ello se pretende actuar en contra de lo dispuesto en las disposiciones legislativas. De este modo, quedaría prohibido el uso de células reproductoras o de preembriones si el fin último fuera iniciar un proceso como la gestación subrogada. La libertad o facilidades otorgadas en este aspecto podrían derivar en el incremento de la realización de prác-

artículo 6.4 de nuestro Código Civil: «... 4. Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

ticas no contempladas por algunos ordenamientos jurídicos en otros países que sí las regulan. No debemos olvidar que, pese a las prohibiciones expresas previstas en las normas, la actitud de las personas, al objeto de cumplir con su voluntad, sigue poniendo en peligro la seguridad jurídica dada la fácil movilidad entre países. Ante los hechos constatables, serían necesarios mecanismos de control que impidiesen a los nacionales realizar prácticas que se consideran prohibidas en sus países de origen.

Por todo lo expuesto, como venimos señalando, sería adecuado realizar ajustes normativos que atendieran mejor a los valores sociales y éticos, no solo a los jurídicos, sin desconocer la realidad de un mundo globalizado, donde la concurrencia de marcos jurídicos diferentes y la libertad de movimiento facilitan actividades promovidas por los nacionales no amparadas en sus respectivos ordenamientos. Ello provoca situaciones de hecho que la norma no puede eludir, a fin de impedir soluciones que, si no en fraude de ley, sí puedan calificarse de poco congruentes y con el objetivo de garantizar una mayor seguridad jurídica en su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, Fernando, SÁNCHEZ-CARO, Javier: *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*, Granada, 2009.
- AHLUWALIA, Usha; ARORA, Mala: «Posthumous Reproduction and Its Legal Perspective», *International Journal of Infertility and Fetal Medicine*, vol. 2, n.º 1, 2011, pp. 9-14.
- ALKORTA IDIAKEZ, Itziar: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*, Navarra, 2003.
- BAIRD, Kelsey: «Dead Body, Surviving Interests: The Role of Consent in the Posthumous Use of Sperm Kelsey Baird», 2018. Disponible en <https://www.otago.ac.nz/law/otago710999.pdf> (consultado 02/07/2021).
- BARDALE, Rajesh: «Birth after death: questions about posthumous sperm retrieval», *Indian Journal of Medical Ethics*, vol. III, n.º 4, October-December, 2006, pp. 122-123.
- BATZER, Frances R., HURWITZ, Joshua M., CAPLAN, Arthur: «Postmortem parenthood and the need for a protocol with posthumous sperm procurement», *Fertility And Sterility*, vol. 79, n.º 6, junio, 2003, pp. 1263-1269.
- BLOOD, Diane: *Flesh and Blood. The Human Story Behind the Headlines*, Edinburg and London, 2004.
- COLLINS, Rebecca, «Posthumous Reproduction and the Presumption Against Consent in Cases of Death Caused by Sudden Trauma», *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 30, issue 4, 2005, pp. 431-442.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Comentario jurídico al art. 1 LTRHA», en *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, dir. jurídico Francisco Lledó Yagüe, dir. científico Carmen Ochoa Marieta, Madrid, 2007, pp. 59-67.

- DÍAZ ROMERO, María del Rosario: *Autonomía de la voluntad y contrato de gestación subrogada: efectos jurídicos*, Navarra, 2018.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «Comentario jurídico al artículo 5», en *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, dir. jurídico Francisco Lledó Yagüe, dir. científico Carmen Ochoa Marieta, Madrid, 2007, pp. 104-110.
- DING, Chunyan, «Surrogacy litigation in China and beyond», *Journal of Law and the Biosciences*, Volume 2, Issue 1, 2015, pp. 33-55.
- DOSTAL, J., UTRATA, R., LOYKA, S., BREZINOVA, J., SVOBODOVA, M., SHENFIELD, F.: «Post-mortem sperm retrieval in new European Union countries: Case report», *Human Reproduction*, vol. 20, Issue 8, 2005, pp. 2.359-2.361.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, fasc. IV, 2016, pp. 1259-1320.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: *Consentimiento a la reproducción humana asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona, 2011.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «Artículo 9. Premoriencia del marido», en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, dir. José Antonio Cobacho Gómez, Navarra, 2007, pp. 305-352.
- GARCÍA AMEZ, Javier, MARTÍN AYALA, María, «Turismo reproductivo y maternidad subrogada», *DS: Derecho y salud*, Vol. 27, 2017, pp. 200-208.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, HERRERO OVIEDO, Margarita: «Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2018, pp. 67-89.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: *Determinación de la filiación en el Código de familia de Cataluña*, Valencia, 2003.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *El Derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994.
- GUTIÉRREZ BARRENGOIA, Ainhoa; MONJE BALMASEDA, Óscar: «Comentario jurídico al artículo 11», en *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, dir. jurídico Francisco Lledó Yagüe, dir. científico Carmen Ochoa Marieta, Madrid, 2007, pp. 174-187.
- INIESTA DELGADO, Juan José, «Artículo 5. Donantes y contratos de donación», en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, dir. José Antonio Cobacho Gómez, Navarra, 2007, pp. 105-177.
- JARUFE CONTRERAS, Daniela: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción «versus» técnicas de reproducción humana asistida*, Madrid, 2013.
- KNAPLUND, Kristine S.: «Postmortem conception and a father's last will», *Arizona Law Review*, vol. 46, 2004, pp. 91-115.
- LAMM, Eleonora: «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho», *InDret Revista para el análisis del derecho*, n.º 3, 2012, pp. 21-22
- LANDAU, Ruth: «Posthumous sperm retrieval for the purpose of later insemination or IVF in Israel: An ethical and psychosocial critique», *Human Reproduction*, vol. 19, n.º 9, 2004, pp. 1952-1956.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco: «Comentario jurídico al artículo 9» en *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, dir. jurídico Francisco Lledó Yagüe, dir. científico Carmen Ochoa Marieta, Madrid, 2007, pp. 126-156.

- MORGAN, Laura, MORGAN, Hannah: «The Legal and Medical Ethics of Post-Mortem Sperm Retrieval on Behalf of Grandparents», *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 2020, pp. 67-98.
- ORR, Robert D., SIEGLER, Mark: «Is posthumous semen retrieval ethically permissible?», *J Med Ethics*, 2002, pp. 299-302.
- PARFIT, Derek: *Razones y personas*, Madrid, 2004.
- PEART, Nicola: «Life beyond death: regulating posthumous reproduction in New Zealand», *Victoria University of Wellington Law Review*, 46 (3), 2015, pp. 725-754.
- PENNINGS, Guido, BAETENS, Patricia, DE SAEDELEER, V., STUY Johan: «An ethical analysis of post-mortem insemination», *Human Reproduction*, 1997, pp. 191-192.
- PENNINGS Guido *et al.*: «ESHRE Task Force on Ethics and Law 11: Posthumous assisted reproduction», *Human Reproduction*, vol. 21, n.º 12, 2006, pp. 3050-3053.
- PLANA ARNALDOS, María del Carmen: «Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones», en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, dir. José Antonio Cobacho Gómez, Navarra, 2007, pp. 397-434.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «El control notarial de la legalidad y STS de 20.5.2008», *El notario del siglo XXI*, 2008. Disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-20/1924-el-control-notarial-de-legalidad-y-la-sts-de-20-5-2008-0-6960742377639508> (última consulta 02/07/2021).
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: *Reproducción artificial post mortem*, Valencia, 2013.
- «La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico», *Revista boliviana de derecho*, n.º 20, 2015, pp. 292-323.
- «Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial Post Mortem», *Oñati Socio-legal Series*, vol. 7, n.º 1, 2017, pp. 179-204.
- SERNA MEROÑO, Encarnación: «Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 26, 2012, pp. 273-307.
- SIKARY ASIT, K., MURTY, O. P., BARDALE Rajesh, V.: «Postmortem sperm retrieval in context of developing countries of Indian subcontinent», *Journal Of Human Reproductive Sciences*, abril-junio, 2016. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4915290/> (última consulta 02/07/2021).
- SIMANA, Shelly: «Creating life after death: should posthumous reproduction be legally permissible without the deceased's prior consent?», *Journal of Law and the Biosciences*, agosto, 2018, pp. 329-354.
- STRONG, Carson, GRINGRICH, Jeffrey R., KUTTEH, William H.: «Ethics of post-mortem sperm retrieval», *Human Reproduction*, 2000, pp. 739-745.
- TREMELLEN, Kelton, SAVULESCU, Julian: «A discussion supporting presumed consent for posthumous sperm procurement and conception», en *Reproductive BioMedicine Online*, n.º 30, 2015, pp. 6-13
- TUMRAM, Nilesh K., BARDALE, Rajesh V.: «Postmortem Sperm Retrieval and Assited Reproduction: Issues without Solutions?» *Araba Journal of Forensic Sciences and Forensic Medicine*, vol. 1, Issue 9, 2019, pp. 1.223-1.231.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, 2012.
- WESTREICH, Avishalom: *Assisted Reproduction in Israel. Law, Religion and Culture*, Boston, 2016.

- «Present-day posthumous reproduction and traditional levirate marriage: two types of interactions», *Journal of Law and the Biosciences*, Volume 5, Issue 3, 2019, pp. 759-785.
- YOUNG, Hilary: «Presuming Consent to Posthumous Reproduction», *Journal of Law and Health*, 2014, pp. 67-97.
- ZHANG, Laney: «A Legal Battle Over Frozen Embryos in China», 2018, en <https://blogs.loc.gov/law/2018/07/a-legal-battle-over-frozen-embryos-in-china/> (última consulta 02/07/2021).
- ZUBERO QUINTANILLA, Sara: «Efectos jurídicos de los contratos de maternidad subrogada internacional en España», *Actualidad Jurídica Americana*, 2008, pp. 226-252.
- «La autonomía de la voluntad frente a la imperatividad de las normas en el ámbito de Derecho de familia: la maternidad subrogada», en *Mujer, maternidad y Derecho*, dir. María Paz García Rubio, 2019, pp. 799-818.
- «Revocación del consentimiento prestado por el causante a la reproducción post mortem tras la ruptura del vínculo matrimonial», en *Revista de Derecho Civil*, vol. III, n.º 2, 2021, pp. 147-191.

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: *Recargas y novaciones hipotecarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2020, 486 pp.

El régimen jurídico de la hipoteca inmobiliaria ha sufrido muchas reformas desde la primera Ley Hipotecaria de 1861. Estos cambios no han determinado alteración alguna de la parca regulación de la materia en el Código civil, pero generalmente sí han tenido, al menos, cumplido reflejo en la Ley hipotecaria o en su Reglamento. El legislador, junto con la jurisprudencia, han provocado, como señala Gorka Galicia en el prólogo de este libro, un proceso de «progresivo horadamiento» del modelo español, en aras de una mayor funcionalidad de la hipoteca. Pero este proceso de flexibilización, lejos de desenvolverse de manera sistemática y con la claridad exigible a una institución de esencial importancia, se ha ido produciendo a remolque de retoques parciales, sin excesiva preocupación por su impronta sobre los principios básicos que han caracterizado a la hipoteca, y que siguen presentes en la mayoría de las normas que componen la institución.

La monografía de Sandra Castellanos Cámara toma como punto de partida las novedades introducidas por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. El foco no se proyecta sobre figuras que hasta entonces eran de discutible acomodo, como la denominada hipoteca flotante que dicha ley regula mediante la incorporación del art. 153 bis LH. La *ocasio* de la investigación está representada más bien por el art. 4 de la Ley 2/1994, de 39 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, tanto en su versión originaria, como en la nueva redacción de 2007. El precepto se refiere a las diversas modificaciones que las partes pueden introducir en los préstamos hipotecarios y su trascendencia sobre el rango de la hipoteca ya inscrita. Las novedades dispuestas por el legislador conectan *prima facie* la conservación de dicho rango –con la prioridad y preferencia frente a titulares de rango posterior y frente a otros acreedores del deudor– con la calificación de aquellos cambios como *novación modificativa*. Se incluye en este grupo de modificaciones, entre otras, la denominada ampliación del capital de un préstamo hipotecario preexistente, hasta el límite de la cantidad originaria y previamente amortizada de modo parcial.

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

El mentado art. 4 de la Ley 2/1994 tiene, sin embargo, oscura redacción y ha provocado distintas interpretaciones, tanto en la doctrina de los autores, como en la de la DGRN. Para algunos, a través de esta norma se estaría admitiendo en nuestro sistema la denominada *recarga* de la hipoteca ya inscrita a través de aquella ampliación de capital, de modo que conserva el rango que tenía y la proyecta sobre el nuevo importe, cobijado bajo la hipoteca originaria merced al hueco que habría dejado la minoración de la deuda inicial. La doctrina de la Dirección General rechazó en un primer momento esa «ingeniosa construcción» que posibilitaba la configuración de la hipoteca ordinaria como hipoteca recargable, siempre que no se hubiere sobrepasado la cifra inicial de responsabilidad hipotecaria. En 2015, empero, se produce el «giro copernicano» de su criterio, reiterado en 2017, que le permite sostener, como expresa la Dra. Castellanos, la posibilidad de recarga de la hipoteca cuando la suma de la deuda todavía no satisfecha y la nueva no excedan del importe total que cubría la hipoteca por razón de la obligación original. Efecto que, conforme al rumbo que parece haber tomado la doctrina de la Dirección General, podrá conseguirse sin necesidad de que consentan los terceros que hubieren adquirido derechos sobre la finca hipotecada antes de aquella ampliación. Es posible que este resultado corresponda a la intención del legislador al elaborar en el año 2007 el nuevo texto del art. 4 de la Ley 2/1994. Lo que no es de recibo es que esta honda transformación en el régimen jurídico de una hipoteca constituida *ab initio* en garantía de una determinada e identificada obligación se realice a través de un precepto que, como con acierto destaca el profesor Galicia en el prólogo, es de «oscuro y confuso enunciado» y susceptible de interpretación distinta a la que últimamente le otorga el Centro Directivo. Más aún, a través de la investigación desarrollada por Sandra Castellanos, se irán manifestando las implicaciones de esta orientación, el desajuste con los principios básicos que siguen informado la regulación, así como las incoherencias con las normas que protegen los intereses, tanto de terceros interesados en la finca hipotecada (especialmente el art. 144 LH), como del propio deudor hipotecante.

Con estas premisas, la obra acomete, en las precisas e inmejorables palabras de Gorka Galicia, una «honda e ímproba investigación en una doble vertiente, la cual se corresponde con los dos dilemas elementales que plantea la recarga: en primer lugar, y desde la perspectiva real, analiza hasta qué punto es esta compatible con los principios estructurales del derecho de hipoteca y con aquellos que informan nuestro ordenamiento inmobiliario registral; y, en segundo lugar, y desde el punto de vista obligacional, examina si el planteamiento sobre el que descansa la figura, que consiste en entender que la ampliación de capital es una «novación modificativa» del contrato de préstamo, es conforme con la realidad de tal institución, o sea, con el régimen de la novación contenido en los arts. 1203 a 1213 de nuestro Código civil».

El libro se divide en cuatro capítulos. Los dos primeros profundizan en la perspectiva del derecho real de hipoteca, el tercero se dedica a la disciplina de la novación y en el último, contando ya con el bagaje técnico que proporcionan los capítulos anteriores, se analizan con detalle las modificaciones que se pueden introducir en el préstamo hipotecario, merced a lo previsto en el art. 4 de la Ley 2/1994, y la incidencia de aquellas en el rango de la hipoteca inscrita.

El primer capítulo aborda la denominada flexibilización de los principios hipotecarios para desentrañar su verdadero alcance. Se examinan aquí los principios de publicidad y especialidad, sin duda «los cimientos de nuestro

actual sistema hipotecario», así como el carácter accesorio del derecho real de hipoteca. Se recorre el desenvolvimiento de estos principios desde la primera Ley hipotecaria y los rasgos generales de la evolución posterior para atender necesidades de la práctica. Se realiza un detallado análisis de la doctrina de la DGRN (antes de la Ley 41/2007) en torno a la hipoteca flotante, la hipoteca constituida en garantía de lo que en la jerga bancaria se denomina crédito abierto, así como el rechazo de una «ingeniosa construcción» que pretendía subsumir la nueva entrega de capital en la garantía hipotecaria ya constituida, a pesar de la presencia de terceros que pudieran resultar perjudicados. En este extenso análisis, la autora no escamita esfuerzos para profundizar especialmente en el significado de la accesoriedad, entendida como «subordinación de la garantía al crédito para cuya seguridad se ha constituido», sin que convenza limitar su trascendencia al momento de la ejecución. De ahí que aborde con solvencia los principales escenarios en los que tal característica parece quebrar, como son, entre otros, el de la persistencia del reflejo registral de la garantía en tanto no sea cancelada la hipoteca y aunque el crédito ya se haya pagado; o el problema de la prescripción de la acción hipotecaria, con plazo distinto al establecido para la prescripción extintiva de la acción para exigir el pago del crédito garantizado. En cuanto al principio de especialidad, y de acuerdo con la perspectiva inicial de la Ley Hipotecaria de 1861 y todavía presente, se señala con acierto que, en la hipótesis de una hipoteca de tráfico u ordinaria, frente a terceros (poseedores o acreedores) y frente al propio hipotecante, se requiere la identificación de la obligación garantizada, sin que la garantía pueda configurarse como una cifra abstracta de responsabilidad, desligada de aquella en su nacimiento y vicisitudes posteriores.

Sentadas así las bases fundamentales del sistema, el Capítulo II pasa a ocuparse de las nuevas figuras hipotecarias introducidas por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que, al dar nueva redacción al art. 4 de la Ley 2/1994, suministra el apoyo para admitir la hipoteca recargable en nuestro sistema. Una regulación confusa que se nutre, además, de lo dispuesto en la disposición transitoria única de la Ley 41/2007, relativa a la ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita. La oscuridad ha provocado distintas interpretaciones de la DGRN, y no sería hasta la Resolución de 14 de mayo de 2015, reiterada por la de 19 de septiembre de 2017, cuando admitió la recarga de la hipoteca con la nueva entrega de capital, siempre que no se exceda el importe inicial de la responsabilidad hipotecaria. Las lecturas de la doctrina también han sido variadas. Mientras que algunos autores se muestran favorables a esa recarga, con el límite de la responsabilidad máxima inicial, por otros se critica la atribución de categoría conceptual autónoma a la responsabilidad hipotecaria, escindiéndola de la obligación garantizada. Las reservas de rango no están admitidas en nuestro ordenamiento y una alteración de tal magnitud hubiera requerido la reforma del Código civil o de la Ley Hipotecaria. En las hipotecas de tráfico, señala Sandra Castellanos, la ampliación de capital conlleva siempre un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, ya que esta última se reduce por sí sola y como consecuencia del principio de accesoriedad, al son de los pagos parciales realizados por el deudor. En la línea preconizada por Domínguez Luelmo, solo sería procedente la recarga cuando así se hubiere previsto en el instante de la constitución de la garantía, mediante la fijación de una cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, superior a la del importe de la obligación garantizada, en previsión de un posible aumento de la deuda inicial.

Se realiza a continuación un exhaustivo estudio de la figura de la hipoteca recargable y de sus elementos, que compara con la regulación introducida en el *Code Napoléon*. Al ahondar en los aspectos subjetivos, objetivos y en el elemento temporal, se acrecientan las dudas provocadas por la parca y fragmentaria regulación española. Así, por ejemplo, y en cuanto a los sujetos, lo que se presentaba, al parecer, como una operación que podría impulsar el consumo y abaratar el crédito, encierra innegables peligros para el hipotecante deudor; de ahí que, en Francia, desde el año 2015, se limita el ámbito de aplicación a deudores profesionales. El elemento temporal plantea ulteriores problemas. Uno ligado a la posibilidad en sí de la recarga, cuando nada se hubiera dicho en la escritura de constitución de la hipoteca originaria. Otro, relativo al periodo durante el cual puede practicarse la recarga, susceptible igualmente de diversas interpretaciones, tanto en la doctrina como en la doctrina de la DGRN. El examen de esta figura y sus implicaciones se contrasta con la regulación de la denominada hipoteca flotante, en el art. 153 bis LH. De la comparación entre uno y otro supuesto resulta que el legislador ha tenido más cuidado en concretar en la segunda las exigencias de especialidad y determinación (pues en el folio registral deberán constar las circunstancias que permitan la ulterior identificación de las obligaciones cubiertas), aspectos descuidados en la regulación de la recarga, con el incremento de las dudas sobre su admisibilidad.

El examen de estas nuevas figuras se completa con una cuidada reflexión desde el prisma de los principios hipotecarios: accesoriedad, determinación registral, indivisibilidad y rango registral. La incidencia sobre la característica esencial de accesoriedad es más acusada en la hipoteca recargable: la flexibilización en las exigencias de la determinación supone un abandono de los objetivos originarios de la Ley hipotecaria, pues no favorece el crédito territorial y sí, en cambio, el aprovechamiento monopolístico de los recursos del deudor. La discordancia es manifiesta con el entendimiento del rango hipotecario, en cuanto que la recarga puede perjudicar a terceros posteriores con derechos inscritos o anotados, sin que esta eventualidad conste desde el principio en el folio registral. La hipoteca recargable, en definitiva, representaría una profunda alteración del sistema, con un apoyo normativo más que dudoso. Como señala la Dra. Castellanos, supone una excepción a la accesoriedad, porque persiste para una nueva obligación a pesar de la extinción (parcial) de la originaria; una nueva obligación cuyo nacimiento no constaba en la inscripción inicial de la hipoteca (en contra del principio de especialidad), pero se aprovecha de la apariencia de integridad de la hipoteca (por razón de la indivisibilidad) y del rango adquirido por la cifra de responsabilidad, anteponiéndose a quienes en el periodo intermedio hubiesen contraído derechos sobre la finca, no obstante haberlos inscrito con anterioridad en el tiempo (prioridad).

La admisión de la hipoteca recargable descansa sobre su calificación por el propio legislador como «novación modificativa», como si esta denominación fuera la justificación suficiente de la conservación del rango hipotecario para garantizar la restitución del nuevo capital que se entrega por el acreedor originario al mismo deudor. En el capítulo tercero Sandra Castellanos acomete un profundo y riguroso estudio del régimen de la novación en el Código civil español. El excelente análisis histórico persigue desentrañar el significado de la novación desde el Derecho Romano, su recepción en las Partidas y, con especial detalle, su consideración en el Proyecto de 1851 que se decantaba abiertamente hacia la concepción clásica de la novación como medio

extintivo-creativo de obligaciones. Ciertamente, la autora es plenamente consciente de la concepción mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia, que no solamente es partidaria de admitir dos clases de novación, una extintiva y otra modificativa, sino que interpreta la disciplina codificada de la novación como si englobase a ambas; como si dicha regulación pudiese suministrar los criterios para discriminar entre una u otra. Concepción ésta que en el libro se encuentra cumplidamente expuesta. De manera plenamente coherente con aquellos antecedentes, sin embargo, y siguiendo los atinados pasos de un sector de nuestra doctrina sobre la huella de la obra clave de Sancho Rebullida, se constatan las debilidades de una supuesta novación modificativa. Las obligaciones pueden modificarse al amparo del art 1255 del CC. La disciplina de la novación en el Código civil, empero, se ocupa de aquel mecanismo de extinción de una obligación, cuyo cauce es la modificación de aquella obligación originaria, sustituida por una obligación nueva. Esta regulación indica, precisamente, qué tipo de cambios provocan esa extinción y el correlativo nacimiento de una obligación nueva que sustituye a la anterior.

En apoyo de esta tesis y para comprobar el carácter extintivo de la novación en el Código civil, Sandra Castellanos realiza una magnífica exégesis no solo de los supuestos del art. 1203 CC, sino de los restantes preceptos relativos a la figura. El análisis pormenorizado de la sustitución de la persona del deudor conduce a la esterilidad de la pretensión de construir una verdadera transmisión de la deuda a título singular, pues la fecha de la obligación en el patrimonio del nuevo deudor no podrá ser otra que la fecha en la que el nuevo obligado contrae la deuda, y los terceros garantes no seguirán obligados salvo que consientan. De otro lado, si se analiza con atención la jurisprudencia, se comprobará que la cuestión fundamental suele girar en torno a la liberación o no del deudor primitivo. Pero este dilema no se resuelve con la ecuación novación extintiva *versus* novación modificativa, aunque es frecuente que el tribunal se explaye sobre esta dicotomía. La controversia, en realidad, es decidir entre la liberación del deudor originario y la *acumulación* de un nuevo sujeto y por ende una nueva obligación, con la ampliación de los patrimonios responsables y de las expectativas de satisfacción del acreedor. En cuanto a la alteración del objeto, el Código civil liga el efecto extintivo a la que tenga carácter sustancial o afecte a las condiciones principales, como también hace la jurisprudencia. Por lo que hace, finalmente, a la novación *subrogando a un tercero en los derechos del acreedor* (art. 1203. 3.º CC), la figura de la subrogación por pago recibe un meticuloso pero iluminador análisis revelador de la complejidad de la tarea y de la variedad de opiniones en la doctrina y la jurisprudencia. Con la acertada construcción de Gorka Galicia en este punto, se observa que la subrogación supone la «comunicación al derecho de regreso del *solvens* del rango, privilegios y garantías del crédito originario», y, por esta razón, una clara excepción al principio de accesoriedad que rige en materia de garantías, pero sin perjuicio de terceros. Porque, como decía García Goyena, igualmente hubiesen tenido que soportarlos si el tercero *solvens* no hubiera intervenido, y en el bien entendido de que el subrogado solo podrá hacer uso de la garantía en la misma medida y extensión en que la hubiera podido emplear el acreedor satisfecho. Desde esta concepción, reciben clara explicación otros preceptos (art. 1211 y 1213 CC). Además, la autora logra dar un sentido original al discutido art. 1207 CC. Precepto este último que se había terminado por interpretar prescindiendo de su tenor literal, en el sentido señalado por Álvarez Caperochipi, para subra-

yar al necesario consentimiento de los terceros garantes de la obligación novada como presupuesto de la persistencia de las garantías. La autora apunta, no obstante, una novedosa interpretación que refiere el precepto a los que por efecto de la subrogación (en virtud del art. 1210.1.º y art. 1211 CC) deseen utilizar para sí las obligaciones accesorias.

El acabado conocimiento de los supuestos enunciados en el art. 1203 CC y el efecto necesariamente extintivo que el Código anuda a la modificación introducida, con el correlativo nacimiento de una obligación nueva, revela que la disciplina de la novación, como subraya Sandra Castellanos, continúa desempeñando eficazmente una función protectora de la posición jurídica de los terceros y, desde esta perspectiva, un límite a la autonomía de la voluntad, con el fin de proteger a todos aquellos terceros que no hubieren intervenido en el acuerdo modificativo.

El profundo tratamiento del derecho real de hipoteca al que se han dedicado los dos primeros capítulos, seguido del riguroso análisis histórico y sistemático de la novación en el Código civil, supone contar ya con sobrados instrumentos para proceder, en el cuarto y último capítulo, a centrar la atención en la subrogación y la modificación de préstamos hipotecarios que regula la Ley 2/1994. En primer lugar, se trata de la subrogación *ex parte debitoris* para indagar sobre su objeto y su naturaleza, contando con los últimos cambios introducidos por la Ley 5/2019.

En cuanto a los supuestos que la propia ley 2/1994 contempla como de «novación modificativa», se exponen las distintas redacciones del precepto y se analizan todos y cada una de las alteraciones, desde el punto de vista obligacional y en el plano registral: las modificaciones de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, la alteración del plazo, la variación en el método o sistema de amortización y en cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo y la prestación o modificación de garantías personales. Los aspectos obligaciones y jurídico reales frente a terceros son objeto de detallado análisis. Y así, por ejemplo, al abordar la modificación de las condiciones del tipo de interés, Sandra Castellanos profundiza en cuáles son los límites en esta materia, con especial atención al control de las cláusulas abusivas y a la importante evolución jurisprudencial del casi último decenio, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En cuanto a la perspectiva registral, se observa la persistencia en la doctrina de la DGRN de las ideas de protección de terceros con derechos adquiridos respecto de la finca hipotecada antes de la modificación, que no podrán resultar perjudicados salvo que las consentan. Esta consideración se torna ineludible en los supuestos de ampliación de capital, que lejos de poder conceptuarse como novación modificativa, supone un nuevo contrato de préstamo, una nueva obligación. La ampliación nada tiene que ver con la novación: es simplemente una nueva obligación que se añade a la anterior.

La repercusión de las modificaciones antedichas sobre el rango de la hipoteca inscrita, sin embargo, se resuelve en el enigmático art. 4.2 de la Ley 2/1994: no se produce alteración o pérdida de dicho rango, excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos será necesaria la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En este punto, se desarrolla con detalle el análisis de la cambiante doctrina de la DGRN, en principio contraria a ese mantenimiento del rango por el nuevo capital ampliado, sin el consentimiento de terceros

intermedios, pero luego favorable a partir de 2015. Sandra Castellanos desgrana con agudo sentido crítico los argumentos enunciados por la DGRN que representaron un cambio radical de la doctrina anterior. Máxime cuando no constaba en el Registro esta futura eventualidad, ni el acreedor del préstamo inicial había quedado en modo alguno obligado a conceder un nuevo préstamo. La DGRN, al cambiar su doctrina, pasa por alto la coherencia de la nueva orientación del Centro Directivo con los principios que informan el sistema, sin contar con el apoyo legal suficiente. Esa recarga, como concluye la autora, ni cumple con las exigencias del principio de especialidad, ni es acorde con la accesoriadad y supone una evidente torsión de nuestro sistema de ordenación del rango, que deja de caracterizarse por la prioridad temporal, al tiempo que confiere injustificado monopolio al acreedor y propicia el encadenamiento del deudor. «El planteamiento que subyace tras la recarga constituye en realidad una falacia: ni cabe hablar de «novación modificativa» como categoría jurídica a la que quepa atribuir una significación propia, ni la «ampliación de capital» comporta una «modificación» del contrato de préstamo en que pretende enmarcarse, ni, en fin cabe trasladar sin mayores consideraciones al plano del derecho real de hipoteca el acuerdo alcanzado *inter partes* respecto de la obligación garantizada.». De ahí que proponga en conclusión una lectura distinta del precepto, de modo que podrán quedar cubiertas por la hipoteca ya constituida aquellas modificaciones que no produzcan un aumento de la responsabilidad (en el bien entendido de que la ampliación de capital supondrá dicho aumento, por no poder disociarse en la hipoteca ordinaria de tráfico, salvo que desde el principio de se hubiere contemplado esta posibilidad y así conste en la inscripción) o la ampliación en el plazo de la hipoteca. Aquellas que excedan de dichos márgenes (y en la medida de dicho aumento o prórroga) serán inoponibles a terceros, salvo que presten su consentimiento y solo podrán quedar garantizadas mediante una carga postergada en rango en razón de dicho incremento o ampliación.

La Dra. Castellanos aborda esta sin duda extensa materia con metodología rigurosa, gran claridad en los planteamientos y una excelente redacción que conduce al lector con desenvoltura por campos de suma complejidad. En todos y cada uno de los puntos tratados, la autora profundiza en los antecedentes históricos en la medida justa y necesaria, en cuanto pueden arrojar luz sobre los intereses subyacentes y los problemas interpretativos de las normas analizadas. La exposición crítica de las distintas opiniones doctrinales, de las líneas jurisprudenciales y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado (hoy de la Seguridad Jurídica y Fe Pública) logra aunar la minuciosidad exhaustiva con la exposición fluida en cuestiones de hondo calado dogmático. Se consigue así otorgar plena consistencia al desarrollo de los argumentos, ofreciendo al lector la oportunidad de valorar las distintas perspectivas, al tiempo que se construye con extraordinaria solidez el diagnóstico del sistema vigente y el juicio sobre las bases técnicas con las que se ha pretendido dar entrada a la recarga de la hipoteca. Se suma así a una tradición de excelencia investigadora de la que siguen dando repetidas muestras los civilistas de la Universidad del País Vasco.

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Murcia

DE LA IGLESIA MONJE, M.^a Isabel, *El allegado. Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor*, Dykinson, Madrid, 2021, 279 pp.

Se acaba de publicar en editorial Dykinson (Colección Monografías de Derecho Civil, I. Persona y Familia), el libro titulado *El Allegado. Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor*. Su autora, M.^a Isabel De La Iglesia Monje, es profesora titular de Derecho civil en la Universidad Complutense de Madrid.

Se trata de una monografía de casi 300 páginas que aborda el *status quaestionis* de la figura del allegado, de reciente actualidad, como indica el profesor Mariano Yzquierdo Tolsada, autor del prólogo –de muy recomendable lectura–, al hilo de las restricciones impuestas por la pandemia a reuniones de convivientes, familiares y *allegados*.

Desde las primeras páginas del capítulo introductorio, el lector puede comprender tanto la relevancia de las implicaciones prácticas de la figura –no estamos ante reclamaciones judiciales marginales–, como su escasa regulación legal en el Código civil, apenas unas pocas y dispersas referencias expresas en los artículos 160.2 y 161, párrafo primero, dentro del Título VII, *De las relaciones paterno-filiales*, del Libro Primero. El término *allegado* solo se menciona expresamente en dichos artículos y hay que subrayar que en el artículo 161 es más bien para el eventual establecimiento de visitas y comunicaciones, entre otros parientes, por la entidad pública correspondiente para menores en situación de desamparo.

Consta de cuatro capítulos más, aparte del introductorio. Como corolario, diez extensas conclusiones con aportaciones *lege ferenda* proponiendo un estatuto jurídico del allegado en el Código civil. En el capítulo primero se ofrecen algunos apuntes sobre antecedentes legislativos, normativa extramuros del Código civil, como la atinente al perjudicado en el ámbito del derecho de responsabilidad civil y seguros, y algunas referencias que evidencian una cierta consolidación en derecho positivo de algunas facultades y obligaciones de allegados en derechos civiles territoriales.

En el capítulo segundo, la autora advierte de las serias dificultades para establecer un concepto unívoco de la figura confrontando con otras situaciones como las de los parientes y afines. Sin embargo, demuestra claramente la creciente litigiosidad provocada por quienes reclaman relaciones personales y derechos de visita con menores sean o no parientes consanguíneos o adoptivos. Sin duda, en buena medida ello es consecuencia de la complejidad de las relaciones familiares en la sociedad actual, destacadamente, por la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial inter vivos, aunque la regulación del allegado y sus relaciones con el menor tiene también presencia importante por la disolución mortis causa y también, lógicamente, por la posible extinción de la unión more uxorio en vida de ambos progenitores o al fallecer uno de los dos. Existen otros factores que originan hoy un mayor protagonismo del allegado, como la formación de las denominadas familias reconstituidas o ensambladas, sean por nuevo matrimonio o por inicio de unión de hecho o more uxorio de dos personas; son también una modalidad de convivencia que propicia claramente, siguiendo la jurisprudencia, la reclamación de derechos de visita y relación con menores por parte de propincuos, sean o no parientes suyos. Los supuestos en la jurisprudencia objeto de análisis son muy variados, más allá de los derechos reconocidos a padrastros y madrastras, incluso el reconocimiento de relaciones personales de la bisabuela de una menor y su pareja sirviendo de apoyo a la tía

abuela materna, acogedora de la menor (SAP A Coruña, 20 marzo 2018). Tras dicha aproximación, en el capítulo tercero se analizan los posibles derechos de relaciones personales y comunicación entre allegados y menores, y en el derecho de visita, distinguiendo entre ambos, cuestión no siempre sencilla, y poniendo en evidencia el intenso margen de actuación de juzgados y tribunales que se enfrentan a la resolución de estas materias con escasísimas pautas en norma legal escrita. Por ello la autora reivindica que se imponga con detalle en norma legal, como mínimo, la extensión y frecuencia de las relaciones y el lugar donde deben verificarse, garantizando su efectividad y teniendo en cuenta los distintos perfiles de los allegados incluso previendo la posible delegación de custodia de los menores.

Finalmente, en el capítulo cuarto se aborda con bastante detalle el contenido de las relaciones, en muchos casos recíprocas, entre menores y allegados. Un entramado muy complejo de derechos –quizá hubiera sido más preciso hablar de facultades, aunque la autora llega a considerar que estamos ante derechos subjetivos– y obligaciones, atendiendo a situaciones singulares y específicas, como el acogimiento, la guarda de hecho o la tutela. En ocasiones puede el allegado asumir deberes de crianza, cuidado y educación. Se presentan también algunas interesantes referencias a la posible responsabilidad civil extracontractual de los allegados por los daños infligidos por los menores en cuya compañía se encuentren. La autora no rehúye aludir a posibles supuestos de responsabilidad por eventuales hechos penalmente tipificados llevados a cabo por menores bajo su guarda. En el último apartado se ofrecen soluciones para supuestos en los que parecería conveniente no solo denegar relaciones de allegados con menores, sino incluso suspenderlas o extinguirlas definitivamente, por justa causa, una cuestión que tampoco está regulada en norma escrita y que ha merecido distintas soluciones de la doctrina.

Más allá de estas puntualizaciones descriptivas de la obra, merecen subrayarse algunos aspectos que brillan especialmente en ella y otros sobre los que, a mi juicio, invita a reflexionar.

La autora considera que estamos ante una figura de Derecho de Familia que adquiere creciente protagonismo al desarrollarse en el marco de una *sociedad líquida*, siguiendo a Zygmunt Bauman. Con dicha premisa, en la monografía late constantemente una consideración a la figura del allegado como un miembro destacado y con papel relevante en la socialización del menor, formando parte de lo que la autora denomina *una red social activa cooperadora*. Y todo ello lo supedita, al reivindicar una regulación en texto legal, a la necesidad de proteger el superior –el supremo, dice en varias ocasiones– interés del menor. Este es, a mi juicio, uno de los mayores aciertos: poner el foco decididamente en la necesidad de articular un sistema coherente, armónico y plasmado en norma escrita para dotar de seguridad jurídica a un ámbito tan complejo y cada vez más instalado en la sociedad pero en el que debe primar la atención a la situación de un menor especialmente vulnerable y que requiere particular cuidado y protección por parte del legislador.

En mi opinión, la orientación correcta es la que guía a la autora y se deduce claramente del artículo 160.2 del Código civil: el menor es quien tiene derecho a relacionarse con hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, y no al revés, aunque la legitimación activa para reclamarlo se reconozca a estos últimos en el último párrafo del precepto.

Si algo deja también claro la monografía es la creciente litigiosidad y la presencia cada vez más asidua de contiendas judiciales en relación con la reclamación de relaciones personales por parte de allegados respecto de

menores de edad con los que han tenido convivencia previa por la razón que sea, casi siempre por convivencia con el progenitor del menor, sea matrimonial o no. En algún caso, la reclamación se produce por parientes que no han convivido con el menor pero, por ser consanguíneos, quieren iniciar relaciones y conocerlo.

La lectura de la jurisprudencia analizada en el libro, más de 150 resoluciones judiciales estudiadas con minuciosidad, muestran que, en general, jueces y tribunales están acertando con resoluciones muy sensatas, protegiendo con argumentos irrefutables, casi siempre, los legítimos intereses en juego de los menores y protegiendo a quienes indudablemente son especialmente frágiles y pueden quedar indefensos ante lo que, en no pocas ocasiones, constituyen reivindicaciones más o menos interesadas y egoístas de quienes reclaman visitas, comunicación y relaciones personales. No siempre es así, y los jueces son sensibles también a reclamaciones más que justificadas de allegados, prácticamente siempre atendiendo al bienestar del menor, como debe ser. No es tarea sencilla resolver con acierto estos supuestos pues casi siempre hay delicados intereses en conflicto que atienden a derechos personalísimos, como bien refiere la autora.

Con todo, también es cierto que, como denuncia con honestidad, nos encontramos en un ámbito con muchas lagunas y ello provoca una buena dosis de inseguridad jurídica. A lo largo de toda la obra, late la permanente preocupación por el excesivo margen de actuación de los jueces y tribunales en la solución de los casos concretos. Es mérito del trabajo tanto introducir en el debate doctrinal y *lege ferenda* una problemática palmariamente instalada en nuestra sociedad como ir hilvanando un régimen jurídico deducible de la doctrina jurisprudencial que se está consolidando y que, como muestra la autora, en alguna ocasión, ha provocado reformas legales (tal sucedió, como explica, en la reforma del artículo 161 del Código civil por *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, auspiciada por la STS de 18 de junio de 2015). Y todo ello, con la finalidad de hacer aflorar, con la mayor precisión posible, un estatuto jurídico para una realidad que se resiste a la formulación de un concepto jurídico unívoco. Una labor nada fácil.

Pero el libro invita también a la reflexión sobre algunos aspectos más allá de las valientes propuestas que formula, incluso con artículos redactados. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 12 de mayo de 2008 resolvió que el obligado a la prestación alimenticia de los hijos menores era su padre biológico que disfrutaba de derecho de visita –obligado en razón de la relación paterno filial– y no el actual marido de la madre, con el que convivían los menores, por mucho que el artículo 36 de la *Ley 2/2003, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad* (hoy, artículo 218.1.a) del *Código del Derecho Foral de Aragón*) estableciese que son deudas comunes del patrimonio común del consorcio conyugal, «las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio»; la norma concuerda con el artículo 5.3. II *Ley 6/1999 de Parejas estables no casadas* (hoy, artículo 307.3. II *CDF*) a cuyo tenor: «Tendrán la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda». Como se ve, la experiencia en otros derechos muestra que en presencia de obligaciones legales de ciertos allegados, previstas por el legislador con la encomiable inten-

ción de proteger a los hijos menores en el seno de familias reconstituidas, los verdaderos obligados –en este caso, el padre– pueden pretender eludir sus obligaciones, lo que carece de justificación legal, como bien resolvió el TSJ de Aragón. Acaso debería estar más claro en la norma.

La lectura del *Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* (BOCA 17 de julio de 2020 Núm. 27-1 Pág. 1 B) refrenda el criterio de la autora, al proponer la completa reformulación del artículo 94 del Código civil con la siguiente redacción para el último párrafo: «Igualmente podrá reconocer, previa audiencia de los progenitores y de quien por su condición de hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad lo hubiere solicitado, el derecho de comunicación y visita previsto en el apartado segundo del artículo 160, teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad.» Ampliación, pues, del derecho de comunicación y visita de los abuelos a otros parientes y *allegados* que la autora propone (pp. 258-259). Y en el proyectado artículo 276, párrafo segundo, número 6.º, se prevé que se pueda nombrar curador por la autoridad judicial, «Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela».

Aflorará así claramente la figura del allegado con mayor protagonismo en el tenor literal del nuevo Código civil, si el citado Proyecto llega a ver la luz. Entre tanto, y mientras llegan al BOE esta y otras reformas, es innegable que la obra constituye una aportación de gran interés, con muchas y buenas propuestas para la reflexión en torno a una figura cada vez más presente en las complejas relaciones familiares de la sociedad actual.

María MARTÍNEZ MARTÍNEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

PÉREZ DE DIOS, Carmen: *El contrato de crédito al consumo y sus excepciones*, Tirant lo Blanch, 2020, 394 pp.

El libro que ahora recensiono versa sobre una materia de permanente actualidad, pues tiene el interés de trazar el ámbito de aplicación de la financiación y las distintas modalidades que ésta adopta. Tarea no fácil de sistematizar. Es destacable por eso que la autora del libro en comentario haya logrado acotar una materia tan compleja en dos grandes capítulos. La ordenación del libro es un modelo de estudio sistematizado.

El capítulo primero, con el título «El contrato de crédito al consumo», se detiene en la configuración jurídica de la financiación, con sus rasgos y características. Fundamentalmente trata de las reglas clave en el planteamiento o exposición de la materia y hace una presentación y ordenación de figuras. En este mismo capítulo se estudia el fenómeno reciente de la unidad y pluralidad vinculante, polarizada entre crédito y contrato: la vinculación contractual que permite un contrato de crédito ligado al contrato de consumo es un tema de actualidad, que la autora aborda como punto de partida. Abarca además el capítulo el momento de la formación del contrato de crédito, sus modalidades y las cláusulas usuales que en conjunto componen su contenido. Tal enfoque indica, ya de por sí, que su estudio, propio de una monografía,

reúne las características de sugerente, detallado y minucioso: busca precisar qué entender por crédito, por contratos de crédito o crediticios y el destino de una operación de tal tipo con vistas al consumo.

El desarrollo del que llama contrato vinculado, vinculación contractual integrada por un contrato de crédito y otro contrato de consumo, sirve de punto de partida para adentrarse en las modalidades o medios de financiación que son los concretos instrumentos crediticios, que subdivide en nominados e innominados. Este planteamiento recuerda la distinción entre contrato y operación económica que no difiere de la distinción entre contrato y relación jurídica derivada o contractual. Toda operación de crédito participa de la idea de crédito, que caracteriza como diferir una obligación dineraria mediante una nota o pacto individual de *non petendo*. Una modalidad, pero no la única, es el pago aplazado, en que el acreedor permite al deudor diferir el cumplimiento de la obligación, las operaciones a crédito. Los subtipos pago a plazos y venta a plazos. Otra de las modalidades de financiación nominada es el préstamo, máximo exponente del crédito; y con interrogantes el arrendamiento financiero con opción de compra, con relación al *leasing* (vid. p. 257, Directiva 2008/48 CE y Ley 16/2011).

La autora toma como referencia las Directivas que apoyan una interpretación adecuada y el análisis diferencial. El análisis diferencial entre crédito y préstamo es expresivo de la claridad y finura con que se expresa al exponer la delimitación conceptual del contrato de crédito al consumo. Efectivamente, «en los albores de la historia» aparece primero el crédito, después el préstamo. En «razones de orden histórico» se apoya su afirmación de que el préstamo ha devenido el contrato de financiación al consumo por excelencia (p. 134). Diríamos que va de la memoria del antiguo comerciante en tiendas de mercancía que confía en el cliente que toma, estando delante y lo consiente y aplaza el pago por lo que le debe, hasta el que presta con la dación de dinero a quien necesita para su consumo y con desventurada suerte pierde lo que precisa o recibe. Con la definición de contrato de préstamo al consumo y las modalidades de financiación, con la finalidad de eludir cláusulas abusivas, finaliza el capítulo primero.

El tema es tratado con mayor extensión en el capítulo segundo, que arranca de las excepciones, totales y parciales, los casos en que se niega o limita la protección del Derecho. Conviene resaltar que este capítulo pretende exponer el amplio tema de las excepciones sentadas por el legislador en Derecho interno y Derecho comunitario: plano de los deberes de lealtad, lo que nos introduce en un campo de aplicaciones prácticas, de exégesis e interpretación que abarca la mayor parte de la obra (pp. 165-343). El libro culmina en una adenda tecnificada de «tablas y gráficos» y un largo elenco de decisiones jurisprudenciales y con una bibliografía abundante, omnicompreensiva y selecta.

Personalmente me complace ver en este libro el manejo de los medios técnicos que emplea Pérez de Dios, empleo que denota un conocimiento claro, sencillo y profundo del instrumental jurídico. En particular merece estima la atención que la autora pone en los múltiples supuestos que examina para la adecuada calificación, el esfuerzo para determinar el contenido preciso y acomodar los tipos que corresponden al contrato y los límites como perspectiva general. La interpretación en la doble vertiente legislativa y de autonomía privada, desde la regulación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, incorporada al ordenamiento jurídico español a través de la ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de

crédito al consumo, con sus frecuentes dislates, es seductora, verdadero encaje de bolillos. Y finalmente, el primor para valorar tendencias doctrinales y jurisprudencia con el nuevo sentido de la «circulación del crédito», con la praxis contractual en las perspectivas de reforma el nuevo estatuto jurídico de los consumidores, los casos de excepción expresados en las leyes que ilustra con ejemplos.

En definitiva, la presente obra, desde el mismo capítulo primero, resulta de sumo interés para el lector y acredita la valiosa aptitud para la investigación, interpretación y exégesis de la autora. Unas notas finales sobre el capítulo segundo son suficientes para advertir que abarca el plano de las aplicaciones prácticas en orden a las excepciones que subdivide en totales, si no procede o excluye la aplicación normativa, y excepciones parciales *sequendum quid*, con diversa puntualización, cláusulas, pactos y modalidades. En conjunto las excepciones (páginas 166-343) alargan el espacio de las reglas básicas expuestas en el primero. Ello no es casual, expone la crítica de textos legislativos. Las excepciones totales en relación al crédito o la protección admiten a su vez excepciones a la excepción, presunciones *iuris tantum*, los pactos de no retribución, libre-gastos, que en principio suscitan recelo. Las excepciones parciales son en general el descubierto, aplazar el pago, modificar los acuerdos de reembolso.

Como valoración personal de la sistemática del libro y la artesanía en la elaboración acentuaría como más estimables los siguientes aspectos: 1. Acomodar los tipos a que responde cada contrato de crédito; 2. Calificar y determinar los contenidos con perspectiva general; 3. La interpretación de todos los elementos, que conjuga el respeto a la autonomía privada con la de sus *límites intrínsecos y extrínsecos*; 4. La valoración de tendencias jurisprudenciales, que da sentido y pone orden en toda la materia.

José Antonio DORAL GARCÍA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Navarra

SERRANO RUIZ, Miguel Ángel: *El daño moral por incumplimiento del contrato*, ed. Tirant lo Blanch, 2019, 440 pp.

La problemática del daño moral y su reparación, que comienza su andadura en el campo del Derecho de daños, ya hace tiempo que se proyecta también sobre el Derecho de contratos. En este ámbito, sin embargo, su estudio a menudo ha recibido menos atención de la que sería deseable: pese a la importante evolución que ha experimentado (y sigue experimentando) el daño moral contractual, a menudo su análisis se ha visto relegado a un segundo plano respecto del daño patrimonial. En este contexto resulta encomiable el trabajo de Serrano Ruiz, quien, con exhaustividad y rigor científico, nos ofrece una visión ordenada de la materia que abarca desde sus antecedentes históricos hasta las propuestas de modernización que se barajan hoy en día. No se trata, sin embargo, de un trabajo meramente descriptivo, sino que el autor, sin dejar de recoger las distintas posturas sobre el papel del daño moral en el Derecho de contratos, no duda en adoptar una posición crítica y marcadamente progresista.

La monografía se divide en seis capítulos, precedidos por un breve prólogo (firmado por el profesor Infante Ruiz) y una brevísima introducción en la que el autor expone el objeto y la estructura de su obra. El primer capítulo analiza muy superficialmente los antecedentes del daño moral, desgranando algunas figuras próximas que encontramos en el Derecho histórico. A continuación, el capítulo segundo aborda la cuestión desde la perspectiva del Derecho Comparado, tomando ejemplos tanto del *common law* como del *civil law*. El capítulo tercero sintetiza las referencias al daño moral (contractual o extracontractual) que aparecen en nuestro ordenamiento, y, sobre esta base, el capítulo cuarto se centra en la definición del daño moral por incumplimiento contractual, deteniéndose en sus aspectos más polémicos y los escollos más importantes que encuentra en la práctica. El capítulo quinto explora el papel que los instrumentos de modernización atribuyen al daño moral, mientras que el sexto y último estudia la posición de nuestra jurisprudencia, dividiendo su análisis en distintos grupos de casos. La monografía termina con unas pequeñas conclusiones que el autor ya va anticipando a lo largo de la obra, pero que ayudan a condensar los resultados de su trabajo.

El primer capítulo, decíamos, estudia los antecedentes históricos del daño extrapatrimonial. Como se advierte desde el principio, «no es posible encontrar un término que pudiera ser identificado con plena exactitud con lo que hoy conocemos como daño moral» (p. 30); sin embargo, reduciendo esta figura a su expresión más primitiva –la lesión al honor–, Serrano Ruiz remonta sus orígenes hasta el Derecho Romano y repasa su evolución a través de la Edad Media y la Edad Moderna. Evidentemente, al no ser este un trabajo historiográfico se trata de un repaso muy superficial, a pesar de lo cual resulta útil para encuadrar el objeto de la monografía. En particular, las referencias al período codificador ayudan a entender el papel crucial que desde el principio se asignó al poder judicial en la definición y cuantificación de los daños, el cual ha servido para desarrollar las escuetísimas referencias de nuestro Código Civil al daño y superar el concepto meramente economicista que inspira su redacción, reconociendo el daño moral como una categoría indemnizable autónoma.

El capítulo segundo se centra en el Derecho Comparado, pues su evolución está intrínsecamente relacionada con la de nuestro ordenamiento; a título de ejemplo, el autor advierte ya al final del primer capítulo que el reconocimiento tardío del daño moral en el ámbito del Derecho de contratos «no es algo exclusivo del Derecho español, sino que suele ser la tónica general de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno» (p. 48), desarrollando esta idea en el capítulo dos. Por razones de organización, este estudio se divide entre los ordenamientos de *common law* y los de *civil law*. Entre los primeros Serrano Ruiz analiza la regulación de Reino Unido y Estados Unidos, con especial referencia al caso de Luisiana (que, por su ascendencia francesa, presenta similitudes con el Derecho continental), y advierte cómo todos ellos, pese a mostrarse primero contrarios a reconocer el daño moral contractual, más recientemente han venido a admitirlo, si bien sólo en el marco de los contratos cuyo fin es facilitar un estado de felicidad de uno de los contratantes (como los relativos a viajes o vacaciones). En cuanto a los sistemas de *civil law*, el autor contrapone la situación de Italia, que reconoce expresamente los daños morales pero sólo en los casos previstos por la ley, con la de Francia, cuyo ordenamiento no recoge explícitamente la referencia al daño moral con carácter general (lo que ha permitido que su doctrina y jurisprudencia lo introduzcan en términos similares a los de España); y, fuera del

Derecho europeo continental, también aborda diversos ordenamientos hispanoamericanos donde un primer reconocimiento jurisprudencial ha dado pie a su sanción expresa por el legislador (aunque se sigue dejando un amplio margen de apreciación al poder judicial). Si bien se echa en falta la referencia hoy casi obligada al Derecho alemán (cuyos enfrentamientos con el TJUE han contribuido a asentar la figura del daño moral contractual en Europa), o una explicación de por qué se omite su estudio, hemos de encomiar el análisis metódico y cuidado que Serrano Ruiz hace de los ordenamientos latinoamericanos, que muchos trabajos de Derecho Comparado obvian o tratan muy someramente.

El capítulo tres se propone recoger las distintas referencias legales al daño moral que aparecen en el Derecho positivo español. El contenido de este capítulo desborda en cierta medida el objeto principal de la monografía, como reconoce el propio autor (p. 106), pues no se limita a las referencias al daño moral contractual sino que también comprende las del ámbito extracontractual, lo que se justifica por la exigüidad de la regulación positiva y la estrecha relación del daño moral en ambos ámbitos. Además, el autor va un paso más allá de las referencias expresas y también analiza varias disposiciones que, sin mencionar directamente los daños morales, tienen una estrecha relación con estos.

La labor de Serrano Ruiz en este capítulo es minuciosa y detallada. El primer apartado aborda los daños al honor, la intimidad y la propia imagen (pp. 105-121) y las consecuencias de que estos tengan una regulación específica (ej.: plazo de la acción, p. 115), además de contener una especial referencia al tratamiento de datos personales –y, por ende, al novedoso Reglamento (UE) 2016/679–. A continuación analiza el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (pp. 121-125), que se refiere expresamente al daño moral contractual, si bien el autor concluye que se debe aplicar el régimen general para su definición e indemnización, a falta de una regulación detallada. En el apartado tercero se tratan los daños causados por conductas discriminatorias (pp. 125-131), criticando el autor que no se mencione el daño moral en la legislación para la igualdad entre sexos, al contrario de lo que sucede en la regulación de los derechos de las personas con discapacidad. El apartado cuarto (pp. 132-152) adolece de cierta falta de sistemática en comparación con el resto de la obra: aunque en teoría versa sobre la responsabilidad civil *ex delicto*, tratando por separado la situación del mayor y del menor de edad, el autor también condensa aquí la responsabilidad de menores e «incapaces» (téngase en cuenta que el texto es anterior a la Ley 8/2021) por actos no tipificados penalmente y por los daños morales derivados del incumplimiento del contrato, cuando tal vez habrían merecido apartados separados. Los apartados quinto (pp. 152-155) y sexto (pp. 155-160) se refieren a algunas normas internacionales: el primero critica los Reglamentos Roma I y II sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, pues, aunque hacen referencia al daño moral, no contienen siquiera una delimitación mínima de su significado; mientras que el segundo se centra en la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CISG), que, al no contener una mención expresa de los daños morales, ha sido objeto de un intenso debate sobre si deben entenderse comprendidos en ella o no (posicionándose Serrano Ruiz claramente a favor). El séptimo y último apartado (pp. 167-173) se refiere a los Derechos forales, analizándolos uno por uno, si bien apenas contienen

referencias al daño moral y, en general, serán de aplicación las mismas reglas que en Derecho común.

Una vez sentadas las bases de nuestro Derecho positivo, el capítulo cuarto se adentra en la discusión doctrinal sobre los daños morales por incumplimiento contractual.

Como es de sobra conocido, el primer escollo que encuentra cualquier análisis del incumplimiento en nuestro país es la ausencia de una regulación articulada del mismo y de sus remedios en el Código Civil; por eso, Serrano Ruiz dedica el primer epígrafe (pp. 177-193) a definir el concepto de incumplimiento y a exponer los distintos remedios disponibles frente al mismo, deteniéndose especialmente en la indemnización de daños y perjuicios. Al hilo de este análisis trae a colación la Propuesta de Modernización del Código Civil de la Comisión General de Codificación (a la que dedica también el segundo epígrafe), que pretende ofrecer una regulación más sistemática y completa del incumplimiento que la actual. Como denuncia el autor, dicha propuesta tampoco ofrece una regulación explícita de los daños no patrimoniales, y, aunque esto no excluye su introducción por vía interpretativa –y aquí Serrano Ruiz presenta con claridad los paralelismos entre la regulación actual y la de la propuesta de modernización que justificarían dicha interpretación–, sería deseable haber incluido alguna referencia expresa (como sí hace, por ejemplo, la Propuesta de Modernización de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, a la que no se hace mención en esta monografía).

El siguiente epígrafe aborda otra gran dificultad de nuestro ordenamiento, relacionada con la anterior: la falta de una definición unívoca del daño moral. Como recoge el autor, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias acuden a una definición negativa que identifica el daño moral con todo daño no patrimonial, si bien han surgido algunas voces autorizadas que critican esta caracterización. Aunque Serrano Ruiz parece favorable a la definición negativa por su practicidad (p. 202), lo cierto es que se aparta del conflicto y se suma a quienes consideran que la discusión es infructuosa y debe pasar a un segundo plano, siendo más relevante asegurarse de que «todo daño sea valorado y resarcido conforme a las circunstancias de cada caso concreto, con independencia de su naturaleza» (p. 206). Coherente con esta postura tan garantista, en el epígrafe cuarto, que versa sobre el sujeto pasivo del daño moral, el autor se muestra claramente a favor de que también se indemnicen los sufridos por las personas jurídicas, repasando en su defensa la evolución de la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.

El quinto epígrafe se centra en los problemas de calificación e identificación del daño moral. En cuanto a la calificación, la discusión se centra en si el daño moral puede considerarse verdaderamente como un daño contractual, regido por los arts. 1101 y ss. del Código Civil, o ha de tratarse siempre como un daño extracontractual enmarcado en el art. 1902 CC, decantándose finalmente Serrano Ruiz por la primera posibilidad al amparo de la doctrina del Tribunal Supremo. Respecto a la identificación del daño moral, por otro lado, se admiten las dificultades de su prueba y valoración, pero se niega que tales obstáculos impidan su indemnización (como algunos autores han sostenido), o que la solución deba venir de la mano de la implantación de baremos (como parece pretender el legislador), defendiendo en su lugar una apreciación autónoma del daño moral que asigna al órgano judicial un papel protagonista. El capítulo concluye con una brevísima referencia a la transmisión *mortis causa* de la reclamación de los daños morales donde, de nuevo, Serrano Ruiz

adopta una posición equidistante entre quienes consideran que la acción se adquiere *iure hereditatis* y quienes entienden que se tiene *iure proprio*.

El capítulo quinto analiza de forma concisa la posición de los instrumentos de modernización del Derecho Privado en cuanto a los daños morales contractuales. Aunque en todos ellos se ha venido a admitir el carácter indemnizable de dichos daños, resulta muy clarificadora la recapitulación que el autor elabora en el último apartado (pp. 256-258), que reconduce aquellos instrumentos a cuatro categorías: 1) instrumentos que se limitan a mencionar los daños no patrimoniales entre los indemnizables, como los Principios Europeos de Derecho de Contratos (PECL); 2) instrumentos que acompañan dicha mención de algunos supuestos habituales, como los Principios Europeos de Derecho de Daños (PETL); 3) instrumentos que dan una definición general de los perjuicios que deben entenderse comprendidos en el daño moral, como el Borrador del Marco Común de Referencia (DFCR) y los principios UNIDROIT (o PICC); y 4) instrumentos que restringen los daños morales indemnizables a unos supuestos concretos, como la propuesta de Reglamento de compraventa europea (CESL). Entre estos modelos de regulación Serrano Ruiz parece decantarse por el segundo y el tercero, argumentado que «facilitaría[n] la labor juzgadora sin inmiscuirse en la misma», al contrario que el modelo de daños tasados, que supondría «una limitación del principio de reparación íntegra del daño» (p. 257). También es de reseñar que todos estos instrumentos recogen el requisito de la previsibilidad para que el daño sea indemnizable, lo que coincide con la actual regulación de nuestro ordenamiento, aunque en el campo concreto de los daños morales un importante sector de la jurisprudencia y de la doctrina (y entre ellos Serrano Ruiz) se muestra escéptico.

El sexto y último capítulo, que es el más extenso (pp. 259-353), aborda los daños morales contractuales desde la perspectiva de nuestra jurisprudencia. La mayor parte de este análisis consiste en una exposición pormenorizada de los distintos supuestos en que se ha discutido el reconocimiento de aquellos daños. Especial atención le dedica a los contratos de viaje o vacaciones (retraso del vuelo, pérdida de equipaje, frustración de viajes combinados...), que según se advierte en el prólogo constituyen el germen de esta monografía y que cuentan con un importante desarrollo a nivel de la Unión Europea; Serrano Ruiz argumenta a favor del reconocimiento de los daños morales más allá de las indemnizaciones tasadas reconocidas por la ley, siempre que se acrediten los requisitos pertinentes, y, tomando como ejemplo el caso del cierre del espacio aéreo español en diciembre de 2010, se muestra muy crítico con la respuesta de la Administración y de los tribunales. Más allá de tales contratos, también aborda los daños morales en materia de propiedad intelectual, por el incumplimiento de servicios funerarios, por incumplimiento de servicios médicos (distinguiendo con precisión según la naturaleza de estos daños –extracontractuales o contractuales, de arrendamiento de servicios o de obra–), por incumplimiento del contrato de trabajo (donde critica la posición restrictiva de nuestra jurisprudencia en comparación con la francesa), etc. Sobre la base de esta jurisprudencia, el capítulo concluye condensando algunos puntos clave del tratamiento del daño moral contractual por nuestra jurisprudencia (pp. 342-352), defendiendo el carácter indemnizatorio y no simbólico ni punitivo de su reconocimiento («el hecho de que el daño moral necesite de criterios subjetivos para su valoración no supone que no presente una existencia real y, por tanto, la necesidad de ser reparado» –p.

345-) y arrojando algo de luz sobre el problema del nexo causal como requisito para el resarcimiento del daño moral.

El trabajo termina con unas conclusiones que resumen sucintamente el resultado de la investigación. Creo que no es disparatado afirmar que Serrano Ruiz se posiciona claramente con los sectores más progresistas de la doctrina, defendiendo la necesidad de reconocer los daños morales en aras al principio de reparación íntegra y, consiguientemente, la conveniencia de una modificación legislativa que aporte más seguridad. Este posicionamiento ideológico, no obstante, no afecta a la objetividad de su trabajo: el autor en ningún momento deja de exponer los argumentos contrarios a la posición que defiende, aunque los rebata con otros propios, y el esfuerzo hecho por presentar una visión de conjunto de la doctrina y jurisprudencia resulta en una obra completa y con sólidos fundamentos.

Por todo ello, se trata de una lectura imprescindible para todo aquel que sienta interés por el Derecho de contratos y la problemática del incumplimiento contractual.

Carlos CASTELLS SOMOZA
Becario del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico
Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

Revistas españolas

Francisco OLIVA BLÁZQUEZ (Catedrático de Derecho civil, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla), Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ (Profesor Ayudante Doctor. Acreditado a Profesor Contratado Doctor, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla), Davinia CADENAS OSUNA (Profesora Ayudante Doctora. Acreditada a Profesora Contratada Doctora, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla)

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte general.–2. Derecho de la persona.–3. Obligaciones y contratos.–4. Responsabilidad civil.–5. Posesión.–6. Derechos reales.–7. Propiedad horizontal.–8. Propiedad intelectual.–9. Derecho inmobiliario registral.–10. Derecho de familia. Matrimonio y régimen económico-matrimonial.–11. Patria potestad y filiación.–12. Derecho de familia. COVID-19.–13. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*.–1. Derecho de sociedades.–2. Contratación mercantil y títulos valores.–3. Derecho concursal.–4. Derecho bancario y bursátil.–5. Derecho de la competencia.–6. Derecho de seguros.–III. *Derecho y nuevas tecnologías*. *Derecho digital*.–IV. *Derecho sanitario*.–V. *Derecho de los consumidores*.–VI. *Derecho urbanístico*.–VII. *Derecho del medio ambiente*.–VIII. *Resolución extrajudicial de conflictos*.–IX. *Derecho procesal*.–X. *Derecho de la Unión Europea*.–XI. *Derecho comparado*.–XII. *Varia*

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

AÑÓN CALVETE, Juan: «Plazo de prescripción de las acciones sin plazo especial. Fin del plazo de prescripción de 15 años», en *AC*, núm. 1, 2021.

CASADO ROMÁN, Javier: «El Código Civil como derecho supletorio de las normas especiales de Derecho civil y de Derecho público», en *AC*, núm. 1, 2021.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, José Antonio y PASQUAU LIAÑO, Miguel: «Unidad y pluralidad del Derecho Civil: años después», en *RDC*, vol. 8, núm. 1, 2021, pp. 243-274.

GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen: «Plurilegislación civil: Ejercicio de la competencia en el Derecho personal y familiar civil catalán.: Derecho patrimonial: Breve comentario de la STC 132/19, 13 de noviembre de 2019», en *RDC*, vol. 7, núm. 5, 2020, pp. 41-89.

GIMENO FERNÁNDEZ, Claudia: «Las disposiciones derogatorias indeterminadas en el ordenamiento jurídico español», en *InDret*, núm. 1, 2021, pp. 324-354.

DERECHO DE LA PERSONA

- AMMERMAN YEBRA, Julia: «Intromisión ilegítima en el derecho al honor de una profesora universitaria por publicación de valoraciones de orden interno que afectan gravemente a su reputación profesional: Comentario a la STS de 22 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3310)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 393-412.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido (Vulneraciones del honor, intimidad, imagen y datos personales del difunto en redes sociales, publicaciones digitales y otros canales de difusión electrónica)», en *RDC*, vol. 7, núm. 5, 2020, pp. 117-174.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Menores: la importancia del tiempo y su incidencia en su desarrollo vital (desde la perspectiva de inexistencia de relaciones familiares básicas)», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 3029-3044.
- «Discapacidad psíquica y maternidad: incipiente evolución jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 1115-1130.
- DEDEU PASTOR, Roger: «En defensa de la libertad de creación artística», en *AC*, núm. 4, 2021.
- FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura: «La progresiva y necesaria evolución del derecho a la identidad y del derecho a conocer los orígenes genéticos», en *RDF*, núm. 86, 2020, pp. 61-100.
- FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen: «Kidfluencers: menores de edad emancipados autónomos en internet», en *AC*, núm. 2, 2021.
- GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel: «Análisis de las reglas favorabilia sunt amplianda y odiosa sunt restringenda en relación a la adquisición y pérdida de la nacionalidad española: A propósito de la STS núm. 696/2019, de 19 de diciembre», en *AC*, núm. 2, 2021.
- GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Javier y PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «Un nuevo enfoque jurídico de la discapacidad: a propósito del Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *AC*, núm. 4, 2021.
- GUILABERT VIDAL, María Remedios: «Menores y videojuegos: protección jurídica actual y responsabilidad civil frente a las conductas adictivas», en *RDP*, núm. 2, 2021, pp. 85-118.
- LÓPEZ EBRI, Gonzalo A.: «Restricciones involuntarias a las personas con discapacidad desde la óptica del derecho fundamental a la libertad», en *AAMN*, núm. 60, 2020, pp. 193-258.
- LÓPEZ GARCÍA, Pablo: «Forma del consentimiento informado para la administración de la vacuna contra el Covid-19», en *AC*, núm. 2, 2021.
- MAYOR DEL HOYO, María Victoria: «Los derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad: especial referencia

al derecho civil aragonés ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3359-3415.

MORETÓN SANZ, María Fernanda: «“Droit de suit” y sucesión “mortis causa”: indisponibilidad “inter vivos” del derecho de participación», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3883-3910.

MUÑIZ ESPADA, Esther: «Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 277-325.

PETIT SÁNCHEZ, Milagros: «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», en *RDC*, vol. 7, núm. 5, 2020, pp. 265-313.

ROGEL VIDE, Carlos: «¿Capacidad de los discapaces?: notas en torno al proyecto de ley 121/27», en *RGLJ*, núm. 1, 2021, pp. 7-19.

SÁNCHEZ MARTÍN, Pablo: «Internamientos no voluntarios en centros socio-sanitarios: cauces procesales para la protección de las personas», en *RDF*, núm. 87, 2020, pp. 35-59.

SERRANO RODRÍGUEZ, Germán: «¿Qué puede aportar el soft law a la protección de datos de carácter personal en el ámbito publicitario?», en *RDC*, vol. 8, núm. 1, 2021, pp. 295-298.

TRUJILLO MACHUCA, Victoria: «La reclamación de daños y perjuicios en materia de protección de datos», en *AC*, núm. 12, 2020.

URRUTIA BADIOLA, Andrés M.: «Habitación, familia y sucesión (del derecho civil vasco al derecho privado europeo)», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 223-276.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ALGABA ROS, Silvia: «El control de la renta en el arrendamiento de vivienda», en *InDret*, núm. 1, 2021, pp. 46-86.

ARGELICH COMELLES, Cristina: «La imprecisión del vencimiento anticipado como exclusión de la mora del deudor por un incumplimiento relativo», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 555-569.

AVILÉS GARCÍA, Javier: «Cláusula “rebus sic stantibus” precovid-19: cierre y apertura de una nueva encrucijada jurisprudencial. Comentario a la STS de 6 de marzo de 2020 (RJ 2020,879)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 83-112.

BÁRCENA SUÁREZ, Nicolás: «La actual visión europea del préstamo responsable en el mercado inmobiliario», en *AC*, núm. 1, 2021.

— «La actividad notarial en los contratos de crédito inmobiliario: funciones y responsabilidad», en *RDP*, núm. 1, 2021, pp. 25-42.

CALAZA LÓPEZ, María Sonia: «No hay pandemia que no remita: hoja de ruta de la rebus sic stantibus», en *AC*, núm. 1, 2021.

- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, «Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 163-180.
- CAMACHO CLAVIJO, Sandra: «La solidaridad con “motivos razonables” o la denominada gestión de asuntos ajenos del Libro Sexto del Código Civil de Cataluña», en *InDret*, núm. 1, 2021, pp. 87-112.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Transparencia y control de abusividad en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», en *AAMN*, núm. 60, 2020, pp. 289-317.
- CASTAÑOS CASTROS, Paula: «Donaciones no traslativas», en *RDP*, núm. 1, 2021, pp. 3-24.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «La denuncia de la falta de conformidad como presupuesto del ejercicio de los derechos del adquirente en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías: Comentario a la STS de 6 de julio de 2020», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 127-148.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Nulidad de la cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con consumidores: Comentario a la STS de 14 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3228)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 307-332.
- DE ARTIÑANO MARRA, Pastora: «Posible aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” en las operaciones inmobiliarias a raíz de la Covid-19», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3869-3882.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio: «El caso fortuito (1)», en *AC*, núm. 12, 2020.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Problemática de la falta de licencia de actividad para desarrollar la actividad en contrato de arrendamiento de local de negocio», en *AC*, núm. 3, 2021.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «La eficacia territorial del Real Decreto Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio», en *AC*, núm. 2, 2021.
- «El retraso en el pago de la renta como causa de resolución contractual», en *AC*, núm. 4, 2021.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka: «Venta en garantía, simulación relativa y falta de causa (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 9 de junio de 2020)», en *RDM*, núm. 319, 2021.
- GÓMEZ AGUILERA, Ángel Marcos: «El control judicial de la existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución del contrato de préstamos hipotecarios concertados con consumidores: análisis del estado actual de la cuestión», en *RDBB*, año 40, núm. 161, 2021, pp. 181-204.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y ALTI SÁNCHEZ AGUILERA, Juan: «Cláusula rebus sic stantibus: viabilidad y oportunidad de su codificación en el derecho civil español», en *InDret*, núm. 1, 2021, pp. 502-577.

- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «“Smarts contracts”: ¿una economía sin derecho contractual?», en *AAMN*, núm. 60, 2020, pp. 55-87.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El crowdfunding como herramienta de financiación inmobiliaria: realidades y problemas», en *RDC*, vol. 7, núm. 5, 2020, pp. 315-364.
- HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: «Calificación, interpretación e integración del contrato. Perspectiva de presente y de futuro», en *AC*, núm. 4, 2021.
- HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «La buena fe como criterio de integración y de corrección del contenido del contrato: protección de las expectativas legítimas en los contratos celebrados mediante condiciones generales», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3303-3357.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Arrendamientos urbanos, epidemia del COVID-19 y estado de alarma (II): suspensión de los desahucios con arreglo al Real Decreto Ley 37/2020, de 23 de diciembre», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 1308-1335.
- JUÁREZ TORREJÓN, Ángel: «La responsabilidad directa del productor ante el consumidor: “dieselgate” (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 735/2020, de 11 de marzo)», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 3158-3187.
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: «Cuantificación del daño moral en la cancelación y gran retraso de los vuelos en el transporte aéreo de pasajeros», en *PDD*, núm. 146, 2021.
- LOSADA DURÁN, David: «Nulidad de cláusula abusiva y efectos restitutorios. Aplicación del artículo 1303 CC», en *AC*, núm. 3, 2021.
- MOLINA ROIG, Elga: «Análisis de la Ley 11/2020 sobre contención de rentas en Cataluña», en *AC*, núm. 12, 2020.
- MURILLO VILLAR, Henar: «El contrato estimatorio y su proyectada codificación», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 779-814.
- PARDO PRADO, Silvia: «Solvencia y control de transparencia en los préstamos y tarjetas “revolving”», en *AC*, núm. 12, 2020.
- PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco: «Control de la transparencia y acciones de cesación: Comentario a la STS de 7 de julio de 2020 (RJ 2020, 2298)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 181-192.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Arrendamientos urbanos y derechos de adquisición preferente», en *RDP*, núm. 1, 2021, pp. 61-100.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «La cesión de viviendas turísticas por habitaciones: situación legal en España y propuestas razonables», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 279-313.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Incumplimiento de la obligación de información en preferentes y subordinadas: han de descontarse los rendimientos obtenidos por el cliente para valorar el daño indemnizable. Comenta-

- rio a la STS 21 DE JULIO DE 2020 (rj 2020, 2694)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 265-284.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Daños consecuenciales, lucro cesante y limitación contractual de responsabilidad en accidente de aeronave en terminal aeroportuaria», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 1336-1353.
- REVILLA TORRES, José Miguel: «Compraventa de viviendas sobre plano tras la reforma de la disposición adicional primera de la LOE por la Ley 20/2015», en *AC*, núm. 3, 2021.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «La distinción entre la compraventa civil y mercantil: una revisión legislativa y jurisprudencial», en *RDBB*, año 39, núm. 160, 2020, pp. 111-162.
- RUIZ RICO ARIAS, María Dolores: «Nulidad de pleno derecho, transacción y novación. A propósito de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre validez de acuerdos transaccionales sobre cláusulas nulas», en *AC*, núm. 12, 2020.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Nulidad por abusiva de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: integración del contrato conforme al derecho nacional supletorio, prescripción de la acción de restitución y costas procesales (a propósito de la STJUE de 16 de julio de 2020 y la doctrina del Tribunal Supremo)», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3911-3944.
- «Acuerdos novatorios sobre cláusulas suelo y renuncia de acciones a la luz de la última doctrina del TJUE y del Tribunal Supremo», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 610-638.
- SERRA I CAMÚS, Miquel: «Efectes de la Covid-19 sobre els contractes civils, Cas fortuït, impossibilitat de compliment i clàusula rebus sic stantibus (Part segona)», en *RJC*, núm. 4, 2020, pp. 905-932.
- VELASCO PERDIGONES, Juan Carlos: «Apuntes sobre la figura del Delegado de Protección de Datos (DPD) y su particular posición contractual», en *AC*, núm. 1, 2021.
- «La actividad de gestión del oficial de cumplimiento: contrato y propuesta de contenido», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 1241-1289.

RESPONSABILIDAD CIVIL

- BÁRCENA SUÁREZ, Nicolás: «La actividad notarial en los contratos de crédito inmobiliario: funciones y responsabilidad», en *RDP*, núm. 1, 2021, pp. 25-42.
- CASTELLS, Carlos: «Responsabilidad de las residencias de mayores por enfermedad o muerte e sus residentes: Comentario a las STS de 11 de marzo de 2020 (RJ 2020, 869)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 113-126.
- COSTAS RODAL, Lucía: «El alcance de la asunción del riesgo por la víctima en la práctica deportiva y espectáculos de ocio peligrosos», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3945-3973.

- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «La responsabilidad civil del empresario aéreo y la responsabilidad de la aseguradora e imposición a ésta de los intereses de la demora del art. 20 LCS: Comentario a la STS de 17 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 320)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 45-72.
- FERNÁNDEZ SALDAÑA, María Mercedes: «Análisis de la cláusula concursal del art. 382 del código penal. El resarcimiento de la responsabilidad civil originada por el hecho delictivo», en *PDD*, núm. 145, 2020.
- GUILABERT VIDAL, María Remedios: «Responsabilidad por los daños causados a los menores “youtubers”», en *RDNT*, núm. 55, 2021.
- «Menores y videojuegos: protección jurídica actual y responsabilidad civil frente a las conductas adictivas», en *RDP*, núm. 2, 2021, pp. 85-118.
- GUINEA FERNÁNDEZ, David Rafael: «Vehículos a motor y responsabilidad civil derivada de incendios», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 1290-1307.
- JUÁREZ TORREJÓN, Ángel: «La responsabilidad directa del productor ante el consumidor: “dieselgate” (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 735/2020, de 11 de marzo)», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 3158-3187.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «El principio de la íntegra reparación», en *PDD*, núm. 146, 2021.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad por daños psíquicos y psicológicos derivados de delitos de acoso», en *PDD*, núm. 146, 2021.
- MOCHOLI FERRÁNDIZ, Ester M.: «Responsabilidad de la empresa en la Protección de Datos», en *AC*, núm. 12, 2020.
- MONTERROSO CASADO, Esther: «Responsabilidad civil derivada de los daños en los bienes causados por colisión recíproca de vehículos», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 3188-3205.
- MORELL ALDANA, Laura: «La responsabilidad del cabeza de familia: el difícil equilibrio entre la protección al perjudicado y la defensa del paterfamilias», en *PDD*, núm. 145, 2020.
- PÉREZ RUA, Luisa María: «Ejecución de la responsabilidad civil derivada del delito. La prescripción de la acción civil», en *AC*, núm. 12, 2020.
- PÉREZ VALLEJO, Ana María: «Incertidumbre causal y cálculo probabilístico del daño por pérdida de oportunidad», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 639-664.
- PUPPE, Ingeborg: «El sistema de imputación objetiva», en *InDret*, núm. 1, 2021, pp. 588-613.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Reproducción asistida y responsabilidad civil», en *RDF*, núm. 88, 2020, pp. 345-350.
- TRUJILLO MACHUCA, Victoria: «La reclamación de daños y perjuicios en materia de protección de datos», en *AC*, núm. 12, 2020.

POSESIÓN

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Derecho de reembolso de los gastos efectuados por los poseedores de mala fe de bienes inmuebles: Comentario a la STS de 6 de julio de 2020 (RJ 2020, 2668)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 165-180.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La okupación de inmuebles: un supuesto de posesión ilegítima», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 1187-1207.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «La buena o mala fe del tercero “ex” artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 2621-2662.

DERECHOS REALES

- CARRASCO PERERA, Ángel: «Extinción de hipoteca por consolidación-Adjudicación de la finca en favor de ejecutante de segunda hipoteca. Perjuicio de subrogación del fiador. Abuso de derecho: Comentario a la STS de 12 de noviembre de 2020 (RJ 2020, 334860)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 413-428.
- GINÉS CASTELLET, Núria: «La propiedad temporal del Código civil de Cataluña (arts. 547-1 a 547-10): muchas dudas y algunas reflexiones acerca de su naturaleza jurídica», en *RDC*, vol. 8, núm. 1, 2021, pp. 147-179.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 965-987.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La extensión vertical del dominio y la accesión», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 3100-3112.
- JIMÉNEZ ESCOBAR, Raúl: «La novedad legislativa sobre la prenda de acciones y participaciones introducida por la Llei 5/2020, de 29 de abril», en *RJC*, núm. 3, 2020, pp. 739-746.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La suspensión del lanzamiento del deudor hipotecario: análisis de las reformas operadas por el Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo y de la reciente jurisprudencia de los Tribunales», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3974-3992.
- KARRERA EGIALDE, Mikel Mari: «Las cláusulas de extensión objetiva de la hipoteca: fundamento y alcance», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 65-133.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3417-3465.
- MOLLÁ NEBOT, María Asunción: «Usufructo de dinero y su adecuación en el Código Civil», en *RdPat*, núm. 54, 2021.
- PÉREZ MARÍN, Antonio Javier: «La subasta voluntaria como vía de venta de los bienes proindiviso», en *RDF*, núm. 89, 2020, pp. 375-377.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: «Artículo 28 Ley Hipotecaria, sus vicisitudes históricas y sentido actual», en *RDC*, vol. 8, núm. 1, 2021, pp. 51-92.

TRINCADO AZNAR, José María: «¿Es posible la usucapión ordinaria “contra tabulas”?», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 2715-2770.

VAQUER ALOY, Antoni: «El derecho de adquisición preferente en caso de venta de cuota de herencia en el Código Civil de Cataluña», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 511-539.

PROPIEDAD HORIZONTAL

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Pisos turísticos y comunidades de vecinos: el –estricto– alcance del nuevo art. 17.12 LPH –limitado– a los alquileres turísticos del art. 5. E) LAU: comentando la Resolución DGSJ y FP de 5 de abril 2020», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 491-508.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Últimas novedades sobre acuerdos comunitarios prohibitivos de viviendas de uso turístico y de otras modalidades de alojamiento turístico: comentarios a la RDGSJFP de 16 de junio de 2020», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 536-554.

GUERRERO VACAS, José Manuel: «Derecho de familia y propiedad horizontal», en *RDF*, núm. 88, 2020, pp. 31-55.

PROPIEDAD INTELECTUAL

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Plagio por copia literal de pasajes de un trabajo de investigación: Comentario a la STS de 16 de enero de 2020 (RJ 2020, 665)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 73-82.

MASSAGUER FUENTES, José: «Las creaciones publicitarias protegibles mediante derecho de autor: propuestas creativas, conceptos publicitarios, creatividades e ideas publicitarias», en *InDret*, núm. 2, 2021, pp. 1-24.

DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, María Luisa: «El procedimiento catastral de subsanación de discrepancias a la luz de las últimas respuestas de los tribunales colegiados nacionales», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 3253-3266.

FANDOS PONS, Pedro: «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (IV): el principio de especialidad registral gráfica», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 2665-2712.

— «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (V): el principio de tracto sucesivo registral gráfico», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 913-963.

LASO BAEZA, Vicente: «Actos de protección de las vías pecuarias e inscripciones contradictorias», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 1354-1370.

- LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «La buena o mala fe del tercero “ex” artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la situación posesoria no coincide con la publicidad registral», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 2621-2662.
- MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, José Leandro: «Régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y daños causados por los registradores de la propiedad», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3587-3624.
- MARTÍNEZ NADAL, Apollonia: «Firma electrónica cualificada y acceso de documentos privados a los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3521-3583.
- MAS BADÍA, María Dolores: «Los garajes: configuración jurídica y reflejo en el registro de la propiedad», en *AC*, núm. 4, 2021.
- MUÑOZ LINÁS, Jaime Ignacio: «El deber de conservación de los bienes culturales y la indemnización derivada de su vinculación singular: incidencia del Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3467-3518.
- SIFRE PUIG, Ricardo Francisco: «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales: primera parte», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 135-221.

DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO Y RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL

- ADROHER BIOSCA, Salomé: «Efectos de los matrimonios poligámicos en España», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 749-777.
- ALCOVER GARAU, Guillermo: «De nuevo sobre las reservas sociales y la sociedad legal de gananciales (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 298/202, de 15 de junio)», en *RDS*, núm. 61, 2021.
- ALEJÁNDREZ PEÑA, Pedro: «Problemática práctica ante la ejecución de las separaciones o divorcios notariales», en *RDF*, núm. 86, 2020, pp. 375-396.
- AZNAR DOMINGO, Antonio y GÁNDARA TOMÉ, Cristian: «Controversias jurídicas de la pensión de alimentos y la pensión compensatoria en el Derecho civil», en *AC*, núm. 2, 2021.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La sociedad de gananciales: confesión de ganancialidad, atribución voluntaria de la ganancialidad y derecho de reembolso», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 3045-3099.
- «Nulidad del matrimonio por error en las cualidades personales: el travestismo del esposo», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3823-3868.
- «Beneficios, dividendos, reservas sociales y liquidación de la sociedad de gananciales», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 1131-1186.
- FLORES MARTÍN, Jackeline: «Fijación del momento de la disolución del régimen económico matrimonial: interpretación sustantiva (arts. 95 y 1392 del Código Civil) y aspectos procesales. Comentario a la STS, Sala de lo

- Civil, núm. 297/2019 de 28 de mayo (RJ 2019, 2165)», en *RdPat*, núm. 54, 2021.
- GÓMEZ LINACERO, Adrián: «Precario y comodato; diferencias y efectos frente a terceros del derecho de uso sobre la vivienda familiar cedida», en *AC*, núm. 2, 2021.
- GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel, «La convivencia de los suegros del progenitor no custodio en la vivienda familiar. Análisis de la posible extrapolación de la STS de 20 de noviembre de 2018», en *RDF*, núm. 89, 2020, pp. 29-84.
- GUERRERO VACAS, José Manuel, «Derecho de familia y propiedad horizontal», en *RDF*, núm. 88, 2020, pp. 31-55.
- LLEONART CASTRO, Jesús: «Golpe jurisprudencial de timón a la ganancialidad de las reservas no repartidas: comentando la STS de 3 de febrero de 2020», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 481-490.
- MARAÑÓN ASTOLFI, María: «La atribución voluntaria de ganancialidad y la libertad de pactos entre los cónyuges. Comentario a la Sentencia del TS de 12 de febrero de 2020 (RJ 2020, 374)», en *RdPat*, núm. 54, 2021.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Crisis familiar y derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis crítico de la jurisprudencia española y propuestas de lege ferenda», en *RJUAM*, núm. 42, 2020, pp. 133-168.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «Parejas de hecho, registros autonómicos y el limitado alcance en España del Reglamento europeo sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas», en *RDPA*, núm. 2, 2021, pp. 31-65.
- NEVADO MONTERO, Juan José: «Familia y crisis de pareja: el acuerdo sobre la tenencia de las mascotas o animales de compañía», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 524-535.
- «Las crisis de pareja con elemento militar», en *RDF*, núm. 88, 2020, pp. 57-71.
- PANIZO CALVO, Francisco Javier: «La encrucijada del matrimonio: la Corte de Estrasburgo», en *AC*, núm. 3, 2021.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Juan Antonio: «El requisito de solemnidad en las parejas de hecho», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 461-472.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Algunas reflexiones sobre el derecho de familia hoy», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 181-220.
- SIFRE PUIG, Ricardo Francisco: «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales: primera parte», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 135-221.
- «La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales: segunda parte», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 865-910.

PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN

- AZNAR DOMINGO, Antonio y GÁNDARA TOMÉ, Cristian: «Controversias jurídicas de la pensión de alimentos y la pensión compensatoria en el Derecho civil», en *AC*, núm. 2, 2021.
- BLANCO CARRASCO, Marta: «El cambio de paradigma en la respuesta judicial a los conflictos parentales: el coordinador de parentalidad», en *AC*, núm. 1, 2021.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Competencia judicial en materia de responsabilidad parental y residencia habitual del menor: (los criterios interpretativos del interés superior del menor, y, el criterio de proximidad)», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3807-3822.
- DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja: «Cambio de paternidad y orden de apellidos ante la existencia de hermanos: Comentario a la STS de 17 de julio de 2020 (RJ 2020, 2503)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 245-250.
- GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca: «Anonimato del donante, conocimiento del propio origen y técnicas de reproducción asistida», en *AC*, núm. 4, 2021.
- LAMARCA MARQUÉS, Albert: «Impugnación de la filiación determinada por sentencia firme. Aplicación analógica de la disposición transitoria 6.^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo: Comentario a la STS de 7 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3227)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 285-306.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Daño moral por ocultación de la paternidad: Hacia la puesta en valor de la relación paterno-filial», en *RDC*, vol. 8, núm. 1, 2021, pp. 275-294.
- MESSÍA DE LA CERDA, Jesús Alberto: «La inadmisión de la renuncia de los padres a la patria potestad y las medidas de apoyo a las familias de menores con problemas de conducta», en *RDF*, núm. 89, 2020, pp. 85-112.
- NEVADO MONTERO, Juan José: «El desacuerdo de los progenitores sobre la vacunación de sus hijos», en *AC*, núm. 1, 2021.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Los efectos de la determinación de la filiación ¿automaticidad o supervisión previa?», en *RDF*, núm. 86, 2020, pp. 33-87.
- SÁNCHEZ CANO, María Jesús y ROMERO MATUTE, Yeray «La filiación derivada de la gestación por sustitución en la Conferencia de La Haya: la historia interminable», en *RDF*, núm. 86, 2020, pp. 89-113.

DERECHO DE FAMILIA. COVID-19

- CASTIÑEIRA CASTILLÓN, Alejandro: «Los “ERTES” derivados del “COVID-19” y su posible incidencia en el procedimiento de Derecho de Familia de modificación de medidas», en *RDF*, núm. 86, 2020, pp. 411-418.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Covid-19: medidas adoptadas respecto de los menores: ¿limitando el ejercicio de la patria potestad?», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 505-523.

GUERRA GONZÁLEZ, Jorge: «Del Covid19, de su vacuna y del interés superior de los menores en los procesos de familia: claves de una mayor efectividad», en *AC*, núm. 3, 2021.

DERECHO DE SUCESIONES

BARBA, Vincenzo: «El contenido atípico del testamento en el Derecho italiano, superación del concepto y acto de última voluntad», en *RDP*, núm. 1, 2021, pp. 101-136.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Disposición “mortis causa” de los datos digitales: el llamado “testamento digital”», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 570-609.

CARRIÓN VIDAL, Almudena: «Una revisión crítica del testamento ológrafo», en *AC*, núm. 4, 2021.

CUCURULL POBLET, Tatiana: «La fiducia sucesoria en la empresa familiar», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 317-348.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Proyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de apoyo a las personas con discapacidad: análisis de las normas sucesorias afectadas», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 221-275.

DE ÍSCAR DE ROJAS, Paula: «El reembolso de aportaciones a los causahabientes del socio cooperativista fallecido. Un comentario al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo 289/2020 (Sala de lo Civil), de 11 de junio de 2020», en *RDS*, núm. 61, 2021.

DÍAZ ALABART, Silvia: «Nuevas tendencias en torno a la responsabilidad del heredero por las deudas de su causante y las cargas de la herencia», en *RDP*, núm. 2, 2021, pp. 3-29.

ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «La cautela “socini”: revisión crítica de su concepción actual», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 2583-2619.

FERNÁNDEZ DE BILBAO Y PAZ, Jesús Javier: «Sobre la equivalencia de la fiducia del art. 831 CC a las delegaciones sucesorias autonómicas», en *AC*, núm. 3, 2021.

GAGO SIMARRO, Clara y ANTUÑA GARCÍA, Pablo: «La ausencia de relación familiar: ¿justa causa de desheredación de hijos o descendientes?», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 1208-1240.

GASPAR LERA, Silvia: «Preterición de descendiente sobrevenido al testamento. Calificación y acciones sucesorias tardías», en *RDC*, vol. 7, núm. 5, 2020, pp. 225-263.

GONZÁLEZ LOSANTOS, Lorena: «Ineficacia de la partición hereditaria: en especial de la partición convencional», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 395-459.

- MORETÓN SANZ, María Fernanda: «Autonomía de la voluntad testamentaria: la dispensa de colación como declaración unilateral y revocable en disposiciones testamentarias», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 3113-3157.
- «“Droit de suite” y sucesión “mortis causa”: indisponibilidad “inter vivos” del derecho de participación», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3883-3910.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad ¿una quimera?», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3625-3671.
- «Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad», en *RDP*, núm. 1, 2021, pp. 43-60.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «La división de la cosa común por el contador-partidor dativo notarial», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 327-394.
- PLANAS BALLVÉ, María: «Igualdad de derechos y no discriminación de personas con discapacidad sensorial en el proceso sucesorio», en *RDC*, vol. 7, núm. 5, 2020, pp. 365-384.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Por una regulación general del fideicomiso inter vivos y de la fiducia expresa en el derecho español», en *InDret*, núm. 2, 2021, pp. i-iv.
- TERCERO GONZÁLEZ, Paulino: «Deudas del causante, viudo usufructuario y legítima», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 473-479.
- URRUTIA BADIOLA, Andrés M.: «Habitación, familia y sucesión (del derecho civil vasco al derecho privado europeo)», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 223-276.
- VAQUER ALOY, Antoni: «El derecho de adquisición preferente en caso de venta de cuota de herencia en el Código Civil de Cataluña», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 511-539.

DERECHO MERCANTIL

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALFARO AGUILA-REAL, Jesús: «La disolución como terminación del contrato de sociedad: teoría y algunas consecuencias jurídicas», en *RDS*, núm. 61, 2021.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «El apoyo público a la solvencia empresarial y el privilegio del crédito público. O lo que cabe esperar de este privilegio», en *ADCon*, núm. 52, 2021, pp. 271-282.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «La digitalización de las sociedades de capital españolas tras las Directivas europeas sobre la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades», en *RDM*, núm. 320, 2021.

- BRENES CORTÉS, Josefa: «Requisitos para el ejercicio del derecho de separación ex artículo 348 bis LSC y competencia del registrador mercantil para apreciar su concurrencia. A propósito de la STS 663/2020, de 10 de diciembre (JUR 2020, 360711)», en *RdPat*, núm. 54, 2021.
- BUSTILLO SAIZ, María del Mar: «El derecho de separación de los socios en las operaciones transfronterizas», en *RDS*, núm. 61, 2021.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, María de la Concepción: «Proyecto de Ley alemán para la modernización de las sociedades personalistas», en *RDS*, núm. 61, 2021.
- DE ÍSCAR DE ROJAS, Paula: «El reembolso de aportaciones a los causahabientes del socio cooperativista fallecido. Un comentario al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo 289/2020 (Sala de lo Civil), de 11 de junio de 2020», en *RDS*, núm. 61, 2021.
- ECHEVERRÍA ECHEVERRÍA, Gaspar: «La errónea consideración del artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital como responsabilidad objetiva», en *RDS*, núm. 61, 2021.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ Y GÓMEZ ACEBO, Alejandro: «Inexactitudes y falta de veracidad de las cuentas anuales auditadas como causa de responsabilidad administrativa de los consejeros pertenecientes a la colisión de auditoría: reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª) de 8 de octubre de 2020 (Caso “Codere”)», en *RDS*, núm. 61, 2021.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «El envilecimiento patrimonial en las “sociedades intermedias” por efecto de la fusión y escisión en la que no participan. Un examen de los artículos 49.2 y 52.2 de la Ley de Modificaciones Estructurales de las sociedades», en *RDS*, núm. 61, 2021.
- FERNÁNDEZ TORRES, Isabel: «El voto adicional por lealtad, una aproximación crítica a la propuesta de reforma de la ley de sociedades de capital», en *RDBB*, año 40, núm. 161, 2021, pp. 11-54.
- GANDÍA PÉREZ, Enrique: «El derecho a la cuota de liquidación», en *RDM*, núm. 320, 2021.
- «El reparto de anticipos con cargo a la cuota líquida», en *RDS*, núm. 61, 2021.
- GIMENO RIBES, Miguel: «Estatuto jurídico del socio-mecenas», en *RDBB*, año 39, núm. 160, 2020, pp. 11-68.
- «Consejeros de la minoría, conflicto permanente y pacto omnilateral (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020)», en *RDS*, núm. 61, 2021.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén: «Separación e impugnación en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: ¿acciones compatibles?», en *RDM*, núm. 319, 2021.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Las escisiones transfronterizas intracomunitarias tras la Directiva (UE) 2019/2121: posibilidades y aspectos procedimentales», en *RDM*, núm. 320, 2021.

- JIMÉNEZ ESCOBAR, Raúl: «La novedad legislativa sobre la prenda de acciones y participaciones introducida por la Llei 5/2020, de 29 de abril», en *RJC*, núm. 3, 2020, pp. 739-746.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Una reflexión (no muy ortodoxa) sobre el compliance», en *PDD*, núm. 145, 2020.
- LUCINI MATEO, Álvaro: «La seguridad jurídica en los procedimientos societarios digitales: apuntes sobre la Directiva UE 1151/2019 en vísperas de su trasposición», en *AAMN*, núm. 60, 2020, pp. 159-191.
- MARTÍNEZ NADAL, Apolònia: «Empresa y derechos humanos: perspectiva de Derecho mercantil», en *RDM*, núm. 320, 2021.
- MASSAGUER FUENTES, José: «La propagación de la ineficacia de los acuerdos de la junta general de las sociedades de capital», en *RDM*, núm. 319, 2021.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «Denominaciones sociales y signos distintivos: No todo sigue igual tras la última Directiva de Marcas», en *RDM*, núm. 320, 2021.
- NAVARRO MORALES, Amador: «El interventor designado a propuesta de la minoría, órgano fiscalizador de las operaciones de liquidación», en *RDS*, núm. 61, 2021.
- OLMEDO PERALTA, Eugenio: «Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas afectadas por la pandemia de COVID-19», en *RDBB*, año 39, núm. 160, 2020, pp. 265-274.
- OTERO COBOS, María Teresa: «El consejo de familia como administrador de hecho», en *RDS*, núm. 61, 2021.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido: «Operaciones vinculadas y grupos de sociedades», en *AAMN*, núm. 60, 2020, pp. 89-115.
- PEINADO GRACÍA, Juan Ignacio y BEDNARZ, Zofia: «Cuestionando las bondades de la “blockchain” en las juntas generales», en *RDS*, núm. 61, 2021.
- PRENDES CARRIL, Pedro, «Las “obligaciones posteriores” en la responsabilidad de los administradores por deudas», en *RDM*, núm. 319, 2021.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «De nuevo sobre la compraventa de empresa y la acción de daños y perjuicios: algunas notas sobre la legitimación activa de la sociedad adquirida ante el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3993-4008.
- SACRISTÁN BERGIA, Fernando: «Sobre la disolución judicial y su inscripción registral (la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de octubre de 2020)», en *RDBB*, año 40, núm. 161, 2021, pp. 225-250.
- SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, «Acuerdos impugnables y responsabilidad de la sociedad», en *RDM*, núm. 319, 2021.
- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo Javier: «El desarrollo de la responsabilidad social corporativa versus sostenibilidad, y su relación con el gobierno corpora-

tivo en las directivas comunitarias y en el derecho español de sociedades cotizadas», en *RDS*, núm. 61, 2021.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «El fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas (FASEE) como instrumento de salvamento contra la pandemia del COVID-19», en *RDBB*, año 39, núm. 160, 2020, pp. 217-240.

VELASCO FABRA, Guillermo José y ORTEGA RUEDA, José David: «La falta de depósito de las cuentas anuales y la responsabilidad del administrador por daños y deudas sociales (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 28 de mayo de 2020)», en *RDM*, núm. 319, 2021.

CONTRATACIÓN MERCANTIL Y TÍTULOS-VALORES

ALBA FERNÁNDEZ, Manuel: «Representación digital y transmisión de créditos comerciales en la cadena de suministro», en *RDM*, núm. 319, 2021.

ALCOVER GARAU, Guillermo: «De nuevo sobre las reservas sociales y la sociedad legal de gananciales (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 298/202, de 15 de junio)», en *RDS*, núm. 61, 2021.

MAYORGA TOLEDANO, María Cruz: «Del incumplimiento recíproco en el contrato de franquicia: efectos y consecuencias. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 4 de junio de 2020», en *RDM*, núm. 320, 2021.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «La distinción entre la compraventa civil y mercantil: una revisión legislativa y jurisprudencial», en *RDBB*, año 39, núm. 160, 2020, pp. 111-162.

SERRANO RODRÍGUEZ, Germán: «¿Qué puede aportar el soft law a la protección de datos de carácter personal en el ámbito publicitario?», en *RDC*, vol. 8, núm. 1, 2021, pp. 295-298.

DERECHO CONCURSAL

ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «Respuestas a los interrogantes planteados en el acuerdo extrajudicial de pagos de la segunda oportunidad de persona natural», en *AC*, núm. 3, 2021.

ALCOVER GARAU, Guillermo: «El déficit concursal (Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo [1a] 213 y 214/2020 de 29 de mayo)», en *ADCon*, núm. 52, 2021, pp. 435-450.

ALMUDI CID, José Manuel: «La eficacia de los límites a la minoración de la base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido en caso de concurso a la luz de la Directiva 2006/112/CE», en *ADCon*, núm. 52, 2021, pp. 255-270.

ALONSO UREBA, Alberto: «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital ex art. 456 TRLConc», en *RDCP*, núm. 34, 2021, pp. 21-58.

- ARAGONÉS SEIJO, Santiago: «Auditoría, aprobación y depósito de las cuentas anuales de una sociedad concursada y su posible exención en la fase de liquidación: Comentario a la RDGRN de 13 de junio de 2019 (RJ 2019,3345)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 11-27.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «Los protocolos en la reestructuración de los grupos de sociedades», en *ADCon*, núm. 52, 2021, pp. 129-176.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «La intervención notarial en los acuerdos de refinanciación», en *RDCP*, núm. 34, 2021, pp. 101-122.
- CUENA CASAS, Matilde: «El hipotecante no deudor y la exoneración del pasivo insatisfecho (Comentario de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de diciembre de 2019)», en *ADCon*, núm. 52, 2021, pp. 451-464.
- DE LOS BUEIS CASTAÑARES, Rubén: «Una visión panorámica de la regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en el texto refundido de la Ley Concursal y en la Directiva (UE) 2019/1023», en *InDret*, núm. 2, 2021, pp. 25-50.
- FACHAL NOGUER, Nuria: «El tratamiento concursal de los créditos garantizados con hipoteca legal tácita», en *ADCon*, núm. 52, 2021, pp. 283-322.
- FERNÁNDEZ SALDAÑA, María Mercedes: «Análisis de la cláusula concursal del art. 382 del código penal. El resarcimiento de la responsabilidad civil originada por el hecho delictivo», en *PDD*, núm. 145, 2020.
- FLORES SEGURA, Marta: «El contenido y los límites de los protocolos de insolvencia en el concurso de un único deudor», en *ADCon*, núm. 52, 2021, pp. 115-128.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «Reestructuración, concurso y exoneración del deudor persona natural», en *ADCon*, núm. 52, 2021, pp. 323-356.
- «Los deberes preconcursales de los administradores sociales», en *RDCP*, núm. 34, 2021, pp. 155-172.
- GONZÁLEZ SUÁREZ, Carmen: «La declaración y conclusión del concurso de persona física a la luz del Texto Refundido de la ley concursal (1)», en *AC*, núm. 12, 2020.
- JUAN GÓMEZ, Mateo: «A vueltas con la segunda oportunidad y el crédito público: un supuesto de ultra vires», en *AC*, núm. 2, 2021.
- LADO CASTRO-RIAL, Cayetana: «El crédito tributario ante los institutos preconcursales», en *RDCP*, núm. 34, 2021, pp. 123-138.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «Liquidación concursal y subasta telemática por entidad especializada», en *RDCP*, núm. 34, 2021, pp. 139-154.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «Significado, función y naturaleza de los protocolos o acuerdos entre administradores concursales», en *ADCon*, núm. 52, 2021, pp. 9-60.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora y RECALDE CASTELLS, Andrés Juan: «Conclusión, cumplimiento e incumplimiento de los acuerdos y protocolos entre administradores concursales», en *ADCon*, núm. 52, 2021, pp. 61-86.

- MARTÍNEZ SANZ, Fernando: «Modificaciones en la obligación del deudor de solicitar el concurso y en materia de cumplimiento del convenio a causa del Covid-19», en *RDCP*, núm. 34, 2021, pp. 89-100.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «El Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia europea transfronteriza y las normas de conflicto en materia laboral: son útiles los protocolos de insolvencia internacional como mecanismos de cooperación y coordinación en el ámbito laboral?», en *ADCon*, núm. 52, 2021, pp. 203-252.
- ORELLANA CANO, Nuria A.: «La sucesión de empresa en el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal (1)», en *AC*, núm. 2, 2021.
- «FOGASA y concurso de la empleadora. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2020», en *RDCP*, núm. 34, 2021, pp. 227-238.
- PALAO UCEDA, Juan: «El principio de continuación de la actividad del concursado vs. la “par condicio creditorum” en la apreciación del daño en las acciones de reintegración concursal», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 665-678.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Financiación preconcursal interna de empresas en reestructuración. Régimen vigente y normas temporales COVID-19», en *RDCP*, núm. 34, 2021, pp. 59-88.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «El innecesario requisito de crédito preexistente al contrato simulado como presupuesto de la acción de simulación contractual concursal», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 679-693.
- RIPOLL CARULLA, Ignacio: «Valoración de empresas en el marco de la transmisión de unidades productivas en el texto refundido de la ley concursal», en *RDCP*, núm. 34, 2021, pp. 269-280.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia: «Los protocolos concursales en las reestructuraciones de grupos de sociedades mediante operaciones de fusión transfronteriza», en *ADCon*, núm. 52, 2021, pp. 177-202.
- RUANO MOCHALES, Teresa: «Las insolvencias punibles ante las reformas de la normativa penal y concursal», en *RDCP*, núm. 34, 2021, pp. 185-208.
- SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel: «El problema de la exclusión de los créditos de derecho público del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en el Texto Refundido de la Concursal (Comentario al Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona de 8 de septiembre de 2020)», en *RDCP*, núm. 34, 2021, pp. 209-226.
- SENDRA ALBIÑANA, Álvaro: «Segunda oportunidad, crédito público y Texto Refundido de la Ley Concursal, ¿ultra vires?», en *RDCP*, núm. 34, 2021, pp. 173-184.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «Los protocolos concursales en el marco del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia: el papel de los tribunales», en *ADCon*, núm. 52, 2021, pp. 87-114.

VERDUGO GARCÍA, Juan y FARIÑAS PEÑA, José Manuel: «Transmisiones de unidades productivas y cesiones de contratos ¿deben comunicarse a las contrapartes cedidas?», en *RDCP*, núm. 34, 2021, pp. 259-268.

YÁÑEZ VIVERO, Fátima: «La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley y la necesidad de reactivar un derecho paraconcursal», en *RDC*, vol. 8, núm. 1, 2021, pp. 1-49.

DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Préstamo hipotecario vinculado a un fondo de inversión: conexidad contractual y propagación de la nulidad. Comentario a la STS de 22 de septiembre de 2020 (RJ2020, 3763)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 373-392.

CALVO VÉRGEZ, Juan: «Principales rasgos configuradores de la llamada deuda Senior Non-Preferred emitida por las entidades financieras», en *RDBB*, año 40, núm. 161, 2021, pp. 205-224.

DA CUNHA MATOS, Francisco: «El necesario cambio de paradigma de la cultura bancaria: Un banco de servicio en la Nueva Normalidad – una reflexión ibérica», en *RDBB*, año 39, núm. 160, 2020, pp. 195-216.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Moratoria hipotecaria, epidemia del COVID-19 y estado de alarma», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 3206-3226.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Moratoria hipotecaria legal y convencional en el pago de préstamos hipotecarios a causa del COVID-19», en *RDBB*, año 40, núm. 161, 2021, pp. 83-154.

PADRÓN VILLALBA, Andrea: «Claroscuros de los Robo-Advisors: inclusión financiera, regulación y consumidores», en *RDBB*, año 40, núm. 161, 2021, pp. 155-180.

PEÑA LÓPEZ, Fernando: «El deber general de información, de evaluación de la idoneidad y de evaluación de la conveniencia de las entidades de servicios financieros y las consecuencias de su incumplimiento: Comentario a la STS de 21 de septiembre de 2020 (RJ 2020,3723)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 351-372.

RODRÍGUEZ, Maridalía: «Instrumentos jurídico-financieros de fomento al ahorro para el acceso a la vivienda en propiedad», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 815-864.

RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: «Una nueva concepción para la usura: Presupuestos y restitución», en *RDC*, vol. 8, núm. 1, 2021, pp. 181-242.

RUIZ OJEDA, Alberto Luis y ZAPATA SEVILLA, José: «La confidencialidad en los procedimientos de la CNMV: ¿Límite a los derechos de acceso al expediente por el interesado y por el solicitante de información pública?», en *RDBB*, año 39, núm. 160, 2020, pp. 163-194.

- SANZ BAYÓN, Pablo: «Análisis sobre la naturaleza jurídica de las criptomonedas y la regulación europea de los proveedores de servicios de cambio y de custodia de monederos electrónicos», en *RDBB*, año 39, núm. 160, 2020, pp. 69-110.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Digitalización financiera e innovadores de las tecnofinanzas en la Unión Europea y en España», en *RDBB*, año 40, núm. 161, 2021, pp. 55-82.
- «Ventas agrupadas de contratos bancarios de crédito con consumidores con la obligación de domiciliar sus retribuciones salariales o ingresos asimilados La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (sala quinta) de 15 de octubre de 2020», en *RDBB*, año 40, núm. 161, 2021, pp. 251-278.
- «Un impacto cualificado de la normativa extraordinaria del Covid-19 en la regulación bancaria: las moratorias de deudas inmobiliarias», en *RGLJ*, núm. 4, 2020, pp. 647-677.
- UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores: «La unión económica y monetaria y la primacía del Derecho de la Unión a la luz del caso Weiss/PSPP», en *RDBB*, año 39, núm. 160, 2020, pp. 241-264.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

- GARCÍA BALLESTEROS, Jesús J.: «Arbitraje y las conductas desleales del artículo 14 LCD», en *RDCD*, núm. 27, 2020.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «Las acciones de regreso entre los infractores por daños en el Derecho de la competencia», en *RDCD*, núm. 27, 2020.
- GÓMEZ SANTOS, María: «Intercambios de información en el sector asegurador: tipologías y problemática antitrust», en *RDCD*, núm. 27, 2020.
- GONZÁLEZ PACHÓN, Laura: «La defensa de la competencia en los seguros decenales de daños a la edificación A propósito del ATS de 23 de septiembre de 2020», en *RDCD*, núm. 27, 2020.
- LÓPEZ RIDRUEJO, María *et al.*: «A vueltas con las UTES entre competidores y el derecho de la competencia: La necesidad de clarificar el test legal aplicable», en *RDCD*, núm. 27, 2020.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio: «La defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del derecho de la competencia», en *InDret*, núm. 1, 2021, pp. 1-45.
- SAN MARTÍN CALVO, Marina: «La competencia judicial internacional en el ámbito de la aplicación privada del derecho de la competencia. La interpretación del TJUE», en *RDCD*, núm. 27, 2020.
- VAQUERO LÓPEZ, María del Carmen: «Calificación de la acción de cesación de una conducta anticompetitiva materializada en la relación contractual de las partes del litigio. La decisión del TJUE en el asunto C-59/19, de 24 de noviembre de 2020, Wikingerhof GmbH & Co. KG c. Booking.com BV», en *RDCD*, núm. 27, 2020.

DERECHO DE SEGUROS

- BECH SERRAT, Josep María: «El coste desproporcionado de la reparación de un vehículo y la valoración del daño: Comentario a la STS de 17 de julio de 2020 (RJ 2020, 2675)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 213-244.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «La responsabilidad civil del empresario aéreo y la responsabilidad de la aseguradora e imposición a ésta de los intereses de la demora del art. 20 LCS: Comentario a la STS de 17 de diciembre de 2019 (RJ 2019, 320)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 45-72.
- GODOY DOMÍNGUEZ, Luis A.: «Cobertura de los daños ocasionados por el incendio de un vehículo a motor en situación de parada o estacionamiento», en *PDD*, núm. 145, 2020.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Seguro de responsabilidad civil, limitación de coberturas y responsabilidad de la aseguradora frente a terceros: Comentario a la STS de 6 de julio de 2020 (RJ 2030, 2296)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 149-164.
- GÓMEZ SANTOS, María: «Intercambios de información en el sector asegurador: tipologías y problemática antitrust», en *RDCD*, núm. 27, 2020.
- GONZÁLEZ PACHÓN, Laura: «La defensa de la competencia en los seguros decenales de daños a la edificación. A propósito del ATS de 23 de septiembre de 2020», en *RDCD*, núm. 27, 2020.
- MAGRO SERVET, Vicente: «¿Es el coronavirus un “daño material” que provoque la cobertura en la póliza de seguro contra interrupción de negocios (business interruption)?», en *PDD*, núm. 145, 2020.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, José Miguel: «Reinterpretación del concepto “circulación de vehículo” en el seguro de circulación de vehículos a motor», en *RDC*, vol. 7, núm. 5, 2020, pp. 429-432.

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. DERECHO DIGITAL

- ANGUITA RÍOS, Rosa María: «Inteligencia artificial y derecho civil: líneas de pensamiento en materia de daños», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 2541-2581.
- ARAGÓN POZO, Fernando: «El principio de agotamiento del derecho de distribución en bienes sin soporte material tras la Sentencia Tom Kabinet», en *RDNT*, núm. 55, 2021.
- BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «Estadio intermedio de reflexión para una futura regulación de la ética en el espacio digital europeo: los principios de transparencia y accountability», en *RDNT*, núm. 55, 2021.
- CABALLERO TRENADO, Laura: «Cookies y consentimiento», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 3227-3239.

- CLIMENT GALLART, Jorge Antonio, «La doctrina del TEDH sobre la responsabilidad por el uso de hipervínculos en la prensa digital», en *RDNT*, núm. 55, 2021.
- ESCOLÁ PÉREZ, Manuel Chabier, «Aplicaciones del “machine learning” en el sector legal y nuevas profesiones jurídico-tecnológicas», en *RDNT*, núm. 55, 2021.
- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, José Luis, «La tutela jurídica de la protección de datos de carácter personal en el horizonte post COVID-19. Nuevos compromisos para las Administraciones públicas», en *RDNT*, núm. 55, 2021.
- GARCÍA MEXÍA, Pablo Luis: «Inteligencia artificial: una mirada desde el Derecho», en *AAMN*, núm. 60, 2020, pp. 117-157.
- GUILABERT VIDAL, María Remedios: «Responsabilidad por los daños causados a los menores “youtubers”», en *RDNT*, núm. 55, 2021.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «Robots y Derecho de autor: la posibilidad de una auditoría cibernética», en *RGLJ*, núm. 4, 2020, pp. 595-646.
- LOIS CABALLÉ, Javier: «El “comerciante ocasional”: el impacto de las nuevas tecnologías en el marco de la economía colaborativa, en la delimitación de los conceptos de consumidor y comerciante», en *RDNT*, núm. 55, 2021.
- MENA DURÁN, María Luisa: «La regulación del blockchain: cuestionando la identidad entre el código y la ley», en *RDNT*, núm. 55, 2021.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «Sentido y alcance de la Ley 6/2020, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza», en *RDNT*, núm. 55, 2021.
- ROSELLÓ RUBERT, Francisca María: «La anulación del Escudo de Privacidad y las plataformas digitales norteamericanas importadoras de datos personales: antecedentes, problemática actual y propuestas de solución», en *RDNT*, núm. 55, 2021.
- RUIZ-GALLARDÓN, Miguel: «Tokenización de activos y blockchain: aspectos jurídicos», en *AAMN*, núm. 60, 2020, pp. 259-288.
- SANZ BAYÓN, Pablo: «Análisis sobre la naturaleza jurídica de las criptomonedas y la regulación europea de los proveedores de servicios de cambio y de custodia de monederos electrónicos», en *RDBB*, año 39, núm. 160, 2020, pp. 69-110.
- SUÁREZ PUGA, Ernesto: «Naturaleza y régimen jurídico de las criptomonedas», en *InDret*, núm. 2, 2021, pp. 383-396.

DERECHO SANITARIO

- ARCOS VIEIRA, María Luisa: «Infecciones mosocimiales: ni imprevisibles ni inevitables. Alcance del art. 148 TRLGDUC y carga de la prueba. Comentario a la STS de 18 de julio de 2019, 3471)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 27-44.

- MACÍA MORILLO, Andrea: «El parámetro de la “lex artis” de los profesionales médicos en tiempos de COVID-19», en *RdPat*, núm. 54, 2021.
- RAMOS MATEOS, Almudena: «Diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad», en *RJUAM*, núm. 41, 2020, pp. 53-68.
- SÉBASTIEN BORGHETTI, Jean *et al.*: «Procurement of Covid-19 vaccines: why were legal liabilities transferred to the public sector?», en *Indret*, núm. 2, 2021, pp. 364-366.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

- BÁRCENA SUÁREZ, Nicolás: «La actual visión europea del préstamo responsable en el mercado inmobiliario», en *AC*, núm. 1, 2021.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La protección del consumidor en los créditos o tarjetas “revolving”: la importancia de la información y el control de transparencia en su contratación (I)», en *RGLJ*, núm. 1, 2021, pp. 103-154.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Transparencia y control de abusividad en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», en *AAMN*, núm. 60, 2020, pp. 289-317.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Nulidad de la cláusula que atribuye todos los gastos al prestatario en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con consumidores: Comentario a la STS de 14 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3228)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 307-332.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Criterios para la condena en costas en los procesos promovidos por consumidores: Comentario a la STS pleno de 17 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3252)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 333-350.
- CRESPO MORA, María Carmen: «La protección del consumidor de servicios jurídicos», en *RDC*, vol. 8, núm. 1, 2021, pp. 93-145.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «La necesidad de revisión de los criterios de embargabilidad para la protección del consumidor vulnerable», en *AC*, núm. 3, 2021.
- GÓMEZ AGUILERA, Ángel Marcos: «El control judicial de la existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución del contrato de préstamos hipotecarios concertados con consumidores: análisis del estado actual de la cuestión», en *RDBB*, año 40, núm. 161, 2021, pp. 181-204.
- LOSADA DURÁN, David: «Nulidad de cláusula abusiva y efectos restitutorios. Aplicación del artículo 1303 CC», en *AC*, núm. 3, 2021.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el art. 36 del RD-ley 11/2020 / Consumer protection within the COVID-19 pandemic: art.36 from RD-Law 11/2020», en *RDC*, vol. 7, núm. 5, 2020, pp. 1-39.

- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Productos defectuosos: delimitación de la responsabilidad del fabricante y del distribuidor pertenecientes al mismo grupo de empresas. Comentario a la STS pleno de 20 de julio 2020 (RJ2020, 2674)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 251-264.
- NAVARRO MICHEL, Mónica: «Vehículos automatizados y responsabilidad por producto defectuoso», en *RDC*, vol. 7, núm. 5, 2020, pp. 175-223.
- PARDO PRADO, Silvia: «Solvencia y control de transparencia en los préstamos y tarjetas “revolving”», en *AC*, núm. 12, 2020.
- PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco: «Control de la transparencia y acciones de cesación: Comentario a la STS de 7 de julio de 2020 (RJ 2020, 2298)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 181-192.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Incumplimiento de la obligación de información en preferentes y subordinadas: han de descontarse los rendimientos obtenidos por el cliente para valorar el daño indemnizable. Comentario a la STS 21 de julio de 2020 (RJ 2020, 2694)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 265-284.
- RUIZ RICO ARIAS, María Dolores: «Nulidad de pleno derecho, transacción y novación. A propósito de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre validez de acuerdos transaccionales sobre cláusulas nulas», en *AC*, núm. 12, 2020.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Nulidad por abusiva de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: integración del contrato conforme al derecho nacional supletorio, prescripción de la acción de restitución y costas procesales (a propósito de la STJUE de 16 de julio de 2020 y la doctrina del Tribunal Supremo)», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3911-3944.
- SALAS CARCELLER, Antonio: «El ámbito de la legitimación de las asociaciones para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios», en *AC*, núm. 12, 2020.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Ventas agrupadas de contratos bancarios de crédito con consumidores con la obligación de domiciliar sus retribuciones salariales o ingresos asimilados La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (sala quinta) de 15 de octubre de 2020», en *RDBB*, año 40, núm. 161, 2021, pp. 251-278.
- VIGLIANISI FERRARO, Angelo: «El “daño por vacaciones arruinadas” en el ordenamiento jurídico italiano», en *RDP*, núm. 2, 2021, pp. 67-84.

DERECHO URBANÍSTICO

- AGOÚÉS MENDIZÁBAL, Carmen: «La dimensión ambiental de la planificación territorial y urbanística y la integración de procedimientos en el Decreto 46/2020 del Gobierno vasco», en *RJUAM*, núm. 45, 2020, pp. 77-108.

- ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia y PARAJÓ CALVO, Margarita: «Rehabilitación edificatoria, regeneración y renovación urbana en Galicia», en *RJUAM*, núm. 45, 2020, pp. 15-76.
- CAPDEFERRO VILLAGRASA, Óscar: «La gestión de riesgos: pieza central para un nuevo enfoque de “compliance” de la función social pública urbanística en garantía del buen gobierno del territorio», en *RDU*, núm. 341, 2020, pp. 95-133.
- «Planeamiento urbanístico inteligente para la construcción de la “smart city” y el “smart campus”», en *RDU*, núm. 343, 2021, pp. 117-154.
- CARUZ ARCOS, Eduardo y MORENO PRIETO, Julio David: «Las licencias urbanísticas y la cláusula “sin perjuicio de terceros”», en *RJUAM*, núm. 45, 2020, pp. 223-246.
- CASADO ECHARREN, Amaya y SERRANO MARTÍN DE VIDALES, Carlos: «Las posibilidades de intervención de las entidades de colaboración urbanísticas en el contexto de la Ley 1/2020, de 8 de octubre, por la que se modifica la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid, para el impulso y reactivación de la actividad urbanística», en *RDU*, núm. 344, 2021, pp. 87-108.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: «Dos nuevas sentencias del Tribunal Supremo sobre la nulidad de los planes de ordenación», en *RJUAM*, núm. 45, 2020, pp. 251-262.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger: «Para comprender las actuaciones de dotación (de una vez por todas)», en *RDU*, núm. 341, 2020, pp. 19-40.
- «Constitución de complejos inmobiliarios en régimen de actuaciones de dotación: innovación instrumental de relevante trascendencia urbanística», en *RDU*, núm. 344, 2021, pp. 49-85.
- FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, Gonzalo: «Régimen jurídico de la descalificación de las viviendas protegidas», en *RDU*, núm. 344, 2021, pp. 137-169.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «Equidistribución e igualdad no son disociables, pero algo hay que hacer ya», en *RJUAM*, núm. 45, 2020, pp. 277-294.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando y GARCÍA CRESPO, Héctor: «Ciudad y movilidad: una compleja relación histórica y presente en busca de la siempre esquivada sostenibilidad urbana», en *RDU*, núm. 342, 2020, pp. 19-74.
- GARCÍA RUBIO, Fernando: «Urbanismo y campus universitarios: una perspectiva en tiempos de “smart cities” entre la rehabilitación de edificios históricos y la prestación online en una trama urbana», en *RDU*, núm. 343, 2021, pp. 25-79.
- GÓMEZ JIMÉNEZ, María Luisa: «De la integración urbanística de los campus universitarios en la ciudad inteligente», en *RDU*, núm. 343, 2021, pp. 19-24.
- GUTIÉRREZ DAVID, María Estrella: «Aproximación iuspublicista y normalizada a los edificios inteligentes en el marco del nuevo urbanismo datificado y algoritmizado», en *RDU*, núm. 343, 2021, pp. 155-207.

- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «La constancia registral de la situación urbanística de la edificación», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 3240-3252.
- «La inscripción de la división y segregación de fincas por antigüedad», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 694-706.
- LASO BAEZA, Vicente: «Nuevas posibilidades para acceder a la cancelación de los asientos practicados por la inscripción de un proyecto de reparcelación anulado», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 4009-4020.
- LLADÓ MARTÍNEZ, Albert: «Responsabilidad social universitaria, campus y ciudades inteligentes: la colaboración entre disciplinas y entre instituciones como elementos básicos para una ciudad inteligente y sostenible», en *RDU*, núm. 343, 2021, pp. 81-115.
- MARTÍN ROS, Salvador y MARTÍN VALDIVIA, Salvador María: «A vueltas con la legalización de lo ilegal (luces y sombras del nuevo Decreto-Ley 3/2019, edificaciones irregulares en Andalucía», en *RJUAM*, núm. 45, 2020, pp. 109-136.
- «Por fin “mejora y simplificación” en la regulación urbanística de Andalucía: el Decreto-Ley 2/2020 de 9 de marzo», en *RJUAM*, núm. 45, 2020, pp. 171-188.
- MARTÍN VALDIVIA, Salvador María: «Prescripción de las deudas urbanísticas –y de las cuotas de urbanización, en particular– (Comentario a la STS 459/2019, de 4 de abril)», en *RJUAM*, núm. 45, 2020, pp. 263-276.
- PASCUAL MARTÍN, Jesús Ignacio: «Las dotaciones urbanísticas públicas y su demanialidad», en *RJUAM*, núm. 45, 2020, pp. 137-170.
- PASCUAL MARTÍN, Jesús Ignacio y CEBRIÁN HERRÁNZ, Laura: «Los contratos sobre los patrimonios públicos del suelo: naturaleza, régimen jurídico», en *RJUAM*, núm. 45, 2020, pp. 189-222.
- PORTO REY, Enrique: «El factor global de corrección por localización», en *RDU*, núm. 343, 2021, pp. 19-47.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «La huerta valenciana: propiedad, ordenación del territorio y protección», en *RDU*, núm. 344, 2021, pp. 109-136.
- REVILLA TORRES, José Miguel: «Compraventa de viviendas sobre plano tras la reforma de la disposición adicional primera de la LOE por la Ley 20/2015», en *AC*, núm. 3, 2021.
- RODRÍGUEZ FLORIDO, Iván: «La regulación del alojamiento turístico en Barcelona: el PEUAT y los distintos pronunciamientos judiciales recaídos sobre su legalidad», en *RJUAM*, núm. 45, 2020, pp. 295-312.
- SARMIENTO ACOSTA, Manuel Jesús: «Retos y peligros del moderno derecho urbanístico: seguridad jurídica, eficacia y buena administración. El peligro de la corrupción», en *RDU*, núm. 342, 2020, pp. 75-125.
- SOLA TEYSSIERE, Javier: «La competencia municipal para la ordenación urbanística de las viviendas turísticas», en *RDU*, núm. 340, 2020, pp. 137-192.

DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

- AGOUÉS MENDIZÁBAL, Carmen: «La dimensión ambiental de la planificación territorial y urbanística y la integración de procedimientos en el Decreto 46/2020 del Gobierno vasco», en *RJUAM*, núm. 45, 2020, pp. 77-108.
- AGUADO PUIG, Alfonso: «Red Natura 2000: un análisis jurídico del conflicto entre desarrollo y protección ambiental en el Derecho europeo», en *RDA*, núm. 47, 2020, pp. 181-230.
- AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, Juan Manuel: «La calificación ambiental y la declaración responsable de los efectos ambientales: dos instrumentos», en *RDA*, núm. 47, 2020, pp. 71-125.
- BORGES MOREIRA LOURENÇO, Bruna *et al.*: «La problemática de los residuos eléctricos y electrónicos en Brasil: la necesidad de una educación ambiental para el consumo consciente», en *RDA*, núm. 47, 2020, pp. 289-322.
- FALCÓN PÉREZ, Carmen Esther: «Afrontando el reto de la eficiencia energética en edificios a través de las cooperativas de viviendas», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 13-63.
- GARCÍA ASENSIO, José Miguel: «El contrato territorial en España aplicado al sector forestal», en *RDA*, núm. 47, 2020, pp. 127-179.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: «Las licencias urbanísticas ante el silencio administrativo», en *RDU*, núm. 340, 2020, pp. 85-135.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «La utilización interesada (en algunas ocasiones) de la regeneración urbana para ocultar deliberadamente genuinos procesos de gentrificación», en *RDU*, núm. 340, 2020, pp. 19-84.
- GAVILÁN LÓPEZ, José: «Islas verdes: el turismo rural de obra en tela de juicio», en *RDU*, núm. 344, 2021, pp. 171-197.
- LLADÓ COLOM, Juan José: «Comentarios al Decreto 25/2018 de 27 de julio, sobre la conservación de la posidonia oceánica en las Islas Baleares», en *RDU*, núm. 342, 2020, pp. 169-189.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «La transposición de la Directiva de ordenación del medio marino al derecho interno español: problemas de aplicación a las aguas costeras», en *RDU*, núm. 342, 2020, pp. 127-167.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «La protección de la variedad vegetal ante la innovación biológica: una reflexión sobre la patentabilidad de los vegetales y los objetivos de desarrollo sostenible», en *RGLJ*, núm. 1, 2021, pp. 69-101.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBREIRO, Blanca: «Hacia un salto disruptivo verde: El potencial de los montes ante el green new deal y la nueva PAC 2021-2027», en *RDA*, núm. 47, 2020, pp. 23-69.

- «Periodo 2021-2027 post Covid (nuevo pacto verde, “next generation EU” y la nueva PAC): ¿hacia una “nueva ruralidad” en Europa y en España?», en *RDU*, núm. 341, 2020, pp. 135-192.
- RODRÍGUEZ ESCOBAR, Rubén: «Régimen jurídico de la valoración de los daños a la calidad de las aguas», en *RDA*, núm. 47, 2020, pp. 235-258.
- SANTAMARÍA ARINAS, René Javier: «Pautas constitucionales para (empezar a) evaluar la sostenibilidad de las leyes», en *RDA*, núm. 47, 2020, pp. 11-19.
- VALENCIA MARTÍN, Germán: «La tutela cautelar ambiental en España y Chile: un apunte comparativo», en *RDA*, núm. 47, 2020, pp. 323-351.

RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

DERECHO PROCESAL

- AÑÓN CALVETE, Juan: «Plazo de prescripción de las acciones sin plazo especial. Fin del plazo de prescripción de 15 años», en *AC*, núm. 1, 2021.
- BLANCO, Hernán: «El hackeo con orden judicial en la legislación procesal española a partir de la Ley Orgánica 13/2015, del 5 de octubre», en *InDret*, núm. 1, 2021, pp. 431-501.
- CERRATO GURI, Elisabet: «Cómo lograr la efectividad de la ejecución judicial civil a través de la activación de fórmulas de apremio alternativas», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 991-1023.
- CÓRDOBA ROSA, Juan: «La Sentencia del procés en su valoración desde el prisma de la culpabilidad», en *RJC*, núm. 3, 2020, pp. 585-598.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Criterios para la condena en costas en los procesos promovidos por consumidores: Comentario a la STS pleno de 17 de septiembre de 2020 (RJ 2020, 3252)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 333-350.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Competencia judicial en materia de responsabilidad parental y residencia habitual del menor: (los criterios interpretativos del interés superior del menor, y, el criterio de proximidad)», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 3807-3822.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes: «Deliberación y motivación del veredicto. Las facultades del magistrado-presidente del tribunal del jurado», en *InDret*, núm. 1, 2021, pp. 355-376.
- FLORES MARTÍN, Jackeline: «Fijación del momento de la disolución del régimen económico matrimonial: interpretación sustantiva (arts. 95 y 1392 del Código Civil) y aspectos procesales. Comentario a la STS, Sala de lo Civil, núm. 297/2019 de 28 de mayo (RJ 2019, 2165)», en *RdPat*, núm. 54, 2021.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «¿Cabe la enervación parcial en el juicio de desahucio?», en *AC*, núm. 3, 2021.

- GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Algunas reflexiones sobre el proceso al procés», en *RJC*, núm. 3, 2020, pp. 625-644.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: «Cuestiones procesales relevantes de la sentencia del procés», en *RJC*, núm. 3, 2020, pp. 645-686.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: «Notas sobre las obligaciones de ajuste en el tratamiento procesal de las personas investigadas o acusadas vulnerables (La inaplazable necesidad de un estatuto procesal específico)», en *RJC*, núm. 4, 2020, pp. 873-904.
- LÓPEZ GARCÍA, Pablo: «El beneficio de la justicia gratuita del demandado como fundamento del peligro en la demora de la medida cautelar», en *AC*, núm. 12, 2020.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «La prescripción de la acción de indemnización de daños en caso de abusos sexuales a menores», en *RdPat*, núm. 54, 2021.
- NADAL GÓMEZ, Irene: «La tutela de las garantías internacionales del sistema de Ciudad del Cabo en el ordenamiento procesal español», en *InDret*, núm. 2, 2021, pp. 321-363.
- PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «La realización por persona o entidad especializada (artículo 641 LEC): problemas técnicos y soluciones prácticas (1)», en *AC*, núm. 2, 2021.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «La Sentencia del TS de 14/10/2019, su valoración penal y político criminal y perspectiva de futuro», en *RJC*, núm. 3, 2020, pp. 599-624.
- REYNAL QUEROL, Nùria: «Particularidades de la declaración testifical de la víctima de violencia de género», en *RJC*, núm. 3, 2020, pp. 715-738.
- «La extensión a terceros de la cosa juzgada positiva de la resolución pre-judicial civil», en *InDret*, núm. 2, 2021, pp. 301-320.
- SALAS CARCELLER, Antonio *et al.*: «Viabilidad de demanda reconvenicional en desahucio por impago de rentas», en *AC*, núm. 1, 2021.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», en *RDC*, vol. 7, núm. 5, 2020, pp. 385-428.
- VILLANUEVA MARTÍNEZ, Antonio: «Capacidad en el juramento necesario», en *RJUAM*, núm. 42, 2020, pp. 81-104.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- AGUADO PUIG, Alfonso: «Red Natura 2000: un análisis jurídico del conflicto entre desarrollo y protección ambiental en el Derecho europeo», en *RDA*, núm. 47, 2020, pp. 181-230.

- ALONSO GARCÍA, Ricardo y ALMUNDÍ GARCÍA, José Manuel: «La declaración de compatibilidad del impuesto sobre el valor de producción de la energía eléctrica (IVPEE) con el Derecho de la Unión Europea: asunto Oliva Park (Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2021, C-220/19)», en *REDE*, núm. 77, 2021, pp. 101-118.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «La digitalización de las sociedades de capital españolas tras las Directivas europeas sobre la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades», en *RDM*, núm. 320, 2021.
- BORGES BLÁZQUEZ, Raquel: «La orden de protección europea y su aplicación en España», en *RJUAM*, núm. 41, 2020, pp. 93-127.
- CALLES BALLESTEROS, Roberto: «Implicaciones en el Derecho internacional privado del Reglamento sobre medidas contra el geobloqueo», en *RJUAM*, núm. 41, 2020, pp. 69-92.
- CASADO NAVARRO, Antonio: «La forma del producto: protección como marca y compatibilidad con el diseño industrial (Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [5.ª] de 23 de abril de 2020, en el asunto C-237/19, Gömböc)», en *RDM*, núm. 320, 2021.
- CORBERÁ, José: «El alcance de los derechos del obtentor. (Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo [1.ª], de 11 de junio de 2020)», en *RDM*, núm. 319, 2021.
- CORTI VARELA, Justo: «El “Public Sector Purchase Programme” (PSPP) a la luz de las jurisprudencias del TJUE y del Tribunal Constitucional Federal Alemán: antecedentes y consecuencias de la sentencia del BVerfG de 5 de mayo de 2020 (2 BvR 859/15)», en *RDCE*, año 25, núm. 68, 2021, pp. 67-112.
- DE HOYOS SANCHO, Monserrat: «El libro blanco sobre inteligencia artificial de la Comisión Académica», en *REDE*, núm. 76, 2020, pp. 9-43.
- DI MARCO SÁNCHEZ, Guillermo: «La democracia en el pensamiento de Antonio Gramsci», en *RJUAM*, núm. 41, 2020, pp. 129-149.
- ECKHOUT, Piet: «Brexit after the negotiation of the Trade and Cooperation Agreement: who takes back control of what?», en *RDCE*, año 25, núm. 68, 2021, pp. 11-22.
- ECHEZARRETA FERRER, María Teresa y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, María Ángeles: «Dos pronunciamientos judiciales relacionados y decisivos para el avance del reconocimiento mutuo del Reglamento 805/2004: la sentencia del TC 26/2020, de 24 de febrero y el auto de la AP de Girona 243/2020, de 10 de junio», en *RDCE*, año 25, núm. 68, 2021, pp. 279-307.
- FARALDO-CABANA, Patricia: «Reconocimiento mutuo de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad sin imposición de obligaciones o deberes. La sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2020, A. P. (C-2/19, EU: C:2020:237)», en *RDCE*, año 25, núm. 68, 2021, pp. 259-277.

- FASSIAUX, Sébastien: «El difícil equilibrio entre la crisis del sector aéreo y los derechos de los pasajeros en la era del COVID-19», en *RDCE*, año 25, núm. 68, 2021, pp. 185-225.
- FERRER LLORET, Jaume: «La Unión Europea ante el derecho de asilo: a propósito del asunto “Comisión/Hungría (acogida de solicitantes de protección internacional)”», en *RDCE*, año 25, núm. 68, 2021, pp. 25-66.
- FRÖHLINGSDORF NICOLÁS, Patricia Elena: «El Brexit y los acuerdos de retirada y de comercio y cooperación: marco constitucional y mecanismos de solución de controversias», en *REDE*, núm. 77, 2021, pp. 35-66.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: «Aplicación de la doctrina de las “instalaciones esenciales” y obligación de ceder el acceso a tanatorios privados. Comentario a la STS de 10 de diciembre de 2019», en *RDCD*, núm. 27, 2020.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «La Unión Europea, un ejemplo a seguir en la consecución de ciudades inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles: objetivo 11 de la agenda 2030», en *RDU*, núm. 341, 2020, pp. 41-93.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Las escisiones transfronterizas intracomunitarias tras la Directiva (UE) 2019/2121: posibilidades y aspectos procedimentales», en *RDM*, núm. 320, 2021.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «La transposición de la Directiva de ordenación del medio marino al derecho interno español: problemas de aplicación a las aguas costeras», en *RDU*, núm. 342, 2020, pp. 127-167.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «Parejas de hecho, registros autonómicos y el limitado alcance en España del Reglamento europeo sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas», en *RDPA*, núm. 2, 2021, pp. 31-65.
- PANIZO CALVO, Francisco Javier: «La encrucijada del matrimonio: la Corte de Estrasburgo», en *AC*, núm. 3, 2021.
- RODRÍGUEZ IZQUIERDO SERRANO, Miryam: «A vueltas con la pulsión federal de la carta: la tutela de derechos fundamentales en fallos fundamentales en fallos por incumplimiento», en *REDE*, núm. 76, 2020, pp. 45-71.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: «Hacia un salto disruptivo verde: El potencial de los montes ante el green new deal y la nueva PAC 2021-2027», en *RDA*, núm. 47, 2020, pp. 23-69.
- «Periodo 2021-2027 post Covid (nuevo pacto verde, “next generation EU” y la nueva PAC): ¿hacia una “nueva ruralidad” en Europa y en España?», en *RDU*, núm. 341, 2020, pp. 135-192.
- RUBINO, Vito: «¿Crónica de una muerte anunciada? The ECJ judgment Lactalis and what’s left of the “made in” question in the European Union», en *RDCE*, año 25, núm. 68, 2021, pp. 309-325.
- RUIZ TARRÍAS, Ignacio: «La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto “Schrems II” o cómo los datos personales pueden terminar viajando sin equipaje», en *REDE*, núm. 76, 2020, pp. 111-162.

- SAN MARTÍN CALVO, Marina: «La competencia judicial internacional en el ámbito de la aplicación privada del derecho de la competencia. La interpretación del TJUE», en *RDCD*, núm. 27, 2020.
- SANZ BAYÓN, Pablo: «Análisis sobre la naturaleza jurídica de las criptomonedas y la regulación europea de los proveedores de servicios de cambio y de custodia de monederos electrónicos», en *RDBB*, año 39, núm. 160, 2020, pp. 69-110.
- SARMIENTO, Daniel: «El Tribunal Constitucional Español y el diálogo judicial europeo», en *REDE*, núm. 77, 2021, pp. 9-34.
- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo Javier: «El desarrollo de la responsabilidad social corporativa versus sostenibilidad, y su relación con el gobierno corporativo en las directivas comunitarias y en el derecho español de sociedades cotizadas», en *RDS*, núm. 61, 2021.
- SOBRINO GARCÍA, Itziar: «Las decisiones de adecuación en las transferencias internacionales de datos. El caso del flujo de datos entre la Unión Europea y Estados Unidos», en *RDCE*, año 25, núm. 68, 2021, pp. 227-256.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Digitalización financiera e innovadores de las tecnofinanzas en la Unión Europea y en España», en *RDBB*, año 40, núm. 161, 2021, pp. 55-82.
- UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores: «La unión económica y monetaria y la primacía del Derecho de la Unión a la luz del caso Weiss/PSPP», en *RDBB*, año 39, núm. 160, 2020, pp. 241-264.
- VAQUERO LÓPEZ, María del Carmen: «Calificación de la acción de cesación de una conducta anticompetitiva materializada en la relación contractual de las partes del litigio. La decisión del TJUE en el asunto C-59/19, de 24 de noviembre de 2020, Wikingerhof GmbH & Co. KG c. Booking.com BV», en *RDCD*, núm. 27, 2020.
- VIGURI CORDERO, Jorge Agustín: «El derecho a la protección internacional en España: hacia una necesaria reforma legal», en *REDE*, núm. 77, 2021, pp. 67-98.
- VOSA, Giuliano: «Early traits of the essentiality principle: a (counterintuitive) European lesson from Karlsruhe?», en *RDCE*, año 25, núm. 68, 2021, pp. 113-155.

DERECHO COMPARADO

- BALLISTRETI, Maurizio: «Renta básica universal en Italia y España y derechos fundamentales», en *RGLJ*, núm. 4, 2020, pp. 553-566.
- BARBA, Vincenzo: «El contenido atípico del testamento en el Derecho italiano, superación del concepto y acto de última voluntad», en *RDP*, núm. 1, 2021, pp. 101-136.
- BORGES MOREIRA LOURENÇO, Bruna *et al.*: «La problemática de los residuos eléctricos y electrónicos en Brasil: la necesidad de una educación

- ambiental para el consumo consciente», en *RDA*, núm. 47, 2020, pp. 289-322.
- BRANDELLI, Leonardo: «Abstracción y causalidad entre el plano real y el obligacional y su relación con los tipos de registros inmobiliarios», en *RCDI*, núm. 782, 2020, pp. 3675-3708.
- CABEZUDO BAJO, María José: «Efectos del incumplimiento del contrato de gestación por sustitución compensada en la filiación establecida por sentencia», en *RCDI*, núm. 781, 2020, pp. 2773-2814.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «Fundamentos teóricos de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 163-180.
- CORTI VARELA, Justo: «El “Public Sector Purchase Programme” (PSPP) a la luz de las jurisprudencias del TJUE y del Tribunal Constitucional Federal Alemán: antecedentes y consecuencias de la sentencia del BVerfG de 5 de mayo de 2020 (2 BvR 859/15)», en *RDCE*, año 25, núm. 68, 2021, pp. 67-112.
- GARCÍA PINEDA, Nicolás J.: «Responsabilidad civil por productos defectuosos en el Derecho hondureño», en *RJUAM*, núm. 42, 2020, pp. 17-45.
- GIACCAGLIA, Michele: «La Orden TMA/336/2020 y el derecho de propiedad en la época del COVID-19: (breves) reflexiones comparativas entre el ordenamiento español, italiano (y supranacional)», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 351-393.
- HENRÍQUEZ SALIDO, María do Carmo: «Las máximas jurídicas latinas en el “Diccionario del Español Jurídico (DEJ)”», en *RGLJ*, núm. 4, 2020, pp. 567-594.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Iván Dario: «El estado de la cuestión sobre el carácter vinculante del precedente judicial en Colombia», en *RJUAM*, núm. 42, 2020, pp. 47-80.
- LÓPEZ AZCONA, María Aurora: «La determinación de la filiación en Derecho francés: ¿Un sistema más flexible que el español?», en *RGLJ*, núm. 1, 2021, pp. 21-68.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco: «La indemnización de los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 23 de septiembre de 2020)», en *RDM*, núm. 320, 2021.
- MURRAY, Peter L.: «Valoración desde USA del sistema europeo de justicia preventiva basado en el notariado», en *AAMN*, núm. 60, 2020, pp. 19-53.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Anatomía de un proceso: la lesión de derechos de particulares por medio de obras creativas en derecho italiano antes del año 2003 (1)», en *AC*, núm. 4, 2021.
- RUIZ DE LA FUENTE, Consuelo: «Radiografía de las apelaciones mercantiles en Barcelona», en *RJC*, núm. 4, 2020, pp. 1003-1030.

- SANTOSUOSSO, Daniele U.: «El abuso de heterodirección en los grupos de empresas y los poderes del síndico de la quiebra», en *ADCon*, núm. 52, 2021, pp. 405-418.
- SOLANA ROMERO, Fernando: «China y la dimensión internacional del trabajo: una visión materialista de las relaciones internacionales», en *RJUAM*, núm. 40, 2019, pp. 53-75.
- URRUTIA BADIOLA, Andrés M.: «Habitación, familia y sucesión (del derecho civil vasco al derecho privado europeo)», en *RCDI*, núm. 783, 2021, pp. 223-276.
- VALENCIA MARTÍN, Germán: «La tutela cautelar ambiental en España y Chile: un apunte comparativo», en *RDA*, núm. 47, 2020, pp. 323-351.
- VIGLIANISI FERRARO, Angelo: «El “daño por vacaciones arruinadas” en el ordenamiento jurídico italiano», en *RDP*, núm. 2, 2021, pp. 67-84.

VARIA

- BANACLOCHE PALAO, Julio: «Efectos de la oposición en los procedimientos notariales de jurisdicción voluntaria», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 13-26.
- BARREIRO, Jorge Agustín: «Recuerdos a una larga y entrañable relación de amistad: a la memoria del profesor S. Mir Puig, catedrático emérito de Derecho penal de la Universidad de Barcelona (UB)», en *RJUAM*, núm. 42, 2020, pp. 9-14.
- BENEDITO MORANT, Vicente: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Eclesiástico de la Archidiócesis de Barcelona de 4 de junio de 2020», en *RJC*, núm. 4, 2020, pp. 1031-1054.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sanción de expulsión por la infracción de la disciplina de partido 193-212: Comentario a la STS pleno de 7 de julio de 2020 (RJ 2020, 2264)», en *CCJC*, núm. 115, 2021, pp. 193-212.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio: «La relevancia de la doctrina de las vulneraciones indirectas de los derechos fundamentales. ¿Es asumible una pluralidad de contenidos de la dignidad humana?», en *REDE*, núm. 76, 2020, pp. 73-107.
- DÍAZ DE LA ROSA, Angélica: «Algunas cuestiones planteadas en torno al régimen jurídico de los buques autónomos», en *RDM*, núm. 320, 2021.
- FERNÁNDEZ YÁÑEZ, Pedro: «Trasladada a papel la copia autorizada electrónica puede ser empleada en el tráfico jurídico general: comentando la RGRN (sistema notarial) de 4 de septiembre de 2019», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 155-160.
- FONT I LLOVET, Tomàs: «Cap a una nova justícia administrativa per a les ciutats. El Consell Tributari de Barcelona als trenta anys de la seva creació», en *RJC*, núm. 4, 2020, pp. 951-964.

- GERMANO, Riccardo: «Consideraciones generales sobre la responsabilidad penal por la no evitación imprudente del delito doloso ajeno: dos residuos», en *RJUAM*, núm. 40, 2019, pp. 77-100.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «Blockchain y función notarial», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 119-147.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Jaume: «El test de resistencia de los acuerdos impugnables: límites en su aplicabilidad», en *RJUAM*, núm. 40, 2019, pp. 37-51.
- LÓPEZ MAROTO, Miguel: «Draghi a los ojos de Weber. Un análisis actual del poder del Banco Central Europeo», en *RJUAM*, núm. 42, 2020, pp. 105-132.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: «Santiago Mir, el penalista, el amigo. Recuerdo póstumo», en *RJUAM*, núm. 41, 2020, pp. 9-24.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Carmen: «Censura tardía de la inquisición española a François Le Douaren», en *RJUAM*, núm. 40, 2019, pp. 101-116.
- NAVARRO MASSIP, Jorge y PERETE HORRACH, Pere Joan: «El delito de usurpación de bienes inmuebles. Una aproximación a los límites y el alcance de las acciones de la comunidad de propietarios en el proceso penal», en *RJC*, núm. 4, 2020, pp. 933-950.
- PAU PEDRÓN, Antonio: «“Se evitarán los intentos de reconstrucción”. Examen del artículo 39 de la Ley del Patrimonio Histórico Español», en *RDC*, vol. 7, núm. 5, 2020, pp. 91-115.
- PERES DÍAZ, Daniel: «Derecho, validez y poder: una crítica de la teoría jurídica analítico-normativista», en *RJUAM*, núm. 41, 2019, pp. 27-51.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, María Carmen: «Responsabilidad patrimonial de la administración por prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento libre de los vaivenes jurisprudenciales a la sentencia del Tribunal Constitucional 85/2019, de 19 de junio, y la aplicación actual de su doctrina», en *RdPat*, núm. 54, 2021.
- PONS RAFOLS, Francesc Xavier: «La noció de l'estat de Dret en el Dret Internacional», en *RJC*, núm. 3, 2020, pp. 687-714.
- PRATS, Elena: «El delito de maltrato animal en España», en *RJC*, núm. 4, 2020, pp. 965-1002.
- ROMERO CARRILLO DE MENDOZA, Alfonso: «Consolidación del necesario ejercicio directo de la función notarial e interdicción del uso de sociedades civiles profesionales para el desarrollo de la mima: comentando la RDGRN de 18 de septiembre de 2019», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 149-153.
- ROVIRA FERRER, Irene: «El impacto fiscal del COVID-19 en el arrendamiento de bienes inmuebles», en *RCDI*, núm. 784, 2021, pp. 1025-1058.
- RIVAS ANDRÉS, Rafael: «Presunción de veracidad y valor probatorio de escrituras y autoliquidaciones ante Hacienda», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 39-118.

SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA, Alberto: «Martín de Gaztelu, notario de Carlos I en Yuste», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 29-38.

SANZ FUENTE, Ramón: «Israel como Estado judío y democrático: el régimen político israelí a examen», en *RJUAM*, núm. 40, 2019, pp. 13-35.

VÁZQUEZ MORENO, José María: «La fiscalidad de la conmutación del usufructo viudal en el ISD», en *RJNot*, núm. 111, 2020, pp. 543-552.

VIVES VALLÉS, Juan Antonio: «Obtenciones vegetales: análisis sobre la viabilidad de la inclusión de caracteres de tolerancia a la sequía en los exámenes DHE realizados al amparo del sistema de la UPOV», en *InDret*, núm. 1, 2021, pp. 113-144.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil.
ADCon	Anuario de Derecho Concursal.
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM.
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio.
PDD	Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental.
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías.
RdPat	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial.
RDC	Revista de Derecho Civil.
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.
RDCD	Revista de Derecho de la competencia y la distribución.
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RDS	Revista de Derecho de Sociedades.
RDU	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente.
REDE	Revista Española de Derecho Europeo.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RJC	Revista Jurídica de Catalunya.
RJNot	Revista Jurídica del Notariado.
RJUAM	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid.

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

InDret

www.indret.com

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), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Jose María MARTÍN 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

PARTE GENERAL

1. Préstamo. Vencimiento anticipado y continuación del devengo de cuotas mensuales. Actos propios.—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo es contrario a los propios actos exigir judicialmente el pago de todas las cuotas pendientes de un préstamo cuando el prestamista, a pesar de haber declarado el vencimiento anticipado por impago, continúa pasando al cobro las siguientes cuotas del préstamo en la cuenta bancaria del deudor, que las paga. En consecuencia, procede condenar a la prestataria a abonar exclusivamente las cuotas vencidas e impagadas. (STS de 19 de octubre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En octubre de 2013 una comunidad de propietarios concertó un préstamo con Franfinance, que dejó de abonar desde agosto de 2014 hasta marzo de 2015, momento en que el prestamista declaró el vencimiento anticipado del préstamo. No obstante, el prestamista continuó pasando al cobro distintas cuotas, de suerte que la prestataria efectuó el pago de las cuotas de agosto 2014 y de marzo 2015 a enero de 2016, fecha en la que se dejaron de cargar recibos de pago del préstamo, habiendo sido presentada la demanda de reclamación de cantidad en julio de 2015.

En estas circunstancias, el Tribunal Supremo consideró aplicable al caso la doctrina de los actos propios «porque la reclamación judicial de todos los plazos pendientes del préstamo no es coherente con la conducta anterior de Franfinance del paso al cobro en la cuenta de la comunidad de las cuotas correspondientes a once mensualidades consecutivas. La conducta de Franfinance fundó la legítima confianza de la Comunidad en que, si pagaba las cuotas mensuales que correspondían, de acuerdo con el contrato, a cada una de las cuotas que iban venciendo, no se le iban a imponer las consecuencias del vencimiento anticipado». Por consiguiente, asumida la instancia por el Alto Tribunal, se estimó parcialmente la demanda condenando a la prestataria a abonar, exclusivamente, las cuotas de septiembre 2014 a febrero 2015, únicas vencidas e impagadas. (A. A. O.)

2. Prescripción extintiva de acciones: Reclamación por secuelas médicas de parto: Interpretación restrictiva.—Examen del recurso de casación interpuesto: sobre la excepción de prescripción acogida por la sentencia recurrida, y su admisibilidad.

El silencio de la relación jurídica, por el tiempo establecido en las leyes, determina la posibilidad de oponer la excepción de prescripción, que no es susceptible de ser apreciada de oficio, sino que habrá de ser alegada y acreditada por la parte demandada.

La prescripción extintiva es reputada como medio de liberarse del derecho ajeno ante la imposibilidad de su ejercicio, al haber prescrito la acción para actuar su defensa o protección jurídica. A este efecto se refiere el artícu-

lo 1930 II CC, cuando norma que «también se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean».

La excepción de prescripción planteada, su acogimiento por parte de las sentencias de primera y segunda instancia, la necesidad de resolución del recurso de casación interpuesto, que cuestiona el juego de tal instituto jurídico, exige partir de unas consideraciones previas:

1.^a La prescripción, como limitación del ejercicio de los derechos, debe ser objeto de una interpretación restrictiva.

Es necesario destacar, como punto de partida, el carácter excepcional y restrictivo que tiene la prescripción de acciones, como de forma reiterada viene destacando esta Sala, al señalar que es una institución que, no fundada en principios de estricta justicia sino en la presunción de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho, determina que su aplicación por los tribunales deba ser cautelosa y restrictiva.

No obstante, es preciso destacar también que la jurisprudencia no puede derogar, por vía de interpretación, el instituto que nos ocupa; pues ello supondría una patente vulneración de nuestro ordenamiento jurídico y una desvinculación de la jurisdicción de su preceptiva sujeción a la ley (art. 117.1 CE). También hemos declarado que el plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción.

2.^a Determinación del día inicial del plazo del ejercicio de las acciones por culpa extracontractual cuando se trata de daños corporales.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1969 CC, el tiempo de 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. Con ello se consagra la regla latina *actio nondum nata non praescribitur*. (SSTS de 27 de febrero de 2004 y 24 de mayo de 2010, Recurso de Casación núm. 644/2006). La apreciación de la prescripción, tratándose de daños causantes de lesiones corporales, ha recibido un tratamiento específico desde una doble perspectiva; primero, con carácter general, bajo la premisa de que no es posible determinar el alcance exacto del daño en el momento en que fue causado; y, en segundo término, en congruencia con el anterior, que el cómputo del plazo para el ejercicio de las acciones resarcitorias no se inicia hasta el conocimiento definitivo de las consecuencias lesivas sufridas, lo que implica la estabilización de las secuelas, toda vez que, en ese momento, es cuando realmente se puede cuantificar el daño causado para ser judicialmente reclamado. En este sentido, señala la STS 326/2019, de 6 de junio, que: «Respecto al día inicial para el cómputo del plazo de prescripción tiene declarado la sala (sentencia 545/2011, de 18 de julio) que la prescripción de la acción, en supuestos como el que se enjuicia, para reclamar por secuelas se inicia con la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados. El conocimiento del daño sufrido que ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción lo tiene el perjudicado al producirse el alta, en la medida que en esta fecha se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos que han de incluirse en la indemnización (SSTS, de Pleno, de 17 de abril de 2007, recurso núm. 2908/2001 y de 17 de abril de 2007). Incluso, en ese esfuerzo delimitador, se ha ampliado el *dies a quo* hasta la expedición de las certificaciones de incapacidad o grados de invalidez expedidas por las Administraciones Públicas competentes, en tanto en cuanto pueden influir en la cuantificación de la indemnización procedente.

3.^a El día del alta médica, con carácter excepcional, no es definitivo, cuando resulten necesarias ulteriores comprobaciones para determinar el alcance de las secuelas.

Con carácter general, el momento del alta definitiva es el momento en que las secuelas han quedado determinadas y en el que comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización (STS, Pleno, de 17 de abril de 2007), lo que no excluye que en atención a las circunstancias especiales concurrentes en casos determinados pueda apreciarse que el plazo de prescripción se inició en un momento posterior.

4.^a Las diligencias preliminares como manifestación de la intención de mantener viva la acción y su virtualidad interruptiva de la prescripción. La presentación de unas diligencias preliminares, en tanto en cuanto constituyen manifestación exteriorizada de la voluntad de preparar el ejercicio de una acción judicial (art. 256.1 LEC), han de valer como causa legítima de interrupción de la prescripción, ya sea ésta civil o mercantil. Así lo ha proclamado este Tribunal Supremo, sirviendo a título de muestra su sentencia 1225/2007, de 12 de noviembre, que, con cita de la STS de 20 de junio de 1986, se expresa en los términos siguientes: «Las diligencias preliminares, dirigidas contra quien luego será demandado constituyen un instrumento idóneo y eficaz para llevar a cabo el requerimiento judicial conservativo que según el artículo 1973 CC permite interrumpir el plazo de prescripción, pues a través de ellas el demandado, como se ha visto, obtiene suficiente conocimiento de lo que se va a pretender de él en un posterior pleito». Como manifestación del ejercicio de la acción judicial son consideradas las diligencias preliminares por las SSTS 225/2005, de 5 abril; 769/2014, de 12 de enero de 2015 y 130/2017, de 27 de febrero.

Valoración jurídica de las circunstancias concurrentes y estimación del recurso.—En primer lugar, no cabe identificar el proceso causal desencadenante del daño corporal sufrido por el menor, que se produjo durante el parto en el que padeció un cuadro clínico caracterizado por secuelas motoras y neuropsicológicas secundarias a la falta de oxígeno por cese de flujo sanguíneo cerebral, con la determinación del día inicial del cómputo del plazo del año para el ejercicio de la acción, lo que requiere la determinación definitiva de las secuelas, como presupuesto necesario para postular la indemnización correspondiente, que ha de ser condigna con el daño real y efectivo padecido para garantizar la indemnidad de la víctima. Pues bien, es obvio que una patología de tal clase puede causar una gama amplísima de discapacidades por afectación de distintas funciones, con diferentes intensidades y variable duración, tanto en el terreno motor, sensorial, conductual, cognitivo, emocional, de integración social, etc., con la presentación de una posible pluralidad de trastornos motores, parálisis cerebral, de la alimentación, del lenguaje, visuales, pérdida auditiva, entre otros, susceptibles de manifestarse con el desarrollo del menor. Es, por ello, que la determinación de las secuelas es difícil de establecerla en los primeros meses de la vida del niño, puesto que la medicina nos enseña, como máxima de experiencia científica, que pueden ser objeto de una progresiva manifestación. En cualquier caso, el seguimiento del menor es pauta indeclinable a tales efectos. La resolución de este recurso nos exige determinar, bajo las premisas antes expuestas, si, al tiempo de ejercitarse la presente acción, la misma debe ser reputada prescrita, cuestión jurídica que hemos de contestar negativamente. En efecto, obtener la conclusión de que el cuadro patológico del menor no se había estabilizado, sino que se encontraba en proceso evolutivo resulta de la evaluación

llevada a efecto por la comisión de valoración de invalideces de la Junta de Andalucía, de fecha 15 de abril de 2010, que fijó un grado de minusvalía del menor del 40%; mientras que, en su dictamen de 27 de abril de 2012, se reconoció un nuevo grado de discapacidad del 65%. La complicación alimenticia del menor, fue diagnosticada el 27 de octubre de 2011, y antes se había presentado una dificultad para la deglución el 15 de marzo de dicho año, cuyo reflejo en el historial clínico del menor determinaba el interés asistencial de seguir su evolución. No se le diagnóstica en este momento, sino posteriormente. Es por ello, que hemos de concluir que el primer diagnóstico de este importante trastorno es de octubre de 2011, lo que se ratifica en la revisión del servicio de Rehabilitación del Hospital, el 19 de marzo de 2012, en que consta pauta de comida triturada. Siendo así las cosas la acción no habría prescrito, en tanto en cuanto, en el mes de marzo de 2012 se formula una reclamación extrajudicial y, en el mes de abril siguiente, unas diligencias preliminares, cuya finalidad no era otra que la preparación del presente juicio (art. 256.1 LEC), precisamente para ello se interesó el historial clínico del menor del hospital en el que se desarrolló el parto. Ya nos hemos referido al efecto interruptivo de la prescripción, que se atribuye a dichas diligencias, conforme a la jurisprudencia de este tribunal. Es por ello que, si el diagnóstico se produjo el 27 de octubre de 2011, la acción se podría ejercitar hasta el 27 de octubre de 2012. Comoquiera que, antes de transcurrir el fatal plazo del año del artículo 1968.2 CC, la prescripción se interrumpió el 24 de abril de 2012, al haberse ejercitado la presente acción judicial el 20 de marzo de 2013, dado que la misma no se encontraba prescrita. Por otra parte, la enfermedad ya era conocida en el 2009, en que se pauta tratamiento fenobarbital, utilizado en clínica para tratar convulsiones en niños pequeños, ahora bien, surgen dudas sobre su consolidación como secuela y su entidad, toda vez que no consta en el dictamen posterior de la comisión de valoración de invalideces de 2010, siendo precisamente el 23 de enero de 2012, cuando ingresa con clínica epiléptica generalizada, que precisamente motiva además la concesión de un mayor nivel de discapacidad que pasa del 40 al 65%. Las circunstancias expuestas permiten concluir que el cuadro clínico del menor se encontraba en evolución, las secuelas no se habían estabilizado, por lo que la demora, en el ejercicio de la acción judicial, se encontraba justificada en aras al conocimiento real y efectivo del daño sufrido. En definitiva, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, la doctrina reflejada en la jurisprudencia antes citada, estimamos, con acogimiento del recurso de casación interpuesto, que la acción ejercitada con respecto a las dolencias del menor no puede considerarse prescrita.

Prescripción de los daños propios causados a la madre.—En relación con la acción de resarcimiento de daños propios postulados por la madre es necesario tener en cuenta que, con respecto a la ligadura de trompas llevada a efecto durante el parto, en el año 2009, evidentemente ha prescrito. Con relación a la dolencia psíquica diagnosticada a la recurrente no se ha atacado debidamente, por la vía oportuna, la falta de relación de causalidad con los hechos enjuiciados, tal y como se señala por la Audiencia, lo que es cuestión distinta a la prescripción. Por consiguiente, el recurso de casación no puede acogerse en este concreto extremo.

Consecuencias de la estimación del recurso de casación.—Conforme a la jurisprudencia de esta Sala, al considerar que no existe la prescripción apreciada por la sentencia recurrida procede casar la sentencia y devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que, teniéndose por interpuesta la

demanda en tiempo, se resuelva sobre las pretensiones formuladas en la misma con carácter preferente, si bien con sujeción a lo ya decidido por esta Sala Primera, sobre la desestimación de la prescripción en relación con las lesiones y secuelas sufridas por el menor. Sin imposición de las costas y con devolución del depósito constituido (**STS de 10 de junio de 2020**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—El 13 de marzo de 2009 la actora acudió al Hospital de Sevilla para la asistencia al parto de su segundo hijo, que nació ese mismo día. El menor fue dado de alta el 7 de abril de 2009, tras haber padecido una secuela en el parto. Un primer dictamen de la Comisión de evaluación de invalideces de la Junta de Andalucía, 15 de abril 2010 determinó un grado de minusvalía del menor del 40%. El 27 de octubre de 2011 el niño fue diagnosticado dificultad para la deglución, manifestado ya el 15 de marzo de 2011 y después en la revisión del Servicio de Rehabilitación 19 de marzo 2012. 23 de enero 2012 ingresó con clínica epiléptica generalizada. El 27 de abril de 2012 se le reconoció un nuevo grado de discapacidad del 65% por aparición y valoración de otras secuelas.

La parte demandante realiza la primera reclamación extrajudicial el 8 de marzo de 2012. El 24 de abril de 2012 se interponen diligencias preparatorias que se tramitan en el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Sevilla, a los efectos de obtener el historial clínico del menor y preparar la demanda, que se interpuso el 20 de marzo de 2013 ante el mismo. En la contestación la Compañía de Seguros opuso, en primer término la prescripción de la acción. La Magistrada-Juez en sentencia de 29 de enero de 2017, desestimó íntegramente la demanda. La sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en sentencia de 18 de mayo de 2017, desestimó íntegramente el recurso. La madre del niño ha interpuesto recurso de casación, que ha sido admitido.

El Tribunal Supremo declara prescritos los daños propios postulados por la madre, por falta de relación de causalidad. (*G. G. C.*)

3. Inicio del cómputo del plazo de prescripción para exigir un crédito cuando acreedor y deudor acuerdan que la deuda se incluya en el pasivo de la herencia del deudor.—Para que empiece a correr el plazo de la prescripción es preciso no solo que la pretensión haya nacido, sino también que sea jurídicamente exigible. Cuando, por acuerdo de las partes, la exigibilidad de un crédito se somete a término, el momento inicial del cómputo de la prescripción no puede situarse antes de que llegue el mismo, porque con anterioridad a ese momento la deuda no resulta exigible y, en la terminología del artículo 1969 CC, la acción no podía ser ejercitada.

En particular, cuando acreedor y deudor acuerdan que un determinado crédito se incluya en el pasivo de la herencia del deudor, ello supone que fijan un término *certus an et incertus quando* y que, correlativamente, se retrasa la facultad de exigir el cumplimiento al momento del fallecimiento del deudor y posterior liquidación y partición de su herencia.

Por tanto, el cómputo del plazo de prescripción para exigir un crédito cuando acreedor y deudor acuerdan que la deuda se incluya en el pasivo de la herencia del deudor se debe iniciar en el momento del fallecimiento del deudor.

Asímismo, una vez nacido un crédito y fijada su exigibilidad, no es preciso que el causante haga mención en su testamento a dicho crédito, pues la herencia comprende todos los bienes, derechos y las obligaciones de una persona que no se extingan por la muerte (art. 659 CC). (**STS de 20 de octubre de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excm.a Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Matilde interpone demanda solicitando división judicial de la herencia, cuya causante es su madre, Isabel, contra los otros dos herederos instituidos, su hermana Luz y su hermano Carlos. La demanda es estimada parcialmente, por lo que quedan incluidos en el inventario: como pasivo, el importe correspondiente a las obras ejecutadas por la sociedad de gananciales integrada por Luz y su esposo en relación con una vivienda que pertenecía a la causante, siendo reconocido dicho hecho por documento suscrito el 25 de marzo de 1990, en el que la causante expresaba su voluntad de que lo invertido por Luz y su esposo se incluyera en el pasivo de su herencia; y, como activo, la cuantía de 18.000 euros entregados por la causante y el marido de ésta a la heredera Matilde.

Matilde interpone recurso de apelación. El recurso es estimado, por lo que queda revocada la inclusión en el pasivo de la herencia del importe correspondiente a las obras ejecutadas en el inmueble propiedad de la causante. La decisión se basa en que no existía (al estar prescrita) la deuda al tiempo del fallecimiento de la madre ni tampoco podía tenerse en cuenta al tiempo de abrirse la sucesión como mejoras realizadas sobre los bienes de la herencia.

Luz interpone recurso de casación. El recurso es estimado porque, en virtud de acuerdo entre la madre y Luz, se retrasó la facultad de exigir el cumplimiento del crédito en favor de Luz hasta el momento del fallecimiento de la madre. Por ello, el razonamiento de la Audiencia, al considerar que en el momento del fallecimiento de la causante la deuda a que se refiere el documento de 1990 había prescrito, no es correcto, pues hasta el fallecimiento de la madre deudora, no podía comenzar a computarse el plazo de prescripción al no poder ser ejercida la acción correspondiente. (*T. R. C.*)

4. Responsabilidad por vicios en la construcción: Prescripción extintiva: Interrupción.—En la sentencia recurrida se aprecia la prescripción de la acción esgrimida contra el arquitecto y el arquitecto técnico, al entender que habían transcurrido los dos años desde la constancia de los daños (art. 18 LOE). En la sentencia de apelación se entiende interrumpida la prescripción contra el promotor (art. 1973 CC), dado que se le remitió un burofax, pero apreció que nunca se había hecho extensiva la reclamación a los demás agentes de la edificación. Por el contrario el recurrente entiende, con la sentencia del Juzgado Primera Instancia, que el promotor puso en conocimiento de los técnicos la reclamación efectuada por el propietario del inmueble, por lo cual a presencia de este último cursaron visita a la vivienda el 15 de marzo de 2012, a raíz de la cual los técnicos emitieron informe que se entregó al promotor, en el que se expresaban los desperfectos existentes a criterio de dichos profesionales.

Esta Sala de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del artículo 1973 CC, debe declarar que la reclamación efectuada al promotor llegó al

conocimiento del Arquitecto y Arquitecto Técnico intervinientes, quienes no sólo se dieron por enterados, sino que se personaron en la vivienda inspeccionando los desperfectos y emitiendo informe, por lo que la situación no les era desconocida, sino que tomaron pleno conocimiento de la reclamación efectuada, de forma que aun cuando no se les efectuara reclamación expresa por escrito, sí se han de entender requeridos, desde el momento en que se personaron en la vivienda, y todo ello por razones de conexidad y dependencia (sentencia 418/2018, de 3 julio).

Conexidad que se deriva, no de la relación de arrendamiento de servicios, sino de la presencia acordada con el promotor en orden a la subsanación de la patología constructiva, todo ello como consecuencia de una reclamación que aun remitida sólo al promotor, por sus amplios términos, comprendía a los dependientes del mismo.

Estimados los motivos, y asumiendo la instancia, procede confirmar la sentencia del Juzgado Primera Instancia de Talavera de la Reina de 26 de octubre de 2015 en cuanto queda concretada la responsabilidad solidaria de los demandados al no poder individualizar la actuación de cada uno en orden a los desperfectos acaecidos y acreditados (**STS de 22 de junio de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Don Teodosio y doña Valle formularon demanda frente a la entidad promotora Surcero SL, don Segismundo, aparejador y don Luis Carlos, arquitecto, para que se les condenase solidariamente a realizar las obras necesarias para la eliminación y subsanación de los defectos constructivos que presentaba su vivienda, según se hacía constar en el informe pericial del Sr. Baldomero. Y alternativamente y para el supuesto de no ejecución de dichas obras en el plazo de dos meses se les condenara al pago de la cantidad equivalente al coste de las obras de reparación por importe de 58.098,97 euros. Los demandados se oponen a la demanda y, en lo que al recurso interesa, don Segismundo y don Luis Carlos alegan prescripción de la acción al no haberse formulado reclamación directa frente a los mismos tras los dos años de finalizar la edificación y la existencia de solidaridad impropia.

En primera instancia se concluye que cuando se presentó la demanda en septiembre de 2010 el plazo de dos años había transcurrido, pero que la prescripción quedó interrumpida por la reclamación extrajudicial que los actores dirigieron a la entidad Surcero el 21 de septiembre de 2011, mediante envío de burofax que obtuvo como respuesta que los demandados giraran una visita a la vivienda el 15 de marzo de 2012 y elaboraran un informe escrito el 14 de mayo de 2012 proponiendo soluciones a los defectos reclamados. Precisa que ambos demandados eran perfectos conocedores de los desperfectos que presentaba la vivienda con posterioridad a la entrega, y que la interrupción de la prescripción surtió efectos frente a ellos, siendo la responsabilidad solidaria, al no poderse delimitar la responsabilidad de cada uno de los intervinientes.

Recurrida en apelación por el aparejador y el arquitecto alegan, en primer lugar, prescripción de la acción por haberse formulado la demanda (octubre 2012) transcurridos más de dos años después de que se advirtieran los defectos constructivos (junio 2010) conforme a los artículos 17 y 18 LOE. La Audiencia Provincial considera que

en el presente caso, al momento de interponer la demanda, el plazo de prescripción había transcurrido. Considera que el burofax dirigido a la constructora promotora en 2011 no cumple con los requisitos para interrumpir la prescripción respecto a los apelantes, ya que solo fue dirigido a la constructora, y en él sólo se interesaba que se remitiera el proyecto de ejecución y el libro de órdenes. La reclamación no reúne los requisitos del artículo 1973 CC y que la reclamación dirigida sólo al promotor no interrumpe por sí sola el plazo de prescripción respecto a los demás.

El recurso de casación se interpone al amparo del artículo 477.2.3.º LEC en un único motivo en el que alegan infracción del artículo 1973 CC y la existencia de jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales. Combate que la sentencia recurrida no entienda que exista interrupción de la prescripción respecto al aparejador y al arquitecto tras la reclamación extrajudicial dirigida al promotor, en virtud de la cual se produce una reunión a la que acuden todas las partes, llegando a emitir de forma conjunta por el arquitecto y procurador un informe sobre dichos defectos y a proponer soluciones constructivas a los mismos, siendo dicha visita, según los recurrentes, el más claro acto recepticio de la intención de reclamar por la propiedad. Refiere la existencia de criterios distantes entre las distintas Audiencias Provinciales sobre la cuestión jurídica que se plantea.

NOTA.—Aunque no constituye, ni su única razón de ser, ni quizá la más importante, hay que destacar ante todo la finalidad práctica de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, como esta sentencia, que contribuye a facilitar normalmente la vigencia efectiva del ordenamiento en la sociedad. Sin duda ha contribuido a ello la orientación que se ha dado a los recursos en la nueva LEC. (G. G. C.)

5. Responsabilidad extracontractual: Interno que intentó fugarse de Clínica psiquiátrica: Prescripción extintiva por daños personales.—El demandante no puede conocer por sí mismo, si se habían agotado, al finalizar el tratamiento rehabilitador, las posibilidades de curación, si existían otros tratamientos alternativos o complementarios, o si se había producido la consolidación o estabilización definitiva de sus lesiones, de manera que ya no existía un margen razonable de mejoría. Elementos que no adquirió hasta que se le da el alta por el servicio de traumatología. La sentencia de la Audiencia Provincial confunde el día inicial del cómputo del plazo prescriptivo del artículo 1968.2 CC, coincidente con el alta médica de traumatología, con el debate jurídico sobre la estabilización de las lesiones sufridas, a la hora de determinar la incapacidad temporal, en su caso con secuelas, y su correlativa traducción económica. No se puede identificar la actuación del médico tratante, que da el alta, con la del facultativo valorador. Sin embargo, el perjudicado, que no es técnico en medicina, sólo adquiere constancia del efectivo daño corporal sufrido al recibir el alta. A partir de ese momento es cuando se inicia el plazo de prescripción, siendo cuestión distinta la discusión del efectivo alcance del daño padecido. La jurisprudencia de esta Sala obedece a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido, en situaciones en que no ha podido, hasta el alta médica, conocer en su

totalidad el alcance del daño corporal, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento. La estimación del recurso conduce a la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial, para que dicte la sentencia correspondiente, a los efectos de no privar a la parte demandante de la correspondiente instancia, según jurisprudencia del Tribunal Supremo. Procede casar la sentencia recurrida, que se deja sin efecto, y devolver las actuaciones del Tribunal de apelación para que, con carácter preferente, resuelva dicho recurso, si bien con respeto a lo ya decidido por esta Sala en lo relativo a la inexistencia de la prescripción de la acción deducida (**STS de 22 de junio de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Objeto de este proceso es la demanda formulada por don Vicente, ejercitando una acción por responsabilidad extracontractual al amparo del artículo 1902 CC, en reclamación de la suma de 70.390,37 euros, por las lesiones sufridas, el 19 de octubre de 2011, cuando se encontraba ingresado en virtud de auto judicial dictado en procedimiento sobre internamiento involuntario, en la clínica psiquiátrica «El Serenil» e intentar fugarse de la misma, aprovechando que una ventana se encontraba abierta, con motivo de las labores de limpieza del referido establecimiento médico. La entidad demandada se opuso a la demanda, alegando, entre otras excepciones, la prescripción de la acción ejercitada. El siniestro ocurre el 19 de octubre de 2011, siendo intervenido quirúrgicamente y prescrito tratamiento rehabilitador hasta el día 15 de marzo de 2012; se ha de entender que el inicio del plazo prescriptivo es el 7 de mayo de 2012, fecha del alta del servicio de traumatología; se interrumpió el plazo de prescripción mediante reclamación extrajudicial por burofax de 2 de mayo de 2013 debidamente entregado al día siguiente, y la demanda del procedimiento ordinario se presentó en el Decanato de los Juzgados de Vélez-Málaga el 30 de septiembre de 2013. La sentencia del Juzgado Primera Instancia consideró concurrente culpa o negligente de la entidad demandada en su deber de vigilancia y estimó la demanda en la suma de 46.217,20 euros. La SAP de Málaga (sección 5.ª) de 25 de mayo de 2017 desestimó íntegramente la demanda con imposición de costas. Don Vicente interpuso recurso de casación, que se admite sustancialmente. (*G. G. C.*)

DERECHO DE LA PERSONA

6. Derecho al honor. Intrusión ilegítima: transmisión de informaciones falsas acompañadas de opiniones y valoraciones personales del demandado. Exigencia del canon de veracidad cuando se trata del derecho de información.—El demandado, en sus artículos y programas de radio, ha expresado opiniones y valoraciones personales, pero también ha transmitido información y ha propagado simples rumores insidiosos. Y mientras que a las primeras no se les puede aplicar el canon de veracidad, cuando se transmite información sí es exigible el requisito de la veracidad, en los términos en que ha sido configurado por el Tribunal Constitucional. Ese requisito, que

la información transmitida sea veraz, ha sido incumplido por el demandado puesto que, de acuerdo con lo fijado en la instancia, las informaciones transmitidas respecto del demandante se han revelado falsas y no existe prueba de que el recurrente hubiera intentado comprobarlas conforme a cánones de diligencia profesional.

Inexistencia de responsabilidad solidaria entre los distintos medios de comunicación que publican informaciones sobre unos mismos hechos.—Cada medio de información es responsable solidario junto con el periodista respecto de la indemnización de daños y perjuicios derivados de la intromisión ilegítima en el derecho al honor causados por la información publicada en dicho medio de información, en una relación de solidaridad interna. Pero no existe una solidaridad externa entre distintos medios de comunicación, por el hecho de que lo publicado en unos y otros haga referencia a unos mismos hechos, ni siquiera porque el autor de las manifestaciones ofensivas sea el mismo periodista. (STS de 21 de septiembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La demanda de protección del derecho al honor se interpone contra un periodista por sus intervenciones en un programa de radio y en diversos artículos periodísticos publicados en un diario. En concreto, las manifestaciones cuestionadas se referían a las actuaciones que había llevado a cabo el demandante, como fiscal, en la investigación judicial de unos asuntos relacionados con la corrupción política en la isla de Lanzarote. En ellas se mezclaban opiniones con informaciones sobre la obtención, por el fiscal, de determinados favores por parte de una determinada persona contra la que no se había dirigido la acusación pese a estar implicada en las tramas corruptas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda respecto al periodista y la productora del programa radiofónico y absolvió a la editora del diario, al considerar que lo publicado en el periódico no constituía intromisión ilegítima por ser artículos de opinión. Presentados los recursos de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó el del actor y condenó al diario por intromisión ilegítima. Respecto al recurso de la otra parte, redujo la indemnización impuesta condenando solidariamente a todos los demandados (periodista, productora del programa de radio y editora del periódico). El Tribunal Supremo apreció el recurso de casación parcialmente. (C. O. M.)

7. Derecho al honor y libertad de información. Para que el ejercicio de la libertad de información sea legítimo y justifique la afectación del derecho al honor es necesario que la información transmitida sea veraz. Concepto de veracidad: consiste en la utilización de las pautas profesionales adecuadas para el contraste de la información.—El concepto de «veracidad» preciso para valorar si el ejercicio de la libertad de información fue legítimo no coincide con el de la «verdad» de lo publicado o difundido. Cuando la Constitución exige que la información sea veraz, no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, sino estableciendo un deber de diligencia del informador, a quien se exige que lo que

transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos de acuerdo con pautas profesionales y ajustándose a las circunstancias concurrentes.

El reportaje neutral: requisitos. La veracidad en el reportaje neutral.—No debe confundirse que la información obtenida y comunicada públicamente haya sido contrastada conforme a pautas profesionales y adecuadas a las circunstancias concurrentes con la institución del «reportaje neutral», que consiste en que el objeto de la noticia esté constituido por declaraciones ajenas que imputan hechos lesivos para el honor, que sean noticia por sí mismas. Como tales declaraciones, han de ponerse en boca de personas determinadas, responsables de ellas. El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia pues si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral. De darse estos presupuestos, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración (**STS de 21 de septiembre de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Se demanda por intromisión ilegítima en el derecho al honor a una productora de televisión por la realización de un reportaje sobre la piscina de un hotel en el que se denunciaba que el estado del agua había causado infección a los usuarios.

En el programa de televisión intervinieron la madre de una niña afectada por una infección vaginal y cutánea, el encargado del hotel y otros clientes que manifestaron sus opiniones sobre la cuestión. Asimismo, se utilizó un aparato para analizar el agua de la piscina resultando que, en un primer análisis, se concluyó que no había suficiente cloro y, en otro posterior realizado al final del programa, se resolvió que el problema había sido solucionado y que «los huéspedes pueden nadar sin peligro de nuevo». Sin embargo, no se aportaron partes médicos en el que constaran las afecciones denunciadas, ni se acreditó que el aparato empleado para el análisis del agua estuviera homologado y calibrado y fuera el idóneo para la práctica de las mediciones de cloro que se llevaron a cabo. La información se emitió por televisión en dos años consecutivos y se mantuvo accesible en la página web del medio de comunicación durante varios meses. La demandante demostró que después de la emisión del programa la ocupación del establecimiento turístico quedó reducida, en el mes de agosto, a un 40% de turistas cuando lo normal era alcanzar el 90 o 95%. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de protección al honor en cuanto que la información que se transmitió no era veraz pues no se constató de acuerdo con los usos de la profesión. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia y absuelve al demandado. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.—En el caso de la sentencia que nos ocupa se plantea un conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor de una persona jurídica. Respecto a la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas es doctrina jurisprudencial consolidada que estas entidades pueden ver lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a ellas cuando la difamen o la haga desmerecer en la consideración ajena sin que sea preciso acreditar la existencia del daño patri-

monial en sus intereses, siendo suficiente la intromisión ilegítima en el honor de la entidad (STC 139/1995, de 26 de septiembre y SSTS 811/2013, de 12 de diciembre, 594/2015, de 11 de noviembre y 606/2019, de 13 de noviembre, entre otras). No obstante, esta protección ha de ser matizada, por un lado, porque las personas jurídicas de derecho público no son titulares del derecho al honor (STS 408/2016, de 15 de junio) y, por otro, porque la protección en estos casos es de menor intensidad que la existente para las personas físicas (SSTS 594/2015, de 11 de noviembre; 35/2017, de 19 de enero y 606/2019, de 13 de noviembre). La cuestión principal de la sentencia versa sobre la valoración que realiza el Tribunal Supremo respecto de las actuaciones llevadas a cabo por unos periodistas a los efectos de determinar si se ha cumplido el canon de veracidad en la elaboración de un reportaje sobre las aguas de una piscina de un hotel que había causado infección a sus usuarios. Para la Audiencia Provincial la información era veraz, en los términos que la define el Tribunal Constitucional, pues se había realizado de acuerdo a los usos profesionales. Sin embargo, parece más acertada la decisión de la sentencia pues en realidad la Audiencia había infringido la carga de la prueba al dar por bueno el medidor utilizado por los reporteros, para el análisis del cloro del agua de la piscina, bajo la premisa de que no había constancia de que no estaban homologados. Como señala la sentencia comentada no se guardó las pautas de diligencia exigibles en el ejercicio del derecho a la libertad de información pues, dada las repercusiones que dicho reportaje iba tener en el honor de la persona jurídica, era exigible a los periodistas la comprobación de las infecciones denunciadas y la acreditación de que los aparatos de medición usados eran los adecuados para la realización de los análisis. (C. O. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

8. Consumación del contrato a los efectos de la caducidad de la acción de nulidad por error vicio.—La Sala Primera reitera su última doctrina en materia de *swaps* y bonos estructurados complejos (véase, STS núm. 721/2018, de 19 de diciembre), según la cual, en esta clase de contratos, no hay consumación del contrato —a efectos del cómputo del *dies a quo* para el ejercicio de la acción de nulidad por error vicio o dolo— en tanto no se extingue la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento recíproco y completo de las prestaciones a cargo de las partes, así como la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. De este modo, el cómputo del *dies a quo* no se debe adelantar a un momento anterior al de la consumación, aunque el cliente pueda tener conocimiento de este, ya que la literalidad del artículo 1301 IV CC sitúa el inicio del plazo de

caducidad en este momento. (STS de 21 de septiembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El pleito versaba sobre préstamo con garantía hipotecaria, celebrado entre dos particulares y la entidad Abanca. Del contrato, los particulares impugnaron la cláusula suelo que en él se contenía. Junto a ello, interpusieron una acción de nulidad radical (y subsidiariamente por vicio error vicio) frente al contrato de permuta financiera o *swap* que había sido celebrado en paralelo al préstamo. El contrato de préstamo se había celebrado el 8 de junio de 2007, junto con el *swap*, venciendo este último el 1 de julio de 2012. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de Abanca, pues estimó la pretensión sobre la cláusula suelo, pero declaró la caducidad de la acción de nulidad. Ante ello, los particulares interpusieron recurso de casación.

NOTA.—La sentencia ubica el cómputo del *dies a quo* en la consumación final del contrato de *swap*; ello por más que en otros supuestos, también referidos a productos financieros complejos, la misma Sala Primera haya declarado que el momento relevante es el del conocimiento del error o del dolo, cuando este momento sí favorecía al demandante (véanse, sobre todo, la STS, Pleno, núm. 769/2014, de 12 de enero, relativa a un producto financiero complejo; y la STS núm. 680/2019, de 17 de diciembre, a propósito del cómputo del plazo para el ejercicio de una acción de nulidad por error vicio en un supuesto de compraventa de un cuadro). (A. I. R. A.)

9. Productos financieros. Perfil inversor: manifestaciones.—Son manifestaciones significativas de un perfil inversor de riesgo, el contratar productos financieros de elevada rentabilidad a pesar de que podrían suponer la pérdida de lo invertido, circunstancia expresamente informada por el banco y aceptada por escrito por los adquirentes del producto financiero.

Información suplementaria.—La jurisprudencia considera que la mera lectura del documento contractual resulta insuficiente, pues es precisa una actividad suplementaria de información del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato.

Menciones predispuestas.—No son aceptables las menciones predispuestas relativas al reconocimiento, por parte de los clientes bancarios, de haber recibido la correspondiente información sobre las características y riesgos del producto financiero adquirido, para dar por justificado el cumplimiento del deber precontractual de informar.

Advertencia de pérdida total.—Las advertencias de pérdida total de lo invertido o los ejemplos de los distintos escenarios de evolución del producto otorgan una información sobre sus características y riesgos que no constituyen menciones predispuestas de conocimiento, sino que, por el contrario, se reflejan para que los clientes tomen constancia efectiva de las condiciones del producto financiero contratado.

Obligación de información.—No debe ser el cliente el que tenga el deber contractual de buscarse diligentemente la información sobre el producto

financiero objeto del contrato suscrito. (STS de 21 de septiembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La representación procesal de doña L., don V. y doña F. suscribieron, junto con su padre, don S. una orden de contratación de un bono estructurado conocido como DJ Eurostoxx 50, por un determinado importe, emitido por L. T. Co BV, filial de L. B. Holding Inc., garante del producto, que fue comercializado por B., S. A. (*Contrato se celebrado antes de la incorporación a nuestro derecho interno de las directivas MiFID*) Como consecuencia de las pérdidas sufridas en dicha inversión los hijos presentaron demanda contra la referida entidad bancaria, ejercitando una acción de reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de conducta exigibles en el asesoramiento financiero prestado, postulando la condena de B., S. A. a abonar a los demandantes una determinada suma más intereses legales. La demanda se fundamentó, en que la precitada entidad bancaria asesoró erróneamente en dicha compra a los demandantes con una información incorrecta e incompleta, sustrayéndoles igualmente información sobre los procesos concursales seguidos en Ámsterdam y Nueva York. Se alegó también que los adquirentes carecen de conocimientos financieros, que el producto se les vendió con un mero tríptico comercial sin explicación de riesgos, que no firmaron contrato marco alguno y que la única recomendación que les hizo la demandada fue sobre dicho producto. Se sostuvo que el bono contratado no era adecuado al perfil de los actores y que tuvo una mala evolución que no les fue puesta en conocimiento por el banco. La parte demandada se opuso a las pretensiones de la parte actora, y en esencia mantuvo que los demandantes eran inversores experimentados, que conocían el producto que contrataban al tener inversiones previas en otros de similares características, que se les informó debidamente sobre los riesgos y condiciones del bono adquirido, así como que la ulterior quiebra de L. B. era imprevisible al tiempo de la contratación litigiosa, gozando de una óptima calificación. La sentencia por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Sevilla estimó íntegramente la demanda, razonando que la orden de suscripción del producto no contenía la información requerida, que tampoco consta fuera facilitada a la parte demandante por otros medios. Reconoce, no obstante, que el contrato contiene una advertencia final sobre el riesgo y una posible pérdida del 100% de lo invertido. También se consideró que el hecho de haber tenido otros productos de inversión o ser administrador o apoderado de sociedades no significa tener conocimientos expertos. Se mantuvo, por último, que la conducta antijurídica del banco pivota sobre la falta de información con los requisitos requeridos por el RD 629/1993, vigente a la fecha de la contratación. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la mercantil demandada, que fue resuelto por sentencia de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla que revocó la dictada en primera instancia, en esencia, bajo el razonamiento de que queda acreditado que quien realmente contrataba era el padre fallecido de los actores, el cual actuaba como un mandatario verbal de sus hijos y que, a éste, por su asesor

personal, que le fue asignado por la entidad, se le explico claramente cual eran las características del producto adquirido, testificando que lo comprendió y conocía el producto que iba a adquirir. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que la reciente Directiva (UE) 2020/1504 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de octubre de 2020 modifica la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros, establece que la financiación participativa es una solución de tecnología financiera que ofrece a las pequeñas y medianas empresas (pymes) y, en particular, a las empresas emergentes y a las empresas en expansión un acceso alternativo a la financiación, con el fin de promover un emprendimiento innovador en la Unión, reforzando así la Unión de los Mercados de Capitales. Ello contribuye a su vez a un sistema financiero más diversificado y menos dependiente de la financiación bancaria, limitando así los riesgos sistémicos y de concentración. Otras ventajas de la promoción del emprendimiento innovador a través de la financiación participativa son el desbloqueo de capital congelado para la inversión en proyectos nuevos e innovadores, la aceleración de una asignación eficiente de los recursos y la diversificación de los activos. El Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo establece requisitos uniformes, proporcionados y directamente aplicables para la prestación de servicios de financiación participativa, la organización, la autorización y la supervisión de los proveedores de servicios de financiación participativa, la explotación de plataformas de financiación participativa y la transparencia y las comunicaciones publicitarias en relación con la prestación de servicios de financiación participativa en la Unión. Para ofrecer seguridad jurídica respecto de cuáles son las personas y los servicios que entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2020/1503 y de la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, respectivamente, y para evitar que un mismo servicio requiera más de una autorización en la Unión, las personas jurídicas autorizadas como proveedores de servicios de financiación participativa en virtud del Reglamento (UE) 2020/1503 deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/65/UE. (N. D. L.)

10. Consumidores. Cláusulas abusivas: Cuando la sentencia estima la demanda de abusividad, la aplicación de la excepción al principio de vencimiento objetivo en materia de costas, por la concurrencia de serias dudas de derecho, hace imposible o dificulta en exceso la efectividad del Derecho de la UE.—En efecto, el consumidor, en estos casos, pese a obtener la declaración de que la cláusula es abusiva y que no queda vinculado por ella, debe cargar con parte de las costas procesales, concretamente, las causadas a su instancia y las comunes por mitad, lo que produce un efecto disuasorio inverso, pues no se disuade a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuade a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas. Por ello, esta solución es contraria a las exigencias derivadas de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, principio de no vinculación de los consumidores a las cláusulas

las abusivas, y al principio de efectividad del Derecho de la UE (véanse STS 419/2017, de 4 de julio; y, más recientemente, la STJUE de 16 de julio de 2020). (STS de 17 de septiembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Ángel y Raimunda demandaron a una entidad bancaria el 27 de octubre de 2016, solicitando, principalmente, la nulidad de las cláusulas relativas al préstamo hipotecario en divisa extranjera que habían concertado para la adquisición de su vivienda, dado su carácter de producto financiero complejo, al que debía aplicarse la normativa del mercado de valores que regula las exigencias de claridad, transparencia e información en la comercialización de este tipo de productos; y, subsidiariamente, la nulidad de las cláusulas relativas a la divisa de acuerdo a la normativa sobre defensa de consumidores y usuarios.

El juzgado desestimó la demanda con costas a los actores. La audiencia apreció la apelación y declaró la nulidad de las cláusulas relacionadas con la divisa, por no superar el control de transparencia; y, en cuanto a las costas, las dudas de derecho sobre normativa aplicable a los préstamos hipotecarios en divisa, llevó a no hacer expresa imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias. El TS dio lugar al recurso de casación, interpuesto por la parte actora, sobre la no imposición de las costas de la primera instancia a la demandada por parte de la audiencia. (I. D.-L.)

11. Incumplimiento contractual. Indemnización de daños y perjuicios del artículo 1101 CC. Condena al pago de los intereses legales. Momento a partir del cual se computan: desde la interposición de la demanda. Diferencia con la acción de nulidad contractual.—Si lo que se pretende es la declaración de nulidad del contrato con aplicación de lo establecido en el artículo 1303 CC, es decir, la devolución de las respectivas contraprestaciones con sus intereses, es evidente que no es de aplicación el artículo 1109 CC, ya que en dichos intereses deben también incluirse los intereses legales que el comprador debería devolver de las percepciones que obtuvo. Sin embargo, si lo que se ejercita y se estima es una acción de resolución contractual y de indemnización de daños y perjuicios, no cabe aplicar los anteriormente mencionados, pues son incompatibles con una acción de responsabilidad contractual. Así, la STS 165/2018, de 22 de marzo, ya ha declarado que «no cabía aplicar los intereses legales a la cantidad invertida desde la fecha de la inversión, como si se tratara del efecto propio de la nulidad del negocio. Si se hubiera declarado la nulidad de la adquisición de las subordinadas, sí tendría sentido, conforme al artículo 1303 CC, ordenar la restitución de las cosas objeto del contrato con sus frutos (en este caso la subordinada y los rendimientos percibidos) y el precio con sus intereses (el capital invertido y los intereses devengados desde entonces). Pero, insistimos, la acción ejercitada no era de nulidad, sino de indemnización de daños y perjuicios». En igual sentido se han pronunciado las SSTS 754/2014, de 30 de diciembre y 514/2018, de 20 de septiembre; 655/2018, de 20 de noviem-

bre y 292/2019, de 23 de mayo. (STS de 10 de septiembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La actora había demandado a la entidad bancaria CB, S. A. (después absorbida por BBVA, S. A.) solicitando la declaración de nulidad absoluta de la operación consistente en diversas órdenes de compra de participaciones preferentes y deuda subordinada. Subsidiariamente solicitó la anulabilidad por error en el consentimiento y, en último término, de no acogerse dichas causas, que se declarara la responsabilidad contractual de la demandada por incumplimiento de los deberes de información, con fundamento en el artículo 1101 CC, y se le condenase en todo caso al abono de 81.558 €, de los que habría que restar la cantidad correspondiente a los beneficios líquidos abonados por la demandada a la actora, así como la cantidad obtenida por la venta de acciones al FGD y los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha de la inversión; debiendo liquidarse la cuantía concreta en periodo de ejecución de sentencia. La parte contraria se opuso y, entre otras cosas, alegó que los intereses legales a pagar debían computarse, en su caso, desde la interposición de la demanda y no desde la suscripción del contrato como pretendía la actora. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la pretensión subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual y accedió a que se abonasen, entre otros conceptos, los intereses legales desde la fecha de suscripción del acuerdo, que se incrementarían en dos puntos desde la sentencia por aplicación del artículo 576 LEC. La Audiencia Provincial de Gerona desestimó el recurso de apelación de la entidad bancaria y confirmó la sentencia de instancia, aduciendo que el interés legal concedido desde la inversión realizada no se fundamenta en el artículo 1109 CC, es decir, no se concede el interés legal de la indemnización concedida, sino que el interés legal se integra dentro de ésta y, por tanto, es también indemnización de daños y perjuicios.

El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y determinó que los intereses legales a abonar debían computarse desde la interposición de la demanda. (*L. A. G. D.*)

12. Deberes del procurador: Falta de presentación del recurso ante la Audiencia: Daños materiales y morales: Desistimiento.—El desistimiento es un acto procesal del actor, por mor del cual abandona el concreto proceso promovido que queda imprejuizado; por lo que no afecta al objeto del proceso, sino al procedimiento como vehículo de sustanciación de una pretensión. Por ello el demandante puede volver a promoverlo o no, y si lo hace con plena libertad en su configuración fáctica y jurídica. Conlleva a que el demandado quede sometido a la amenaza del ejercicio ulterior de la acción, por lo que se exige su concurso y, eventualmente, una resolución que así lo acuerde, como en este caso aconteció. El recurso debe ser estimado al aplicarse incorrectamente el artículo 400 LEC. La estimación de este motivo determina que el Tribunal entre a analizar la procedencia de la indemnización por daño moral.

La sentencia de la Audiencia Provincial en modo alguno incurrió en los defectos de exhaustividad y congruencia (art. 218.1 LEC), y tampoco respecto a los daños morales, ratificando el criterio del Juzgado (art. 400 LEC), apreciando cosa juzgada, excepción de ser susceptible de estimarse de oficio. Por último, la parte recurrente no sufrió indefensión.

El recurso de casación se construye sobre una causa única, al amparo del núm. 2 del artículo 477.2.3.º LEC por infracción del artículo 1101 CC y violación de la doctrina jurisprudencial (SSTS 11 de noviembre de 1997 y 18 de junio de 2004). La Sala no ve inconveniente en admitir este recurso de casación por daño moral que se reiteró en ambas instancias, que plantea el problema jurídico de si la parte actora tiene derecho a ser resarcida por daño moral en el caso de ejercicio de una acción judicial de naturaleza patrimonial, y cuyo recurso de apelación se vio frustrado por conducta imputable al demandado, pero en cualquier caso se consideró improsperable por la sentencia de la Audiencia Provincial en conclusión no cuestionada en casación. Tampoco se discute la conducta negligente del Procurador demandado, al no haberse personado ante la Audiencia Provincial, provocando que el recurso se declarase desierto, cosa distinta si concurre el daño como presupuesto del deber de indemnizar.

No ha lugar a daño moral indemnizable.—La jurisprudencia de esta Sala ha venido matizando y superando la línea jurisprudencial que consideraba que la pérdida de oportunidad por frustración de acciones judiciales constituía, en cualquier caso, un daño moral indemnizable, mediante la prudencial fijación de una suma de dinero al tanto alzado, como consecuencia de si la privación tenía o no contenido económico y el grado de probabilidad injustamente sufrida del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE. La más reciente jurisprudencia valora si la acción frustrada tuviera o no contenido económico y el grado de probabilidad de que la misma prosperase. (STS 50/2020, del 22 enero). Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental determina que el daño deba calificarse como patrimonial si la acción frustrada, como en el caso enjuiciado, tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico. Es, por ello, que ningún daño moral cabe indemnizar al demandante por tal causa (**STS de 17 de junio de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Don Aquilino formuló demanda contra don Bernardo y solidariamente contra la aseguradora CASER, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Talavera de la Reina. La demanda se basó en el contrato de prestación de servicios y mandato, prestando el actor sus servicios como Procurador. El Sr. Bernardo incurrió en negligencia profesional al dejar transcurrir el término del emplazamiento para personarse en la Audiencia Provincial en el recurso de apelación que había sido interpuesto por la dirección letrada, lo que determinó su declaración de desierta. Previamente el demandante, por los mismos hechos, presentó una demanda contra los demandados, tramitada en el Juzgado Primera Instancia núm. 4 de Talavera de la Reina. En virtud de la transacción el Juzgado Primera Instancia núm. 1 de Talavera de la Reina dictó auto de archivo. Promovido el proceso correspondiente, el Juzgado Primera Instancia núm. 2 de Talavera de la Reina, desestimó la demanda. En esta segunda demanda se acumulan los daños

materiales y morales, habiendo precluido los últimos conforme al artículo 400 LEC. La SAP de Toledo (sección 2.ª) de 11 de mayo de 2017 confirmó la del Juzgado. (G. G. C.)

13. Excepcionalidad del retracto de crédito litigioso e inaplicabilidad del artículo 1535 CC al supuesto de una venta en globo o por precio alzado realizada en el marco de una reestructuración financiera.—La Sala Primera otorga al artículo 1535 CC el carácter de norma excepcional, debido a los orígenes históricos del llamado «retracto anastasio» cuyo objeto era desincentivar la especulación ejercida por quienes adquirirían créditos a bajo precio, para reclamarlos después a los deudores. A juicio del Tribunal Supremo, el retracto de crédito litigioso constituye una excepción al régimen general de la cesión de créditos, como derechos que se adquieren en virtud de una obligación (arts. 1112 y 1526 CC). Por eso, requiere de una interpretación estricta; máxime cuando la posibilidad de su ejercicio se plantea en un contexto jurídico-económico derivado de la reciente crisis económica y financiera (2008-2016). Ese contexto propició, en España, un marco regulatorio favorecedor de las reestructuraciones y del reforzamiento del sistema financiero del país, con especial incidencia sobre la situación de las cajas de ahorro (Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio, por el que se creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria; Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorro); y es en esta realidad en la que se han de situar las cesiones de carteras o conjuntos de créditos por parte de las entidades financieras a terceras entidades (no tanto en la realidad que pudo inspirar el sentido de una norma como la del art. 1535 CC). Por todo ello, la Sala Primera considera que no se aplica el retracto de crédito litigioso a un supuesto de venta de una cartera de créditos sin precio individualizado —sino que se transmite como un todo, bien por un precio alzado, bien en globo; precio que se determina en atención al conjunto y no a la suma de los valores de los créditos que conforman la cartera—, cuyo objeto es el saneamiento de los balances de la entidad cedente al transmitir créditos en situación de impago o con deudores inmersos en concurso. (**STS de 5 de octubre de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El litigio parte de la transmisión de una cartera de créditos («contrato de compraventa de cartera de créditos») efectuada por Bankia a favor de Gescobro el 3 de noviembre de 2016. En el contrato de transmisión se indicaba que la cartera de créditos estaba integrada por un conjunto de derechos de crédito frente a personas físicas y pequeñas y medianas empresas, estando algunos de esos créditos en proceso judicial, y algunos de los deudores declarados en concurso; por tanto —se decía—, los créditos eran de dudoso cobro, por carecer la mayoría de ellos de garantía real. Entre esos créditos figuraba un préstamo con garantía personal concedido a D. Inocencio, el 27 de diciembre de 2010. En su condición de deudor cedido, D. Inocencio interpuso demanda contra Bankia y Gescobro, en la que solicitaba que se declarase su derecho a extinguir dicho crédito con motivo de su cesión onerosa. De este modo, reembolsaría al cesionario, Gescobro, el precio-valor por el que se produjo la transmisión de su crédito, junto con las costas ocasiona-

das y los intereses del precio desde el día en que se satisfizo. La demanda se basaba en el retracto de crédito litigioso del artículo 1535 CC, toda vez que, en el momento de interponer la demanda, se encontraba pendiente de resolución un recurso de apelación frente al auto de ejecución de ese crédito, de fecha 31 de marzo de 2015.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. La razón principal descansaba en que se había transmitido en bloque un conjunto de créditos y que la pretensión de Inocencio se refería a los supuestos de cesión de un crédito singular; se reproducía de este modo la doctrina de la Sala Primera en STS núm. 165/2015, de 1 de abril.

Inocencio recurrió la sentencia en apelación, siendo desestimado su recurso, con el mismo argumento: se cedían créditos en globo, sin precio individualizado, sino con uno alzado, que se determina en atención al conjunto y no a la suma de valores de los créditos integrantes de la cartera; ello sin que además se pudiese determinar –a juicio de la Audiencia– el valor individual de cada crédito a prorrata.

Frente a esta sentencia, D. Inocencio interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y otro de casación. (A. I. R. A.)

14. Arrendamiento de vivienda posterior a la LAU de 1964 y anterior al 9 de mayo de 1985. Repercusión de obras impuestas por la Administración.—En contratos de arrendamiento posteriores a 1964, puesto que se pudo pactar la renta y su cláusula de actualización, conforme permitía el artículo 97 de la LAU de 1964, los arrendadores no se han visto compelidos a la congelación de las rentas por lo que no era necesario un apoyo específico de estabilización, ya que podían calcular los gastos previsibles a la hora de fijar la renta y su reajuste. Sin embargo, en el presente litigio surge una particularidad, cual es la situación concurrente cuando las obras no son simplemente las necesarias para la adecuación, sino que son las impuestas por la Administración. Para este supuesto establece la DT 2.^a de la LAU de 1994, en el apartado C) 10.3, que las obras serán repercutibles en el caso del artículo 108 de la LAU de 1964, que no concurre, «o» cuando son impuestas por resolución administrativa firme, que es el caso. Por tanto, sí son repercutibles al arrendatario las obras impuestas por la Administración, si bien ejecutadas a través de Convenio, en los contratos de arrendamientos de viviendas posteriores a la LAU de 1964 y anteriores al 9 de mayo de 1985. (STS de 30 de septiembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Los demandantes, tres arrendatarios, formulan demanda en la que solicitan que se declare que el aumento de la renta por repercusión de obras que desde marzo de 2009 hasta el 31 de mayo de 2016 ha venido reclamando el arrendador es nulo de pleno derecho pues el artículo 108 LAU de 1964 no se aplica a los contratos de arrendamientos de viviendas celebrados durante la vigencia de esta Ley. Se solicita también que se declare nulo el abono de las cantidades que indebidamente se repercuten por este concepto desde el mes de junio de 2016 durante la tramitación del

procedimiento hasta que recaiga resolución judicial firme. En consecuencia, reclaman el reintegro de las cantidades que han abonado hasta el 31 de mayo de 2016. El demandado mantiene que cabe una excepción, y es el supuesto que se da en este caso, ya que cabe la repercusión de las obras en aquellos supuestos que hayan sido impuestas por la Administración.

Las obras fueron promovidas parcialmente por el Ayuntamiento, y los inquilinos han aceptado tácitamente la repercusión desde que les fue notificada la misma.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda en atención a la doctrina de los actos propios, pues los demandantes no manifestaron oposición alguna en ningún momento desde que fueron informados en febrero de 2009, y han venido satisfaciendo puntualmente y sin protesta durante más de siete años los importes mensuales computados por tal concepto.

Los demandantes formularon recurso de apelación y la Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación y, en consecuencia, declara la nulidad de pleno derecho de las repercusiones giradas contra dos de los arrendatarios, y condena al demandado a restituir las cantidades por la repercusión de obras indebidamente satisfechas. Absuelve al demandado de las pretensiones formuladas por el tercer arrendatario. La sentencia recurrida sostiene que la cuestión estriba en determinar si los contratos de los demandantes se concertaron al amparo de la Ley 1964 lo que hace inviable la repercusión practicada, que es la tesis de los demandantes, o por el contrario se trata de contratos anteriores en los que sí cabe el mecanismo legal de la repercusión de las obras del artículo 108 LAU de 1964. La Audiencia concluye que los contratos de dos de los arrendatarios sí se concertaron después del 1 de enero de 1965. No sucede lo mismo con el contrato del tercer arrendatario.

Frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se interpone por el demandado recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso por infracción procesal y el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

15. Extinción del arrendamiento de negocio por jubilación del arrendatario.—La DT 3.^a LAU establece que la jubilación del arrendatario determina la extinción del contrato de arrendamiento, independientemente de que aquél continúe al frente de la actividad empresarial o comercial realizada en el local comercial. La regla general es que el disfrute de la pensión por jubilación es incompatible con la realización de trabajos por cuenta ajena/propia o con la realización de actividades para las Administraciones Públicas, a excepción de la denominada jubilación flexible, que permite compatibilizar ambos conceptos bajo circunstancias muy concretas. Bajo la situación creada por el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, hay que entender, a contrario, que, cuando se prolonga legalmente la actividad, no se da la causa de extinción del arrendamiento, pues dicha extinción imposibilitaría en la práctica la prolongación de esa actividad, algo que permite la norma señalada en los casos de jubilación gradual y flexible. De nada le serviría al arrendatario acceder a una jubilación parcial si ello le va a suponer la

extinción del contrato de arrendamiento sobre el local en que se ejerce esa actividad. (STS de 13 de octubre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La entidad BA formuló demanda contra S, solicitando que se declarara extinguido el contrato de arrendamiento de local de negocio que vinculaba a las partes, por jubilación de la arrendataria. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La demandada recurrió en apelación y la Audiencia Provincial confirmó la desestimación de la demanda porque consideró que quien accede a la modalidad de jubilación activa es considerado jubilado a todos los efectos (art. 3 RD-ley 5/2013) y, al ser de carácter voluntario esta modalidad de jubilación, supondría dejar a la decisión del arrendatario autónomo la aplicación de la causa de extinción.

Frente a dicha sentencia, la demandada interpuso recurso de casación, alegando la infracción del RD-ley citado. La parte recurrida señaló que dicha norma viene a integrar el concepto de «jubilación» a que se refiere la DT 3.ª LAU, como decisiva para la extinción de un grupo de contratos de arrendamiento de local de negocio, entre los que se encuentra el celebrado entre las partes. El Tribunal Supremo estima el recurso al entender que no tendría sentido que el arrendatario accediera a una jubilación parcial si eso implica la extinción del contrato de arrendamiento del local donde está ejerciendo su actividad.

NOTA.—Sobre el alcance de la DT 3.ª LAU, *vid.* también la STS de 6 de marzo de 2018 y también otras dos sentencias anteriores a la entrada en vigor del RD-ley 5/2013, de 8 de junio de 2011 y de 21 de enero de 2013. (S. L. M.)

16. La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas no es aplicable a quienes adquieran la vivienda con finalidad no residencial.—Independientemente de que estos adquirentes sean o no profesionales (SSTS 582/2017, de 26 de octubre, 33/2018, de 24 de enero, y 161/2018, de 21 de marzo, entre otras).

El pacto estrictamente privado entre compradora y promotora-vendedora por el que se acuerde entre ambas la aplicación de la Ley 57/1968, no vincula a un banco que tiene concertada con la promotora-vendedora una póliza colectiva de aval para la promoción de que se trate.—En tal sentido, la jurisprudencia sobre la efectividad de las pólizas colectivas se funda en la protección que la Ley 57/1968 dispensa a los compradores incluidos en su ámbito, no a los profesionales del sector inmobiliario ni a los particulares que compran para invertir, pues de otra forma no se comprendería por qué el artículo 7 de dicha ley declare irrenunciables los derechos de los compradores. De ahí que sea conforme a derecho limitar la responsabilidad de la avalista a las cantidades avaladas hasta el límite indicado en los respectivos avales individuales y excluir su responsabilidad en cuanto al resto de los anticipos hechos por el comprador a la promotora-vendedora por encima de

dicho límite (**STS de 3 de septiembre de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El comprador de cinco viviendas en construcción pertenecientes a la misma promoción, después de haber resuelto judicialmente los contratos de compraventa por incumplimiento de la promotora-vendedora y haber obtenido del banco avalista la devolución de las cantidades anticipadas hasta el límite máximo que figuraba en los certificados individuales del aval, reclamó al banco avalista el pago del resto de los anticipos, incluyendo los intereses legales del total de lo anticipado, al considerar que gozaba del amparo de la Ley 57/1968 al haberse pactado expresamente entre compradora y vendedora su aplicación, de modo que el avalista no podría oponer los límites cuantitativos del aval.

El juzgado desestimó la demanda al considerar probado que el comprador no era un consumidor, lo que impedía aplicarle la Ley 57/1968. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora.

NOTA.—La Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, derogó la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (cuya vigencia expiró el 31 de diciembre de 2015). (*I. D.—L.*)

17. Determinación de los agentes de la edificación de acuerdo con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación: legitimación pasiva del gestor de proyectos (*Project Manager*). Legitimación activa del autopromotor, aún propietario de la obra. Enriquecimiento injusto: inexistencia.—El autopromotor, aunque no puede considerarse tercer adquirente de lo edificado, es el beneficiario directo de la obra por lo que se encuentra legitimado activamente para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 17 de la LOE contra los agentes de la edificación que considere responsables de los defectos constructivos. El autopromotor, en tanto propietario de la obra y del solar, no responde solidariamente con los demás agentes de la edificación. Tampoco responde su mandatario al no intervenir autónomamente en el proceso constructivo, sino por cuenta de aquél, con identidad de objetivos y sin extralimitación en el mandato, por lo que el promotor no está obligado a demandarlo.

El gestor de proyectos o «*Project Manager*» no constituye una figura reglada, por lo que se carece de un concepto legal, lo que exige acudir en cada caso al contrato de «*project management*» para determinar sus competencias. No obstante, en la práctica suelen ser las de asumir la gestión única de todas las fases del proyecto, la coordinación de los agentes de la edificación, la participación en el estudio de viabilidad y la vigilancia del proceso constructivo. El gestor de proyectos no puede asimilarse a la figura del promotor con el argumento de que el art. 17.4 LOE extiende la responsabilidad del promotor a los que actúen como gestores de cooperativas o de comunidades de propietarios con una intervención decisoria en la promoción, porque la función del gestor, aun siendo decisoria, se produce en el marco de la edificación y no en el de la promoción o venta. A través de esta figura, el promo-

tor pretende sustituir su propio papel en el proceso edificatorio, en cuanto a la toma de decisiones o contratación y control o vigilancia de la obra, por lo que el gestor de proyectos se sitúa en una posición intermedia entre el promotor y la dirección facultativa de la obra. El gestor de proyectos es un agente de la edificación puesto que el artículo 8 LOE define como tales a todas las personas que intervienen en el proceso de la edificación. Así pues, resultará responsable en virtud del artículo 17 LOE, en la medida en que los defectos constructivos le sean imputables, atendidas las funciones que se le han encomendado contractualmente.

El enriquecimiento injusto se aplica en defecto de ley y de costumbre, y exige la concurrencia de un elemento económico, (la ganancia de uno, correlativa al empobrecimiento de otro, mediando un nexo causal entre ambas), y una condición jurídica (la ausencia de causa justificativa) (STS 261/2015, de 13 de enero). **(STS de 15 de octubre de 2020; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Una entidad propietaria de un solar suscribió, a través de un mandatario, un contrato de gestión de proyectos con un «Project Manager» para la construcción de una vivienda unifamiliar. En virtud de tal contrato, el gestor de proyectos se comprometió a la dirección técnica de las obras, del proyecto, el asesoramiento en la contratación de la dirección facultativa, subcontratistas, y a prestar soporte técnico, jurídico y fiscal, realizar gestiones con proveedores y obtener licencias. Además, el «Project manager» (no los arquitectos) era quien verificaba las certificaciones de obra emitidas por la constructora. A cambio de estas funciones percibía el 15% del importe de tales certificaciones. La propietaria del solar contrató con los técnicos y constructora propuestos por el gestor de proyectos. Una vez transcurrido el plazo de ejecución pactado, la propietaria interpuso demanda contra el gestor de proyectos, la constructora, el arquitecto superior y el arquitecto técnico. Reclamó el coste de reparación de múltiples defectos constructivos que se consideraban imputables a la mala ejecución de las obras y a su falta de supervisión, así como excesos de facturación por parte de la constructora. Además, solicitó que se condenase al gestor de proyectos al pago del 15% cobrado sobre tales importes. La demanda se fundamentó en el incumplimiento de las obligaciones contractuales de los demandados e infracción de la LOE. La constructora alegó que en la obra habían participado decenas de empresas, que había subsanado defectos sin coste, y formuló reconvencción en reclamación de cantidad. El arquitecto técnico y el arquitecto superior opusieron su falta de legitimación pasiva por haber asumido el gestor de proyectos las funciones de la dirección facultativa. Por el gestor de proyectos se alegó falta de legitimación pasiva al negar su condición de agente de la edificación. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente absolviendo al arquitecto superior por tratarse de defectos de acabado y no ser responsable de la gestión económica de la obra asumida por el «Project Manager»; condenó a la constructora y al gestor de proyectos a abonar, respectivamente, los excesos de certificación y porcentaje cobrado sobre ellos. Asimismo, condenó

a la constructora, al gestor de proyectos y al arquitecto técnico a indemnizar en forma solidaria el coste de reparación de los defectos constructivos. Argumenta la sentencia que la actora, además de ser la promotora de la edificación, es su propietaria, y se limitó a contratar con los intervinientes en el proceso constructivo a propuesta del gestor de proyectos. Éste fue considerado responsable del buen resultado de la obra en virtud del contrato celebrado, ya que entre sus funciones se encontraba el asesoramiento y supervisión de la contratación de técnicos y constructora. El arquitecto técnico y el gestor de proyectos interpusieron sendos recursos de casación. En el primero de ellos, como único motivo, se denuncia infracción de la doctrina del enriquecimiento injusto al considerar que el promotor no había desembolsado la totalidad del precio de la obra, con lo que si percibía la indemnización concedida por excesos de facturación resultaría un enriquecimiento injusto. Tal motivo fue desestimado por no existir empobrecimiento del arquitecto técnico, quien percibió todos sus honorarios, y porque el acreedor del promotor era la constructora a quien se había concedido la cantidad reclamada en reconvención. El recurso del gestor de proyectos se articuló en dos motivos. En el primero alegó infracción del artículo 17 en relación con los artículos 8 y 9, LOE, al no apreciar la sentencia recurrida la responsabilidad solidaria del promotor, no estar legitimado pasivamente al ser sus obligaciones de medios, no de resultado, por lo que debía acreditarse su falta de diligencia en el asesoramiento técnico, que no en la ejecución de la obra que deben llevar a cabo el resto de los agentes. En el segundo motivo esgrimió infracción de los mismos preceptos y del art. 1709 CC, en relación con los artículos 1710, 1714 y 1717 CC, y del artículo 1259 CC, con fundamento en que su relación jurídica se estableció con el mandatario de la promotora y no con ésta, por lo que carecía de legitimación pasiva, y la sentencia no había declarado la responsabilidad del mandatario del promotor que contrató con la recurrente. El Tribunal Supremo desestima los recursos.

NOTA.—Esta sentencia, como señala expresamente, analiza la responsabilidad del «Project Manager» en el marco jurídico de la Ley de Ordenación de la Edificación, sin entrar en las acciones contractuales que pudieran corresponder a la demandante, quien en segunda instancia fundó sus pretensiones exclusivamente en dicha ley. La figura del «Project Manager» no se encuentra regulada por la LOE, por lo que se discute su legitimación pasiva. La generalidad de los autores coincide en que los legitimados pasivamente no son exclusivamente los agentes de la edificación mencionados en el art. 17 LOE, sino todos, incluso los no relacionados en los arts. 8 y ss. Se acude a la fórmula general del art. 17.1 LOE, que habla de «las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación» [vid. CORDERO LOBATO, E. (2007), en *Régimen jurídico de la edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, Navarra, pp. 384-385; ESTRUCH ESTRUCH, J. (2011), *Las Responsabilidades en la construcción. Régimenes jurídicos y jurisprudencia*, Navarra, pp. 708-709; CADARSO PALAU, J. (2008), *El sistema de responsabilidad civil en la construcción, en Cuestiones prácticas sobre la aplicación del*

art. 1.591 CC y la LOE de 1999, (dir. A. Merino Gutiérrez), Madrid, pp. 50-51, quien se refiere a la legitimación pasiva del gestor de proyectos, y para más referencias SANTANA NAVARRO, F. (2018), *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, pp. 179-182].

La sentencia extractada señala que no es acertado equiparar esta figura a la del promotor porque su intervención se produce en el marco de la edificación y no en el de la promoción o venta. Sin embargo, estimo que, al menos en el caso resuelto, se asimilaron al observar que se atribuyó responsabilidad al gestor de proyectos con el mismo criterio de imputación predicable del promotor. Desde la STS de 11 de octubre de 1974, el promotor responde, no como un mero vendedor, sino con fundamento en el control que ejerce sobre la obra, al asumir funciones de coordinación de las operaciones propias del proceso constructivo que le hacen responsable de lo ejecutado por el resto de los agentes. Del artículo 9.1 LOE también se extrae que su nota definitoria es tal intervención decisoria en la edificación, por lo que resulta irrelevante la existencia o no de ánimo de lucro (Santana Navarro (2018), pp. 182-188). Aprecio que, en el fondo, la sentencia imputa la responsabilidad al gestor de proyectos como un garante del buen hacer del resto de agentes, a modo de promotor, al señalar que gozaba de un poder decisorio delegado por él y participaba de sus funciones.

Dicho lo cual, si la vivienda se hubiera transmitido respondería el gestor de proyectos y además el promotor, porque de lo contrario se prestaría aquella figura a un vaciamiento de la responsabilidad de éste, con el consiguiente perjuicio a los terceros adquirentes. Por el contrario, en la sentencia extractada, al no haberse enajenado el inmueble, resulta clara la legitimación activa del promotor (no pasiva) de conformidad con el artículo 17.1 LOE que concede acción a los propietarios del edificio o partes en que se divida. (F. S. N.)

18. La categorización entre mandato general o especial (artículo 1712 CC) debe ser distinguida de aquella entre mandato general o expreso (artículo 1713 CC). Suficiencia del poder de representación. Uso abusivo del poder.—El Tribunal Supremo reitera la doctrina recogida en su sentencia del Pleno de 27 de noviembre de 2019. La distinción entre mandato general y mandato especial efectuada en el artículo 1712 CC no equivale a la distinción entre mandato general y mandato expreso prevista en el artículo 1713 del mismo cuerpo legal. La primera se refiere al «ámbito de los asuntos o intereses del principal», identificándose un mandato que comprende la totalidad de los negocios del mandante, y otro que solo afecta a uno o varios negocios determinados. Por su parte, el artículo 1713 CC incide en la naturaleza de los actos, de modo que un mandato general faculta únicamente para llevar a cabo actos de administración, mientras que un mandato expreso es requerido para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio. Asimismo, la concesión de un poder de representación genérico, sin una suficiente especificación de las facultades conferidas, y en el que no conste de manera inequívoca la atribución de facultades para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, hace que el apoderado se vea limitado a los actos de administración. Sin

embargo, si en el poder se especifica la facultad de realizar actos de «riguroso dominio» no es necesario que se especifiquen también los bienes concretos a los que tal facultad se refiere. Finalmente, la validez y suficiencia de un poder no conlleva necesariamente la validez y eficacia del negocio celebrado en representación, pues puede haberse llevado a cabo un uso abusivo de aquel.

Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso concreto.—Entre las facultades conferidas en el poder se encontraba la de hipotecar, no siendo precisa la especificación del bien que podía hipotecarse. En consecuencia, no puede apreciarse que haya insuficiencia del poder. Tampoco se ha producido un exceso o extralimitación en el ejercicio de las facultades conferidas atendiendo a la finalidad perseguida por el otorgamiento del poder. No puede concluirse que dicha finalidad era la mera administración o la gestión de genéricos trámites burocráticos, a la vista de la amplitud de las facultades atribuidas en el poder en cuestión. Ciertamente, la financiación obtenida se dirige a satisfacer las necesidades de tesorería del hijo y a refinanciar un crédito suscrito con anterioridad, pero esto no permite deducir ni una extralimitación ni un ejercicio incorrecto de las facultades. La hipoteca cuya validez se impugna fue concertada para garantizar un crédito que, en su mayor parte, se destinó a amortizar un préstamo concertado tres meses antes con otra entidad; con el fin de cancelar una hipoteca que gravaba la misma finca y cuya validez no se cuestionó en la demanda —solo tras la argumentación de la sentencia de apelación, y ya en el recurso de casación, la recurrente señala que el poder fue utilizado indebidamente también para constituir la primera hipoteca— (STS de 28 de septiembre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Una persona hace uso del poder conferido por sus padres, e hipoteca una finca perteneciente a estos para garantizar la financiación que él necesita para sus negocios. La demandante interpone una demanda en la que solicita la declaración de nulidad de la hipoteca constituida sobre su vivienda, siendo demandada la entidad financiera que concedió el crédito garantizado. Para justificar su pretensión alegaba la insuficiencia del poder, por no haber sido especificados los bienes sobre los que se autorizaba para establecer gravámenes. Asimismo, argumentaba que el poder no autorizaba la autocontratación, ni, de manera concreta, la hipoteca de bienes pertenecientes a los progenitores con el fin de garantizar un crédito personal del apoderado. La finalidad con la que se otorgó el poder era, se decía, únicamente la gestión de los bienes de los progenitores en interés de aquellos, mientras que el gravamen había sido establecido en interés exclusivo del apoderado porque, aun cuando el crédito hipotecario fue concedido a los tres, solo él había dispuesto de la cantidad prestada.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La demandante interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante y apelante.

NOTA.—La STS de 27 de noviembre de 2019 a la que se ha hecho referencia fue recogida en el fascículo III del año 2020 del ADC (pp. 1303-1304). (R. P. C.)

19. Comunidad de bienes. Distinción comunidad y sociedad. Doctrina jurisprudencial.—Si bien resulta a veces dificultoso diferenciar entre comunidad de bienes y el contrato de sociedad, la jurisprudencia de esta Sala ha ido precisando las características que distinguen una y otra figura, ya que si bien son coincidentes en darse una situación de voluntades en unión, no lo son en cuanto a sus fines y operatividad (STS 797/1993, de 24 de julio). En este sentido, se suele contemplar la sociedad como una situación dinámica, que ordena su explotación con arreglo a una organización económica de sus medios (empresa), y con la finalidad preferente de lograr unas ganancias para repartirlas entre sus partícipes. Por el contrario, la comunidad ordenaría su explotación, de forma estática, con arreglo a la mera utilización y aprovechamiento consorcial de los bienes, conforme a su función productiva y a la finalidad de conservación o mantenimiento de los mismos (STS 471/2012, de 17 de julio).

Aplicación de las normas de la comunidad de bienes a la sociedad irregular. Aplicación preferente de lo convenido contractualmente por los interesados.—El párrafo segundo del artículo 1669 CC dispone que las sociedades civiles internas «se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes». Ahora bien, las palabras iniciales del artículo 392 CC («A falta de contratos»), muestran que, de las prescripciones sobre la comunidad de bienes, sólo son directamente aplicables a las sociedades internas aquellas normas que estructuran la titularidad sobre el patrimonio o fondo común; y que las relaciones entre los socios/comuneros se regirán, en principio, por las normas del contrato de sociedad (STS 93/2016, de 19 de febrero).

La comunidad funcional. Significado. Características.—La Comunidad de Usuarios demandante es de las llamadas comunidades funcionales que trascienden la mera copropiedad, actuando unificadamente en el tráfico, con estructura, organización, pactos sociales, representación y fines propios. Se trata de una comunidad de bienes —de las también denominadas doctrinalmente como «dinámicas» o «empresariales»— que presenta las siguientes notas: (i) origen convencional, formalizada en escritura pública; (ii) vinculada funcionalmente a la actividad empresarial de explotación de huertos solares realizada por cada una de las sociedades mercantiles integradas en la comunidad (que para serlo necesariamente han de ostentar la titularidad de uno de los huertos solares que forman en su conjunto una explotación unitaria); (iii) que presenta características propias de las sociedades irregulares [de tipo colectivo]; (iv) dotada de una organización estable, a través de un órgano de administración regulado en sus estatutos (con atribución de amplias facultades de gestión y representación) y financiero-contable (igualmente regulada en sus estatutos); (v) que actúa en el tráfico como centro de imputación de determinados derechos y obligaciones, entre ellos los de naturaleza tributaria, como sujeto autónomo u obligado tributario (art. 35.2 LGT); (vi) además, ostenta legalmente la condición de empresario a efectos laborales (art. 1 ET); (vii) y por ello tiene legalmente reconocido algunos de los efectos propios de la personalidad jurídica; (viii) y entre estos efectos debe incluirse el del reconocimiento de su legitimación y capacidad procesal cuando la acción que ejercite (art. 6.1. LEC) o frente a la que se defienda (art. 6.2 LEC) esté vinculada a alguno de los derechos u obligaciones cuya titularidad ostente, como sucede en este caso.

Naturaleza jurídica de la comunidad funcional. Carácter societario de la figura.—De los propios estatutos de la denominada Comunidad de Usuarios, que figuran en escritura pública, no parece que el ente así constituido pueda ser calificado como una comunidad de bienes, porque no se destina

a la mera administración estática de unos bienes, sino a la explotación de un negocio de generación de energía solar (STS 93/2016, de 19 de febrero). En el caso, los propietarios se asocian para compartir un mismo terreno con las infraestructuras necesarias para la producción de energía solar. Es decir, varias instalaciones de distintos titulares comparten un mismo recinto, infraestructuras y servicios adicionales. También comparten los gastos de la instalación. Y su objetivo es producir energía eléctrica a pequeña escala para venderla a la red eléctrica y obtener un beneficio. Además, en este caso, no parece que la finalidad sea la mera generación eléctrica para autoconsumo, cuando los integrantes de la comunidad no son personas físicas, sino sociedades limitadas. En los estatutos de la agrupación (que se define como comunidad de usuarios) se dice expresamente que su finalidad es la explotación de los distintos huertos solares. Y cuando se especifican las facultades de su administrador único (denominación del cargo que, por sí misma, es expresiva), todas las que se le confieren son de carácter claramente negocial. También se dice que los comuneros son responsables solidariamente de las deudas comunes. Y acaban los estatutos con una mención a que, en lo no previsto en ellos, la comunidad se rige por «la regulación que el vigente Código Civil dedica a este tipo societario (sic)».

A la vista de todo ello, una entidad de estas características, aunque revista la forma de comunidad de bienes, por haberse constituido para desarrollar una actividad claramente mercantil (la explotación en común de unos huertos solares), y actuar en el tráfico como centro de imputación de derechos y obligaciones, merece la consideración de sociedad mercantil, colectiva. Su carácter irregular, por la falta de inscripción registral, no impide que se le pueda reconocer cierta personalidad jurídica por la mera exteriorización de esta entidad en el tráfico, que constituye una publicidad de hecho. De tal forma que la entidad demandante, aunque no cumpla las exigencias legales para su inscripción en el Registro Mercantil, goza de cierto grado de personalidad jurídica para que se le pueda reconocer capacidad para ser parte activa, de acuerdo con el artículo 6 LEC. (STS de 16 de septiembre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La mercantil IM, S. A. había promovido la construcción de una planta solar fotovoltaica integrada por 127 huertos solares independientes y una serie de elementos y servicios comunes a todas ellas. Procedió a la constitución de 127 sociedades cuyo único activo era precisamente la propiedad de cada uno de los huertos. A continuación, constituyó la comunidad de usuarios A. S., integrada por todas y cada una de las sociedades propietarias, luego de lo cual fue transmitiendo la titularidad de cada sociedad en particular, a excepción de 37 que siguieron perteneciendo a IM, S. A. La comunidad se constituyó para regular de manera eficaz el funcionamiento y conservación de las infraestructuras comunes necesarias para la evacuación de la energía generada por los huertos solares. Tiempo después la comunidad de usuarios A. S., autorizada por su junta general, planteó a través de su administrador, a quien estaban encomendadas las facultades de gestión y representación, en juicio y fuera de él, una demanda para que se declarase que la promotora-vendedora IM, S. A. era responsable de los vicios constructivos y defectos de puesta en funcionamiento de la planta solar, reclamándole el importe de diversas reparaciones y adaptaciones

llevadas a cabo o por realizar. La parte contraria se opuso alegando la falta de legitimación activa de la actora por no tener personalidad jurídica para ello. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada al abono de un importe superior a 1.300.000 €. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca estimó el recurso de apelación de la demandada y desestimó íntegramente la demanda, al considerar que, por tratarse de una comunidad de bienes, carecía de personalidad jurídica para demandar ya que, aunque se pudiera considerar la comunidad de usuarios como una sociedad irregular, lo que ampararía que se le reconociera capacidad para ser demandada en juicio (art. 6.º2 CC), ello no justificaría su actuación como parte demandante. Concluyendo que, al actuar la comunidad por medio de su administrador, en el que no concurre la condición de comunero, no puede considerarse que posea la capacidad para ser parte. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la actora.

NOTA.—En esta importante sentencia del Pleno, el Tribunal Supremo plantea algunas cuestiones verdaderamente interesantes, si bien quedan sin despejar algunas dudas que suscita la situación analizada. El primer problema que aborda es el de la distinción entre la comunidad de bienes y la sociedad pues, aunque en la teoría pueda parecer que tienen unos perfiles claramente diferenciados, lo cierto es que en la práctica las fronteras entre una y otra se difuminan con frecuencia, siendo complicado muchas veces establecer una clara separación entre ambas instituciones. En este caso, el Alto Tribunal sigue el criterio del carácter dinámico (sociedad) o estático (comunidad) del patrimonio común o colectivo, según que el objetivo primordial sea la obtención de un lucro partible, en el caso de la sociedad, o simplemente el aprovechamiento y conservación de los bienes comunes, en el supuesto de la comunidad. Así viene estableciéndose en los últimos decenios, como puede observarse en las SSTS 1161/1993, de 2 de diciembre; 975/1995, de 13 de noviembre; o las más recientes SSTS 471/2012, de 17 de julio y 93/2016, de 19 de febrero. Se consolida, de esta manera, una doctrina que hace prevalecer el criterio de la actividad sobre el de la voluntad de los interesados (*cf.* Paz-Ares, C. *Comentario del Código civil Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1992, pp. 1370-ss; Albaladejo García, M. *La distinción entre comunidad y sociedad*, AC, 3, 1995, pp. 669-ss; Miquel González, J. M. *Comunidad y Sociedad*, AAMN, 53, 2013, pp. 351-ss).

El otro tema igualmente importante es el tratamiento de la denominada «comunidad funcional», entendida como una agrupación, bajo la forma comunitaria, en la que se desarrollan actividades empresariales con fines de lucro. Se trata de una figura de amplio predicamento práctico, a través de la cual se persigue una mejor gestión y explotación económica de determinados bienes accesorios de otros principales, destinados a facilitar la utilización y aprovechamiento de estos últimos. Este modelo de comunidad, de contornos ciertamente difusos, ha sido estudiada con detenimiento en el ámbito inmobiliario (*cf.* por todos Godoy Domínguez, L. *La comunidad funcional*, ADC, 54-1, 2002, pp. 163-ss). Entre sus características, además de las señaladas en la sentencia comentada

(origen convencional, vinculación funcional a una actividad económica y organización estable), deben resaltarse también su naturaleza accesoria y dependiente siempre de otros bienes a cuyo servicio se encuentra (v. Azpitarte Camy, R. *Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal*, RDN, 36, 1979, p. 222) y, por ende, su indivisibilidad (Pelayo Horé, S. *La indivisión perpetua en el Código civil*, RDP, 305, 1942, pp. 460-ss.; Núñez Iglesias, A. *Comunidad e indivisibilidad*, Madrid, 1995, p. 89; y Pérez Pérez, E. *Propiedad, comunidad y finca registral*, Madrid, 1995, pp. 201-ss.). En el ámbito inmobiliario ha sido frecuente el recurso a esta modalidad para la configuración de comunidades de plantas destinadas a garajes y/o trasteros, con base en el art. 68 RH (Resoluciones DGRN de 26 de junio de 2018 y de 19 de julio de 2019).

En el caso resuelto por el Tribunal Supremo, sin embargo, se aborda una situación a la que se denomina «comunidad funcional», pero de la que el propio Tribunal niega que sea una comunidad de bienes, con lo que se aparta de la configuración doctrinal habitual, que sostiene el carácter comunitario de esta figura. En el caso de autos, el Alto Tribunal entiende que se trata de una sociedad irregular, con lo que ya sobraría entonces denominarla «comunidad funcional», aun cuando esta última posee aspectos propios del modelo societario (cfr. Redondo Trigo, F. *Condominio versus Sociedad. El ánimo de lucro en las comunidades de bienes*, RCDI, 731, 2012, p. 1739-ss). A primera vista parece que, frente al argumento de la Audiencia Provincial, la opción por el carácter societario parece la única manera de posibilitar que la comunidad de usuarios pueda intervenir en juicio como demandante a través de su administrador, que no tiene la cualidad de comunero. Sin embargo, la calificación como sociedad, debería excluir que se hablase de comunidad funcional so pena de la desnaturalización de la figura. (L. A. G. D.)

20. Cláusula de imputación de todos los gastos generados por el préstamo hipotecario. Efectos de la abusividad.—Conforme a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 y la doctrina del Tribunal de Justicia, la apreciación del carácter abusivo de la cláusula contractual que atribuye a los consumidores prestatarios el pago de todos los gastos generados por la operación crediticia, conlleva su inaplicación. Pero, cosa distinta es que, en cuanto a sus efectos, y dado que los gastos deberán ser abonados a terceros ajenos a los contratantes (funcionarios públicos sujetos a arancel, gestores, etc.), se determine cómo deben distribuirse tales gastos, no en función de la cláusula anulada, sino de las disposiciones legales aplicables supletoriamente. De tal forma que, una vez declarada nula y dejada sin efecto por abusiva la cláusula que atribuía todos los gastos al prestatario consumidor, el tribunal debe entrar a analizar a quién, con arreglo a las reglas legales y reglamentarias, correspondía satisfacer cada uno de los gastos cuestionados.

Gastos de notaría.—En cuanto a los gastos de notaría, como la normativa notarial (el art. 63 Reglamento Notarial, que remite a la norma sexta del Anexo II del RD 1426/1989, de 17 de noviembre) habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la

obtención del préstamo-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento. El mismo criterio resulta de aplicación a la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, como el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, a él le corresponde este gasto. Y por lo que respecta a las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés. De acuerdo con esta doctrina, los gastos notariales generados por el otorgamiento de las dos escrituras de préstamo hipotecario debían repartirse por mitad.

Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.—En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas: a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario. b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario. c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite. d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad actos jurídicos documentados que grava los documentos notariales. De acuerdo con esta doctrina, la declaración de nulidad de la cláusula relativa a los gastos no podía conllevar la atribución de todos los derivados del impuesto de actos jurídicos documentados al banco prestamista, pues, con las matizaciones examinadas, el principal sujeto pasivo obligado al pago de este tributo era el prestatario.

Gastos de gestoría.—Respecto de los gastos de gestoría, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabe negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. (STS de 26 de octubre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Una persona consumidora concertó con una misma entidad de crédito dos contratos de préstamo hipotecario, el 28 de junio de 2005 y el 11 de junio de 2006, respectivamente. Las cláusulas quinta y cuarta de sendos contratos atribuían al prestatario el pago los siguientes gastos: «b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución (incluidos los de la primera copia de la presente escritura para la prestamista y en su caso los derivados de los documentos acreditativos de las disposiciones), modificaciones o cancelaciones de la hipoteca, incluidas las comisiones y gastos derivados del otorgamiento de la carta de pago; c) Impuestos de esta operación; d) Gastos de gestión por la tramitación de la escri-

tura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto».

El prestatario interpuso demanda contra la entidad, en la que pedía la nulidad de la cláusula quinta de la escritura de préstamo hipotecario de 28 de junio de 2005 y la cláusula cuarta de la escritura de préstamo hipotecario de 11 de mayo de 2006, que atribuían al prestatario el pago de aquellos gastos. La nulidad se fundaba en la consideración de abusivas de las reseñadas cláusulas. La sentencia de primera instancia apreció la nulidad de las cláusulas y condenó a la entidad a la devolución al prestatario de todas las cantidades abonadas en aplicación de dichas cláusulas, más los intereses devengados por dichas cantidades.

Apelada la sentencia por la entidad, la Audiencia estima el recurso. La sentencia de apelación considera que las dos cláusulas cuestionadas han sido predispuestas por el banco y constituyen condiciones generales de la contratación, y su valoración como abusiva lo será en la medida en la que se haga recaer en el consumidor gastos que por su naturaleza no debería afrontar. Luego pasa a analizar cada uno de los gastos discutidos y concluye que son de cuenta del prestatario: 1.º los aranceles notariales dimanantes del otorgamiento de las dos escrituras, con excepción de los que deriven del libramiento de la primera copia o demás copias expedidas a petición del prestamista; 2.º el abono del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados derivados del otorgamiento de esas escrituras; y 3.º la mitad de los gastos de gestión por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto. Revoca respecto de estos extremos la sentencia de primera instancia, y mantiene respecto de todo lo demás la declaración de nulidad.

La sentencia de apelación ha sido recurrida en casación por el demandante. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación. (*J. M.ª M. F.*)

21. Nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria.—No se discute la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado que se incluyó en el contrato de préstamo hipotecario celebrado entre las partes, sino solamente la nulidad o validez del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra el inmueble hipotecado. Antes de postular la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, la parte ha podido y debido promover la correspondiente oposición en el propio proceso de ejecución, a través de las posibilidades legales habilitadas para ello, que abrieron la oportunidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas, incluso con el trámite de oposición ya precluido (desde la DT 4.ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, hasta la DT 3.ª de la Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario). En consecuencia, resulta improcedente plantear la nulidad de un procedimiento de ejecución por la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo, cuando en el mencionado proceso de ejecución hubo reiteradas posibilidades de plantear oposición por esa misma causa. Puesto que el artículo 698 LEC, al regular el juicio declarativo posterior a la ejecución, se refiere a las reclamaciones del deudor que no se hallen comprendidas en los artículos anteriores (en este caso, el art.

695.1.4.º LEC). (STS de 22 de octubre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 9 de octubre de 2003, tres personas consumidoras concertaron con una entidad financiera un préstamo hipotecario que gravaba un inmueble. Entre otras, figuraba en el contrato una cláusula que permitía la resolución anticipada del contrato por impago de una sola cuota. Ante el impago de los prestatarios, la entidad prestamista dio por vencido el préstamo e interpuso una demanda de ejecución hipotecaria, en cuyo procedimiento constan los siguientes hitos temporales: Se dictó auto de ejecución el 17 de marzo de 2011. La subasta tuvo lugar el 29 de septiembre de 2011. Los hoy demandantes solicitaron la nulidad del procedimiento el 8 de junio de 2011, lo que fue denegado por auto de 16 de noviembre de 2011. El 5 de enero de 2012 se dictó decreto de adjudicación del inmueble al ejecutante. El 21 de marzo de 2013 se denegó el lanzamiento. No consta que posteriormente se haya puesto en posesión del inmueble al adquirente. Tras la reforma de la LEC de 2013 los ahora demandantes no ejercitaron pretensión alguna en los plazos legalmente previstos.

A finales de 2014, los prestatarios interpusieron una demanda de juicio declarativo contra la entidad prestamista, en la que solicitaron, en lo que aquí interesa, la nulidad de diversas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria y la condena a unos gastos indebidamente cobrados. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y la devolución de los gastos reclamados, desestimando la pretensión de nulidad del proceso de ejecución hipotecaria, por considerar que los prestatarios pudieron hacer valer sus pretensiones en el seno de dicho procedimiento y no lo efectuaron.

Recurrida en apelación la sentencia por la entidad e impugnada por los demandantes, la Audiencia Provincial desestimó la impugnación y estimó en parte el recurso de apelación, con el resultado de dejar sin efecto la condena a la devolución de los referidos gastos, por considerar que no había quedado probado su pago. Los demandantes formularon recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.ª M. F.*)

22. Contrato de seguro. Perjudicado demanda a la Administración y no a la aseguradora en vía contencioso-administrativa: efectos.—Si la parte perjudicada opta por no demandar a la aseguradora en vía contencioso administrativa, marginándola de la misma, cuando podía dirigir también la demanda contra ella conjuntamente con la Administración, no es factible que, discutida y fijada la responsabilidad patrimonial y la cuantía indemnizatoria en dicho orden jurisdiccional, se pretenda posteriormente promover un juicio civil, para obtener exclusivamente la diferencia de los intereses legales percibidos con los establecidos en el artículo 20 LCS, cuando pudieron y debieron ser reclamados con intervención de la aseguradora en la vía contencioso administrativa (9.4 II LOPJ y 21 c) de la LJCA), o con la finalidad de

buscar un más propicio tratamiento jurídico en la aplicación del artículo 20 LCS.

Perjudicado demanda a la Administración y no a la aseguradora en vía contencioso-administrativa: ausencia de mora.—Elegida la vía contencioso-administrativa, sin interpelación de la aseguradora, la cual queda pendiente de la resolución dictada en dicha vía jurisdiccional, para fijar, en su caso, la cuestionada responsabilidad de la administración y la cuantía de la misma, una vez establecidas éstas, proceder a satisfacer su importe, sin que incurra en mora hasta ese momento. **(STS de 17 de septiembre de 2020;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La representación procesal de don P. interpuso demanda contra la entidad aseguradora Z. I. PLC, sucursal en España, en su condición de aseguradora del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña, en la que solicitaba se dictara sentencia condenando a la entidad demandada al pago de determinada cantidad de dinero por una mala praxis médica de la que fue declarada responsable la administración sanitaria, en sentencia contencioso-administrativa, más el interés legal de la citada cantidad desde la presentación de la demanda. La representación de la demandada contestó a la demanda solicitando su desestimación y condena en costas a la parte actora. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 41 de Barcelona estimó la demanda al considerar que el actor instó junto con su esposa reclamación administrativa, que fue desestimada por silencio, promoviendo posteriormente recurso contencioso-administrativo contra el Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya, a cuya actuación imputaban los daños y perjuicios sufridos por su hijo menor y por ambos progenitores. Se razonó que el actor no tenía obligación alguna de demandar a Z. I. PLC, sucursal en España, en sede contencioso-administrativa. La sentencia de instancia declaró probado que se pagó la indemnización objeto de condena con los intereses legales; no obstante, se consideró que, desde que conoció la compañía de seguros la existencia del siniestro y correlativa reclamación a la administración asegurada, también sabía que quedaba expuesta, por incumplimiento de su obligación de satisfacer puntualmente el siniestro, a que se ejercitara contra ella una acción de condena al pago de los intereses del artículo 20 LCS, sin que, por otra parte, concurriera causa justificada para liberarse del abono de los mismos. Por todo lo cual, se estimó la demanda con imposición de costas. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Z. I. PLC, sucursal en España, la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia, desestimando la demanda interpuesta por la entidad actora, al considerar que al tiempo del caso contemplado en dicha resolución, la aseguradora no podía ser demandada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y, además que, en aquel caso, a la fecha de interposición de la demanda, no se había cobrado la indemnización, por ello se reclamaba tanto el pago del principal como de los intereses del art. 20 LCS; a diferencia de lo que acontecía, en el caso litigioso, en el que, no sólo se había realizado la consignación de la indemnización, sino que además la parte actora había percibi-

do su importe, antes de la interposición de la demanda, y no solo el principal, sino también de los intereses legales ordinarios. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

23. Seguro. Indemnización por incapacidad temporal. Concepto de «día de baja impeditivo».—La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que debe interpretarse que el concepto de «día de baja impeditivo», empleado en el 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, incluye todos los días de baja laboral, incluso cuando se hubiera dejado de precisar muletas con anterioridad al alta. (STS de 7 de octubre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El demandante, perjudicado en un accidente de tráfico, reclamaba frente a la aseguradora del vehículo causante del accidente, una indemnización por daños personales que abarcara 520 días de incapacidad temporal (11 días de hospitalización y el resto, 509 días, como días impeditivos —contados desde la fecha del accidente hasta la conclusión de la baja laboral—). No obstante, las sentencias de instancia y apelación limitaron esta indemnización a 479 días impeditivos, considerando que estos finalizaron cuando el lesionado dejó de necesitar muletas según un informe de urgencias, pese a continuar en situación de baja laboral, bajo la supervisión del Equipo de Valoración de Incapacidad de la Seguridad Social (en adelante, «EVI»).

Por su parte, el Tribunal Supremo recordó que, de conformidad con la tabla V, nota 13, de la 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, «se entenderá por día de baja impeditivo aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual». En consecuencia, el Tribunal Supremo declaró que la no utilización de bastones no es determinante ni significa que el perjudicado pudiera desarrollar su actividad habitual, de suerte que debían computarse los días impeditivos desde el accidente hasta la obtención del alta laboral, para lo que tomó en consideración el hecho de que el EVI, como entidad pública, controlara el proceso de curación en evitación de bajas prolongadas. (A. A. O.)

24. Seguro. Responsabilidad civil. Validez de la cláusula *claim made*.—En criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cláusula «claim made» es plenamente eficaz en los seguros de responsabilidad civil concertados por los servicios públicos de salud, pese no cumplir los requisitos de incorporación propios de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, puesto que no constituyen contratos de adhesión. Así las cosas, resulta responsable de la cobertura del siniestro solo una de las —sucesivas— entidades aseguradoras, sin que los perjudicados puedan pretender una doble cobertura del daño, a modo de un inexistente coaseguro. (STS de 20 de octubre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los actores demandaron a las sucesivas compañías aseguradoras del Servicio Murciano de Salud, en ejercicio de la acción directa prevista en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, «LCS»), instando la indemnización de los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de la muerte de su hijo en el parto, a causa de una mala praxis médica. La compañía W. R. Berkley sostuvo su falta de legitimación pasiva, ya que no era aseguradora del Servicio Murciano de Salud, en la fecha de la reclamación del daño, pese a serlo en el momento del fallecimiento. Mapfre opuso, por su parte, que en la fecha en la que ocurrieron los hechos, no había suscrito el contrato de seguro (pese a que sí estuviera vigente la póliza en la fecha de reclamación). Ambos condicionados limitaban su cobertura respecto a siniestros reclamados durante su vigencia, mediante sendas cláusulas «claim made», previstas en el artículo 73 LCS.

La sentencia de instancia condenó exclusivamente a Mapfre, comprendiendo que W. R. Berkley no cubría el siniestro de conformidad con la cláusula «claim made». Por el contrario, la sentencia de apelación declaró responsables a ambas compañías, destacando que la cláusula «claim made» del condicionado de W. R. Berkley no constaba resaltada ni firmada expresamente por el tomador, como exige el art. 3 LCS, de suerte que no resultaba oponible a los perjudicados.

Sin embargo, la Sala Primera del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por W. R. Berkley bajo la consideración de que la cláusula era oponible, incluso cuando no se cumplieran los requisitos de incorporación del art. 3 LCS, habida cuenta que el contrato de seguro suscrito por el Servicio Murciano de Salud no constituye un contrato de adhesión, sino que fue negociado «en un plano de igualdad, con asesoramiento profesional». Por lo tanto, el Alto Tribunal rechazó que W. R. Berkley ostentara legitimación pasiva, negando así que los actores tuvieran acción directa contra dicha compañía. En consecuencia, declaró la responsabilidad exclusiva de Mapfre y matizó que «[l]os demandantes no pueden pretender una doble cobertura del daño, a modo de un inexistente coaseguro, al margen de las relaciones contractuales existentes entre tomadora responsable y aseguradoras». (A. A. O.)

DERECHO DE FAMILIA

25. Modificación de medida relativa al uso de la vivienda familiar: extinción del derecho de uso atribuido a los hijos y al progenitor custodio al perder la vivienda el carácter familiar por la entrada de un tercero.—

El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a los hijos y al progenitor custodio se vincula a la conservación de tal carácter familiar, a que continúe residiendo en ella la familia que ha convivido como tal, con una vocación de permanencia (STS 726/2013, de 19 de noviembre). Dicho carácter familiar desaparece cuando un tercero entra a residir en la vivienda, porque en tal caso empieza a servir a una familia diferente. La extinción del derecho de uso no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia,

pero no resulta posible mantenerlos en el uso de un inmueble que dejó de constituir el domicilio familiar y, con ello, de servir a los fines que determinaron su atribución. El interés del menor no puede desvincularse de forma absoluta del de sus padres, cuando resulta posible conciliarlos. En este sentido, extinguido el derecho de uso, los progenitores deben actuar en beneficio de los menores y, en el caso de que el inmueble sea ganancial, el que ostente la custodia podrá seguir ocupándola si adquiere la mitad, o comprar otra si se produce su enajenación (STS, de Pleno, 641/2018, de 20 de noviembre). Lo anterior constituyen pautas para que la situación a que da lugar la extinción del uso no perjudique a los hijos menores de edad. Con esta finalidad debe permitirse a los menores y al progenitor permanecer en la vivienda el tiempo prudencial de un año para que se acomoden a la nueva situación y puedan ordenarla (STS 568/2019, de 29 de octubre). **(STS de 23 de septiembre de 2020; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—El demandante instó la modificación de medidas judiciales acordadas en sentencia de divorcio que aprobó un convenio regulador por el cual se atribuyó el derecho de uso de la vivienda familiar a la progenitora demandada y a sus tres hijos menores de edad. La demanda se fundamentó en una modificación sustancial de las circunstancias existentes al tiempo de aquella sentencia, dado que solo uno de los tres hijos era menor de edad y la demandada había contraído nuevo matrimonio conviviendo con su pareja en el domicilio familiar. Por ello, se solicitó la inmediata extinción de dicho uso, subsidiariamente en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, y si no la atribución a cada progenitor de un uso alternativo por dos años hasta aquella liquidación. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que la convivencia de la progenitora con su nuevo esposo no justifica la extinción del uso que se atribuye, conforme al art. 96 CC, al progenitor custodio y, por ello, responde al interés superior del menor. El actor interpuso recurso de apelación que sería desestimado por la Audiencia Provincial al valorar que el matrimonio de la demandada, por existir aún un menor de edad, no es suficiente para acordar la extinción del uso. El actor interpuso recurso de casación por aplicación indebida del art. 96.1 CC y por oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en la STS, de Pleno, 641/2018, de 20 de noviembre. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación por lo que declara extinguido el derecho de uso, pero lo prolonga durante el plazo máximo de un año para no poner en riesgo el interés del hijo menor.

NOTA.—Esta sentencia aborda uno de los problemas más conflictivos de las crisis matrimoniales, que no permite una solución intermedia: o el progenitor custodio y los niños se buscan otra casa y se van con el recién llegado, o se quedan en ella [Yzquierdo Tolsada, M. (2018), «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 (641/2018). La convivencia marital con un tercero hace perder a la vivienda su condición de vivienda familiar», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, núm. 10, p. 168]. La sentencia comentada da continuidad a la doctrina fijada por la STS, de Pleno, de 20 de noviembre de 2018. La solución al conflicto resulta justa, pero no

existen argumentos legales, puesto que el artículo 96 CC (a diferencia del artículo 101 CC en materia de pensión compensatoria) no contempla la extinción analizada (Yzquierdo Tolsada, pp. 172-173). En otro sentido, se argumenta que el interés del menor exige que tenga cubiertas sus necesidades habitacionales, pero no es preciso que sea a través del uso de la vivienda familiar, y podría aumentarse la pensión alimenticia con cargo al progenitor que recupera el uso de la vivienda (Ordás Alonso, M., *El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza*, Diario La Ley, 8 de enero de 2019). En cualquier caso, resulta plausible que la extinción del uso no sea automática y se conceda un tiempo prudencial, no superior a un año, para que no se ponga en riesgo el interés superior del menor y se puedan cubrir de forma adecuada sus nuevas necesidades habitacionales. El artículo 96 CC en la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, sigue sin dar una solución a esta cuestión. El precepto contempla que, en defecto de acuerdo, el uso se atribuirá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge custodio, hasta que todos los hijos alcancen la mayoría de edad, salvo situaciones de discapacidad que hicieren conveniente su extensión a criterio judicial. Además, el precepto equipara los hijos que al tiempo de la crisis matrimonial se encontraran en situación de discapacidad a los menores de edad. Distintas legislaciones forales sí prevén la extinción del uso por nuevo matrimonio o convivencia marital del progenitor custodio. Tal es el caso del artículo 233-24 del libro segundo del Código Civil de Cataluña, y el artículo 12, apartado 11, letra d), de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, de la Comunidad Autónoma del País Vasco. (F. S. N.)

26. Duración de la pensión compensatoria en los casos de separación y divorcio.—El establecimiento de un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo esta función una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC.

Estos factores listados en el artículo 97 CC cumplen un doble cometido: por un lado, cumplen con el cometido de actuar como elementos integrantes del desequilibrio; y, por otro, una vez determinada la concurrencia de tal desequilibrio, cumplen también con el cometido de actuar como elementos que permiten fijar la cuantía de la pensión, dado que ayudan a valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto o alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción como consecuencia de la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio.

Pero, a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar la cuantía de ella, el juicio prospec-

tivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia y ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, no cual en nada tiene que ver con lo que se denomina futurismo o adivinación. El plazo de duración de la pensión compensatoria habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio derivada de la separación o divorcio.

Todo ello resulta sin perjuicio de valorar, en su momento, futuras alteraciones que evidencien una mayor potencialidad económica del beneficiario de la pensión compensatoria. (STS de 22 de octubre de 2020; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Cristóbal interpone demanda de divorcio contra Alicia. La demanda es parcialmente estimada. Queda fijada una pensión compensatoria en favor de Alicia durante 2 años.

Alicia formula recurso de apelación. Su recurso es parcialmente estimado, de modo que la duración de la pensión compensatoria queda fijada en 3 años.

Alicia interpone recurso de casación, que es parcialmente estimado. De tal modo, en atención a su edad actual (56 años), su edad en el momento de contraer matrimonio (27 años), la duración del matrimonio (24 años), su discapacidad (del 37%), su dedicación a la familia (que posibilitó el desarrollo profesional del esposo), su actual estado depresivo, su bajo nivel de formación académica (graduado escolar) y los ingresos actuales y futuros del esposo (unos 3.000 € mensuales, como subinspector del Cuerpo de Policía Nacional), se fija una duración indefinida de la pensión compensatoria, dadas las escasas posibilidades que tiene de reinserción en el mercado laboral. (T. R. C.)

27. Interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el artículo 1438 CC.—La regla sobre compensación contenida en el artículo 1438 CC, dirigida a mitigar la desconsideración de que es objeto en el régimen de separación el cónyuge que se dedica de forma exclusiva al trabajo para la casa, pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada.

En la realidad social actual (art. 3.1 CC), parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia.

Por tanto, la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el artículo 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar.

Sin embargo, si no consta que el cónyuge que colabora en la actividad profesional del otro trabaje con más intensidad para la casa, manteniendo intacto su desarrollo profesional y con un sueldo similar al que podría obte-

ner por el mismo trabajo en otro lugar, no cabe interpretar que trabajó prioritariamente en las tareas del hogar. En consecuencia, en estos casos no procede la aplicación del artículo 1438 CC. (**STS de 29 de septiembre de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Juana y Juan, casados en régimen de separación de bienes, son farmacéuticos, y trabajan en distintas farmacias hasta que Juana adquiere una farmacia. A partir de este momento, ambos cónyuges comienzan a trabajar en dicha farmacia adquirida, la esposa en calidad de empresaria y el esposo como asalariado.

Juana interpone demanda de divorcio contra Juan. Juan contesta a la demanda e interpone demanda reconvenzional, en la que solicita el reconocimiento de la compensación prevista en el artículo 1438 CC, con base en el incremento patrimonial de Juana durante el matrimonio.

La demanda es estimada parcialmente. La demanda reconvenzional es desestimada, al considerar que las partes habían suscrito en capitulaciones matrimoniales el régimen de separación de bienes, en virtud del cual cada uno de los cónyuges hacía suyos sus propios ingresos, frutos y rentas de sus bienes y trabajo.

Juan interpone recurso de apelación. El recurso es parcialmente estimado, en el sentido de establecer en favor de Juan una compensación económica con cargo a la esposa, al considerarse de aplicación el artículo 1438 CC. De tal modo, se hace equivalente el «trabajo para la casa» con el «trabajo para el negocio del otro cónyuge sin salario o con salario insuficiente».

Juana interpone recurso de casación. El recurso es estimado, al entender el Tribunal Supremo que, si bien «trabajo para la casa» equivale a «trabajo para el negocio del otro cónyuge sin salario o con salario insuficiente», Juan cobró un salario acorde al salario medio de mercado de dicho puesto y que no consta que trabajara para la casa con mayor intensidad que Juana. (*T. R. C.*)

28. Impugnación de filiación no matrimonial determinada mediante sentencia firme. Interpretación de la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio: caducidad de la acción de impugnación de filiación no matrimonial sin posesión de estado.—La reforma realizada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se inspiró en los principios de igualdad, libre investigación de la paternidad y veracidad biológica (arts. 10, 14 y 39 CE) con la finalidad de permitir la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Para poner fin a situaciones jurídicas provocadas por el sistema anterior, que no permitía tales pruebas, se incorporó a dicha ley la disposición transitoria sexta de acuerdo con la cual «Las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva». Tal disposición no fue derogada de forma expresa ni tácita por el art. 764.2 LEC, que ordena la inadmisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de una filiación determinada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra también establecida

por sentencia firme. Ello obedece a que este precepto contempla las sentencias dictadas en el marco de la Constitución Española y de la legislación que la desarrolla. Por tanto, no resulta aplicable a los supuestos en que la sentencia firme sea anterior a la entrada en vigor de la Ley 11/1981. La disposición transitoria sexta de esta ley requiere que se ejercite de nuevo la misma acción que fue desestimada por no poder apoyarse en pruebas biológicas. Sin embargo, cabe su aplicación analógica a aquellos casos en que se impugne una filiación determinada mediante sentencia firme con arreglo a la legislación anterior y el actor pretenda la valoración de pruebas biológicas, sólo admitidas en el sistema actual, dado que esta posibilidad es la que inspira la reforma legal. Ahora bien, esta acción no es imprescriptible porque trata de revisar con pruebas nuevas una filiación determinada judicialmente, a la que no cabe atribuir una fortaleza menor que a la manifestada a través de la posesión de estado, para cuya impugnación el art. 140 CC, párrafo segundo, establece un plazo de caducidad de cuatro años que, por ello, se considera de aplicación analógica. Dicho plazo debe computarse desde la entrada en vigor de la Ley 11/1981 que permitió solicitar la práctica de pruebas biológicas. Este razonamiento se adecua a la jurisprudencia constitucional al no resultar de aplicación la STC 8/2001, de 28 de febrero, que estimó un recurso de amparo formulado ante sentencias de instancia que habían inadmitido a trámite la demanda, en aplicación del artículo 764.2 LEC, sin fundamentar por qué aplicaron este precepto y no la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981. Además, las exigencias del principio de la veracidad biológica deben coexistir con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, por lo que es posible introducir límites temporales para el ejercicio de las acciones de filiación (SSTS 494/2016, de 15 de julio, 457/2018, de 18 de julio y 522/2019, de 8 de octubre, que se refieren a SSTC 138/2005, de 26 de mayo, 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero). Por último, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe ponderarse el derecho del padre a saber la verdad biológica y el derecho del hijo a conservar su filiación, así como el interés público por la protección de la seguridad jurídica, de manera que de acuerdo con las circunstancias del caso puede no resultar arbitrario otorgar mayor peso al interés del hijo (STEDH, sec. 1.ª, caso B. contra Polonia, de 21 de mayo de 2018). **(STJ de 7 de septiembre de 2020;** no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La sentencia resuelve la impugnación de una filiación extramatrimonial determinada por sentencia penal firme dictada en 1968, que condenó a un varón por un delito de estupro a reconocer a la hija y mantenerla por considerar probado que tenía una relación de noviazgo con una vecina con quien mantuvo relaciones sexuales a consecuencia de las cuales nació una niña en 1964. En 2017 el padre impugnó tal filiación de acuerdo con el párrafo primero del art. 140 CC y la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981. Alegó la falta de cosa juzgada, que no mantuvo relaciones con su vecina ni concurre posesión de estado al haber residido en Alemania desde 1964 a 1993, por lo que solicitó la práctica de prueba biológica que no fue posible en el procedimiento penal. La madre e hija demandadas oponen la excepción de cosa juzgada, alegaron que todo el pueblo conocía que el actor era el

padre, y la última se negó a someterse a la prueba de ADN. El Juzgado de Primera Instancia denegó la práctica de esta prueba y desestimó la demanda por la existencia de cosa juzgada de acuerdo con el artículo 1252 CC, vigente en la época en que la filiación fue determinada; apreció la caducidad de la acción reconocida en la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 pues, aunque se entendiera que no había posesión de estado, el plazo máximo aplicable sería el de caducidad de cuatro años. La Audiencia desestimó el recurso de apelación al dudar sobre la imprescriptibilidad de la acción prevista en el apartado primero del art. 140 CC para el caso de inexistencia de posesión de estado, así como de la misma falta de posesión de estado. También se fundamentó en que la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 exige el ejercicio de la misma acción, lo que considera que no concurre al haberse ejercitado una acción de impugnación de una filiación declarada por sentencia. El demandante interpuso recursos por infracción procesal y de casación. Este último se articula en tres motivos en los que cuestiona que la acción de impugnación de una filiación no matrimonial sin posesión de estado se encuentre sujeta a plazo; alega la falta de posesión de estado al haberse determinado la filiación en un procedimiento penal en contra de su voluntad, e infracción por inaplicación de la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

NOTA.—Esta sentencia fue objeto de un voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, al que se adhirió el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. En él se sostiene que la acción nacida de la disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981 no se encuentra sujeta a un plazo específico porque el legislador no quiso hacerlo y le hubiera sido muy sencillo establecerlo en ella. En cambio, dejó su determinación a la regulación del Código Civil que modificó, concretamente a su artículo 140 CC, cuyo primer párrafo no establece plazo de ejercicio para la acción de impugnación de la filiación no matrimonial cuando no concurre posesión de estado; mientras que sí lo hace al tratar la acción de reclamación de la filiación no matrimonial en el mismo supuesto de falta de posesión de estado (artículo 133 CC) y también para la impugnación cuando existe posesión de estado (artículo 140 CC, párrafo segundo). Añade el voto particular que la imprescriptibilidad de la acción ejercitada en el caso resuelto ha sido reconocida por la STS 240/2015, de 12 de mayo. Efectivamente, en dicho pronunciamiento no se declaró caducada la acción de impugnación de filiación no matrimonial sin posesión de estado que se considera imprescriptible (artículo 140 CC). Se había ejercitado por el padre cinco años después de haber conocido el nacimiento, que tuvo lugar durante una prolongada separación de hecho por lo que decaía la presunción de paternidad (artículo 116 CC) y no resultaba aplicable el plazo previsto en el artículo 136 CC para la impugnación de las filiaciones matrimoniales. Sobre el carácter imprescriptible de la acción prevista en el párrafo primero del artículo 140 CC, *vid.*, entre otros, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1991), «Comentario al artículo 140 CC», *Comentario del Código Civil*, (dirs. C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, y P.

Salvador Coderch), I, Madrid, p. 519, y LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019), *Principios de Derecho Civil*, VI, Madrid, p. 305, para quienes resulta decisivo que el resto párrafos sí fijen plazo. Concluye el voto particular que el parecer mayoritario de la Sala equipara en cierto modo la filiación no matrimonial sin posesión de estado con aquella en que sí concurre tal condición, y utiliza indebidamente la analogía para extender al primer párrafo del artículo 140 CC un plazo de caducidad que el legislador sólo quiso establecer para el supuesto de su segundo párrafo, lo que podría afectar al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). (F. S. N.)

DERECHO MERCANTIL

29. Protección del dibujo o modelo comunitario.—El artículo 10 del Reglamento (CE) 6/2002, de 12 de diciembre de 2001, sobre dibujos y modelos comunitarios, establece que la protección otorgada por esta figura jurídica se extenderá a cualesquiera otros dibujos y modelos que no produzcan en los usuarios informados una impresión general distinta, debiéndose tener en cuenta el grado de libertad del autor al desarrollar ese dibujo o modelo. Ese Reglamento no contiene una definición de «usuario informado». El TJUE ha señalado que debe entenderse como aquel usuario que presenta un grado de conocimiento medio, derivado de su experiencia personal o de su saber sobre el sector de que se trate. Conforme a esta definición, el usuario informado, a efectos de valorar la concurrencia del requisito de singularidad del diseño, está vinculado a un sector industrial concreto. Además, mientras no se trate de productos sofisticados de sectores muy especiales, sino de diseños de productos de consumo generalizados, dirigidos a amplios sectores de consumidores y usuarios, el juez o tribunal está en condiciones de comprobar personalmente el carácter singular del diseño, desde la perspectiva del usuario informado.

Desde ese punto de vista, para que haya singularidad, deben identificarse rasgos perfectamente apreciables en el uso propio de los productos a los que se aplica el modelo registrado, que no provoquen en el usuario informado la misma impresión general que la apariencia de ese producto. Los elementos más relevantes del diseño derivados de la impresión general del usuario informado han de ser tomados en consideración al realizar el juicio comparativo y han de tener su reflejo en la motivación de la sentencia. El grado de libertad del autor de un dibujo o modelo se configura por los imperativos vinculados a las características impuestas por la función técnica del producto o de un elemento del producto, o incluso de las prescripciones legales aplicables al mismo. Tales imperativos llevan a una normalización de determinadas características, que entonces pasan a ser comunes a diversos dibujos o modelos aplicados al producto de que se trate. (STS de 16 de octubre de 2020; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Electrodomésticos J es licenciataria exclusiva de un diseño comunitario registrado, referente a una plancha para asar, del que es titular P2000. Electrodomésticos T es fabricante y

comercializador de una plancha para asar. J formuló demanda contra T en la que solicitó que se declarase que: 1) los actos de fabricación, comercialización o uso de la plancha elaborada por la demandada infringen los derechos de exclusividad de la demandante, derivados del diseño comunitario registrado; 2) con la incorporación al mencionado modelo de la lámina protectora que reproduce las características esenciales de la lámina protectora de la plancha del diseño registrado, la demandada ha cometido actos de competencia desleal por confusión y aprovechamiento de la reputación ajena, que han causado daños y perjuicios. Solicitó que se declarase la infracción, que se condenara a la demandada a cesar en los actos infractores, a que retirase los productos y a que indemnizara a la demandante.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. Consideró que: 1) el diseño registrado no presentaba ninguna característica innovadora, ni tenía ninguna singularidad destacada; 2) entre el diseño registrado y el modelo de la demandada se apreciaban pequeñas diferencias de presentación; 3) en todo caso, se trataba de un producto con un grado de libertad de creación por parte de su autor muy limitado; 4) no existía infracción del modelo registrado; 5) tampoco existían los actos de competencia desleal invocados, puesto que ni ha existido aprovechamiento indebido de la reputación de la demandada ni confusión.

J interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, en funciones de Tribunal Español de Marcas de la Unión Europea (TMUE). Entendió que: a) hay infracción de un modelo o dibujo registrado cuando el modelo confrontado produce la misma impresión general, en función de la naturaleza del productor y el sector industrial al que pertenece; b) la impresión general es idéntica, por lo que hay infracción. En consecuencia, el TMUE dio lugar a la acción declarativa, la de cesación y la retirada del producto infractor, pero no a la indemnización de daños y perjuicios.

La demandada interpuso recurso de casación, denunciando la infracción del artículo 10 del Reglamento (CE) 6/2002. Considera que el TMUE ha prescindido totalmente de la impresión general que los diseños confrontados producen en los usuarios informados. El tribunal no puede ser el usuario informado al que se refiere la norma, de manera que la impresión general que requiere el precepto no es la del órgano judicial. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, considerando que, aunque hay elementos comunes a todas las planchas de asar, necesarios para su funcionamiento (ej.: la superficie metálica, la fuente de calor y los soportes), hay otras muchas variantes que pueden otorgar singularidad a los distintos diseños. Existen planchas con distintas dimensiones, formas geométricas, con o sin asas, con o sin patas, con o sin recogedor de grasas, con o sin tapaderos, entre otros. Sobre esa base, el Alto Tribunal aprecia que existen importantísimas coincidencias entre los modelos confrontados, que contribuyen a esa impresión general. Por tanto, la impresión general confirma la coincidencia que da lugar a la infracción del derecho de exclusiva.

NOTA.—Sobre el concepto de usuario informado en la apreciación de la singularidad del diseño industrial, *vid.* las SSTs de 5 de mayo de 2017 y de 25 de febrero de 2016. También el TJUE se ha pronunciado al respecto en sendas sentencias de 18 de octubre de 2012 y de 20 de octubre de 2011. (*S. L. M.*)

30. Conceptos incluibles a efectos de determinar la indemnización por clientela al término de un contrato de agencia en el que la remuneración se determina unitariamente.—Cuando se establecen una diversidad de servicios a prestar por el agente, no pueden tomarse en consideración —para el cálculo de la indemnización por clientela— únicamente las comisiones, fijas o porcentuales. Antes bien, la noción «remuneración» incluye la totalidad de las cantidades percibidas por el agente por el desempeño de su actividad (art. 28.3 LCA). En este sentido, si el modelo de retribución del agente es «unitario», como contraprestación a una multiplicidad de tareas a realizar por este, el comitente no puede fraccionar a conveniencia, después, esa misma retribución para «abaratar» la indemnización por clientela, en detrimento del agente. (**STS de 14 de octubre de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Entre 1996 y 2012, la empresa L mantuvo, como agente, una relación de agencia con Vodafone España S. A. U. Esta relación incluía un servicio postventa. Vodafone dio por resuelto unilateralmente el contrato por incumplimiento del agente respecto de su obligación de captación de clientes. Este hecho propició que L demandase a Vodafone, interesando que se declarase nula la cláusula del contrato que limitaba la indemnización por clientela, que se condenase a Vodafone a indemnizarle lo que consideraba por dicha clientela, y que se le abonasen unas comisiones pendientes.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, declaró injustificada la resolución unilateral, y condenó a Vodafone al pago de 20.000 € en concepto de comisiones y 262.232,80 € como indemnización por clientela. Sin embargo, excluyó las ayudas por servicio post venta de la retribución concedida, moderando la indemnización en un 20%. A su juicio, el solo prestigio de Vodafone era un elemento más que determinante de la captación de clientela.

Tanto Vodafone como L recurrieron la sentencia en apelación. La Audiencia estimó el recurso de Vodafone, modificando la sentencia de primera instancia en el único sentido de eliminar la mención a que las cantidades a cuyo pago estaba condenada Vodafone devengarán el IVA. Frente a esta sentencia recurrió L en casación. (*A. I. R. A.*)

31. Transporte aéreo internacional de carga. Convenio de Montreal. Distinción entre transporte aéreo con cláusula de sustituibilidad y transporte combinado.—Según el artículo 38 del Convenio de Montreal, relativo a un transporte combinado efectuado en parte por aire y en parte por cualquier otro medio de transporte, las disposiciones del Convenio se aplican

únicamente al transporte aéreo. Ahora bien, el precepto citado no se aplica siempre que el transporte se desarrolle por varios modos, sino que debe ser un verdadero contrato de transporte multimodal, o lo que es lo mismo, que en el contrato se prevea la utilización de al menos dos modos de transporte. Esto no sucede en el litigio. Lo contratado era un transporte aéreo, sin perjuicio de que se incluyese una —por otra parte habitual en el sector— «cláusula de sustituibilidad» que permitía al transportista aéreo efectuar el traslado de la mercancía por otros medios de transporte. Siendo así, el transporte por vía no aérea es una mera facultad solutoria, pero la prestación pactada es un transporte aéreo, lo que determina que el transportista queda sometido al régimen de cumplimiento y responsabilidad del Convenio de Montreal.

Transporte aéreo internacional de carga. Responsabilidad del transportista por pérdida de la carga. Interpretación de la expresión «durante el transporte aéreo» en el Convenio de Montreal.—La responsabilidad del transportista por pérdida de la carga, de conformidad con el artículo 18.1 del Convenio de Montreal, surge «por la sola razón de que el hecho que causó el daño se haya producido durante el transporte aéreo». El significado de este período de referencia aparece en el artículo 18.3, que dice que «comprende el período durante el cual la carga se haya bajo la custodia del transportista». Debe entenderse que dicho período comienza cuando el transportista toma las mercancías bajo su poder o control y finaliza cuando las entrega al destinatario, comprendiendo por tanto su almacenaje una vez la carga es depositada en tierra. En el litigio planteado, el destino de la carga era el Aeropuerto de Barajas, debiendo entregarse en los almacenes de la empresa demandada, lugar donde se produjo la pérdida. Por consiguiente, la pérdida de la mercancía tuvo lugar durante la ejecución del transporte aéreo y bajo la custodia del transportista.

Transporte aéreo internacional de carga. Convenio de Montreal. Concepto de «agente».—Los dependientes y agentes que causen un daño englobado en el Convenio de Montreal pueden ampararse en las condiciones y los límites de responsabilidad susceptibles de ser invocados por el transportista en virtud del Convenio, siempre que prueben que actuaban en el ejercicio de sus funciones (art. 30.1). El concepto de agente es objeto de una interpretación amplia y funcional, no vinculada a un contrato de agencia, sino al desarrollo de funciones accesorias pero esenciales para la completa ejecución del transporte. Las actividades instrumentales de descarga y almacenamiento están ligadas de manera esencial al transporte, con independencia de que las preste el transportista por sí mismo, a través de sus empleados, o a través de un tercero. Así las cosas, no existiendo un contrato de depósito con la empresa en cuyo almacén debía entregarse la mercancía, su deber de custodia se integra en la prestación del contrato de transporte. De todo ello resulta la aplicabilidad del artículo 30 del Convenio (**STS de 28 de septiembre de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Una empresa compró a su matriz varias partidas de productos electrónicos, contratando su transporte desde Corea a España con una tercera empresa. Esta última, a su vez, contrató con una aerolínea el transporte de la mercancía sin declaración de valor, y con una cláusula de sustituibilidad. El transporte se hizo por vía aérea hasta Francia, y de ahí por carretera a España, llegando al almacén del aeropuerto donde debía ser entregada. Sin embargo, en

el momento de ir a recoger la mercancía en el almacén, se descubrió que había sido retirada por unos desconocidos mediante una nota de entrega falsificada.

Una compañía aseguradora abona al comprador de la mercancía la cantidad pactada en la póliza, y demanda a la empresa responsable del almacén en el que debía efectuarse la entrega, lugar donde tuvo lugar la pérdida. La empresa responsable del almacén no niega su responsabilidad, pero considera que la indemnización que le corresponde abonar debe limitarse a la suma prevista en el Convenio de Montreal por kilogramo de carga, al no haberse hecho una declaración especial de valor.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, basándose en que la demandada era una mera depositaria de los bienes que, no interviniendo en el transporte aéreo, no podía acogerse a las normas del Convenio de Montreal. La Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada, lo que conlleva la estimación parcial de la demanda y la condena a abonar a la actora la suma prevista en el Convenio por kilogramo de la carga. El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la demandante en primera instancia. (R. P. C.)

32. Transporte multimodal internacional. Distinción con el «transporte superpuesto».—En el litigio se identifica un transporte multimodal internacional con una fase terrestre por carretera y una fase marítima en régimen de conocimiento de embarque. No se trata de un «transporte superpuesto», porque el vehículo que efectúa el transporte terrestre no es cargado en el vehículo que lleva a cabo la fase marítima; sino que el contenedor con la mercancía es cargado en primer lugar en un camión que hace el transporte terrestre internacional, y, posteriormente, en el barco que hace el transporte marítimo internacional.

Transporte multimodal internacional. Régimen aplicable. Sistema «de red».—En el marco de un transporte multimodal como el concurrente, el régimen de la responsabilidad del transitario y porteador contractual es el mismo que el aplicable al porteador efectivo causante del daño. A falta de una previsión legal o contractual que establezca otro criterio, la jurisprudencia ha considerado aplicable el denominado sistema «de red». Esto es, la responsabilidad por daños se rige por las normas aplicables a la fase en que se produjo el hecho del que resulta el deber de indemnizar. No obstante, este sistema tiene como uno de sus principales problemas los supuestos en los que se desconoce la fase concreta del transporte en la que se ha producido el hecho dañoso, como sucede en el litigio.

Transporte multimodal internacional. Prescripción.—Faltando una regulación legal o convencional del régimen de la responsabilidad por daños en un caso como el planteado, y, en concreto, del plazo de ejercicio de la acción, debe aplicarse el régimen menos gravoso para el cargador. Esto puede argumentarse, en primer lugar, con el criterio restrictivo con que deben ser interpretadas la prescripción y la caducidad, en tanto que instituciones no basadas en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho. Y, en segundo lugar, advirtiendo que el porteador se encuentra en mejor disposición que el cargador

para determinar en qué fase del transporte tuvo lugar el evento dañoso, al haber asumido la obligación de trasladar la mercancía, custodiarla, y ponerla a disposición de la persona designada en el contrato. En este contexto, no puede perjudicar al cargador la falta de determinación de la fase en que se produjo aquel hecho. A la vista de lo anterior, debe aplicarse el régimen establecido en el Convenio relativo al transporte internacional de mercancías por carretera, realizado en Ginebra el 19 de mayo de 1956 y modificado por el Protocolo de Ginebra de 5 de julio de 1978; cuyo artículo 32 establece un plazo de prescripción de un año, susceptible de una interrupción *sui generis* –al tratarse más bien de una suspensión–. Esta regla es más favorable para el cargador que la fijada en el artículo 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949 sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes, habida cuenta de que el plazo aquí es de caducidad, no admitiendo ni interrupción ni suspensión (**STS de 28 de septiembre de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.–Una empresa vendió a otra un cargamento de fruta, contratando los servicios de una tercera para proceder al transporte de la mercancía desde España a Brasil. Esta tercera empresa contrató en su propio nombre a otras dos, la primera para realizar un transporte por carretera entre España y un puerto portugués, y la segunda para llevar a cabo el transporte marítimo desde Portugal hasta Brasil. Cuando el cargamento fue entregado en destino se encontraba en mal estado, porque la temperatura en el contenedor había sido superior a la necesaria y establecida en el contrato entre la vendedora del cargamento y la transitaria. La protesta de avería fue realizada el 8 de octubre de 2013, formulándose reclamaciones frente a la transitaria el 30 de junio de 2014 y el 24 de junio de 2015, antes de la interposición de una demanda por parte de la aseguradora que había abonado la indemnización y se había subrogado en la posición del asegurado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, considerando que la prescripción había sido interrumpida por las reclamaciones de 30 de junio de 2014 y de 24 de junio de 2015. La demandada apeló la sentencia, pero su recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto y confirma la sentencia recurrida.

NOTA.–El Convenio de Naciones Unidas sobre el transporte multimodal internacional de Mercancías, hecho en Ginebra el 24 de mayo de 1980, no ha reunido el número de ratificaciones exigido para que entre en vigor, número que de conformidad con su artículo 36 asciende a treinta (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-E-1&chapter=11&clang=en). (R. P. C.)

33. Concurso de acreedores Insuficiencia de la masa activa para pagar créditos contra la masa: regla general.–La jurisprudencia sostiene que, una vez comunicada por la administración concursal la insuficiencia de la masa activa para pagar todos los créditos contra la masa, su pago debe ajustarse al orden de prelación del apartado 2 del artículo 176 bis Ley Concursal (LC,) al margen de cuál sea su vencimiento, por lo que las reglas de

pago contenidas en el artículo 176 bis.2 LC, en concreto el orden de prelación, se aplican necesariamente desde la comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, y afecta, en principio, a todos créditos contra la masa pendientes de pago, esto es se aplican a los ya vencidos y a los que pudieran vencer con posterioridad. En consecuencia, todos los créditos contra la masa que estuvieran pendientes de pago al tiempo de la comunicación de insuficiencia de la masa activa, quedan sujetos a este orden de prelación de pago.

Insuficiencia de la masa activa para pagar créditos contra la masa: única salvedad.—El artículo 176 bis.2 LC prevé, como única salvedad al pago de los créditos contra la masa de acuerdo con el especial orden de prelación previsto en dicho precepto, los créditos imprescindibles para concluir la liquidación. Así, no da tratamiento singular a todos los actos de la administración concursal generadores del derecho a honorarios, sino únicamente a aquellos que tengan el carácter de imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa.

Créditos imprescindibles para concluir la liquidación: alcance de la salvedad.—No cabe confundir, el ámbito de aplicación del orden de prelación del artículo 176 bis.2 LC, que afecta a todos los créditos contra la masa, tanto los anteriores como los posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa, con el alcance de la salvedad de «los créditos necesarios para concluir la liquidación». Esta salvedad, responde a la lógica del tratamiento de los gastos imprescindibles para poder hacer realidad la liquidación y pago de los créditos contra la masa, que en cuanto estrictamente necesarios se satisfacen con la consideración de prededucibles.

Créditos imprescindibles para concluir la liquidación: identificación.—A falta de identificación legal expresa, resulta exigible que sea la propia administración concursal quien identifique con precisión qué actuaciones son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago, y cuál es su importe, para que el juez del concurso, con audiencia del resto de acreedores contra la masa (artículo 188.2 LC), valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago prededucible.

Créditos imprescindibles para concluir la liquidación: regla propia de liquidación.—La salvedad de los créditos imprescindibles para concluir la liquidación no forma parte del orden de prelación de créditos, no es una categoría en la que encajar créditos contra la masa anteriores. Es una regla propia de la liquidación, que atiende a los gastos necesarios o imprescindibles para que se pueda verificar la realización del activo y el pago a los acreedores por el referido orden de prelación. En la medida en que son imprescindibles para que, a partir del momento en que opere ese orden de prelación (la comunicación de insuficiencia de la masa activa), se pueda cumplir con ese pago ordenado, en esa medida son gastos que deben ser inmediatamente atendidos y por ello son créditos prededucibles.

Créditos imprescindibles para concluir la liquidación: justificación.—El hecho de que la jurisprudencia haya admitido que, durante la fase de liquidación y antes de la comunicación de la insuficiencia de la masa activa, la administración concursal pueda haber realizado actuaciones «estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago», que justificaran su remuneración como gastos prededucibles aunque hubiera otros créditos contra la masa de vencimiento anterior y pendientes de pago, no significa que el crédito surgido por esas actuaciones anteriores a la comunicación de insuficiencia de la masa activa, si para entonces están pendientes

de pago, puedan encajar en la salvedad del párrafo segundo del artículo 176 bis.2 LC. Esta salvedad se refiere a los gastos imprescindibles para que, una vez hecha la comunicación de insuficiencia de la masa activa, pueda concluirse la liquidación y pagar conforme a ese especial orden de prelación de créditos. (**STS de 15 de septiembre de 2020**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En el concurso de acreedores de R y A. M., SL, después de que se hubiera aprobado el plan de liquidación, la administración concursal realizó la comunicación de insuficiencia de masa activa, para que a partir de entonces comenzara a operar el orden de prelación de pagos de créditos contra la masa previsto en la Ley concursal. En esa comunicación, la administración concursal solicitaba del juzgado que parte de los honorarios pendientes de pago por actuaciones anteriores imprescindibles para la liquidación fueran pagados como gastos prededucibles. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) impugnó esta pretensión, por entender que la referencia a «los créditos imprescindibles para concluir la liquidación», alcanza a los devengados con posterioridad a la comunicación. En consecuencia, solicitó que se declarara que los honorarios de la administración concursal pendientes de pago al tiempo de la comunicación de insuficiencia de la masa activa se incluyeran, a efectos de orden de pago, y sólo aquellos honorarios posteriores que fueran imprescindibles para concluir la liquidación podrían pagarse como créditos prededucibles. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia dictó sentencia estimando la impugnación de la AEAT y excluyó de los créditos prededucibles los honorarios de la administración concursal anteriores a la comunicación de insuficiencia de la masa activa. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la administración concursal. de R y A. M., SL La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia estimó el recurso por entender que la salvedad contenida en la LC que permite el pago como créditos prededucibles, alcanza a todos los créditos imprescindibles para concluir la liquidación, ya sea anteriores o posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

DERECHO PROCESAL

34. Rasgos característicos del recurso de casación.—El recurso de casación no abre una tercera instancia ante la que formular las alegaciones que cada una de las partes estime procedentes en defensa de sus posiciones. Es un recurso extraordinario que tiene por finalidad unificar la interpretación de la norma sustantiva aplicable para la decisión de la controversia sometida a la decisión de los Tribunales. Esto requiere: 1) identificar clara y precisamente la norma, principio general del Derecho o jurisprudencia vulnerados por la sentencia recurrida; 2) razonar la existencia de la infracción denunciada. (**STS de 15 de octubre de 2020**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El 28 de agosto de 2012 se convocó un proceso electoral de la Junta Provincial de Alicante de la Asociación Unificada de Guardias Civiles (AUGC). El 11 de septiembre presentó E, Secretario General de la Junta, su candidatura. El 27 de septiembre, el Comité de Garantías dictó acuerdo proclamando como única candidatura para Alicante la de D, puesto que E no la había presentado en plazo y forma. E interpuso una demanda contra la AUGC y contra la Junta Directiva Nacional de dicha Asociación, en la que solicitaron, entre otros extremos, que se declarara que su candidatura había sido presentada en tiempo y forma y que la proclamación y toma de posesión de la Junta Directiva Provincial de Alicante por parte de la otra candidatura, encabezada por D, es nula de pleno derecho. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda.

El actor apeló la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Explicó ésta que la razón última de la inadmisión de la candidatura encabezada por E no fue el hecho de haberse presentado ante la oficina de la Junta Directiva Provincial de Alicante, sino la falta de remisión en plazo de dicha candidatura al Comité de Garantías que, conforme a la normativa interna, era preceptiva. Pero la candidatura de los actores se presentó en tiempo y forma en la delegación provincial de Alicante, que comunicó tal presentación a la oficina nacional. La obligación de dar cuenta al Comité de Garantías no corresponde la candidatura, sino a la organización electoral ante la que se presenta tal candidatura. Es cierto que los dos miembros de la candidatura eran miembros de la Junta Directiva Provincial de Alicante, uno como Secretario de Organización y otro como Secretario General, pero debe deslindarse la candidatura en la que iban integrados de la actuación de tales señores como integrantes de la Junta Directiva Provincial y dejar al margen la responsabilidad en que, como integrantes de tal junta, pudieran haber incurrido. En todo caso, debería haberse concedido a la candidatura de los demandantes la posibilidad de subsanar el supuesto defecto.

La AUGC interpuso un recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 22 CE, y 31 y 16 de los Estatutos de la Asociación, y punto 5 del Reglamento de Régimen Interno. Señaló que uno de los elementos esenciales del derecho de asociación del artículo 22 CE es el respeto al principio de legalidad interna asociativa, concretada no sólo en las leyes que las regulan, sino también en sus estatutos y demás normas internas. El Tribunal Supremo desestima el recurso. Entiende que las normas estatutarias invocadas han sido correctamente aplicadas por la Audiencia Provincial. Según el Alto Tribunal, lo que ha determinado la estimación de la demanda ha sido que, partiendo de las anteriores premisas, la Audiencia Provincial ha distinguido entre la actuación de los actores en cuanto que integrantes, junto con otras personas, de la candidatura, que cumplieron los requisitos de la convocatoria electoral, pues presentaron su candidatura en plazo y en el lugar indicado en la convocatoria (la delegación provincial en Alicante de la AUGC), y su actuación en tanto que integrantes de la junta directiva provincial, que cumplieron defectuosamente sus obligaciones, puesto que dieron cuenta de la presentación en plazo de la candidatura a los órganos centrales

de la asociación pero sólo remitieron toda la documentación cuando fueron requeridos para ello a instancias del Comité de Garantías, una vez transcurrido el plazo de presentación de la candidatura. Y, asimismo, que al ser aplicable de forma subsidiaria la normativa administrativa y, más concretamente, la normativa electoral general, debió concederse a la candidatura de los demandantes un trámite de subsanación de tal defecto. Declara el Tribunal Supremo que, consistiendo la infracción del derecho de asociación que se denuncia en la vulneración de la legalidad estatutaria y de régimen interno, la falta de justificación adecuada de la existencia de tal vulneración debe llevar a desestimar el recurso. (*S. L. M.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Envío de originales:

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo *times new roman* 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, a continuación, un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y luego unas palabras claves. A continuación, el título, el resumen y las palabras claves en inglés. Las palabras claves irán

separadas por un punto, tanto si son palabra, frase o expresión. Después, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo.

Las referencias bibliográficas que ha de contener el trabajo, 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 un 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 páginas/s (p., o pp.).

En las mismas notas a pie de página, las locuciones latinas *vid, supra, cfr, ibidem*, etc., deberán aparecer en cursiva.

En cuanto a la abreviatura de la palabra «artículo», procederá si figura entre paréntesis («art.»); en caso contrario, dicha palabra se transcribirá en su totalidad. Respecto a las abreviaturas que hagan mención al Código Civil, procede realizarla de la siguiente manera: «CC».

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.

