

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXVII, FASCÍCULO I

Enero-marzo, 2024



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

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 la Presidencia, Justicia y Relaciones
con las Cortes (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 la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes

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 LXXVII, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2024



MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

BOE BOLETÍN
OFICIAL
DEL ESTADO

MADRID, 2024

<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): 144-24-0916 (edición en papel)
144-24-0921 (edición en línea, pdf)

NIPO (M. de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes):

143-24-0054 (edición en papel)

143-24-0049 (edición en línea, pdf)

ISSN: 0210-301X (edición en papel)

2659-8965 (edición en línea, pdf)

Depósito Legal: M-125-1958

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

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Vincenzo BARBA: «Legados otorgados a legitimarios. Función, imputación y asunción de la carga en el Derecho español e italiano»	7
Carmine LAZZARO: «La recuperación de las cuotas por concepto de alimentos –correspondientes al padre y anteriores al establecimiento de la filiación– pagadas por la madre. Dos experiencias en comparación» ...	95
Cristina VILLÓ TRAVÉ: «Visión crítica de la compensación por trabajo doméstico en el Derecho civil español»	133
Estudios legislativos	
Jordi RIBOT IGUALADA: «El reconocimiento jurídico de la diversidad de modelos familiares»	217
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO y Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ	
FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio: «Derecho contractual y mercado interior europeo», por José M. ^a López Fernández	251
GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel/PLANA ARNALDOS, M. ^a Carmen (Dir.): «Contratación en el entorno digital», por Sergio Cámara Lapuente	258
KASER, Max/KNÜTEL, Rolf/LOHSSE, Sebastián (traducción de Francisco Andrés Santos y Patricio Laso): «Derecho privado romano», por Bruno Rodríguez-Rosado	271
VARGAS BRAND, Isué: «Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano)», por M. ^a Paz García Rubio	272
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ, Davinia CADENAS OSUNA	279
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS COMENTADAS	
Nieves MORALEJO IMBERNÓN: «Los contornos del límite de cita como excepción al derecho exclusivo de reproducción del autor de una obra protegida por la propiedad intelectual» (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 724/2023, de 16 de mayo)	311
Paloma DE BARRÓN ARNICHEs: «La evolución de la jurisprudencia en materia de desheredación por maltrato psicológico al causante: una vuelta de tuerca para ganar en seguridad jurídica (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023)»	353
Alejandro ARAQUE GARCÍA: «Cuatro sentencias del Tribunal Supremo sobre la resolución por frustración del fin del contrato: entre la causa y el <i>aliud pro alio</i> »	381

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Alicia AGÜERO ORTIZ, Carlos CASTELLS SOMOZA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN, Sebastián LÓPEZ MAZA, Jose María MARTÍN FABÁ, Nicolás MONTES SERRANO, Carlos ORTEGA MELIÁN, Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco SANTANA NAVARRO

Legados otorgados a legitimarios. Función, imputación y asunción de la carga en el Derecho español e italiano

VINCENZO BARBA

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Roma «La Sapienza»

RESUMEN

El objeto de este estudio es analizar, distinguiendo todos los supuestos posibles, la regulación de los legados a favor del legitimario en el Derecho español e italiano, con el fin de ofrecer una visión clara y dar indicaciones útiles a la hora de otorgar testamento.

Tras un breve análisis de las legislaciones italiana y española, se aclara que los legados ordenados a favor de legitimarios plantean dos tipos de problemas diferentes: el relativo a la relación entre el legado y legítima (para aclarar si existe o no una lesión del legitimario) y el relativo a la relación del legado con la posición del legitimario-heredero (para aclarar sobre qué personas debe recaer el legado). La combinación de estos distintos elementos genera una multiplicidad de supuestos que se analizan detenidamente, proponiendo también ejemplos con el fin de aclarar las diferencias que determina una u otra elección.

Por lo que se refiere a la cuestión de las personas sobre las que debe recaer el legado, la respuesta que ofrece el Derecho italiano y el español es sustancialmente la misma, de modo que en ambos ordenamientos jurídicos pueden distinguirse tres supuestos según que el legado grava a todos los herederos (prelegado), o a personas distintas del beneficiario, o, finalmente, al propio beneficiario.

Por lo que se refiere a la imputación del legado, la respuesta ofrecida por el Derecho español y el italiano es parcialmente diferente. En el Derecho italiano, en el que no existe la mejora, el legado otorgado a favor del legitimario puede ordenarse con o sin dispensa de imputación. En el Derecho español, en cambio, limitadamente a los legados otorgados a favor de descendientes, las posibilidades son más amplias, ya que es necesario establecer si el legado se debe imputar a mejora, legítima corta, o tercio de libre disposición. Se identifican así seis posibles casos.

De la combinación de uno y otro surge un panorama complejo, que da lugar a ocho supuestos en Derecho italiano y en el Derecho español limitadamente a los legados otorgados a favor del cónyuge o de ascendientes y a

dieciocho supuestos en Derecho español en el supuesto de legados otorgados a favor de descendientes.

En la última parte, se examina una figura expresamente regulada en el Derecho italiano y no regulada en el Derecho español, cual es el legado en sustitución de la legítima, también con el objetivo de comprobar si puede ser útil en el Derecho español.

PALABRAS CLAVE

Legado; legítima; herencia; heredero; herederos forzosos; legitimarios; mejora; imputación; tercio de libre disposición; prelegado; derecho de sucesiones.

Legacies granted to legitimate beneficiaries. Function, imputation and assumption of the burden in Spanish and Italian law

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyse, distinguishing all possible cases, the regulation of bequests in favour of the legitimated in Spanish and Italian law, to offer a clear vision and give useful indications when making a will.

After a brief analysis of Italian and Spanish legislation, it is made clear that bequests ordered in favour of legitimated beneficiaries raise two different sets of problems: that concerning the relationship between the bequest and the legitimated share (to clarify whether or not there is injury to the legitimated beneficiary) and that concerning the relationship between the bequest and the position of the legitimated heir (to clarify on which persons the burden of the bequest should fall). The combination of these different elements generates a multiplicity of cases that are analysed in detail, with examples also being proposed to clarify the differences that determine one or the other choice.

As regards the question of the persons on whom the legacy should fall, the answer offered by Italian and Spanish law is substantially the same, so that in both legal systems three cases can be distinguished according to whether the testator makes the legacy fall on all the heirs (prelegato), or on persons other than the beneficiary, or, finally, on the beneficiary himself.

As regards the imputation of the legacy, the answer offered by Spanish and Italian law is partially different. In Italian law, where there is no improvement, the legacy in favour of the legatee can be ordered with or without a waiver of imputation. In Spanish law, on the other hand, limited to bequests ordered in favour of descendants, the possibilities that can be given are wider, since it is necessary to establish whether the legacy is to be imputed to «mejora, legítima corta, o tercio de libre disposición». Four possible cases are thus identified.

A complex picture emerges from the combination of one and the other, which gives rise to eight cases in Italian law and in Spanish law, limited to legacies granted in favour of the spouse or ascendants, and 16 cases in Spanish law in the case of legacies granted in favour of descendants.

In the last part, a figure expressly regulated in Italian Law and not regulated in Spanish Law is examined, which is the legacy in substitution of the legitimate, also with the aim of checking whether it can be useful in Spanish Law.

KEYWORDS

Legacy; Legacy; heir; heirs; forced heirs; legitimated heirs; improvement; imputation; third of free disposition; pre-legacy; inheritance law.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Normas esenciales del derecho italiano y español para reconstruir la regulación de los legados a favor de legitimarios.–III. El legado a favor del legitimario que no sea heredero. 3.1 El caso en cuestión. 3.2 Renuncia al legado por parte del legatario-legitimario, que no sea heredero. 3.3 Aceptación del legado por el legatario-legitimario, que no sea heredero. 3.3.1 El Derecho italiano. 3.3.2 El Derecho español: el supuesto de legado a favor del cónyuge o de ascendientes. 3.3.3 El Derecho español: el supuesto de legados a favor de descendientes.–IV. El legado a favor del legitimario que sea heredero (por ley o por testamento). 4.1 El caso en cuestión. 4.2 Renuncia del legado por parte del legatario-legitimario, que sea heredero. 4.3 Aceptación del legado por el legatario-legitimario, que no sea heredero. 4.4 Legado a favor de un legatario heredero: identificación de las consecuencias en función de la persona sobre la que recae el legado. 4.4.1 Supuesto a): prelegado: es decir legado que grava a todos los herederos (incluido, por lo tanto, al legatario-heredero). 4.4.2 Supuesto b): legado que no grava al legatario-heredero. 4.4.3 Supuesto c) legado que grava sólo al legatario-heredero. 4.5 Los posibles supuestos que se plantean al combinar la cuestión de la persona obligada al cumplimiento del legado con la de su imputación. 4.5.1 Legado a favor del legitimario-heredero en Derecho italiano. 4.5.1 A. Prelegado. 4.5.1 B. Legado a favor del legitimario-heredero que grava a personas distintas del beneficiario. 4.5.1 C. Legado a favor del legitimario-heredero que grava al propio beneficiario. 4.5.1 D. Síntesis. 4.5.2 Legado a favor del legitimario-heredero en Derecho español: legado a favor del cónyuge o de ascendientes. 4.5.2 A. Prelegado. 4.5.2 B. Legado a favor del legitimario-heredero que grava a personas distintas del beneficiario. 4.5.2 C. Legado a favor del legitimario-heredero que grava al propio beneficiario. 4.5.2 D. Síntesis. 4.5.3. Legado a favor del legitimario-heredero en Derecho español: legado a favor de descendientes. 4.5.3. A. Prelegado. 4.5.3. B. Legado a favor del legitimario-heredero que grava a personas distintas del beneficiario. 4.5.3. C. Legado a favor del legitimario-heredero que grava al propio beneficiario. 4.5.3 D. Síntesis.–V. Una figura típica del derecho italiano: el legado en sustitución de la legítima. 5.1 Función del legado en sustitución de la legítima. 5.2 Derecho a elegir entre obtener el legado o renunciar a él. 5.3 La

elección de obtener el legado en sustitución de la legítima. 5.4 El legítimo-legatario que consigue el legado en sustitución de la legítima sigue siendo considerado legítimo. 5.5 El legado en sustitución de la legítima y el legado *ex lege* que corresponde al cónyuge *ex* artículo 540.2 CCIt (derecho de habitación sobre la vivienda familiar). 5.6 Elección de renunciar al legado y reclamar la legítima. 5.7 Legado en sustitución de legítima y cautela sociniana. 5.8 Legado en sustitución de la legítima con facultad de solicitar el complemento de la legítima.—Bibliografía. Resoluciones de los tribunales.

I. INTRODUCCIÓN

El legado ordenado a favor del legítimo exige que el intérprete coordine las normas generales sobre legados con las relativas a la protección de los legítimos y a la sucesión, de modo que esta combinación puede constituir un prisma privilegiado para estudiar el derecho de sucesiones.

Con independencia del ordenamiento jurídico concreto que se tome como punto de referencia, dentro de los que reconocen la legítima¹, la investigación debe partir de la consideración de que

¹ Haciendo una ejemplificación conspicua, incapaz de captar la complejidad del fenómeno sucesorio, podría decirse que la regulación de la legítima puede responder, desde un punto de vista puramente funcional, a dos lógicas profundamente distintas, aunque en muchos aspectos capaces de entrecruzarse. Por un lado, la legítima como atribución hereditaria forzosa y, por otro, la legítima como regulación negativa. En algunos sistemas jurídicos, la legítima ha tenido y sigue teniendo la función predominante de asegurar a los legítimos la cualidad de heredero, mientras que en otros tiene la función predominante de asegurar a los legítimos una parte del haber hereditario. En un caso, el interés protegido es la obtención de la cualidad de heredero y la legítima constituye una *pars hereditatis*. Los legítimos son herederos necesarios en el sentido de que la ley establece mecanismos para asegurar su llamamiento a la sucesión *ipso iure*, es decir, con independencia de la voluntad del causante y de una demanda. De ello se desprende que la legítima debe considerarse un verdadero tipo de sucesión, autónoma con respecto tanto a la sucesión intestada como a la sucesión testamentaria.

Desde otra perspectiva, en la que la doctrina mayoritaria sitúa tanto al Derecho italiano como al español, el interés protegido es que los legítimos consigan una parte del caudal hereditario, con independencia de que adquieran también la condición de herederos. Ello no excluye que en algunos casos los legítimos, tras el ejercicio de la acción de reducción, adquieran también la condición de herederos, pero ello sólo es instrumental para obtener una parte de la herencia. Al legislador no le importa que los legítimos se conviertan en herederos, sino que logren una participación en la herencia, siendo esencialmente irrelevante el título de adquisición de esta *pars bonorum*. Según esta concepción, la legítima tiene una función de freno o regulación negativa. Los medios técnicos por los que la ley garantiza al legítimo una parte del haber hereditario dependen de la forma en que cada ordenamiento jurídico considere la legítima o, más exactamente, su contenido. En este sentido, también a modo de ejemplo, pueden aislarse al menos cuatro sistemas diferentes, según se entienda la legítima como *pars valoris*, como *pars valoris bonorum*, como *pars valoris bonorum qua in specie heres solvere debet*, como *pars bonorum*. (Para profundizar esta distinción v. BARBA, *La successione dei legittimari*, 2020, pp. 11-32). En el primer caso se atribuye al legítimo un mero derecho de crédito, que también puede ser

en materia de legados a favor de un legitimario se superponen inevitablemente dos órdenes de valoración distintos, según que, respecto del legatario-beneficiario, se considere la posición de here-

satisfecho con dinero no hereditario; en el segundo caso se atribuye al legitimario el derecho a una parte del valor de la herencia garantizado por los propios bienes que la integran; en el tercer caso se atribuye al legitimario el derecho a un valor fijo que debe ser satisfecho con bienes de la herencia; en el último caso se atribuye a los legitimarios una copropiedad de los bienes hereditarios (v. RIVAS MARTÍNEZ, 2009, pp. 1405-1460).

En el Derecho italiano, la doctrina mayoritaria considera la legítima como *pars valoris bonorum*, ya que atribuye al legitimario no sólo el derecho a conseguir una parte del haber hereditario, sino también el derecho de satisfacer esta pretensión con bienes hereditarios. Sentada esta premisa, es posible detener algunas consideraciones: la protección de los legitimarios no constituye un tercer tipo de sucesión; los legitimarios no deben, necesariamente, adquirir la cualidad de heredero; la cualidad de heredero es instrumental para conseguir una *pars bonorum*; las denominadas cuotas de reserva o legítimas no son cuotas de herencia, sino cuotas de los bienes. Una doctrina distinguida, pero aislada, ha sostenido que la legítima confiere la cualidad de heredero (CICU, 1943, p. 147 ss.).

En el Derecho español se encuentra un vivo debate, en el que se han planteado básicamente tres tesis.

Según la tesis dominante, que yo comparto, la legítima sería una *pars bonorum*; la ley no atribuiría al legitimario la cualidad de heredero, sino un derecho a percibir una cuota líquida del caudal relicto. La legítima se calcula exclusivamente sobre el activo patrimonial remanente una vez liquidadas las deudas, y añadidas las donaciones: será por tanto una fracción del caudal exento de deudas, y no una parte de la herencia, que integra en sí bienes y cargas. (Así, VALLET DE GOYTISOLO, 1974, p. 180 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, 1974, p. 549; LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 309 ss.; GARCÍA RUBIO, 1989, p. 85 ss.; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 25, 28, 49 ss.; REAL PÉREZ, 1988, p. 80 ss. MENÉNDEZ MATO, 2012, p. 51 ss.). Según ROCA SASTRE, 1944, p. 35 ss., cuya tesis quedó aislada, la legítima es una cuota de valor del activo patrimonial líquido, realizable *in natura*, que se encuentra garantizada por una especial afección sobre los bienes, es decir una *pars valoris bonorum*. Finalmente, según una parte de la doctrina española la legítima sería una *pars hereditatis*, y el legitimario un verdadero heredero forzoso, que tiene derecho a que se le atribuya por este título una parte de los bienes que corresponden a su causante. La cualidad de legitimario no atribuye simplemente el derecho a la percepción de una cuota de bienes, sino que otorga la plenitud de facultades personales y patrimoniales que corresponden al heredero. En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1985, p. 849 ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1986, p. 571 ss. MIQUEL GONZÁLEZ, 2014, pp. 983, 988; MIQUEL GONZÁLEZ, 2009, p. 500 ss.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, 1996, pp. 217 ss., 360 ss.; RODRÍGUEZ-ROSADO, 2017, pp. 113 ss. Este último autor, afirma a p. 118: «A pesar de todo, creo que, si se analiza con detenimiento el Código civil, es posible descubrir que éste concibe la legítima como un derecho a ser instituido heredero en la sucesión del causante. Y es que, como ha dicho José María Miquel, hay una serie de artículos que adquieren pleno sentido si se acepta esa concepción, y que de otro modo resultan escasamente fundados». Precisa a la p. 113: «Como bien ha dicho José María Miquel, la posición de legitimario es una posición compleja, que comprende fundamentalmente tres aspectos: el derecho a una porción de bienes (legítima material); un cierto derecho –técnicamente una carga– a ser mencionado en el testamento de su causante (legítima formal); y el derecho, frente al resto de herederos forzosos, a que éstos computen en sus respectivas cuotas las atribuciones que recibieron del causante en vida de éste, salvo disposición expresa en contrario (colación)».

Este trabajo parte de la premisa de que la legítima constituye una regulación negativa, aunque la mayoría de las conclusiones que se desarrollan, si bien con algunos matices, pueden ser válidas también si se quiera adherir a la tesis que considera la legítima una *pars hereditatis*. Incluso desde esta perspectiva, bien podría darse la situación de un legatario-legitimario que no fuera heredero, si su legítima hubiera sido satisfecha íntegramente por el legado o por donaciones anteriores. En cualquier caso, incluso si, adhiriéndose a tal reconstrucción, se descartara la posibilidad de que el legitimario no fuera heredero, todas las consideraciones, que son las que prevalecen y las que han motivado esencialmente este estudio, relativas al caso de un legitimario que también es heredero, permanecerían ciertamente inalteradas.

dero (y, por tanto, su cuota hereditaria) o la condición de legitimario (y, por tanto, su legítima)².

No es casualidad, aunque a menudo se ha infravalorado este hecho, que en la regulación tanto del CC italiano como del CC español sobre los legados se utilicen dos expresiones verbales distintas, según se pretenda hacer referencia a uno u otro problema: «gravar» (arts. 858 CCEs; 662 CCIt) e «imputar» (arts. 1035, 819, 828 CCEs; 564.2 CCIt).

Los dos verbos evocan dos fenómenos totalmente distintos, ya que el primero se utiliza para establecer la carga del legado, es decir, en la cuota hereditaria de quién grava el legado, mientras que el segundo se utiliza para establecer la relación entre la atribución patrimonial del legado y la legítima³ y, por tanto, si esta atribución patrimonial debe o no tenerse en cuenta para determinar la legítima que corresponde al legitimario⁴. Ese aspecto adquiere connotaciones aún más particulares en el Derecho español en el que, como es sabido, se distingue, limitadamente a los descendientes, entre legítima estricta o corta y mejora y, por tanto, se precisa establecer si y cuándo el legado debe atribuirse a la legítima estricta o a la mejora⁵.

Más allá de esta distinción, que hay que subrayar, conviene señalar, en un plano más general, que existe una diferencia sustancial entre la cuota hereditaria y la legítima, ya que la primera indica

² Por todos, CICU, 1952, p. 277 ss., según el cual, aunque no se puede prescindir en la comprensión de su pensamiento de su idea de reserva y de legítima, hay que mantener los dos aspectos distintos. «Il non distinguere le due quote, porta la dottrina a vedere i nomi donazione o legato fatto al legittimario, donazione o legato fatto un conto del diritto che la legge gli attribuisce».

³ STS 210/2008, de 24 de enero, Ponente: Xavier O'callaghan Muñoz (ECLI: ES:TS:2008:210), en el fundamento núm. 1, se lee: «La imputación es el colocar a cuenta de la legítima lo que un legitimario ha recibido de su causante como heredero, como legatario o como donatario. A ella se refieren las sentencias citadas, de 31 de abril de 1990 y 28 de septiembre de 2005. Artículo 819 del Código civil, que se refiere a la imputación de las donaciones».

⁴ MENGONI, 2000, p. 118); VIRGILIO y DAL RI, 2013, p. 323. TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, La legítima en el Código civil (I), 2016, p. 373 «A través de la imputación se colocan en la parte de legítima o en la parte libre las donaciones, legados e instituciones *ex re certa* realizados por el causante, tanto a favor de legitimarios como de extraños, con el objeto de comprobar si resultan o no inoficiosos, lo que en su caso dará lugar al ejercicio de la correspondiente acción de reducción».

⁵ TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, La legítima en el Código civil (I), 2016; VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 334 s., «la imputación consiste en la atribución contable de las donaciones y de las disposiciones por causa de muerte del causante a la parte de legítima estricta, al tercio de mejora –cuando existan descendientes en la herencia– o a la parte de libre disposición de la herencia². Pues bien, a pesar de la trascendencia de esta cuestión de la imputación de donaciones y legados –o instituciones *ex re certa*, a tenor del artículo 768 CC– en el haber hereditario, no existe una sistematización de la misma, ni en el propio Código Civil, ni en la doctrina civilista. Hay sólo una serie de preceptos sueltos en nuestro cuerpo legal y alguna que otra aproximación en los autores especializados, pero no una clasificación pormenorizada, organizada y práctica».

la parte abstracta del haber hereditario en la que el heredero sucede al causante, con todas las consecuencias que ello conlleva en cuanto a las normas de la sucesión (fuerza expansiva, responsabilidad por las deudas hereditarias, facultades más amplias, colación, etc.), mientras que la segunda expresa la parte del caudal hereditario que la ley reserva a los legitimarios, es decir, el valor o la cantidad de bienes que ellos tienen derecho a percibir⁶.

Aunque ambas se expresan en forma de fracciones de la masa hereditaria, enuncian magnitudes radicalmente distintas, porque el denominador es diferente: en el caso de la cuota hereditaria, se hace referencia exclusivamente al haber hereditario neto, es decir, al *relictum* menos el *debitum*, mientras que en el caso de la legítima se hace referencia a la masa hereditaria ficticia, es decir, al caudal hereditario calculada conforme a los criterios establecidos en las normas de la reunión ficticia, es decir *relictum* menos *debitum* más *donatum* (arts. 818 CCEs; 556 CCIt.).

Dicho de otro modo, $\frac{1}{2}$ de la legítima no corresponde necesariamente a $\frac{1}{2}$ de la cuota hereditaria, porque el legitimario que obtiene $\frac{1}{2}$ de la legítima puede convertirse en heredero por una parte aún mayor⁷.

⁶ BARBA, *La successione dei legittimari*, 2020, p. 199 ss.

⁷ Un caso puede ayudar a comprender el fenómeno. Imaginemos que D. Pedro fallece dejando un solo hijo y un testamento en el que instituye heredero universal a su amigo Carlos. El testamento perjudica manifiestamente la posición del hijo que, como legitimario, conforme al artículo 537.1 CCIt, tendría derecho a una legítima de $\frac{1}{2}$. La cuestión es si esta legítima de $\frac{1}{2}$ se corresponde con la cuota en la que debe ser considerado heredero.

En caso de que no haya *donatum*, esa legítima corresponde a la cuota hereditaria. Esto se debe a que las cantidades consideradas pasan a ser, en esencia, iguales. Por el contrario, en caso de que exista *donatum*, dicha legítima no se corresponde con la cuota de la herencia. Ello se debe a que las dos magnitudes consideradas son sustancialmente diferentes.

Comencemos por el primer supuesto.

Supongamos un *relictum* de 100, un *debitum* de 40. El hijo, como legitimario, tiene derecho a una legítima de $\frac{1}{2}$, es decir 30 ($\frac{1}{2}$ de 100-40+0). Si dijéramos que D. Pedro es heredero por $\frac{1}{2}$ del haber hereditario, obtendría bienes por un valor exactamente igual a su legítima, porque participaría por mitad en el *relictum* y en el *debitum*, con lo que al final obtendría una ganancia neta de 30 (tendría derecho a la mitad del *relictum*, es decir 50, pero tendría que contribuir al pago de la mitad de las deudas de la herencia, es decir 20). En ausencia del *donatum*, podemos decir que la legítima corresponde con la cuota hereditaria.

Analicemos, ahora, el segundo supuesto, es decir que haya *donatum*.

Supongamos un *relictum* de 100, un *debitum* de 20 y un *donatum* de 60. El hijo, como legitimario, tiene derecho a una legítima de $\frac{1}{2}$ es decir 70 ($\frac{1}{2}$ de 100-20+60). Si dijéramos que D. Pedro es heredero de $\frac{1}{2}$ del haber hereditario, no recibiría bienes por el valor correspondiente a su legítima, porque conseguiría la mitad del *relictum* (100) y el *debitum* (20), con lo que al final obtendría una ganancia neta de 40. Esto demuestra que la legítima de $\frac{1}{2}$, es decir, 70, no confiere a D. Pedro la condición de heredero en la $\frac{1}{2}$ del haber hereditario, sino en una parte mucho mayor. Le atribuye una cuota hereditaria de $\frac{7}{8}$ de la herencia (en el *relictum* toma $\frac{7}{8}$ de 100, es decir, 87,5; como *debitum* paga $\frac{7}{8}$ de 20, es decir, 17,5, con lo que consigue un beneficio neto de 70, es decir, 87,5 - 17,5), con la consecuencia de que D. Pedro será heredero en $\frac{7}{8}$, mientras que, después de la reducción Carlos será heredero en $\frac{1}{8}$ del haber hereditario.

La diferencia que existe entre la porción hereditaria y la legítima obliga, cuando se ordena un legado a favor del legitimario, a mantener muy diferenciados los dos problemas: por un lado, el inherente a la satisfacción de la legítima y, por otro, el inherente a su condición de heredero.

En primer lugar, hay que establecer si el legitimario a cuyo favor el testador ha ordenado el legado es heredero (por ley o por testamento) o no.

Si el legitimario está excluido de la sucesión (lo que puede ocurrir tanto en el caso de preterición, o sea un testamento que instituya a otras personas como herederos en la totalidad de la herencia, como en el caso de un testamento que desherede expresamente a dicho legitimario⁸), el legado otorgado en su favor sólo puede ser relevante con referencia a la legítima que le corresponde.

En Derecho italiano, a diferencia del español, se pueden dar sólo dos supuestos. El primero, que el legado se disponga en sustitución de la legítima (figura expresamente tipificada); el segundo, que se trate de un legado no sustitutivo. En el primer caso, se aplican en Italia las normas específicas previstas en el artículo 551 del Código Civil, mientras que en el segundo se trata de un legado ordenado a favor de un legitimario preterido y, por tanto, debe establecerse previamente la relación entre el legado y su legítima.

Si, por el contrario, el legado se dispone a favor de un legitimario que también es heredero (por ley o testamento), se plantean dos problemas distintos: en primer lugar, establecer en qué medida el legado interfiere en la legítima que le corresponde y, en segundo lugar, determinar a quién y cómo debe gravar el legado.

En las páginas que siguen, intentaré analizar cada uno de los supuestos con el fin de aclarar la relación entre legatario y legitimario, diferenciando cuando sea necesario entre el Derecho italiano y español.

Este ejemplo pone de manifiesto que, en presencia de un *donatum*, la legítima no se corresponde con la cuota hereditaria. En estos supuestos se hace imprescindible averiguar según qué criterios y mediante qué procedimiento es posible establecer la cuota en la que el legitimario debe ser considerado heredero. Debe entenderse, de entrada, que la cuota en la que el legitimario será heredero no se corresponde exactamente con la cuota de legítima y que dicha parte deberá determinarse en cada caso concreto comparando lo efectivamente conseguido con el haber hereditario.

⁸ Cabe señalar que en el Derecho italiano no se prevé explícitamente la posibilidad de desheredar a un legitimario. La doctrina ha cuestionado durante mucho tiempo la validez de una disposición testamentaria de desheredación del legitimario. Durante mucho tiempo se pensó que la disposición testamentaria de desheredación debía considerarse nula. Más recientemente, se ha propuesto por el redactor BARBA, «La disposizione testamentaria di diseredazione», 2012, p. 763 ss. y aceptado por la doctrina que la desheredación de un legitimario no es nula, sino meramente susceptible de reducción.

Preliminarmente, con el único fin de aclarar aspectos de diferencias y similitudes, esbozaré, sin pretensión de exhaustividad, algunas líneas del Derecho italiano y español (apartado 2).

A continuación, analizaré el caso de un legado a favor de un legitimario que no es heredero. En este supuesto, el único problema que se plantea es la relación entre la atribución del legatario y la legítima, distinguiendo debidamente entre el Derecho italiano y el español (apartado 3).

Posteriormente, consideraré el caso en que el legatario-beneficiario es heredero, de modo que al problema anterior se añade también el de determinar sobre quién recae el legado, con el fin de demostrar que ello puede alterar significativamente la estructura general de la sucesión (apartado 4).

Por último, analizaré el legado en sustitución de la legítima, figura explícitamente tipificada en el Derecho italiano y no prevista en el Derecho español, también con el fin de comprobar si puede ser útilmente empleada en el Derecho español (apartado 5).

II. NORMAS ESENCIALES DEL DERECHO ITALIANO Y ESPAÑOL PARA RECONSTRUIR LA REGULACIÓN DE LOS LEGADOS A FAVOR DE LEGITIMARIOS

En materia de legados, la diferencia entre el Derecho italiano y el español es muy limitada, hasta el punto de que es posible afirmar que existen normas sustancialmente comunes.

En cuanto al sujeto sobre el que recae el legado, las normas son sustancialmente similares. A falta de indicación expresa del testador, el legado recae sobre todos los herederos en proporción a sus cuotas (arts. 859.2 CCEs; 662 CCIt). No obstante, el testador puede establecer que el legado recaiga sobre un legatario, dando lugar a la figura del llamado sublegado, o que recaiga sobre uno o varios herederos determinados (arts. 858.1; 859.1 CCEs; 662 CCIt).

El legado a favor de un heredero, que recae sobre todos los herederos, es la conocida figura del prelegato, regulada expresamente en el Derecho italiano (art. 661 CCIt) e implícitamente en el Derecho español (art. 890.2 CCEs). Su rasgo característico es que el beneficiario soporta también la carga de su legado en proporción a su cuota hereditaria.

El legatario adquiere el derecho de forma automática, sin necesidad de aceptación (arts. 881 CCEs; 649 CCIt) y la persona gravada con el legado sólo queda obligada dentro de los límites del valor de la cosa legada (arts. 858.2 CCEs; 671 CCIt).

Por último, cabe señalar que un legado que tenga por objeto un derecho real determina la adquisición inmediata y automática del derecho por parte del legatario, afirmándose así que el legado produce efectos reales (arts. 882 CCEs; 649 CCIt). Esta precisión es poco relevante en el Derecho italiano, donde existe el principio de la transmisión de la propiedad puramente consensual (véase el art. 1376 CCIt), mientras que es especialmente significativa en el Derecho español, donde constituye una excepción al sistema de la transmisión mediante *traditio* que se aplica en materia contractual (art. 609.2 CCEs).

Significativamente diferente es, sin embargo, la regulación de la legítima entre el Derecho italiano y el español. El análisis, que por su exhaustividad requeriría un estudio monográfico autónomo, sugiere aquí sólo trazar, a grandes rasgos, los aspectos más relevantes para el estudio de los legados a favor de legitimarios. No obstante, debo señalar que, entre ambos sistemas, considero claramente preferible el español, aunque son posibles ciertas mejoras o cambios.

La legítima⁹ en su conjunto no es muy diferente en ambos ordenamientos, aunque hay que señalar que en el italiano tiende a ser mayor¹⁰, que el cónyuge supérstite tiene derecho a la legítima com-

⁹ La cuestión de si la sucesión de los herederos forzosos constituya o no un tercer tipo de vocación distinta de la legal y testamentaria sigue siendo problemática. En Derecho italiano ha prevalecido la solución negativa y para todos, véase, más recientemente, BARBA, *La successione dei legittimari*, 2020, pp. 11 ss. En Derecho español, aunque la posición negativa ha tenido una importancia considerable, la idea de que la sucesión de los herederos forzosos constituye un tercer tipo ha sido defendida por el profesor Lacruz desde los años setenta. Se trataría, más exactamente de un título específico de adquisición mortis causa en aquellos casos en los que se ha producido un incumplimiento de la legítima. Abogan por esta reconstrucción, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 33, «Se admite que esta vocación legitimaria a diferencia de la sucesión intestada opera llamando al legitimado perjudicado directamente y no a los restantes sucesores legales y además se abre en la medida del perjuicio que sufra, manteniéndose el testamento en lo restante. No es efectivamente un llamamiento ab intestato ya que si lo fuera entrarían en el reparto no solo el perjudicado sino todos los llamados».

¹⁰ Se propone aquí un cuadro de síntesis:

		Derecho italiano		Derecho español	
	Herederos	Cuota Sucesión legal	Legítima	Cuota Sucesión legal	Legítima
1	Cónyuge	1 (583 c.c.)	½ (540.1 c.c.)	1 (944 c.c.)	Usufructo 2/3 (838 c.c.)
2	Solo un hijo	1 (566 c.c.)	½ (537.1 c.c.)	1 (artt. 931, 932 c.c.)	2/3 (808 c.c.)
3	Dos o más hijos	1 (566 c.c.)	2/3 (537.1 c.c.)	1 (artt. 931, 932 c.c.)	2/3 (808 c.c.)

pleta en propiedad y no sólo al usufructo, que el cónyuge separado conserva su legítima salvo que la separación le sea imputable¹¹, que los legitimarios tienen derecho a la legítima en natura¹² e incluso tie-

		Derecho italiano		Derecho español	
	Herederos	Cuota Sucesión legal	Legítima	Cuota Sucesión legal	Legítima
4	Ascendentes	1 (568 e 569 c.c.)	1/3 (538.1 c.c.)	1 (935 c.c.)	½ (809 c.c.)
5	Cónyuge +	½	1/3	—	Usufructo 1/3 mejora (834 c.c.)
	Solo un hijo	½ (581 c.c.)	1/3 (542.1, c.c.)	1 (artt. 931, 932 c.c.)	2/3 (808 c.c.)
6	Cónyuge +	1/3	¼	—	Usufructo 1/3 mejora (834 c.c.)
	Dos o más hijos	2/3 (581c.c.)	½ (542.2 c.c.)	1 (artt. 931, 932 c.c.)	2/3 (808 c.c.)
7	Cónyuge +	2/3	½	1 (artt. 931, 932 c.c.)	Usufructo 1/2 (837 c.c.)
	Ascendentes	1/3 (582 c.c.)	¼ (544.1 c.c.)		1/3 (809 c.c.)
8	Cónyuge +	2/3	½ (540.1 c.c.)	1 (944 c.c.)	Usufructo 2/3 (838 c.c.)
	Hermanos y/o Hermanas	1/3 (582 c.c.)	—	—	—
9	Cónyuge +	2/3	½	—	1/3 (809 c.c.)
	Ascendente + Hermanos y/o Hermanas +	{ 1/3 (582 c.c.)	¼ (544.1 c.c.)	1 (935 c.c.)	Usufructo 1/2 (837 c.c.)
10	Ascendente + Colaterales	No menos de ½	1/3 (538.1, c.c.)	1 (935 c.c.)	½ (809 c.c.)
		Lo demás (571 c.c.)	—	—	—

¹¹ Diversamente, en Derecho español, el cónyuge separado, aunque sólo sea de hecho, pierde el derecho a la legitimación. para todos, véase TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (II)» 2012, p. 114 ss.

¹² TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 24 «Se mantiene como posición central de nuestro derecho de sucesiones con base en el artículo 806 CC el que en él la legítima es *pars hereditatis* debiendo ser satisfecha

nen derecho a obtener los bienes donados, aunque hayan sido enajenados a terceros (cfr. artículo 563 CCIt) y, por último, que el cónyuge superviviente tiene derecho, además de a la legítima, al derecho de habitación sobre la vivienda familiar y al derecho de uso de los muebles.

En ambos ordenamientos rige el principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima (arts. 813, CCEs; 549 CCIt)¹³, mientras que se discute si existe también un principio de intangibilidad cualitativa, respecto del cual puede afirmarse, haciendo alguna simplificación, que en el Derecho italiano el legitimario debe conformarse con los bienes hereditarios, ya que la liquidación en metálico no es posible en ningún caso. Esto implica que el testador no puede hacer una división, atribuyendo al legitimario un derecho de crédito frente a otros herederos o liquidando su parte, y que el testador, también en virtud de la norma sobre la llamada *cautela socini* (art. 550 CCIt), no puede satisfacer la parte del legitimario atribuyéndole sólo el derecho de usufructo o la nuda propiedad¹⁴.

El elemento que marca una importante diferencia entre el Derecho italiano y el español y que constituye, en mi opinión, un instrumento de gran importancia y ductilidad se refiere a la mejora¹⁵. En el Derecho italiano no existe distinción entre legítima en sentido

con bienes hereditarios, teniendo el legitimario derecho a una cuota del activo y del pasivo patrimonial del que era titular el causante en el momento de la apertura de la sucesión. De ello se deriva el que la porción legítima es parte de la herencia que tiene que ser recibida en bienes herenciales de ahí la denominación como *pars hereditatis* y en consecuencia el legitimario en cuanto cotitular de ellos, heredero además de sucesor universal, artículos 660 CC». TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2016, pp. 356, 378 ss. «Con ello se quiere poner de relieve que la legítima tiene que ser pagada con bienes de la herencia, esto es in natura, y el legitimario debe recibir una parte del activo líquido, deducidas las deudas, y no necesariamente en concepto de heredero sino por cualquier otro título, como el legado o la donación (artículo 815 CC)».

¹³ En la STS 2854/2019, de 17 de septiembre, Ponente: Jose Luis Seoane Spiegelberg, (ECLI: ES: TS:2019:2854), se lee en el fundamento de derecho 3.1: «En definitiva, como dicen las SSTs 695/2005, de 28 de septiembre y 863/2011, de 21 de noviembre, las legítimas constituyen un sistema de reglamentación negativo, dado que la ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente, y por cualquier título, el deber de respetarlas, confiriendo al legitimario (artículo 763.2 del Código Civil), para el caso de que se superen en su perjuicio los límites establecidos, la facultad de ejercitar las acciones de defensa cuantitativa de las mismas, con la reclamación del complemento (artículo 815 del Código Civil), la reducción de legados excesivos (artículos 817 y 820 del Código Civil y sentencia de 24 de julio de 1986) o, en su caso, de las donaciones inoficiosas (artículos 634, 651, 819 y 820 del Código Civil), incluso aunque estén ocultas bajo negocios aparentemente onerosos (STS de 676/1986, de 14 de noviembre)».

¹⁴ Del mismo modo, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (II)», 2016, p. 376.

¹⁵ RODRÍGUEZ-ROSADO, 2017, p. 185, precisa que: «para no incurrir en confusión, se debe distinguir el tercio de mejora, como base contable máxima de que puede disponer el causante para hacer atribuciones a favor de sus hijos o descendientes reduciendo la legítima, la mejora como atribución patrimonial a título de donación, herencia o legado que se imputa a ese tercio, y la cualidad de mejora que se predica de cualquiera de dichas atribuciones. Distinguir cada uno de esos sentidos permite una mejor comprensión de toda esta materia».

estricto y mejora, con la consecuencia de que no es posible mejorar a ningún descendiente, ni siquiera si tuviera una discapacidad, y que la legítima debe dividirse siempre entre las hijas y los hijos a partes iguales. Esto significa que la única posibilidad de «favorecer» o, más correctamente, mejorar la posición de una hija o un hijo, es disponer a su favor de la parte de libre disposición¹⁶. En Derecho español, como es bien sabido, la legítima debida a los descendientes, igual a 2/3, se divide idealmente en dos partes: 1/3 de legítima estricta, que corresponde a los descendientes por partes iguales, y 1/3 de mejora, con la que el testador puede favorecer libremente a uno o varios descendientes¹⁷.

Este dato es muy importante a efectos de entender la materia de legados otorgados a favor de legitimarios, ya que, en Derecho italiano, para estudiar su relación con la legítima, solo hay que preguntarse si debe imputarse a la legítima o a la cuota de libre disposición, mientras que en Derecho español hay que preguntarse si debe imputarse a la legítima estricta, a la mejora o al tercio de libre disposición. En este sentido, es de significativa importancia el principio de que la mejora no se presume y que cualquier atribución patrimonial sólo se entenderá realizada a título de mejora si el disponente así lo ha declarado expresamente (véanse arts. 825, 828 CCEs).

Las normas de protección del legitimario, aparte de que los herederos forzosos siempre tienen derecho a la legítima en natura, presentan similitudes, pero también importantes diferencias.

El testador sólo puede disponer efectivamente de la parte de libre disposición, mientras que no puede menoscabar la legítima de los herederos forzosos (arts. 763, 817, 819.3 CCEs; 554, 555 CCIt). Las

¹⁶ Cabe señalar que la mejora tiene una función de recompensa mucho más eficaz que el tercio de libre disposición, hasta el punto de que puede crear una diferencia sustancial en el tratamiento de los descendientes. RODRÍGUEZ-ROSADO, 2017, p. 186, precisa que: «su diferencia respecto a las atribuciones a los descendientes realizadas con cargo a la parte de libre disposición radica en que con ellas no sólo se favorece a un descendiente, sino que a la vez se disminuye la expectativa de los legitimarios a una mayor asignación igualitaria. En ese sentido debe decirse que las atribuciones a cargo de la mejora tienen un aspecto perjudicial para la legítima del resto de legitimarios que no tienen las atribuciones a cargo de la parte libre. Éstas últimas podrán ciertamente beneficiar a un legitimario, pero no serán en sentido técnico mejora –ni se les aplicarán por tanto sus reglas– porque no reducen la legítima del resto».

¹⁷ TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (II)» 2012, p. 94 ss.; TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (II)», 2016, p. 422 ss., «Como se destaca en la STS 22 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8477), la finalidad de la mejora es desigualar los descendientes, por lo que de manera esencial su aplicación exige que exista una pluralidad de descendientes. Así pues, no existirá mejora (sino legítima amplia o larga), aunque se utilice esta palabra en el testamento, si se reparte igualitariamente entre todos ellos. No debe confundirse tercio de mejora con mejora efectiva. El tercio de mejora no es más que una unidad contable, que constituye el máximo en que se puede favorecer a unos legitimarios descendientes frente a los demás. En cambio, solo se puede considerar mejora la parte del tercio utilizada efectivamente para mejorar (desigualar). El resto tiene la consideración de legítima estricta».

disposiciones testamentarias y las donaciones que mengüen la legítima quedan sin efecto a instancia de los legitimarios. No obstante, existe una diferencia en cuanto a las modalidades de reducción.

En el Derecho español, la reducción se produce siempre a instancia de los legitimarios y afecta, por orden, en primer lugar a las instituciones hereditarias, después a los legados, mejora y demás disposiciones testamentarias (art. 814.1 CCEs)¹⁸, y por último a las donaciones, precisando que las disposiciones testamentarias se reducen a prorrata y que el testador puede establecer disposiciones de preferencia (art. 820 CCEs), mientras que las donaciones se reducen empezando por las últimas y retrotrayéndose a las anteriores¹⁹.

En el Derecho italiano, en la sucesión intestada, en el supuesto de concurso de legitimarios con otros herederos, en caso de lesión, la cuota de estos últimos se reduce automáticamente sin que los primeros tengan que pedirlo (art. 553 CCIt), hasta el punto de que se habla de reducción automática. En todos los demás supuestos, la reducción opera a petición de los legitimarios perjudicados. La reducción afecta en primer lugar a las disposiciones testamentarias, sin diferenciar entre instituciones de herederos, legados y otras disposiciones testamentarias (art. 554 CCIt) y todas se reducen a prorrata (art. 558 CCIt), después se reducen las donaciones (art. 555 CCIt), empezando por las más recientes y retrocediendo a las anteriores, sin límite temporal (art. 559 CCIt). También en Derecho italiano, el testador puede establecer una cláusula de pre-

¹⁸ TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2016, p. 382, «Según el artículo 817 CC, «las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas». Con esta acción se protege la intangibilidad cuantitativa de las legítimas individuales. El precepto se refiere a cualquier disposición testamentaria, sea a título de herencia o legado. Siguiendo el criterio del artículo 814 CC, la reducción debe afectar en principio a la institución de heredero, respetando los legados en tanto en cuanto no sean inoficiosos. Esta acción puede utilizarse de forma mixta junto con la acción de complemento del artículo 815; pero puede aparecer como acción autónoma cuando el testador se limite a reconocer su derecho a un legitimario (lo que excluye la preterición del artículo 814 CC) y agote todo el caudal con disposiciones testamentarias a favor de otras personas, sean extraños o legitimarios distintos al perjudicado».

¹⁹ TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2016, p. 373 ss.; TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 44 «para determinar si se ha cumplido o no con el deber correspondiente respecto de cada uno de los legitimarios, debe procederse a realizar una operación diferente: la imputación de lo recibido *inter vivos* o *mortis causa* por cada uno de ellos a su cuota respectiva (arts. 819, 825 y 828 CC; y STS 15.2.2001, RJ 4148). Por ello es perfectamente posible que no se aprecie ninguna lesión a la legítima global, con arreglo al artículo 818 CC, pero que, dentro del colectivo de legitimarios, unos hayan recibido una porción superior en perjuicio de otros, lo que se pondrá de relieve con la imputación de lo recibido por cada uno de ellos a su cuota individual, sea a título de herencia, legado o donación. De todos los supuestos posibles, el más problemático es el de imputación de donaciones, operación a las que se dedica el artículo 819 CC»; VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 349, «debe destacarse que, como se acaba de apuntar, primero se imputan las donaciones al haber hereditario y después los legados, de modo que aquéllas son preferentes a éstos (ex art. 820.1.º CC)».

ferencia (art. 558 CCI), en virtud de la cual esa disposición no se reduce hasta que todas las demás se hayan reducido totalmente. Es obvio que la cláusula de preferencia sólo permite preferir una o varias disposiciones testamentarias sobre las demás o el orden en que deben reducirse las disposiciones testamentarias, pero en ningún caso permite posponerlas a las donaciones.

Por último, en relación con el tema que nos ocupa, es indispensable mencionar la forma en que se instituye heredero. En el Derecho italiano, la institución de heredero puede hacerse bien en cuota expresa, indicando una fracción o porcentaje, bien a través del mecanismo de la institución *ex re certa* (art. 588 CCI), que consiste en la atribución de un bien concreto, con la intención de instituir a la persona como heredera. En el caso de una atribución a título particular, para establecer si se trata de un legado, es decir, de una disposición a título particular, o de una institución *ex re certa*, es decir, de una disposición a título universal, es necesario averiguar la intención del testador y, en particular, si él pretendía o no atribuir ese bien o conjunto de bienes concretos como cuota hereditaria. Por otra parte, no se admite el legado de parte alícuota, con la consecuencia de que siempre que el testador asigne una cuota de su herencia al beneficiario, la disposición debe considerarse una institución de heredero.

El Derecho español es, en cambio, mucho más complejo. Existe una diferencia entre la institución de heredero en cuota expresa y la institución *ex re certa*. El artículo 768 CCE, al establecer que el heredero en cosa cierta y determinada será considerado legatario, se limita a presumir la intención del testador de ordenar un legado, pero ello no puede excluir que el testador quiso hacer una institución de heredero²⁰. Existe, por otra parte, el legatario de parte alí-

²⁰ Por todos, GARCÍA RUBIO, 1989, p. 253 s., «si nos mantenemos apegados al puro texto de la ley, un patrimonio integralmente distribuido en instituciones *ex re certa* re sería reenviado al artículo 891 del CC. Tal conclusión peca, sin embargo, de prematura, pues en opinión de la mayor parte de los autores la calificación del artículo 768 del CC actúa como mero canon interpretativo susceptible de ser contradicho demostrando la voluntad del testador de hacer heredero y no legatario al favorecido con una *certa res*; el problema está entonces en discriminar cuándo existe y cuándo no existe esta última voluntad». En jurisprudencia, v. STS 1393/1993, de 9 de marzo, Ponente: D. Pedro González Poveda (ECLI:ES:TS:1993:1393), en cuyo fundamentos de derecho segundo se lee: «en la actualidad, de acuerdo con la doctrina científica mayoritaria, no puede atribuirse al artículo 768 citado un carácter imperativo sino interpretativo, ofreciéndose en él criterios hermenéuticos que ha de utilizar el Juzgador en su tarea de búsqueda de la verdadera voluntad del testador cuando para ello no sea bastante el sentido literal de la disposición testamentaria; dicho precepto tiene, por otra parte, carácter presuntivo en cuanto en él se contiene una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual si a una persona se la deja una cosa determinada se ha de entender como voluntad del testador la de que esa persona le suceda en la herencia como legatario, aunque en la institución se le designe como heredero». V., además, la Resolución de 23 de octubre de 2019, de la DRRN Dirección General de los Registros y del Notariado, «BOE» núm. 281, de 22 de noviembre de 2019, pp.128863-128876,

cuota (arg. ex arts. 655.3 CCEs; 782.1, 783.2, 784.1, 792.2.º, 792.2.º LECs; 42.6.º-7.º LH; 146.3, 152 RH), que, aunque con derecho a una parte de la herencia, debe seguir siendo considerado legatario²¹, pues tiene derecho a la parte que le haya sido asignada, deducidas las deudas, de las que no responde en ningún caso. Sin embargo, forma parte de la comunidad hereditaria y puede solicitar la partición, tiene derecho a los frutos desde la apertura de la sucesión, pero no puede tomar posesión de los bienes hasta que se haya determinado su parte.

En Derecho español, a diferencia del italiano, una disposición testamentaria que asigna una cuota abstracta de la herencia puede, por tanto, ser tanto una institución de heredero como un legado de parte alícuota²²; en cambio, una disposición que asigna un bien concreto puede ser tanto un legado como una institución de heredero *ex re certa*. No basta, por lo tanto, con atender al contenido de la disposición (el llamado criterio objetivo arg. ex arts. 660, 768 CCEs),

en cuyos fundamentos núm. 8 se lee: «El artículo 768 del Código Civil señala que «el heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario». Ciertamente, como alega el recurrente, frente a la doctrina que considera este precepto como norma imperativa, está la que entiende que estamos ante una mera norma de interpretación de la voluntad del testador, y no impide que éste exprese su voluntad de que el instituido en cosa cierta sea a todos los efectos heredero. Pero como se ha dicho y razonado antes, la interpretación de la voluntad del testador ha sido otra. Así pues, la institución en cosa cierta, a priori, es un llamamiento a título singular y por tanto en general, no tiene naturaleza de cláusula particional. Pero ello no impide que, de la voluntad concreta del testador, lo que no ha ocurrido en este expediente, pueda resultar lo contrario».

²¹ Por todos, GARCÍA RUBIO, 1989, p. 219 ss, «pensamos, con la mayor parte de la doctrina, que sólo existirá un verdadero legado parciario si éste se conceptúa, o como legado del remanente o de una fracción del mismo después de pagadas las deudas. En cualquier caso, el beneficiario de la disposición no será responsable del pasivo, que sólo le afectará en la medida en que disminuye la cuantía económica de la asignación». En jurisprudencia, más recientemente, STS 1507/2020 de 26 de mayo, Ponente: Juan María Díaz Fraile, (ECLI:ES:TS:2020:1507), en cuyos fundamentos tercero 1.2, se lee: «como dijo la clásica sentencia de esta sala de 16 de octubre de 1940, y han repetido recientemente otros pronunciamientos de los tribunales de apelación, aunque nuestro derecho positivo (arts. 782 LEC - 1.038 LEC de 1881 - y 42.7o LH), en desacuerdo con una corriente doctrinal muy nutrida, admite la calificación de legado dada por el testador a la institución en una cuota parte del as hereditario en su porción libre, «esta modalidad irregular de la institución constituye una figura intermedia o *sui generis* entre el legado y la herencia propiamente dichos, con múltiples aspectos de coincidencia entre uno y otra por la nota común que los preside de atribución de bienes indeterminadamente». Y esa nota común se traduce singularmente en que a la muerte del causante, el legatario como el heredero «adquiere un derecho abstracto que es preciso concretar o determinar mediante la partición, para poder fijar materialmente el contenido económico de la herencia y del legado, previa deducción de cargas y gravámenes, quedando así equiparados en este aspecto por idéntico interés, el heredero y el legatario de parte alícuota a los que afecta por igual la responsabilidad referente a gastos comunes de la partición». Derecho que es «abstracto» en el sentido de que, como dice la sentencia de esta sala de 25 de junio de 2008, la cuota que corresponde a los herederos (y legatarios de parte alícuota) «recae sobre el global del caudal hereditario», de forma que «sólo la partición atribuirá» el dominio de bienes concretos pertenecientes a la herencia». Asimismo, Resolución de 22 marzo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en BOE núm. 96, de 21 abril 2007, pp. 17740-17741.

²² VALLET DE GOYTISOLO, 1948, p. 320 s., afirma que «tanto la cuota como la parte alícuota son partes del todo, con la particularidad para estas últimas que lo dividen exactamente».

sino que es necesario considerar cuál fue la intención del testador (la llamada teoría subjetiva arg. *ex arts.* 688.2, 675 CCEs).

Por último, es importante señalar que mientras en el Derecho español la distribución de la totalidad de la herencia a través de legados determina que los legatarios prorratarán las deudas y gravámenes a proporción a sus cuotas (art. 891 CCEs)²³, en el Derecho italiano la distribución de la totalidad de la herencia a través de legados no excluye la necesidad de identificar a un heredero, aunque no sea destinatario de ninguna atribución patrimonial y tenga una función sustancial de liquidación. Dado que siempre debe identificarse a un heredero, los legatarios no responderán de las obligaciones en ningún caso.

III. EL LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO QUE NO SEA HEREDERO

3.1 EL CASO EN CUESTIÓN

Comencemos nuestro análisis por el caso más sencillo, que ayuda a analizar el fenómeno, es decir, el supuesto en que el legitimario beneficiario del legado no es heredero. Esto presupone que existe una sucesión testada y que el testador ha excluido expresamente al legitimario de su propia sucesión o simplemente que ha instituido herederos a otras personas²⁴.

²³ Por todos, GARCÍA RUBIO, 1989, p. 219 ss.

²⁴ Desde un punto de vista técnico, esta última puede o no considerarse un supuesto de preterición. Pues, si asignamos a la palabra «preterición» su sentido propio, habría que considerar el supuesto como una auténtica preterición, ya que indicaría la exclusión, como heredero, de una persona que según las normas sobre sucesión intestada debería ser heredero. Si, por el contrario, asignamos a la palabra «preterición» un significado más amplio, destinado a incluir el caso de una persona que ha sido excluida, por la razón que sea, de una sucesión, entonces el legitimario, que no ha sido instituido heredero pero que sí es beneficiario de un legado, no puede considerarse un supuesto de preterición. TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 60 ss., «Desde el punto de vista formal, los legitimarios tienen, en principio derecho a ser tenidos en cuenta en el testamento, aunque sea para ser desheredados, ya que, en caso contrario, se incurre en preterición. La preterición, regulada en el artículo 814 CC, es pues la omisión de un legitimario en el testamento. No obstante, no debe acogerse un concepto estricto de preterición, debiendo considerarse que no existe tal cuando el legitimario, aunque no haya sido mencionado en el testamento, ha recibido en vida del causante donaciones por cuenta de su legítima, aunque no se aluda a ello en la disposición testamentaria.» Parece de opinión contraria LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 322: «el legitimario favorecido con un legado podrá reclamar suplemento de legítima cuando la manda fuera insuficiente, pero no repudiar el legado y reclamar la legítima, salvo que dicho legado sea cualitativamente inepto para satisfacerla (legado de usufructo, por ejemplo). Pues no se trata de una atribución que se ofrezca al legitimario y que pueda é este rechazar reclamando sus derechos legales, o bien aceptar a cambio de ellos, sino precisamente un modo lícito y vinculante de satisfacerlos».

Si, de hecho, la sucesión fuera, aunque solo en parte legal, el heredero forzoso sería heredero. Por otra parte, cabe señalar que el hecho de que el testador haya excluido expresamente de su sucesión a ese heredero forzoso concreto no significa necesariamente que éste haya sufrido una lesión, puesto que puede haber recibido ya su legítima mediante donaciones anteriores o incluso a través de un legado.

Partiendo de la base de que el legitimario beneficiario del legado no es heredero, el principal problema que se plantea es valorar cuál es la posible relación de dicho legado con su legítima.

El análisis parte, pues, de la relación entre legado y legítima, que constituye el primer problema que se plantea siempre en el caso de un legado ordenado a favor de un legitimario.

3.2 RENUNCIA AL LEGADO POR PARTE DEL LEGATARIO-LEGITIMARIO, QUE NO SEA HEREDERO

En primer lugar, debe observarse que el legitimario beneficiario de un legado puede aceptar o renunciar libremente el legado (arts. 890 CCEs; 649.1 CCIIt), siendo irrelevante a estos efectos su condición de legitimario.

La posibilidad de renuncia y, por tanto, la circunstancia de que el legitimario no esté obligado a aceptar²⁵ y, por tanto, a componer su legítima con esa concreta atribución patrimonial, permite afirmar que el legado no tiene por qué tener por objeto bienes de la herencia²⁶ y que podría tener por objeto cualquier bien y, entre otros, un derecho de crédito respecto de un heredero, o un bien gravado por un derecho real²⁷.

²⁵ Parece de opinión contraria LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 322: «el legitimario favorecido con un legad podrá reclamar suplemento de legítima cuando la manda fuera insuficiente, pero no repudiar el legado y reclamar la legítima, salvo que dicho legado sea cualitativamente inepto para satisfacerla (legado de usufructo, por ejemplo). Pues no se trata de una atribución que se ofrezca al legitimario y que pueda é este rechazar reclamando sus derechos legales, o bien aceptar a cambio de ellos, sino precisamente un modo lícito y vinculante de satisfacerlos».

²⁶ La resolución de la Comisión de Estudios del Consejo Nacional del Notariado CNN núm. 594-2014/C, si bien recomienda prudencia, se adhiere a la posición de MENGONI, 2000, p. 12 y afirma esta posibilidad: «oggetto del legato in conto può essere anche una cosa altrui (art. 651). Non è incompatibile col concetto di quota che questa sia formata con un diritto di credito verso i coeredi. (...). L'erede legittimario, al quale il testatore abbia lasciato in conto della quota un legato (obbligatorio) di cosa altrui, può rifiutarlo, e far valere il diritto alla legittima in natura. Se lo accetta, consente che la sua quota sia formata (mediante imputazione del legato) con un diritto di credito verso i coeredi, avente per oggetto il trasferimento della proprietà della cosa legata (salva la facoltà dell'onerato di pagarne il giusto prezzo se la cosa appartiene a un terzo)».

²⁷ La resolución de la Comisión de Estudios del Consejo Nacional del Notariado CNN núm. 594-2014/C, si bien recomienda prudencia, se adhiere a la posición de

Esta aclaración, que podría parecer de poca importancia en el Derecho español, es de gran relevancia en el Derecho italiano donde, como he dicho, rige la regla de que la legítima debe siempre satisfacerse con bienes hereditarios.

En el caso de que el legatario legitimario renuncie al legado, no se plantea ningún problema acerca de la relación entre el legado y la legítima.

El legatario legitimario puede interponer una acción de reducción para que se determine su condición de heredero y se reduzcan las disposiciones testamentarias lesivas, de modo que pueda conseguir su legítima.

3.3 ACEPTACIÓN DEL LEGADO POR EL LEGATARIO-LEGITIMARIO, QUE NO SEA HEREDERO

En el supuesto de que el legatario acepte el legado, se plantea el problema de establecer la relación entre la atribución patrimonial del legado y la legítima, es decir, si debe sumarse a la legítima que le corresponde o imputarse a esta²⁸.

La cuestión se plantea de forma parcialmente distinta en el Derecho italiano y en el Derecho español, por la sencilla razón de que en el Derecho italiano sólo es necesario determinar si esta atribución debe o no tenerse en cuenta en la legítima, mientras que en el Derecho español la cuestión se enriquece, al menos con respecto a los descendientes, con el tema de la mejora.

MENZIONI, 2000, p. 12 y afirma esta posibilidad: «oggetto del legato in conto può essere anche una cosa altrui (art. 651). Non è incompatibile col concetto di quota che questa sia formata con un diritto di credito verso i coeredi. (...) L'erede legittimario, al quale il testatore abbia lasciato in conto della quota un legato (obbligatorio) di cosa altrui, può rifiutarlo, e far valere il diritto alla legittima in natura. Se lo accetta, consente che la sua quota sia formata (mediante imputazione del legato) con un diritto di credito verso i coeredi, avente per oggetto il trasferimento della proprietà della cosa legata (salva la facoltà dell'onerato di pagarne il giusto prezzo se la cosa appartiene a un terzo)».

²⁸ Según MENZIONI, 2000, p. 137 el concepto de legado en concepto de legítima y el de preterición serían incompatibles, en la medida en que el legado en concepto de legítima presupone necesariamente una vocación hereditaria. Esta observación se puede compartir en la medida en que se argumenta que la imputación presupone que la persona adquiere la cualidad de heredero, pero no en el sentido de que el legitimario deba, necesariamente, ser llamado a la sucesión por ley o por testamento. El ejemplo propuesto en el texto, creo, sirve para demostrar este supuesto. No cabe duda de que el concepto de legatario-legitimario es relevante cuando se plantea la sucesión en la legítima. Incluso si el legitimario beneficiario del legado fuera preterido, ello no excluye la relevancia del concepto de legítima. Un legitimario preterido que actuara en reducción (aunque fuera preterido) tendría que imputar lo que hubiera recibido a su legítima, con el resultado de que tendría derecho a recibir bienes por valor de la diferencia entre su legítima y lo que hubiera recibido en concepto de legado.

3.3.1 El Derecho italiano

En el Derecho italiano, en el que la legítima es siempre estricta, existen básicamente dos supuestos: según que la atribución deba o no imputarse a la porción reservada.

La norma que se aplica en Derecho italiano es que un legado hecho a un legitimario, a falta de voluntad precisa y expresa del disponente, debe considerarse otorgado sin dispensa de imputación, es decir, en pago de la legítima. La norma se recoge en el artículo 564.2. CCIt, según la cual el legitimario que solicita la reducción debe imputar a su legítima las donaciones y los legados, salvo que haya sido dispensado «expresamente».

El acto jurídico por el que el disponente establece que la atribución patrimonial (donación o legado) no se acumule a la legítima es la dispensa de imputación. Se trata, por lo tanto, de un negocio unilateral de última voluntad, por el que el disponente exige al beneficiario de imputar la atribución patrimonial a su legítima. Dado que se trata de un negocio que debe realizarse «expresamente», no se permite una dispensa implícita, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la dispensa de colación²⁹. Esto significa que, a falta de una voluntad «expresa» o en caso de duda sobre la voluntad explícita del disponente, la donación o el legado debe considerarse sin dispensa de imputación.

La idea que subyace a esta opción normativa es sencilla. Las donaciones y legados realizados a favor del legitimario deben con-

²⁹ La norma del artículo 564.2 CCIt establece que la dispensa de imputación debe ser «expresa», a diferencia de la norma del artículo 737.1 CCIt, que no exige para la dispensa de colación que el heredero esté «expresamente» dispensado. Por ello se dice que si bien la dispensa de colación (v. BARBA, 2016, p. 1 ss.) también puede deducirse implícitamente, en cambio la dispensa de imputación no puede deducirse implícitamente y debe ser expresa. Desde este punto de vista y en relación con la doctrina española, debe considerarse la autorizada opinión de CÁMARA LAPUENTE, «Comentario artículo 828», 2011, p. 904 s., según la cual, lo contrario de declaración expresa no es implícita sino presunta (v. nota n. 52). Sobre la base de esta afirmación, el autor concluye que cuando la ley prescribe que una declaración debe ser expresa ello no significa que no pueda inferirse implícitamente. Aunque no se puede ocultar el atractivo de esta reconstrucción, creo que necesita alguna aclaración. No cabe duda de que esa opinión debe compartirse en la medida en que precisa que no es necesario el uso de la expresión técnica y, por tanto, que puede otorgarse una dispensa expresa, aunque el testador no haya utilizado la expresión técnica «dispensar de imputación», sino cualquier otra expresión de la que sea posible inferir la intención inequívoca del testador de dispensarle de imputación. Sin embargo, y en este aspecto discrepo en parte con la opinión del Autor, estoy convencido de que cuando el legislador dispone que una declaración debe hacerse «expresamente», quiere dejar claro que la intención de conseguir ese efecto jurídico concreto debe resultar inmediata y directamente del texto y que no basta con que pueda deducirse del mismo. La referencia a la declaración hecha de modo «expreso» alude, creo, a la circunstancia de que la interpretación del texto permita deducir esa voluntad inmediata y directamente y que una voluntad que pueda deducirse solo mediata e indirectamente de un texto no puede considerarse expresa.

siderarse anticipos de la legítima y, por tanto, salvo una voluntad expresa en contrario, a ella deben imputarse.

A la luz de esta consideración, es fácil comprender que en el Derecho italiano existen dos hipótesis:

- a) bien que se trate de un legado sin dispensa de imputación (supuesto que se da en ausencia de voluntad expresa en tal sentido);
- b) o bien que se trata de un legado con dispensa de imputación (aunque este supuesto es difícil de imaginar en un caso en el que el legitimario está excluido de la sucesión)³⁰.

Cuando se hace esta distinción, se trata simplemente de determinar si la atribución patrimonial hecha a favor del legatario-legitimario debe o no sopesarse para establecer la legítima que le corresponde³¹.

En el caso de un legado con dispensa de imputación, el legatario-legitimario, si actúa en reducción, tiene derecho a obtener bienes por un valor correspondiente a su legítima, ya que lo que ha recibido en concepto de legado debe considerarse atribuido a mayores o además de su cuota reservada.

En el caso de un legado sin dispensa de imputación, es decir, un legado con carga de imputación, el legatario debe considerar lo recibido en concepto de legado en su legítima. Esto significa que sólo puede actuar en reducción si ha recibido como legado un bien con un valor inferior a su legítima (pues, no puede pedir el complemento ni la reducción si el valor del legado es igual o superior a su legítima)³² y que, en tal caso, puede reclamar solamente la diferencia³³ entre su legítima y lo que ha recibido a título de legado³⁴.

³⁰ La dispensa de imputación se traduce en una ventaja para el legitimario, por lo que es difícil imaginar que el testador, que excluyó a dicho legitimario de la sucesión, convirtiéndolo en único destinatario del legado, pretendiera beneficiarle.

³¹ IUDICA, 2009, p. 300 ss., habla por ello de un legado imputable a efectos de reducción. VIRGILIO, 2017, p. 114, señala que la calificación de legado en concepto de legítima «rileva nella misura in cui il legittimario venga alla successione come tale: solo in caso di successione nella legittima, può tecnicamente parlarsi di imputazione ad essa di un'attribuzione determinata».

³² Parto de la base de que el legitimario ha aceptado el legado. Ni que decir tiene que el legitimario puede rechazar el legado, solicitar la comprobación de su condición de heredero y pedir su legítima.

³³ Precisa VIRGILIO, 2017, p. 119: «diviene in tal modo meno teorica e maggiormente percepibile la rilevanza dell'indagine innanzi svolta sull'uso delle locuzioni «in conto di legittima» e «imputabile fini della riduzione». Il legato in favore del legittimario è *naturaliter* una disposizione imputabile ai fini della riduzione. È (*rectius* diviene) in conto di legittima nell'ipotesi di vittorioso esperimento dell'azione di riduzione o quando vi sia un'espressa volontà testamentaria diretta connotare in tal senso l'attribuzione patrimoniale».

³⁴ Un ejemplo facilita la comprensión.

Imaginemos que D. Pedro fallece dejando dos hijos, María y Carlos, un *relictum* de 90, sin deudas ni donaciones. Supongamos que la sucesión de D. Pedro se rige por un testamento por el que D. Pedro instituye heredero universal a su hijo María y ordena un

En resumen, los legados otorgados a favor de un legitimario pueden ser con dispensa de imputación o sin dispensa de imputación. Esta distinción sólo es relevante a efectos del cálculo de la legítima, entendiendo que el legado con dispensa de imputación debe considerarse atribuido además de la cuota reservada, mientras que el legado sin dispensa de imputación debe considerarse atribuido en pago de la legítima.

El legado con dispensa de imputación y el legado sin dispensa de imputación (o legado a cuenta de la legítima o legado en pago de la legítima) requieren la comprobación de la relación entre la atribución del legado y la legítima.

Esta distinción sólo es relevante a efectos del cálculo de la cuota reservada que les corresponde a los legitimarios, entendiendo que el legado con dispensa de imputación debe considerarse atribuido además de la cuota reservada, mientras que el legado sin dispensa de imputación debe considerarse atribuido en pago de la legítima. El legado con dispensa de imputación y del legado sin dispensa de imputación (o legado en pago de la legítima) solo requieren comprobar la relación entre legado y legítima, a fin de establecer lo que pueda corresponder al heredero forzoso³⁵.

legado a favor de su hijo Carlos por valor de 20. Conforme al artículo 537.2 CCIt, la legítima de los hijos es de $\frac{2}{3}$ (es decir, $60, \frac{2}{3}$ de $90-0+0$), por lo que a cada hijo le corresponde una legítima de 30. Dicho esto, es necesario establecer si el legado ordenado a favor de Carlos es con dispensa de imputación o sin dispensa de imputación.

En el caso de que el legado otorgado a favor de Carlos fuera sin dispensa de imputación, Carlos debería sumar esta atribución patrimonial para determinar si puede o no considerarse perjudicado. En el presente supuesto, él tiene derecho a recibir bienes por importe de 30, mientras que ha recibido, aunque a título especial, bienes por importe de 20. Existe, por tanto, una lesión de 10, por lo que Carlos puede pedir un complemento o una reducción, solicitando la constatación de su cualidad de heredero, con la especificación de que del *relictum* podría obtener bienes por 10, ya que debe «imputar» a su legítima el valor de 20 obtenidos en concepto de legado (Si el legado otorgado a favor de Carlos hubiera tenido un valor de 30, Carlos no habría podido ejercitar la acción de reducción, pues ni siquiera podría considerarse perjudicado, ya que habría recibido, aunque a título especial, bienes por un valor exactamente correspondiente a su legítima).

Si el legado se hubiera otorgado con dispensa de imputación, el resultado sería bien distinto. La dispensa de imputación eximiría a Carlos de considerar en su legítima lo recibido con el legado. Carlos, cuya legítima asciende a 30, a pesar de haber recibido 20 en concepto de legado, tiene derecho a recibir bienes por importe de 30 del *relictum*, ya que no tiene que imputar el legado a su legítima. Si pidiera el complemento o la reducción, recibiría 30 del *relictum*, que se sumarían a los 20 recibidos en concepto de legado, con lo que recibiría bienes por un valor total de 50.

En ambos casos, Carlos obtiene el legado, pero en el primer supuesto consigue del *relictum* solo 10, mientras que en el segundo obtiene del *relictum* 30.

³⁵ Precisa MENGONI, 2000, pp. 130 ss. que la carga de la imputación es independiente de la impugnación de disposiciones testamentarias lesivas. «A essa si deve far luogo anche in casi in cui non si pone una questione di riduzione: ad esempio, per conoscere in quale misura sia privo di effetto, ai sensi dell'art. 549, un peso imposto all'istituzione del legittimario in una quota di eredità. Il caso piú importante è previsto dall'articolo 553 in riferimento al concorso, nella successione intestata, di successibili legittimari con altri successibili».

3.3.2 El Derecho español: el supuesto de legado a favor del cónyuge o de ascendientes

En el supuesto de legados a favor del cónyuge³⁶ o de ascendientes, se plantean en Derecho español problemas similares a los del Derecho italiano, ya que es necesario establecer si el legado debe considerarse con o sin dispensa de imputación.

Aunque en Derecho español no existe una regla expresa en materia de dispensa de imputación similar a la que existe en Derecho italiano (art. 564.2 CCI), no creo, debido a los principios que rigen la sucesión de los herederos forzosos, que la regla pueda ser sustancialmente distinta.

A falta de una declaración del testador, un legado hecho a favor del legitimario debe considerarse imputado a la legítima y, por tanto, la atribución patrimonial debe considerarse en pago de su legítima³⁷.

Si el testador manifiesta su voluntad de eximir al legitimario de la imputación del legado, entonces la atribución no se tendrá en consideración a efectos del cálculo de la legítima que le corresponde.

El aspecto que diferencia el Derecho español del italiano se refiere a la forma de la dispensa de imputación. En el Derecho

³⁶ No cabe duda de que el cónyuge debe ser considerado heredero legítimo, mientras que, habida cuenta de la legitimación que se le reserva, cabe preguntarse si puede o no ser considerado heredero. Por todos, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (II)» 2012, p. 118 «la naturaleza del derecho sucesorio del viudo o viuda como un usufructo sobre una cuota del activo hereditario neto pone en duda su condición de heredero, no obstante, ello no impide que resulte factible considerarle como legitimario, aunque su cuota sea conmutable (arts. 839 y 840 CC) y a pesar de que la regulación de su legítima se desplaza del lugar asignado a las legítimas de hijos o de padres y ascendientes».

³⁷ GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, 2017, pp. 23 ss., mantiene la tesis que, en el supuesto de legado a favor del cónyuge, considerando la naturaleza de su legítima, no se puede aplicar analógicamente la norma recogida en el artículo 828 CCEs. En el caso de legado a favor del cónyuge cuando no se ha especificado su imputación, debe acumularse a la legítima que le corresponde y no colocarse en su legítima. La tesis, por fascinante que sea y por mucho que tenga el gran mérito de aclarar la importancia de considerar la posición del cónyuge como destinatario de una legítima que, por su naturaleza, debe ser distinta de la de los hijos y de los ascendientes, no creo que pueda ser plenamente respaldada. La circunstancia de que el legado dispuesto a favor del cónyuge, que no ha recibido su legítima, deba imputarse primariamente a su legítima, en lugar de ser el resultado de una doble aplicación analógica, constituye, a mi juicio, el resultado de la aplicación de un principio técnico que se puede desprender del sistema sucesorio en su conjunto. Estimando, pues, que la legítima constituye un límite a la libertad de disposición, en la medida en que las disposiciones que excedan de la legítima pueden quedar sin efecto, y que el principio de conservación de la voluntad testamentaria es fundamental en materia sucesoria, es inevitable afirmar, en el supuesto de un legado otorgado al cónyuge, que no haya recibido de otro modo la legítima, que ese legado deba imputarse a ella. De todas formas, la reflexión de la Autora citada es, sin lugar a duda, importante porque lleva a reflexionar sobre la conveniencia de que la dispensa de imputación, especialmente cuando se trata del cónyuge, sea valorada con especial favor. No es en absoluto necesario que el testador haya dispensado expresamente al cónyuge de la imputación, bastando que el cónyuge haya recibido la legítima, o que del conjunto del testamento se desprenda que el testador pretendía beneficiar al cónyuge con dicho legado adicional. A falta de una indicación en este sentido y en el caso de que el cónyuge no hubiera recibido la legítima, considero que el legado debería imputarse a ella.

italiano, la regla del artículo 564.2 CCIt exige que la dispensa de imputación sea «expresa», con la consecuencia de que no podría haber dispensa tácita. En el Derecho español, en cambio, a falta de una norma del mismo contenido, debe considerarse aplicable el principio de libertad de forma, con la consecuencia de que la dispensa de imputación no tiene por qué ser «expresa» y puede ser también tácita. Si el testador hubiera instituido heredero al legitimario en su legítima (supuesto éste ajeno al presente caso, que parte de la base de que el legitimario no es heredero) y además hubiera ordenado un legado a su favor, no cabe duda de que este último debe considerarse hecho con dispensa de imputación. De razonar lo contrario, se produciría una incongruencia entre la institución de heredero en la porción reservada y el legado concomitante.

Me parece, por tanto, que puede afirmarse que el principio técnico en virtud del cual el legado hecho al legitimario ha de imputarse a la legítima, a falta de voluntad distinta del disponente, se aplica a ambos ordenamientos jurídicos. La diferencia está en la forma de la dispensa de la imputación: en Derecho italiano esta declaración debe ser siempre expresa y explícita (véase art. 564.2 CCIt); en Derecho español, en cambio, la dispensa de la imputación puede desprenderse también implícitamente. Esto significa que aumenta mucho la posibilidad de que un legado a favor del legitimario sea con dispensa de imputación.

Más allá de esta diferencia, aunque importante, que afecta significativamente a la estructura general, el principio técnico básico es el mismo, con la consecuencia de que respecto de los legados a favor del cónyuge o de ascendientes se pueden dar dos supuestos

a) bien que se trate de un legado sin dispensa de imputación (supuesto que se da cuando el testador lo haya dicho expresamente o cuando no ha declarado nada y cuando no puede inferirse de otro modo su intención de dispensar)³⁸;

b) o que se trate de un legado con dispensa de imputación (supuesto que puede darse tanto si existe una declaración expresa de dispensa como si puede deducirse de otro modo del testamento o del reglamento testamentario³⁹).

³⁸ ALVENTOSA DEL RÍO, y OTROS, 2017, p. 696: «cuando el cónyuge haya sido instituido legatario, sin una regla específica de imputación por parte del testador, se debe entender que el legado debe imputarse a la cuota viudal legitimaria y en lo que exceda, a la parte libre».

³⁹ VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 353, «Entiendo que aquí sería aplicable también –por existir analogía– el mismo criterio que vimos respecto de los descendientes legitimarios legatarios. Así, si el ascendiente o cónyuge superviviente legatario fuese nombrado heredero o legatario de su legítima, o la recibió expresamente mediante una donación inter vivos (ex art. 815 CC), parece evidente que el testador quiso que el prelegado –legado hecho al heredero– o el otro legado se imputase primero en la parte libre de la herencia y el exceso a la

En el caso de un legado con dispensa de imputación, el legatario-legitimario, si pide el complemento o la reducción, tiene derecho a conseguir integralmente su legítima, ya que lo que ha recibido en concepto de legado debe considerarse asignado en exceso a la legítima que le corresponde.

En el supuesto de legado sin dispensa de imputación, es decir, un legado con carga de imputación, el legatario debe considerar en su legítima lo que ha recibido en concepto de legado. Esto significa que sólo podrá pedir el complemento o la reducción si ha recibido en concepto de legado un bien de valor inferior a su legítima y que podrá reclamar la diferencia entre su legítima y lo que ha recibido en concepto de legado.

Para una mejor comprensión del fenómeno, basta recordar los dos casos expuestos en el apartado anterior, que también se aplican en estos supuestos.

3.3.3 El Derecho español: el supuesto de legados a favor de descendientes

En el supuesto de legados a favor de descendientes⁴⁰ el problema tiende a complicarse, ya que además de averiguar si el legado debe

cuota legitimaria, reduciéndose el resto por inoficioso (ex art. 817 CC); razonamiento que no sería posible si el ascendiente o el cónyuge viudo hubiere recibido el legado sin más –sin estar cubierta su cuota legitimaria por algún título (ex art. 815 CC)–, en cuyo caso, se imputaría a su parte de legítima».

⁴⁰ Aunque el apartado se titula legados a favor de descendientes, consideraré el caso de los legados a favor de hijos. En el caso de los legados a favor de descendientes que no sean legitimarios la solución es en parte distinta, y, en algunos aspectos, algo más sencilla, ya que pueden ser destinatarios de la mejora, pero no de la legítima corta, lo que significa que un legado dispuesto a favor de un descendiente que no sea legitimario puede imputarse exclusivamente bien a la mejora, bien al tercio de libre disposición. Si el testador ha excluido expresamente que se impute a mejora, el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el excedente, existiendo una voluntad expresa del testador, está sujeto a reducción. Si el testador no ha declarado nada sobre la mejora, el legado debe imputarse al tercio de libre disposición. Si su valor excede de esa cuota, a falta de una voluntad en contrario, debe operar la presunción del artículo 828 CCEs y, por tanto, el legado deberá imputarse a mejora por la parte que no quepa. Finalmente, si el legado se ordena en concepto de mejora, no cabe duda de que debe imputarse a mejora. En el caso de que su valor exceda la mejora, es razonable suponer que, a falta de una voluntad expresa en contrario por parte del testador, el legado debe imputarse por el exceso al tercio de libre disposición. Se pueden dar tres supuestos: a) el testador declara que no desea mejorar al descendiente: el legado se imputa al tercio de libre disposición y por el exceso es inoficioso; b) el testador no dice nada: el legado se imputa al tercio de libre disposición y por el exceso a mejora; c) el testador declara que desea mejorar al descendiente: el legado se imputa a mejora y por el exceso al tercio de libre disposición. Claramente, aunque no contempla el caso a), VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 354 s., «si no tiene carácter expreso de mejora,... el legado se imputará al tercio de libre disposición y si superara dicha porción hereditaria, en función del ya indicado y fundamental artículo 828 del Código Civil, se imputará al tercio de mejora... Por otra parte, si el legado... tiene el carácter expreso de mejora,...el legado se imputará, en primer término, obviamente, al tercio de mejora.... La cuestión que surge aquí es qué sucede si excediera el

imputarse a la legítima estricta o al tercio de libre disposición⁴¹, también es necesario establecer si debe considerarse o no ordenado a título de mejora⁴².

Sin perjuicio de la regla de dispensa de imputación y, por tanto, de la regla de que, a falta de una intención distinta del disponente, que también puede ser tácita⁴³, el legado debe imputarse a la legítima

legado dicha parte de mejora...no parece lógico que un descendiente no legitimario, que haya sido mejorado explícitamente por el testador con un legado, sea de peor condición que otro descendiente no legitimario que recibió un legado que no tenía carácter expreso de mejora. Por tanto, se puede concluir que, en estas hipótesis, puede entenderse que la índole de mejora de la disposición a título particular del testador supone, obviamente, una voluntad de beneficiar al legatario, de manera que podría imputarse el exceso en el tercio de libre disposición de la herencia⁴¹, reduciéndose el resto por inoficioso». Por todos, TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (II)», 2016, p. 429 ss. «Como hemos admitido la posibilidad de mejorar a los nietos en vida debe tenerse en cuenta que el legado hecho a un nieto no se puede imputar a su legítima porque no tiene derecho a la misma (en vida de sus padres lo nietos no son legitimarios). Así pues, en este caso lo procedente será imputarlo al tercio de mejora cuando no quepa en la parte libre (VALLET, Com. MJ, I, 2.a ed., 1993, p. 2053), salvo que otra cosa se desprenda del contenido del testamento. En cualquiera de los casos, de no permitir el artículo 828 CC la imputación del exceso al tercio de mejora, el legado debería ser objeto de reducción, atendiendo a la presumible intención del testador, como se desprende de la STS 12 de junio de 2006 (RJ 2006, 3364)».

⁴¹ GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, 2017, p. 30: «el legado ordenado a un hijo sin haberle dejado su cuota legitimaria ni a título de heredero o legatario no aparece expresamente regulado por el artículo 828 CC, pero se acepta por la mayoría de la doctrina que se debe imputar a su legítima, por analogía con la solución que brinda el artículo 819.1 para las donaciones hechas a los hijos sin darles el carácter de mejora». Aunque no existe en el Derecho español una norma específica al respecto, no creo que sea posible, teniendo en cuenta la función de la legítima y el Derecho de sucesiones en su conjunto, proponer una solución distinta. Considerando que la legítima constituye una limitación o freno a la libertad de disposición, en la medida en que deben considerarse inoficiosas las disposiciones que excedan de la cuota de libre disposición, no cabe duda de que cualquier atribución patrimonial que se realice a favor de legitimarios debe, en primer lugar y a falta de una voluntad distinta, imputarse a la legítima, con la misma finalidad de preservar la eficacia de la misma atribución patrimonial. La cuestión, al menos en Derecho español, podría ser parcialmente distinta en el caso de que el legado se otorgara a favor de un legitimario que ya hubiera recibido su legítima. En este supuesto, dado que la dispensa de imputación no tiene por qué ser expresa, cabe suponer que existe una dispensa implícita de imputación, con la consecuencia de que el legado debe imputarse primero al tercio de libre disposición y por el exceso a la legítima. De hecho, descartar esto supondría correr el riesgo de dejar sin efecto dicha disposición, sin olvidar que, si el testador ya ha otorgado al legitimario su legítima y, a pesar de ello, ordena un legado a su favor, cabe presumir que implícitamente ha querido prescindir de ella. No se trata, pues, en mi opinión, de una simple aplicación analógica, sino de la aplicación de un principio general en materia de sucesión forzosa que debe derivarse del cuerpo normativo existente

⁴² LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 337 s.: «la mejora no es una disposición, como el legado o la donación, o la institución de heredero, sino una cualificación de cualquier disposición, exclusivamente a efectos del cómputo, señalamiento y cumplimiento de la legítima... Una calidad añadida, que no desnaturaliza la atribución correspondiente: el instituto heredero en calidad de mejora, sin perjuicio de imputar contablemente lo recibido del causante en el tercio hipotético de mejora, en cualquier caso, y con independencia de su condición de legitimario (si la herencia es activa), ed deudor de las deudas hereditarias como cualquier otro heredero (*ultra vires* o *intra vires*, según acepte sin o con beneficio), y sólo frente a los legados puede oponer aquella condición. En cambio, el legatario no responde de las deudas, aunque el legado tenga la calidad de mejora».

⁴³ (Vallet De Goytisolo 1991, 2045), «Al legitimario a quién no se la instituya heredero, sino tan sólo se le atribuya un legado, sin expresar su imputación, no cabe duda de

ma estricta, en materia de mejora el caso se rige esencialmente por la norma recogida en el artículo 828 CCEs⁴⁴.

Según dicha norma, los legados hechos por el testador a hijas o hijos o descendientes no se consideran mejora salvo que la persona del testador así lo haya declarado «expresamente»⁴⁵ o que el legado no quepa en la parte libre⁴⁶.

Del artículo anterior se deduce, sin perjuicio de una explicación que se hará más adelante, que la declaración de mejora debe ser expresa y, por tanto, que, en principio, no se admite una voluntad tácita de mejorar.

Esto significa que, en ausencia de voluntad expresa de mejorar, el legado no se puede considerar ordenado en concepto de mejora.

que se le imputa primero a su legítima. En cambio, en caso de que tal legitimario sea instituido heredero en cuota que cubra su legítima, su legado –es decir, su prelegado– implicará una mejora, por lo menos en sentido lato». Aunque estoy de acuerdo con el pensamiento del autor en su conjunto, la referencia al prelegado no parece convincente, ya que esta figura no sólo indica un legado otorgado a favor de un heredero, sino también un legado que recae proporcionalmente sobre todos los herederos, incluido el beneficiario. En la página del A., la referencia al prelegado sólo sirve para indicar que el beneficiario del legado es un heredero. Sin embargo, el rasgo característico del prelegado no es sólo éste, ya que es decisivo que el legado recaiga sobre todos los herederos. De hecho, un legado a favor de un legitimario también puede gravar a otro legatario (sublegado) o uno o varios herederos distintos del beneficiario o incluso el propio legatario. Salvo este último caso, que puede presentar ciertas particularidades, no creo que en todos los demás casos que he propuesto, que técnicamente difieren del prelegado, pueda o deba extraerse una conclusión distinta en cuanto a la imputación. Un legado dispuesto a favor de un legitimario, que ha sido instituido heredero en su legítima, debe imputarse al tercio de libre disposición y no a la legítima, con independencia de que se trate de un prelegado o de un sublegado o de un legado que recaiga sobre herederos distintos del beneficiario.

⁴⁴ CÁMARA LAPUENTE, «Comentario artículo 828», 2011, p. 921: «La necesidad de carácter expreso de la mejora no excluye las mejoras tácitas, siempre que correspondan a una voluntad real e inequívoca del causante, aunque no emplee formalmente el término «mejora» (ambas se consideran «expresas» a los efectos de este artículo)». Por tanto, no puede deducirse inductivamente, sino que siempre debe deducirse deductivamente; el uso de la expresión técnica no es relevante. V, también las consideraciones de la nota núm. 26.

⁴⁵ CÁMARA LAPUENTE, «Comentario artículo 828», 2011, p. 921: «La necesidad de carácter expreso de la mejora no excluye las mejoras tácitas, siempre que correspondan a una voluntad real e inequívoca del causante, aunque no emplee formalmente el término «mejora» (ambas se consideran «expresas» a los efectos de este artículo)». Por tanto, no puede deducirse inductivamente, sino que siempre debe deducirse deductivamente; el uso de la expresión técnica no es relevante. V, también las consideraciones de la nota núm. 29.

⁴⁶ TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (II)», 2016, p. 429 s., «Debe entenderse que el artículo 828 CC está admitiendo la posible existencia de una mejora tácita, teniendo en cuenta que el orden de imputación a los diferentes tercios es el siguiente: primero, a la legítima estricta, después, a la parte libre, y finalmente, al tercio de mejora. En aquellos casos en que, tras ser imputado en la legítima del beneficiario del mismo, el valor de la cosa legada no cabe en la parte libre, el exceso se debe imputar al tercio de mejora. Pero bien entendido, siempre que ello sea posible porque no existan donaciones en concepto de mejora ni otras mejoras expresas en el testamento que puedan haber ocupado dicho tercio ... Así pues, a efectos de la admisión de posibles mejoras tácitas, la solución del artículo 828 CC para los legados e instituciones *ex re certa*, difiere de la que recoge el artículo 825 para las donaciones». CÁMARA LAPUENTE, «Comentario artículo 828», 2011, p. 921: «la presunción de existir una mejora en caso de no haber la imputación del legado en el tercio de libre disposición es una conjetura legal basada en una voluntad probable».

Se plantea entonces la cuestión de si el legado que no debe imputarse a una mejora debe imputarse a la legítima estricta o al tercio de libre disposición.

Dependiendo de si existe una declaración «expresa» de querer o no querer mejorar y/o una declaración expresa o tácita de dispensa de imputación de una declaración expresa de no querer dispensar de la imputación, pueden plantearse seis supuestos diferentes:

a) Ausencia de una declaración expresa de mejorar y ausencia de una declaración expresa o implícita⁴⁷ de dispensar el legatario-legitimario de imputar el legado a la legítima estricta⁴⁸.

A falta de una declaración expresa de mejorar a la persona del descendiente, el legado no vale como mejora y a falta de una declaración expresa o tácita de dispensar de la imputación, el legado debe considerarse hecho en pago de la legítima⁴⁹.

⁴⁷ Aunque no concierne al supuesto que estamos considerando, porque suponemos, de momento, que el legitimario no ha sido instituido heredero, cabe considerar que de la simultánea institución del descendiente como heredero en la legítima puede inferirse un supuesto de dispensa de imputación tácita. En tal caso, es evidente que el legado debe considerarse, sin voluntad expresa en contrario por parte del testador, ordenado con dispensa de imputación. V. ALVENTOSA DEL RÍO, y OTROS, 2017, p. 695 s., que afirma: «Hay que distinguir diversas situaciones. En primer lugar, cuando el legado es en favor de un legitimario, en el supuesto de que todos ellos hayan sido instituidos herederos, la doctrina (VALLET) interpreta que el legado representa un incremento en relación con la institución de heredero. Por lo tanto, el legado debe imputarse en primer lugar a la parte de libre disposición, en lo que excediere al tercio de mejora y en última instancia, al tercio de legítima estricta (Cfr. art. 828 en relación con el 829 CC)».

⁴⁸ VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 349, «En principio, como sucede respecto de las donaciones (ex art. 819 CC), la regla general debería ser que el legado realizado a favor de uno de los legitimarios descendientes habría de imputarse primeramente a su legítima estricta, salvo que el testador expresamente le hubiere dado carácter de mejora u ordenado su pago con la parte de libre disposición de la herencia».

⁴⁹ ALVENTOSA DEL RÍO, y OTROS, 2017, p. 696: «cuando el legado se ha realizado en favor de un legitimario que no haya sido instituido heredero, sin que el testador haya concretado una regla de imputación específica, habría que interpretar que el legado lo es en pago de la legítima. Cfr. STS 21 enero 2010 (Tol 1773349). En el testamento el testador ordena que se impute al pago de la legítima estricta o corta de su hijo Carlos José la deuda que éste tiene contraída con el testador. Se trata de un legado de liberación (art. 870 CC), con lo que existe una regla de imputación establecida por el testador. Respecto de esta cuestión entiende el TS: “Respecto de la primera de las cláusulas no contraviene ninguna norma ni es un caso expresamente prevenido en el Código civil, como dice su artículo 743. Es un caso de atribución, como pago de la legítima, que se hace mediante el legado de liberación, como antes se ha apuntado y se ha observado el artículo 815. Que la deuda realmente exista o sea inferior lo contempla el artículo 870 al establecer que tal legado sólo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador. Lo cual no ha sido objeto del presente proceso y, por ello, al resolverlo la sentencia de instancia, se ha declarado incongruente. La deuda existió, lo cual es reconocido por todos: la parte que esté subsistente se puede discutir y asimismo se puede discutir si la legítima estricta del demandante ha sido perjudicada o si es inoficiosa la donación, pero ello se hará en la partición de la herencia, como dicen las sentencias de 8 de marzo de 1989 y 4 de junio de 1991 o en la acción declarativa que corresponda, pero no es objeto de la litis. Por ello, la demanda se desestima en este primer extremo”».

En este caso, la atribución patrimonial se considera hecha en pago de la legítima estricta, con la consecuencia de que el legitimario, si esta atribución fuera menor de su legítima, sólo podría reclamar la diferencia entre lo obtenido con el legado y el valor de su legítima corta.

Por tanto, el legado se imputa a la legítima estricta, por regla general, y el exceso parece que no debería, en principio, imputarse ni al tercio de libre disposición ni a la mejora. Sin embargo, si el valor del legado supera la legítima corta, es razonable suponer, a menos que el testador haya dicho lo contrario, que el legado no debe reducirse y, por tanto, que debe imputarse al tercio de libre disposición, en la medida de lo posible.

En definitiva, el legado debe imputarse a la legítima estricta⁵⁰ y para el excedente, salvo voluntad contraria del testador, al tercio de libre disposición.

b) declaración expresa de no querer mejorar al legatario-legitimario y declaración expresa o implícita⁵¹ de dispensar al beneficiario de imputar el legado a legítima estricta.

Para que se dé este supuesto es necesario que el testador no sólo declare, implícita o explícitamente, que quiere dispensar al legatario de la imputación a la legítima estricta, sino que debe, además declare expresamente que no quiere mejorarlo. Si no hiciera esta declaración expresa o simplemente omitiera decir algo sobre la mejora, se daría el supuesto de mejora presunta del artículo 828 CCEs, con la consecuencia de que el supuesto coincidiría con el contemplado en el subapartado e)⁵² siguiente.

⁵⁰ CÁMARA LAPUENTE, «Comentario artículo 828», 2011, p. 921: «Legados a hijos o descendientes legitimarios si no se atribuye expresamente el carácter de mejora a la atribución «mortis causa». El orden de imputación es 1º a la legítima estricta, 2º a la parte libre y 3º a la mejora. Este orden merece las siguientes precisiones: en primer lugar, pese al tenor literal del final del artículo 828, es pacífico entender que el legado no comienza por imputarse al tercio libre, sino primero a la legítima estricta (regla general *ex* artículo 819.1), si ésta no está ya cubierta por otra atribución patrimonial. En segundo lugar, la imputación del legado en el tercio libre sólo procede respecto a la parte de éste que no esté ocupada por otras disposiciones testamentarias o por donaciones a extraños *ex* artículo 819.2; no procedería la reducción de éstos para hacer sitio al legado en favor del descendiente, no sólo por aplicación del artículo 820.1º (reducir legados antes que donaciones) y del artículo 820.2º (reducción de legados a prorrata, «sin distinción alguna», sin preferencia legal alguna para los legados en favor de descendientes), sino también porque tal reducción sería contraria a la voluntad expresa del testador, máxime cuando aún es posible salvar el legado acudiendo al tercio de mejora de acuerdo con el artículo 828 y con ello no se perjudica el resto de legítimas estrictas como para proceder a reducciones».

⁵¹ V. nota núm. 43.

⁵² VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 349 s., «a la luz del fundamental, en esta sede, artículo 828 CC..., que consagraría un supuesto especial de mejora tácita o presunta que por excepción admite el Código Civil (STS (1.ª) 19 mayo 1951), se ha considerado que el legado no se imputará, en primer lugar, a la legítima estricta, cuando del testamento se deduzca claramente que con el legado no se ha querido mermar dicha cuota legitimaria del

En presencia de una declaración expresa de no querer mejorar al descendiente, el legado no se imputa a mejora, mientras que la presencia de una declaración expresa o tácita de dispensar el legatario-legitimario de la imputación, obliga a considerar que el legado no debe acumularse a la legítima estricta.

En este supuesto, la atribución patrimonial no puede considerarse mejora en sentido técnico, porque el testador lo ha excluido expresamente, pero debe considerarse hecha además de la legítima corta, con la consecuencia de que no se debe sumar a la hora de valorar la legítima corta que le corresponde al legatario-legitimario. Por tanto, el legado se imputa al tercio de libre disposición. En el caso de que su valor sea superior, por el exceso se imputa a la legítima estricta, y nunca puede afectar a la mejora.

En definitiva, el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el exceso, a la legítima corta.

c) declaración expresa de mejorar y declaración expresa o implícita⁵³ (que se puede desprender de la misma ausencia de esta declaración)⁵⁴, de dispensar de imputar el legado a legítima estricta.

Las dos declaraciones obligan a considerar el legado no sólo hecho a título de mejora, sino también con dispensa de imputación. Esto significa que el legado debe imputarse en primer lugar a la mejora y por el excedente al tercio de libre disposición.

Al igual que en el caso anterior, el legado no debe considerarse en la legítima corta, con la consecuencia de que el legitimario tiene derecho a reclamarla en su totalidad prescindiendo de lo que ha recibido en concepto de legado. A diferencia del caso anterior, en el que el legado se imputa primero al tercio de libre disposición y luego a la legítima corta, en este caso, el legado debe imputarse primero a mejora y luego al tercio de libre disposición.

Si el valor del legado fuera igual o correspondiera al tercio de libre disposición, no habría diferencia sustancial entre el caso anterior y éste, ya que el legitimario que ha recibido el legado siempre tiene derecho a reclamar la legítima estricta. La diferencia entre ambos casos se percibe si el valor del legado supera el valor del tercio de libre disposición. En el primer supuesto, dado que el excedente se imputa a la legítima corta, el legitimario tiene derecho a reclamar solo la diferencia entre la legítima

beneficiario, sino favorecerlo respecto de los demás legitimarios imputándolo en los otros tercios hereditarios».

⁵³ V. nota núm. 43

⁵⁴ V. nota núm. 51.

estricta y el valor del legado que excede el tercio de libre disposición. En este caso, en cambio, aunque existiera tal exceso, el legitimario seguiría teniendo derecho a reclamar íntegramente la legítima corta.

En definitiva, el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, al tercio de libre disposición.

Aunque pueda parecer peculiar, podría darse el supuesto de:

d) declaración expresa de mejora y declaración expresa de no dispensar al legatario-legitimario de imputar el legado a la legítima corta.

Para que se dé este supuesto, es necesario no sólo que exista una declaración expresa de mejorar, sino también que exista una declaración expresa de no querer dispensar de imputar el legado a la legítima estricta, ya que, a falta de tal última declaración, hay que suponer que la declaración de mejorar vale también implícitamente como dispensa de imputación, pues sería irracional que el testador hubiera pretendido mejorar y luego hubiera colocado al beneficiario en peor situación⁵⁵.

El legado se imputa a la mejora en primer lugar y, para el sobrante, a la legítima estricta, ya que no puede imputarse al tercio de libre disposición. El legado ha de considerarse mejora, pero debe considerarse realizado, en lo que eventualmente excediera, en pago de la legítima estricta. Esto quiere decir que: si el valor del legado es igual o inferior a la mejora, el legatario-legitimario tiene derecho a reclamar la totalidad de la legítima estricta; por el contrario, si el valor del legado es superior a la mejora, el exceso se imputa a la legítima estricta, con la consecuencia de que sólo podrá reclamar la diferencia entre la legítima corta y el exceso del valor del legado sobre la mejora.

En definitiva, el legado se imputa a la mejora y, por el exceso, a la legítima estricta.

⁵⁵ VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 352 s., afirma que si el testador dejó expresamente el legado en concepto de mejora se plantea el problema del qué pasa si excediera el legado dicha parte de mejora. «A mi juicio, no parece lógico que un descendiente legitimario, que haya sido mejorado explícitamente por el testador con un legado, sea de peor condición que otro descendiente heredero forzoso que recibió un legado que no tenía carácter expreso de mejora. Por lo tanto, a pesar de la dicción del mencionado artículo 829 CC, concluyo que el descendiente legitimario que haya sido mejorado expresamente mediante un legado puede imputarlo, en primer lugar, y por voluntad expresa del testador, al tercio de mejora y el exceso, a la parte de libre disposición y después a la legítima, reduciéndose el resto por inoficioso (ex artículo 817 CC). En esta sede, para argumentar mejor esta inteligencia defendida, puede también acudir al principio general del Derecho de quien puede lo más –imputar el legado al tercio de mejora si excediera el tercio de libre disposición de la herencia (ex art. 828 CC)– puede lo menos –imputar el legado a la parte libre si el tercio de mejora está totalmente cubierto por otros legados preferentes o donaciones».

Luego, puede darse el supuesto de mejora presunta⁵⁶ *ex artículo 828*⁵⁷ CCEs⁵⁸, es decir:

⁵⁶ CÁMARA LAPUENTE, «Comentario artículo 825», 2011, p. 904 s.: «En definitiva, «expreso» no se opone a «tácito», sino a «presunto» o meramente conjetural. Mejora expresa será aquella en la que el mejorante usa ese término y con ello ordena la imputación de la mejora precisamente dentro del tercio de mejora. En la mejora tácita, igualmente válida, el mejorante no utiliza esas palabras, pero su voluntad en este sentido se infiere claramente de sus actos conscientes y expresos. Tanto la mejora expresa *sensu stricto* como la manifestada tácitamente se consideran mejoras expresas. En cambio, en la mejora «presunta» no existe una voluntad comprobada del concreto causante de querer mejorar, sino que supone la conjetura más verosímil entre las posibles, pero no absolutamente segura, de lo que podría querer un donante cuando la liberalidad excede de lo que cabe imputar en la parte de libre disposición. Mientras la voluntad tácita se basa en *facta concludentia* y a ella se llega de forma concluyente y única, la voluntad presunta se basa en una *praesumptio voluntatis* establecida legalmente: no existe una voluntad contrastada, sino probable, para evitar que una donación querida pierda parcialmente su eficacia. Con la presunción se salva la real voluntad de donar, pero inventando o conjeturando una hipotética voluntad de mejorar, contraria a las reglas generales del Derecho sucesorio (v. gr. arts. 675 y 687), que sólo puede admitirse si un precepto consagra esta excepción. El art. 828 in fine claramente introduce un supuesto excepcional de mejora presunta para el legado «cuando no quepa en la parte libre», pero el artículo 825, paralelo a aquél en la consagración de la regla de que la mejora debe ser expresa, omite la excepción final de mejora presunta para las donaciones». Véanse a este respecto las consideraciones hechas en la nota núm. 26.

⁵⁷ CÁMARA LAPUENTE, «Comentario artículo 828», 2011, p. 921: «Este precepto constituye una norma de imputación de los legados hechos a los hijos o descendientes («se reputará» mejora) y no tanto una norma de interpretación de la voluntad del testador. Contiene una regla idéntica a la establecida para la imputación de donaciones en el art. 825 (la mejora por legado debe ser expresa) y una excepción genuina para el caso de los legados (mejora presunta en caso de exceder la imputación al tercio libre: v. gr., STS 19 mayo 1951 [RJ 1951, 1618]).»

⁵⁸ La norma del artículo 828 CCEs, en la parte que dice que «La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre», creo que debe entenderse en el sentido de que el legado debe considerarse otorgado en concepto de mejora, cuando el testador no lo ha dicho (en este sentido, se trata de una mejora presunta), pero ha dispuesto que el legado se impute al tercio de libre disposición. Por tanto, entiendo que el precepto legal significa que el legado afecta a la mejora, aun a falta de una declaración «expresa», cuando el testador manifiesta su intención de que el legado se impute al tercio de libre disposición, es decir, cuando se ordena con dispensa de imputación. En tal caso, si el tercio de libre disposición fuera insuficiente, debería, como regla general, imputarse a la legítima estricta, ya que no puede imputarse a mejora a falta de una declaración expresa. Sin embargo, interviene esta norma que establece que, aunque no exista una voluntad expresa de imputar este legado a mejora, la ley lo presume. No me parece, en cambio, que pueda darse un caso de mejora presunta si el testador ha indicado expresamente que el legado deba imputarse a la legítima estricta (porque ello sería contrario a la idea de imputación a la mejora), ni tampoco si el testador hubiera declarado que el legado debe imputarse a mejora (se trataría de un supuesto de mejora expresa). En consecuencia, el único supuesto posible es que no exista una voluntad expresa de mejorar, pero el testador ha querido que el legado se impute al tercio de libre disposición y, por tanto, ha dispensado, implícita o explícitamente, al legatario-legitimario de imputar el legado a la legítima estricta. Entendido así, comparto la opinión de ALVENTOSA DEL RÍO, y OTROS, 2017, p. 627 s., cuando afirman que si el legitimario ha sido instituido heredero «el legado representa un incremento en relación con la institución de heredero. Por lo tanto, el legado debe imputarse en primer lugar a la parte de libre disposición, en lo que excediere al tercio de mejora y en última instancia, al tercio de legítima estricta (cfr. art. 828 en relación con el 829 CC)». En el mismo sentido VELA SÁNCHEZ, 2018, p. 350 s., quien afirma que: «si el legado se hace a un hijo o descendiente que sea legitimario y ya el testador le hubiere dejado la cuota que le corresponde por legítima estricta por institución de heredero –lo que se ha llamado tradicionalmente prelegado–, debería interpretarse razo-

e) ausencia de una declaración expresa de mejorar y declaración expresa o implícita⁵⁹ de dispensar al legitimario-legatario de imputar el legado a legítima estricta.

La ausencia de una declaración de querer mejorar al descendiente debería conllevar la imposibilidad de imputar el legado a mejora. La presencia de una declaración expresa o tácita de dispensar al legitimario de la imputación a la legítima estricta lleva a considerar que el legado debe imputarse en primer lugar al tercio de libre disposición. Sin embargo, interviene la presunción, según la cual la parte sobrante debe imputarse excepcionalmente a mejora, aunque no exista una declaración «expresa» en este sentido, suponiendo que se pueda o deba presumir tal voluntad del testador. En definitiva, el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el exceso, a mejora.

Finalmente, aunque el caso pueda parecer extraño a primera vista, el legado puede ser ordenado:

f) con una declaración expresa de que el legado debe imputarse a la legítima corta (es decir, la declaración de que el legado se hace en pago de la legítima estricta), indicando, no obstante, que lo que exceda debe imputarse a mejora.

La presencia de una declaración que dilucida la intención de considerar el legado ordenado en pago de la legítima impone que el legado se deba imputar en primer lugar a la legítima corta. Para que se alcance este resultado, es esencial no solo que no exista una declaración expresa que exima al legatario de la imputación, sino también que dicha declaración no pueda deducirse implícitamente. Si el testador hubiera instituido heredero al legitimario-legatario en su legítima y posteriormente hubiera ordenado el legado a su favor, eso valdría como dispensa implícita. Si el testador quiere que el legado se considere en pago de la legítima, debe declararlo expresamente. A falta de tal declaración expresa, tendría que considerarse implícitamente dispensado de la imputación y, por tanto, estaríamos en el supuesto e).

Además de tal declaración, debe existir una manifestación expresa de voluntad por la que se pretende imputar a mejora la parte que excediera la legítima estricta. En otras palabras, es como si el testador dijera que tiene la intención de hacer al legitimario-

nablemente, como así lo hace tanto la doctrina, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la jurisprudencia menor, criterio que comparto, debería entenderse, repito, que el causante quería beneficiar a dicho legitimario, de ahí que, conforme al citado artículo 828 del Código Civil, dicho prelegado –legado hecho al descendiente legitimario instituido heredero por el causante–, se imputaría primero a la parte de libre disposición, después al tercio de mejora –ésta sería la mejora tácita o presunta a la que se refiere el indicado artículo 828 CC– y, finalmente, a la legítima estricta del legatario».

⁵⁹ V. nota núm. 43.

legatario esa atribución en pago de la legítima, pero que si tuviera un mayor valor por el excedente debería considerarse mejora. En definitiva, el legado se imputa a la legítima estricta y, por el exceso, a mejora.

Un ejemplo numérico ayuda a comprender las consecuencias prácticas que surgen en los seis supuestos planteados.

Para que las consecuencias sean más claras, supondré para cada supuesto bien que el valor del legado sea menor o igual a la cuota a la que debe imputarse, bien que su valor exceda esa cuota.

Imaginemos la sucesión de D. Pedro, que deja tres hijos, María, Carlos, Rocío. Imaginemos que el caudal hereditario ficticio es de 90, que la legítima corta colectiva, correspondiente a $1/3$, es de 30, que la mejora, correspondiente a $1/3$, es de 30, y que el tercio de libre disposición es de 30. La legítima corta de cada hijo es 10.

En cada caso, imaginemos que D. Pedro otorgue un legado a favor de María (que no es heredero)⁶⁰ y que dicho legado vale en un caso 8, o sea menos de la misma legítima corta, y en otro 32, o sea más que la legítima corta o que la mejora o que el tercio de libre disposición.

Supuesto a) el legado se imputa a la legítima corta y, por el sobrante, salvo voluntad en contrario del testador, al tercio de libre disposición.

En el caso de que el legado hecho a María tenga un valor de 8, el legado se imputará a la legítima estricta. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 2 y que finalmente, suponiendo que no sea beneficiario de la mejora, María conseguirá **10**.

En el caso de que el legado hecho a María valga 32, el legado se imputará íntegramente a la legítima corta, por lo que María no podrá reclamar nada. Pero hay más. Es discutible si el excedente debe o no imputarse al tercio de libre disposición. En principio tendríamos que decir que sí, ya que sería irracional que el testador beneficiara al legitimario con un legado que vale más que la legítima que le corresponde y luego no quisiera que obtuviera nada del tercio de libre disposición. A falta de testamento en contrario, debe presumirse que el excedente debe imputarse al tercio de libre disposición. Esto significa que María puede quedarse con **32**, entendiéndose, no obstante, que en caso de lesión de otros legitimarios

⁶⁰ El supuesto que me planteo es que el legitimario beneficiario del legado no sea un heredero. Para que esto ocurra, es necesario que exista una institución de heredero a favor de otras personas, o sea una preterición. Por otro lado, debemos excluir el supuesto de desheredación del legitimario, ya que, si existiera una desheredación válida, María ni siquiera sería legitimario o, más exactamente, no tendría derecho a la legítima y, por tanto, no se plantearían los problemas que estamos comentando.

esta disposición está sujeta a reducción en la medida de 22, es decir, en la medida en que exceda de la legítima corta de María.

Supuesto b) el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el sobrante, a la legítima estricta.

En el caso de que el legado hecho a María tenga un valor de 8, el legado se imputará al tercio de libre disposición. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 10 y que finalmente, suponiendo que no sea beneficiario de la mejora, obtendrá **18**.

En el caso de que el legado hecho a María tenga un valor de 32, el legado se imputará al tercio de libre disposición y por el exceso de 2 a la legítima corta. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 8 y que finalmente, suponiendo que no sea beneficiario de la mejora, obtendrá **40**.

Supuesto c) el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, al tercio de libre disposición.

En el caso de que el legado hecho a María tenga un valor de 8, el legado se imputará a mejora. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima corta por 10 y recibirá, finalmente, **18**.

En el caso de que el legado hecho a María valga 32, el legado se imputará a mejora y por el exceso de 2 al tercio de libre disposición. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 10 y que finalmente obtendrá **42**.

Supuesto d) el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, a la legítima estricta.

En el caso de que el legado hecho a María valga 8, el legado se imputará a mejora. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 10 y obtendrá finalmente **18**.

En el caso de que el legado hecho a María valga 32, el legado se imputará a mejora y el exceso de 2 a la legítima corta. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 8 y que finalmente obtendrá **40**.

Supuesto e) el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el exceso, a mejora.

En el caso de que el legado hecho a María valga 8, el legado se imputará al tercio de libre disposición. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 10 y obtendrá finalmente **18**.

En el caso de que el legado hecho a María valga 32, el legado se imputará por 30 al tercio de libre disposición y el exceso de 2 a mejora. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 10 y que finalmente obtendrá **42**.

Supuesto f) el legado se imputa a la legítima estricta y, por el exceso, a mejora.

En el caso de que el legado hecho a María valga 8, el legado se imputará a la legítima estricta. Esto significa que María podrá reclamar el complemento de la legítima por 2 y obtendrá finalmente **10**.

En el caso de que el legado hecho a María valga 32, el legado se imputará por 10 a legítima estricta y el exceso de 22 a mejora. Esto significa que María no podrá reclamar el complemento de la legítima, porque ha conseguido su legítima, pero puede retener la totalidad del legado, sin riesgo de sufrir reducción alguna, porque lo que ha recibido en exceso de su legítima corta se considera otorgado en concepto de mejora. Al final, obtendrá **32**.

Los ejemplos numéricos propuestos nos permiten percibir que siempre que el valor del legado esté incluido dentro del valor de la legítima corta, salvo en los supuesto a y f) en los que el legatario-legitimario consigue bienes por un valor correspondiente a la legítima estricta (10), en todos los demás casos obtiene bienes por un valor igual a la suma de la legítima corta y el legado (18). La diferencia entre las distintas hipótesis no es, pues, muy evidente.

En cambio, si el legado tiene un valor superior y en el caso que nos ocupa superior a la propia mejora o al tercio de libre disposición, la diferencia es muy clara, ya que en los supuestos a) y f) alcanza 32, con riesgo de sufrir la reducción, en los supuestos b) y d) alcanza 40 y en los supuestos c) y e) alcanza incluso 42.

Esto demuestra la importancia, a la hora de redactar el testamento y ordenar un legado a favor del legitimario, de aclarar si el legado se va a considerar otorgado: con o sin dispensa de imputación y con o sin intención de mejorar. Con la aclaración adicional de que la intención de mejorar debe resultar «expresamente», salvo en el caso de mejora presunta del artículo 828 CCEs.

IV. EL LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO QUE SEA HEREDERO (POR LEY O POR TESTAMENTO)

4.1 EL CASO EN CUESTIÓN

Para reconstruir las reglas a aplicar en el supuesto de un legado ordenado a favor del legitimario, es necesario analizar ahora el caso más complejo en el que el heredero forzoso beneficiario del legado es también heredero, bien por testamento, bien por la sucesión legal.

En este supuesto, sin perjuicio del problema anteriormente expuesto (si el legado debe o no acumularse a la legítima que le corresponde al legitimario), se plantea otro y más, pues es necesario averiguar a quién «grava» el legado ordenado a favor del legitimario y, por tanto, cuál es la relación de este legado con las cuotas hereditarias.

Investigando la relación entre el legado ordenado a favor del heredero-legitimario⁶¹ y su cuota hereditaria, pueden darse en abstracto tres supuestos diferentes, cuya diversidad puede captarse considerando la persona o las personas sobre las que pesa el legado⁶²:

- a) que el legado grava a todos los herederos (este supuesto se da en todos los casos en que el testador no ha dicho quién debe recaer el legado; arts. 859.2 CCEs; 662 CCIt);
- b) que el legado no grave al beneficiario (en cuyo caso puede gravar a un solo heredero o a varios, o a un legatario; arts. 858.1, 859.1 CCEs; 662, 663 CCIt)
- c) que el legado grava únicamente al beneficiario (Arts. 858.1, 859.1 CCEs; 662, 663 CCIt).

4.2 RENUNCIA DEL LEGADO POR PARTE DEL LEGATARIO-LEGITIMARIO, QUE SEA HEREDERO

En primer lugar, debe observarse que el legatario-legitimario, aunque sea heredero, puede aceptar o renunciar libremente al legado (arts. 890.2 CCEs; 649.1, 552 CCIt), siendo irrelevante a estos efectos no solo que sea legitimario, sino también que sea heredero, pues la renuncia al legado no afecta a estas dos circunstancias.

Una vez aclarado que el legatario-legitimario puede aceptar o renunciar libremente al legado, hay que señalar que en el supuesto de renuncia existe una importante diferencia entre el Derecho italiano y el español.

En el Derecho italiano, si el legatario-legitimario renuncia al legado atribuido para satisfacer su legítima, conserva todos los derechos que le reserva la ley. El hecho de que renuncie al legado no impide, pues, al legitimario reclamar el complemento de la legítima o interponer una acción de reducción. Es decir, la renuncia al

⁶¹ Se trata de una cuestión que afecta, de forma más general, a los legados otorgados a favor de un heredero, aunque éste no sea legitimario.

⁶² En los ejemplos anteriores y al plantearse la relación entre el legado y la legítima, no se esboza el problema del sujeto sobre el que recae el legado, ya que la legítima, al ser una cuota ideal, que no hace sino expresar el valor mínimo que la ley reserva a los legitimarios, no plantea este tipo de problemas, siendo la única cuestión si lo que se recibe en concepto de legado debe o no restarse de lo que el legitimario tiene derecho a reclamar en concepto de legítima.

legado ordenado para satisfacer su legítima no excluye el derecho a la legítima. Esto significa que el legatario es como si fuera libre de decidir arbitrariamente si su legítima se satisface o no con los bienes que el testador le ha asignado con el legado.

Por el contrario, en Derecho español, con una solución que, en ciertos aspectos, me parece mucho más razonable, si el legatario-legitimario renuncia al legado, pierde el derecho a reclamar el complemento de la legítima o a interponer una acción de reducción⁶³.

4.3 ACEPTACIÓN DEL LEGADO POR EL LEGATARIO-LEGITIMARIO, QUE SEA HEREDERO

En el supuesto de que el heredero legitimario acepte el legado, no solo se debe indagar la relación entre legado y legítima (respecto de lo cual son de aplicación las conclusiones a las que se ha llegado en el apartado anterior), sino que, además, hay que averiguar sobre quién recae el gravamen del legado; cuestión que puede acarrear consecuencias relevantes.

4.4 LEGADO A FAVOR DE UN LEGATARIO HEREDERO: IDENTIFICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS EN FUNCIÓN DE LA PERSONA SOBRE LA QUE RECAE EL LEGADO

Como ya se ha dicho, el legado a favor de un legitimario que es también heredero tiene consecuencias diferentes según la persona sobre la que recaiga el legado.

A la hora de analizar esta cuestión, considerando la similitud entre el Derecho español y el italiano, podemos prescindir de hacer una distinción, ya que se plantea en ambos ordenamientos jurídicos de forma sustancialmente idéntica.

Examinemos, por tanto, los tres supuestos que pueden plantearse:

a) que el legado grave a todos los herederos (este supuesto se da en todos los casos en que el testador no ha dicho sobre quién debe recaer el legado; arts. 859.2 CCEs; 662 CCIt);

⁶³ Por todos, LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 322: «el legitimario favorecido con un legado podrá reclamar suplemento de legítima cuando la manda fuera insuficiente, pero no repudiar el legado y reclamar la legítima, salvo que dicho legado sea cualitativamente inepto para satisfacerla (legado de usufructo, por ejemplo). Pues no se trata de una atribución que se ofrezca al legitimario y que pueda éste rechazar reclamando en cambio sus derechos legales, o bien aceptar a cambio de ellos, sino precisamente un modo lícito y vinculante de satisfacerlos».

b) que el legado no grave al beneficiario (en cuyo caso puede gravar a un solo heredero o a varios herederos, o a un legatario; arts. 858.1, 859.1 CCEs; 662, 663 CCIIt)

c) que el legado grave únicamente al beneficiario (Arts. 858.1, 859.1 CCEs; 662, 663 CCIIt).

4.4.1 **Supuesto a): prelegado: es decir legado que grava a todos los herederos (incluido, por lo tanto, al legatario-heredero)**

Si el legado grava a todos los herederos, surge la figura del prelegado⁶⁴, ya que se trata de un legado a favor de un heredero que recae a prorrata sobre todos los herederos. En tal caso, no cabe duda de que lo atribuido al heredero-legatario se considera atribuido además de su cuota hereditaria (no de su legítima), con la advertencia de que este legado, al gravar a todos los herederos, grava también al propio beneficiario a prorrata⁶⁵.

Se trata, por tanto, de una adición a su cuota hereditaria, neto de lo que deba soportar su propia cuota hereditaria. La división en el caso de un prelegado es muy sencilla: basta con restar del *relictum* lo que se haya atribuido al legatario, repartiendo la masa restante entre los herederos en proporción a sus cuotas.

Un ejemplo ayuda a comprenderlo.

Imaginemos que D. Pedro fallece dejando un *relictum* de 90, sin deudas ni donaciones. Imaginemos que deja tres hijos, María, Rocío y Carlos, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye herederos a sus propios hijos, cada uno en la cuota de 1/3, legando a Carlos el bien inmueble X con un valor de 20. Dado que el testador ha dispuesto de un legado a favor de uno de sus herederos, que grava la totalidad de la herencia (es decir, todos los herederos), no cabe duda de que se trata de un prelegado.

⁶⁴ V. VALLET DE GOYTISOLO, 1948, p. 322 ss.; BARBA, «El prelegato», 2012, p. 889 ss.; GERBO, 1996, p. 3 ss.; BONILINI, 2006, p. 373 ss.

⁶⁵ La cuestión en Derecho italiano no presenta ningún tipo de duda, dado el tenor literal del artículo 661 CCIIt, que establece que «Il legato a favore di uno dei coeredi e a carico di tutta l'eredità si considera come legato per l'intero ammontare». En el Derecho español, aunque se ha contemplado una solución diferente, según la cual el legado no debe en ningún caso ser soportado por el beneficiario, debe considerarse preferible considerar que el legado grava a todos los herederos, incluido el beneficiario. V. CÁMARA LAPUENTE, 2022, p. 188. VALLET DE GOYTISOLO, 1948, p. 322, afirma: «Instituido un hijo único en dos tercios de la herencia y un extraño en el otro tercio, el legado hecho a aquél, sin determinar quién de ellos quedaba gravado con su cumplimiento, deberán soportarlo los dos en la misma proporción en que han sido instituidos. O sea que, satisfecho el legado extrayéndolo de la masa, el caudal remanente deberá ser distribuidos entre el legitimario y el extraño en la proporción en que son herederos».

Esto significa que antes de repartir el *relictum* entre los herederos, es necesario deducir previamente el legado. Carlos obtiene, inmediatamente la finca X del valor de 20 objeto del legado. El *relictum* a repartir entre los herederos, habiéndose prededucido el bien legado, será de 70 (90-20). Cada hijo, al tener derecho a 1/3 de la herencia, tiene derecho a recibir bienes por valor de 23,33 (1/3 de 70).

En definitiva, María obtiene bienes del *relictum* por valor de 23,33, Rocío obtiene bienes del *relictum* por valor de 23,33, mientras que Carlos obtiene el bien X por valor de 20 en concepto de legado, más bienes del *relictum*, en concepto de herencia, por valor de 23,33.

Carlos recibe 43,33, es decir, bienes por un valor significativamente superior a los recibidos por los otros dos hermanos, a pesar de ser todos herederos en la misma cuota. Esta diferencia surge precisamente del llamado prelegado, que permite al heredero recibir un bien además de su parte en la herencia.

En el caso del prelegado, el heredero forzoso obtiene un bien además de su parte. Cabe señalar que se trata de una adición parcial, ya que este legado también corre a cargo del propio heredero. La salida del bien del *relictum* determina, de hecho, a pesar de la simplicidad de la operación realizada, que, a prorrata, el legado grava también la cuota del heredero-legitimario⁶⁶. En definitiva, en el caso de un prelegado, el bien se añade a la cuota hereditaria del heredero legatario, una vez deducido lo que soporta su propia cuota hereditaria.

La referencia al prelegado es pertinente, exclusivamente, a efectos de comprender la relación entre el bien legado y la cuota hereditaria, mientras que deja de lado cualquier otra cuestión sobre la relación entre el legado y la legítima.

⁶⁶ También podría razonarse del siguiente modo. El *relictum* de 90, debe repartirse entre los herederos a prorrata. En el presente caso, los tres hijos de D. Pedro, María, Carlos y Rocío, son herederos, cada uno en la cuota de 1/3. A cada uno le corresponde 1/3 del *relictum* y, por tanto, 30. María sucede en el caudal relicto por 30, Carlos sucede en el caudal relicto por 30 y Rocío sucede en el caudal relicto por 30. Una vez que todos los herederos han obtenido los bienes, es necesario determinar sobre quién recae el legado. En el presente caso, al tratarse de un prelegado, recaerá sobre todos los herederos a prorrata. El legado de 20 recaerá 1/3 sobre la parte de María, 1/3 sobre la parte de Rocío y 1/3 también sobre la parte de Carlos. Esto significa que grava a cada uno de los herederos por 6,66 (1/3 de 20). La parte de 30 que corresponde a cada heredero se reduce a 23,33 (30-6,66), de modo que al final cada heredero obtiene 23,33, mientras que Carlos consigue también 20 en concepto de legado. En este ejemplo, está claro que el legado de 20 también recae proporcionalmente sobre la parte de Carlos. Está claro que el legado es un añadido a la cuota hereditaria del legatario, entendiéndose que es un añadido neto de lo que no debe soportar en su propia cuota. Obviamente, si el legado fuera a cargo únicamente de los demás herederos (o de María y Rocío o de uno solo de ellos; si, por tanto, no fuera a cargo del beneficiario) sería una adición completa.

4.4.2 Supuesto b): legado que no grava al legatario-heredero

Si el testador deseara que el legado se añadiera, en su totalidad, a la cuota hereditaria del legatario-heredero, tendría que estipular que el legado no corriera a cargo del beneficiario.

El testador podría estipular que gravara únicamente a algunos herederos, con exclusión del beneficiario, o a uno o más legatarios⁶⁷ (sublegado).

Se trata de un legado simple, que se añade, en su totalidad, a la cuota hereditaria del legatario-heredero, y que grava únicamente la cuota hereditaria de la persona o personas a las que se impone la carga del legado.

También para entender la diferencia de resultado respecto al prelegado, se propone el mismo ejemplo anterior.

Imaginemos que D. Pedro fallece dejando un *relictum* de 90, sin deudas ni donaciones. Imaginemos que deja tres hijos, María, Rocío y Carlos, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye herederos a sus hijos, cada uno en la proporción de 1/3, atribuyendo a Carlos el bien inmueble X de valor 20 en concepto de legado, que pone a cargo exclusivo de María y Rocío. Cada uno de los hijos es heredero, por testamento, en la cuota de 1/3.

Al no tratarse de un prelegado, es necesario primero dividir la masa y luego restar el valor del legado de la cuota de las personas obligadas a su cumplimiento.

El *relictum* de 90 debe dividirse entre los tres hijos, de modo que a cada uno le correspondan 30. La parte de María y Rocío, sin embargo, lleva el legado de 20, de modo que este legado recae sobre sus partes en proporción a sus cuotas⁶⁸. Cada uno soportará el legado en su parte correspondiente a 10.

⁶⁷ El supuesto no me parece tenido en debida consideración en el extenso trabajo de IUDICA, 2009, pp. 287 ss., quien, sin embargo, propone una de las reconstrucciones más eficaces de legados dispuestos a favor del legitimario, ni en la obra de VIRGILIO y DAL RI, 2013, pp. 309 ss.

⁶⁸ Para determinar en qué medida cada uno soporta el peso del legado, será necesario hacer el siguiente cálculo. Llamemos: *D* la deuda o legado; *Qc* la parte de la herencia de María; *Qm* la parte de la herencia de Rocío; *Xc* la medida en que María debe soportar la deuda o legado en proporción a su parte; *Xm* la medida en que Rocío debe soportar la deuda o legado en proporción a su parte. Entonces: $D: Xc = (Qc+Qm): Qc$, con lo que

deduzco que $Xc = \frac{D \cdot Qc}{Qc+Qm}$. Es decir, $Xc = \frac{1}{-} \frac{20}{-} = 10$.

En consecuencia, llamando *D* a la deuda o legado; *Xn* a la medida en que el heredero *n* debe contribuir al pago de las deudas y *Qn* a la cuota hereditaria del heredero *n*; *Qn1*, a la cuota hereditaria del heredero *n1* y así sucesivamente, se impone la siguiente proporción:

$D: Xn = (Qn+ Qn1+ Qnx):Qn$. Da cui $Xn = \frac{D \cdot Qn}{Qn+ Qn1+ Qnx}$.

En resumen, María recibe bienes del *relictum* por valor de 20 (recibe 30, pero soporta el legado por 10), Rocío recibe bienes del *relictum* por valor de 20 (recibe 30, pero soporta el legado por 10), mientras que Carlos recibe el bien X por valor de 20 en concepto de legado, más bienes del *relictum* por valor de 30. Carlos obtiene, pues, 50.

En comparación con el caso del prelegado, Carlos obtiene bienes por un valor superior (en este caso obtiene bienes por valor de 50, mientras que en el caso del prelegado habría obtenido, en total, bienes por valor de 43,33). Esto se debe al hecho de que, en el supuesto de prelegado, el mismo beneficiario queda obligado a prorrata al cumplimiento del legado, mientras que, en el caso de un legado que no grava al beneficiario (es decir, que corre a cargo de uno o varios herederos o de un legatario), la atribución del legado se añade íntegramente a la cuota hereditaria.

Obviamente, incluso en el caso de un legado que no es soportado por el beneficiario, si nos situamos en la perspectiva del legítimo, es necesario establecer (con independencia de que el legado se añada o no a su cuota hereditaria), si la atribución se añade o no a legítima y, por tanto, cuál es la relación entre legado y cuota reservada.

4.4.3 Supuesto c): legado que grava sólo al legatario-heredero

Si el testador quisiera que lo legado no se añadiera a la cuota hereditaria del legatario-heredero, entonces tendría que hacer recaer la carga del legado sobre la propia cuota del beneficiario⁶⁹.

⁶⁹ Este supuesto se denomina «legado ordenado en pago de la herencia», sobre el que v. IUDICA, 2009, p. 293; VIRGILIO y DAL RI, 2013, p. 352. En la jurisprudencia española muy interesante, STS 4852/1998 de 18 de julio, Ponente: Francisco Morales Morales, (ECLI: ES: TS:1998:4852), en cuyo fundamento séptimo se lee: «a sentencia aquí recurrida interpreta dicha cláusula séptima del testamento, expuesta sintéticamente su extensa y peculiar argumentación, en el sentido de que, en el caso de que el valor (sin estimar el artístico, histórico e incluso de afección) de la mitad del Palacio de Fefiñanes con todo lo accesorio e inherente a dicha mitad en huerta, corral y demás dependiente exceda del valor del tercio (son tres los herederos) de todo el caudal hereditario de la causante Doña Lorenza, sólo en dicho caso, repetimos, la testadora hace en favor de Don Tomás una institución de heredero y un legado y que, partiendo del supuesto de que la propia testadora ordena (como norma particional) que la mitad del Palacio de Fefiñanes con todos sus referidos anejos (que pertenecía a la causante Doña Constanza) sea adjudicada íntegramente al referido Don Tomás (por lo que Don Íñigo y Don Alfredo solamente pueden recibir su parte igualitaria de herencia de los restantes bienes integrantes del caudal hereditario de dicha causante), entiende (la referida sentencia) que a Don Tomás le corresponde, a título de herencia, aquella parte de la mitad del Palacio y sus anejos, cuyo valor (sin tener en cuenta el artístico, histórico e incluso de afección) sea equivalente a la mitad del valor de los restantes bienes del caudal relicto (que son los únicos que deben recibir, por mitad, Don Íñigo y Don Alfredo) y, a título de legado, toda aquella otra parte de la mitad del Palacio y sus

El legado sirve, pues, para realizar o componer la cuota hereditaria y su ventaja es que el legitimario consigue ese bien.

Se propone el mismo ejemplo ya expuesto para entender la diferencia en el resultado. Imaginemos que D. Pedro fallece dejando un *relictum* de 90, sin deudas ni donaciones. Imaginemos que deja tres hijos, María, Rocío y Carlos, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye herederos a sus hijos, cada uno en la proporción de un tercio, legando a Carlos el bien inmueble X de valor 20, que pone a cargo exclusivo del mismo Carlos.

El *relictum* de 90 se reparte entre los tres hijos, de modo que a cada uno le corresponde 30. La parte de Carlos, sin embargo, lleva el legado de 20. En definitiva, María recibe bienes relictos por valor de 30, Rocío recibe bienes relictos por valor de 30, Carlos recibe bienes relictos por valor de 30. Sin embargo, el legado ordenado a favor de Carlos corre a cargo del propio Carlos, por lo que solo él queda obligado a su cumplimiento. Esto concretamente significa que Carlos recibe el bien X por valor de 20 en concepto de legado, más bienes del *relictum* por valor de 10. Carlos recibe bienes por un total de 30.

En comparación con el caso de un prelegado (Carlos recibe 46,66) y un legado al que queda obligado una persona diferente del beneficiario (Carlos recibe 50), en el caso de un legado a cargo del mismo beneficiario, Carlos recibe bienes por un total de 30.

A pesar de que se ha ordenado un legado a favor de Carlos, éste no recibe más que su parte de la herencia, precisamente porque este legado, que podríamos decir que se ordena en su parte de herencia, no se añade, sino que compone esencialmente su herencia. Este supuesto, que podría considerarse una alternativa a la partición de herencia por el propio testador⁷⁰, se produce cuando el testador desea, en esencia, completar la cuota hereditaria con un determinado bien y cuando quiere que ese bien sea inmediatamente adquirido por el heredero, incluso con independencia de la aceptación de la herencia⁷¹.

anejos, cuyo valor (sin tener en cuenta el artístico, histórico e incluso de afección) exceda del valor de la mitad de los restantes bienes de la herencia de la referida causante».

⁷⁰ IUDICA, 2009, p. 293.

⁷¹ Si el testador hubiera optado por realizar una atribución concreta con función divisoria (véase art. 734 CCIt), el beneficiario sólo habría obtenido el bien atribuido si hubiera aceptado la herencia. Si el llamado renuncia a la herencia, no obtiene el bien. En cambio, en el caso de un legado para componer su cuota, el beneficiario consigue lo asignado en concepto de legado (salvo que lo rechace), aunque decida renunciar a la herencia. V. VIRGILIO y DAL RI, 2013, pp. 327-330. Los Autores, en conclusión del trabajo, afirman «unicamente in tal senso si può parlare di legato *divisionis causa*: pur mantenendo ferme natura, alterità ed entità delle delazioni, tale disposizione sembra atteggiarsi, ove ricorra pluralità di eredi ed unicamente rapporti interni a questi, quale ha posizionamento divisionale, di cui condivide raggiungere taluni effetti pratici». La situación habría sido distinta si el testador hubiera hecho una institución *ex re certa*, ya que el bien o conjunto de bienes atribuidos

También en este supuesto, como ya hemos dicho respecto de los dos anteriores, es preciso averiguar, situándose en la perspectiva del legitimario, si el legado (con independencia de que se añada, o no a la cuota hereditaria) ha de ser o no considerado a efectos del cálculo de la legítima que le corresponde al beneficiario.

4.5 LOS POSIBLES SUPUESTOS QUE SE PLANTEAN AL COMBINAR LA CUESTIÓN DE LA PERSONA OBLIGADA AL CUMPLIMIENTO DEL LEGADO CON LA DE SU IMPUTACIÓN

En el supuesto de legado otorgado a favor del legitimario-heredero se plantea no sólo el problema de la imputación del legado y, por tanto, de cómo la atribución del legado interfiere en el cálculo de la legítima, sino también el problema de la persona que debe cumplir el legado. Por lo tanto, es necesario combinar estas dos variables e identificar los supuestos que pueden plantearse en la práctica.

Los legados ordenados a favor del legitimario-heredero pueden gravar toda la herencia; o a personas distintas del beneficiario, o, finalmente, exclusivamente al propio beneficiario. Esta distinción sólo sirve para establecer la relación entre el legado y la cuota hereditaria, es decir, para determinar si el legado se añade o no a la cuota hereditaria del legitimario-heredero y quién debe cumplir el legado.

Esta distinción es irrelevante a efectos de apreciar si la legítima del legitimario-heredero se ha visto perjudicada y, por tanto, si lo que ha recibido en concepto de legado debe sumarse a efectos del cálculo de su legítima. Para resolver esta última cuestión, con independencia de quién debe cumplir el legado, es necesario determinar la relación del legado con la legítima.

Mientras que la cuestión de sobre quién debe recaer el legado se resuelve, como hemos visto en el apartado 4.4. anterior, de la misma forma en el Derecho civil italiano y en el español, la cuestión de la imputación del legado a la legítima se presenta de forma diferente entre ambos ordenamientos jurídicos, razón por la que será necesario distinguir uno de otro. Además, teniendo en consideración que en el Derecho español la cuestión de la imputación

como cuota, si bien se asigna inmediatamente al beneficiario, que lo adquiere, como consecuencia de la aceptación de la herencia, cae en comunidad hereditaria. Precisa SCHIAVONE, 2012, p. 79: «mentre i beni assegnati funzione di quota cadono nella comunione ereditaria, e perciò sono compresi nella stessa secondo il loro valore al tempo della divisione, i beni attribuiti a titolo di legato in conto non cadono in comunione e sono imputati alla quota del legatario secondo il loro valore al tempo dell'aperta successione, quando cioè effettivamente avviene l'acquisto».

difiere según que el beneficiario sea cónyuge, ascendiente o descendiente, será necesario diferenciar aún más estos supuestos.

4.5.1 Legado a favor del legitimario-heredero en Derecho italiano

En Derecho italiano, en cuanto al sujeto sobre el que recae el legado, se pueden dar tres supuestos diferentes, según se trate de un prelegado o de un legado que no grave al beneficiario o de un legado que grave sólo al beneficiario, mientras que, en cuanto a la relación del legado con la legítima, se pueden dar dos casos según se trate de legado con dispensa de imputación o sin dispensa de imputación.

Combinando las distintas variables, se pueden dar seis casos, que trataremos de analizar a continuación.

4.5.1.A PRELEGADO

El prelegado puede ordenarse:

- a) con dispensa de imputación;
- b) sin dispensa de imputación⁷².

Este aspecto adicional, sin perjuicio de lo ya dicho para el prelegado, es relevante para verificar una posible lesión del legitimario⁷³. En el supuesto de *donatum* importante, podría, en efecto, producirse una lesión del legitimario-heredero, que podría obtener bienes insuficientes para satisfacer su legítima.

Supongamos que D. Pedro deja un *relictum* de 90, ninguna deuda y una donación hecha en vida a favor de Soledad de 90. Supongamos que D. Pedro deja un solo hijo, Carlos, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye heredero a su hijo

⁷² IUDICA, 2009, p. 290 s., quien precisa que la circunstancia de que el beneficiario sea un legitimario no impide la aplicación de las normas de los artículos 661 y 662 CCIt. En la p. 291 y ss. precisa: «in assenza di contrarie indicazioni del testatore [...] il legato in favore del coerede legittimario è un semplice prelegato, che, in sede di successione necessaria, esplica diversi effetti in ordine alla determinazione dell'*an* e del *quantum* della lesione della legittima, a seconda che il *de cuius* abbia o meno espressamente provveduto alla dispensa dall'imputazione». El Autor retoma esta idea en la p. 300 y ss., donde afirma que la falta de claridad es un obstáculo para entender la relación entre prelegado y legado ordenado en concepto de legítima.

⁷³ VIRGILIO, 2017, p. 116 s.: «legato in conto di legittima e prelegato non sono incompatibili nella misura in cui il primo si riferisce alla quota di legittima, mentre il secondo grava sull'eredità. Fin quando non vi sia «conversione» della quota di legittima in quota di eredità, a seguito della successione nella legittima, la disposizione a titolo particolare costituisce un'aggiunta rispetto alla quota ereditaria». Por este motivo, el autor considera más eficaz hablar de legado imputable a efectos de reducción. En el mismo sentido, VIRGILIO y DAL RI, 2013, p. 320.

en la cuota 1/3, al amigo María en la cuota 2/3, legando a su hijo, Carlos, el bien inmueble X por valor de 20 (se trata de un prelegado, ya que el testador grava con su legado a todos los herederos).

En este caso, Carlos adquiere inmediatamente el legado de 20. Del *relictum* restante de 70, Carlos recibe 23,33 (1/3 de 70), mientras que el amigo María recibe 46,66 (2/3 de 70). En resumen, Carlos recibe como legado un bien X por valor de 20, más bienes del *relictum* por valor de 23,33, lo que supone un total global de 43,33, mientras que María recibe bienes por valor de 46,66.

Como es fácil comprender, al tratarse de un prelegado, el valor de los bienes del legatario se suma a la cuota hereditaria del legítimo-heredero (entendiéndose que, en parte y a prorrata, dicho legado también recae sobre el propio beneficiario). Sobre la base de esta valoración, sólo se establece la relación entre el legado y la cuota hereditaria, determinándose en concreto, si el legado es o no adicional a la cuota hereditaria y quien queda obligado a su cumplimiento.

Esto es independiente de cualquier valoración sobre la relación entre el legado y la legítima. Para comprobar si el hijo Carlos ha sufrido una lesión, y para decretar si la atribución del legatario debe o no sumarse en el cálculo de la legítima que le corresponde, hay que comprobar si el legado es ordenado con dispensa de imputación o no.

En el presente caso, conforme a la ley italiana (art. 537.1 CCI), al hijo Carlos le corresponde una legítima de 1/2, por lo que tiene derecho a recibir bienes por un valor total de 90 (1/2 de 90-0+90).

Para determinar si Carlos ha sido perjudicado, es importante establecer si debe o no considerarse cuánto ha recibido en concepto de legado y, por tanto, si se ha ordenado el legado con dispensa de imputación o en concepto de legítima.

Si el legado se hubiera ordenado con dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que de hecho ha obtenido bienes por valor de 43,33 por sucesión mortis causa, se considera que ha conseguido en concepto de legítima bienes por valor de 23,33 (no hay que tener en cuenta lo recibido por legado). Dado que tenía derecho a una legítima de 90, se considera lesionado por 66,67.

Si, por el contrario, el legado se hubiera ordenado sin dispensa de imputación (es decir, en pago de la legítima), se consideraría que todo lo que Carlos ha concretamente conseguido, también en concepto de legado, debe imputarse a su legítima. Esto quiere decir que habiendo conseguido 43,33, sufre una lesión de 45,67.

Este ejemplo sirve para demostrar los diferentes problemas que plantea un legado dispuesto a favor de un legitimario cuando su atribución se considera en relación con la cuota de la herencia (si se añade o no a la cuota de la herencia y quien debe cumplir el legado) y cuando se considera en relación con la legítima (si se computa a la legítima que le corresponde).

4.5.1.B LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO-HEREDERO QUE GRAVA A PERSONAS DISTINTAS DEL BENEFICIARIO

El legado, que no grava al beneficiario y que se añade, por lo tanto, a su cuota hereditaria, puede, a efectos del cálculo de la legítima, ordenarse: a) con dispensa de imputación; b) sin dispensa de imputación.

La determinación de si el legado es con dispensa de imputación o no resulta necesaria para determinar si el beneficiario debe considerarse perjudicado y tiene derecho a ejercitar la acción de reducción.

Un ejemplo ayuda una vez más a la comprensión y en este sentido se propone el mismo ejemplo expuesto en el párrafo anterior con algunas ligeras modificaciones.

Supongamos que D. Pedro deja un *relictum* de 90, sin deudas y una donación hecha en vida a favor de Soledad de 90. Supongamos que D. Pedro deja un solo hijo, Carlos, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye heredero a su hijo en la proporción de 1/3, al amigo María en la proporción de 2/3, legado a su hijo Carlos el bien inmueble X por valor de 20 y poniendo el legado a cargo de María.

El *relictum* de 90 se repartirá entre los dos herederos en proporción a sus partes: Carlos se queda con 30, mientras que María con 60. Dado que el legado sólo recae sobre la parte de María, sólo él debe cumplirlo y solo de su cuota debe deducirse lo necesario para que Carlos obtenga el legado. En resumen, Carlos obtiene un bien X por valor de 20 en concepto de legado, más los bienes del *relictum* por valor de 30, lo que supone un total de 50, mientras que María obtiene un bien por valor de 40 (60 del *relictum* menos 20 del legado que grava su parte).

El valor de los bienes del legado se añade, en su totalidad, a la parte de la herencia correspondiente al legitimario-heredero. Sobre la base de esta valoración, sólo se evalúa la relación entre el legado y la cuota hereditaria (en particular, si se añade o no a la cuota hereditaria y quién o quiénes quedan obligados al cumplimiento

del legado). Esto es independiente de cualquier valoración de la relación entre el legado y legítima.

Para determinar si el hijo Carlos sufre o no una lesión, y para establecer si la atribución del legado debe o no computarse a su legítima, se debe comprobar si el legado es con dispensa de imputación o no. De acuerdo con el artículo 537.1 CCIt, al hijo Carlos le corresponde una legítima de $\frac{1}{2}$, por lo que tiene derecho a recibir, en concepto de legítima, bienes por un valor total de 90 ($\frac{1}{2}$ de $90-0+90$). Para concretar si Carlos ha sido perjudicado, es importante determinar si se debe o no añadir lo recibido en concepto de legado y, por tanto, si el legado ha sido ordenado con o sin dispensa de imputación.

Si el legado se dispusiera con dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que de hecho ha obtenido bienes por 50, se considera que ha obtenido, en concepto de legítima, bienes por valor de 30. Dado que tenía derecho a obtener bienes por valor de 90, se considera lesionado por 60.

Si, por el contrario, el legado se hubiera ordenado sin dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que de hecho ha obtenido bienes por valor de 50, se considera que ha conseguido, en concepto de legítima, bienes por valor de 50. En consecuencia, Carlos es perjudicado por 40.

4.5.1.C LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO-HEREDERO QUE GRAVA AL PROPIO BENEFICIARIO

El legado, que en este caso sirve para concretar la cuota hereditaria del legitimario-heredero, puede ordenarse: a) con dispensa de imputación; b) sin dispensa de imputación.

De nuevo, el ejemplo ya propuesto, convenientemente adaptado, resulta útil. Supongamos que D. Pedro deja un *relictum* de 90, sin deudas y una donación hecha en vida a favor de Soledad de 90. Supongamos que D. Pedro deja un solo hijo, Carlos, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye heredero a su hijo en la cuota de $\frac{1}{3}$, al amigo María en la cuota de $\frac{2}{3}$, legando a su hijo Carlos el bien inmueble X, que vale 20, y poniendo el legado a cargo del propio Carlos.

El *relictum* de 90 se repartirá entre los dos herederos en proporción a sus cuotas: Carlos se queda con 30, mientras que María se queda con 60. Dado que el legado grava únicamente a Carlos, lo necesario para satisfacer el legado se toma de su misma parte.

En resumidas cuentas, Carlos obtiene un bien X por valor de 20 en concepto de legado, más bienes del *relictum* por valor de 10

(30 del *relictum* menos 20 del legado que grava su parte), lo que supone un total de 30, mientras que María obtiene bienes por valor de 60. Como es fácil comprender, el valor de los bienes legados no se añade a la parte de la herencia que corresponde al legitimario-heredero, sino que la compone. Sobre la base de esta valoración, solo se considera la relación entre el legado y la cuota hereditaria, es decir, quien debe cumplir el legado. Esto es independiente de cualquier valoración relativa a la relación entre el legado y la legítima.

Para determinar si el hijo Carlos está o no perjudicado, es preciso determinar si el legado debe o no computarse a su legítima, o sea, si el testador ha ordenado el legado con dispensa de imputación o en pago de la legítima. En el presente caso, de conformidad con el artículo 537.1 CCIt, al hijo Carlos le corresponde una legítima de $\frac{1}{2}$, por lo que tiene derecho a recibir bienes por un valor total de 90 ($\frac{1}{2}$ de $90-0+90$). Para establecer si Carlos resulta perjudicado, hay que determinar si el legado es con dispensa de imputación o no.

Si el legado se hubiera dispuesto con dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que de hecho ha obtenido bienes por valor de 30 por vía de herencia, se considera que ha obtenido en concepto de legítima bienes por valor de 10 (hay que restar lo recibido en concepto de legado con dispensa de imputación). Considerado que tenía derecho a una legítima de 90, se debe considerar lesionado por 80.

Por otra parte, si el legado se hubiera ordenado sin dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que de hecho ha obtenido, en concepto de herencia, bienes por valor de 30, se considera que ha obtenido, en concepto de legítima, bienes por valor de 30. En consecuencia, Carlos resulta perjudicado en la cuantía de 60.

Al margen de este aspecto, el supuesto de un legado que grava únicamente la legítima podría plantear un problema de validez, pues cabría pensar que el legado debería ser considerado nulo por aplicación del artículo 549CCIt (correspondiente al artículo 813.2 CCEs), máxime si se instituye heredero al legitimario tan sólo en la legítima, por lo que un legado que grava totalmente su cuota puede parecer una verdadera carga en el sentido de los dos preceptos citados.

Creo, sin embargo, que hay razones para considerar válido ese legado.

En primer lugar, se debe pensar que la función de la prohibición del art. 549 CCIt y del artículo 813.2 CCEs)⁷⁴ es impedir la im-

⁷⁴ TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 46, «Bajo dicha denominación se recoge el principio según el cual ninguna disposición del testador puede hacer que lo recibido por el legitimario resulte limitado cualitativamente; es la consecuencia se dice del carácter imperativo que tienen las normas que

sición de cargas sobre la legítima, cuando benefician a otras personas. En el presente caso, dicha norma no cumpliría su función, ya que la carga impuesta sobre la legítima acaba beneficiando únicamente al mismo legitimario sobre cuya cuota recae el legado. Si se afirmara la nulidad del legado, el legitimario no sólo no obtendría ninguna ventaja, sino que incluso podría verse perjudicado, ya que no podría adquirir el bien específicamente asignado, con la consecuencia de que formaría parte de la comunidad y podría atribuirse a otra persona o atribuírselo a él sólo a prorrata.

Desde otro punto de vista, tampoco es necesariamente cierto que una carga que pese sobre la legítima deba considerarse siempre nula⁷⁵, pues la norma se limita a imponer una prohibición, con la consecuencia de que corresponde al intérprete identificar el remedio adecuado para realizar el interés subyacente en el caso concreto. Creo, por lo tanto, que en un caso como este la nulidad sería desproporcionada e irrazonable respecto de los intereses en juego⁷⁶ y que debería pensarse en otro remedio.

Por último, se debe considerar que, aun aceptando la tesis de la nulidad, creo que se trata de una nulidad que no opera de forma inmediata y automática, sino que necesita que la pida la parte interesada (es decir, el legitimario sobre cuya legítima recae la carga). En ausencia de cualquier actuación u objeción por parte de dicha parte no podría, en ningún caso, hacerse valer la nulidad. Con la ventaja, además, de que quedaría a la elección y valoración del mismo interesado objetar o no la posible nulidad del peso que recae sobre la legítima, a fin de poder identificar la solución que en el caso concreto mejor realice su interés.

4.5.1.D SÍNTESIS

En resumen, hay seis supuestos posibles:

1.a Prelegado a favor del legitimario-heredero con dispensa de imputación;

regulan el sistema de legítimas en el Código Civil que frena la voluntad del testador imponiéndolo el recibir libre de cargas a aquella (STS 26.11.1968, RJ 5542). A ello se refiere el artículo 813. II CC».

⁷⁵ TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código civil (I)», 2012, p. 50 «Exceptuando las excepciones que a la intangibilidad cualitativa se contienen en el artículo 813. II CC y en otros preceptos del Código Civil, cuando se impone por el testador cualquier tipo de gravamen o condición o sustitución sobre la legítima se han defendido dos posturas: o bien considerarlas por el legitimario como no puestas en lo referente a la legítima, pero manteniendo o no que permanezcan sobre el exceso (STS de 18 de noviembre de 1930, RJ 1273) o bien entender que estamos ante un supuesto de nulidad de tales gravámenes».

⁷⁶ MENGONI, 2000, p. 261; PERFETTI, 2020, p. 199.

1.b Prelegado a favor del legitimario-heredero sin dispensa de imputación;

2.a Legado a favor del legitimario-heredero que grava a personas distintas del beneficiario con dispensa de imputación

2.b Legado a favor del legitimario-heredero que grava a personas distintas del beneficiario sin dispensa de imputación;

3.a Legado a favor del legitimario-heredero que grava al mismo beneficiario con dispensa de imputación;

3.b Legado a favor del legitimario-heredero que grava al mismo beneficiario sin dispensa de imputación.

La pluralidad de supuestos que pueden plantearse y las diferentes consecuencias que determinan en la distribución de la herencia, hace necesario tener en máxima consideración los distintos supuestos, de modo que, a la hora de ordenar un legado a favor de un legitimario, debe aclararse de la mejor manera posible la intención del testador tanto especificando sobre quién debe recaer el legado como si debe o no imputarse a la legítima.

4.5.2 Legado a favor del legitimario-heredero en Derecho español: legado a favor del cónyuge o de ascendientes

En el Derecho español, en cuanto a la persona sobre la que pesa el legado, se dan tres supuestos dependiendo de si se trata de un prelegado o de un legado que no grava al beneficiario o de un legado que grava únicamente al propio beneficiario, mientras que, en cuanto a la relación del legado con la legítima, se dan dos supuestos, dependiendo de si el legado es con o sin dispensa de imputación.

En este sentido, se puede decir que se produce una situación sustancialmente similar a la del Derecho italiano, con la única peculiaridad de que en el Derecho español la dispensa de imputación no debe ser necesariamente expresa.

Combinando las distintas variables se obtienen seis supuestos, que trataremos de analizar a continuación.

4.5.2.A PRELEGADO

El prelegado a favor del cónyuge o de ascendientes puede ordenarse: a) sin dispensa de imputación (que es el caso cuando el testador no ha declarado nada y no puede deducirse de otro modo la dispensa), b) con dispensa de imputación (lo que puede ocurrir cuando existe una declaración expresa de dispensa o cuando ésta

puede deducirse de otro modo del testamento o de las normas testamentarias).

Como ya se ha visto en el caso del Derecho italiano, las consecuencias son diferentes. A continuación, pondré un ejemplo para ilustrar cómo puede afectar esto a la cuestión.

Imaginemos que D. Pedro deja un *relictum* de 90, ninguna deuda y una donación hecha en vida a Soledad de 90. Supongamos que D. Pedro deja un único ascendiente, Carlos, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye heredero a su propio progenitor en la cuota 1/3 y al amigo María en la cuota 2/3, legando a su propio ascendiente, Carlos, el bien inmueble X, que vale 20 (se trata de un prelegado, ya que es un legado a favor de un heredero y a cargo de todo el caudal relicto).

En este supuesto, D. Pedro adquiere inmediatamente el legado de 20. Del *relictum* restante de 70, Carlos adquiere 23,33 (1/3 de 70), mientras que el amigo María adquiere 46,66 (2/3 de 70). En definitiva, Carlos recibe como legado el bien X de 20, más bienes del *relictum* por 23,33, lo que supone un total general de 43,33, mientras que María recibe bienes por 46,66.

Para comprobar si el ascendiente Carlos está o no perjudicado, y para establecer si la atribución del legado debe o no imputarse a su legítima, es necesario averiguar si el legado está ordenado con dispensa de imputación o en pago de la legítima.

En el presente caso, conforme al Derecho español (art. 809 CCEs) el ascendiente Carlos tiene derecho a una legítima de 1/2, por lo que tiene derecho a recibir bienes por un valor total de 90 (1/2 de 90-0+90).

Si el legado se hubiera dispuesto con dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que de hecho ha conseguido 43,33 (20+20,33), se considera que ha logrado en concepto de legítima solamente 23,33 (no hay que sumar lo que recibió en concepto de legado). Dado que tenía derecho a obtener una legítima de 90, ha sufrido una lesión por 66,67.

Si, por el contrario, el legado se hubiera ordenado sin dispensa de imputación (es decir, con carga de imputación del legado a la legítima), Carlos ha sufrido una lesión de 45,67.

4.5.2.B LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO-HEREDERO QUE GRAVA A PERSONAS DISTINTAS DEL BENEFICIARIO

Incluso en el caso de legado a favor del legitimario-heredero, que no grava al propio legitimario, se dan dos supuestos, según que el legado se ordene con o sin dispensa de imputación.

Repitamos el ejemplo anterior, imaginando, sin embargo, que el testador ordena el legado a favor del ascendiente Carlos, estableciendo que queda obligado a su cumplimiento solo María.

El *relictum* de 90 se repartirá entre los dos herederos en proporción a sus cuotas: Carlos se queda con 30, mientras que María con 60. Como el legado grava únicamente la parte de María, sólo de su herencia debe deducirse lo necesario para que Carlos obtenga el legado. En definitiva, Carlos obtiene el bien X por valor de 20 en concepto de legado, más unos bienes del *relictum* por valor de 30, lo que hace un total general de 50, mientras que María obtiene unos bienes por valor de 40 (60 del *relictum* menos 20 del legado que grava su parte).

Conforme al artículo 809 CCEs, al ascendiente Carlos se le reserva una legítima de $\frac{1}{2}$, por lo que tiene derecho a recibir, en concepto de legítima, bienes por un valor total de 90 ($\frac{1}{2}$ de 90 - 0 + 90). Para comprobar si Carlos ha sufrido una lesión, es preciso averiguar si debe o no añadir lo recibido en concepto de legado.

Si el legado se hubiera ordenado con dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que ha obtenido de hecho, bienes por valor de 50, se considera que ha obtenido, en concepto de legítima, bienes por valor de 30 (no hay que considerar lo que él ha recibido por legado). Puesto que tenía derecho a una legítima de 90, puede pedir el complemento y/o la reducción por 60.

En cambio, si el legado se hubiera ordenado sin dispensa de imputación, habría que decir que Carlos, que de hecho ha obtenido bienes por valor de 50, ha sufrido una lesión por 40.

4.5.2.C LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO-HEREDERO QUE GRAVA AL PROPIO BENEFICIARIO

En el supuesto de legado a favor del legitimario-heredero, que grava solamente al propio legitimario, existen dos supuestos, según que el legado se ordene con o sin dispensa de imputación.

Reproduzcamos el ejemplo anterior, imaginando, sin embargo, que el testador ordena el legado a favor del ascendiente Carlos, gravando exclusivamente al propio Carlos.

El *relictum* de 90 se repartirá entre los dos herederos en proporción a sus cuotas: Carlos recibe 30, mientras que María recibe 60. Dado que el legado grava únicamente la parte de Carlos, lo necesario para cumplir el legado se toma de su misma parte.

En resumen, Carlos obtiene un bien X de 20 en concepto de legado, más los bienes del *relictum* por valor de 10 (30 del *relictum*

menos 20 del legado que grava su cuota), por un total general de 30, mientras que María obtiene bienes por un total general de 60.

De conformidad con el artículo 809 CCE al ascendiente Carlos se le reserva una legítima de $\frac{1}{2}$, por lo que tiene derecho a obtener, en concepto de legítima, bienes por un valor total de 90 ($\frac{1}{2}$ de 90-0+90). Para comprobar si Carlos ha sufrido una lesión, hay que establecer si el legado ha sido ordenado con o sin dispensa de imputación.

Si el legado hubiera sido dispuesto con dispensa de imputación, entonces habría que decir que Carlos, que de hecho ha obtenido bienes por valor de 30, se considera que ha obtenido, en concepto de legítima bienes por valor de 10. Puesto que su legítima asciende a 90, se ve perjudicado en 80.

Si, por el contrario, el legado se hubiera dispuesto sin dispensa de imputación, se considera que Carlos obtuvo, en concepto de legítima, bienes por valor de 30. En consecuencia, Carlos es perjudicado por 60.

Por razones similares a las que he indicado en el apartado 4.5.1. C, no creo que deba decirse que este legado es nulo por infracción de la norma del artículo 813.2 CCEs. Creo que los argumentos en favor de la validez de este legado esgrimidos respecto del Derecho italiano pueden ser también plenamente aplicables para el Derecho español. Cabe, pues, afirmar que al considerar nulo el legado a favor del legitimario-heredero se correría el riesgo de alcanzar un resultado contrario al interés del propio legitimario, que es el interés que la norma quiere proteger.

4.5.2.D SÍNTESIS

En resumen, en caso de legado ordenado a favor del cónyuge o de ascendientes que sean herederos hay seis supuestos posibles:

1.a Prelegado a favor del legitimario-heredero (cónyuge o ascendientes) con dispensa de imputación;

1.b Prelegado a favor del legitimario-heredero sin dispensa de imputación;

2.a Legado a favor del legitimario-heredero que grava a personas distintas del beneficiario con dispensa de imputación

2.b Legado a favor del legitimario-heredero que grava a personas distintas del beneficiario sin dispensa de imputación;

3.a Legado a favor del legitimario-heredero que grava al propio beneficiario con dispensa de imputación;

3.b Legado a favor del legitimario-heredero que grava al propio beneficiario sin dispensa de imputación.

También en este supuesto es importante, a la hora de redactar el testamento, indicar con la mayor claridad posible si el legado a favor del legitimario-heredero se considera con o sin dispensa de imputación y aclarar sobre quién o quiénes recae concretamente el legado, con el fin de plasmar fielmente la intención del testador.

4.5.3 Legado a favor del legitimario-heredero en Derecho español: legado a favor de descendientes⁷⁷

En Derecho español, en cuanto a la persona sobre la que recae el legado, pueden darse tres supuestos, según se trate de legado que grava a todos los herederos, o a personas diferentes del beneficiario o, finalmente, al propio beneficiario, mientras que, en cuanto a la relación del legado con la legítima, en el caso de los descendientes, pueden darse seis supuestos. Retomando las conclusiones anteriores (párrafo 3.3.3.), en referencia a la imputación del legado, se pueden dar los siguientes supuestos⁷⁸:

- a) ausencia de una declaración expresa de mejorar y ausencia de una declaración expresa o implícita⁷⁹ de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta⁸⁰;
- b) declaración expresa de no querer mejorarlo y declaración expresa o implícita⁸¹ de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;
- c) declaración expresa de mejorar y declaración expresa o implícita⁸² de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta.

⁷⁷ V. nota núm. 37.

⁷⁸ Según VALLET DE GOYTISOLO, 1991, p. 2045, solo pueden distinguirse «tres tipos de legados a favor de legitimarios con distintos problemas de imputación: 1 en o para pago de la legítima a legitimario no instituido heredero; 2, prelegado sin expresar que se otorgue como mejora; 3. legados en concepto de mejora o, lo que es lo mismo, mejora otorgada en testamento a título singular. Los tres supuestos plantean problemas de imputación: en los primeros sólo en cuanto al exceso del legado respecto de la legítima; en el otro respecto al orden de imputación preferente entre tercero y segundo tercio. En el tercer caso la mejora es expresa, en los otros dos es tácita en sentido lato y, también en sentido específico, sea en cuanto no quepa en el tercio de libre disposición, todo él, en el segundo caso, o en su exceso sobre la legítima, en el primero».

⁷⁹ Cabe recordar que la dispensa tácita también puede desprenderse de la propia institución de heredero en la legítima. Si el testador instituye heredero al descendiente en su legítima y además ordena un legado a su favor, el legado debe entenderse con dispensa de imputación.

⁸⁰ LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 432: «los beneficios mortis causa, a semejanza de las donaciones inter vivos, han de imputarse primero a la legítima estricta: sería inimaginable, dada la orientación de Cc, presumir una atribución fuera de la legítima antes de iniciar la satisfacción de ésta. Ahora bien: si no hay espacio para imputar el legado en la legítima estricta o en la parte libre, antes de considerarlo como infracción de la legítima el legislador lo cuenta, siendo ello posible (no habiendo mejoras anteriores u otras expresas en el testamento) en el hipotético tercio de mejora, a fin de que no sea objeto de reducción».

⁸¹ V. nota núm. 75.

⁸² V. nota núm. 75.

En este supuesto, existiendo la declaración expresa de mejora, la dispensa de imputación se puede también desprender de la misma ausencia de la declaración y, entonces, en caso de ausencia de esa declaración⁸³;

d) declaración expresa de mejorar y declaración expresa de no dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

e) ausencia de una declaración expresa de mejorarlo y declaración expresa de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta, es decir, el caso de mejora presunta *ex* artículo 828 CCEs⁸⁴;

f) con una declaración expresa de que el legado debe imputarse a la legítima corta (es decir, la declaración de que el legado se hace en pago de la legítima), indicando, no obstante, que lo que exceda de la legítima se imputa a mejora.

La combinación de las distintas variables da, por tanto, dieciocho supuestos, que trataré de analizar a continuación. Para ello, me serviré de un ejemplo básico, que propongo aquí para simplificar y facilitar el análisis posterior.

Supongamos que D. Pedro deja un *relictum* de 90, ninguna deuda y ninguna donación. Supongamos que D. Pedro deja tres hijos, María, Carlos y Rocío, y que su sucesión se rige por un testamento por el que instituye herederos a sus tres hijos en la misma cuota, legando a María el bien inmueble X de valor de 32.

La legítima colectiva, conforme al artículo 808.1 CCEs es igual a $\frac{2}{3}$ y por tanto asciende a 60, con la consecuencia de que, si se repartiera entre todos los hijos, por partes iguales, por no haberse mejorado ninguno, sería igual a 20.

La mejora, según el artículo 808.2 CCEs puede llegar a ser igual a $\frac{1}{3}$ del caudal hereditario y por tanto es igual a 30. En caso de que uno de los hijos tenga derecho a la mejora, la legítima corta de cada hijo sería igual a 10 y la legítima más la mejora igual a 40.

El tercio de libre disposición, conforme al artículo 808.3 CCEs es, precisamente, $\frac{1}{3}$ y, por tanto, igual a 30⁸⁵.

En los casos que siguen, cambia la persona o personas sobre las que recae el legado y la forma de imputación de este.

⁸³ V. nota núm. 51.

⁸⁴ V. nota núm. 54.

⁸⁵ El caso puede complicarse, aunque la solución se ajuste a los principios aquí expuestos, si el testador instituye también heredero a un extraño. En tal caso, el legado en la parte que se imputa al tercio de libre disposición podría entrar en conflicto con la institución del heredero del extraño, en la medida en que su suma supere el tercio de libre disposición. En tal caso, será necesario realizar ajustes.

4.5.3.A PRELEGADO

Comencemos por el caso del prelegado, es decir, aquel en el que el legado a favor del descendiente grava a todos los herederos en proporción a sus cuotas⁸⁶.

El prelegado, considerando las cuestiones relacionadas con la legítima, puede ser ordenado de todas las formas que se han reseñado en el apartado anterior (desde la letra a hasta la f)

Al tratarse de un prelegado, grava, a prorrata, a todos los herederos. Esto significa que el *relictum* de 90 debe repartirse entre los tres hijos, de modo que a cada uno de ellos le corresponden potencialmente 30. Sin embargo, la parte de cada uno soporta el legado a favor de María. Esto significa que cada uno, incluso María, soporta la carga del legado y, por tanto, que cada uno recibe 19,3 (30-10,66)⁸⁷.

En consecuencia, Carlos y Rocío reciben 19,3 cada uno, mientras que María recibe 51,3, de los cuales 19,3 en concepto de herencia y 32 en concepto de legado. A falta de mejora destinada a uno de los tres hijos, la legítima de cada uno es de 20, con la consecuencia de que Carlos y Rocío deben considerarse perjudicados por 0,7. En el caso de que la mejora se atribuyera a favor de María, la legítima estricta de Carlos y Rocío sería de 10, con la consecuencia de que ninguno puede considerarse perjudicado.

Dicho esto, es preciso diferenciar los posibles supuestos según la imputación del legado.

En el supuesto a) el legado se imputa a la legítima corta y por el sobrante, salvo voluntad en contrario del testador, al tercio de libre disposición. El legado hecho a María grava la parte de la legítima; éste, habiendo obtenido más de 20 en concepto de legítima, no puede considerarse lesionado y, por tanto, no tiene derecho a reclamar el complemento.

Hay más. Es discutible si el excedente debe imputarse al tercio de libre disposición. En principio tendríamos que decir que sí, ya que sería irracional que el testador beneficiara al legitimario con un legado que vale más que la legítima que le corresponde y luego no quisiera que obtuviera nada sobre el tercio de libre disposición.

A falta de voluntad testamentaria contraria, debe presumirse que el excedente debe imputarse al tercio de libre disposición. En

⁸⁶ Es importante aclarar que se puede darse un supuesto de prelegado aunque haya un solo y único heredero que también sea beneficiario del legado. El supuesto más común es si hay una pluralidad de herederos y uno de ellos sea beneficiario del legado.

⁸⁷ Para calcular proporcionalmente el peso del legado, véase la fórmula de la nota n. 64.

todo caso, el derecho de María a quedarse con 32 está supeditado a que los demás legitimarios no actúen solicitando la reducción, ya que éstos, al haber obtenido sólo 19,3 y tener derecho a una legítima de 20, podrían pedir también la reducción del legado dentro de lo necesario para completar su legítima, con la consecuencia de que como resultado de la acción de reducción, Carlos y Rocío conseguirían 20 cada uno, mientras que María se quedaría con 50.

En el supuesto b) el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el sobrante, a la legítima estricta.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 al tercio de libre disposición y por el exceso de 2 a la legítima estricta. Esto significa que María, que ha obtenido sobre el *relictum* 19,2 más 2 en concepto de legado, no puede considerarse lesionado. Él, suponiendo que nadie sea beneficiario de la mejora, alcanza potencialmente 51,3. También en este caso, si nadie es beneficiario de la mejora, María corre el riesgo de ser demandado en ejercicio de una acción de reducción por parte de sus hermanos, quienes, habiendo obtenido sólo 19,3 y teniendo derecho a 20, pueden pedir una reducción del legado de 0,8 cada uno. Como resultado de la acción de reducción, Carlos y Rocío obtienen 20 cada uno, mientras que María obtiene, en total, 50 (de los cuales 32 en concepto de legado, menos 1,6 para integrar la legítima y, por tanto, 31,4, más 19,2 del *relictum*).

En el supuesto c) el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, al tercio de libre disposición.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 a mejora y por el exceso de 2 al tercio de libre disposición. Esto significa que María, que ha obtenido 19,2 del *relictum*, podrá reclamar el complemento de la legítima por 0,8. Como resultado de la acción de reducción obtiene un total de 52.

En este supuesto su atribución no está sujeta a reducción alguna por parte de los demás legitimarios, que sólo son destinatarios de la legitimación corta (igual a 10) y, al haber obtenido 19,2, no pueden quejarse de perjuicio alguno.

En el supuesto d) el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, a la legítima estricta.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 a mejora y por el exceso de 2 a la legítima estricta. Habiendo obtenido 19,2 del *relictum*, más 2 en concepto de legado, no podrá reclamar el complemento de la legítima. Siendo, sin embargo, el beneficiario de la mejora obtiene 51,3, sin riesgo de sufrir una reducción.

En el Supuesto e) el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el exceso, a mejora.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 al tercio de libre disposición (que queda agotado) y por el exceso de 2 a mejora. Habiendo obtenido 19,2 del *relictum*, podrá reclamar el complemento de la legítima por 0,8. Como resultado de la acción de reducción obtiene un total de 52. Su atribución no está sujeta a reducción alguna por parte de los demás legitimarios, que, si bien no están excluidos de la mejora, solo son beneficiarios de esta en la medida de lo que quede una vez satisfecho el legado, y, por tanto, no pueden actuar en reducción.

En el Supuesto f) el legado se imputa a la legítima estricta y, por el exceso, a mejora.

El legado hecho a María grava la parte de la legítima; éste, habiendo obtenido más de 20, en concepto de legítima, no puede considerarse lesionado y, por tanto, no tiene derecho a reclamar el complemento.

Sin embargo, dado que el excedente debe imputarse a mejora, María tiene derecho a retener la totalidad del legado, sin riesgo de reducción alguna por parte de los demás hermanos. En última instancia, María retiene 51,3.

Los ejemplos numéricos propuestos nos permiten advertir que cuando el legado tiene un valor superior a la mejora o al tercio de libre disposición, la imputación del legado conlleva unas diferencias significativas ya que en los supuestos a) y b) alcanza el 50, estando sujeto a la acción de reducción de los hermanos y, por tanto, inferior a lo que formalmente se le atribuyó en el testamento, en los supuestos d) y f) alcanza el 51,3 y en los supuestos c) y e) alcanza, incluso el 52.

Esto demuestra la importancia, a la hora de redactar el testamento y ordenar un legado a favor del legitimario, de aclarar si el legado debe considerarse hecho: con o sin dispensa de imputación y con o sin intención de mejorar. Con la aclaración adicional de que la intención de mejorar debe resultar «expresamente», salvo en el caso de mejora presunta del artículo 828 CCEs.

4.5.3.B LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO-HEREDERO QUE GRAVA A PERSONAS DISTINTAS DEL BENEFICIARIO

Analicemos ahora el caso de un legado que grava a personas distintas del beneficiario del legado, de modo que el legado se añade a cuota de herencia.

De nuevo dicho legado puede ordenarse de las seis formas antecitadas y que se ha rubricado con las letras desde la a) hasta la f).

Dado que se trata de un legado que grava a herederos distintos del beneficiario, imaginemos que grave a Carlos y a Rocío. Esto significa que el *relictum* de 90 se repartirá entre los tres hijos, con la consecuencia de que a cada uno de ellos le corresponden 30. Sin embargo, el legado a favor de María grava únicamente la parte de la herencia de Carlos y Rocío, con la consecuencia de que cada uno de ellos obtiene 14 (30-16)⁸⁸ del *relictum*, mientras que María consigue 62 de los cuales 30 del *relictum* y 32 como legado.

Dicho esto, es necesario averiguar si María ha sufrido una lesión de su legítima. Hay que distinguir los siguientes supuestos:

Supuesto a) el legado se imputa a la legítima corta y por el sobrante, salvo voluntad en contrario del testador, al tercio de libre disposición.

El legado hecho a María se imputa a la legítima, por lo que como ha obtenido más de 20, no puede considerarse lesionado y, por tanto, no tiene derecho a reclamar el complemento.

Aun suponiendo que el excedente se imputa al tercio de libre disposición, el derecho de María a retener 32 está sujeto a que los otros legitimarios no actúen en reducción, ya que ellos, al haber obtenido sólo 14 y teniendo derecho a una legítima de 20, pueden pedir la reducción del legado dentro de lo necesario para complementar su legítima. Si los dos hermanos ejercitan la acción de reducción, el legado de 32 a favor de María debe reducirse en lo necesario para completar la legítima de los hermanos y, por tanto, se reduce en 12. Como consecuencia de la acción en reducción, Carlos y Rocío obtienen 20 cada uno (14 del *relictum* más 6 en concepto de reducción) mientras que María obtiene 50 (30 del *relictum* más 20 en concepto de legado, neto de su reducción).

En el supuesto b) el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el sobrante, a la legítima estricta.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 al tercio de libre disposición y por el sobrante de 2 a la legítima estricta. En cualquier caso, hay que excluir que exista lesión. También en este caso, si María no es beneficiario de la mejora corre el riesgo de sufrir la reducción por parte de sus hermanos, con la consecuencia de que, él, como en el caso anterior, se quedaría con 50.

En el supuesto c) el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, al tercio de libre disposición.

María imputará el legado de 32 por 30 a mejora y por el excedente de 2 al tercio de libre disposición. Esto significa que María, que ha obtenido 30 del *relictum* no resulta perjudicado. Sin embar-

⁸⁸ Para calcular proporcionalmente el peso de la aleación, véase la fórmula de la nota núm. 64.

go, puede retener el legado ya que constituye mejora y consigue, por lo tanto, 62.

Su asignación no está sujeta a ninguna reducción por parte de los demás legitimarios, que son beneficiarios de la única legítima corta (igual a 10) y al haber obtenido 14, no pueden quejarse de ninguna lesión.

En el supuesto d) el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, a la legítima estricta.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 a la mejora y por el excedente de 2 a la legítima estricta. Al haber obtenido 30 del *relictum* no es perjudicado en su legítima. Siendo, sin embargo, el beneficiario de la mejora alcanza 62, sin riesgo de sufrir una reducción.

En el supuesto e) el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el exceso, a la mejora.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 al tercio de libre disposición y por el excedente de 2 a la mejora. Al haber obtenido 30 del *relictum* no es perjudicado en su legítima y no puede pedir ningún complemento. Siendo, sin embargo, el beneficiario del tercio de libre disposición y parcialmente de la mejora 62, sin riesgo de sufrir la reducción. Al no atribuirse íntegramente la mejora a María, los dos hermanos también pueden tener derecho a ella, pero sólo en la medida en que se satisfaga el legado.

En el supuesto f) el legado se imputa a la legítima estricta y, por el exceso, a la mejora.

El legado hecho a María se imputa a la legítima, por lo que María, que ha obtenido más de 10, no puede considerarse lesionado y, por tanto, no tiene derecho a reclamar el complemento. Sin embargo, dado que el excedente (22) debe imputarse a mejora, María tiene derecho a retener la totalidad del legado, sin riesgo de reducción alguna por parte de los demás hermanos. En última instancia, María retiene 62.

Los ejemplos numéricos propuestos nos permiten advertir que cuando el legado tiene un valor superior a la mejora o a la cuota de libre disposición, la imputación del legado conlleva algunas diferencias significativas ya que el legitimario-heredero beneficiario del legado en los supuestos a) y b) obtiene 50, estando sujeto a la posible acción de reducción de los hermanos y, por tanto, una cuantía inferior a lo que formalmente se le atribuyó en el testamento, mientras que en los supuestos c), d), e) y f) obtiene 62.

4.5.3.C LEGADO A FAVOR DEL LEGITIMARIO-HEREDERO QUE GRAVA AL PROPIO BENEFICIARIO

Analicemos, finalmente, el supuesto de un legado que grava al propio beneficiario, de modo que el legado sirve para concretar su cuota hereditaria.

Dicho legado puede ordenarse en cualquiera de las hipótesis antes referidas con las letras que van de la a) hasta la f).

El *relictum* de 90 ha de repartirse entre los tres hijos, de modo que a cada uno de ellos le corresponde 30, pero el legado grava únicamente la parte de la herencia de María, por lo que es como si no ganara nada del *relictum*, ya que el valor del legado es incluso superior al valor de su parte de la herencia.

Aún hay más. Puesto que el valor del legado es superior a su parte de la herencia y puesto que el legado debe gravar únicamente a María, se plantea la cuestión de la mayor carga del legado. Es decir, hay que establecer si el valor de 2, que excede de la cuota hereditaria de María, debe ser soportado por la cuota de los demás herederos (que recibirían 29 cada uno) o si, en todo caso, debe ser soportado por María, que estaría obligado a compensar a los demás herederos pagando en metálico a cada uno de ellos el valor de 1.

Al ser heredero, salvo el supuesto de aceptación con beneficio de inventario, él puede y debe responder por más del valor de su cuota, con la consecuencia de que está obligado a pagar a los dos hermanos el exceso del legado. El resultado final es que cada uno de los hijos recibe 30, aunque María recibe del *relictum* 32, con la obligación de abonar 2 a los hermanos, y cada uno de los hermanos recibe del *relictum* 29 más el abono de 1 del hermano María.

Esta situación inicial cambia significativamente en función de cómo se vaya a imputar el legado. Hay que partir de la base de que cada uno de los hermanos, al haber obtenido 30, no puede considerarse lesionado.

Supuesto a): el legado se imputa a la legítima corta y por el sobrante, salvo voluntad en contrario del testador, al tercio de libre disposición.

El legado hecho a María grava la legítima, satisfaciéndola en su totalidad. María, al haber obtenido más de 20, en concepto de legítima, no puede considerarse perjudicado. María puede retener el legado de 32, pero debe abonar 2 a sus hermanos, por tanto, sólo obtiene 30.

Supuesto b): el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el sobrante, a la legítima estricta.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 al tercio de libre disposición y por el sobrante de 2 a la legítima estricta. Se excluye, por lo tanto, la lesión. María podrá retener el legado de 32, pero deberá abonar 2 a sus hermanos, por lo tanto, sólo obtendrá 30.

Supuesto c): el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, al tercio de libre disposición.

María imputará el legado de 32 por 30 a la mejora y por el excedente de 2 al tercio de libre disposición. Esto significa que María, que sólo ha obtenido 32 es como si hubiese sufrido una lesión de 8. Puede, pues, actuar en reducción contra sus hermanos. María tiene derecho a la totalidad de la mejora, igual a 30, más la legítima corta, igual a 10. Al haber obtenido potencialmente sólo 32, no solo ya no está obligado a compensar sus hermanos, sino que tiene derecho a reclamarles, en concepto de legítima y mejora, la cantidad de 8. Esto significa que como consecuencia de la acción de reducción María recibirá un total de 40, de los cuales 32 en concepto de legado y 8 por el ejercicio de la acción de reducción contra los dos hermanos.

Supuesto d): el legado se imputa a la mejora y, por el excedente, a la legítima estricta.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 a la mejora y por el excedente de 2 a la legítima estricta. Esto significa que María, que sólo ha obtenido 32 es perjudicado por 8 y puede actuar en reducción contra sus hermanos. Como en el caso anterior, María va a conseguir 40.

Supuesto e): el legado se imputa al tercio de libre disposición y, por el exceso, a mejora.

María deberá imputar el legado de 32 por 30 al tercio de libre disposición y por el excedente de 2 a mejora.

Esto significa que María, si bien ha obtenido 32 es como si hubiese sufrido una lesión de 10, porque el legado no puede imputarse a la legítima corta. María tiene derecho a la totalidad del tercio de libre disposición, igual a 30, más 2 de mejora, más la legítima corta, igual a 10. Al haber obtenido potencialmente sólo 32, no solo ya no está obligado a compensar sus hermanos, sino que tiene derecho a reclamarles, en concepto de legítima, la cantidad de 10. Esto significa que como consecuencia de la acción de reducción María recibirá un total de 42, de los cuales 32 en concepto de legado y 10 por el ejercicio de la acción de reducción contra los dos hermanos.

Supuesto f): el legado se imputa a la legítima estricta y, por el exceso, a mejora.

El legado hecho a María grava la legítima corta, satisfaciéndola en su totalidad. María, al haber obtenido más de 10, en concepto de legítima corta, no puede considerarse perjudicado. El 22 que excede, debe imputarse a mejora. La circunstancia de que María también fuera mejorado excluye desde mi punto de vista, a pesar de la forma en que el legado debe gravar la parte de los otros hermanos, que deba pagarles la diferencia, con la consecuencia de que puede retener 32 sin estar obligado a pagar la diferencia. Si realmente tuviera que pagar la diferencia a sus hermanos, se produciría una incongruencia parcial, porque la mejora no sería efectiva. Lo cierto es que el caso es crítico en sí mismo, ya que la idea de que el legado debe completar sustancialmente la parte de la herencia correspondiente al beneficiario tiende a ser incompatible con la misma voluntad de mejora. Para superar esta criticidad debe, por tanto, aceptarse que, aunque el legado grava al propio beneficiario, éste tiene derecho a retener el sobrante en concepto de mejora, sin obligación de pagar a los hermanos la diferencia.

Los ejemplos numéricos propuestos nos permiten advertir que cuando el legado tiene un valor superior a la mejora o al tercio de libre disposición, la imputación del legado conlleva unas diferencias significativas ya que en los supuestos a) y b) obtiene 30, quedando sujeto a la acción de reducción de los hermanos y, por tanto, inferior a lo que formalmente se le atribuyó en el testamento, en el supuesto f) consigue 32 y en los supuestos c y d) obtiene 40 y en el supuesto e) consigue 42.

4.5.3.D SÍNTESIS

Resumiendo, tomando en consideración todas las variables barajadas, se pueden dar dieciocho supuestos:

1.a Prelegado a favor del descendiente sin declaración expresa de mejora y sin declaración expresa o implícita⁸⁹ de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

1.b Prelegado a favor del descendiente con declaración expresa de no mejorarlo y con declaración expresa o implícita⁹⁰ de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

1.c Prelegado a favor del descendiente sin declaración expresa de mejora y con declaración expresa o implícita⁹¹ de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

⁸⁹ V. nota núm. 75.

⁹⁰ V. nota núm. 75.

⁹¹ V. nota núm. 75.

1.d Prelegado a favor del descendiente con declaración expresa de mejora y con declaración expresa de no dispensarlo de imputar el legado a legitima estricta;

1.e Prelegado a favor del descendiente sin una declaración expresa de mejorarlo y con declaración expresa de dispensarlo de imputar el legado a legitima estricta;

1.f Prelegado a favor del descendiente con una declaración expresa de que el legado debe imputarse a la legítima corta y declaración expresa de que lo que exceda debe imputarse a mejora;

2.a Legado a favor del descendiente que no grava al beneficiario sin declaración expresa de mejora y sin declaración expresa o implícita⁹² de dispensarlo de imputar el legado a legitima estricta;

2.b Legado a favor del descendiente que no grava al beneficiario con declaración expresa de no mejorarlo y con declaración expresa o implícita⁹³ de dispensarlo de imputar el legado a legitima estricta;

2.c Legado a favor del descendiente que no grava al beneficiario sin declaración expresa de mejora y con declaración expresa o implícita⁹⁴ de dispensarlo de imputar el legado a legitima estricta;

2.d Legado a favor del descendiente que no grava al beneficiario con declaración expresa de mejora y con declaración expresa de no dispensarlo de imputar el legado a legitima estricta;

2.e Legado a favor del descendiente que no grava al beneficiario sin una declaración expresa de mejorarlo y con declaración expresa de dispensarlo de imputar el legado a legitima estricta;

2.f Legado a favor del descendiente que no grava al beneficiario con una declaración expresa de que el legado debe imputarse a la legítima corta y declaración expresa de que lo que exceda debe imputarse a mejora;

3.a Legado a favor del descendiente que grava al mismo beneficiario sin declaración expresa de mejora y sin declaración expresa o implícita⁹⁵ de dispensarlo de imputar el legado a legitima estricta;

3.b Legado a favor del descendiente que grava al mismo beneficiario con declaración expresa de no mejorarlo y con declaración expresa o implícita⁹⁶ de dispensarlo de imputar el legado a legitima estricta;

⁹² V. nota núm. 75.

⁹³ V. nota núm. 75.

⁹⁴ V. nota núm. 75.

⁹⁵ V. nota núm. 75.

⁹⁶ V. nota núm. 75.

3.c Legado a favor del descendiente que grava al mismo beneficiario sin declaración expresa de mejora y con declaración expresa o implícita⁹⁷ de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

3.d Legado a favor del descendiente que grava al mismo beneficiario con declaración expresa de mejora y con declaración expresa de no dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

3.e Legado a favor del descendiente que grava al mismo beneficiario sin una declaración expresa de mejorarlo y con declaración expresa de dispensarlo de imputar el legado a legítima estricta;

3.f Legado a favor del descendiente que grava al mismo beneficiario con una declaración expresa de que el legado debe imputarse a la legítima corta y declaración expresa de que lo que exceda debe imputarse a mejora.

Los resultados económicos en su globalidad son muy diferentes y para dar una visión de conjunto, indico a continuación el importe total que le corresponde a María en los diferentes casos:

2.c; 2.d; 2e; 2f	62
1.c; 1e.	52
1.b; 1d; 1f;	51,3 (salvo que se reduzca a 50)
1.a; 2.a; 2.b.	50
3.e.	42
3.c; 3.d	40
3.f.	32
3.a; 3.b	30

Se confirma, a la hora de redactar el testamento, que es imprescindible en los legados otorgados a legitimarios indicar muy claramente tanto las personas sobre las que debe recaer el legado como la forma en que debe imputarse. Ante un testamento idéntico, en el que solo cambian la persona la cuya cuota hereditaria grava el legado y la forma en la que el beneficiario-legatario debe imputarlo, pueden producirse resultados económicos globales muy dispares.

⁹⁷ V. nota núm. 75.

V. UNA FIGURA TÍPICA DEL DERECHO ITALIANO: EL LEGADO EN SUSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA

5.1 FUNCIÓN DEL LEGADO EN SUSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA

El Código civil italiano de 1942, a diferencia del Código Civil italiano de 1865, partiendo de una práctica muy extendida⁹⁸, ha regulado explícitamente el legado en sustitución de legítima⁹⁹.

Se trata de un legado dispuesto a favor de un legitimario, cuya función es asegurar que el beneficiario reciba únicamente la atribución patrimonial objeto del legado, excluyéndole, en cambio, de la herencia¹⁰⁰ y privándole del derecho a pedir el complemento o de actuar en reducción¹⁰¹. Para que pueda darse un legado en sustitución de legítima es necesario que el beneficiario no haya sido instituido heredero por el testador¹⁰² y que exista una institución de herederos en la universalidad a favor de otras y distintas personas¹⁰³.

⁹⁸ ASCOLI, 1922, p. 602; SANTORO-PASSARELLI, 1935, p. 249 ss. Según GANGI, 1933, p. 432, el legado en sustitución de la legítima debe considerarse un legado sujeto a condición resolutoria, mientras que según VOCINO, 1932, p. 49, se trata de un legado modal. Para un análisis de las principales posiciones, véase el estudio de AZZARITI, 1972, pp. 121-130, que recoge las distintas reconstrucciones del siguiente modo: a) el legitimario que acepta el legado en sustitución de la legítima conserva su condición de heredero; b) el legitimario que acepta el legado en sustitución de la legítima es solo legatario; c) la aceptación del legado en sustitución de la legítima es causa de exclusión de la sucesión *ope legis*; d) acumulación de la condición de heredero y legatario; f) el legitimario no es heredero.

⁹⁹ Según el enfoque tradicional, tal legado constituiría una excepción al principio de intangibilidad de la legítima, porque la sucesión del legitimario tendría lugar mediante un título especial.

¹⁰⁰ Según MENGONI, 2000, p. 113 ss. el legado en sustitución de la legítima se caracteriza por la «volontà (negativa) di escludere il legittimario dall'eredità, manifestata mediante l'istituzione *ex asse* di altra o altre persone».

¹⁰¹ FERRI, 1981, p. 129: «nel legato sostitutivo io ravviso pertanto un mezzo per soddisfare il legittimario della sua legittima. Quando egli accetta tale legato viene escluso dalla successione come erede, ma acquista il legato nella veste di legittimario, tanto che, come si è detto, lo deve imputare alla quota legittima e tanto che egli viene compreso fra i legittimari».

¹⁰² V. SCHIAVONE, 2006, p. 217 s.; SCHIAVONE, 2012, p. 92 s., según la cual el legitimario debe ser premuerto, pero no desheredado. No creo, sin embargo, que una desheredación del legitimario excluya la calificación del legado. Más bien tendría el efecto de impedir que el legitimario pudiera ser llamado a la sucesión en el caso de que el instituido no pudiera o no quisiera aceptar la herencia y no hubiera posibilidad de representación o sustitución. No creo, por tanto, que una posible desheredación del legitimario destinatario de un legado en sustitución de legítima pueda excluir que el legado asuma esta condición. En este sentido, FERRI, 1981, p. 125, según el cual «è quindi giusto ritenere che il legato sostitutivo implichi che il beneficiario debba considerarsi escluso dalla successione o preterito».

¹⁰³ Creo que es necesario que el testador haga, al mismo tiempo que el legado en sustitución de la legítima, una institución universal de heredero a favor de personas distintas del legitimario beneficiario del legado. Si la sucesión se rigiera por el testamento solo en parte, en el sentido de que el testador instituye herederos en proporción inferior a uno (cualquiera que sea la fracción o el porcentaje), se abriría la sucesión legal. El legitimario que recibiera el legado en sustitución de la legítima sería, pues, llamado a la sucesión por

No es preciso el empleo de fórmulas sacramentales, ni el uso de la expresión «legado en sustitución de la legítima» o cualquier otra equivalente, pero es indispensable que sea inequívoca¹⁰⁴ la intención del testador de atribuir a título particular el legado con el fin de excluir al legitimario de la herencia¹⁰⁵. Al tratarse de una disposición a título especial, la atribución puede consistir también en un mero derecho de crédito o en la atribución de un bien no perteneciente al causante, con la aclaración adicional de que no sería de aplicación la norma del artículo 549 CCIt y que el legado podría estar gravado con cargas y condiciones¹⁰⁶.

La función del legado en sustitución de la legítima es silenciar cualquier pretensión hereditaria del legitimario mediante una atribución particular, excluyéndole de la herencia. Ello no permite establecer, al margen de una valoración del caso concreto, qué intereses ha perseguido realmente el testador¹⁰⁷ y, sobre todo, si tal legado se traduce para el legatario en una ventaja o, como erróneamente se cree, en una desventaja. Para realizar esta apreciación es necesario considerar al menos dos aspectos: el valor de los bienes atribuidos a título de legado en relación con el valor de la herencia; la naturaleza de los bienes legados. El primer aspecto permite determinar si la atribución hecha al legatario es de valor superior, igual o inferior a la legítima. Cuanto mayor sea el valor de la atribución legada respecto a la legítima, más debe considerarse que el legado es económi-

la ley, y dicho legado no puede excluirle de la sucesión. Supongamos que D. Pedro al morir deja a su cónyuge y a un hijo y un testamento en el que dispone un legado en sustitución de la legítima a favor de su cónyuge y una institución hereditaria por $\frac{3}{4}$ de su herencia a favor de su hijo. El testamento regula la sucesión sólo en parte, por lo que es necesario abrir la sucesión intestada para asignar la $\frac{1}{4}$ parte vacante del haber hereditario. La parte vacante de la herencia debe repartirse entre los sucesores legales según las normas de la sucesión legal. Aplicando esas normas la cuota vacante corresponde en $\frac{1}{2}$ al cónyuge y $\frac{1}{2}$ al hijo. En consecuencia, el cónyuge, que también es beneficiario del legado en sustitución de la legítima, sería llamado a la sucesión, como heredero legal. Para excluir este resultado, habría que suponer que el legado sustitutivo de la legítima sirve también para excluir al beneficiario del legado de la sucesión legal. Sin embargo, la función de dicho legado no es la de excluir la persona de la sucesión legal, sino hacer una atribución al legitimario e impedirle actuar en reducción. Según BIANCA, 2001, p. 605 s., en el supuesto de que el beneficiario del legado en sustitución de la legítima sea instituido heredero por ley y a pesar de la institución de heredero y del legado reciba bienes por valor inferior a su legítima, ser destinatario del legado en sustitución de la legítima le impediría ejercitar la acción de reducción.

¹⁰⁴ MENGONI, 2000, p. 115, adhiriéndose a la opinión predominante (que yo mismo comparto), afirma que, a falta de voluntad inequívoca, el legado debe considerarse hecho en concepto de legítima y no en sustitución. Así, también VIRGLIO, 2017, p. 104.

¹⁰⁵ FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 327. Según BIANCA, 2001, p. 604, es indispensable que la intención del testador de impedir que el legatario ataque las demás disposiciones testamentarias y donaciones se manifieste claramente.

¹⁰⁶ SCHIAVONE, 2012, p. 98 ss.

¹⁰⁷ Sobre la variedad de intereses concretamente realizables, v. BUCELLI, 2016, pp. 375-377.

camente ventajoso para el legitimario; por el contrario, cuanto inferior sea el valor de la atribución legada respecto a la legítima, más debe considerarse que el legado es económicamente desventajoso para el legitimario. Con la advertencia adicional de que, en el caso de un legado, el testador también puede atribuir al legitimario bienes no hereditarios, como un derecho de crédito contra los herederos¹⁰⁸. No obstante, este análisis de naturaleza puramente cuantitativa debe equilibrarse con otro juicio de naturaleza cualitativa. El legatario puede conseguir uno o varios bienes que, independientemente de su valor económico, pueden ser especialmente importantes para él, teniendo en cuenta también sus intereses (por ejemplo, una participación en una sociedad o un bien especialmente valioso).

A estas dos consideraciones, que atienden a una valoración cualitativa y cuantitativa de los bienes legados, hay que añadir finalmente que el legitimario, al no adquirir la cualidad de heredero, recibiría inmediatamente los bienes legados, no participaría en la partición de la herencia y no asumiría ninguna responsabilidad por las deudas de la herencia. Por otra parte, no puede pasarse por alto que la persona no adquiere la condición de heredero, que, según una tradición jurídica bien asentada, es un atributo muy importante, no desde una perspectiva puramente patrimonial, sino más bien existencial, ya que se considera que el heredero es quien «continúa» la personalidad del difunto¹⁰⁹.

Si, por un lado, estas consideraciones permiten afirmar que la función de un legado en sustitución de la legítima es excluir al legitimario de la sucesión de la herencia, no permiten, sin embargo, afirmar, con independencia de una valoración del caso concreto, si tal legado supone una ventaja o una desventaja para el legitimario. Son, por tanto, significativas porque nos permiten alejar la idea que considera el legado en sustitución de la legítima siempre desventajosa o punitiva para el legitimario, constatando que, por el contrario, podría ser una disposición

¹⁰⁸ SCHIAVONE, 2006, p. 223 s.

¹⁰⁹ La cuestión de la importancia de la posición de heredero se plantea de forma similar en el Derecho español. Sobre este punto, por todos, véase GARCÍA RUBIO, 1989, p. 140 ss., que deja claro que, con el tiempo, se ha perdido la relevancia del perfil existencial moral. A p. 147 escribe: «no debe, pues, causar asombro que los últimos intentos de explicación del significado y función de la figura del heredero abandonen cualquier tinte personalista para limitarse a aducir razones de índole patrimonial. En tal sentido, son numerosos los autores para quienes la existencia del heredero simplemente viene a dar cumplida respuesta a lo que se ha llamado «la exigencia negativa de que un patrimonio no quede privado de titular». Olvidadas las viejas concepciones de origen romanista que inviste a la sucesión mortis causa de un halo de sacralidad, puede calificarse de consolidada la idea de que la razón de ser y el significado práctico del fenómeno sucesorio radican, pura y simplemente, en la necesidad de dar continuidad a las situaciones jurídicas trasmisibles a causa de muerte, dejadas vacantes por el difunto al morir».

verdaderamente gratificante y ventajosa, tanto más si meditamos que el propio legislador, al establecer que el legado grava la legítima del beneficiario y para el excedente la cuota disponible, ha asumido esencialmente que podría ser superior a la propia legítima¹¹⁰.

5.2 DERECHO A ELEGIR ENTRE OBTENER EL LEGADO O RENUNCIAR A ÉL

El legitimario a cuyo favor se haya dispuesto un legado en sustitución de la legítima podrá, en base a su propia decisión libre, arbitraria y discrecional¹¹¹, bien conseguir el legado, bien renunciar al legado y reclamar su legítima.

Si el legitimario opta por obtener el legado, no adquiere la cualidad de heredero y no tiene derecho a la acción de reducción en el caso de que el valor del legado sea inferior a la legítima.

Si, por el contrario, el legitimario renuncia al legado, puede reclamar la legítima, es decir, puede interponer una acción para que, una vez comprobada su preterición, se reduzcan las disposiciones testamentarias hasta el punto de permitir al legitimario adquirir la condición de heredero y, como consecuencia de ello, recibir su legítima. Para que el legitimario obtenga su parte de la herencia es necesario, según el Derecho italiano, que ejercite la acción de reducción, no siendo suficiente que se limite a renunciar al legado y aceptar la herencia. Hay, pues, que descartar que el legado en sustitución de la legítima incluya una vocación universal y que esté condicionado al rechazo del legado¹¹².

¹¹⁰ SCHIAVONE, 2006, p. 219. Según el autor el legado en sustitución de la legítima «piú che essere una modalitá di attribuzione della legittima, appare lo strumento lasciato disposizione del testatore, per determinare, sia pure con il consenso delle legittimario, un'alternativa al sistema legale della riserva».

¹¹¹ Según VIRGLIO, 2017, p. 107, la preferencia no se realiza mediante un acto negociado, sino mediante un acto jurídico en sentido estricto. La pérdida del derecho a reclamar la legítima constituye un efecto indirecto y no inmediato, precisamente porque está impuesta por la ley y el legatario no tendría otra posibilidad.

¹¹² En este sentido AZZARITI, 1965, p. 311 ss.; AZZARITI, 1972, pp. 132, 134; AZZARITI, 1983, p. 55 ss.; AZZARITI, 1986, p. 4 ss., según el cual la atribución del legado en sustitución de la legítima incluye en sí misma la vocación testamentaria en la propia legítima, en sustitución de la cual se ofrecería al legitimario el legado. Existiría así una institución de heredero en la legítima condicionada a la no aceptación del legado. Si no se cumpliera la condición (aceptación del legado), como consecuencia de la no aceptación del legado, se consideraría que existe un llamamiento a la herencia del legitimario, que debe limitarse a aceptar la herencia, sin necesidad de que actúe en una acción de reducción. Según MARINARO, 2009, p. 223, el legado en sustitución de la legítima está sujeto a la condición resolutive-potestativa de renuncia al mismo legado.

5.3 LA ELECCIÓN DE OBTENER EL LEGADO EN SUSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA

En el caso de que el legitimario pretenda retener el legado, se discute si debe o no aceptarlo.

Al tratarse de un legado, deberían aplicarse las normas generales del legado (art. 649 CCIt), por lo que debería adquirirse automáticamente y sin necesidad de aceptación¹¹³.

Sin embargo, según una autorizada doctrina¹¹⁴, el legado en sustitución de la legítima no se adquiriría inmediatamente, por el mero hecho de la apertura de la sucesión, sino que su adquisición requeriría la mediación de un acto expreso de aceptación¹¹⁵. Según esta reconstrucción, que parte del cuestionable supuesto de que el legitimario preterido es heredero *ipso iure*, la adquisición del legado implicaría, de hecho, la eliminación de la delación y precisamente por ello requeriría la aceptación expresa.

La tesis de la necesidad de la aceptación expresa se ha argumentado más recientemente, reflexionando sobre la función concreta del legado en sustitución de la legítima, como disposición particular por la que se realiza una concreta atribución al legitimario¹¹⁶. Se dice que la aceptación debería producirse de forma expresa o, en todo caso, implícita o tácita, en la medida en que la adquisición del legado en sustitución de la legítima produce el efecto ulterior de la renuncia a la cualidad de heredero y a la correspondiente cuota hereditaria. La aceptación, en otras palabras, implicaría la aceptación del programa hereditario, con la consiguiente renuncia a la acción de reducción¹¹⁷.

Aunque esta reconstrucción no deja de captar un aspecto muy significativo del legado en sustitución de la legítima y de resolver un problema práctico importante, debe preferirse, sin dudas, la que postula la aplicabilidad de la regla general, con la consecuencia de que el legado en sustitución de la legítima se adquiere automáticamente y sin necesidad ninguna de aceptación, salvo la facultad del

¹¹³ MARINARO, 2009, p. 225; FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 330; SCHIAVONE, 2012, p. 114.

¹¹⁴ CICU, 1952, p. 283 s

¹¹⁵ En este sentido, aunque desde una perspectiva diferente a la de Cicu, también FERRI, 1981, p. 134, quien escribe: «se si stesse alla lettera dell'art. 649, secondo il quale il legato si acquista senza bisogno di accettazione, si dovrebbe dire che avendo il legatario acquistato *ipso iure* il legato al momento stesso dell'apertura della successione, ogni scelta resta lui interdotta. Ciò renderebbe inoperante la norma in esame, ed è contraddetto dalla facoltà di rinunciare al legato ammessa poco dopo, facoltà che non può andare disgiunta da quella di accettarlo. Ora io penso che la locuzione del 2° comma dell'articolo in esame: «se preferisce conseguire il legato» vada intesa nel senso di «se accetta il legato»».

¹¹⁶ MESSINEO, 1962, p. 531.

¹¹⁷ ROMANO, 2008, p. 998; MIGLIACCIO, 2015, p. 116.

legatario de renunciar al legado¹¹⁸. Esta reconstrucción debe preferirse no sólo por razones literales, no sólo por razones funcionales (la aceptación expresa no es en modo alguno indispensable para la protección del interés del legatario, que queda adecuadamente protegido por la facultad de renuncia), sino también atendiendo al principio de economía de actos y declaraciones.

Desde otro punto de vista, no puede admitirse que legado en sustitución de la legítima pueda reconstruirse como una disposición testamentaria alternativa, suponiendo que el legatario-legitimario disponga de un derecho potestativo de opción, cuyo ejercicio consiste en una declaración negocial de preferencia, que se inferiría implícitamente en la solicitud del legitimario para obtener la legítima¹¹⁹, mientras que sería indispensable cuando el legitimario desea conservar el legado¹²⁰.

Dos argumentos militan en contra de esta postura: no puede afirmarse que la mera declaración de elección sea también válida como manifestación de la voluntad de obtener el título de heredero, ya que ese efecto depende, exclusivamente, del ejercicio de la acción de reducción; no se explicaría por qué la renuncia al legado es condición de la acción de reducción¹²¹.

En conclusión, hay que afirmar que el legado en sustitución de la legítima también se adquiere automáticamente¹²², sin necesidad

¹¹⁸ MENGONI, 2000, p. 120 s.

¹¹⁹ Precisa SCHIAVONE, 2006, p. 233; SCHIAVONE, 2012, p. 110, que «non occorrebbe dunque un' accettazione del legato quanto una rinuncia ad esso qualora preferisse chiedere la legittima. Più che come meccanismo risolutivo in senso stretto, la mancata rinuncia al legato potrebbe essere riguardato come un elemento impeditivo dell' esercizio dei diritti di legittimario».

¹²⁰ TRABUCCHI, 1954, p. 914. Más recientemente, MORELLO, 1964, p. 1214. Según esta reconstrucción, para deducir que el legitimario tiene intención de conseguir el legado y renunciar a la legítima, no es necesario aceptar el legado sino hacer explícita la elección. La aceptación del legado sería indiferente a la declaración de preferencia a la legítima, con la consecuencia de que el legitimario que hubiera aceptado el legado no habría perdido por ello el derecho a reclamar el complemento. «Non può quindi sfuggire ad un interprete attento e sensibile la sostanziale autonomia dell' atto mediante il quale l' acquisto del legato si consolida e diviene definitivo, dal negozio di preferenza, che è invece espressione della scelta del legittimario tra legato e legittima. In conclusione, mentre nell' ipotesi di rinuncia al legato sostitutivo e di conseguente esercizio dell' azione di riduzione è il negozio di rinuncia che assorbe il negozio di preferenza per la legittima, al contrario, nell' ipotesi inversa è lo stesso negozio di preferenza che implica necessariamente la definitiva acquisizione del legato». Igualmente, FERRI, 1981, p. 135 s., según el cual el hecho de que no se trate de una renuncia al legado en sentido técnico quedaría demostrado por el hecho de que los descendientes del renunciante nunca podrían pretender suceder al legado por representación.

¹²¹ MENGONI, 2000, p. 122.

¹²² MARINARO, 2009, p. 226, precisa que la adquisición del legado y la eventual aceptación del mismo conlleva una renuncia implícita a la cualidad de heredero, pero no también una renuncia a la herencia, lo que ni siquiera sería posible si solo se considerara que el legitimario ni siquiera está llamado a heredar, siendo destinatario de una mera disposición testamentaria a título particular.

de aceptación expresa¹²³, con la advertencia de que un acto de aceptación¹²⁴ no sería jurídicamente inútil o irrelevante, ya que impediría al legatario la facultad de renunciar, convirtiendo la adquisición en definitiva y atribuyendo certeza a la situación testamentaria¹²⁵.

5.4 EL LEGITIMARIO-LEGATARIO QUE CONSIGUE EL LEGADO EN SUSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA SIGUE SIENDO CONSIDERADO LEGITIMARIO

En el supuesto de que el legatario-legitimario opte por retener el legado, se debate si debe ser contado entre los legitimarios, con la advertencia de que una solución afirmativa o negativa conlleva consecuencias especialmente importantes.

Se trata de una cuestión de carácter más general, que enlaza con el problema de la determinación e identificación de los legitimarios dejados por el causante. En relación con esta cuestión, creo que debe atenderse exclusivamente a los legitimarios existentes en el momento del fallecimiento, sin posibilidad de reconsiderar los legitimarios tras la posible renuncia o aceptación del legado en sustitución de la legítima. Es decir, creo que un legitimario que ha aceptado un legado en sustitución de la legítima debe, en todo caso, ser considerado entre los legitimarios, sin posibilidad de un nuevo cálculo de las legítimas, que no tenga en cuenta la existencia de él¹²⁶.

¹²³ MENGONI, 2000, p. 118. Cass., Sez. un., 29 de marzo de 2011, núm. 7098, en *Leggi d'Italia*, que afirma este principio de derecho: «queste conclusioni vengono estese alla rinuncia al legato in sostituzione di legittima sulla base del rilievo che anche in questa ipotesi il legato si acquista di diritto all'apertura della successione, e l'automaticità dell'acquisto non è esclusa dalla facoltà alternativa attribuita al legitimario di rinunciare al legato e chiedere la quota di legittima, tale possibilità dimostrando soltanto che l'acquisto del legato a tacitazione della legittima è sottoposto alla condizione risolutiva costituita dalla rinuncia del beneficiario, condizione che però non sottrae quest'ultima, qualora riguardi beni immobili, alla forma scritta richiesta dalla esigenza fondamentale della certezza dei trasferimenti immobiliari».

¹²⁴ FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 331, señala que el acto de aceptación está sujeto a los principios generales en materia de anulación, de modo que podría impugnarse por fraude o violencia, mientras que no podría impugnarse por error, habida cuenta de que el principio de irrelevancia del error puede desprenderse del sistema en su conjunto.

¹²⁵ Así, Cass., 16 de mayo de 2007, núm. 11288, en *Leggi d'Italia*, que afirma este principio de derecho: «a tale effetto non può porsi rimedio neppure con eventuali atti successivi di resipiscenza, giacché, in considerazione della definitività e della irretirabilità degli effetti acquisitivi del lascito testamentario correlati a detta manifestazione di volontà, non è possibile la reviviscenza del diritto di scelta tra il legato sostitutivo e la richiesta della legittima, rimasto caducato al momento stesso in cui sia stata manifestata la volontà di conservare il legato».

¹²⁶ Así, AZZARITI, 1987, p. 1049 ss.; MENGONI, 2000, p. 124; GIANNATTASIO, 1959, p. 342. En sentido contrario, FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 335 s.; MARINARO, 2009, p. 226, si bien considera que, en el supuesto de renuncia del legitimario a la herencia, no

Al margen de esta consideración más general, no me parece que pueda ponerse en duda este supuesto en este caso concreto, si sopesamos que el artículo 551.3 CCIt establece que el legado en sustitución de la legítima se imputa a la legítima del beneficiario y por el excedente a la cuota de libre disposición¹²⁷.

Si el causante ha dejado cónyuge y dos hijos, disponiendo a favor de uno de ellos de un legado en sustitución de la legítima, la legítima reservada a los demás legitimarios debe permanecer inalterada, aunque el hijo destinatario de ese legado decidiera recibirlo. Conforme al Derecho italiano, la legítima del cónyuge es de $\frac{1}{4}$, del mismo modo que la legítima del otro hijo es de $\frac{1}{4}$ ¹²⁸. De lo contrario, si la persona que ha aceptado el legado en sustitución de la legítima no se considerara entre los legitimarios, habría que suponer que la legítima del cónyuge es de $\frac{1}{3}$ y la del hijo de $\frac{1}{3}$.

De acuerdo con esta observación, debe excluirse categóricamente que pueda producirse un aumento de la legítima de los otros legitimarios por razón de la posible aceptación del legado en sustitución de la legítima¹²⁹. Si el valor del legado en sustitución de la legítima es inferior a la legítima del legatario-legitimario, esa diferencia vale a incrementar la cuota de libre disposición y nunca la legítima de los demás legitimarios. Ellos pueden reclamar, en concepto de legítima, bienes por un valor exactamente correspondiente a su legítima, sin que quepa imaginar un «aumento» de la misma por el hecho de que el legatario acepte el legado como pago de su legítima. No puede aceptarse una solución contraria, también porque acabaría ofreciendo una interpretación del derecho sucesorio excesivamente desequilibrada a favor de los legitimarios y no acorde con los principios y valores normativos vigentes.

Supongamos que D. Pedro, al morir, deja un patrimonio de 100, sin deudas, sin donaciones, un cónyuge y dos hijos. Imaginemos que hace un testamento en el que dispone de un legado en sustitución de la legítima a favor de su hijo de 20. Este legado vale menos

debe tenerse en cuenta al legitimario y debe realizarse una nueva determinación de las cuotas de legítima, sin contar con dicho legitimario. En cambio, en el supuesto de aceptación del legado en sustitución de la legítima no debe realizarse ninguna nueva determinación de la legítima, ya que la aceptación de un legado tácito no vale como renuncia a la herencia. En el mismo sentido BUCELLI, 2016, p. 386 s.

¹²⁷ MENGONI, 2000, p. 126.

¹²⁸ V, nota núm. 9.

¹²⁹ En sentido contrario, MENGONI, 2000, p. 125 ss., según el cual la parte que deja vacante debe beneficiar a los demás legitimarios. Según el A., hay que distinguir entre el caso en que la parte que deja vacante es un hijo o el cónyuge. En el primer caso, dado que la vocación de los hijos es conjunta y colectiva, la parte del hijo realiza la de los demás. Por el contrario, si la parte vacante fuera la del cónyuge, aumentaría la cuota de libre disposición. Según otra doctrina, ni siquiera debe hacerse esta distinción y debe asumirse que la cuota del legitimario vacante siempre beneficia a los demás legitimarios. Así, incluso, FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 338 s.; BUCELLI, 2016, p. 388 s.

que la legítima del hijo, que tendría derecho a 25 (de conformidad con el artículo 542.2. CCIt la legítima de los hijos es 1/2, de modo que la legítima de cada hijo es 1/4). El hijo, al aceptar el legado en sustitución de la legítima, obtiene bienes por un valor inferior a su legítima. Esta circunstancia no permite suponer que la legítima del otro hijo pueda aumentarse. El otro hijo solo podrá reclamar 25 y nunca 30.

En otras palabras, la legítima que deja vacante el legitimario que recibe un legado en sustitución de la legítima de un valor inferior a su legítima, no beneficia a los demás legitimarios¹³⁰, sino que incrementa a la cuota de libre disposición.

5.5 EL LEGADO EN SUSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA Y EL LEGADO *EX LEGE* QUE CORRESPONDE AL CÓNYUGE *EX ART. 540.2 CCIT* (DERECHO DE HABITACIÓN SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR)

Se plantea la cuestión de si el cónyuge conserva el derecho de habitación de la vivienda familiar¹³¹ cuando es beneficiario de un legado en sustitución de la legítima. El problema no se plantea, por supuesto, cuando el derecho atribuido mediante legado coincide o incluye también el derecho de habitación al que se refiere el artículo 540.2 CCIt (por ejemplo, un legado en sustitución por el que se atribuye al cónyuge el derecho de propiedad de la vivienda o el derecho de usufructo sobre dicha vivienda).

Aunque existen autorizadas opiniones doctrinales en el sentido de que el legado en sustitución de la legítima no afectaría al derecho de habitación de la vivienda familiar¹³², partiendo de la base de

¹³⁰ Hay que distinguir entre dos problemas que pueden plantearse en el supuesto de renuncia a la sucesión, de renuncia a la acción de reducción y/o de aceptación de un legado en sustitución de la legítima. El primer problema es si debe incluir al legitimario que no hereda, ya sea en su totalidad (en caso de renuncia a la sucesión o en caso de aceptación de un legado en sustitución de la legítima) o en parte (en caso de renuncia a la acción de reducción), a efectos de determinar e identificar a los legitimarios. A este primer problema hay que ofrecer una respuesta positiva. Una vez afirmado que se debe incluir al legitimario que no sucede en la herencia (por renuncia o por aceptación de un legado sustitutivo), se plantea la cuestión del destino de la legítima que el legitimario deja vacante, en todo (en caso de renuncia a la sucesión) o en parte (en caso de renuncia a la acción de reducción o en caso de aceptación de un legado en sustitución de la legítima de valor inferior a la legítima). En cuanto a esta segunda cuestión, en mi opinión, la legítima vacante va en beneficio del disponente y no en beneficio de los demás legitimarios. Debe excluirse, por lo tanto, que pueda aumentarse la legítima de los demás legitimarios.

¹³¹ Sobre el legado *ex lege* relativo al derecho de habitación sobre la vivienda familiar que corresponde, en concepto de legítima, al viudo o a la viuda y sobre los principales problemas que plantea esta norma en el Derecho italiano, véase BARBA, «El legado *ex lege* de vivienda familiar a favor del cónyuge viudo en el Derecho italiano», 2020, p. 355 ss.

¹³² MARINARO, 2009, p. 227.

que el legado en sustitución de la legítima solo sirve para compensar al cónyuge por su legítima y no por los demás derechos, creo que debe preferirse, sin lugar a dudas, la solución contraria¹³³. La función del legado en sustitución de la legítima no es solo excluir al legitimario de la sucesión universal, sino también excluir que el legitimario tenga otros derechos adicionales¹³⁴. En definitiva, considero que, a falta de una decisión expresa en este sentido, el legado en sustitución de la legítima a favor del cónyuge vale para excluir tanto el derecho a la legítima como los derechos del artículo 540.2 CCIt.

5.6 ELECCIÓN DE RENUNCIAR AL LEGADO Y RECLAMAR LA LEGÍTIMA

Si el legatario no quiere el legado, debe renunciar a él y reclamar su legítima¹³⁵. Se debe hacer notar que, aunque el legitimario renuncie al legado, la representación¹³⁶ no opera precisamente porque pretende obtener su legítima.

Sin embargo, es discutible que el legatario pueda conservar la atribución del legado. Si se tratara de una renuncia pura al legado, habría que argumentar que el legitimario no puede retener el derecho; por el contrario, si se considerara un rechazo a la planificación sucesoria, entonces podría asumirse que el legitimario puede retener lo recibido en concepto de legado e imputarlo a su legítima.

Aunque esta última solución parece ampliamente favorecida en la doctrina italiana, incluso cuando considera que el rechazo se refiere al legado y no a la planificación sucesoria¹³⁷, creo que debería preferirse la segunda solución. Si se permitiera al legitimario conservar, en todo caso, el derecho al legado, imputándolo

¹³³ Así, MENGONI, 2000, p. 166, nt. 26; FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 340; SCHIAVONE, 2006, p. 244 s.; SCHIAVONE, 2012, p. 128 ss.

¹³⁴ GRASSANO, 1990, p. 414 ss.

¹³⁵ Señala DI MAURO, 1991, p. 279 que el legitimario que recibe un legado en sustitución de la legítima es titular de una única vocación testamentaria respecto del legado. Si el legitimario renuncia al legado, quedando preterido (v. BERGAMO, 2000, p. 1801) deberá interponer una acción de reducción.

¹³⁶ Según MARINARO, 2009, p. 227, no se trataría de una verdadera renuncia al legado, sino de una elección para conseguir la legítima. Si se tratara de una verdadera renuncia al legado, tendría que operar la representación que, en el presente caso, queda, por el contrario, excluida. Merece la pena considerar la resolución de la Comisión de Estudios del Consejo Nacional del Notariado CNN núm. 23-2021/C, de 11 de febrero de 2022, que comparto, en la que se descarta la posibilidad de representación, en primer lugar, porque la voluntad tácita está estrechamente vinculada a la persona del legitimario al que se dirige el legado, en segundo lugar, porque no existe una verdadera renuncia sino una elección y, por último, porque el legatario renunciante conserva la condición de legitimario.

¹³⁷ Esta solución también parece ser la preferida por una parte de la doctrina que considera la renuncia un verdadero rechazo al legado.

a su legítima, se frustraría en sustancia el interés del testador. En un legado en sustitución de la legítima, la atribución particular se hace con el fin mismo de excluir al legitimario de la herencia y con el fin de impedir cualquier otra pretensión suya. Me parece, por tanto, más razonable asumir que en caso de renuncia al legado en sustitución de la legítima, los bienes deben considerarse como integrantes de la herencia, con la consecuencia de que el legitimario no puede conservar esa atribución y debe participar, con los demás herederos, en la partición de la herencia, asumiendo el riesgo de que esos bienes no le sean asignados o no le sean asignados en su totalidad¹³⁸.

La renuncia al legado debe hacerse de forma expresa e inequívoca. Es posible siempre que el legatario no haya realizado un acto o un hecho que implique su aceptación, o del que se deduzca o deba deducirse que tiene intención de aceptar el legado y, en consecuencia, la planificación patrimonial realizada por el mismo. La renuncia al legado no puede inferirse ni de la interposición de la acción de reducción¹³⁹, ni de la solicitud de la legítima¹⁴⁰, ni de la mera adquisición del derecho legado¹⁴¹, ni de la solicitud de inventario y tasación de la herencia¹⁴², ni de la solicitud de rendición de cuenta¹⁴³, ni de la mera declaración de rechazar las disposiciones testamentarias por perjudiciales¹⁴⁴.

En caso de inercia por parte del legatario-legitimario, se admite que los interesados puedan actuar con la *actio interrogatoria*, para que el legatario-legitimario decida si quiere conseguir el legado o renunciar a él y pedir la legítima¹⁴⁵. Por otra parte, el legitimario puede solicitar un inventario de la herencia, de conformidad con el

¹³⁸ Es discutible si en el caso de un legado en sustitución de la legítima ordenado a favor de dos legitimarios, sólo uno de ellos renuncia. Es discutible si procede o no el acrecimiento. En este sentido, si no puede operar la representación, creo que en principio tampoco puede el acrecimiento. Pues, es necesario averiguar cuál era la intención del testador y, por tanto, si el legado sustitutivo tenía una función de favorecer o no a los legitimarios. En este sentido también la resolución de la Comisión de Estudios del Consejo Nacional del Notariado CNN núm. 23-2021/C del 11 de febrero de 2022, que concluye de esta manera: «meno sicuro è se, in mancanza della rappresentazione, operi l'accrescimento, dovendosi condurre una verifica in concreto sulla volontà del testatore. Se così non fosse, a seguito della rinuncia al legato in sostituzione di legittima da parte di uno dei collegatari, non avendosi vacanza del bene (come per ogni altro legato ex art. 650 c.c.), si avrebbe il ritorno *ex tunc* dello stesso cespite nella massa ereditaria a disposizione degli eredi (nel caso di specie, la madre, quale erede universale)».

¹³⁹ Cass., 11 de noviembre de 2008, núm. 26955, en *Rivista del notariato*, 2009, p. 1607.

¹⁴⁰ Cass., 15 de marzo de 2006, núm. 5779, en *Rivista del notariato*, 2007, 1, II, pp. 198-200.

¹⁴¹ Cass., 11 de noviembre de 2008, núm. 26955, cit., p. 1607.

¹⁴² Cass., 22 de junio de 2010, núm. 15124, en *Leggi d'Italia*.

¹⁴³ Cass., 22 de junio de 2010, núm. 15124, cit.

¹⁴⁴ Cass., 22 de junio de 2010, núm. 15124, cit.

¹⁴⁵ MARINARO, 2009, p. 228.

artículo 769 del «Codice di procedura civile» italiano, a fin de disponer de elementos adecuados para poder decidir si aceptar o rechazar el legado.

La ley no prescribe ningún requisito formal para la renuncia al legado, por lo que tiende a ser válida, aunque se haga verbalmente o *per facta*. No obstante, cabe señalar que, según una doctrina¹⁴⁶, confirmada por una sentencia de pleno de la Corte de casación italiana¹⁴⁷, la renuncia a un legado relativo a derechos sobre bienes inmuebles o muebles registrados debe hacerse por escrito so pena de nulidad, resolviéndose en un acto de desprendimiento de la propiedad sobre bienes ya adquiridos por el renunciante¹⁴⁸.

Sólo después de que el legatario-legitimario haya rechazado el legado en sustitución de la legítima podrá interponer una acción de reducción. La renuncia al legado debe manifestarse antes del inicio de la acción de reducción o, a más tardar, con la misma demanda judicial de reducción¹⁴⁹. La mera presentación de una solicitud de reducción no constituye un acto de renuncia al legado en sustitución de la legítima¹⁵⁰, por lo que, a falta de un documento del que pueda deducirse inequívocamente, la solicitud del legitimario debe desestimarse¹⁵¹. La demanda de reducción debe ser desestimada¹⁵² si el legitimario no declara expresamente que ha renunciado al legado o no acredita que ha efectivamente renunciado, en su caso cumpliendo las formalidades que sean necesarias en relación con

¹⁴⁶ Cosí, FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 335.

¹⁴⁷ Cass., Sez. un., 29 de marzo de 2011, núm. 7098, cit., que afirma este principio de derecho: «Il legato si acquista senza bisogno di accettazione e la rinuncia al legato avente ad oggetto beni immobili, risolvendosi in un atto di dismissione della proprietà su beni già acquisiti al patrimonio del rinunciante per i quali non è richiesta l'accettazione, ai sensi dell'art. 1350, núm. 5, c.c., deve essere redatta espressamente per iscritto a pena di nullità».

¹⁴⁸ En sentido contrario, FERRI, 1960, p. 11, según el cual tampoco la renuncia a un legado que confiera derechos sobre un bien inmueble estaría sujeta a ningún requisito formal. El argumento del autor puede explicarse si se considera que, en su opinión, también la adquisición de un legado, al igual que la adquisición de la herencia, no es automática, sino que requiere un acto de aceptación. Desde esta perspectiva, la renuncia al legado no tiene un efecto eliminatorio, es decir, no eliminaría una adquisición que ya se hubiera realizado a favor del legitimario, sino que impediría que se realizara.

¹⁴⁹ Cass., 22 de junio de 2005, núm. 13380, en *Rep. foro it.*, 2005, *Successione ereditaria*, núm. 127; Cass., 18 de abril de 2000, núm. 4971, en *Giurisprudenza italiana*, 2001, I, p. 30; App. Roma, 10 de febrero de 1995, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, I, p. 382, con nota de CALISSONI, 1996; T. Monza, 7 de marzo de 1985, en *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 2, c. 104.

¹⁵⁰ Señala MENGONI, 2000, p. 119 que la mera interposición de la acción de reducción no constituye un acto inequívoco de renuncia del legado. «Il legittimario potrebbe reclamare la legittima con l'intenzione di trattenere il legato in conto: ciò che la legge in conformità della volontà del testatore, non consente, e appunto per questo esige un atto autonomo di rinuncia allegato come condizione dell'azione riduzione».

¹⁵¹ Cass., 15 de marzo de 2006, núm. 5779, en *Rivista del notariato*, 2007, I, II, pp. 198 e ss., con nota de MUSOLINO, 2007, p. 200 ss.

¹⁵² MENGONI, 2000, p. 118.

el derecho objeto del legado. La renuncia al legado constituye una condición o presupuesto de la acción de reducción; puede ser declarada de oficio y plantearse por primera vez incluso en el procedimiento de segundo grado.

5.7 LEGADO EN SUSTITUCIÓN DE LEGÍTIMA Y CAUTELA SOCINIANA

Se discute si la norma en materia de legado en sustitución de la legítima interfiere con la norma de la cautela sociniana, recogida en el artículo 550 CCIt. En particular, se discute cuál es el destino del legado en sustitución de la legítima, que atribuye al legitimario sólo el usufructo o sólo la nuda propiedad del bien o sólo la renta vitalicia.

A este respecto, creo que el problema no existe si se considera que en el caso del legado en sustitución de la legítima el beneficiario es un legatario y, sobre todo, si se reflexiona que el interés del legitimario, que en el supuesto de la cautela sociniana está protegido por la facultad concedida al legitimario de abandonar la nuda propiedad o el usufructo o la renta y reclamar la plena propiedad, en el caso del legado en sustitución de la legítima está suficientemente garantizado por la facultad de rechazar el legado y reclamar la legítima.

El interés que plasman las normas es evitar que el legitimario se vea sometido a una atribución forzosa de bienes no en plena propiedad. Este interés, que en la cautela sociniana solo podía realizarse mediante el abandono del patrimonio disponible, en el caso del legado en sustitución de la legítima puede realizarse mediante el rechazo del legado. Existiendo un instrumento que permite proteger el interés del legatario-legitimario, no me parece de posible aplicación el remedio del artículo 550 CCIt.

5.8 LEGADO EN SUSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA CON FACULTAD DE SOLICITAR EL COMPLEMENTO DE LA LEGÍTIMA

El artículo 551.2 CCIt establece que el testador puede disponer de un legado en sustitución de la legítima, concediendo también al legatario-legitimario el «derecho a pedir el complemento». En tal supuesto, si el legado en sustitución de la legítima tiene un valor inferior a la legítima, el legitimario beneficiario del legado podrá

pedir el complemento, es decir, la diferencia entre el valor de la legítima que le corresponde y el valor del bien legado.

Esta norma ha suscitado numerosas reflexiones, por lo que se hace necesario indagar cuáles son las consecuencias de la previsión específica de la facultad de solicitar el complemento, con la advertencia de que de ello se desprenden consecuencias práctico-aplicativas muy importantes.

Según una línea doctrinal amplia, consolidada y tradicional, la previsión específica de la facultad de solicitar el complemento tendría la función de modificar la propia naturaleza del legado. En efecto, no se podría seguir considerando esta atribución como un legado en sustitución de la legítima, sino que debería considerarse como un verdadero legado en pago de legítima. La facultad de solicitar el complemento sería lógicamente incompatible con un legado en sustitución de la legítima, también porque el legitimario adquiriría la condición de heredero precisamente solicitando el complemento, es decir, interponiendo una acción de reducción¹⁵³.

Según esta reconstrucción, el legitimario podría retener lo recibido con el legado en sustitución de la legítima y, al mismo tiempo, solicitar que se reconociera su condición de heredero forzoso para obtener su legítima¹⁵⁴.

La cuestión es más bien si la facultad de solicitar el complemento cuenta como institución hereditaria en la legítima, entendiéndose que el legatario sería satisfecho en parte por el legado y por el resto a título de heredero¹⁵⁵, o si la facultad de pedir el complemento vale como institución hereditaria en una cuota (menor de la legítima en sí) igual a la diferencia entre el valor del legado y el valor de la legítima¹⁵⁶.

¹⁵³ Según AZZARITI, 1983, p. 57; AZZARITI, 1972, p. 135, el legitimario ni siquiera debería tener que interponer una acción de reducción, ya que el derecho a reclamar el suplemento sería válido por sí mismo como institución de la herencia en la legítima, de modo que el legatario sólo tendría que aceptar la herencia. AZZARITI, MARTINEZ Y AZZARITI, 1973, p. 231 s.: «l'attribuzione del legato in sostituzione comprende in sé la vocazione testamentaria nella quota di riserva a titolo universale, in sostituzione però della quale si offre un legato tacitativo [... il riservatario] ha a suo favore una devoluzione testamentaria a titolo universale subordinata alla sua mancata accettazione del legato sostitutivo, ove accetti invece il legato impedirà che entri in funzione quella vocazione testamentaria e acquisterà la figura del legatario senza che abbia comunque luogo la necessità di una sua rinuncia all'eredità [...] ma se invece la condizione non si verifici per la mancata accettazione del legato, entra in funzione la vocazione testamentaria a titolo universale, ed il legitimario acquista la qualità di erede».

¹⁵⁴ MARINARO, 2009, p. 232.

¹⁵⁵ CICU, 1952, p. 283; CICU, 1954, p. 244; SANTORO-PASSARELLI, 1941, p. 302; FERRI, 1981, p. 126; MESSINEO, 1962, p. 531; BIGLIAZZI GERI, Y OTROS, 1996, p. 245; DI MAURO, 1991, p. 2793.

¹⁵⁶ Así, PINO, 1954, p. 112. Según el autor, si no se aceptara esta reconstrucción, la norma del artículo 551.2 CCI, en la parte en que prevé un legado en sustitución de la legítima con derecho a pedir el complemento, se consideraría una superfluidad normativa innecesaria, pues se limitaría a seguir la disciplina del artículo 564.2 CCI. Según esta

Para entender la diferencia entre ambas reconstrucciones, considere el siguiente caso.

Imaginemos que D. Pedro fallece dejando un *relictum* de 100, sin deudas ni donaciones. Imaginemos que D. Pedro deja una esposa, Mengana, y dos hijos, Rocío y Carlos. Imaginemos que D. Pedro hace testamento, por el que instituye herederos universales a Mengana y Rocío, disponiendo de un legado en sustitución de la legítima a favor de Carlos, por valor de 20, con facultad de solicitar el complemento. De conformidad con el artículo 542 CCIt, la legítima del cónyuge es de $\frac{1}{4}$ (es decir, 25) y legítima de los hijos es de $\frac{1}{2}$ (es decir, 50), a dividir por partes iguales (25 cada uno).

El hijo Carlos recibe, en concepto de legado, un bien por valor de 20; por tanto, recibe un bien inferior a su legítima, que asciende a 25. Dado que tiene facultad de solicitar el complemento, no cabe duda de que tiene derecho a bienes adicionales por un valor total de 5. La cuestión es, sin embargo, si Carlos, actuando en reducción, pretende que se le reconozca su condición de heredero en cuanto a su legítima, es decir, $\frac{1}{4}$ ¹⁵⁷, entendiéndolo que ya ha sido satisfecho en parte por el legado, o si pretende que se le reconozca su condición de heredero en cuanto a una parte correspondiente a la diferencia entre lo que ha obtenido (20) y la legítima (25), es decir, $\frac{1}{20}$ ($\frac{5}{100}$), entendiéndolo que el legado se considera a cargo de los demás herederos.

En ambos casos, no cabe duda de que Carlos recibe 5, además de los 20 que le corresponden en virtud del legado. Sin embargo, en el primer supuesto se le considera heredero en la proporción de $\frac{1}{4}$ ¹⁵⁸, mientras que en el segundo en la proporción de $\frac{1}{20}$ ¹⁵⁹.

En cualquier caso, según estas reconstrucciones el legitimario adquiere la condición de heredero y, como tal, tiene derecho a bienes por un importe igual a su legítima, participando en la partición de la herencia y con derecho a satisfacerse con bienes hereditarios.

Aunque esta reconstrucción no deja de contar con una aprobación generalizada, creo que debería preferirse una solución diferente, que permita que en el supuesto de legado en sustitución de la legítima el legatario-legitimario conserve su condición de legatario, si bien tenga la facultad de pedir el complemento.

La facultad de solicitar el complemento, lejos de calificarse como una disposición que otorga al legatario-legitimario el dere-

reconstrucción, el artículo 551.2 CCIt prevé un legado en sustitución de la legítima para el que el testador habría desactivado la previsión legal de la pérdida del derecho a actuar en reducción.

¹⁵⁷ En el presente caso, al no existir *debitum* y, sobre todo, *donatum*, no cabe duda de que existe coincidencia entre la legítima y la cuota hereditaria (v. nota núm. 6).

¹⁵⁸ V. nota núm. 149.

¹⁵⁹ V. nota núm. 150.

cho a solicitar la legítima, es decir, el derecho a convertirse en heredero debe, a mi parecer, considerarse como un legado más ordenado a favor del legitimario¹⁶⁰.

Si realmente se quisiera preservar la función propia del legado en sustitución de la legítima y evitar afirmar que se traduce básicamente en un legado en pago de legítima, habría que partir de la base de que el legatario-legitimario es beneficiario de dos legados distintos. Un primer legado, que es el legado sustitutivo en sentido propio, y un segundo legado cuyo valor, determinado *per relationem*, es igual a la diferencia entre el valor de la legítima y el valor del legado en sustitución¹⁶¹.

Según esta reconstrucción, el testador podía prever que los herederos pudieran satisfacer al legatario tanto con bienes hereditarios como no hereditarios y, por tanto, que también pudieran liquidar al legitimario con su propio dinero¹⁶².

Razonando de este modo, se podría preservar la función del legado en sustitución de la legítima, porque el legatario-legitimario seguiría siendo un legatario, aunque cuando pidiese el complemento.

Aunque esta solución me parece preferible, tanto porque evita vaciar de contenido la previsión legal del artículo 551.2 CCIt, como porque es coherente con el tenor literal del artículo 551 CCIt, que distingue entre el derecho a pedir el complemento y la facultad de pedir el complemento¹⁶³, y, sobre todo, porque es coherente con la función del legado en sustitución de la legítima, también hay que decir que no es necesariamente incompatible con la otra reconstrucción.

Con carácter general, cuando el testador ordena un legado en sustitución de la legítima con facultad de solicitar el complemento, debe entenderse que el primer legado es un verdadero legado en sustitución de la legítima y que la facultad de solicitar el complemento da lugar al derecho del legitimario a reclamar de todos los demás herederos, obligados a ello, bienes por el valor de la diferencia entre la legítima y lo recibido en concepto de legado. Entendiendo que se trata de un derecho de crédito y que, a falta de una

¹⁶⁰ En Derecho español, aunque no se conozca la figura, en este supuesto, según LACRUZ BERDEJO, 2009, p. 317 ss., el legatario sería, por esa parte, heredero.

¹⁶¹ MENGONI, 2000, p. 128; BIANCA, 2001, p. 605.

¹⁶² La jurisprudencia deja claro que la acción por la que el legatario solicita el suplemento es una *actio in personam* y no una acción de reducción. V. Cass., 27 de noviembre de 2018, núm. 30702, en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, p. 549 ss., con nota de DI MAURO, 2019, p. 549.

¹⁶³ Así, MENGONI, 2000, p. 128: «la «facoltà di chiedere il supplemento», fatta salva quando è espressamente attribuita al testatore, non è il «diritto di chiedere il supplemento» negato dalla disposizione precedente al legitimario che preferisce di conseguire il legato».

decisión precisa, también podría satisfacerse en dinero, sin que el legitimario sea parte de la partición de la herencia, de la que queda excluido por no adquirir la cualidad de heredero.

Aunque esta configuración deba considerarse la preferible, no puede descartarse, sin embargo, que la facultad de pedir el complemento tenga la función de transformar el legado en sustitución de la legítima en un verdadero legado en pago de la legítima¹⁶⁴, con la consecuencia de que la facultad de pedir el complemento se traduce en una institución de heredero en la legítima¹⁶⁵.

Es necesario indagar cuál fue la real intención del testador y averiguar si pretendía, más allá de las expresiones o palabras utilizadas, disponer de un legado en sustitución de la legítima en sentido propio o instituir heredero al legitimario.

No creo que pueda ponerse en duda que, como regla general, la facultad de pedir el complemento a que se refiere el artículo 551.2 CCIt debe considerarse como un verdadero y propio legado ordenado a favor del legitimario y en detrimento de los demás herederos, como tampoco puede descartarse que el testador, a pesar de utilizar las expresiones legado en sustitución de la legitimación y facultad de pedir el complemento o equivalentes, pretendiera hacer una institución de heredero.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina; COBAS COBIELLA, María Elena; MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar; MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: «Aspectos sustantivos del derecho hereditario», *Derecho de Sucesiones*, Josefina Alventosa del Río y María Elena Cobas Cobiella, (Dirs.), Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.
- ASCOLI, Alfredo: «Legato a tacitazione della legittima» *Rivista di diritto civile*, 1922, pp. 602-605.
- AZZARITI, Francesco Saverio, MARTINEZ, Giovanni, y AZZARITI, Giuseppe: *Successioni per causa di morte e donazione*, 6.^a ed., Padova, Cedam, 1973.
- AZZARITI, Giuseppe: «Criteri per il calcolo della riserva in caso di rinuncia da parte di alcuni degli aventi diritto», *Giustizia civile*, 1987, I, pp. 1049-1055.
- «Disposizione testamentaria, sostituzione fedecommissaria, legato a tacitazione della legittima», *Giurisprudenza di merito*, 1986, pp. 4-7.
- «Il legato in sostituzione di legittima», *Giurisprudenza italiana*, 1965, I, 2, pp. 311-320.
- «Sul legato in sostituzione di legittima», *Giustizia civile*, 1983, I, pp. 55-59.

¹⁶⁴ Según SCHIAVONE, 2006, p. 228 s.; SCHIAVONE, 2012, p. 104, la situación se invertiría con respecto a la que he propuesto en el texto. «Allorquando nella disposizione sia inserita la clausola suppletoria, si deve *presumere* che il legato sia voluto in conto di legittima; se però il lascito è stato espressamente qualificato come in sostituzione di legittima, la facoltà di supplemento avrà valenza obbligatoria».

¹⁶⁵ MENGONI, 2000, p. 129; VIRGILIO, 2017, p. 107; FERRARIO HERCOLANI, 2009, p. 343; IUDICA, 2003, p. 296 s.

- AZZARITI, Giuseppe: *Successioni dei legittimari e successioni dei legittimi*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1972.
- BARBA, Vincenzo: «El legado *ex lege* de vivienda familiar a favor del cónyuge viudo en el Derecho italiano», *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, Manuel García Mayo (coord.), Madrid, Wolters Kluwer España, 2020, pp. 355-368.
- «Il prelegato», *Le disposizioni testamentarie*, Giovanni Bonilini y Vincenzo Barba (dirs.), Assiago (MI), Wolters Kluwer Italia, 2012.
- «La dispensa da collazione», *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, pp. 1-45.
- «La disposizione testamentaria di diseredazione» *Famiglia, Persone e Successioni*, 2012, 11, pp. 763-787.
- *La successione dei legittimari*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2020.
- BERGAMO, Elio: «Brevi cenni su un'ipotesi di diseredazione anomala implicita» *Giurisprudenza italiana*, 2000, 10, pp. 1801-1801.
- BIANCA, Cesare Massimo: *Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni*, 3° ed., Milano, Giuffrè, 2001.
- BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco Donato, NATOLI, Ugo: *Le successioni a causa di morte*, Torino, Utet, 1996.
- BONILINI, Giovanni: *Dei legati*, 2.° ed., Milano, Giuffrè, 2006.
- BUCELLI, Andrea: «Legato in sostituzione e diritto al supplemento» *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, 2, pp. 371-396.
- CALISSONI, G. M.: «Azione di riduzione e rinuncia tacita ad un legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili» *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, I, pp. 382 ss.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Comentario artículo 825» *Código civil comentado*, Ana Cañizares Laso, D. Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pp. 903-908.
- «Comentario art. 828». *Código civil comentado*, Ana Cañizares Laso, D. Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pp. 921-923.
- «Los legados» *Derecho de sucesiones. Curso de derecho civil (V)*, Sergio Cámara Lapuente, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, D. Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez (coord.), Madrid, Edisofer s.l., 2022.
- CICU, Antonio: «Legato in conto o sostituzione di legittima e usufrutto del coniuge superstite», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1952, pp. 277-289.
- *Successione legittima e dei legittimari*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1943.
- *Successioni per causa di morte: Parte generale. Delazione e acquisto dell'eredita*, Milano, Giuffrè, 1954.
- DI MAURO, Ettore William. «La facoltà di chiedere il supplemento nel legato in sostituzione di legittima e l'interpretazione del testamento» *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, 2, pp. 549-561.
- DI MAURO, Nicola. «Legato in sostituzione di legittima e legato in conto di legittima», *Giustizia civile*, 1991, 11, pp. 2788-2794.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, *La legítima en la sucesión intestada*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- FERRARIO HERCOLANI, Michele. «Il legato in sostituzione di legittima», *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, Vol. III, Giovanni Bonilini (dir.), Milano, 2009, pp. 325-346.

- FERRI, Luigi: *Dei legittimari: art. 536-564*, Roma-Bologna, Soc. ed. del Foro italiano-Zanichelli, 1981.
- *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, Giuffré, 1960.
- GANGI, Calogero: *I legati nel diritto civile italiano: con riguardo alla giurisprudenza, al diritto romano, ed alle moderne legislazioni*, Vol. I, *Parte generale*. Padova, Cedam, 1933.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*. Madrid, Civitas, 1989.
- GERBO, Francesco: *Prelegato e funzione del contenuto testamentario*, Padova, Cedam, 1996.
- GIANNATTASIO, Carlo: *Delle successioni. Disposizioni generali – Successioni legittime*, Torino, Unione tipografica editrice torinese, 1959.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia: «Imputación de legado a favor del cónyuge viudo: una (falsa) analogía sobre analogía», *Revista de Derecho Privado*, 2017, 6, pp. 23-42.
- GRASSANO, Nicola. «Legato al coniuje in sostituzione di legittima», *Rivista del notariato*, 1990, pp. 403-425.
- IUDICA GIOVANNI: «Il legato in conto di legittima» nel sistema dei legati in favore del legittimario» *Familia*, 2003, 2, pp. 287-310.
- «Il legato in conto di legittima», *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. Vol. III. La successione legittima*, Giovanni Bonilini (dir.), Milano, Giuffré, 2009, p. 300ss.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de derecho civil V. Sucesión*, 4 ed., Madrid: Dykinson, 2009.
- MARINARO, Gabriele: *La successione necessaria*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.
- MENÉNDEZ MATO, Juan C.: *El legado de legítima estricta en el Derecho común español*, Madrid, Dykinson, 2012.
- MENGONI, Luigi: *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, 4º ed., Milano, Giuffré, 2000.
- MESSINEO, Francesco: *Manuale di diritto civile e commerciale*, VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, 9.ª ed., Milano, Giuffré, 1962.
- MIGLIACCIO, Emanuela: *Funzione e vicende dei legati. Il legato di debito*, Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2015.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Legítima material y legítima formal», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 49, 2009, pp. 493-560.
- «Reflexiones sobre la legítima», en DOMÍNGUEZ LUELMO y GARCÍA RUBIO (Dirs.), *Estudios de Derecho de sucesiones – Liber Amicorum Teodora F. Torres*, Madrid, La Ley, 2014, pp. 983-1001.
- MORELLO, Umberto: «Accettazione o preferenza del legato in sostituzione di legittima», *Foro italiano*, 1964, I, pp. 1210-1217.
- MUSOLINO, Giuseppe: «Il legato in sostituzione di legittima», *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 3, pp. 79-89.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: «La naturaleza de la legítima – nota final», *Anuario de Derecho Civil*, 1986-2, pp. 571-579.
- «La naturaleza de la legítima», *Anuario de Derecho Civil*, 1985-4, pp. 849-907.
- PERFETTI, Ubaldo: *Dei legittimari*, Roma-Bologna, Zanichelli, 2020.
- PINO, Augusto: *La tutela del legittimario*, Padova, Cedam, 1954.
- REAL PÉREZ, Alicia: *Intangibilidad cualitativa de la legítima*, Madrid, Civitas, 1988.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José: *Derecho de sucesiones. Común y foral*, II, 4 ed., Madrid, Dykinson 2009.

- ROCA SASTRE, Ramón María, «Naturaleza jurídica de la legítima», *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 184-209.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno, *Heredero y legitimario*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017.
- ROMANO, Carmine: «I legati», *Diritto delle successioni*, Giovanni Perlingieri y Roberto Calvo (coords.), Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2008, 998 ss.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco: «Legato privativo di legittima», *Rivista di diritto civile*, 1935, pp. 249-286.
- *Dei legittimari: art. 82-110*, Firenze, Barbera, 1941.
- SCHIAVONE, Giovanni: «Il legato in luogo di legittima: modalità di acquisto e ambito della funzione sostitutiva» *Familia*, 2006, pp. 215-255.
- *Le disposizioni testamentarie dirette ai legittimari*, Milano, Giuffrè, 2012.
- TORRES GARCÍA, Teodora F., DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés «La legítima en el Código civil (I)». *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña. Galicia, Navarra, País Vasco)*, vol. II, María del Carmen Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Judith Solé Resina (coord.). Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2.ª ed., 2016, pp. 355-416.
- «La legítima en el Código civil (I)» *Tratado de legítimas*, Teodora F. Torres García (coord.), Barcelona, Atelier Civil, 2012, pp. 21-86.
- «La legítima en el Código civil (II)», *Tratado de legítimas*, Teodora F. Torres García (coord.), Barcelona, Atelier Civil, 2012, pp. 87-151.
- «La legítima en el Código civil (II)», *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña. Galicia, Navarra, País Vasco)*, vol. II, María del Carmen Gete-Alonso y Calera (Dir.) y Judith Solé Resina (coord.). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2.ª ed., 2016, pp. 417-476.
- TRABUCCHI, Alberto: «Forme necessarie per la rinuncia al legato immobiliare e natura della rinuncia al legato sostitutivo», *Giurisprudenza italiana*, 1954, I, 1, pp. 914.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B: «Comentario al artículo 828 CC», *Comentario del Código civil*, Candido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo Ponce de Leon y Pablo Salvador Coderch (dirs.), Madrid, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, 1991, pp. 2045-2048.
- «Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios» *Revista de Derecho Privado*, 1948, pp. 318-355.
- *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas. VOL. I*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974.
- *Panorama del Derecho de sucesiones, I*, Madrid, Civitas, 1982.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J: «Claves para la imputación de donaciones y legados en el haber hereditario», *Revista de Derecho Civil*, 2018, 4, pp. 333-360.
- VIRGLIO, Nicola, DAL RI, Francesco: «Il (pre)legato in conto di quota ereditaria: analisi del rapporto giuridico unisoggettivo», *Rivista del notariato*, 2013, pp. 309-353.
- «I legati in favore dei legittimari», *La successione dei legittimari*, Fabrizio Volpe (coord.), Milano, Giuffrè, 2017, pp. 101-122.
- VOCINO, C: «Quali le conseguenze dell'accettazione, da parte del legittimario, di un legato a tacitazione della legittima (nota a Cass. 27 luglio 1931)» *Sinossi giuridica*, 1932, 501, pp. 49.

RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES

RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

- STS 2409/1968 de 26 de noviembre. P. Francisco Bonet Ramón. (ECLI: ES: TS:1968:2409).
- STS 51/1982, de 18 de junio. P. Jose Maria Gomez De La Barcena Lopez. (ECLI: ES: TS:1982:51).
- STS 7832/1986, de 14 de noviembre. P. Antonio Sanchez Jauregui. (ECLI: ES: TS:1986:7832).
- STS 6528/1991, de 22 de noviembre. P. Antonio Fernandez Rodriguez. (ECLI: ES: TS:1991:6528).
- STS 4852/1998 de 18 de julio. P. Francisco Morales Morales. (ECLI: ES: TS:1998:4852).
- STS 1393/1993, de 9 de marzo. P. D. Pedro González Poveda (ECLI: ES: TS:1993:1393).
- STS 1026/2001, de 15 de febrero. P. Xavier O'callaghan Muñoz. (ECLI: ES: TS:2001:1026).
- STS 5646/2005, de 28 de septiembre. P. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. (ECLI: ES: TS:2005:5646).
- STS 3727/2006, de 12 de junio. P. Antonio Salas Carceller. (ECLI: ES: TS:2006:3727).
- STS 210/2008, de 24 de enero. P. Xavier O'callaghan Muñoz. (ECLI: ES: TS:2008:210).
- STS 43/2010, 21 de enero. P. Xavier O'callaghan Muñoz. (ECLI: ES: TS:2010:43).
- STS 8159/2011, de 21 de noviembre. P. Xavier O'callaghan Muñoz. (ECLI: ES: TS:2011:8159).
- STS 2854/2019, de 17 de septiembre, P. Jose Luis Seoane Spiegelberg, (ECLI: ES: TS:2019:2854).
- STS 1507/2020 de 26 de mayo. P. Juan Maria Diaz Fraile. (ECLI: ES: TS:2020:1507).

RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ITALIANOS

Corte de Casación italiana

- Cass., 18 de abril de 2000, núm. 4971, en *Giurisprudenza italiana*, 2001, I, p. 30.
- Cass., 22 de junio de 2005, núm. 13380, en *Rep. foro it.*, 2005, *Successione ereditaria*, núm. 127.
- Cass., 15 de marzo de 2006, núm. 5779, en *Rivista del notariato*, 2007, 1, II, p. 198.
- Cass., 16 de mayo de 2007, núm. 11288, en *Leggi d'Italia*.
- Cass., 11 de noviembre de 2008, núm. 26955, en *Rivista del notariato*, 2009, p. 1607.
- Cass., 22 de junio de 2010, núm. 15124, en *Leggi d'Italia*.

- Cass., Sez. un., 29 de marzo de 2011, núm. 7098, en *Leggi d'Italia*.
- Cass., 27 de noviembre de 2018, núm. 30702, en *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, pp. 549 ss.

Otras resoluciones

- Tribunale Monza, 7 de marzo de 1985, en *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 2, c. 104.
- Corte di Appello Roma, 10 de febrero de 1995, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1996, I, p. 382.

La recuperación de las cuotas por concepto de alimentos –correspondientes al padre y anteriores al establecimiento de la filiación– pagadas exclusivamente por la madre. Dos experiencias en comparación

CARMINE LAZZARO

Investigador en Derecho privado
Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

RESUMEN

Este trabajo examina dos experiencias profundamente diferentes (italiana y española) en un tema que aborda intereses de especial relevancia como el del mantenimiento del menor y aquel de la madre, con respecto a la recuperación de las cuotas anticipadas por concepto de alimentos –correspondientes al padre y anteriores al establecimiento de la filiación–, con el objetivo de intentar sugerir, en una perspectiva reconstructiva, una solución de compromiso que pueda equilibrar los opuestos intereses en juego, que de hecho parecen dignos de una protección efectiva.

PALABRAS CLAVE

Alimentos. Mantenimiento. Progenitores. Madre. Filiación. Menor. Restitución de las sumas adelantadas por el progenitor cumplidor.

The recovery of fees for maintenance –corresponding to the father and prior to the establishment of filiation– paid exclusively by the mother. Two experiences in comparison

ABSTRACT

This paper examines two profoundly different experiences (italian and spanish) in a subject that intercepts interests of special relevance, such as the maintenance of the minor and that of the mother to the recovery of advance payments for maintenance –corresponding to the father and prior to the establishment of parentage–, with the aim of trying to suggest, in a reconstructive perspective, a compromise solution that can balance the opposing interests at stake, which in fact seem worthy of effective protection.

KEYWORDS

Foods. Maintenance. Parents. Mother. Filiation. Minor. Restitution of sums advanced by the fulfilling parent.

SUMARIO: 1. Notas introductorias.–2. Breves consideraciones generales sobre el tema de la recuperación de los desembolsos que la madre ha sostenido en solitario para el mantenimiento del hijo: la situación en España.–3. Premisas generales: las novedades de la reforma italiana de la filiación en la materia.–4. La última etapa de un *excursus* largo y laborioso. El derecho al reembolso de los gastos en favor de la madre que ha asumido el mantenimiento del hijo desde el momento del nacimiento: la situación en Italia.–5. La violación del deber de alimentos como caso emblemático de ilícito endofamiliar. –6. Breves reflexiones reconstructivas.–7. Observaciones finales de carácter comparativo italo-español. –Bibliografía.–Jurisprudencia.

1. NOTAS INTRODUCTORIAS

El asunto que interesa en esta contribución es actual y complejo, ya que entrelaza (directa o indirectamente) situaciones jurídicas patrimoniales y personales que no siempre se pueden resolver

fácilmente en el interior del delicado y frágil equilibrio de las relaciones familiares, y más en concreto, entre padres e hijos.

Además, la cuestión es jurídicamente relevante, porque afecta no sólo al derecho de la madre a la recuperación de las cuotas alimenticias adelantadas, sino también, y sobre todo, al interés primario del menor en materia de alimentos.

El presente trabajo, tras un breve recorrido de carácter general sobre el estado de la cuestión y de los pronunciamientos de la jurisprudencia en España e Italia, aspira a abordar algunos aspectos especialmente críticos en materia del derecho de alimentos o de mantenimiento, con la intención de proponer, sin pretensión de exhaustividad, soluciones interpretativas innovadoras desde una perspectiva *de iure condendo*.

Ante todo, parece apropiado realizar una precisión preliminar de tipo terminológico necesaria para que el lector español pueda entender correctamente algunos perfiles típicos del ordenamiento jurídico italiano. Pues bien, aquello que en España se conoce como el derecho a los alimentos, el ordenamiento italiano lo denomina derecho al mantenimiento¹. Durante la siguiente exposición se utilizará la denominación española alimentos, y sólo cuando necesidades terminológicas lo impongan, haré referencia a la denominación italiana de mantenimiento.

Teniendo en cuenta lo dicho, resulta oportuno profundizar la cuestión a partir de las (pocas) luces y las (muchas) sombras de la vacilante jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el tema que, como se detalla a continuación, con referencia primero a la situación actualmente dominante en España, y luego a la existente en Italia, no parece comprender del todo la sutileza del argumento tratado.

2. BREVES CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL TEMA DE LA RECUPERACIÓN DE LOS DESEMBOLSOS QUE LA MADRE HA SOSTENIDO EN SOLITARIO PARA EL MANTENIMIENTO DEL HIJO: LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

Parece adecuado comenzar este análisis, en lo que a atañe al Derecho español², a partir de los datos normativos de referencia.

¹ Los alimentos constituyen una *species* del *genus* «mantenimiento» y se rigen por los artículos 433 ss. Código Civil y, en especial, de conformidad con el artículo 438 del Código Civil pertenecen solo a aquellos que están en estado de necesidad y no pueden proveer para su propio mantenimiento.

² En este trabajo se hace una comparación corta entre dos sistemas: el Derecho civil español de ámbito estatal, y en concreto, al Código civil, por un lado, y el Código italiano,

Por un lado, el artículo 39.3 CE establece claramente el principio general según el cual «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda». Por otro, según el artículo 110 CC «El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos», mientras el artículo 112 CC habla de la filiación como hecho biológico, que produce efectos independientemente del hecho jurídico, de modo que «la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario».

De la lectura conjunta de los artículos citados cabe deducir que la obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos menores de edad –aunque se reconozca con retraso– surge por el mero hecho de haberlos concebido, es decir, desde el momento del nacimiento³.

Por lo tanto, sería un deber de naturaleza, no sólo legal, sino también de rango constitucional⁴.

Sobre esta base, la madre que se encargó de pagar de modo exclusivo las sumas necesarias para el mantenimiento del hijo, potencialmente podría tener el derecho de reclamar al padre lo que había adelantado a modo de pensión alimenticia, con efecto retroactivo⁵, por ejemplo, en virtud del derecho de la demandante

por otro; siendo consciente de que en España existen Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, algunas de las cuales tienen su normativa en materia de alimentos de los hijos menores de edad, la referencia que se realiza a estas es meramente anecdótica, al quedar al margen de la comparación.

³ Para un marco general del problema, pueden consultarse las reflexiones de C. M. LÁZARO PALAU, *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

⁴ Del carácter constitucional de este deber se sigue que «Primera, que las leyes y demás disposiciones de rango inferior promulgadas con posterioridad a la entrada en vigor del texto constitucional deberán ajustarse al contenido del propio art. 39.3; y segunda, que las leyes cronológicamente preconstitucionales deberán ser interpretadas conforme al indicado precepto» [v. J. ÁLVAREZ MERINO, *Los alimentos de los hijos menores: art. 39.3 CE versus art. 148.1 CC*, en *Revista de Derecho de Familia, El Derecho*, 2013 (11). Disponible en <https://revistas.lefebvre.es/revista-de-derecho-de-familia/hemeroteca/1827> (Consulta: 23 marzo 2022)].

⁵ La doctrina ha especificado que «no solo el hijo debería ver reconocido su derecho a reclamar los alimentos debidos, sino también la madre o el tercero que se haya hecho cargo del menor deberían poder reclamar, con los límites de la prescripción, aquellas cantidades de las que el padre no se hizo cargo» (en este sentido J. AMMERMAN YÉBRA, *Las madres solas ante los tribunales, la administración y las leyes ¿se perpetúa la discriminación? Solo mothers before the courts, the administration and the law: is discrimination being perpetuated?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 33). Sin embargo, se han sugerido reconstrucciones diferentes sobre el tema que encontraban el fundamento del derecho a obtener la devolución de las sumas adelantadas para la pensión alimenticia en la figura del enriquecimiento injustificado [I. SIERRA PÉREZ, *Comentario al artículo 148*, en A., CAÑI-

al ejercicio de la acción de reembolso prevista en el artículo 1158 CC⁶.

Esta configuración se ve reforzada aún más por el texto del artículo 110 CC que cristaliza el principio general antes reproducido y del artículo 154 CC que establece el deber de los progenitores de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral»⁷.

Lo anterior parece encontrar un sólido fundamento jurídico en los citados artículos⁸; sin embargo, como se verá a continuación, los pronunciamientos de los Tribunales españoles se inclinan hacia una solución diametralmente opuesta.

La jurisprudencia, en efecto, parece sólida al negar la posibilidad de la devolución de los pagos anticipados de alimentos a la madre, en virtud de un principio de derecho que tiende a considerar el pago de los alimentos como satisfecho para el pasado, pudiendo la madre solicitar la devolución de los anticipos sólo para el futuro⁹. Esta reconstrucción, fuertemente criticada por la

ZARES LASO, P., DE PABLO CONTRERAS, F. J., ORDUÑA MORENO, y R., VALPUESTA FERNÁNDEZ, (Dir.). *Código civil comentado*, vol. I, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016, p. 772; también R. BARBER CÁRCAMO, *La filiación en España: una visión crítica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 90] o en la aplicación de la disciplina de la reparación de daños en materia de responsabilidad extracontractual conforme al artículo 1902 CC (v. C. PÁRAMO DE SANTIAGO, *Reclamación judicial solicitando la devolución de los alimentos satisfechos*, en *Revista Centro de Estudios Fiscales Legal*, 2019, núm. 216, p. 113).

⁶ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Artículos 1157 al 1171*, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 1496. En general, el Derecho comparado es, en este punto, bastante concorde en atender a la especialidad de la reclamación de alimentos debidos a los hijos, incluyendo a veces normas *ad hoc* que permiten el reintegro total; así sucede, por ejemplo, con el artículo 203 *bis*.2 CC belga, procedente de una reforma de 2010; también se recoge en el artículo 669 CCC argentino, donde después de señalar que «Los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis meses de la interpelación», el párrafo segundo añade «Por el periodo anterior, el progenitor que asumió el cuidado del hijo tiene derecho al reembolso de lo gastado en la parte que corresponde al progenitor no conviviente».

⁷ Para más información, entre los comentaristas más clásicos, v. J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, *Comentario al artículo 154*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (coord. M. ALBALADEJO GARCÍA), III, vol. 2, Madrid, 1982, p. 120 y J. I. RUBIO SAN ROMÁN, *Artículos 154 a 161*, en *Comentarios al Código civil* (coord. J. J. RAMS ALBESA, R. M. MORENO FLÓREZ), T. II-2º, Barcelona, 2000, pp. 1482 ss.

⁸ Para un marco general sobre el tema, v. J. A. COBACHO GÓMEZ, *La deuda alimenticia*, Madrid, 1991, pp. 11 ss.; F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Arts. 108 a 111*, en *Comentarios al Código civil* (coord. J. J. RAMS ALBESA, R. M. MORENO FLÓREZ), T. II-2º, Barcelona, 2000, p. 1093 ss. y C. ROGEL VIDE, *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Madrid, 2012, p. 28.

⁹ Entre lo más reciente y completo sobre el argumento, M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, *Reembolso a la madre de lo satisfecho por alimentos debidos al hijo por el padre en caso de determinación judicial tardía de la filiación paterna no matrimonial: un estudio desde la perspectiva del deber constitucional de asistencia*, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3 (julio-septiembre, 2022), Estudios, pp. 87 ss.

doctrina más acreditada¹⁰, partiendo de dos famosas sentencias del Tribunal Supremo de 2016, sigue siendo mayoritaria. El TS cierra primero las puertas a la posibilidad de que la madre obtenga la restitución de los anticipos con efecto retroactivo en la STS núm. 573 de 29 de septiembre de 2016¹¹, en la cual el TS cristaliza el principio de derecho por el cual «La reclamación, 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, tampoco la tendrá su madre a través de la acción de reembolso ejercitada en orden a satisfacer las múltiples necesidades de los hijos».

Solo un día más tarde, la «sentencia gemela» del mismo Tribunal Supremo destaca la improcedencia de la acción de reembolso ejercitada por la madre contra el padre, de las sumas anticipadas por el mantenimiento del hijo con eficacia desde el nacimiento, con la consiguiente aplicación del artículo 148 CC¹².

Al respecto cabe recordar que el artículo 148.1 CC en su párrafo primero, al establecer que «La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda», permite que el padre retenga el cumplimiento de su obligación por el tiempo previo a la reclamación judicial.

Cumple también tomar en consideración que este problema interpretativo había ya sido objeto de la Auto del Tribunal Consti-

¹⁰ Cfr., en particular, M. E. SÁNCHEZ JORDAN, *Obligación parental de mantenimiento y derecho de reembolso de la madre sola*, en M.ªP. GARCÍA RUBIO (Directora), J. ÁMMERMAN YEBRA, M. GARCÍA GOLDAR, I. VARELA CASTRO (Coordinadores), *Mujer, maternidad y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 53 ss.

¹¹ STS núm. 573 de 29 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4176/2016 - ECLI: ES: TS:2016:4176).

¹² STS núm. 574 de 30 de septiembre de 2016 (Roj: STS 4184/2016- ECLI: ES: TS: 2016:4184), donde se lee que «Para la efectividad de la obligación de prestar alimentos conviene diferenciar entre el tiempo o momento de nacimiento de la obligación propiamente dicho, y el tiempo o momento de 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». No han faltado las críticas desde la doctrina a las referidas sentencias; entre otros, E. RUBIO TORRANO, *Los alimentos del artículo 148, párrafo primero in fine del Código Civil, y el artículo 39.3 de la Constitución*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016; I. VIVAS TESÓN, *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 29 y 30 de septiembre de 2016. La determinación judicial de la filiación extramatrimonial no conlleva el reembolso de los alimentos proporcionados por la madre desde el nacimiento del hijo*, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 35, noviembre de 2016, pp. 1947 ss.

tucional núm. 301/2014¹³, sobre la cuestión de inconstitucionalidad por la potencial contradicción del artículo 148 CC, párrafo primero, *in fine*, con la obligación de los progenitores de prestar alimentos a los hijos menores, que dimana del artículo 39.3 CE y se extiende a toda su minoría de edad. El Tribunal Constitucional había considerado la cuestión como notoriamente infundada y estimó que la retroactividad pedida, en efecto, no serviría al interés superior del menor, ya que «los alimentos no se orientarían a la asistencia al menor, el fin del artículo 39.3 CE, 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 ya» (FJ 4.^o). Por lo tanto, entendió que la retroactividad estaría dirigida a compensar el progenitor cumplidor frente a una deuda del progenitor incumplidor. Además, cabe señalar que ante una eventual sentencia condenatoria al pago de las cantidades adeudadas, «una delimitación temporal de la exigibilidad de los alimentos parece proporcionada para evitar una situación de pendeencia, difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)».

Esta solución interpretativa separa el momento del nacimiento de la obligación alimentaria del momento de su exigibilidad. Si bien la obligación alimentaria surge con el nacimiento del hijo, la jurisprudencia identifica el día de interposición de la demanda judicial como el momento efectivo de partida del deber de contribución del padre moroso, postergando –incluso por mucho tiempo– la obligación paterna de alimentos, en detrimento de los intereses de la madre cumplidora, que deberá soportar completamente los pagos de manutención de los hijos, desaconsejando el pago voluntario de alimentos y, por lo tanto, favoreciendo más aún el desinterés del padre moroso¹⁴.

En realidad, lo que los jueces inexplicablemente parecen obviar es que la obligación de alimentos entre parientes y la de mantenimiento de los hijos menores tienen contenido, naturaleza y finalidad diferentes¹⁵, ya que la obligación de mantener a los hijos surge,

¹³ Auto T. C. núm. 301 de 16 de diciembre 2014 (BOE núm. 29, de 03 de febrero de 2015- ECLI: ES: TC:2014:301A).

¹⁴ En un sentido similar, v. M. CUENA CASAS, *La resistencia a la retroactividad en el pago de alimentos a menores de edad (una reflexión de lege ferenda)*, en www.hayderecho.com, 16 de marzo de 2016, pp. 1 ss.

¹⁵ Por su parte, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, donde el legislador catalán se muestra particularmente sensible al tema en cuestión en el capítulo VII, relativo a *los alimentos de origen familiar*. En efecto, el artículo 237-5, después de establecer la regla general por la cual «Se tiene derecho a los alimentos desde que se necesitan, pero no pueden solicitarse los anteriores a la fecha de la reclamación judicial o extrajudicial», establece una excepción expresa en el caso de la pensión alimenticia, admitiendo, en el único caso de los alimentos a los

como se ha dicho, del simple hecho del nacimiento, al que la ley conecta la responsabilidad de los padres¹⁶.

En principio, la obligación que interesa debería ser ligada únicamente a la condición de progenitor y a la menor edad del hijo; de no entenderse así, el riesgo de una violación del artículo 39.3 CE sería alto¹⁷.

Además, el enfoque hermenéutico propuesto por la citada jurisprudencia no tiene en cuenta la necesidad de brindar una protección rápida y eficaz a la madre, también con miras a proteger el superior interés del niño¹⁸.

hijos menores, que se puede solicitar los anteriores a la reclamación judicial o extrajudicial, hasta un período máximo de un año, si la reclamación no se hizo por una causa imputable a la persona obligada a prestarlos. Para un marco general sobre el tema en derecho catalán, v. J. RIBOT IGUALADA, *Aliments entre parents: novetats del Codi civil de Catalunya i jurisprudència recent*, en *Revista Catalana de Dret Privat*, 2013, vol. 13, p. 99, en particular, pp. 113-114. Es necesario, sin embargo, señalar que el mismo texto legislativo en el artículo 237-2 dispone que «Los deberes de asistencia entre cónyuges y entre los progenitores y sus hijos se regulan por sus disposiciones específicas y, subsidiariamente, por lo establecido por el presente capítulo». Se trata, por tanto, de una disciplina digna de mención por sus intenciones, aunque no parezca del todo satisfactoria para garantizar la protección plena y eficaz de los intereses primarios del hijo y del progenitor que ha adelantado los gastos de su manutención. M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, *Reembolso a la madre de lo satisfecho por alimentos debidos al hijo por el padre*, cit., p. 129, nt. 107, califica como «insuficiente» el artículo en cuestión «No obstante, este precepto nos sirve para corroborar nuestra opinión que el deber de alimentos puede exigirse retroactivamente y que la conducta de los progenitores en la determinación de la filiación ha de tenerse en cuenta a la hora de pronunciarse sobre las consecuencias del incumplimiento de dicho deber a su debido tiempo».

¹⁶ Véase, STS núm. 918 de 5 de octubre de 1993 (Roj: STS 6585/1993 - ECLI: ES:TS:1993:6585) donde se lee literalmente que «[...] Aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el título VI del libro primero del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad (artículo 154.1.º), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia –así, artículo 145.3.º– y precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (artículo I 10 CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados».

¹⁷ Sobre este argumento, C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por la aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 del Código Civil (comentario al auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre)*, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 11 ss.

¹⁸ Crítica con la fórmula «interés superior del niño», M.ª P. GARCÍA RUBIO, *¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? What is and what is the interest of the minor?*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020, pp. 14 ss., que subraya el riesgo de que este término pueda conducir a resultados absurdos (p. 18) «piénsese en la hipótesis de que el interés del menor pueda llegar a chocar con el derecho a la vida de otra persona ¿de verdad ha de primar aquel sobre este?, ¿cómo habrá de valorarse este derecho a la vida a la hora de tomar la decisión? En este punto, estoy totalmente de acuerdo con Eekelaar cuando señala que la utilización del reiterado principio puede conducir a resultados injustos para los adultos si se aplica de tal manera que ningún otro interés, excepto el del niño, sea dotado de peso específico en el caso concreto, lo cual podría suceder si el interés del niño sirve para anular todos los demás; mucho me temo que esa sería la deriva si los dos preceptos internos que he reproducido fueran aplicados de manera literal». Tam-

En definitiva, parece una consecuencia lógica que el artículo 153 CC y el artículo 148-I *in fine* del mismo texto legal no puedan aplicarse al deber para con los hijos menores de edad a que se refieren los artículos 39 CE, 110 y 154 CC¹⁹.

Como señala una cuidadosa doctrina, crítica con la orientación predominante de la jurisprudencia, «De seguir la interpretación sostenida por el TS y por el TC resultaría que en estos casos es preferible ser extraño que progenitor custodio, al ser el trato dispensado al primero mucho más generoso que el otorgado al segundo. Es más, podríamos encontrarnos ante el paradójico supuesto de que si la pareja (que no fuera progenitor del hijo) de la madre o algún abuelo –que serían “extraños” a los efectos del artículo 1.894 CC– se hicieran cargo del mantenimiento del menor, tendrían derecho a obtener el reembolso de una parte de los gastos, derecho que, como hemos comprobado, se niega a la madre»²⁰.

De estos pasajes argumentativos podemos deducir una de las tantas paradojas de una interpretación tan estricta como la suscitada por las más altas tribunales españoles, que no tiene en cuenta la evolución del ordenamiento jurídico y la necesidad inalienable de proteger el interés primario del menor en todos los asuntos que afectan directa o indirectamente con el interés de este último²¹.

bién se agrega que «El interés del menor, o el mejor interés del menor, o el interés del niño o la niña, o el mejor interés del niño o la niña, que de todas estas maneras podría denominarse (pero no, como he dicho, el superior interés del menor), se viene utilizando como criterio de decisión fundamental en la mayor parte de los casos de Derecho de familia en los que está implicado un menor de edad». La Autora concluye (p. 44) diciendo que «el mantra del «interés de menor» se viene utilizando «a la carta», con una utilidad que va desde el todo (derrotar una ley) hasta la nada (cuando se omite su consideración en el caso, incluso aunque se mencione)». Para un marco general del tema en el ordenamiento jurídico italiano, ver V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, en *Riv. dir. civ.*, 2/2018, pp. 405 ss.; C. M. BIANCA, *Il diritto del minore all'ascolto* (artículo 315 bis CC, inserto dall'articolo 1, comma 8.º, l. núm. 219/12), en *Nuove leggi civili comm.*, 3, 2013, p. 546; L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2016, p. 148 ss. y G. BALLARANI, *L'ascolto nella riforma della filiazione*, en *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, coord. Mir. Bianca, Milán, 2014, p. 127 ss. Para una mayor profundización sobre el argumento, permítanme citar mi trabajo, C. LAZZARO, *El derecho del menor a manifestar su opinión en el entorno familiar: protección y lagunas jurídicas*, en *Comparazione e diritto civile*, 3/2020, pp. 1193 ss.

¹⁹ En este sentido, M. E. SÁNCHEZ JORDAN, *Obligación parental de mantenimiento y derecho de reembolso de la madre sola*, cit., p. 91; también R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Un voto particular interesante en materia de alimentos*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2015, p. 91.

²⁰ Las reflexiones indicadas son de M. E. SÁNCHEZ JORDAN, *Reclamación de reembolsos de cantidades satisfechas por la madre para el mantenimiento y atención del hijo menor desde su nacimiento*, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 42 (enero – abril, 2017), p. 329 ss., especialmente pp. 343-344.

²¹ Los jueces parecen olvidar que, en el caso que nos ocupa estamos hablando de un deber constitucional, que pesa sobre ambos progenitores; en un sentido similar, v. M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, *Reembolso a la madre de lo satisfecho por alimentos debidos al hijo por el padre*, cit., pp. 126-127, quien niega «[...] que la segunda parte del artículo 148, párrafo 1, del Código civil, pueda regir en materia de alimentos a los hijos menores deriva-

A este respecto no se debe olvidar que la complejidad²² se ha desarrollado como un virus en todos los niveles, incluso en el ámbito familiar; y que, independientemente del modelo de familia elegido, el intérprete debe necesariamente tener en cuenta el interés primario del niño.

La maternidad en solitario (típica situación de familia monoparental) requiere la atención del jurista como *nuevo modelo de familia*²³ que surge en el particular (y variado) panorama familiar y que, como otros, merece reconocimiento y efectiva protección, lo que no parece que satisfaga una interpretación jurisprudencial del incumplimiento del padre deudor como la que se ha descrito.

Pero además del interés del niño, en este supuesto también surge el problema de garantizar una protección efectiva a la madre, quien no solo asumió la carga completa de la crianza, sino que adelantó las sumas necesarias para la manutención del niño correspondientes al otro progenitor²⁴. En consecuencia, parece útil reali-

dos de la filiación. La razón de ello es que el artículo 153 del Código civil establece que las normas del Título VI del Libro I, relativas al deber legal de alimentos entre parientes, serán aplicables «a los demás casos en los que [...] por este Código [...] se tenga derecho a alimentos, salvo lo dispuesto por la ley para el caso especial de que se trate», y en nuestro «caso especial» –alimentos a los hijos menores– existe una norma que establece una regulación diferente, cual es la contenida en el artículo 110 del Código civil al ser interpretado a luz de la propia la Constitución en su artículo 39.3, en relación con el resto de los apartados del citado precepto, y su artículo 14. En efecto, frente a la exigibilidad de los alimentos a partir de la interposición de la demanda del artículo 148 del Código civil, del citado artículo 39.3 de la Constitución resulta el deber constitucional –no solo legal– de ambos progenitores de asistir y, por tanto, alimentar a los hijos durante toda la minoría de edad, sin limitación temporal alguna, ni discriminación entre padre y madre a la hora de cumplir este deber, ni entre madres según su estado civil, ni discriminación entre los hijos en cuanto al cumplimiento del deber hacia ellos por parte de ambos progenitores por razón de su filiación, ni de la forma o momento en que la misma se determine, todo lo cual resulta reforzado por los principios de protección integral de los hijos y del superior interés del menor, tal y como pusimos de manifiesto al estudiar el artículo 39 de la Constitución. Estos postulados han de entenderse integrados en el contenido del artículo 110 del Código civil, puesto que éste es concreción legal –aunque, realmente, escueta– de aquél y ha de ser interpretado conforme al mismo para determinar su verdadero sentido y alcance. Por consiguiente, ambos progenitores, padre y madre, deben satisfacer los alimentos desde el nacimiento del hijo, y son exigibles y han de abonarse los devengados desde ese mismo momento, no desde que se interponga la demanda para reclamarlos».

²² Sobre el tema, ver las lúcidas observaciones de A. FALZEA, *Complèssità giuridica*, en *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, pp. 201 ss., ahora en *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III. *Scritti d'occasione*, Milano, 2010, pp. 597 ss. y en *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, VI ed., Milano, 2008, pp. 492 ss.

²³ La expresión se debe a J. AMMERMAN YEBRA, *Las madres solas ante los tribunales, la administración y las leyes ¿se perpetúa la discriminación? Solo mothers before the courts, the administration and the law: is discrimination being perpetuated?*, cit., p. 70.

²⁴ Observa M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, *Reembolso a la madre de lo satisfecho por alimentos debidos al hijo por el padre*, cit., p. 149 «[...] a través de una interpretación de los preceptos del Código civil guiada por los artículos 14 y 39 de la Constitución, se puede justificar, sin necesidad de modificaciones legales, el reembolso a la madre –o, en general, al progenitor– de lo que satisfizo por el padre al alimentar a su hijo en los casos de determinación judicial tardía de la filiación respecto de éste. Sin embargo, la letra de la ley podría ser más clara, de modo que para evitar cualquier duda y terminar de raíz con los problemas que la madre ha encontrado hasta ahora, proponemos: - Modificar el artícu-

zar un cuidadoso examen comparativo con el ordenamiento jurídico italiano para si es posible, desde una perspectiva *de jure condendo*, comparar las dos experiencias investigadas en este trabajo para sugerir respuestas innovadoras, más adecuadas a las nuevas necesidades sociales en las renovadas lógicas de las modernas formas de familia.

3. PREMISAS GENERALES: LAS NOVEDADES DE LA REFORMA ITALIANA DE LA FILIACIÓN EN LA MATERIA

Pasando, pues, al ordenamiento italiano, cabe señalar que la reciente reforma de la filiación²⁵ ha introducido en Italia una concepción de la familia con una estructura ascendente, abandonando la anterior concepción vertical/descendente, basada de forma visceral en la figura del *pater familias*.

Los hijos al nacer, momento de la obtención del estatus de hijos, adquieren una serie de derechos y deberes, entre los cuales se encuentra el derecho a los alimentos, y se convierten en protagonistas absolutos del escenario familiar. Los padres y madres, por su parte, asumen en dicho escenario un papel «funcional» de cumplimiento de la obligación alimenticia respecto de los hijos y, por decirlo de alguna manera, un rol de «coprotagonistas».

No resulta aventurado afirmar que esta nueva disciplina determina una revolución copernicana y que la nueva familia en ella concebida, más allá de cómo hubiera sido constituida, encuentra su centro axiológico en los hijos, los cuales constituyen la verdadera génesis de la familia, sin que ello signifique una merma del valor jurídico y ético de las parejas sin hijos.

Así las cosas, resulta evidente la decisión efectuada por el legislador de reglamentar la obligación de alimentos tanto en el plano de las relaciones horizontales entre los padres, para los cuales se establece una verdadera y precisa obligación recíproca y solidaria

lo 110 del Código civil, de modo que pase a decir: «El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y prestarles alimentos durante toda la minoría de edad». – Modificar el artículo 112, párrafo 1.º, del Código civil, añadiendo una tercera proposición, al final, que establezca: «La retroactividad se producirá siempre respecto al deber de alimentar a los hijos menores». – Añadir al artículo 148 del Código civil, un nuevo párrafo, que sería el segundo, que aclare: «El párrafo anterior no será de aplicación a la obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad».

²⁵ La materia sufrió una profunda modificación con la Ley núm. 219 del 10 de diciembre 2012, de reforma de la filiación y posteriormente por el d.lgs. núm. 154 del 28 de diciembre de 2013.

entre estos últimos²⁶ (aunque sea en función de los hijos), así como en el plano de las relaciones verticales entre los progenitores y la prole²⁷, de ahí que el artículo 316 *bis* CC esté colocado en el Título IX Capítulo I «*de los derechos y deberes del hijo*» en materia de filiación²⁸.

En una perspectiva enteramente centrada en la figura de los hijos, por lo tanto, el interés primario de estos impregna de forma acentuada las relaciones interpersonales de los cónyuges, configurando la obligación de alimentos en una óptica bidireccional, en el ámbito de una corresponsabilidad general de los padres en el cuidado del bienestar de la descendencia²⁹.

La obligación de prestar alimentos constituye al mismo tiempo un derecho inalienable de los hijos, de conformidad con el artículo 315 *bis* CC, además de una específica obligación de los progenitores³⁰, como se prevé en los artículos 147, 148 y 316 *bis* CC³¹.

Antes de entrar *in medias res* en el tema de estudio, resulta útil resaltar algunas pequeñas, pero significativas, modificaciones léxicas del artículo 316 *bis* CC respecto del texto anterior, en las cuales se evidencia la voluntad del legislador de ampliar la noción de alimentos, enriqueciéndola con algunos aspectos innovadores.

En primer lugar, en la terminología del Derecho italiano el encabezamiento del artículo pasa de ser «conurrencia en los gastos» a «conurrencia en el mantenimiento». Con este cambio, que

²⁶ De conformidad con el artículo 147 CC, el matrimonio impone a ambos cónyuges la obligación de alimentar, instruir, educar y asistir moralmente a los hijos con base en su capacidad, inclinaciones naturales y aspiraciones al tenor de lo previsto en el artículo 315 *bis*, en el cual se da una perspectiva desde el punto de vista del hijo la misma previsión normativa a cargo de los padres.

²⁷ El texto del artículo 316 *bis*, párrafo 1 CC prevé que los padres tienen que cumplir con sus obligaciones hacia los hijos en una medida proporcional a sus respectivas capacidades de trabajo profesionales o domésticas. Cuando los padres no tienen los medios suficientes, los otros ascendientes, en orden de proximidad, están obligados a suministrar a los padres los medios necesarios para que puedan cumplir con sus deberes respecto de los hijos.

²⁸ El artículo 316, anteriormente, se encontraba ubicado en el Título VI Cap. IV «de los derechos y deberes que nacen del matrimonio».

²⁹ Los progenitores también están obligados, en el orden indicado en el artículo 433 CC, a suministrar alimentos —en el sentido estricto del término como previsto en la legislación italiana que distingue, como hemos dicho, entre alimentos y mantenimiento— allí donde concurren los presupuestos y garantizar al hijo una vida digna. La obligación de alimentos surge entonces, en presencia del estado de necesidad de quien no logre satisfacer sus propias necesidades vitales.

³⁰ Para un marco general, cfr. G. F. BASINI, *I doveri verso i figli*, in *Tratt. Dir. fam.*, dirigido por G. BONILINI, I, Utet Giuridica, Milanofiori Assago (MI), 2016, p. 917 ss. y G. FERRANDO, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giu.*, 4/2013, p. 525 ss.

³¹ Según la doctrina italiana más autorizada, la instrucción y la educación podrían considerarse como subcategorías de la obligación más general de alimentos, que han de entenderse como derechos fundamentales de solidaridad que tutelan los intereses esenciales del ser humano a recibir la ayuda y la orientación necesaria para su formación. En este sentido, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II-1, *La Famiglia*, IV ed., Milano, 2017, p. 367.

en principio puede parecer irrelevante, se opta por dar una mayor importancia al concepto de «mantenimiento», entendido como una especie de «contenedor» que incluye aspectos de carácter no solo patrimonial, sino también no patrimonial, ampliando su contenido y significado en el respeto del principio del *interés superior del niño*. En segundo lugar, resulta significativa la introducción en el primer párrafo del concepto italiano de «*obbligo*» entendido como obligación en sentido amplio, en sustitución del anterior «*obbligazione*», que responde al concepto tradicional de obligación, de carácter exclusivamente patrimonial.

En definitiva, se ha querido dar relevancia al contenido no meramente patrimonial de la obligación de alimentos –mantenimiento en la terminología italiana–, la cual se concibe ahora como compuesto por elementos de carácter patrimonial o extrapatrimonial, que se encuentran en el interés objetivo del hijo.

A este respecto cabe señalar que la noción de «*obbligo*», introducida recientemente por el legislador, en relación con objeto de la prestación, es seguramente «inestable», pudiendo resultar oscilante en su contenido; de ahí que un sector de la doctrina hable de «*variabilidad del objeto de la prestación*»³², subrayando los distintos modos de «concretarse», de «hacer» y de «no hacer»; en cambio, el concepto previamente usado de obligación, de conformidad con el texto del artículo 1174 CC, se halla anclado al carácter patrimonial.

En este punto resulta necesario interrogarse sobre el preciso contenido del concepto de mantenimiento en la evolución del sistema³³.

La doctrina, incluso antes de la reforma, era unánime en considerar que el mantenimiento, medido en consideración a las exigencias del hijo, comprende los gastos materiales inherentes a los alimentos –en sentido estricto–, al vestido, al ocio, a la salud e incluso a las exigencias espirituales de este último³⁴. Dicha obligación no puede (y no debe) reconducirse solamente a la obligación de ali-

³² V. F. ROMANO, *Obbligo (nozione generale)*, en *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 500 ss. y P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, en *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 133 ss., especialmente p. 141.

³³ Para profundizar resulta útil la obra de D. ACHILLE, *L'obbligo di mantenimento nel rinnovato quadro sistematico dei diritti del figlio*, in MIR. BIANCA (editado por), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, 115 ss.

³⁴ A propósito de este argumento resultan interesantes las observaciones de F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, en *Il cod. civ. Comm.*, fundado por P. SCHLESINGER, dirigido por F. D. BUSNELLI, Milano, 1996, pp. 114 ss.; M. SESTA, *La filiazione*, en *Tratt. Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, IV, *Filiazione, adozione, alimenti*, T. AULETTA (editado por), IV, Torino, 2011, pp. 37 ss.; M. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, artículo 148, en *Commentario Scialoja-Branca*, F. GALGANO (editado por), Bologna-Roma, 1993, p. 323; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, IV ed., Torino, 2014, p. 344 y M. PARADISO, *I Rapporti personali tra coniugi, artículo 148*, II ed., en *Cod. Civ. Comm.*, Milano, 2012, p. 333 ss.

mentación en sentido estricto, sino que deberá extenderse a aspectos como la vivienda, la salud, el deporte, el ámbito escolar y de formación cultural, y en sentido amplio, a todas las necesidades de asistencia y educación.

De lo hasta aquí expuesto, el derecho/deber de mantenimiento resultaría un concepto escurridizo, en el que el legislador se limita a establecer una obligación general de los progenitores «en proporción al acervo patrimonial y según su respectiva capacidad de trabajo profesional o doméstico»³⁵.

Por este motivo la norma prevé un sistema de evaluación de las cargas u obligaciones contributivas de cada progenitor que tenga en cuenta no solo las exigencias del hijo y el nivel de ingresos de aquellos, sino también cualquier otro elemento del acervo patrimonial susceptible de una valoración económica; además, debido a la imposibilidad de determinar el *quantum debeat ex ante* será necesario tener en cuenta las posibles mutaciones de la noción que nos ocupa.

En efecto, el juez deberá proceder a una cuantificación calculada *ad hoc* en el caso concreto, absteniéndose, al momento de establecer el monto de la asignación de alimentos, de efectuar un simple cálculo matemático de los ingresos económicos de los progenitores; por el contrario, ha de evaluar de forma global su situación patrimonial (y no solo los ingresos), teniendo en cuenta ulteriores factores, como las respectivas capacidades profesionales,

³⁵ Es útil señalar también la falta de una precisa delimitación temporal de la obligación en cuestión, de ahí que la jurisprudencia haya debido intervenir para dirimir las controversias surgidas distinguiendo caso por caso. Ahora bien, en las sentencias, y ahora también en las disposiciones normativas (ver artículo 337 *septies* CC), ha sido identificado el momento en el cual se alcanza la autonomía/independencia económica de los propios padres, como el momento de extinción del deber de proveer a los alimentos; tal momento no puede coincidir simplemente con la fecha en la que alcance la mayoría de edad. No obstante, lo anterior, no siempre es fácil individualar el efectivo momento en el cual se alcanza el estado de independencia de los padres; por lo tanto, la jurisprudencia ha intentado identificar (y castigar) las actitudes laxistas, inertes o de pereza de los propios hijos, negándoles en estos casos el derecho a los alimentos. Se considera por tanto que la obtención, aunque sea precaria, de una autosuficiencia económica, comprobada con la ejecución de un trabajo retribuido, incluso ocasional, o la pereza/inercia del hijo son índices relevantes de que no surge ningún débito de mantenimiento y como consecuencia producirán una transformación jurídica que tiene una eficacia desvanecida, respecto del derecho de mantenimiento originario que, llevará a la gradual erosión de la situación jurídica subjetiva en cuestión, hasta el punto que el hijo no podrá pretender los alimentos, sino que al máximo, si se encuentra en estado de necesidad, podrá exigir solamente los alimentos entendidos estos en el sentido estricto del término. Para un marco general del problema, permítanme citar mi trabajo, C. LAZZARO, *artículo 316 bis CC, Concorso nel mantenimento*, in AA. VV., *Commentario del codice civile*, dirigido por E. GABRIELLI, *Della Famiglia*, vol. II, G. DI ROSA (editado por), II ed., UTET Giuridica, Milano, 2018, pp. 657 ss. Para más detalles sobre el tema, también permítanme aplazar a la reciente sentencia del Tribunal Supremo de Casación, 13 de abril de 2023, núm. 9930, en *Dir.&Giust.*, 14 de abril de 2023.

el potencial en términos de ingresos económicos, y el tenor de vida del que hayan gozado los hijos³⁶.

De hecho, la doctrina más autorizada³⁷ ha hablado de «*principio de adaptación*» de la asignación de alimentos a la condición de los sujetos interesados, evidenciando la necesidad de tomar en consideración las exigencias reales de los padres y de la descendencia, con respeto del principio general de solidaridad familiar.

La delimitación de la contribución que debe aportar cada uno de los progenitores requiere, por lo tanto, la adecuación al criterio de «congruencia de la obligación de prestar alimentos» en estrecha conexión con la disponibilidad real de cada uno de ellos, pero siempre en línea con las aspiraciones del hijo.

Se deduce, pues, que no podrá pedirse a ninguno de los progenitores un esfuerzo económico/contributivo para el mantenimiento de sus hijos que supere sus concretas posibilidades económicas.

4. LA ÚLTIMA ETAPA DE UN *EXCURSUS* LARGO Y LABORIOSO. EL DERECHO AL REEMBOLSO DE LOS GASTOS EN FAVOR DE LA MADRE QUE HA ASUMIDO EL MANTENIMIENTO DEL HIJO DESDE EL MOMENTO DEL NACIMIENTO: LA SITUACIÓN EN ITALIA

Después de este breve *excursus*, procederemos a entrar, *in medias res*, en la problemática que nos ocupa. Pero antes, resulta necesario precisar que analizaremos dos vertientes principales en relación con la obligación de alimentos del hijo no reconocido, ambas igualmente relevantes: la primera, relativa a la tutela de la madre que ha sufragado los alimentos del hijo; la segunda, relativa

³⁶ Como consecuencia de ello, la obligación de alimentos debe ser modulada, en las múltiples situaciones concretas que pueden presentarse, teniendo en cuenta su función esencial. En relación con la cuantificación de la cuota parte, el legislador ha previsto en el artículo 337 *ter* CC (norma sustancialmente idéntica al anterior artículo 155 CC) que, salvo acuerdo suscrito por las partes en un sentido diverso, cada uno de los progenitores aporta al mantenimiento de los hijos en una medida proporcional al propio rédito. El legislador, por tanto, ha indicado los criterios que el juez debe seguir para determinar el monto de la asignación periódica, entre las cuales se toman en consideración en primer lugar las «exigencias del hijo». En la determinación de la cuota de alimentos a favor de los hijos es necesario analizar entonces todos los elementos concretos que revelan la capacidad económica de los padres, además del contexto social de pertenencia de los hijos y de sus exigencias. La cuota de mantenimiento asignada, sobre la base de cuanto dispuesto del artículo 337 *ter* CC ha de cuantificarse además observando el principio de proporcionalidad que exige una valoración comparada de los ingresos de ambos progenitores, además de la consideración de las exigencias actuales del hijo y del tenor de vida en el cual el hijo ha vivido (v. Casación, 1 de marzo de 2018, núm. 4811, en *Giust. Civ. Mass.*, 2018).

³⁷ A. PALAZZO, *La Filiazione*, en *Tratt. Cicu-Messineo*, II ed., Milano, 2013, p. 678.

a los mecanismos de tutela que ofrece el ordenamiento y a los que podrá acudir el hijo (o, por cuenta de él, el progenitor que ha cumplido las obligaciones) respecto del progenitor que ha incumplido.

En ambos casos, según la jurisprudencia consolidada de la Corte di Cassazione, la obligación del progenitor de proveer al mantenimiento del hijo surge justo en el momento de su nacimiento, y ello aunque la filiación haya sido determinada sucesivamente a través de una sentencia³⁸. La sentencia declarativa de la filiación natural *ex* artículo 277 CC produce los efectos del reconocimiento y comporta para el progenitor, de conformidad con los artículos 315 *bis* y 316 CC (es decir, del artículo 261 hasta la abrogación de la norma dispuesta por el decreto legislativo núm. 154/2013³⁹), todos los deberes propios de la filiación, incluido el de alimentos.

Resulta fundamental observar que el artículo 316 *bis* CC, que regula la concurrencia del progenitor al mantenimiento, no realiza ninguna distinción entre el progenitor que ha reconocido al hijo y aquel que no lo ha reconocidos, equiparándolos en lo que al deber de suministrar alimentos se refiere⁴⁰.

La obligación de concurrir al mantenimiento del hijo, como ha sido aclarado⁴¹, encuentra su justificación en el estatus de padre o madre⁴², cuya eficacia retroactiva se remonta al momento del nacimiento del hijo. Por lo tanto, la obligación del progenitor de mantener a los hijos (artículos 147 y 148 CC y artículo 316 *bis* CC) existe por el solo hecho de haberlos generado y no requiere ninguna otra resolución judicial.

De lo anteriormente expuesto se deduce que incluso en la hipótesis en la cual al momento del nacimiento del hijo la filiación esté determinada solo respecto de uno de los progenitores, quien ha provisto enteramente a los alimentos, no por ello decaen las obligaciones del otro correspondientes al periodo anterior a la decisión judicial que declara la paternidad o maternidad natural; justa-

³⁸ V. Casación, 12 de mayo de 2022, núm. 15148, en *Guida dir.*, 2022, p. 20; Casación, 22 de noviembre de 2013, núm. 26205, en *Dir. Fam. Pers.*, 2014, 2, p. 605; Casación, 10 de abril de 2012, núm. 5652, en *Giust. civ. Mass.*, 2012, 4, p. 467 y Casación, 3 de noviembre de 2006, núm. 23596, en *Foro it.*, 2007, 1, 1, p. 86.

³⁹ A propósito de este argumento, resultan interesantes las observaciones de P. SCHLESINGER, *Il D. Lgs. núm. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, en *Fam. dir.*, 5/2014, pp. 443 ss.

⁴⁰ A diferencia de lo establecido en el artículo 316 CC que disciplina el ejercicio de la responsabilidad parental, y que distingue el progenitor que ha reconocido el hijo y que ejerce la responsabilidad parental (parágrafo 4.º) del progenitor que no ha reconocido al hijo y que no ejerce la responsabilidad parental, pudiendo este último, únicamente vigilar sobre la instrucción, la educación y las condiciones de vida del hijo (parágrafo 5.º).

⁴¹ V. *ex plurimis* Casación, 16 de febrero de 2015, núm. 3079, en www.giustiziaticivile.com, 6 de abril de 2016, pp. 1 ss.

⁴² Independientemente del hecho de que la filiación se haya producido dentro o fuera del matrimonio.

mente porque el derecho del hijo a ser alimentado, instruido y educado por ambos progenitores se remonta al momento de su nacimiento⁴³.

Como muchas veces ha puesto de relieve la Corte di Cassazione, el incumplimiento de la obligación de alimentos por parte de los progenitores puede dar lugar no solo a una acción de reclamación de alimentos por las sumas no pagadas por el padre incumplidor, sino que también pueden derivarse de estos hechos, como veremos, los caracteres propios de un ilícito civil por lesión de derechos amparados por la Constitución, dando lugar a una acción autónoma del hijo, dirigida a la indemnización de los daños no patrimoniales, a tenor del artículo 2059 CC.

En relación con el primer aspecto, es idea consolidada que la acción de la madre de reclamación de la paternidad (natural) en interés del hijo menor de edad, no constituye solo una acción personal del progenitor, autónoma y distinta de aquella que le corresponde al hijo y sujeta, a diferencia de esta última que es imprescriptible, al ordinario término decenal de prescripción; pues el mismo término impediría, entre otras cosas, contra toda lógica y derecho, el ejercicio durante el restante periodo de minoría de edad del sustituido el ejercicio de una acción conculcando el interés de este, tutelado en cambio durante el tiempo de su incapacidad para actuar directamente por la tutela de sus propios derechos⁴⁴.

La jurisprudencia anterior a la reforma había señalado que el artículo 273 CC, al contemplar que la acción para obtener la declaratoria judicial de paternidad o maternidad (natural) pueda promoverse, en interés del hijo menor, por el progenitor ejerciente de la patria potestad (hoy hablamos de titular de la responsabilidad del/ de los progenitores⁴⁵), configura una extensión de un derecho del hijo, a través del poder de representación *ex lege* que le corresponde al progenitor⁴⁶; tiende a tutelar exclusivamente al hijo, sobre la base de la presunción de un interés en la declaración del estatus de hijo. Dicha norma prevé, por tanto, un supuesto de sustitución pro-

⁴³ Cfr. Casación 22 de noviembre de 2013, núm. 26205, en *Dir. Fam. Pers.*, 2014, 2, p. 605; Casación, 10 de abril de 2012, núm. 5652, en *Giust. civ. Mass.*, 2012, 4, p. 467 y Casación 14 de mayo de 2003, núm. 7386, en *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 5.

⁴⁴ Son varios los aspectos procesales a los que hay que prestar atención en la materia, para lo cual, remitimos a B. DE FILIPPIS, *Mantenimento del coniuge e dei figli*, Milano, 2022, p. 173 ss. y M. ROVACCHI, *Le spese per il mantenimento dei figli*, Milano, 2021, p. 37.

⁴⁵ Para mayor profundización, v. A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2018; S. VERONESI, *La responsabilità genitoriale. Autonomia dei genitori e tutela del minore*, Milano, 2020 e E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, en *Fam. dir.*, 5/2014, pp. 466 ss.

⁴⁶ Cfr. Casación, 29 de mayo de 1999, núm. 5259, en *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 1216 y Casación, 14 de mayo de 2005, núm. 10131, en *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 5.

cesal, otorgando un poder de acción a un sujeto distinto del titular del derecho en función de un particular interés; el progenitor está legitimado solo en vía sustitutiva del hijo para el ejercicio de dicho poder, en un momento anterior a aquel en el cual el hijo alcanza la mayoría de edad, y el mismo progenitor puede decidir si emprender o no acciones legales de forma discrecional e incuestionable⁴⁷.

La sentencia declarativa de la filiación natural encuentra fundamento normativo en el artículo 30 de la Constitución italiana y en los artículos 147, 148, 155 y 155 *sexies* CC y de ella se derivan todos los deberes propios de la filiación, incluido el de alimentos.

En efecto, esta sentencia declarativa de la filiación produce todos los efectos del reconocimiento de la paternidad, de conformidad con lo previsto en los artículos 261 y 277 CC, y comporta para el padre la asunción de todos los deberes propios de la filiación legítima, incluida la obligación de alimentos prevista al tenor del artículo 148 CC, pues dicha obligación se vincula al estatus de padre con un término que se inicia con el nacimiento del hijo. De ahí que el otro progenitor, que durante todo el tiempo anterior había asumido la carga de los alimentos, incluyendo la porción del padre declarado judicialmente *ex post*, tendrá derecho a exigir la restitución de la cuota correspondiente, de conformidad con las reglas dictadas por el artículo 1299 CC, que regula las relaciones entre deudores solidarios⁴⁸.

Además, una consolidada orientación de los jueces en materia de filiación ha afirmado el derecho al reembolso de los gastos en favor de aquel progenitor que ha asumido el mantenimiento del hijo desde el momento del nacimiento, aunque dicho derecho encuentre su legitimidad en la obligación legal de mantenimiento imputable también al otro progenitor; este derecho tiene un carácter indemnizatorio en sentido amplio, ya que está dirigido a indemnizar al progenitor que ha mantenido al hijo, para obtener la restitución de los desembolsos que ha sostenido en solitario para el mantenimiento de la descendencia.

En efecto, en repetidas ocasiones la jurisprudencia de la Corte di Cassazione ha declarado que el progenitor que ha asumido de forma exclusiva el mantenimiento del hijo tendrá una acción respecto al otro progenitor para la restitución de cuanto ha pagado en exceso. Se trata de una acción de regreso entre codeudores solidarios, al tenor del artículo 1299 CC, que se haya sostenida por los

⁴⁷ En este sentido Casación, 20 de febrero de 1988, núm. 1771, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 244 y Casación, 17 de julio de 2012, núm. 12198, en *Dir. & Giust. online*, 18 luglio 2012.

⁴⁸ V. Casación, 28 de marzo de 2017, núm. 7960, en *Giust. Civ. Mass.*, 2017 y Casación, 11 de julio de 2017, núm. 17140, en *Diritto & Giustizia*, 12 de julio de 2017.

principios ordinarios. La condena al reembolso de la cuota de los gastos por concepto de alimentos por el periodo anterior a la incoación de la acción no puede prescindir de una expresa demanda que conduzca a un juicio con eficacia de cosa juzgada⁴⁹.

La Corte di Cassazione había afirmado, además, que la sentencia que determine la paternidad o maternidad natural tiene un carácter declarativo de la existencia del estatus de hijo⁵⁰. De tal principio ha de derivarse, sobremanera, que la sentencia que determine un estatus que atribuya al hijo natural todos los derechos que corresponden al hijo legítimo tiene una eficacia retroactiva desde el momento mismo del nacimiento, según lo previsto por los artículos 147 y 148 CC en relación con los artículos 261 y 277 CC⁵¹.

El ejercicio de los derechos relacionados con dicho estatus, además, no puede prescindir de la declaración judicial o del reconocimiento efectuado por el progenitor, en la medida en que es dicha declaración la que atribuye el estatus y los derechos a él vinculados. La sentencia por lo tanto, para las finalidades que aquí competen, tiene un carácter constitutivo, en el sentido que sin ella el estatus de hijo no surge, y no puede haber ninguna reivindicación útil de los derechos que acompañan dicho estatus; si bien, como resultado de la sentencia, el disfrute de tales derechos ha de retrotraerse a la fecha del nacimiento⁵².

⁴⁹ En este sentido, *ex multis*, Casación, 16 de julio de 2005, núm.15100, en *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 6 y Casación, 4 de mayo de 2000, núm. 5586, en *Fam. dir.*, 2000, p. 549.

⁵⁰ Cfr. Casación, 23 de enero de 1993, núm. 791, en *Giur. it.*, 1993, I,1,1914 y Casación, 2 de febrero de 2006, núm. 2328, en *Il civilista* 2009, 5, p. 19.

⁵¹ El principio general *in praeteritum non vivitur* codificado por el artículo 445 CC, con referencia al nacimiento de la obligación de prestar alimentos, –y que encuentra su justificación en el hecho de que solo con la incoación de la demanda (o con la constitución en mora del obligado) el alimentado manifiesta el estado de necesidad, deduciendo por tanto la incapacidad de proveer al propio mantenimiento, con preclusión de hipotizar una obligación de prestar alimentos respecto de un sujeto que aún no haya pedido la prestación alimentaria– no encuentra aplicación en relación con la obligación de mantenimiento de los hijos, ya que el cumplimiento de tal obligación prescinde de cualquier demanda. La ley en efecto, pone a cargo de los progenitores la obligación de mantener a los hijos por el solo hecho de haberlos generado (artículo 147 CC) disciplinando su participación en el concurso de los gastos relacionados con ellos (artículo 148 CC).

⁵² Como es bien conocido, la acción de declaración judicial de paternidad, prevista por el artículo 269 CC, tiene la finalidad de garantizar al hijo nacido por fuera del matrimonio y no reconocido, el derecho a conseguir el estatus de hijo. Ello no significa que exista una obligación de reconocimiento en cabeza de los padres, ya que el reconocimiento nunca constituye el objeto de un deber jurídico y la declaración judicial no se pone como una especie de ejecución de forma específica de la obligación de reconocer, sino que a través de dicha acción se tutela el interés fundamental del hijo en obtener el reconocimiento de su propia filiación, además de su derecho a conocer sus propios orígenes. El objeto de la declaración es el dato biológico de la procreación y, a raíz de la reforma introducida con la Ley 151/1975, la paternidad puede probarse a través de cualquier mecanismo, incluso una presunción, siendo prácticamente imposible determinar una demostración directa de un hecho íntimo y reservado como el momento de la concepción por parte del presunto padre. No menor importancia, se reconoce a las pruebas hematológicas y genéticas, que permiten

Naturalmente, la obligación de entregar una cantidad por concepto de alimentos opera únicamente desde la fecha de instauración de la demanda judicial⁵³, ya que para el periodo precedente subsiste exclusivamente un derecho al reembolso de los gastos sostenidos por el otro progenitor en cumplimiento de su obligación de prestar alimentos.

La Corte di Cassazione ha aclarado, a partir de la importante sentencia núm. 4273 de 20 de abril de 1991⁵⁴, que ambos progenitores están en una situación de *coobligación* solidaria respecto del hijo por todo cuanto le corresponde por concepto de alimentos. Por tanto, insistimos en que ya bajo la vigencia del régimen anterior a la reforma de la filiación, el progenitor natural que convive con el hijo y que ha cumplido en solitario la obligación de prestación de alimentos puede ejercitar una acción de regreso respecto del otro progenitor de conformidad con las reglas dispuestas por el artículo 1299 CC que regula las relaciones entre codeudores solidarios. El progenitor conviviente con el hijo, en consecuencia, es titular de un derecho autónomo a obtener del otro una contribución para sufragar *ex post* los alimentos, la educación y la instrucción del hijo, y actúa en el proceso en nombre y en interés propio.

En el caso que nos interesa, tratándose de la restitución de una deuda, el monto exigible encuentra su límite en los desembolsos sostenidos en concreto por el progenitor que ha sostenido por entero los gastos⁵⁵.

No constituye un obstáculo a la liquidación de las sumas debidas el hecho de que no sea posible determinar con certeza cuáles hayan sido la sumas que haya soportado la actora para sufragar los gastos del hijo en los años anteriores. De hecho, constituye un prin-

determinar la paternidad con un porcentaje de fiabilidad superior al 99%. La parte, naturalmente, es libre de negarse a realizar los análisis clínicos necesarios para el desarrollo de las pruebas, pero de las motivaciones que se den a dicha negativa el juez podrá deducir otros elementos de prueba resultando claro que, hecha la salvedad de la integridad de la persona y la imposibilidad de imponer la extracción de muestras de sangre o de cualquier otro tipo, de la elección misma de negar el consenso para la realización de dichas pruebas clínicas es lícito deducir argumentos a la par de todos los demás comportamientos que han tenido las partes durante el curso del proceso (v. Casación, 27 de febrero de 2002, núm. 2907, en *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 354 y Casación, 25 de febrero de 2002, núm. 2749, en *Fam. dir.*, 2002, p. 315). En particular el Tribunal Supremo ha observado en repetidas ocasiones que pudiendo el juez de fondo basar el propio juicio en los resultados de valor probatorio solamente de los indicios, la negativa del padre de someterse al examen del DNA es suficiente para considerar fundada la solicitud del hijo dirigida a demostrar la efectiva existencia de una relación de filiación, incluso cuando, hipotéticamente, en el periodo de la concepción la mujer hubiera tenido relaciones con otros hombres, pues tales circunstancias no pueden de por sí excluir la subsistencia de una relación de filiación.

⁵³ *Ex plurimis*, v. Casación, 13 de julio de 1995, núm. 7644, en *Studium Juris*, 1996, p. 230.

⁵⁴ V. Casación, 20 de abril de 1991, núm. 4273, en *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2998.

⁵⁵ Cfr. Casación, 4 de enero de 2010, núm. 22506, en *Guida dir.*, 2011, 8, p. 82.

cipio consolidado en la jurisprudencia que en casos similares es posible utilizar el principio equitativo, conforme al cual el reembolso de los gastos que corresponden al progenitor que ha provisto al mantenimiento del hijo desde su nacimiento tiene un carácter indemnizatorio en sentido amplio, en cuanto va dirigido a indemnizar al progenitor cumplidor, a causa de los gastos que tuvo que sostener de forma exclusiva para el mantenimiento de la prole⁵⁶. Por otra parte, el progenitor solicitante debe probar que ha mantenido el hijo de forma adecuada, pero no está obligado a probar el monto de los gastos que ha sostenido para el hijo, el cual será calculado por el juez con una equitativa aproximación, mientras que será necesario especificar únicamente la prueba de los gastos que no entran en dicha «normalidad».

Sin embargo, no siempre resulta fácil determinar exactamente el *quantum debeatur*, debido al, más que posible, amplio lapso temporal transcurrido entre el nacimiento del hijo y la sentencia declarativa de la paternidad, lo que evidentemente corre el riesgo de suponer una prueba diabólica. Por lo tanto, la jurisprudencia ha establecido que allí donde no sea necesario cuantificar el importe preciso, el juez puede legítimamente proveer, para las sumas debidas desde el nacimiento hasta la sentencia, según equidad, como criterio de valoración del perjuicio causado de carácter general⁵⁷.

Un aspecto más complejo es el de la prescripción de la acción de restitución. En efecto, la excepción que a los defensores de los progenitores cumplidores les resultaba más difícil de afrontar era precisamente la relacionada con el argumento de la prescripción de su acción, precisamente por la configuración de las sumas debidas como cantidades pagadas indebidamente desde un punto de vista objetivo y a tenor del artículo 2033 CC; al respecto, se recuerda que para el reembolso de esas cantidades el ordenamiento italiano prevé un término de prescripción decenal, lo que, evidentemente,

⁵⁶ Por último, la reciente sentencia de la Casación, 25 de mayo de 2022, núm. 16916, en *Giust. Civ. Mass.*, 2022. La jurisprudencia de la Corte de Casación ha subrayado que el criterio equitativo puede ser utilizado no solo en hipótesis de responsabilidad extracontractual, sino también, en general, cuando la ley se refiere a indemnizaciones; por ello, nada obsta para que dicho criterio se utilice en los casos en los cuales sea necesario determinar las sumas debidas a uno de los progenitores y a título de reembolso los gastos sostenidos para el hijo (v. Casación, 1 de octubre de 1999, núm. 10861, en *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 2048, Casación, 19 de febrero de 2010, núm. 3991, en *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2, 240 y Casación, 14 de febrero de 2014 núm. 3559, en *Diritto & Giustizia*, 17 de febrero de 2014). En el mismo sentido Casación, 22 de julio de 2014, núm. 16657, en *Foro it.*, 2015, 6, I, p. 2149 y Casación, 17 de febrero de 2011, núm. 3916, en *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 264.

⁵⁷ Cfr. *ex multis* Casación, 13 de junio de 2022, núm. 19009, en *Diritto & Giustizia*, 14 giugno 2022; Casación, 22 de julio de 2014, núm. 16657, en *Foro it.*, 2015, 6, I, p. 2149; Casación, 1 de octubre de 1999, núm. 10861, en *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 2048 y Casación, 19 de febrero de 2010, núm. 3991, en *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2, p. 240.

comportaba el riesgo de frenar parte de las pretensiones de la parte actora en el caso de que el *dies a quo* hubiese sido concretado como el día del nacimiento del menor.

La situación se complicaba aún más con la solicitud –defendida por una antigua jurisprudencia– de aplicabilidad a este supuesto de la prescripción breve (cinco años) prevista en el artículo 2948 núm. 4 CC, si se califica el mantenimiento como un pago periódico⁵⁸. Al respecto, cumple señalar que el artículo 2948 numeral 4 CC fija la prescripción en un periodo de cinco años para aquellos pagos que deben realizarse periódicamente, anualmente o en periodos más breves, que encuentra su ámbito de aplicación en las prestaciones que maduran con el transcurso del tiempo y que, por lo tanto, serán exigibles solo al vencimiento de los plazos convenidos. Según la jurisprudencia de fondo de jueces y tribunales, por el contrario, dicho término de prescripción reducido no afecta a las prestaciones unitarias que se exigen de forma fraccionada en el tiempo, como es el caso de la obligación de mantenimiento que pesa sobre los padres al tenor de los artículos 147 y 261 CC y según el artículo 30 de la Constitución⁵⁹.

Dado, por lo tanto, que para la orientación mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia el plazo de prescripción de la acción de reembolso es de diez años, el problema concreto es entender a partir de cuándo comienza a correr realmente el plazo en cuestión.

De conformidad con el artículo 2935 CC el término de la prescripción empieza a contarse desde el momento en el cual el derecho pueda exigirse; por su parte, el derecho al reembolso presupone, en primer lugar, la cosa juzgada relativa a la paternidad natural, de acuerdo con lo previsto en los artículos 261 y 277 CC párrafo 1.

En consecuencia, la Corte di Cassazione ha consolidado una orientación según la cual el artículo 2935 CC, al establecer que el plazo de prescripción inicial comienza el día en el que el derecho puede hacerse valer, se refiere solo a la posibilidad legal de ejercicio del derecho, sin que pueda influir en el curso de la prescripción la imposibilidad de hecho⁶⁰.

⁵⁸ V. Casación, 1 de junio de 2010, núm. 13414, en *Dir. Giust.* Online, 2010. En un sentido similar, aunque en relación con un caso parcialmente diferente, cfr. Casación, 4 de abril de 2005, núm. 6975, en *Giust. Civ.*, 2006, 3, I, p. 638.

⁵⁹ V., *ex plurimis*, Tribunal de Lamezia Terme, 24 de febrero de 2012, en *Dir. fam.*, 2012, 4, p. 1669.

⁶⁰ Se suelen distinguir, de hecho, dos hipótesis: Si es el hijo quien ejecuta la acción para la cuantificación de las sumas debidas a título de alimentos, dicha acción será imprescriptible; por el contrario, si es la madre quien la ejerce, siendo la solicitud de indemnización asimilable a una acción de regreso de las sumas debidas, la prescripción será decenal y los términos, en ausencia de un acto extrajudicial precedente de constitución en mora, empiezan a contarse desde la fecha de la demanda judicial de declaración de la paternidad.

Resulta evidente que hasta el momento en el cual se produce la cosa juzgada en el proceso de declaración de la paternidad o maternidad natural, no surge el estatus de hijo natural y, por lo tanto, falta el presupuesto para el ejercicio de las acciones que a dicho estatus se vinculan⁶¹. La declaración de la condición de hijo constituye el presupuesto para el ejercicio de los derechos relacionados con dicho *status*⁶². La demanda de reembolso de los gastos sostenidos para el mantenimiento del hijo por parte del progenitor coobligado presupone dicha declaración y, si bien puede proponerse con la demanda de declaración judicial de paternidad o maternidad⁶³, no puede ser acogida hasta que el juez no se pronuncie, con eficacia de cosa juzgada, sobre la calidad de hijo natural o en cuanto tal cosa juzgada se haya formado anteriormente.

Está claro que una cosa es la comprobación de la existencia de un derecho preexistente y otra la declaración, de eficacia constitutiva, de un estatus, a través de una sentencia que ha de tener eficacia de cosa juzgada y que representa el presupuesto de la preten-

⁶¹ V. *ex multis* Casación, 3 de noviembre de 2006, núm. 23596, en *Foro it.*, 2007, 1, I, p. 86.

⁶² En realidad, el carácter constitutivo de la sentencia declarativa del estatus del hijo natural, incluso a efectos del inicio del término de prescripción, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ha afirmado que el término de diez años de prescripción del derecho de aceptar la herencia al tenor del artículo 480 CC comienza, para el hijo natural, solamente desde la fecha de la declaración judicial si es sucesiva a la apertura de la sucesión, y no desde esta última ya que, incluso retrotrayendo los efectos de la declaración judicial a un momento anterior al de la apertura de la sucesión, el hijo natural se halla en la imposibilidad jurídica, y no simplemente de hecho, de aceptar la herencia del progenitor hasta cuando tal declaración no se pronuncie. (en este sentido Casación, 21 de marzo de 1990, núm. 2326, en *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 82; y Casación, 12 de marzo de 1986, núm. 1648, en *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1639). A este propósito se ha observado, que el ordenamiento jurídico coloca el reconocimiento o la declaración judicial de paternidad en un momento anterior al del ejercicio de las posiciones jurídicas subjetivas derivadas de la apertura de la sucesión, atribuyendo al reconocimiento y a la sentencia declarativa de paternidad el valor de elemento constitutivo necesario de la compleja hipótesis adquisitiva de la herencia y no el de simple presupuesto de hecho del derecho potestativo de aceptación y de petición de la herencia que como tal no es idóneo a impedir el decurso de la prescripción según lo establecido por el artículo 480 CC. Lo anterior encuentra confirmación en el artículo 573 CC, en el cual se dispone que la sucesión de los hijos naturales se abre cuando la filiación ha sido reconocida o declarada judicialmente y en el artículo 715 CC párrafo 1 que considera un impedimento a la división de la herencia la pendencia de un juicio sobre la legitimación o sobre la filiación natural de aquel que, en caso de éxito favorable en el proceso estaría llamado a heredar. En conclusión, si los efectos de la sentencia de declaración de la paternidad o maternidad natural se retrotraen al momento del nacimiento, se constituye el estatus de hijo legítimo solamente a raíz de la declaración, ya que antes de dicho momento no puede configurarse la posibilidad jurídica de hacer valer los derechos que dicho estatus y la consiguiente relación paternal presupongan. Como se indica en el texto, dicha conclusión vale también para la acción de restitución de la cuota, en contra del otro progenitor de los gastos sostenidos para el mantenimiento y la educación del hijo natural. Tal acción presupone, de hecho, la declaración con eficacia de cosa juzgada del estatus de hijo natural.

⁶³ Orientación consolidada desde la conocida sentencia Casación, 8 de agosto de 1989, núm. 3635, en *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 8-9.

sión que quiere hacer valer el progenitor coobligado *in solidum* que ha cumplido con sus obligaciones respecto del hijo común.

Hay que resaltar la imposibilidad de hacer valer un derecho cuya existencia no solo no ha sido declarada, sino que además presupone el reconocimiento del estatus de hijo natural. El derecho a los alimentos, si bien corresponde al hijo desde el nacimiento, al encontrar su fundamento directamente en el artículo 30 de la Constitución, no puede hacerse valer antes de la declaración de paternidad. En esta misma línea, la Corte de Casación ha declarado que el derecho al reembolso de los gastos que corresponde al progenitor que ha criado al hijo respecto del progenitor que procede al reconocimiento, solo se puede ejercitar a partir del día del reconocimiento mismo, ya que solo el reconocimiento de conformidad con el artículo 261 CC produce los efectos típicos vinculados por la ley al estatus jurídico de hijo natural, lo cual tiene como consecuencia que dicho día marque el *dies a quo* de inicio de la prescripción⁶⁴.

Análogamente, la jurisprudencia de los Tribunales menores⁶⁵ evidencia cómo el progenitor que ha suplido exclusivamente al mantenimiento de los hijos tiene una acción de regreso respecto del otro para obtener el reembolso de la cuota de los gastos sostenidos desde el nacimiento del hijo. Dicha acción podrá ejercitarse únicamente desde el momento de ejecutoria de la sentencia de declaración de la filiación natural, lo que trae como consecuencia que dicho momento indica, además, el momento de inicio del término del derecho mismo.

Sin embargo, al final, una vez entendido el mecanismo de protección del interés en el reembolso del anticipo pagado por la madre cumplidora, cabe señalar que la acción de reembolso y la acción de declaración de paternidad, aunque conectadas y ejercitables conjuntamente por razones de economía procesal, son diferentes entre sí por *petitum* y *causa petendi* y, en consecuencia, como veremos en el apartado 6 de este mismo trabajo, también ejercitables por separado y en períodos también muy diferentes entre sí.

5. LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE ALIMENTOS COMO CASO EMBLEMÁTICO DE ILÍCITO ENDOFAMILIAR

Antes de concluir la discusión del problema del reembolso de las cantidades adelantadas por la madre en lugar del padre moroso

⁶⁴ V. Casación, 26 de mayo de 2004, núm. 10124, en *Giust. civ.*, 2005, 3, I, p. 725.

⁶⁵ Cfr. *ex plurimis* Tribunal de Parma, 3 de julio de 2013, núm. 996, en *Redazione Giuffrè*, 2013.

es necesario señalar un segundo aspecto tratado solo *incidenter* en el apartado anterior.

El progenitor que no ha cumplido con la propia obligación de alimentar, mantener, instruir y educar al hijo, que muestra desinterés respecto de él, además de configurar con su omisión una grave violación de los deberes de cuidado y asistencia moral de su hijo o hija, provoca inevitablemente una grave lesión de los derechos de ese hijo o hija que nacen de la relación de filiación⁶⁶. Todo ello independientemente del hecho de que el otro progenitor lo haya reconocido al momento del nacimiento y haya provisto en exclusiva a su mantenimiento.

Es posible afirmar, en línea con la jurisprudencia de la Corte de Casación, que a través de la noción de ilícito *endofamiliar* se pueda considerar que la violación de los correspondientes deberes no encuentra su sanción únicamente en las medidas típicas previstas por el Derecho de familia, sino que comporta que, en la hipótesis en la cual se provoque la lesión de derechos amparados por la Constitución, pueda llegar a configurar un ilícito civil; daría así lugar a una acción autónoma dirigida a la indemnización de los daños no patrimoniales, conforme al artículo 2059 CC, reinterpretado a la luz de los principios recientemente sostenidos por la misma Corte de Casación en materia de daños a la persona⁶⁷.

En definitiva, en la medida en la cual el padre biológico no cumpla con las obligaciones que derivan directamente de la filiación, su conducta constituye una violación de las obligaciones impuestas por los artículos 30 Cost. y 147, 148, 315, 315 *bis*, 316 e 316 *bis* CC; ello puede causar un perjuicio en la persona del hijo,

⁶⁶ Debe tenerse en cuenta que el legislador prevé, además, siempre en el artículo 316 *bis* CC la obligación subsidiaria de los ascendientes en el caso en el cual los progenitores no tengan los medios suficientes, como una expresión de solidaridad familiar, incluso entre las generaciones de parientes directos. Tal obligación oscila entre la solidaridad hacia los nietos y el asistencialismo hacia los propios hijos; no obstante, la Corte de Casación haya enfatizado que la obligación de los abuelos de contribuir al mantenimiento de los nietos se activa solo si se prueba que los padres no están en capacidad de satisfacerla. Por ello, la nuerca no puede pedir a la suegra los alimentos para los nietos si el padre incumple sus deberes. A afirmarlo son los jueces de legitimidad con la sentencia del 2 de mayo de 2018, núm. 10419 (en *Dir. Fam. Pers.*, 2018, 4, I, p. 1264) en la cual se sostiene que la obligación de mantener a los hijos corresponde en primer lugar a los padres, con la consecuencia que, si uno de los dos no quiere cumplir con su deber, el otro se encuentra obligado a hacer frente por entero a las exigencias de los hijos, dejando en salvo la posibilidad de demandar al progenitor que incumple para obtener una cuota calibrada según sus capacidades. La familia se encuadra aquí en su estructura más amplia y absuelve a las funciones asistenciales como sujeto partícipe del sistema de bienestar privado y endofamiliar, expresión concreta del principio de solidaridad.

⁶⁷ Para más información sobre el tema, v. Casación, 17 de enero de 2018, núm. 901, en *Giust. Civ. Mass.*, 2018; Casación, 27 de marzo de 2018, núm. 7513, en *Foro it.*, 2018, 6, I, p. 2038; Casación 31 de enero de 2019, núm. 2788, en *Riv. It. Med. Leg.*, 2020, 3, p. 1659; Casación, 11 de noviembre de 2019, núm. 28989, en *Resp. Civ. Prev.*, 2020, 6, p. 1901; Casación, 29 de septiembre de 2021, núm. 26301, en *Resp. Civ. Prev.*, 2022, 1-2, p. 417.

especialmente en caso del inmotivado y permanente rechazo a satisfacer los medios de sustento, con la consiguiente lesión de derechos fundamentales de la persona inherentes a la condición de hijo, además de constituir un perjuicio económico para este último.

No obstante, conviene señalar que la jurisprudencia de los tribunales especifica que, incluso pudiéndose apreciar en el caso en examen un daño de naturaleza no patrimonial, al producirse una agresión a los derechos fundamentales de la persona constitucionalmente tutelados, hay que excluir cualquier tipo de automatismo entre la violación de los deberes del progenitor, de por sí, y la indemnización del daño⁶⁸.

En efecto, según constante jurisprudencia de esos tribunales de fondo, la demanda de indemnización del daño existencial sucesiva a la falta de reconocimiento del hijo ha de ser rechazada allí donde no se encuentre probado el daño; no puede presumirse que la prueba del daño existencial sea *in re ipsa*, es decir, que derive automáticamente de la falta de reconocimiento. Por lo tanto, no va a indemnizarse un daño que prescinda completamente de la demostración de una consecuencia negativa para la víctima, al considerarse que la desvinculación de la indemnización del daño de la comprobación de la efectiva existencia de un reflejo negativo, de carácter personal y/o patrimonial en la esfera del sujeto perjudicado, significaría construir una categoría de daño automático directamente derivado de un hecho ilícito, sin que haya demostración alguna de la modificación *in peius* de la vida de la víctima⁶⁹.

Por lo tanto, establecida la premisa de que la ley no prevé la obligatoriedad del reconocimiento, el hijo debe probar que, si bien la madre ha cumplido con la satisfacción de sus necesidades, esta última no ha logrado garantizarle un tenor de vida que habría alcanzado con el regular aporte de la cuota de mantenimiento que correspondía al padre⁷⁰.

Por otro lado, la violación de los deberes de mantenimiento, de hecho, puede producir un daño no patrimonial, o sea en sentido amplio, un daño psicológico y existencial, que afecta directamente la progresiva formación de la personalidad del perjudicado, condicionando así el desarrollo y su capacidad de comprensión y autode-

⁶⁸ V. *ex multis* Tribunal de Módena, 20 de febrero de 2015, núm. 272, en *Giurisprudenza locale – Modena*, 2015.

⁶⁹ Cfr. *ex plurimis* Tribunal de Trani, 27 de septiembre de 2007, núm. 959, en *Giur. merito*, 2008, 10, I, p. 2493.

⁷⁰ De aquí, la configuración de un potencial daño material, así como, al mismo tiempo, extrapatrimonial; de hecho, la ausencia de aportación paterna no sólo produce repercusiones psicológicas negativas en el crecimiento del niño, sino que reduce en gran medida el presupuesto económico a destinar a las necesidades de éste, con evidentes repercusiones en su calidad de vida.

fensa. Esta circunstancia, en la que se encuentran presentes los extremos del ilícito civil, puede dar lugar a una acción autónoma dirigida a la indemnización de los daños no patrimoniales al tenor del artículo 2059 CC; se trata de una acción que puede ejercitarse también en el ámbito de la destinada a la declaración judicial de paternidad, en la eventualidad de que el incumplimiento del progenitor haya causado – y se haya comprobado – un malestar material y moral para el hijo y de dicho malestar se hayan derivado ulteriores consecuencias negativas⁷¹.

En materia de filiación natural cabe destacar que la demanda interpuesta por el hijo respecto del progenitor dirigida a la indemnización de los daños padecidos como consecuencia de la conducta omisiva debida la falta de reconocimiento, es autónoma y distinta, respecto de aquella que reclama el mantenimiento, diferenciándose ambas tanto por *causa petendi* como por *petitum*⁷². De dicha diferencia se deduce que no existe ningún impedimento para la acumulación de las dos acciones, y que no dan lugar a una duplicación de la indemnización, uniéndose a dos distintos aspectos del daño patrimonial y no patrimonial.

A efectos de la cuantificación del daño patrimonial y no patrimonial que ha sufrido el hijo por la total ausencia de la figura paterna, también los jueces han acudido al criterio equitativo para determinar el importe, que no sería fácil cuantificar en su preciso montante⁷³. A este respecto es necesario recordar que «el ejercicio en concreto del poder discrecional conferido al juez de liquidar el daño en vía equitativa no puede ser objeto de discusión por el Tribunal Supremo en el juicio de casación»; dicha discusión solo se puede producir si «la motivación de la decisión da cuenta del uso de dicha facultad indicando el proceso lógico y de valoración que se ha utilizado»⁷⁴. En particular, se ha precisado que, para evitar

⁷¹ En este sentido Casación, 28 de noviembre de 2022, núm. 34950, en *Dir.&Giust.*, 29 de noviembre de 2022. Resulta oportuno, además, precisar que según la jurisprudencia de fondo, el retardo del hijo en la incoación de la acción de reconocimiento de la paternidad natural no puede ir en detrimento del padre, incrementando *sine die*, el monto de la indemnización endofamiliar, en los casos en los cuales la acción sea potencialmente ejercitable y que no haya sido ejercitada en el caso concreto. La indemnización del daño en todo caso debe parametrarse en un arco temporal en el cual puede plausiblemente y según el *id quod plerumque accidit* haber notado el vacío afectivo de la falta del padre, probablemente hasta la mayoría de edad. La medida de la indemnización endofamiliar de este tipo puede establecerse solo en a través de una vía equitativa, haciendo referencia al parámetro de la mitad de la cuota mínima mensual de mantenimiento para un hijo.

⁷² Casación, 22 de noviembre 2013, núm. 26205, en *Giust. Civ. Mass.*, 2013 y Casación 22 de julio de 2014, núm. 16657, en *Foro it.*, 2015, 6, I, p. 2149.

⁷³ V. Casación, 12 de mayo de 2022, núm. 15148, en *Guida dir.*, 2022, p. 20.

⁷⁴ En este sentido Casación, 13 de octubre de 2017, núm. 24070, en *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2018, 2, p. 117. En un sentido similar, v. Casación, 15 de marzo de 2016, núm. 5090, en *Giust. Civ. Mass.*, 2016.

que la relativa decisión pueda presentarse como arbitraria y sustraída a cualquier tipo de control, es necesario que el juez indique, al menos de forma sumaria y en el ámbito del amplio poder discrecional del que goza, los criterios seguidos para determinar la entidad del daño y los elementos sobre los cuales ha basado su decisión en lo relativo a la cuantificación⁷⁵, considerando censurable la liquidación basada en criterios «manifiestamente incongruentes respecto al caso concreto, o radicalmente contradictorios o macroscópicamente contrarios a datos de común experiencia»⁷⁶.

En efecto, la liquidación equitativa, incluso en su forma llamada «pura», consiste siempre en un juicio de prudente valoración que consiga balancear varios factores con probable incidencia sobre el daño; o sea, en un juicio que establezca una medida intermedia entre las probabilidades positivas y las negativas de daño efectivo en el caso concreto. Incluso jugando un rol relevante, el poder discrecional del juez no puede traducirse, por lo tanto, en una evaluación arbitraria, pues el juez está llamado a desarrollar una apreciación razonable de todas las circunstancias que en el caso concreto hayan podido tener una incidencia positiva o negativa sobre el montante del perjuicio; debe, además, indicar expresamente en la motivación el peso específico atribuido a cada una de ellas, de tal forma, que resulte evidente el camino lógico que ha seguido en la propia determinación y permitir un control del respeto del principio del daño efectivo y de la integridad de la indemnización⁷⁷.

Por otro lado, se ha observado, a efectos del inicio del término de prescripción, que el ilícito *endofamiliar* cometido por la violación de los deberes de los progenitores respecto de la descendencia puede ser instantáneo o permanente; lo primero, cuando se verifique una sola conducta de incumplimiento por parte del agente, que se agota antes o en el momento mismo de la producción del daño; permanente, si dicha conducta perdura más allá de dicho momento y sigue causando daño durante todo el período de su reiteración, ya que el progenitor que se autoexcluye completamente por un periodo significativo de la vida de los hijos, lo que causa en ellos un daño que perdura en el tiempo⁷⁸. Evidentemente configurar el ilícito en cuestión como instantáneo o permanente produce consecuencias relevantes en cascada sobre el cómputo

⁷⁵ Cfr. Casación, 31 de enero de 2018, núm. 2327, en *Giust Civ. Mass.*, 2018. En un sentido similar, v. Casación, 29 de julio de 2005, núm. 16094, en *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6.

⁷⁶ V. Casación, 25 de mayo de 2017, núm. 13153, en *Giust. Civ. Mass.*, 2017 y Casación, 22 de febrero de 2018, núm. 4310, en *Guida dir.*, 2018, 24, p. 64.

⁷⁷ V. Casación, 13 de septiembre de 2018, núm. 22272, en *Guida dir.*, 2019, 1, p. 78.

⁷⁸ Cfr. Casación, 10 de junio de 2020, núm. 11097, en *Foro it.*, 2021, 4, I, p. 1383 y Casación, 6 de octubre de 2021, núm. 27139, en *Dir.&Giust.*, 7 ottobre 2021.

del plazo de prescripción, que ha de iniciarse desde el momento en que cesa la conducta ilegal.

6. BREVES REFLEXIONES RECONSTRUCTIVAS

Después de este breve *excursus* sobre el tema de la reparación del daño inmaterial eventualmente sufrido por el hijo por la conducta ilegítima del padre, volvemos al tema del reintegro de los desembolsos anticipados por parte de la madre, que es el que más interesa en el presente ensayo, centrándonos en una cuestión procesal que merece un estudio detenido por sus importantes repercusiones prácticas.

Resulta útil destacar el hecho de que, aunque dicha acción pueda ejercitarse únicamente desde el momento de la ejecutoria de la sentencia de declaración de la filiación natural, ello no impide que el progenitor cumplidor, por razones de economía procesal, interponga la acción de regreso de las sumas dedicadas al mantenimiento del hijo conjuntamente con la acción de reconocimiento de este último.

Podría, en general, admitirse, también, que se puede pedir la restitución de la mitad de las sumas empleadas en el mantenimiento del hijo antes de la ejecutoria de la sentencia, e incluso con mayor razón una acción *ad hoc*.

De hecho, también en este caso se trata de dos acciones distintas, pues la demanda interpuesta por la declaración de la filiación natural es autónoma y distinta respecto de aquella que reclama el mantenimiento, diferenciándose ambas tanto por *causa petendi* como por *petitum*.

Por lo tanto, la madre cumplidora podría hacer valer su derecho al reembolso desde el momento del nacimiento, sin esperar a que la sentencia declaratoria de paternidad surta efectos de cosa juzgada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2935 CC italiano.

En tales casos, corresponderá al juez decidir si suspende o no la decisión sobre esta cuestión en espera de la ejecutoria de la sentencia relativa al reconocimiento del estatus de hijo.

De gran interés para el tema en examen resulta la diferencia conceptual entre los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. En concreto, por «presupuestos procesales»⁷⁹ se entienden los presupuestos de la demanda o condiciones de admisibilidad, cuya falta determina la declaración, incluso de oficio, de la

⁷⁹ Por ejemplo, la jurisdicción, la competencia o la legitimación para actuar.

inadmisibilidad de la demanda misma. Por el contrario, las «condiciones de la acción»⁸⁰ constituyen los requisitos que, aunque no estén presentes al momento de la demanda, tienen que existir en todo caso al momento de la decisión de la controversia, pudiendo concurrir incluso en caso de *litis pendentia*.

De este modo, se puede decir que los «presupuestos procesales» se refieren a los requisitos de validez del proceso, mientras que las condiciones de la acción son sustancialmente los requisitos de fondo de la demanda, relacionados con la subsistencia del derecho sustancial que se pretende hacer valer. Los «presupuestos» del proceso tienen que ver con la existencia misma del juicio y con su validez y procedibilidad y deben existir antes de la interposición de la demanda. Las «condiciones de la acción», en cambio, son los requisitos de fondo de la demanda, necesarios para que la acción pueda alcanzar la finalidad concreta a la cual está dirigida, es decir, que el juez pueda pronunciarse a favor del actor; es suficiente que tales condiciones existan al momento de la sentencia y no necesariamente al momento de la demanda.

Entonces, considerando la ejecutoria de la sentencia declarativa del estatus de hijo como la condición de la acción de regreso contra el padre moroso, no resulta comprensible por qué, siendo las dos acciones profundamente diferentes entre sí, como ya se ha señalado, por *petitum* y *causa petendi* y autónomas entre sí, no pueda ejercitarse la acción para el reembolso incluso antes de dicho momento, sin que ello pueda viciar la acción autónomamente incoada.

Ante tal situación, corresponderá al juez decidir si suspender (o no) el juicio pendiente ante él a la espera de que se dicte sentencia definitiva en materia de declaración de paternidad, siguiendo el ejemplo de lo que pasa en los casos de demanda por falsificación, cuando en el curso de la causa se alega falsificación de documento producido en juicio.

Evidentemente tal propuesta reconstructiva produciría repercusiones negativas en materia de prescripción de la acción, porque haría retroceder el *dies a quo* en el tiempo a favor del padre deudor incumplidor –potencialmente desde el día del nacimiento del hijo, reduciendo drásticamente las cantidades a reembolsar–, a excepción de los casos de imposibilidad objetiva de emprender acciones legales por parte de la madre.

⁸⁰ Piense en la mediación obligatoria impuesta por la ley en relación con las controversias relativas a las materias enumeradas originalmente por el artículo 5, párrafo 1 del d.lgs. núm. 28 de 2010, y hoy, a raíz de la reforma de 2013 (d.lgs. núm. 69 de 2010, conv., con mod., en l. núm. 98 de 2013), enumeradas por el inciso 1-bis del mismo artículo 5.

7. OBSERVACIONES FINALES DE CARÁCTER COMPARATIVO ITALO-ESPAÑOL

Advertimos que la actual tendencia jurisprudencial italiana en materia de prescripción que computa el plazo de prescripción de diez años a partir del momento en el cual se produce la cosa juzgada en el proceso de declaración de la paternidad o maternidad es consolidada y no admite particulares excepciones, pero la superior propuesta interpretativa suscita muchas dudas sobre la legitimidad de la solución cristalizada por los jueces de forma aparentemente rigurosa.

La misma rigidez, pero de signo contrario, al producirse a favor del padre deudor incumplidor, se encuentra en la jurisprudencia española, que niega la devolución de las cantidades adelantadas por la madre cumplidora por las razones ya explicadas en los primeros epígrafes de este trabajo⁸¹.

Tal vez convendría redondear las esquinas y optar por una solución intermedia, aprovechando ambas experiencias jurídicas comentadas.

Si es cierto, como parece, que la obligación parental tiene carácter solidario, como afirman los mismos jueces de legitimidad italianos y señala la doctrina española⁸², quien sólo ha soportado el

⁸¹ La jurisprudencia española no duda en considerar que nada impide a la madre formular la demanda en reclamación de alimentos tan pronto como nace la obligación. Por último, la sentencia del Tribunal Supremo, que básicamente recoge la doctrina del Auto del Tribunal Constitucional de 2014 y de las dos sentencias del Tribunal Supremo de septiembre de 2016 citadas. Cfr. STS núm. 412 de 23 de mayo de 2022 (Roj: STS 2076/2022 - ECLI: ES: TS:2022:2076). Sin embargo, no faltaron duras críticas a la reconstrucción sugerida por la jurisprudencia, de suerte que, como se ha destacado ampliamente en los párrafos anteriores, la doctrina mayoritaria está fuertemente en contra al enfoque jurisprudencial citado. Parece útil recordar las observaciones de M. T. MARTÍN MELÉNDEZ, *Reembolso a la madre de lo satisfecho por alimentos debidos al hijo por el padre*, cit., p. 128, quien especifica: «Nosotros no creemos que sean exigibles sólo los que se devenguen desde que se determine la filiación, sino también –siempre con el límite de la prescripción– los devengados desde la generación del hijo, ya que de la Constitución no se deriva ninguna limitación temporal, ni siquiera la procedente de la exigencia de que la filiación esté legalmente determinada, y nada impide la satisfacción de los alimentos atrasados y no pagados, en un momento posterior, tal y como se desprende del artículo 1966.1.º del Código civil o, incluso, de la misma retroactividad al momento de la demanda del propio artículo 148, párrafo 1 del Código civil».

⁸² Cfr. M. E. SÁNCHEZ JORDÁN, *Obligación parental de mantenimiento y derecho de reembolso de la madre sola*, cit., p. 95, que afirma (pp. 344-345): «la cuestión quedaría resuelta con el artículo 1145-II CC, que permite al deudor solidario que pagó (en este caso, la madre) ejercitar la acción de regreso contra su codeudor solidario (el padre) para reclamar la parte que le correspondía abonar, que se determinará en función de su caudal (artículo 146 CC), además de los intereses de las sumas anticipadas. Si consideramos aplicable a estos casos la regla del artículo 1.966.1 CC, la actora podría reclamar al padre una parte de los alimentos prestados en los cinco años anteriores a la interposición de la demanda, de manera que la cuantía total no tendría por qué suponer un grave quebranto para la economía del progenitor no custodio».

pago de todas las sumas tiene derecho al reembolso de la cantidad adelantada conforme al artículo 1145-II del código civil.

Esta reconstrucción permitiría abrir la puerta en el sistema español a la admisibilidad de la restitución de las sumas adelantadas por la madre cumplidora⁸³. Al mismo tiempo se podría compartir, en la línea de lo que pretende la jurisprudencia española, afirmar que la devolución de las sumas anticipadas, aunque fundada en el interés superior del niño, satisface el interés patrimonial de la madre en recuperar las sumas que había anticipado⁸⁴.

A la luz de los anteriores, sería útil conciliar los intereses en juego, por un lado el de la certeza de las relaciones jurídicas y el del padre que, quizás a veces desconociendo la existencia de un hijo, se ve obligado a pagar sumas considerables a la madre; por otro, el de la madre para obtener cuanto está prescrito por la ley.

Pues bien, en una condición de precario equilibrio entre intereses igualmente merecedores de protección, capitalizando además la «rigidez inversa» de ambas orientaciones jurisprudenciales, española e italiana, podría encontrarse una solución hermenéutica intermedia, que tenga en cuenta las necesidades concretas de los sujetos interesados en la materia en cuestión.

Así, podría ser útil introducir en el ordenamiento jurídico de los dos Países una disposición *ad hoc* destinada a regular el cómputo de la prescripción dentro de la cual la madre puede hacer valer sus derechos, señalando además un *dies a quo* seguro, fácilmente identificable, con el fin de minimizar cualquier cortocircuito interpretativo, evitando lamentables diferencias de trato y limitando la discrecionalidad del juez para resolver controversias tan delicadas⁸⁵.

Por ejemplo, en materia de pensiones alimenticias debidas por los progenitores a sus hijos, como *dies a quo* –a partir del cual debería contarse el plazo de prescripción para ejercer el derecho de la madre a la devolución del anticipo– se podría concretar el momento en que los niños alcanzan la capacidad de discernimiento que, a raíz de la reforma de la filiación en Italia, se presume lograda al cumplir los doce años.

⁸³ En el mismo sentido, I. BELUCHE RINCÓN, *La obligación de alimentar a los hijos menores (especialmente en supuestos de reconocimiento judicial de la filiación)*, en *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 45 (enero - abril 2018), versión electrónica.

⁸⁴ El problema parece surgir en el interés concreto del niño solo para el futuro, por que, como han señalado los Tribunales españoles, el niño ya ha sido satisfecho en su derecho a ser educado y mantenido por el período anterior al juicio, aunque a expensas exclusivamente de la madre.

⁸⁵ Subraya la delicadeza de la tarea del juez en el nuevo contexto social en continua transformación y el papel cada vez mayor de la jurisprudencia como fuente del derecho N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, pp. 15 ss.

Este amplio período de tiempo, por un lado, permitiría a la madre sopesar cuidadosamente la posibilidad de emprender acciones legales para obtener el reembolso de los anticipos; por otro, permitiría al hijo participar en una decisión que le concierne personalmente; al mismo tiempo garantizaría la certeza de las relaciones jurídicas, evitando situaciones de pendencia, difícilmente compatibles con el principio de seguridad jurídica, protegido constitucionalmente en el caso español por el artículo 9.3 CE, por lo que sería posible para el padre disponer de tiempos determinados para ser «liberado» de la espada de Damocles de la acción judicial de regreso, a la que, por el contrario, estaría sujeto *sine die* y con efecto retroactivo hasta el momento del nacimiento del hijo a la luz de la jurisprudencia italiana.

Con referencia a la duración del término de prescripción de la acción para hacer valer el derecho al reembolso, en cambio, este podría ser de diez años. Para evitar solicitudes de restitución exageradamente altas, se podría limitar el reembolso del padre moroso a la parte proporcional que le correspondiera de las cantidades satisfechas durante los últimos cinco años anteriores a la introducción del juicio, evitando que pueda exigirse la restitución con un efecto retroactivo excesivo (como pudiera ser desde el nacimiento) para proteger la certeza de las relaciones jurídicas⁸⁶.

Esta propuesta interpretativa permitiría, en Italia, regular clara y precisamente una cuestión que permaneció al margen de la disciplina legal, abandonada a las vacilantes pautas jurisprudenciales; en España, en cambio, de conformidad con el principio de legalidad constitucional sugerido por la doctrina italiana autorizada⁸⁷, tendría el mérito indiscutible de garantizar una efectiva aplicación del artículo 39.3 CE, que, evidentemente, teniendo en cuenta la jurisprudencia reciente, convirtió –adaptando las palabras de un conocido jurista italiano al caso que interesa– en *precepto constitucional olvidado*, inaplicable en el presente caso, *con el riesgo de quedar obsoleto*⁸⁸.

⁸⁶ Así, podría insertarse en el código civil italiano una disposición con el siguiente contenido: artículo 316 *ter* CC, *La prescripción de la obligación de pagar pensiones alimenticias*, «1. Cuando la acción se refiera a exigir el cumplimiento de las pensiones alimenticias debidas por los progenitores a sus hijos, el tiempo se contará desde que estos alcancen los doce años de edad. 2. La acción prescribe a los diez años. 3. El progenitor que hubiere satisfecho los alimentos del hijo con anterioridad a la determinación de la filiación del otro, podrá reclamar a este la parte proporcional que le correspondiera de las cantidades satisfechas durante los últimos cinco años desde la interposición de la demanda judicial».

⁸⁷ En materia de legalidad constitucional, esenciales parecen las cuidadosas observaciones de P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020.

⁸⁸ En este sentido, S. CASSESE, *La Costituzione «dimenticata». Introduzione*, in ID. (ed.), *La Costituzione «dimenticata»*, Milano, 2021, p. 4.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHILLE, Davide: *L'obbligo di mantenimento nel rinnovato quadro sistematico dei diritti del figlio*, in Mirzia BIANCA (editado por), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, pp. 115-127.
- AL MUREDEN, Enrico: *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, en Fam. dir., 5/2014, pp. 466-479.
- ÁLVAREZ MERINO, Julio, *Los alimentos de los hijos menores: art. 39.3 CE versus artículo 148.1 CC*, en *Revista de Derecho de Familia, El Derecho*, 2013 (11). Disponible en <https://revistas.lefebvre.es/revista-de-derecho-de-familia/hemeroteca/1827> (Consulta: 23 marzo 2022).
- AMMERMAN YEBRA, Julia: *Las madres solas ante los tribunales, la administración y las leyes ¿se perpetúa la discriminación? Solo mothers before the courts, the administration and the law: is discrimination being perpetuated?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- BALLARANI, Gianni: *L'ascolto nella riforma della filiazione*, en *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, coord. Mirzia BIANCA, Milano, 2014, pp. 127-136.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, *La filiación en España: una visión crítica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- BASINI, Giovanni Francesco: *I doveri verso i figli*, in *Tratt. Dir. fam.*, dirigido por BONILINI, Giovanni, I., Utet Giuridica, Milanofiori Assago (MI), 2016, pp. 917-919.
- BELUCHE RINCÓN, Iris: *La obligación de alimentar a los hijos menores (especialmente en supuestos de reconocimiento judicial de la filiación)*, en *Revista Aranzadi de Derecho patrimonial*, núm. 45 (enero - abril 2018), versión electrónica.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Artículos 1157 al 1171*, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021 pp. 1492-1522.
- *Un voto particular interesante en materia de alimentos*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 1/2015, pp. 91-93.
- BIANCA, Cesare Massimo: *Diritto civile*, II-1, La Famiglia, IV ed., Milano, 2017.
- *Il diritto del minore all'ascolto (artículo 315 bis CC, inserito dall'articolo 1, comma 8.º, l. núm. 219/12)*, en *Nuove leggi civili comm.*, 3, 2013, pp. 546-549.
- BONILINI, Giovanni: *Manuale di diritto di famiglia*, IV ed., Torino, 2014.
- CASSESE, Sabino: *La Costituzione «dimenticata». Introduzione*, in ID. (editado por), *La Costituzione «dimenticata»*, Milano, 2021.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *Comentario al artículo 154*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (coord. Manuel ALBALADEJO GARCÍA), III, vol. 2, Madrid, 1982.
- COBACHO GÓMEZ, José Antonio: *La deuda alimenticia*, Madrid, 1991.
- CUENA CASAS, Matilde: *La resistencia a la retroactividad en el pago de alimentos a menores de edad (una reflexión de lege ferenda)*, en *www.hayderecho.com*, 16 de marzo de 2016.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: *La obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por la aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 del Código Civil (comentario al auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre)*, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 11-45.
- DE FILIPPIS, Bruno: *Mantenimento del coniuge e dei figli*, Milano, 2022.

- FALZEA, Angelo: *Complessità giuridica*, en *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, pp. 201-217, ahora en *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III. *Scritti d'occasione*, Milano, 2010, pp. 595-644 y en *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, VI ed., Milano, 2008, pp. 492-497.
- FERRANDO, Gilda: *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giu.*, 4/2013, pp. 525-535.
- FINOCCHIARO, Francesco: *Del matrimonio*, II, artículo 148, en *Commentario Scialoja-Branca*, Francesco GALGANO (editado por), Bologna-Roma, 1993.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: *¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? What is and what is the interest of the minor?*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto 2020, pp. 14-48.
- GORGONI, Antonio: *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2018.
- LÁZARO PALAU, Carmen María: *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- LAZZARO, Carmine: artículo 316 bis CC, *Concorso nel mantenimento*, in AA. VV., *Commentario del codice civile*, dirigido por Enrico GABRIELLI, *Della Famiglia*, vol. II, Giovanni DI ROSA (editado por), II ed., UTET Giuridica, Milano, 2018, pp. 657-685.
- *El derecho del menor a manifestar su opinión en el entorno familiar: protección y lagunas jurídicas*, en *Comparazione e diritto civile*, 3/2020, pp. 1193-1213.
- LENTI, Leonardo: *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2016, pp. 148-158.
- LIPARI, Nicolò, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.
- MARTÍN MELÉNDEZ, María Teresa, *Reembolso a la madre de lo satisfecho por alimentos debidos al hijo por el padre en caso de determinación judicial tardía de la filiación paterna no matrimonial: un estudio desde la perspectiva del deber constitucional de asistencia*, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3 (julio-septiembre, 2022), Estudios, pp. 87-155.
- PALAZZO, Antonio: *La Filiazione*, en *Tratt. Cicu-Messineo*, II ed., Milano, 2013.
- PARADISO, Massimo: *I Rapporti personali tra coniugi, artículo 148*, II ed., en *Cod. Civ. Comm.*, Milano, 2012, pp. 333-374.
- PÁRAMO DE SANTIAGO, Casto, *Reclamación judicial solicitando la devolución de los alimentos satisfechos*, en *Revista Centro de Estudios Fiscales Legal*, 2019, núm. 216, pp. 109-116.
- PERLINGIERI, Pietro: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020.
- RESCIGNO, Pietro: *Obbligazioni (dir. priv.)*, en *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 133-382.
- RIBOT IGUALADA, Jordi, *Aliments entre parents: novetats del Codi civil de Catalunya i jurisprudència recent*, en *Revista Catalana de Dret Privat*, 2013, vol. 13, pp. 99-118.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *Arts. 108 a 111*, en *Comentarios al Código civil* (coord. Joaquín José RAMS ALBESA, Rosa María MORENO FLÓREZ), T. II-2º, Barcelona, 2000.
- ROGEL VIDE, Carlos: *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Madrid, 2012.
- ROMANO, Francesco: *Obbligo (nozione generale)*, en *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 500-508.
- ROVACCHI, Marta: *Le spese per il mantenimento dei figli*, Milano, 2021.

- RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio: *Artículos 154 a 161*, en *Comentarios al Código civil* (coord. Joaquín José RAMS ALBESA, Rosa María MORENO FLÓREZ), T. II-2.º, Barcelona, 2000.
- RUBIO TORRANO, Enrique: *Los alimentos del artículo 148, párrafo primero in fine del Código Civil, y el artículo 39.3 de la Constitución*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016, parte Estudio, pp. 151-154.
- RUSCELLO, Francesco: *La potestà dei genitori. Rapporti personali*, en *Il Cod. Civ. Comm.*, fundado por Piero SCHLESINGER, dirigido por Francesco Donato BUSNELLI, Milano, 1996.
- SÁNCHEZ JORDAN, María Elena: *Obligación parental de mantenimiento y derecho de reembolso de la madre sola*, en María Paz GARCÍA RUBIO (Directora), Julia AMMERMAN YEBRA, Mónica GARCÍA GOLDAR, Ignacio VARELA CASTRO (Coordinadores), *Mujer, maternidad y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- *Reclamación de reembolsos de cantidades satisfechas por la madre para el mantenimiento y atención del hijo menor desde su nacimiento*, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 42 (enero – abril, 2017), pp. 329-346.
- SCALISI, Vincenzo: *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, en *Riv. dir. civ.*, 2/2018, pp. 405-434.
- SCHLESINGER, Piero: *Il D. Lgs. núm. 154 del 2013 completa la riforma della filiazione*, en *Fam. dir.*, 5/2014, pp. 443-446.
- SESTA, Michele: *La filiazione*, en *Tratt. Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, IV, *Filiazione, adozione, alimenti*, T. AULETTA (editado por), IV, Torino, 2011.
- SIERRA PÉREZ, Isabel, *Comentario al artículo 148*, en Ana, CAÑIZARES LASO, Pedro, DE PABLO CONTRERAS, Francisco Javier, ORDUÑA MORENO, y Rosario, VALPUESTA FERNÁNDEZ, (Dirs.), *Código civil comentado*, vol. I, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2016, pp. 771-774.
- VERONESI, Silvia: *La responsabilità genitoriale. Autonomia dei genitori e tutela del minore*, Milano, 2020.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 29 y 30 de septiembre de 2016. La determinación judicial de la filiación extramatrimonial no conlleva el reembolso de los alimentos proporcionados por la madre desde el nacimiento del hijo*, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 35, noviembre de 2016, pp. 1947-1960.

JURISPRUDENCIA (por orden cronológico descendente)

1) ITALIANA

CASACIÓN

- Casación, núm. 9930, de 13 de abril de 2023.
- Casación, núm. 34950, de 28 de noviembre de 2022.
- Casación, núm. 16916, de 25 de mayo de 2022.
- Casación, núm. 15148, de 12 de mayo de 2022.
- Casación, núm. 27139, de 6 de octubre de 2021.
- Casación, núm. 26301, de 29 de septiembre de 2021.
- Casación, núm. 11097, de 10 de junio de 2020.

- Casación, núm. 28989, de 11 de noviembre de 2019.
- Casación, núm. 2788, de 31 de enero de 2019.
- Casación, núm. 22272, de 13 de septiembre de 2018.
- Casación, núm. 10419, de 2 de mayo de 2018.
- Casación, núm. 7513, de 27 de marzo de 2018.
- Casación, núm. 4811, de 1 de marzo de 2018.
- Casación, núm. 2327, de 31 de enero de 2018.
- Casación, núm. 901, de 17 de enero de 2018.
- Casación, núm. 24070, de 13 de octubre de 2017.
- Casación, núm. 17140, de 11 de julio de 2017.
- Casación, núm. 13153, de 25 de mayo de 2017.
- Casación, núm. 7960, de 28 de marzo de 2017.
- Casación, núm. 5090, de 15 de marzo de 2016.
- Casación, núm. 3079, de 16 de febrero de 2015.
- Casación, núm. 16657, de 22 de julio de 2014.
- Casación, núm. 3559, de 14 de febrero de 2014.
- Casación, núm. 26205, de 22 de noviembre de 2013.
- Casación, núm. 12198, de 17 de julio de 2012.
- Casación, núm. 5652, de 10 de abril de 2012.
- Casación, núm. 3916, de 17 de febrero de 2011.
- Casación, núm. 13414, de 1 de junio de 2010.
- Casación, núm. 3991, de 19 de febrero de 2010.
- Casación, núm. 22506, de 4 de enero de 2010.
- Casación, núm. 23596, de 3 de noviembre de 2006.
- Casación, núm. 2328, de 2 de febrero de 2006.
- Casación, núm. 16094, de 29 de julio de 2005.
- Casación, núm. 15100, de 16 de julio de 2005.
- Casación, núm. 10131, de 14 de mayo de 2005.
- Casación, núm. 6975, de 4 de abril de 2005.
- Casación, núm. 10124, de 26 de mayo de 2004.
- Casación, núm. 7386, de 14 de mayo de 2003.
- Casación, núm. 2907, de 27 de febrero de 2002.
- Casación, núm. 2749, de 25 de febrero de 2002.
- Casación, núm. 5586, de 4 de mayo de 2000.
- Casación, núm. 10861, de 1 de octubre de 1999.
- Casación, núm. 5259, de 29 de mayo de 1999.
- Casación, núm. 7644, de 13 de julio de 1995.
- Casación, núm. 791, de 23 de enero 1993.
- Casación, núm. 4273, de 20 de abril de 1991.
- Casación, núm. 2326, de 21 de marzo de 1990.
- Casación, núm. 3635, de 8 de agosto de 1989.
- Casación, núm. 1771, de 20 de febrero de 1988.
- Casación, núm. 1648, de 12 de marzo de 1986.

TRIBUNALES

- Tribunal de Módena, núm. 272, de 20 de febrero de 2015.
- Tribunal de Parma, núm. 996, de 3 de julio de 2013.
- Tribunal de Lamezia Terme, 24 de febrero de 2012
- Tribunal de Trani, núm. 959, de 27 de septiembre de 2007.

2) ESPAÑOLA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Tribunal Constitucional, núm. 301, de 16 de diciembre de 2014.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS núm. 412 (ponente José Luis Seoane Spiegelberg), de 23 de mayo de 2022.
- STS, núm. 574 (ponente Angel Fernando Pantaleon Prieto), de 30 de septiembre de 2016.
- STS, núm. 573 (ponente José Antonio Seijas Quintana), de 29 de septiembre de 2016.
- STS, núm. 918 (ponente Teófilo Ortega Torres), de 5 de octubre de 1993.

Visión crítica de la compensación por trabajo doméstico en el derecho civil español

CRISTINA VILLÓ TRAVÉ
Profesora lectora de Derecho civil
Universitat Rovira i Virgili

RESUMEN

El régimen económico de separación de bienes se caracteriza por la independencia absoluta entre los patrimonios de los cónyuges, lo que se traduce en importantes perjuicios para el consorte que se ha dedicado al trabajo doméstico durante la vigencia del matrimonio.

Frente a ello, la compensación económica por razón de trabajo del artículo 1438 del Código Civil nace como remedio al que puede acogerse el cónyuge que se ha dedicado a las tareas del hogar, como medio de contribución a las cargas familiares.

Si bien el reconocimiento de esta compensación por la dedicación al trabajo doméstico significa un avance en el sentido de reconocer y dar valor económico a este trabajo, el problema reside en que ni la escueta regulación del artículo 1438 del Código Civil ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo –ni de las Audiencias Provinciales– han aclarado por el momento el fundamento de esta institución. Ello tiene como consecuencia que no haya sido posible, a su vez, fijar unos requisitos claros para el reconocimiento de la compensación ni tampoco determinar cuáles deberían ser sus reglas de cuantificación.

El presente trabajo gira en torno a la necesidad de establecer unos parámetros objetivos y claros para el reconocimiento de la compensación, pues la necesidad de fijar unas bases sólidas que permitan dilucidar cuándo el trabajo realizado en el hogar debe dar lugar al nacimiento del derecho a ser compensado constituye un importante reto que se debe afrontar en aras a una óptima comprensión de la institución y a la resolución de los problemas prácticos que plantea. Más, si tomamos en consideración que cada vez es más frecuente que los matrimonios que se rigen por el Código Civil decidan voluntariamente someterse a este régimen económico.

PALABRAS CLAVE

Régimen económico de separación de bienes, trabajo doméstico, compensación, sobreaportación, dedicación exclusiva, carácter no excluyente, incremento patrimonial.

A critical perspective on economic compensation for household tasks in spanish civil law

SUMMARY

The economic regime of separate property is characterized by the absolute independence between the assets of the spouses, which results in significant disadvantages for the spouse who has dedicated themselves to household work during the marriage.

In response to this, economic compensation for labor under Article 1438 of the Civil Code emerges as a remedy available to the spouses who has devoted themselves to household tasks as a means of contributing to family burdens.

While the recognition of this compensation for household work represents progress in terms of acknowledging and assigning economic value to this work, the problem lies in the fact that neither the concise regulation of Article 1438 of the Civil Code nor the jurisprudence of the Supreme Court – nor that of the Provincial Courts– have yet clarified the foundation of this institution. As a consequence, it has not been possible to establish clear requirements for the recognition of compensation or determine the rules for its quantification.

This paper revolves around the need to establish objective and clear parameters for the recognition of compensation, since the necessity for solid foundations that allow determining when work performed at home should give rise to the right to be compensated constitutes an important challenge, that must be faced in order to achieve optimal understanding of the institution and resolution of the practical problems it presents. Moreover, if we take into consideration that it is increasingly common for marriages governed by the Civil Code to voluntarily choose this economic regime.

KEYWORDS

The economic regime of separate property, domestic work, compensation, overcontribution, exclusive dedication, non-exclusivity, increase in assets

SUMARIO: I. Introducción. –II. El concepto de trabajo doméstico.–III. El trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes.–IV. La compensación económica por razón de trabajo en el artículo 1438 del Código Civil.–V. Requisitos para el reconocimiento de la compensación del artículo 1438 del Código Civil. 1. Sobrecontribución del cónyuge acreedor vs. ¿Enriquecimiento del cónyuge deudor?. 1.1 El silencio del artículo 1438 del Código Civil. 1.2 El giro en el posicionamiento del Alto Tribunal. 1.3 Reflexión acerca de la conveniencia de exigir un incremento patrimonial del cónyuge deudor. 2. Dedicación exclusiva, pero no

excluyente, al trabajo doméstico. 2.1 Dedicación exclusiva del cónyuge acreedor. 2.1.1 La posición jurisprudencial. 2.1.2 Crítica en torno a la exigencia de exclusividad en la dedicación al trabajo doméstico. 2.2 El carácter no excluyente de la dedicación al trabajo doméstico. 2.2.1 La posibilidad de contratar a personal al servicio del hogar. 2.2.2 El grado de contribución al trabajo doméstico del personal contratado como elemento determinante para la concesión de la compensación.–VI. El fundamento de la compensación por trabajo doméstico. Principales teorías 1. La pérdida de oportunidades profesionales o académicas. 2. El remedio frente al desequilibrio patrimonial. 3. El restablecimiento de la regla de la proporcionalidad. 4. Una reflexión final en torno al fundamento de la compensación. ¿Influye la supletoriedad del régimen económico de separación de bienes en la regulación de la compensación?.–VII. Cálculo de la cuantía de la prestación.–VIII. Conclusiones. – Bibliografía. – Repertorio jurisprudencial.

I. INTRODUCCIÓN

La principal característica del régimen de separación de bienes reside en que, en él, cada cónyuge mantiene su independencia económica, por cuanto el matrimonio no altera la titularidad de los bienes, ni los adquiridos con anterioridad a la unión matrimonial ni los adquiridos tras ella por cada uno de sus miembros (art. 1437 del Código Civil¹). Ello no significa en modo alguno que no puedan tener bienes en situación de copropiedad. Sin embargo, en su caso, lejos de crearse una masa patrimonial común a ambos, como sí ocurre en la sociedad de gananciales, estos bienes se integran en el patrimonio privativo de cada consorte en función de su cuota de participación en los mismos².

Si bien se trata de un régimen económico aplaudido por muchos por las ventajas que ofrece para el reparto de los bienes entre los cónyuges tras la extinción del régimen económico matrimonial, su liquidación presenta también algunas sombras a las que se debe

¹ En adelante CC. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889. (BOE-A-1889-4763).

² En este sentido, resulta clarificadora la STS de 5 de noviembre de 2019 que, en su fundamento de derecho 2.º, establece que «(...)Los cónyuges estaban casados bajo el régimen de separación de bienes, en cuyo caso no cabe hablar de un patrimonio común de los esposos, aunque ello no excluye que existan bienes comunes adquiridos por ambos consortes durante el matrimonio, en la proporción que proceda a las aportaciones de cada uno de ellos (...)». STS núm. 583/2019 de 5 noviembre. (RJ 2019/4466) (ECLI: ES: TS:2019:3549). Ponente Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg.

poner remedio en aras a cumplir con el principio de justicia e igualdad entre los cónyuges que debe imperar en todo procedimiento.

En este sentido, el principal inconveniente que lleva implícito este régimen económico es el perjuicio que su disolución puede ocasionar al cónyuge que ha trabajado para la casa o para su consorte sin retribución o con una retribución insuficiente. Lo más habitual es que el cónyuge que ha gozado de una trayectoria profesional remunerada haya acrecentado su patrimonio durante el matrimonio más allá, y en detrimento, de aquél que se ha ocupado de la realización de las tareas domésticas y del cuidado de la familia, renunciando (en todo o en parte), en consecuencia, a un trabajo remunerado que aumentara su patrimonio.

Las mujeres son quienes se han visto y se ven perjudicadas principalmente por esta situación, pues son ellas quienes en la mayoría de las ocasiones renuncian a una jornada laboral debidamente retribuida para hacerse cargo de las tareas del hogar y del cuidado de los hijos e hijas y personas dependientes³, lo que tiene importantes consecuencias para ellas a nivel personal, tanto a corto como a largo plazo⁴. Ahora bien, no podemos pasar por alto que la realidad demuestra como, en la sociedad actual, las mujeres tienden a compatibilizar esta dedicación al trabajo doméstico con una actividad profesional retribuida, eso sí, generalmente más reducida y que permita conciliar ambas actividades. Así, cada vez es más frecuente que quien sobrecontribuye a las tareas domésticas lo haga con la ayuda de terceras personas contratadas para ello.

Frente a esta situación, la compensación económica por razón de trabajo nace en el régimen de separación de bienes como remedio del que puede servirse el cónyuge que se ha dedicado en mayor medida a las tareas domésticas⁵, con la finalidad de compensar o indemnizar el perjuicio económico que ello le haya podido ocasionar, tomando como punto de partida la regla de proporcionalidad en la contribución de ambos cónyuges al levantamiento de las cargas familiares (art. 1438 CC).

En el Derecho civil español, la compensación económica por trabajo doméstico está regulada en el inciso final del artículo 1438 CC, conforme al cual «el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de

³ Como se refleja claramente de los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística (https://ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t00/mujeres_hombres/tablas_1/10/&file=ctf03002.px#!:tabs-tabla). (fecha de consulta 14 de octubre de 2023).

⁴ Cortada, 2019, pp. 828-829.

⁵ El propio artículo 1438 CC reconoce expresamente que «el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas».

separación». Es interesante hacer una puntual alusión en este punto a la regulación de dicha compensación en el Derecho civil de Cataluña, pues probablemente el carácter supletorio que este Derecho otorga al régimen de separación de bienes, y la consiguiente presencia altamente manifiesta de matrimonios sometidos a este régimen económico en Cataluña, llevó al legislador a incluir esta institución en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña de un modo notablemente más profundo y minucioso que en su caso hizo el legislador español. Así, sus artículos 232-5 y siguientes ofrecen una regulación detallada de esta institución, no sólo delimitando de manera clara su alcance, sino también estableciendo de manera precisa unas reglas de cálculo y los límites porcentuales a los que puede ascender su cuantía. Como hemos avanzado, posiblemente ello responda a que el régimen de separación de bienes es supletorio de primer grado en el Derecho civil catalán, a diferencia del Derecho civil español, en el que este papel lo desempeña la sociedad de gananciales, sin perjuicio de la posibilidad prevista para las personas sujetas al Código Civil, de poder pactar el régimen económico de separación de bienes en capitulaciones matrimoniales.

Es precisamente el aumento de los matrimonios sujetos al Derecho civil español que pactan de manera expresa someterse a un régimen de separación de bienes⁶ lo que ha evidenciado que la regulación del artículo 1438 CC resulta claramente insuficiente para dar respuesta a los problemas que se plantean en torno a su posible aplicación. Y es que lejos de ofrecer unos criterios claros y objetivos que puedan esclarecer las dudas acerca de cuándo nace el derecho a percibir la compensación, el contenido del artículo 1438 CC es extremadamente escueto y no ofrece unas bases objetivas de las que que permitan discernir cuándo debe concederse o no la compensación en él prevista. En la redacción del precepto, el legislador se limita a reconocer la posibilidad de percibir esta compensación por parte del cónyuge que se ha dedicado a la realización del trabajo doméstico, sin incidir en los requisitos concretos que deben concurrir para su reconocimiento, ni establecer reglas de cálculo o límites cuantitativos.

Ante este telón de fondo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales no ha contribuido a esclarecer las dudas que surgen respecto de esta cuestión. En su caso, lejos de ofrecer una respuesta unánime que permita sentar jurisprudencialmente las bases para la aplicación del artículo 1438 CC, presenta gran disparidad en sus pronunciamientos y, en algunas ocasiones,

⁶ Véanse, a este respecto, las estadísticas publicadas por el Consejo General del Notariado. (<https://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo>).

incluso han resultado también poco acertados desde un punto de vista doctrinal, lo que ha convertido en una tarea todavía más ardua la determinación del fundamento de la compensación por trabajo doméstico y la fijación de unos criterios uniformes para su aplicación.

II. EL CONCEPTO DE TRABAJO DOMÉSTICO

El artículo 1438 CC establece que «el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas» sin especificar previamente en qué consiste el trabajo doméstico ni incluir un listado *numerus clausus* de actuaciones en él incluidas. Ello constituye una de las carencias que, entre otras muchas, presenta el precepto y que es necesario esclarecer en aras a poder determinar cuál ha sido la contribución del cónyuge que se ha ocupado de estas funciones al levantamiento de las cargas familiares.

Podemos tratar de buscar una respuesta poniendo el artículo 1438 CC en relación con otros preceptos del Código Civil relativos a las responsabilidades domésticas. En este sentido, el artículo 68 CC se refiere a la obligación de los cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas, así como el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo. Y, por su parte, también el artículo 103.3 CC alude a la dedicación de los cónyuges a la atención de los hijos e hijas comunes sujetos a patria potestad como contribución a las cargas del matrimonio. Además, en el ámbito laboral, también el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre⁷, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar puede servir de inspiración para aclarar el concepto, pues en él se establece que el trabajo para la casa incluye «cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos»⁸. Ahora bien, en este último caso, es necesario poner de relieve que el objeto de la regulación es el trabajo del hogar realizado en el marco de una relación laboral, sin olvidar

⁷ Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. «Boletín Oficial del Estado» núm. 277, de 17 de noviembre de 2011. (BOE-A-2011-17975).

⁸ ARREBOLA BLANCO, 2019, pp. 350-351.

que el trabajo doméstico realizado por un empleado del hogar dista, en muchos aspectos, del realizado por uno de los cónyuges, como se verá más adelante.

La tendencia general nos conduce a entender que el trabajo doméstico incluye «la dedicación de un cónyuge a la satisfacción de las necesidades alimenticias, arreglo del hogar, atención a los componentes del grupo familiar, la labor de la dirección de la casa y aún las gestiones administrativas y burocráticas realizadas fuera del hogar conyugal»⁹.

En este sentido, es necesario puntualizar que, si bien en una primera lectura el trabajo doméstico suele asociarse a la realización de las labores domésticas en sentido material, lo que podría entenderse como los trabajos que se realizan gratuitamente en el hogar¹⁰, realmente el concepto incluye otras realidades de carácter más intelectual¹¹, en línea con la protección del bienestar familiar y, por tanto, el trabajo personal realizado para la familia¹².

Por lo tanto, deberíamos partir de una concepción amplia¹³ del trabajo doméstico que excede de las labores del hogar en sentido estricto —en cuyo caso no hay óbice para encomendárselas a una tercera persona— para incluir también todas aquellas funciones dirigidas a cubrir las necesidades de la familia que tienen un amplio contenido moral y emocional¹⁴. Así, entre otros aspectos como la

⁹ RIBERA BLANES, 2004, p. 123.

¹⁰ DEL OLMO, 2014, p. 1096.

¹¹ Respecto de ello, Quiñonero Cervantes establece que «el trabajo doméstico se traduce a veces también en prestaciones de carácter intelectual, como, por ejemplo, aquellas necesarias para la instrucción de los hijos». QUIÑONERO CERVANTES, 1989, p. 708.

¹² La expresión «trabajo personal realizado para la familia» sustituyó a la de «trabajo en el hogar» en la Reforma del Derecho navarro operada por la Ley foral 21/2019, de 4 de abril. Precisamente, con la intención de evidenciar que el trabajo realizado fuera del hogar con el fin de mantener el bienestar familiar quedaba incluido en su regulación. Véase al respecto la nota 146.

¹³ Del Olmo alude a otros ordenamientos jurídicos en los que el concepto de tareas domésticas se utiliza en sentido amplio, entre los que destacan, al margen de España, Francia o Italia, países como Alemania, Austria o Suiza, por el detalle de su regulación. Entre ellos, especial mención merece Suiza, en el que se realizan encuestas para valorar el número de horas dedicadas a las tareas domésticas, entre las que enumera «preparar comidas, poner y recoger la mesa, limpiar la cocina, limpiar la casa, hacer la compra, hacer las camas, lavar y planchar la ropa, realizar pequeñas reparaciones, cuidar mascotas y plantas, trabajo de administración del hogar. Si hay niños en la casa, se tienen en cuenta las tareas de alimentarlos, lavarlos, meterlos en la cama, jugar con ellos, darles apoyo en las tareas escolares, darles compañía y llevarles de un sitio para el otro. Si algún miembro del hogar está necesitado de ayuda, estos cuidados se entienden también entre las tareas domésticas. En algunas enumeraciones se menciona incluso el trabajo de organizar fiestas y eventos sociales». Véase Del Olmo, 2014, pp. 1095-1097.

¹⁴ En este sentido, Berrocal Lanzarot alude a que «el trabajo para la casa o trabajo doméstico no se reduce exclusivamente a las tareas domésticas —cocinar, barrer— sino que es un concepto más amplio que abarca tareas para cuya realización no sería sustituible el cónyuge por un tercero, tales como la atención a los componentes de la familia, adquisición de bienes para los miembros de la familia, en suma, la tarea de dirección de las gestiones domésticas». BERROCAL LANZAROT, *RCDI*, 2016, p. 467.

educación de los hijos e hijas en sentido amplio, es relevante puntualizar que dentro del concepto de trabajo doméstico se incluyen también las funciones de dirección, organización, coordinación y supervisión¹⁵ del personal encargado de realizar materialmente ese trabajo¹⁶, a pesar de no ser los cónyuges quienes las realizan, sino personal contratado al servicio del hogar¹⁷.

En definitiva, entendemos que lo más acertado es entender que el trabajo doméstico objeto de la compensación no solo incluye la realización material de las labores del hogar y del cuidado de la familia, sino también la gestión de dichas labores, con independencia de que quien las realice sea uno de los consortes o una tercera persona contratada para ello.

III. EL TRABAJO DOMÉSTICO EN EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

El legislador español ha mostrado históricamente una clara preferencia por la sociedad legal de gananciales, en la que, como sabemos, existe un patrimonio común, el ganancial, que se repartirá por mitad entre los cónyuges una vez se extingue el régimen económico matrimonial (art. 1433 CC). De ello deriva que el trabajo doméstico incida de manera positiva en este patrimonio común, en tanto que el ahorro que supone que uno de los cónyuges se ocupe de las labores del hogar y del cuidado de los seres dependientes repercute directamente en su incremento, del mismo modo que lo harán las ganancias e ingresos generados por el consorte que desempeña un trabajo remunerado¹⁸.

Esta clara apuesta por la sociedad de gananciales ha ido en detrimento del régimen de separación de bienes, que operará cuando así se pacte en capitulaciones matrimoniales. Si bien es cierto

¹⁵ En relación con esta concepción, para ALBALADEJO «por trabajo para la casa no debe ser entendida solo pura actividad material encaminada a satisfacer las necesidades de mantenimiento alimenticio (como ir a la compra o cocinar), de arreglo del hogar como limpiar, hacer las camas, ordenarlos enseres, de atención a los componentes del grupo (como cuidar de los hijos, asearlos, etc.) y así otras ocupaciones posibles, si son desempeñadas por un esposo. Diferentemente, debe estimarse que también es trabajo para la casa la labor de dirección de la misma cuando de verdad ocupa (lo que ciertamente no consiste en solo dar órdenes). ALBALADEJO, 2013, p. 188.

¹⁶ Italia es uno de los países que incluye estas tareas dentro de la visión amplia de trabajo doméstico. Véase al respecto DEL OLMO, 2014, p. 1096.

¹⁷ Muestra de ello lo encontramos en la STS de 11 de diciembre de 2019 en la que se reconoce la compensación a la esposa por sus labores de organización, dirección y coordinación de las once personas que tenía contratadas al servicio del hogar.

¹⁸ Muy clarificadora resulta a este efecto la expresión «en comunidad se gana por dos y se ahorra por dos». Véase GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Revista de Derecho de Familia*, 2015, p. 56.

que en los trabajos de la Comisión General de Codificación que prepararon la reforma de 13 de mayo de 1981 se planteó que el régimen de separación de bienes fuera el régimen supletorio en los territorios sujetos al CC, en alusión a la posibilidad de mantener la independencia económica de los cónyuges que de él se desprende, finalmente este planteamiento no se materializó¹⁹, precisamente, porque se consideró que podía dar lugar a una situación injusta y poco equitativa cuando uno de los cónyuges se ocupaba del trabajo del hogar²⁰.

Todo ello ha tenido un papel decisivo en que la regulación del régimen de separación de bienes del Código Civil se caracterice por ser extremadamente sucinta y, por qué no, en muchas ocasiones insuficiente. Y, en este sentido, no sólo es escasa la previsión legal del régimen de separación de bienes con carácter general sino también, y en cuanto a la materia que nos ocupa, la regulación de la compensación por trabajo doméstico como institución idónea para paliar los efectos negativos que se desprenden de este régimen para el cónyuge que se ha ocupado de las labores del hogar.

La necesidad de que en el Derecho civil español los matrimonios que quieran someterse al régimen de separación de bienes deban pactarlo en capitulaciones matrimoniales puede llevar incluso a tratar de justificar la escasa regulación de este régimen económico por parte del Código Civil, así como la falta de un régimen jurídico de la compensación por trabajo doméstico del artículo 1438 CC, en el sentido de que sus consecuencias no se establecen con carácter supletorio, como sí ocurre en Derecho civil catalán, en el que su condición de régimen supletorio de primer grado evidencia la necesidad de una regulación detallada de la materia (como la que ofrecen los artículos 232-5 y siguientes CCCat). Por lo tanto, podría llegar a pensarse que cuando un matrimonio pacta este régimen ante notario conoce claramente los efectos que se desprenden de sus normas de liquidación y, por consiguiente, las consecuencias y problemas que este régimen puede ocasionar a aquél de los cónyuges que desempeña las labores del hogar. Y ello podría incluso llegar a hacerse valer por algunos como argumento para reflexionar acerca del sentido de regular de manera más detallada esta institución, sin perjuicio de que la realidad demuestra como la práctica plantea importantes problemas a los que debe darse respuesta.

¹⁹ Díez-PICAZO Y GULLÓN, 2006, p. 208 y CABANILLAS SÁNCHEZ, 2012, p. 1207.

²⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Revista de Derecho de Familia*, 2015, p. 2. Véase también Díez-picazo y Gullón, 2006, p. 208 y CABANILLAS SÁNCHEZ, 2012, p. 1207.

Al margen de lo anterior, no debemos olvidar que el régimen de separación de bienes puede resultar especialmente pernicioso para aquél de los cónyuges que, habiéndose dedicado durante el matrimonio al trabajo doméstico, no ha podido realizar una actividad debidamente retribuida fuera del hogar. Ello resulta de la principal característica del régimen de separación de bienes y es que, en él, el matrimonio no altera la independencia patrimonial de cada uno de los cónyuges, lo que conlleva que el incremento patrimonial que experimente cada uno de ellos tras la unión matrimonial pasa a formar parte de sus respectivos patrimonios privativos, sin que ninguno tenga derecho a una participación o reparto en las ganancias de su consorte en la liquidación del régimen económico matrimonial, como sí ocurre en la sociedad legal de gananciales.

Como hemos avanzado, esta independencia entre ambos patrimonios resulta especialmente gravosa cuando uno de los cónyuges se ha dedicado al trabajo doméstico y al cuidado de la familia, renunciando a una actividad lucrativa y, en consecuencia, a la posibilidad de aumentar su patrimonio fruto de los ingresos obtenidos por dicha actividad. El perjuicio en su caso se reflejará principalmente en el momento de la liquidación del régimen, pues será en este momento cuando se evidencie la situación económica claramente precaria del cónyuge que se ha ocupado del trabajo del hogar.

Frente a esta situación, y con el objetivo de dotar a los ordenamientos jurídicos de herramientas para combatir la injusta situación en la que el régimen de separación de bienes colocaba al cónyuge que se había hecho cargo del trabajo doméstico, la Resolución núm. 37/1978, de 27 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre *Igualdad de los esposos en el Derecho Civil*, en su párrafo 14 recomendó a los Estados miembros garantizar que en el régimen legal de separación de bienes un cónyuge tenga, en caso de divorcio o nulidad del matrimonio, el derecho a obtener una parte equitativa de los bienes del excónyuge de una suma global por cualquier desigualdad económica aparecida durante el matrimonio²¹.

Siguiendo esta recomendación, en 1981 vio la luz la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modificó el régimen económico matrimonial y se introdujo el artículo 1438 CC, en el que se dispuso la

²¹ Conseil de l'Europe. Comité des Ministres. Résolution (78) 37. Sur l'égalité des époux en droit civil (*adoptée par le Comité des Ministres le 27 septembre 1978, lors de la 292^e réunion des Délégués des Ministres*). III. Rapports patrimoniaux entre les époux. 14. «d'assurer qu'en régime légal de séparation de biens un époux ait, en cas de divorce ou d'annulation du mariage, le droit d'obtenir une part équitable des biens de l'ex-époux ont une somme forfaitaire pour toute inégalité financière apparue pendant le mariage».

obligación de todo cónyuge de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, a falta de acuerdo, en proporción a sus recursos económicos. Fue precisamente el último inciso del precepto el que prevé expresamente que el trabajo doméstico deba computarse como contribución a las cargas y la posibilidad de que éste dé lugar a una compensación²².

Así, por primera vez se prevé el trabajo doméstico como forma de contribución a la satisfacción de las cargas, entendiendo como tales cargas los gastos de mantenimiento de la familia adecuados a sus usos y nivel de vida, además de reconocer este trabajo para el hogar como título para obtener una compensación en la liquidación del régimen²³. De este modo, el trabajo para la casa, a pesar de realizarse de forma gratuita, es susceptible de generar una compensación en el momento en el que se extingue el régimen económico, con el fin de indemnizar el perjuicio que de él puede derivarse para el cónyuge que lo ha realizado²⁴.

Ahora bien, a pesar de que la regulación de la compensación económica por razón de trabajo supuso un avance en la protección del cónyuge que se había encargado de las labores del hogar, el contenido del artículo 1438 CC no ha evolucionado en todos estos años. De ello resulta, por un lado, que la norma sigue siendo tan sumamente sucinta que ha originado problemas prácticos al tratar de definir unos criterios de aplicación que, lejos de delimitarse de

²² Cabe puntualizar que posteriormente la compensación económica por razón de trabajo se introdujo también en otros derechos territoriales del Estado español. Así, Cataluña, cuyo régimen económico matrimonial supletorio es precisamente la separación de bienes, lo introdujo a través de la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges. Por su parte, la Comunidad Valenciana y Navarra la introdujeron con las Leyes 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, y la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, respectivamente. Véase en este sentido, BOSCH CAPDEVILA, 2022, p. 184. Respecto de la adaptación de la regulación catalana a la Recomendación de la Resolución del Consejo de Europa (78) 37, de 27 de septiembre de 1978, véase GINEBRA MOLINS, 2017, pp. 598-605.

²³ DE VERDA I BEAMONTE, *IDIBE*, 2020, pp. 1-6.

²⁴ Véase, en este sentido, la STS núm. 658/2019 de 11 diciembre. (RJ 2019\5090) (ECLI: ES: TS:2019:4080). Ponente Excmo. Sr. José Luis Seoane Spielberg, que en su fundamento de derecho 3.º establece que «el trabajo para la casa sigue normando dicho precepto, será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación, que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación de bienes. Es habitual que la obligación de participar en la satisfacción de las precisadas cargas se lleve a efecto por ambos cónyuges con los ingresos procedentes de sus respectivos trabajos, pero ello no cercena la posibilidad de la prestación exclusiva en especie por parte de uno de ellos, mediante la realización de las tareas domésticas y de cuidado de los hijos comunes.

Esta contribución mediante el trabajo para casa se hace de forma gratuita, sin percepción de ningún salario a cargo del patrimonio del otro consorte, pero ello no significa que no sea susceptible de generar una compensación, al tiempo de la extinción del régimen económico matrimonial, que no supone una adjudicación de bienes, sin perjuicio de que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma».

un modo claro y conciso por la doctrina jurisprudencial, han resultado poco precisos, dudosos y, en muchas ocasiones, contradictorios entre sí. Y, por otro lado, por la falta de adaptación de los criterios en los que se ha fundamentado dicha regulación a la realidad social actual, en la que en la mayoría de las ocasiones el trabajo doméstico se compatibiliza con una jornada laboral retribuida, perdiendo en parte la compensación su posible fundamento como remedio ante una pérdida de oportunidades laborales²⁵.

IV LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DE TRABAJO EN EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL

Como bien sabemos, la satisfacción de las cargas familiares siguiendo las reglas de la proporcionalidad constituye uno de los deberes de los cónyuges en el matrimonio, sin perjuicio de la posibilidad de que estos pacten voluntariamente una forma de contribución distinta, en cuyo caso debería respetarse lo que ellos hayan pactado. Así, ninguno de los cónyuges puede quedar exento de la contribución a las cargas familiares, dado que ello contravendría el principio de igualdad (arts. 66 y 68.2 CC) pero, sin embargo, sí tienen amplia libertad para determinar cómo hacerlo pudiendo, incluso, acordar hacerlo de manera no proporcional. De este modo, el criterio de contribución será el pactado por los cónyuges y, en defecto de pacto²⁶, lo harán subsidiariamente proporcionalmente, tomando como fundamento la solidaridad familiar y el deber de socorro mutuo entre cónyuges (art. 67 CC)²⁷. Ello sin perjuicio de que la libertad de pacto se rompe cuando quien lo hace en mayor medida lo hace mediante su trabajo para el hogar. En ese caso, aun-

²⁵ GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 541.

²⁶ En relación con la posibilidad de pacto entre los cónyuges, SILLERO CROVETTO afirma que el pacto no debe ser necesariamente capitular, pudiendo incluso establecerse a través de un comportamiento cotidiano. Respecto de ello, alude al fundamento de derecho 2.º de la STS de 5 de mayo de 2016 en el que se establece que «es evidente que este convenio no existe en la mayoría de los casos como sería deseable, ni es posible suplirlo mediante la fijación de una doctrina jurisprudencial unificadora, como se pretende, dado el evidente margen de discrecionalidad existente para valorar de forma ponderada todas las circunstancias concurrentes para establecer la compensación». SILLERO CROVETTO, 2023, p. 6518. Véase también STS núm. 300/2016 de 5 mayo. (RJ 2016\2219) (ECLI: ES: TS:2016:1898). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. F.D. 2.º

²⁷ La corresponsabilidad en la realización de las tareas domésticas también se desprende de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en la que se establece que los poderes públicos deberán promover la corresponsabilidad en las labores domésticas y de atención a la familia. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y Hombres. «Boletín Oficial del Estado» núm. 71. (BOE-A-2007-6115).

que los cónyuges hubieran acordado que uno se dedicara a las tareas domésticas y el otro trabajara por cuenta ajena y, por consiguiente, pagara todos los gastos, la Ley no permite este pacto, como demuestra el reconocimiento de una compensación a favor de aquél que se ha dedicado, por acuerdo con su consorte, a la casa y al cuidado de la familia.

En este sentido, el artículo 1438 CC, en sede de separación de bienes, alude a la obligación de los cónyuges de contribuir de manera proporcional al sostenimiento de las cargas del matrimonio y puntualiza que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación²⁸. Ello responde a que cuando uno de los cónyuges se encarga de llevar a cabo las tareas domésticas, su dedicación se traduce en un ahorro económico para la familia puesto que, si bien no aporta un salario, sí evita el gasto derivado de pagar a un tercero por la realización de estas actividades.

Así, el trabajo doméstico tiene en el Código Civil una triple función. La primera, como un modo de contribución «en especie» a las cargas familiares y, por lo tanto, de cumplimiento de la obligación general de los cónyuges contenida en el artículo 1318 CC de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La segunda, como presupuesto para obtener la compensación del artículo 1438 CC. Y, por último, como criterio para determinar si procede o no la prestación compensatoria y la cuantía en la que se traduce²⁹.

Es imprescindible conocer los requisitos que deben concurrir para que nazca el derecho a reclamar la compensación, así como también hallar el fundamento de la institución. Este último podría encontrarse en la dedicación sustancialmente superior a las tareas domésticas de uno de los cónyuges respecto del otro, más allá de lo que le correspondería conforme al criterio de contribución proporcional a las cargas. Parece que se está pensando en el caso en el que uno de los cónyuges dedica todos sus esfuerzos a la realización del trabajo doméstico como vía de contribución a las cargas familiares –lo que suele traducirse en una sobrecontribución a las mismas por su parte–, mientras que el otro cónyuge experimenta un incremento patrimonial fruto del trabajo remunerado que desempeña, que le permite enriquecerse y aumentar su patrimonio por encima de lo necesario para afrontar los gastos domésticos.

²⁸ Hay quienes, como Cuenca Casas, critican esta doble valoración del trabajo doméstico, por considerar que genera una gran complejidad a la hora de proceder a su valoración. CUENCA CASAS, 2013, p. 10115.

²⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Revista de Derecho de Familia*, 2015, p. 58.

Sin embargo, ello no tiene necesariamente por qué ser así. Puede ocurrir que, a pesar de que uno de los cónyuges se dedique exclusivamente al trabajo doméstico, ello no conlleve necesariamente una sobrecontribución de éste ni un enriquecimiento del otro³⁰, en cuyo caso surge la duda de si nacerá o no el derecho a percibir la compensación económica por trabajo doméstico. Incluso es habitual, en pleno siglo XXI, que el consorte –en la mayoría de las ocasiones, la esposa– que se dedica fundamentalmente al cuidado del hogar y de la familia compagine estas actividades con una vida laboral o ciertas actividades lucrativas a tiempo parcial.

Desgraciadamente, la doctrina del Tribunal Supremo no toma en consideración algunas de las realidades que acabamos de apuntar a pesar de que, como hemos indicado, imperan en la sociedad actual. Todo ello, ha sido objeto de importantes críticas por parte de la doctrina, como veremos a continuación, pues solo hace falta tomar como punto de partida el artículo 3 CC, según el cual la interpretación y aplicación de las normas por parte de los Tribunales debe hacerse según «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» para reclamar la necesidad de un cambio y, actualmente, es habitual que las mujeres concilien el cuidado de la casa y de la familia con una vida profesional por cuenta ajena, a diferencia de lo que sucedía tiempo atrás.

Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por reconocer el derecho a recibir la compensación a aquél de los consortes que se hubiere dedicado en exclusiva a las tareas domésticas, equiparándolo, en cierto modo, a un o una empleada del hogar, y sin tomar en consideración el enriquecimiento o incremento patrimonial del cónyuge deudor como elemento determinante para el reconocimiento de la compensación³¹. Por consiguiente, se deduce que la contribución a las cargas familiares a través de la realización del trabajo doméstico es el único elemento sobre el que pende el reconocimiento de la compensación.

Precisamente, y en lo que respecta a la doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo fijó en su Sentencia de 14 de julio de 2011³² –así como también posteriormente en su Sentencia de 31 de enero de 2014³³– «tres reglas coordinadas» que deben tenerse en cuenta «de forma conjunta al decidir sobre este tipo de asuntos» y que reflejan, en cierto modo, la idea antes apuntada. La primera regla

³⁰ BOSCH CAPDEVILA, 2022, p. 189.

³¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, BOE, 2016, p. 351.

³² STS núm. 534/2011, de 14 julio. (RJ 2011\5122) (ECLI: ES: TS:2011:4874). Ponente Excmo. Sra. Encarnación Roca Trías. F.D. 3.º

³³ STS núm. 16/2014 de 31 enero. (RJ 2014\813) (ECLI: ES: TS:2014:433). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. F.D. 2.º

establece la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio³⁴. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges de cumplir con este deber, lo que no es más que una concreción del mandato del artículo 1318 CC, así como del principio de igualdad entre los cónyuges de los artículos 14 y 32 de la Constitución Española³⁵. Esta precisión resulta innecesaria, pues en la actualidad, resulta incuestionable el carácter de régimen económico matrimonial de la separación de bienes y, por consiguiente, la obligación de ambos consortes de participar en el levantamiento de las cargas, como contenido mínimo de todo régimen económico. La segunda regla apunta a la posibilidad de contribuir con el trabajo doméstico, entendiéndose que éste constituye una forma de aportación cuando uno de los cónyuges sólo pueda contribuir de esta manera, al margen de aportar dinero u otros recursos, lo que de nuevo pone de manifiesto la voluntad de cumplir con el principio de igualdad del artículo 32 CE. En este sentido, cabe apuntar que esta segunda regla contenida en la STS de 14 de julio de 2011 alude, expresamente, a que «el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges *solo* tiene posibilidades de contribuir de esta manera», de modo que añade un factor de «exclusividad» en la contribución a las cargas mediante el trabajo doméstico, a lo establecido por la dicción literal del artículo 1438 CC, en cuyo contenido el legislador no incluyó ninguna referencia al respecto. Y, por último, la tercera regla reconoce el trabajo para la casa como título para obtener la compensación en el momento de la finalización del régimen. Esta última puede dar lugar a controversias si de la incorrecta interpretación de la jurisprudencia deriva un trato privilegiado al trabajo doméstico frente al resto de los recursos económicos mediante los que los cónyuges pueden contribuir al levantamiento de las cargas familiares y es que podría dar lugar, como dicta la SAP Asturias de 31 de marzo de 2014 a «una desigualdad (...) que también cabría apreciar en la posición de uno y otro cónyuge, pues tras agotar el fruto de sus respectivos trabajos, en casa y

³⁴ Esta regla constituye una reproducción de la redacción del artículo 1435 CC, atribuida por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, según la cual «la separación de bienes no exime a los cónyuges de sus obligaciones en orden al levantamiento de las cargas de la familia». Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges. «Boletín Oficial del Estado» núm. 107, de 5 de mayo de 1975. (BOE-A-1975-9245).

³⁵ En adelante CE. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. (BOE-A-1978-31229).

fuera de ella, uno de ellos gozaría de un crédito frente al otro en razón a ese trabajo»³⁶.

V. REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA COMPENSACIÓN DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL

1. SOBRECOTRIBUCIÓN DEL CÓNYUGE ACREEDOR VS. ¿ENRIQUECIMIENTO DEL CÓNYUGE DEUDOR?

1.1 El silencio del artículo 1438 del Código Civil

Uno de los principales interrogantes que plantea la compensación por trabajo doméstico consiste en determinar si la dedicación de un cónyuge al trabajo del hogar debe llevar aparejada un enriquecimiento o incremento patrimonial del otro.

En este punto, es interesante traer a colación la redacción que del artículo 1438 CC hizo el Proyecto de la Ley de 13 de mayo de 1981³⁷ en su primera redacción, en la cual sí se preveía expresamente este enriquecimiento del consorte, estableciendo que «(...) el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación equitativa *si el otro cónyuge se hubiera enriquecido durante el matrimonio*». Sin embargo, llama la atención como el Proyecto de Ley de 22 de mayo de 1980, fruto del acogimiento total o parcial de las enmiendas planteadas, como expresamente indica el Informe de la ponencia³⁸, ya no incluyó esta alusión al enriquecimiento del otro consorte como fundamento de la compensación, ofreciendo la redacción que se ha mantenido hasta la actualidad. A pesar de ello, el acogimiento de estas enmiendas por parte del legislador no esclarece ni

³⁶ Cabe precisar que no se produciría si fuera al revés, es decir, si quien más aporta (proporcionalmente) es quien no trabaja para el hogar. Véase ARREBOLA BLANCO, 2019, pp. 221-222 y SAP Asturias núm. 86/2014 de 31 marzo. (JUR 2014\119127) (ECLI: ES: APO:2014:855). Ponente Illmo. Sr. D Francisco Tuero Aller. F.D. 3.º

³⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los diputados, 14 de septiembre de 1979. (https://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/BOCG/A/A_071-I.PDF).

³⁸ Tal como establece el Informe de la Ponencia de 22 de mayo de 1980, «para el artículo 1438 se propone una nueva redacción que acoge total o parcialmente las enmiendas 280 (Socialistas de Cataluña) y 532 (señor Alzaga Villaamil, Centrista). Se rechaza la 82 (señora García Moreno, centrista)». Así, la nueva redacción resultante es «los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

responde al por qué el enriquecimiento como exigencia para el nacimiento del derecho a obtener la compensación desapareció de la redacción del texto definitivo del Proyecto³⁹. Hay quienes fundamentan su supresión en razones de obviedad, por considerar que la lógica apunta por sí misma a la necesidad de un enriquecimiento de uno de los consortes en detrimento del «empobrecimiento» del otro⁴⁰. Sin embargo, otros consideran que el incremento patrimonial no debe ser un criterio a tener en cuenta para que nazca el derecho a ser compensado ya que, como acabamos de indicar, no aparece contenido en la redacción definitiva del precepto⁴¹, y entienden la falta de una referencia expresa al enriquecimiento patrimonial en la redacción final del artículo 1438 CC como una relajación de la exigencia⁴².

De la literalidad del precepto parece desprenderse que, en la actualidad, el trabajo doméstico realizado por uno de los cónyuges da objetivamente y por sí mismo derecho a percibir la compensación, alejándose de la necesidad de la obtención de un enriquecimiento por parte de su consorte. A ello cabe añadir la problemática de tipo probatorio que la compensación económica por razón de trabajo llevaría aparejada pues, como establece Gutiérrez, existe una cierta presunción de que todo cónyuge que no desempeña un trabajo remunerado fuera del hogar está efectivamente dedicando sus esfuerzos al trabajo doméstico —claramente en contra del principio de la carga de la prueba proclamado por el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, lo que daría lugar,

³⁹ En este sentido, Bosch Capdevila afirma que el estudio de la trayectoria parlamentaria del precepto no puede ayudarnos a descifrar si dicha supresión obedecía o no a algún motivo concreto. BOSCH CAPEDEVILA, 2022, p. 190.

⁴⁰ CABEZUELO ARENAS, *CCJC*, 2012, p. 277. En este sentido, véase también GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, BOE, 2016, p. 257 y GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 548. En este sentido, creemos oportuno precisar que el cónyuge que se ha dedicado a las tareas domésticas no se ha «empobrecido» en sentido estricto, sino que su patrimonio no ha aumentado. Y en este punto debemos hacer alusión a los dos posibles sentidos en los que puede interpretarse el «enriquecimiento», como aumento de patrimonio o como aumento de patrimonio resultante de que el otro cónyuge ha contribuido con más de lo que le tocaba.

⁴¹ Esta idea fue sostenida por la doctrina jurisprudencial. La STS núm. 534/2011, de 14 julio. (RJ 2011\5122) (ECLI: ES: TS:2011:4874). Ponente Excm. Sra. Encarnación Roca Trías, seguida posteriormente por gran cantidad de resoluciones, establece en su F.D. 5.º que «las diferentes normas examinadas no hacen ninguna referencia a la necesidad de enriquecimiento por parte del cónyuge que debe pagar la compensación por trabajo doméstico, que si bien apareció en el Proyecto de reforma del Código civil en 1981 (RCL 1981, 1700), desapareció en el texto definitivo y que se encontraba también el Código de Familia catalán hasta la ley 10/2010 SIC, que aprobó el Libro segundo del Código civil catalán. De aquí que hay que partir de lo que se expone a continuación en relación con los criterios para la interpretación del último inciso del artículo 1438 CC».

⁴² En este sentido, véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, DE PABLO CONTRERAS y PÉREZ ÁLVAREZ, 2016, pp. 295-308; CUENA CASAS, 2013, p.10119; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *CCJC*, 2006, p. 1867; y RIBERA BLANES, 2006, p. 899.

en la mayoría de las ocasiones, a un enriquecimiento injustificado del cónyuge deudor⁴³.

En consecuencia, es necesario plantearse si el derecho a la compensación económica del artículo 1438 CC persigue evitar el enriquecimiento injustificado del cónyuge que tiene un trabajo remunerado, a costa de la realización por parte del otro del trabajo doméstico sin retribución, o bien lo que pretende es meramente indemnizar al cónyuge que no ha desempeñado una actividad profesional, optando por ocuparse, en principio, de las tareas del hogar.

1.2 EL GIRO EN EL POSICIONAMIENTO DEL ALTO TRIBUNAL

Claro está que la redacción del artículo 1438 CC no esclarece las dudas respecto de si la finalidad del artículo 1438 CC es la de evitar el enriquecimiento injustificado del cónyuge que trabaja fuera del hogar o bien indemnizar al cónyuge que se ha visto perjudicado por ocuparse de las tareas domésticas o por trabajar para su consorte sin retribución o con una retribución insuficiente. Pero tampoco la posición jurisprudencial ha optado por seguir siempre una misma línea, a pesar de que la redacción del precepto no haya experimentado cambios a lo largo de los años. Posiblemente, estas variaciones jurisprudenciales encuentren su razón de ser, precisamente, en la falta de concreción del artículo 1438 CC.

La STS de 11 febrero de 2005⁴⁴ marcó una primera línea jurisprudencial partidaria de exigir, no sólo una sobrecontribución de unos de los cónyuges, sino también un enriquecimiento del otro. Esta idea se desprende de su fundamento de derecho 6.º, en el que establece que «si el levantamiento de cargas familiares ha requerido no solo la aplicación de la totalidad de los emolumentos que por su trabajo hubieran cobrado los esposos sino también el trabajo personal para la casa de alguno de ellos y de estas circunstancias derivase la imposibilidad de los mismos de incrementar su patrimonio, no podría hablarse de la producción de un desequilibrio merecedor de la compensación a que alude el artículo 1438 del

⁴³ En este sentido, Gutiérrez se refiere a las dos dimensiones de la prueba, positiva y negativa. Concretamente alude a la necesidad de probar qué labores domésticas ha desempeñado por el cónyuge «A», cuáles no ha desempeñado éste y, en este último caso, si las ha desempeñado el otro cónyuge o una tercera persona contratada. GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2017, p. 622. Véase también en este sentido, GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 541.

⁴⁴ STS núm. 44/2005 de 11 febrero. (RJ 2005\1407). Ponente Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo.

Código Civil, por cuanto uno y otro cónyuge, tras la extinción del régimen de separación, conservarían posiciones y posibilidades económicas análogas a aquellas que tenían durante la vigencia del mismo».

Autores como Bercovitz criticaron la tesis mantenida por la Sala, entendiendo que con ella se está vulnerando la regla de la proporcionalidad, por cuanto la esposa ha destinado todo lo que tenía al sostenimiento de las cargas, esto es, su completa dedicación al trabajo doméstico (entendiendo que carece de bienes propios) y, por el contrario, el marido, a pesar de haber contribuido económicamente a la satisfacción de las cargas familiares, parece que ha conservado bienes propios en su patrimonio, a pesar de no recogerse expresamente por la Sentencia⁴⁵ esta precisión.

Además, el autor va más allá y afirma que la compensación tiene por objeto paliar el desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, resultante de haber quebrantado durante el matrimonio la regla de la proporcionalidad. Lo que no es lo mismo, como él mismo pone de manifiesto, que el desequilibrio que se puede producir entre la posición económica de uno y otro cónyuge tras la liquidación del régimen, en cuyo caso debería remediarse a través de la pensión compensatoria del artículo 97 CC, que tiene como finalidad reequilibrar el empeoramiento de la situación económica experimentado por uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o divorcio⁴⁶.

Quizás como respuesta a las críticas doctrinales que recibió el posicionamiento defendido en la STS de 11 de febrero de 2005, o por algún otro motivo que se desconoce, se produjo un significativo giro jurisprudencial a raíz de la popular STS de 14 de julio de 2011⁴⁷, en cuyo fundamento de derecho 3.º se sentaron los pre-

⁴⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *CCJC*, 2006, p. 148.

⁴⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *CCJC*, 2006, pp. 148-149.

⁴⁷ En su fundamento de derecho 3.º establece textualmente que «esta norma (ex artículo 1438 CC) contiene en realidad tres reglas coordinadas y que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos: 1.ª Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir. 2.ª Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 CE (RCL 1978, 2836). 3.ª Regla. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen. Cómo debe interpretarse esta compensación es el objeto de este recurso en interés casacional». Véase STS núm. 534/2011, de 14 julio. (RJ 2011\5122) (ECLI: ES:TS:2011:4874). Ponente Excm. Sra. Encarnación Roca Trías, F.D. 3.º

supuestos que debían concurrir para percibir la compensación por la dedicación al trabajo doméstico.

La doctrina jurisprudencial en ella asentada se ha mantenido vigente hasta nuestros días⁴⁸, y se aparta de manera manifiesta de la STS de 11 de febrero de 2005. En su lugar, sostiene que no es necesario el enriquecimiento del cónyuge deudor para que nazca el derecho a la compensación de aquél que se ha dedicado al trabajo del hogar. En concreto, su fundamento de derecho 5.º pone claramente de manifiesto esta posición cuando establece cuáles serán los requisitos necesarios para que uno de los cónyuges tenga derecho a percibir la compensación y entre ellos se refiere, como es lógico, a la necesidad de haber pactado el régimen de separación de bienes y de que se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa, excluyendo de manera expresa «criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con el trabajo doméstico»⁴⁹.

⁴⁸ A modo de ejemplo, algunas resoluciones recientes en las que se alude a la exclusión del incremento patrimonial como requisito para percibir la compensación se reproduce en el ATS de 22 marzo 2023, en su fundamento de derecho 2.º en el que reconoce que «en interpretación del artículo 1438 CC esta sala, a partir de la sentencia 534/2011, de 14 de julio (RJ 2011, 5122), fijó la siguiente doctrina, ratificada en otras ulteriores como, por ejemplo, en la STS 185/2017, de 14 de marzo (RJ 2017, 880), según la cual: «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». ATS de 22 marzo 2023. (JUR 2023\134401) (ECLI: ES: TS:2023:3125A). Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo. En el mismo sentido se pronuncia la ATS de 2 de noviembre de 2022, que en su fundamento de derecho 3.º y en alusión a las mismas sentencias que el Auto antes citado, establece que «el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». ATS de 2 noviembre 2022. (RJ 2022\5069) (ECLI: ES: TS:2022:15502A). Ponente Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres. Por su parte, la SAP Valencia de 27 de febrero de 2023 se refiere, en su fundamento de derecho 2.º, a que «para decidir si la actora tiene o no derecho a la compensación económica prevista en el artículo 1.438 del Código Civil (LEG 1889, 27), se tiene en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2.019 (RJ 2019, 5090) declaró que «el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». SAP Valencia núm. 135/2023 de 27 febrero. (JUR 2023\129047) (ECLI: ES: APV:2023:28). Ponente Illmo. Sr. D Carlos Esparza Olcina. Respecto de la STS de 14 de marzo de 2017, véase BELTRÁ CABELLO, *Revista práctica de derecho Ceflegal*, 2017, pp. 51-56.

⁴⁹ STS núm. 534/2011, de 14 julio. (RJ 2011\5122) (ECLI: ES: TS:2011:4874). Ponente Excmo. Sra. Encarnación Roca Trías, F.D. 5.º

Como hemos avanzado, la STS de 14 de julio de 2011 sienta doctrina jurisprudencial, como se desprende de su fundamento de derecho 7.º, en el que se precisa que «el derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge».

De ella se derivan dos cuestiones fundamentales en el estudio de la compensación del artículo 1438 CC. Por un lado, que debe haberse contribuido a las cargas familiares exclusivamente con el trabajo para el hogar, pero no con el patrimonio u otros recursos, cuestión que será objeto de estudio más adelante. Y, por otro lado, y respecto de la cuestión que ahora nos ocupa, el carácter irrelevante del incremento patrimonial o no del cónyuge deudor para reconocer el derecho a la compensación.

1.3 REFLEXIÓN ACERCA DE LA CONVENIENCIA DE EXIGIR UN INCREMENTO PATRIMONIAL DEL CÓNYUGE DEUDOR

Esta línea jurisprudencial, marcada por STS de 14 de julio de 2011 y confirmada por ulteriores sentencias del Tribunal Supremo, ha sido duramente criticada por la doctrina⁵⁰ y es que parece

⁵⁰ En este sentido, entre otros, De Amunátegui Rodríguez establece que «en el marco de regulación del Código civil, no comparto en absoluto los criterios que viene utilizando el Supremo, a partir de la STS 14 julio 2011 (RJ 2011, 5122), confirmada por otras posteriores, sobre su reconocimiento y forma de contabilizar su cuantía, abandonando el tradicional esquema presente en la doctrina mayoritaria sobre su concesión en los supuestos de sobrecontribución de uno respecto del otro, sustituyéndolos por la exclusiva forma de consideración del trabajo doméstico como único criterio que permita exigir la misma (...)». DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 1020. Por su parte, Álvarez Olalla indica que el artículo 1438 CC «no proclama un derecho autónomo a obtener dicha compensación, desvinculado de la regla de la proporcionalidad, tal y como ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que tiene por objeto disipar dudas en torno al hecho de que, aunque sólo se haya contribuido con el trabajo en el hogar, ello pueda dar lugar a la compensación oportuna, cuando el consorte no haya aportado lo que le correspondía, según la regla de la proporcionalidad. Por ello, no puedo sino sintonizar con la posición mayoritaria en la doctrina, que considera que no por el sólo hecho de haber trabajado en el hogar de manera exclusiva se obtiene, de forma automática, el derecho a la compensación». ÁLVAREZ OLALLA, *Revista Aranzadi doctrinal*, 2016, pp. 136. También Guilarte Martín-Calero manifiesta claramente su oposición a dicha línea jurisprudencial, indicando que «se advierte ya nuestra posición crítica respecto de esta línea jurisprudencial pues ni compartimos la supresión del incremento patrimonial, sobre el que para nosotros gira la concesión de la compensación, ni compartimos la exigencia de la dedicación exclusiva al hogar durante toda la vigencia del régimen económico-matrimo-

dar «carta blanca» al enriquecimiento injustificado del cónyuge deudor⁵¹. Hay quienes, como Gete-Alonso y Calera y Solé Resina, van más allá e incluso opinan que la compensación económica por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes debería configurarse como una indemnización por un enriquecimiento injustificado. Así, consideran que «para su reconocimiento solamente debería exigirse la presencia de los requisitos del enriquecimiento injustificado que son; el enriquecimiento del acreedor, el empobrecimiento del deudor y el nexo causal, requisitos que, de otro lado, se encuentran normalmente en la base de todos los supuestos en que falta el equilibrio o la igualdad entre las contribuciones al trabajo para el hogar de los cónyuges»⁵².

Es interesante reflexionar en este punto sobre los orígenes de la compensación, a los que ya nos hemos referido anteriormente. No debemos olvidar que en el Derecho civil español el régimen de separación de bienes es supletorio de segundo grado, y en él se regula la compensación económica por trabajo doméstico por la falta de comunicación entre los patrimonios privativos de los cón-

nial». GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, BOE, 2016, p. 351. Para Cuenca Casas «sólo habrá derecho a la compensación cuando la valoración del trabajo para la casa por parte del cónyuge supere la contribución realizada por el otro de acuerdo con el criterio de la proporcionalidad y de los recursos económicos (...). Si ambos han contribuido proporcionalmente a sus recursos económicos, teniendo en cuenta que el trabajo para la casa es uno de ellos, entonces no se genera, a mi juicio, el derecho a la compensación. De lo contrario, se produce un solapamiento de remedios, en tanto que una actividad sería «remunerada» dos veces». CUENCA CASAS, 2013, p. 10121. Asimismo, Cabezuelo Arenas se mostraba contraria a que «el Alto Tribunal anudara automáticamente su concesión a la realización de las labores del hogar, sin valorar si con ello se había ceñido el demandante de la indemnización a respetar su cupo en las cargas, sin experimentar agravio alguno. El automatismo fomentaba, además, una dualidad de resarcimiento, pues se indemnizaba sin fundamento creíble por la vía del artículo 1438 CC cuando uno no hizo más que cumplir con su deber». CABEZUELO ARENAS, *CCJC*, 2012, pp. 271-290. A su vez, ASÚA GONZÁLEZ opina que «podría haber incremento patrimonial por parte de un cónyuge y, ello no obstante, no tener derecho el otro a una compensación por su dedicación a tareas familiares al no haber exceso de contribución». ASÚA GONZÁLEZ, 2011, p. 91. Y, por último, entre otros, Arroyo y Amayuelas mantiene que «algunos autores estiman que la compensación nace *ipso iure*, por el solo hecho de haber trabajado uno de los cónyuges para la casa (...). Es más sensata la doctrina que interpreta que el enriquecimiento injustificado es también la ratio del artículo 1438 CC». ARROYO I AMAYUELAS, 2010, p. 1574.

⁵¹ Respecto de esta cuestión, véase ESTELLÉS PERALTA, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, p. 119.

⁵² En este sentido, aclaran además que la solución debería ser: «da igual cuánto hemos ganado cada uno, si tú has dedicado más tiempo que yo (más del que te corresponde, que es la mitad) al trabajo para el hogar, yo debo pagarte esta dedicación de más que me he ahorrado. Por supuesto el cálculo de este valor no será una cuestión fácil, pero, en todo caso, debería indemnizar el enriquecimiento injustificado producido considerando, en su caso, la pérdida de oportunidades laborales de quien se ha dedicado en mayor medida al hogar y a la crianza de los hijos, sin límites mínimos ni máximos y sin necesidad de que el cónyuge acreedor haya obtenido un mayor incremento patrimonial que el deudor» (en la línea de lo que dispone el artículo 13 de la Ley valenciana 10/2007). Respecto de esta cuestión, véase GETE-ALONSO Y CALERA Y SOLÉ RESINA, *ADC*, 2014, p. 866.

yuges y los consiguientes perjuicios que de él pueden desprenderse para el cónyuge que se ha dedicado a las tareas domésticas. En este sentido, parece que el fundamento de la compensación era indemnizar al cónyuge que, por haberse dedicado a las tareas del hogar no habría incrementado su patrimonio privativo, habiendo contribuido de este modo al aumento del patrimonio de aquel consorte que sí hubiera llevado a cabo un trabajo remunerado. Así, el objetivo de la compensación sería compensar el perjuicio económico que sufrirá el cónyuge que se ha dedicado al hogar en el momento de la extinción del régimen, pues siguiendo la filosofía del régimen de separación de bienes, no le corresponderá en ese momento ningún tipo de participación o reparto en las ganancias de su consorte.

Muy clarificadora resulta en este sentido la recomendación que la citada Resolución núm. 37/1978, de 27 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre *Igualdad de los esposos en el Derecho Civil*, hizo a los Estados Miembros en su párrafo 14. Y es que el objetivo por ella perseguido era el de garantizar que en régimen legal de separación de bienes un cónyuge tenga, en caso de divorcio o nulidad del matrimonio, el derecho a obtener una parte equitativa de los bienes del excónyuge de una suma global por cualquier desigualdad económica aparecida durante el matrimonio.

Como se puede observar, la recomendación europea –a la que se dio respuesta en 1981 introduciendo el artículo 1438 CC en la reforma del Código Civil– perseguía, por un lado, que la realización del trabajo para el hogar durante el régimen de separación de bienes se computara como una contribución a las cargas familiares y, por otro lado, y a lo que aquí interesa, que la compensación atenuara la desigualdad patrimonial que se produciría a la extinción del régimen, entendiéndose, por lo tanto, que se parte de que el cónyuge acreedor ha percibido un incremento patrimonial superior, en detrimento del que se ha ocupado del trabajo doméstico⁵³.

Siendo así, resulta cuanto menos sorprendente que la doctrina del Tribunal Supremo optara por considerar que no debe tenerse en cuenta el incremento patrimonial como requisito de la compensación. El motivo parece estar, precisamente, en la eliminación de la referencia al «enriquecimiento patrimonial» en la redacción definitiva del artículo 1438 CC, fruto de su tramitación parlamentaria, como hemos indicado al principio de este apartado.

Sea como fuere, la realidad demuestra que la STS de 14 de julio de 2011 sienta doctrina jurisprudencial. Sus pronunciamientos fue-

⁵³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, BOE, 2016, p. 352.

ron reproducidos por numerosas resoluciones del Tribunal Supremo, a pesar de que en numerosas ocasiones las resoluciones de las Audiencias Provinciales siguen poniendo sobre la mesa las diferentes interpretaciones sobre esta cuestión y en algunas ocasiones siguen exigiendo el incremento patrimonial del cónyuge deudor, mientras que en otras únicamente la dedicación al trabajo doméstico del acreedor⁵⁴.

Entre ellas⁵⁵, la STS de 31 de enero de 2014 sigue su línea jurisprudencial, defendiendo también en su caso que la aplicación de criterios «objetivos» conduce, ineludiblemente, a reconocer la compensación a uno de los cónyuges sólo por el hecho de haberse dedicado al trabajo para la casa, entendiendo, *a sensu contrario*, que tomar en consideración otros elementos, como el beneficio patrimonial obtenido por el otro cónyuge durante la vigencia del matrimonio, conduce a resoluciones subjetivas. Esta idea se desprende de su fundamento de derecho 2.º, en el que establece que «la regla de aplicación resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa, por lo que es contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí que todos los emolumentos se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de «desigualdad peyorativa», lo que supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares. Admitirlo supone reconocer lo que la doctrina de esta Sala niega como presupuesto necesario para la compensación, es decir, que el esposo se beneficie o no económicamente. Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación. Cosa distinta será determinar su importe»⁵⁶.

⁵⁴ Entre otras, SAP Navarra núm. 96/2004, de 2 junio. (JUR 2004\258769). Ponente Ilmo. Sr. D Francisco José Goyena Salgado. F.D. 4.º

⁵⁵ SSTs núm. 16/2014 de 31 enero. (RJ 2014\813) (ECLI: ES: TS:2014:433). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana; núm. 135/2015 de 26 marzo. (RJ 2015\1170) (ECLI: ES: TS:2015:1490). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana; núm. 136/2015 de 14 abril. (RJ 2015\1528) (ECLI: ES: TS:2015:1693). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana; núm. 614/2015 de 25 noviembre. (RJ 2015\5322) (ECLI: ES: TS:2015:4897). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana; núm. 300/2016 de 5 mayo. (RJ 2016\2219) (ECLI: ES: TS:2016:1898). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana; núm. 185/2017 de 14 marzo. (RJ 2017\880) (ECLI: ES: TS:2017:977). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana; núm. 252/2017 de 26 abril. (RJ 2017\1720) (ECLI: ES: TS:2017:1591). Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas; núm. 658/2019 de 11 diciembre. (RJ 2019\5090) (ECLI: ES: TS:2019:4080). Ponente Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg; núm. 18/2022 de 13 enero. (RJ 2022\53) (ECLI: ES: TS:2022:31). Ponente Excmo. Sr. Antonio García Martínez.

⁵⁶ STS núm. 16/2014 de 31 enero. (RJ 2014\813) (ECLI: ES: TS:2014:433). Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. F.D. 2.º

En este sentido, cabe plantearse que, siguiendo los pronunciamientos de esta Sentencia, claramente representativa de la corriente jurisprudencial dominante, si entendemos que el trabajo doméstico da, por sí mismo y sin necesidad de cumplir con otros requisitos como el incremento patrimonial del otro consorte, derecho a la compensación, existe un riesgo manifiesto de computar el mismo concepto por partida doble. Lo que podría dar lugar a un enriquecimiento injustificado del cónyuge acreedor de la compensación⁵⁷.

A nuestro modo de ver, y posicionándonos junto al sector doctrinal que observa con recelo como el Tribunal Supremo deja perecer el enriquecimiento injustificado del cónyuge deudor como requisito para que prospere el derecho a recibir la compensación, el incremento patrimonial⁵⁸ del consorte deudor debería ser uno de los elementos determinantes de su configuración. Y nos referimos a incremento patrimonial, en línea con lo que dispone el artículo 232-5 CCCat, por considerar que es mucho más acertado desde un punto de vista terminológico, que el concepto de «enriquecimiento». Respecto de ello, el artículo 232-5.1 CCCat se refiere a la necesidad de que «el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior» como presupuesto del derecho a la compensación, en el sentido de que en el momento de la liquidación del régimen económico una de las partes haya aumentado su patrimonio más que la otra, a pesar de no haberse «enriquecido» en sentido literal⁵⁹.

En este punto, y a efectos de justificar nuestro posicionamiento, debemos aludir de nuevo a la STS de 14 de julio de 2011 y a la referencia expresa que en ella se hace a la regulación del Derecho catalán. Y es que la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia⁶⁰ contenía, en su artículo 41, una regulación de la compensación económica por razón de trabajo en la que establecía que el cónyuge que hubiere trabajado para la casa o para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente tenía derecho a percibir la compensación si se hubiera producido «(...)por este motivo, una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto». Esta referencia expresa al enri-

⁵⁷ Gutiérrez se refiere a un riesgo de «duplicidad valorativa», siguiendo los planteamientos de Lasarte Álvarez. Véase, respecto de esta cuestión, GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022 p. 554; GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2017, pp. 618-619; Gutiérrez Santiago, *Revista práctica de derecho Ceflegal*, 2015, pp.18-26; y LASARTE ÁLVAREZ, 2014, p. 238.

⁵⁸ Nos referimos a incremento patrimonial, en línea con lo que dispone el artículo 232-5 CCCat, por considerar que es mucho más acertado desde un punto de vista terminológico que enriquecimiento en el sentido apuntado por la Real Academia de la Lengua Española de «acción y efecto de enriquecer».

⁵⁹ ASÚA GONZÁLEZ, 2011, p. 89, nota 193.«

⁶⁰ Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. Boletín Oficial del Estado» núm. 198 de 19 de agosto de 1998.

quecimiento injustificado desapareció con la aprobación de la Ley 25/2010 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, en cuyo artículo 232-5 se refiere a que el cónyuge deudor «haya obtenido un incremento patrimonial superior» pero ya no a la necesidad de que se haya producido un enriquecimiento injustificado. En este sentido, la mencionada STS de 14 de julio de 2011, en su fundamento de derecho 5.º, se sirve de la supresión que se hizo de la referencia al «enriquecimiento injusto» contenida en el artículo 41 del Código de Familia, como argumento para justificar su exclusión como criterio a tomar en consideración para el reconocimiento de la compensación, alegando que tampoco las otras normas en ella examinadas prevén la necesidad del enriquecimiento como presupuesto para el nacimiento del derecho.

Respecto de ello, y en contra de lo que dicta la Sentencia, creemos que, si bien es cierto que la actual regulación catalana no se refiere al «enriquecimiento injusto» del cónyuge deudor, sí prevé explícitamente la existencia de una desigualdad patrimonial como criterio a tener en cuenta para percibir la compensación, a pesar de que ahora lo haga a través de la idea de «incremento patrimonial superior», bajo nuestro punto de vista, mucho más acertada, pues cabe la posibilidad de que se produzca un aumento superior del patrimonio del cónyuge que trabaja por cuenta ajena sin que se produzca una sobrecontribución del otro, en cuyo caso no se «enriquecería» a su costa.

A nuestro entender, la compensación se erige precisamente, entre otros elementos, sobre la base de la desigualdad patrimonial que se desprende del régimen de separación de bienes para ambos cónyuges en el momento de la liquidación del régimen, cuando uno de ellos ha contribuido más allá de lo que le correspondía a las cargas familiares a través de su trabajo para el hogar, renunciando con ello a determinados ingresos patrimoniales fruto de su trabajo. Así, el principal problema reside en que el cónyuge que ha trabajado para la casa no podrá participar de las ganancias de su consorte, produciéndose, en consecuencia, un claro desequilibrio económico entre ambos. Este debería ser, en nuestra opinión, uno de los elementos determinantes para que se reconociera esta compensación en los regímenes de separación, pues no cabe duda que la realización de las tareas domésticas por uno de los cónyuges favorece el incremento patrimonial del otro, ya sea por disponer de más tiempo para dedicarse a su profesión –lo que suele traducirse en mayores ingresos económicos– o por la repercusión que ello tendrá en los gastos familiares, por el ahorro que supone no tener que contratar a alguien para que desempeñe esas funciones.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, ello debería ir acompañado a su vez de otras circunstancias también determinantes, como la sobreaportación del acreedor al trabajo doméstico, vulnerando de este modo las reglas de la proporcionalidad, o bien que la cuantía a la que asciende la compensación no debe superar, en ningún caso, lo que podría corresponder en la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

De esta manera, creemos que no correspondería derecho a la compensación si el cónyuge que desempeña un trabajo remunerado no experimenta un incremento patrimonial superior⁶¹ si, a su vez, ello va acompañado de una contribución proporcional a las cargas familiares, sin que la dedicación del cónyuge a las tareas del hogar haya supuesto una sobreaportación a las mismas por su parte⁶².

Sin embargo, y al margen de posicionamientos personales y doctrinales al respecto, queda patente que la posición jurisprudencial ha optado por prescindir del incremento patrimonial como requisito para el nacimiento de la compensación. Siendo así, la cuestión a debatir se centra en cómo debe ser el trabajo doméstico y cómo debería cuantificarse a efectos de la compensación.

2. DEDICACIÓN EXCLUSIVA, PERO NO EXCLUYENTE, AL TRABAJO DOMÉSTICO

2.1 DEDICACIÓN EXCLUSIVA DEL CÓNYUGE ACREE-DOR

2.1.1 La posición jurisprudencial

No cabe duda de que para que se reconozca la compensación por trabajo doméstico a uno de los cónyuges, éste debe haber contribuido a las cargas familiares a través de su dedicación al trabajo doméstico, como indica expresamente el artículo 1438 CC. Pero

⁶¹ Sería, por ejemplo, el caso que podría ser más frecuente en la práctica, en el cual el marido dedica casi todos sus ingresos a pagar los gastos, por lo tanto, no incrementa su patrimonio y, en cambio, su esposa que trabaja a media jornada y la otra media la dedica al trabajo del hogar, ahorra lo que gana. En este caso, ni existe sobrecontribución ni incremento patrimonial superior, de modo que no debería nacer el derecho a la compensación por trabajo doméstico, aunque el artículo 1438 CC no lo establezca. Al margen de lo anterior, debemos puntualizar que cuando el incremento patrimonial superior del cónyuge que trabaja por cuenta ajena no vaya acompañado de una sobrecontribución a las cargas familiares del que realiza el trabajo doméstico, tampoco nacería el derecho a ser compensado.

⁶² En línea con GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Revista de Derecho de Familia*, 2015, p. 64.

nada dice el precepto acerca de cómo deberá haberse desarrollado esta dedicación a las labores del hogar para que nazca el derecho a ser compensado.

Ante la falta de respuestas en el seno del artículo 1438 CC, una vez más el Alto Tribunal es quien ha asumido la función de establecer unos criterios interpretativos en virtud de los cuales podemos concluir si la dedicación del cónyuge al trabajo doméstico debe serlo en exclusiva o puede compatibilizarse con otros trabajos. En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que para el reconocimiento de la compensación por trabajo doméstico a favor de uno de los cónyuges se requiere una dedicación exclusiva a estas tareas por parte de quien la reclama. Ello se traduce en la limitación de que el cónyuge que pretende percibir la compensación por su dedicación a las labores domésticas como medio de contribución a las cargas familiares no puede compatibilizar esta dedicación con un trabajo retribuido por cuenta ajena, con independencia de que éste se realice o no a jornada completa. Sin embargo, la exigencia de exclusividad en la dedicación a las tareas domésticas no excluye, por el contrario, la posibilidad de que el otro cónyuge colabore también ocasionalmente a la realización de estas labores o, incluso, de que se haya contratado a personal de servicio doméstico con esta finalidad.

Esta corriente jurisprudencial encuentra de nuevo su origen en la STS de 14 de julio de 2011 la cual, con la intención de fijar unos parámetros aparentemente objetivos, estableció también en este caso unos criterios totalmente obsoletos en tiempos actuales, en los que se tiende a compatibilizar la dedicación sustancial a las tareas domésticas con un trabajo remunerado, eso sí, en la mayoría de las ocasiones a media jornada⁶³.

La STS de 14 de julio de 2011, en su fundamento de derecho 7.º, estableció que el único requisito para que proceda la compensación es que «se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa», lo que se interpretó por parte de la ulterior STS de 26 de marzo de 2015 como una exigencia de dedicación exclusiva, y así sentó en su fundamento de derecho 2.º la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual se «exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, («solo con el trabajo realizado para la casa»), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa.

⁶³ CABEZUELO ARENAS, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, p. 79 y 84.

Y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento».

Así, en esta Sentencia –como mantienen también otras posteriores a ella⁶⁴ como, por ejemplo, la STS de 14 de abril de 2015 o la STS de 25 de noviembre de 2015⁶⁵– se deniega la compensación por trabajo doméstico a la demandante porque, a pesar de que en ambos casos era ella quien se había dedicado principalmente a las tareas domésticas, en ninguno de los dos supuestos lo había hecho en condiciones de exclusividad. Más acertada parece la posición defendida en estos mismos casos por las respectivas Audiencias, que mantienen que el hecho de desempeñar una actividad laboral debería servir para moderar el *quantum* de la compensación, pero no para excluirla⁶⁶.

No fue hasta la STS de 26 de abril de 2017⁶⁷ que esta línea jurisprudencial se relajó, dando cabida a una realidad bastante extendida entre los matrimonios actuales como es la de compatibilizar el trabajo doméstico con la colaboración en la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge. En el caso enjuiciado por esta Sentencia la mujer, además de haberse dedicado a las labores del hogar había trabajado en el negocio familiar, con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de una indemnización por despido.

El TS reconoce que la mujer sí tiene derecho a percibir la compensación, a pesar de haber realizado un trabajo fuera del hogar y, en este sentido, sienta doctrina jurisprudencial en su fundamento de derecho 6.º, al establecer que «la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la

⁶⁴ Véase la STS núm. 614/2015 de 25 de noviembre de 2015. (RJ 2015\5322) (ECLI: ES: TS:2015:4897). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana, en cuyo fundamento de derecho 4.º establece «que lo que se retribuye es la dedicación de forma exclusiva al hogar y a los hijos». Véase, también en torno a la exigencia de que el trabajo doméstico debe ser «exclusivo pero no excluyente», entre otras, las SSTS núm. 185/2017 de 14 marzo. (RJ 2017\880) (ECLI: ES: TS:2017:977). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana y núm. 658/2019 de 11 diciembre. (RJ 2019\5090) (ECLI: ES: TS:2019:4080). Ponente Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg.

⁶⁵ STS núm. 136/2015 de 14 abril. (RJ 2015\1528) (ECLI: ES: TS:2015:1693). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. F.D. 2.º

⁶⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, BOE, 2016, pp. 355-356.

⁶⁷ STS núm. 252/2017 de 26 abril. (RJ 2017\1720) (ECLI: ES: TS:2017:1591). Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

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».

La importancia de esta resolución reside en que erradica la interpretación restrictiva de «exclusividad», en virtud de la cual la dedicación del cónyuge acreedor de la compensación debía serlo *solo* a las labores domésticas y, a su vez, amplía el concepto de trabajo doméstico, dando cabida en el marco de este concepto a la incursión o colaboración en las actividades profesionales del otro consorte en condiciones laborales precarias⁶⁸.

Este pronunciamiento del Alto Tribunal sigue la línea del artículo 232-5 CCCat, como indica la propia Sentencia en su fundamento de derecho 3.º, en virtud del cual la compensación económica por razón de trabajo se reconoce también a favor de «el cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente» y encuentra su fundamento en la voluntad de acomodarse a la realidad de los tiempos que corren. Así, la propia resolución apunta que «en la realidad social actual (art. 3.1 del C. Civil), más allá de aquella inspiración que movió al legislador a introducir una compensación económica para ese cónyuge, 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. En el presente caso, es relevante que la esposa trabajó en la casa y, además, en el negocio familiar con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. Por tanto esta sala debe declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, 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. Con este pronunciamiento, se adapta la jurisprudencia de esta sala, recogida entre otras en sentencias 534/2011 (RJ 2011, 5122) 135/2015 (RJ 2015,

⁶⁸ Véase BOSCH CAPDEVILA, 2022, pp. 187-188 y CABEZUELO ARENAS, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, p. 78.

1170), al presente supuesto en el que la esposa no solo trabajaba en el hogar sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido, criterio que ya se anticipaba en sentencia 136/2017, de 28 de febrero (RJ 2017, 673) que atiende para denegar el derecho a la compensación económica citada a que la realización de un trabajo fuera del hogar se haya realizado «por cuenta ajena».

Vemos como el Tribunal Supremo apuesta por dar un trato diferenciado al trabajo para el otro cónyuge y por cuenta ajena, en cuyo caso, el de este último, se denegaría la compensación por no considerarse el trabajo por cuenta ajena incluido dentro del ámbito de trabajo doméstico, como demuestra la STS de 28 de febrero de 2017⁶⁹, en la que se deniega la compensación a la demandante que desempeñaba una profesión por cuenta ajena o, incluso, como autónomo, como ocurre en la ya apuntada STS de 26 de abril de 2017⁷⁰. Sin embargo, llama la atención como en esta resolución de 28 de febrero de 2017 y, por ende, apenas dos meses antes de la STS de 26 de abril en la que se admitió considerar que el trabajo para el otro en condiciones precarias se podía considerar «trabajo doméstico», el Tribunal Supremo revoca la prestación atendiendo a «la colaboración y dedicación de la esposa en la sociedad y actividad empresarial que desarrollaba el marido»⁷¹.

2.1.2 Crítica en torno a la exigencia de exclusividad en la dedicación al trabajo doméstico

De todo ello se puede concluir que, lejos de generar un giro copernicano⁷², a partir de la STS de 26 de abril de 2017 se sigue manteniendo la exigencia de exclusividad en la dedicación al trabajo doméstico como requisito para la concesión de la compensación, eso sí, partiendo de una concepción más amplia de «trabajo doméstico» que alberga también en su seno el trabajo para el otro

⁶⁹ STS núm. 136/2017 de 28 febrero. (RJ 2017\673) (ECLI: ES: TS:2017:714). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

⁷⁰ En esta misma línea, véase la STS núm. 497/2020 de 29 septiembre. (RJ 2020\3770) (ECLI: ES: TS:2020:3189). Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

⁷¹ STS núm. 136/2017 de 28 febrero. (RJ 2017\673) (ECLI: ES: TS:2017:714). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. F.D. 1.º

⁷² Así lo califica la SAP Asturias núm. 243/2017 de 12 mayo. (JUR 2017\163821) (ECLI: ES: APO:2017:1465). Ponente Illmo. Sr. D Rafael Martín del Peso García. F.D. 4.º

consorte en condiciones precarias⁷³. Resulta ejemplificativa en este sentido la reciente STS de 10 de marzo de 2023⁷⁴, en la que se reconoce la compensación a favor de la esposa a pesar de haber trabajado para su marido, alegando que «ha quedado acreditada la dedicación personal a la familia de la Sra. Eufrasia, que dejó de trabajar tras el nacimiento de su primera hija en 2008 y que, salvo un período de unos meses en los que trabajó para la empresa del marido con un salario bajo que se ingresaba para la satisfacción de las necesidades familiares, no ha realizado un trabajo remunerado desde entonces, y sí se ha dedicado al trabajo doméstico y al cuidado de las hijas. Las colaboraciones puntuales del Sr. Severiano no contradicen la dedicación sustancial de la Sra. Eufrasia al cuidado de la familia». Asimismo, el ATS de 19 de abril de 2023⁷⁵, también reconoce en su fundamento de derecho 1.º la compensación a favor de la esposa que, a pesar de trabajar en el estudio del esposo, tenía un papel predominante en la gestión de las necesidades del hogar y atención al hijo común, «y a medida que se consolidó y afianzó la relación, dejó de estar en el régimen laboral ordinario pasando a incluso a percibir un salario puramente nominal y en condiciones laborales precarias»⁷⁶.

Ahora bien, esta concepción parece ser también insuficiente si, como dicta la Sentencia, se busca adaptar los pronunciamientos jurisprudenciales a la realidad social actual (art. 3.1 CC), pues hubiera sido más sencillo entender que será la dedicación en exclusiva a las tareas domésticas de uno de los cónyuges, o más allá de lo que correspondería, lo que dará lugar al derecho a percibir la compensación. Y es que nadie pone en duda que la dedicación del cónyuge acreedor a las tareas domésticas debería ser cuanto menos mayoritaria, pero quizás no necesariamente exclusiva como defiende la jurisprudencia del Alto Tribunal, porque está claro que, de no ser así, carecería de todo fundamento el reconocimiento de la compensación y el derecho a reclamarla, y simplemente estaríamos ante el cumplimiento del deber de ambos cónyuges de contribuir

⁷³ Véase, en este sentido, CABEZUELO ARENAS, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, p. 79.

⁷⁴ STS núm. 357/2023 de 10 marzo. (RJ 2023\1567) (ECLI: ES: TS:2023:869). Ponente Excmo. Sr. M.ª Angeles Parra Lucán. F.D. 3.º

⁷⁵ ATS de 19 abril 2023. (JUR 2023\186866) (ECLI: ES: TS:2023:4573A). Ponente Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.

⁷⁶ Véase también respecto del trabajo para el consorte como exclusividad del trabajo doméstico, entre otros, ATS de 22 marzo 2023. (JUR 2023\13440) (ECLI: ES: TS:2023:3125A). Ponente Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo; STS núm. 18/2022 de 13 enero. (RJ 2022\53) (ECLI: ES: TS:2022:31). Ponente Excmo. Sr. Antonio García Martínez; ATS de 12 mayo 2021. (RJ 2021\2323) (ECLI: ES: TS:2021:6185A). Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas; ATS de 17 junio 2020. (RJ 2020\1682) (ECLI: ES: TS:2020:3915A). Ponente Excmo. Sr. Juan María Díaz Fraile.

al levantamiento de las cargas, inherente a todo matrimonio (ex art. 68 CC)⁷⁷, aunque ello supondría admitir que el fundamento de la compensación lo constituye la sobreaportación al trabajo doméstico de uno de los cónyuges.

Lejos de ello, la sentencia penaliza con sus planteamientos a quienes compaginan una mayor aportación al trabajo doméstico con un trabajo por cuenta ajena⁷⁸, por cuanto la falta de exclusividad en la dedicación a las tareas del hogar conduce a denegar su compensación, lo que sólo quedaría justificado si entendemos que su fundamento lo constituye la pérdida de oportunidades laborales⁷⁹. Parece, por lo tanto, que el Tribunal Supremo parte de un sistema indemnizatorio aplicable con la finalidad de resarcir la pérdida de oportunidades, académicas o profesionales, que les ha ocasionado su dedicación a las tareas del hogar. De ser así, una vez acreditada dicha pérdida, debería reconocerse la compensación.

Sea como fuere, a nuestro juicio, el hecho de no reconocer el derecho a la compensación a aquellas personas que se hayan dedicado en mayor medida de las tareas domésticas sólo por el mero hecho de trabajar por cuenta ajena colisiona por sí mismo con el principio contenido en el artículo 3.1 CC, por no adaptarse a la realidad contemporánea en la que la mayoría de las personas concilian su vida familiar, y la dedicación a la misma, con una vida profesional. Y, a su vez, ha dado lugar a pronunciamientos dispares de las Audiencias Provinciales que, a pesar de que por norma general siguen las directrices marcadas por el Alto Tribunal, en algunas ocasiones no casan entre sí en la estimación o no de la dedicación

⁷⁷ ARRÉBOLA BLANCO, 2019, pp. 237-238.

⁷⁸ Es interesante la reflexión, sumamente ejemplificativa, de Bosch Capdevila en torno a que «resulta sorprendente que, conforme a la doctrina jurisprudencial, si uno de los cónyuges dedica la mitad de la jornada a las tareas domésticas, y el resto del tiempo a un trabajo fuera del hogar a tiempo parcial, no tiene derecho a la compensación, que sí se le concederá en cambio si este tiempo lo emplea en otras actividades, culturales o recreativas, por ejemplo». BOSCH CAPDEVILA, 2022, p. 189.

⁷⁹ Respecto de la pérdida de oportunidades de la esposa, véase STS núm. 837/2022 de 28 noviembre. (RJ 2022\5143) (ECLI: ES: TS:2022:4481). Ponente Excmo. Sr. M.^a Angeles Parra Lucán, en cuyo Fundamento de Derecho. 3.º precisa que «la manera de razonar de la Audiencia Provincial atiende exclusivamente a la existencia de un desequilibrio económico en sentido objetivo, es decir, prescinde de cuál ha sido la causa de ese desequilibrio y, en concreto, prescinde de que la diferencia de patrimonio y de ingresos entre los cónyuges no guarda relación alguna con la pérdida de oportunidades de la esposa como consecuencia de su dedicación a la familia o a la colaboración en la actividad económica del esposo. La sentencia recurrida no tiene en cuenta que, del solo dato de que la esposa gane menos que el marido por su trabajo, o de que tenga un patrimonio sensiblemente menor, no cabe automáticamente dar por supuesto un desequilibrio susceptible de ser compensado con una pensión a cargo de éste. El origen de ese desequilibrio alegado no radica en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas de la esposa durante el matrimonio, pues según los hechos probados ni el matrimonio le impidió trabajar ni la diferencia salarial es una consecuencia directa del matrimonio, sino de sus propias actitudes y capacidades».

exclusiva al hogar, en función de sus respectivas interpretaciones. Muestra de ello es la SAP Valencia de 13 de marzo de 2013⁸⁰, en la que se deniega la compensación por el hecho de haber trabajado por cuenta ajena 10 de los 14 años que dura el matrimonio, en contraposición con la SAP Murcia de 8 de junio de 2017⁸¹ que, para un caso similar, entiende que sí cabe reconocer la compensación, sin perjuicio de la necesidad de descontar del cómputo el periodo de tiempo que trabajó fuera del hogar. Así, a pesar de otorgar la compensación a la demandante aun cuando ha trabajado algunos periodos fuera del hogar, para calcular la cantidad que le corresponde por dicho concepto sólo atenderá a cuando la dedicación a las labores del hogar fue en exclusiva, lo que cumple en mayor medida con el objetivo proteccionista que persigue la compensación. Ahora bien, ¿qué pasaría entonces, como plantea Cabezuelo Arenas, con aquellas personas cuyos contratos son fijos discontinuos pero sus servicios dejan de prestarse, por ejemplo, una vez termina la temporada estival? En su caso, la precariedad de las condiciones laborales deriva de la realización de un trabajo por cuenta

⁸⁰ SAP Valencia núm. 186/2013 de 13 marzo. (JUR 2013\187259) (ECLI: ES: APV:2013:1224). Ponente Illmo. Sr. D José Enrique de Motta García-España, en cuyo fundamento de derecho 4.º establece que «mal puede accederse a señalar una pensión en base a dicho precepto, toda vez que, como recoge la sentencia de instancia, la esposa ha trabajado durante 10 años de los 14 que duró el matrimonio, estando de alta como autónoma desde febrero de 2001 a enero de 2011, año en que se presenta la demanda objeto del presente recurso, con lo que en modo alguno puede válidamente decirse que se dan los presupuestos antes dichos, dado que la esposa, como exige el citado precepto no ha contribuido sólo con su trabajo en la casa a las cargas del matrimonio, y sí con el trabajo desarrollado por la misma, al igual que el esposo, fuera de la casa».

⁸¹ SAP Murcia núm. 381/2017 de 8 junio. (JUR 2017\203233) (ECLI: ES: APMU:2017:1378). Ponente Illmo. Sr. D Juan Martínez Perez. En su fundamento de derecho 6.º reconoce «procede fijar a favor de Doña María Antonieta una compensación económica con base en el artículo 1438 del Código Civil, ya que entre las partes litigantes rigió el régimen de separación de bienes, estando acreditado que durante el tiempo de convivencia matrimonial se ha dedicado al cuidado y atención de la familia e hijos, a excepción del periodo transcurrido entre el 11-3-2011 y el 16-12-2011, en que desarrolló actividad laboral». En este mismo sentido la SAP Álava núm. 119/2014 de 14 mayo. (JUR 2014\233184) (ECLI: ES: APVI:2014:218). Ponente Illmo. Sr. D Iñigo Madaria Azcoitia, prevé la necesidad de tener en cuenta el tiempo que la demandante ha accedido al mercado laboral para el cálculo de la compensación, como se desprende claramente de su fundamento de derecho 6.º según el cual «la sentencia de instancia se muestra razonable en la cuantificación de la compensación al tener en cuenta que la apelante, aun dedicada principalmente al cuidado de los menores, también ha accedido al mercado laboral en el año 2000 y 2006». Asimismo, se pronuncia también la SAP Sevilla núm. 327/2013 de 29 julio. (JUR 2013\380054) (ECLI: ES: APSE:2013:3065). Ponente Illmo. Sr. D Manuel Damián Álvarez García. De acuerdo con su fundamento de derecho 7.º «siguiendo el criterio de la sentencia apelada, es preciso descontar el período de tiempo en que la Sra. Leonor trabajó durante el matrimonio fuera del hogar familiar. El matrimonio fue contraído bajo el régimen de separación de bienes el 3 de agosto de 2003. Hasta octubre de 2005 la Sra. Leonor compaginó la dedicación al hogar con el trabajo fuera de la casa. Entre noviembre de 2005 y febrero de 2012 la dedicación a las tareas domésticas y al cuidado de los hijos fue exclusiva por parte de D.ª Leonor, y de mucha mayor relevancia que la aportación de don Rodolfo, dedicado a su actividad profesional como médico».

ajena y, por lo tanto, tendrá como resultado que se les deniegue, o no se les reconozca, el derecho a la compensación a pesar de que se hayan dedicado en mayor medida a las tareas domésticas, como es habitual que ocurra en estas situaciones⁸². Ello resulta contrario al espíritu de la norma, si partimos de que lo que se persigue indemnizar es una contribución a las tareas domésticas más allá de lo que correspondería atendiendo a la regla de la proporcionalidad.

Ante este escenario, las Audiencias Provinciales, como hemos avanzado, se han dividido entre las que aplican de manera estricta el requisito de «exclusividad» del trabajo doméstico y las que entienden que la clave está en la «sobreportación» del cónyuge acreedor respecto del deudor. Muy gráfica es en este sentido la SAP La Rioja de 3 de octubre de 2012, en cuyo fundamento de derecho 2.º presenta las dos posiciones contrapuestas que sobre esta cuestión ha venido manteniendo la jurisprudencia menor. En concreto, la Sentencia establece que «efectivamente, existe un conjunto de Audiencias Provinciales que estiman que para que proceda la compensación que establece el artículo 1438 del Código Civil, es necesario que haya regido entre los consortes el régimen de separación de bienes, y que se haya producido la contribución en especie del cónyuge acreedor al levantamiento de las cargas familiares, y ello con una atención «directa, exclusiva y excluyente», trabajo para la casa, trabajos domésticos, trabajo en el hogar. En suma, la compensación a que se refiere la norma sólo es procedente cuando uno de los cónyuges o bien no tuvo actividad laboral durante el matrimonio para dedicarse a las tareas del hogar, o bien abandonó aquella actividad con esa finalidad, esto es, sólo es procedente cuando el cónyuge que compromete sus expectativas profesionales al asumir las tareas propias del hogar se encuentra, al extinguirse el régimen de separación, con que ni pudo participar en las ganancias del otro cónyuge por ser privativas, ni le fue retribuida su plena dedicación a las tareas del hogar. Son exponente de esta posición, por ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de la Coruña, Sec. 5.ª de 28 de marzo de 2012, de la Audiencia Provincial Cádiz, Sección 5.ª, de 29 de Octubre del 2009, de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de Abril 2007, que cita las de la AP de Madrid de 1 de febrero de 2006, de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 16 septiembre 2005, y de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de noviembre de 1999. Sin embargo, frente a esta posición, otras Audiencias Provinciales (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10.ª de 18 de julio de 2012, Sección 1.ª de la Audiencia

⁸² CABEZUELO ARENAS, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, p. 83.

Provincial de Palencia de 2009, Sección 1.^a de Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 19 de Enero del 2009, de la Audiencia Provincial de las Palmas de 30 de junio de 2.005, Zaragoza de 20 de mayo de 2005, Navarra 2 de junio de 2004) mantienen una posición distinta. Para esta posición, la clave está en la «sobreaportación», exigiendo que la contribución del acreedor haya sido más relevante que la del deudor, bastando con que la de aquél sea mayoritaria. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16-5-2005, tras decir que el artículo 1438 del Código Civil mira hacia atrás, hacia el tiempo durante el que ha regido la separación de bienes y tiende a remunerar la actividad desarrollada en la familia y para ella, en tanto que la pensión compensatoria va más allá de la simple remuneración del trabajo doméstico, ya no habla solamente del trabajo dedicado a las tareas domésticas, sino de la dirección, supervisión o ejecución de esas tareas, así como por su colaboración a la actividad económica o profesional del esposo», extensión esta, por parificación con el trabajo doméstico, que la doctrina más autorizada admite en la interpretación del artículo 1438 C. C., habiendo luego trascendido al terreno legislativo, en el que, por ejemplo, el artículo 5 del Código de Familia de Cataluña contempla como una de las formas de contribución a los gastos de mantenimiento familiar «la aportación propia al trabajo doméstico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con retribución insuficiente en la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge». Por su parte la sentencia de la AP de Córdoba, de 11-11-2002, señala que el trabajo fuera del hogar no excluye *per se* esta prestación, ni tampoco que en parte del día la esposa contara con personal doméstico que realizara las tareas del hogar, si es ella, y no el esposo el que cuida de las otras atenciones que precisa el hogar, y ello en la medida que esa dedicación excluya una mayor dedicación a su actividad profesional y le haya vedado o dificultado la progresión profesional y tener mejores expectativas tanto económicas como profesionales».

Si defendemos, como es el caso, que el fundamento de la compensación por trabajo doméstico debería ser la sobrecontribución de uno de los cónyuges al trabajo doméstico, del que a su vez derivara un incremento patrimonial superior del otro cónyuge, que gracias a ello ha podido dedicar la mayor parte de su tiempo a realizar un trabajo remunerado, carece de sentido toda distinción acerca de si el trabajo debe ser exclusivamente doméstico o no. Así, si el eje sobre el que gira la concesión o no de la compensación fuera, como entendemos nosotros, la mayor contribución al levantamiento de

las cargas de uno de los cónyuges a través del trabajo doméstico, debería ser este el elemento para decidir si conceder o no la compensación y, en caso de ser así, entrar a valorar su *quantum*⁸³. Por lo tanto, la exigencia de exclusividad por la que aboga el Alto Tribunal dejaría de ser requisito para su reconocimiento, sin entrar a discernir entre si este trabajo se ha llevado a cabo en el hogar, para el otro cónyuge o por cuenta ajena.

Bajo nuestro punto de vista, cualquier interpretación que diste de que la sobrecontribución debe ser el elemento determinante en el reconocimiento de la compensación conduce, como ha quedado acreditado, a resultados injustos y desfasados, además de sumamente discriminatorios y alejados cada vez más de la realidad social que impera en nuestros días. Y es que, por norma general, esta dedicación claramente superior del cónyuge acreedor a las tareas domésticas suele llevar aparejada unas condiciones laborales precarias, por cuanto su dedicación a un trabajo remunerado consistirá, en la mayoría de los casos, en una jornada laboral más reducida que pueda compatibilizarse con la dedicación al hogar. Y, aun no siendo así, y las condiciones económicas de sus respectivos trabajos sean, pongamos a modo de ejemplo, las mismas, como también sea igual su aportación al levantamiento de los gastos familiares, en caso de que exista una desproporción entre las cargas domésticas asumidas por cada uno de ellos, no debería haber obstáculo para que éste pudiera percibir la compensación en virtud de su sobreaportación⁸⁴.

Podemos entender que la interpretación del Tribunal Supremo, a pesar de haber dado un paso adelante haciendo extensivo el concepto de trabajo doméstico también al trabajo para el otro cónyuge en condiciones precarias, en línea con lo que expresamente recoge el artículo 232-5 CCCat, penaliza en cierto modo a quienes han realizado una profesión por cuenta ajena, negándoles el derecho a reclamar la prestación, sin perjuicio de que este trabajo también se hubiera desempeñado en condiciones precarias. Ello nos lleva a entender que el Tribunal Supremo está otorgando un papel decisivo

⁸³ A nuestro modo de ver, incluso en el supuesto de que el cónyuge que se dedica al trabajo doméstico realizara también un trabajo por cuenta ajena, por ejemplo, a media jornada, y se quedara todos los ingresos resultantes de su actividad –en cuyo caso el otro cónyuge estará haciendo frente al pago de las cargas familiares– la sobrecontribución al levantamiento de las cargas a través de su dedicación al trabajo doméstico sería el elemento determinante para la concesión de la compensación. Sin perjuicio de que lo más probable en la práctica sea que si este cónyuge desempeña un trabajo remunerado, aunque lo haga a media jornada, no pueda dedicar tiempo suficiente a ocuparse de las tareas domésticas como para que ello suponga una sobrecontribución al levantamiento de las cargas por su parte. Véase también respecto de esta idea la nota 61.

⁸⁴ Respecto de esta posible situación, véase GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, pp.580-587. Véase también, a modo de conclusión en este sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, BOE, 2016, p. 263.

a la pérdida de oportunidades laborales como fundamento de la compensación, pues solo así podríamos justificar la exclusión de la prestación por el mero hecho de haber trabajado por cuenta ajena, sin entrar a discernir las condiciones laborales concretas de dicho empleo. En su caso, de la exigencia de exclusividad y, por consiguiente, de no realizar un trabajo remunerado por cuenta ajena si se quiere optar a percibir la compensación se desprende que su voluntad es la de resarcir las oportunidades profesionales y/o académicas perdidas por la dedicación al hogar. Y respecto de ello, debemos plantearnos la posibilidad de que un cónyuge nunca haya tenido un empleo, en cuyo caso no pierde ninguna oportunidad laboral y, en cambio, otro que sí haya trabajado por cuenta ajena, pero en su caso sí esté perdiendo oportunidades laborales porque la conciliación de su actividad profesional con su contribución a las labores domésticas le impide, por ejemplo, promocionar en su empresa. Y a todo ello debemos añadir una importante reflexión, y es que el matrimonio no impide trabajar a ninguno de los cónyuges, ni tampoco la diferencia salarial que pueda existir entre ellos es una consecuencia directa del matrimonio, sino que resulta de sus propias actitudes y capacidades.

Como hemos avanzado, este posicionamiento dista de nuestro punto de vista, proclive a entender que el elemento determinante para la concesión de la compensación es que quien la reclama haya superado de un modo sustancial la que debía ser su contribución al levantamiento de las cargas familiares de acuerdo con la regla de la proporcionalidad a través del trabajo para el hogar⁸⁵, lo que suele llevar aparejado, como regla general, un incremento patrimonial superior del cónyuge deudor⁸⁶. Es más, creemos que la regulación del artículo 1438 CC brindaba a los tribunales la oportunidad de dejar atrás la exigencia de exclusividad y dar un paso más allá, otorgando un papel preponderante a la sobrecontribución a las cargas familiares a través de la dedicación al trabajo doméstico, en detrimento del origen de la fuente de ingresos⁸⁷. Es fácil mantener que la redacción del precepto está pensando en la necesidad de computar

⁸⁵ Véase también ÁLVAREZ OLALLA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, pp. 136-137.

⁸⁶ En línea con nuestro posicionamiento se pronuncia la SAP Murcia núm. 396/2006 de 6 noviembre. (JUR 2006\284978). Ponente Illmo. Sr. D Álvaro Castaño Penalva. F.D. 4.º, en el que se establece que «la desigualdad que se trata de corregir no sólo se da cuando el acreedor se dedica exclusivamente al hogar, sino también cuando lo hace en mayor medida, de ahí que tengan derecho a la compensación tanto los primeros como los que compatibilizan dicha actividad familiar con otra económica o laboral, e incluso, como destaca la sentencia de la A. p. de Córdoba de 6 de febrero de 2.004, aun cuando en esa tarea se auxilie de terceras personas a su servicio, «pues no todo lo que precisa una casa lo realiza el servicio doméstico que pueda tener, ni el personal que realiza este cometido, normalmente, está el día entero, ni todos los días»».

⁸⁷ CABEZUELO ARENAS, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, pp. 84 y 89.

el trabajo doméstico como contribución a las cargas familiares, y ello con independencia de si el cónyuge que ha realizado una aportación relevante a las tareas domésticas trabaja o no también por cuenta ajena⁸⁸. Sin embargo, ha sido una oportunidad perdida que ha tenido como resultado una respuesta totalmente incoherente en la práctica. Y es que, como hemos apuntado, ante dos personas –en la mayoría de los casos, mujeres– que se dedican a las tareas domésticas en mayor medida de lo que les correspondería, la concesión o no de la compensación dependerá únicamente de si el trabajo que han realizado ha sido en el marco del negocio familiar o por cuenta ajena, a pesar de que su dedicación haya podido ser exactamente la misma o, incluso, de que quien ha trabajado para otra persona lo haya hecho de modo insignificante⁸⁹ o haya dedicado mayores esfuerzos para poder conciliar la vida familiar y laboral⁹⁰.

⁸⁸ Véase en este sentido la SAP Castellón núm. 174/2012 de 11 diciembre. (JUR 2013\120596) (ECLI: ES: APCS:2012:1341). Ponente Illmo. Sr. D Pedro Javier Altares Medina, en cuyo fundamento de derecho 5.º apunta que «en nuestra opinión, no existe fundamento consistente (al menos en la literalidad del precepto -a la que, como hemos visto, se acude para resolver la cuestión verdaderamente controvertida y polémica) para mantener tal cosa. A nuestro entender, cuando se dice que «el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación», lo que se está queriendo decir es que el «trabajo para la casa» deberá ser computado, siempre y en todo caso (se haya contribuido a las cargas sólo con el trabajo para la casa, o también de otra forma; y con independencia de si el cónyuge que ha realizado una aportación relevante para el trabajo para la casa trabaja o no también fuera de casa) como contribución a las cargas del matrimonio, en la liquidación que en su caso hagan los cónyuges o excónyuges sobre la forma y cuantía en que han contribuido ambos al sostenimiento de las cargas del matrimonio; y que la manera en que el trabajo para la casa es computado o tenido en cuenta no es otra que atribuyéndole una valoración económica o compensación pecuniaria».

⁸⁹ Guilarte Martín-Calero sentencia que se trata «de una exigencia discriminatoria al utilizar como criterio determinante de la pensión, sin fundamento alguno, la relación conyugal o familiar con el pagador, lo que implica dejar fuera al resto de mujeres que, en similares condiciones laborales (precariedad, jornada reducida, trabajo parcial), no tendrán compensación por trabajar por cuenta ajena y, no nos engañemos, en peores condiciones, al tratarse de un ámbito laboral ajeno a los posibles requerimientos de la vida familiar». GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, BOE, 2016, p. 259. Respecto de esta cuestión, véase SAP Álava núm. 302/2016 de 28 septiembre. (AC 2016\199). Ponente Illmo. Sr. D Iñigo Madaria Azcoitia. f.d. 3.º, en el que afirma que «dedicación exclusiva aunque no excluyente, según resulta de la jurisprudencia, significa por tanto que el cónyuge solo ha estado dedicado al cuidado del hogar durante todo el tiempo que ha durado la relación, y por tanto no procederá la compensación si se ha trabajado algún periodo, por breve que sea, fuera de casa».

⁹⁰ Respecto de esta cuestión, la SAP Valencia núm. 135/2023 de 27 febrero. (JUR 2023\129047) (ECLI: ES: APV:2023:28). Ponente Illmo. Sr. D Carlos Esparza Olcina, establece, en su fundamento de derecho 2.º que «se debe resaltar que la demandante ha desplegado una dedicación exclusiva al hogar durante los años de vigencia del régimen económico matrimonial de separación de bienes, lo que debe dar lugar a la compensación prevista por el artículo 1.438 del Código Civil, pero esa compensación se debe moderar por la dedicación al hogar que también ha desplegado el demandado, que se deduce de los extensos periodos en los que ha estado en desempleo, y del hecho de que el trabajo que ha desarrollado ha sido sobre todo en horario de mañanas, en régimen de conciliación laboral y sin que requiriera presencialidad en la empresa». Véase también, entre otras, la SAP Madrid núm. 1122/2014 de 23 diciembre. (AC 2015\591) (ECLI: ES: APM:2014:18505).

El artículo 1438 CC no deja lugar a dudas acerca de que la realización de las labores domésticas es una forma de contribución a los gastos familiares y que da derecho a obtener una compensación. Sin embargo, no entra a valorar, quizás por considerar que es irrelevante a efectos de la compensación, si ha existido una imposibilidad para trabajar fuera del hogar por parte de quien la reclama, si se han ejercido presiones por parte del otro cónyuge para que así fuera, si por la formación de dicho consorte el trabajo al que podía optar generaba unos ingresos similares a los que deberían pagarse a un empleado o empleada del hogar o simplemente el o la demandante de la compensación se ha negado a trabajar fuera de casa, aun cuando ello podía conllevar una disminución del nivel económico de la familia y existía de antemano una predisposición a contratar a alguien para que desempeñara las tareas domésticas por una cuantía inferior a la que hubiera obtenido el cónyuge que se ha quedado en casa si hubiera trabajado por cuenta ajena.

En este punto es interesante traer a colación la STS de 13 de marzo de 2023⁹¹, en la que el Alto Tribunal respalda un pacto prematrimonial en el que ambos consortes renuncian a cualquier derecho económico que pudieran reclamarse como consecuencia de una futura ruptura⁹² y por el que la mujer dejó de cobrar 48.000 euros en concepto de compensación. En este caso, el Tribunal Supremo justifica su resolución en que la mujer no era la parte «débil» o «ignorante» y conocía perfectamente las repercusiones de lo pactado, además de contar con formación suficiente para

Ponente Illmo. Sr. D María del Pilar González Vicente. En ella se alude, en su fundamento de derecho 7.º, a la SAP Madrid núm. 169/2005 de 25 febrero. (JUR 2005\84650). Ponente Illmo. Sr. D Eduardo Hijas Fernández, en cuyo fundamento de derecho 2.º establece que «(...) la idea que sostiene el polémico precepto es la de la aportación por uno de los cónyuges de su trabajo en el hogar familiar, y que tal dedicación haya sido significativamente más relevante que la del otro esposo que, de tal forma, ha dispuesto de unas mejores, o mayores, oportunidades para su perfeccionamiento y promoción profesional, al tener cubiertas sus necesidades en el hogar por el trabajo de su compañero. Debe igualmente resaltarse que el precepto examinado no exige, en modo alguno, que la realización de las tareas del hogar constituya el exclusivo trabajo que desarrolle el posible acreedor del derecho, por lo que tal actividad se ofrece, a los fines contemplados en el mismo, perfectamente compatible con la realización de un cometido laboral remunerado fuera del hogar, lo que inclusive, y bajo determinados condicionantes, conlleva un mayor fundamento en orden al reconocimiento judicial del derecho, por la enorme exigencia de tal compatibilización, sin relevante ayuda del otro consorte, que así disfruta de unas mejores perspectivas de desarrollo profesional y, por ende, económico».

⁹¹ STS núm. 362/2023 de 13 marzo. (RJ 2023\1566) (ECLI: ES: TS:2023:879). Ponente Excmo. Sr. M.ª Angeles Parra Lucán. F.D. 6.º

⁹² La doctrina mayoritaria respalda la admisibilidad de los pactos de renuncia, aunque hay quienes, como Roca i Triás, se muestran contrarios a ella. En este sentido, Berrocal Lanzarot entiende que «sería prudente admitir la ineficacia de tal renuncia, si se acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron y que no podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron». Véase BERROCAL LANZAROT, *RCDI*, 2016, p. 469 y ROCA I TRIÁS, 2006, pp. 2132-2133.

poder trabajar⁹³. En este sentido, y tomando como fundamento su trayectoria profesional, en su fundamento de derecho 6.º apunta que «en el caso no se ha alegado, ni la sentencia menciona, que por alguna circunstancia extraordinaria la esposa no pudiera trabajar, primero tras la celebración del matrimonio y luego tras el nacimiento del niño. Tampoco se ha alegado que por concurrir alguna circunstancia fuera de lo común el cuidado del niño requiriera una dedicación especial que, al ser asumida en exclusiva por la madre, la hubiera colocado, por no poder trabajar, en una situación de precariedad económica que las partes no pudieron contemplar al pactar las consecuencias económicas de un eventual divorcio. El presupuesto común de las previsiones de los futuros esposos fue que ambos contaban con capacidad para obtener ingresos separados y su voluntad libre fue mantener esa situación de total independencia de los patrimonios y excluir las prestaciones económicas y compensaciones que, de no mediar la renuncia, pudieran ser exigibles. Y ello, según recoge expresamente el pacto, «independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno» que, tal como resulta acreditado en la instancia, eran ya desiguales con anterioridad a la celebración del matrimonio».

Ello nos lleva a plantearnos si resulta legítimo que quien voluntariamente ha elegido quedarse en el hogar y dedicarse a las tareas domésticas, aun cuando su cónyuge no estaba de acuerdo en que así fuera y ello ha tenido un impacto directo en la economía familiar, por ejemplo, porque debido a su formación y experiencia profesional previa ese cónyuge podía optar a un puesto de trabajo cuyos ingresos excederían lo que se pagaría a otra persona por la realización del trabajo del hogar, pueda reclamar la compensación. De acuerdo con los criterios objetivos que tomamos en consideración existe tanto una sobreaportación al trabajo doméstico como, incluso, una dedicación exclusiva al mismo, así que la respuesta parece obvia. Sin embargo, el debate va más allá de criterios meramente objetivos y, a nuestro modo de ver, de ser así debería ponerse en tela de juicio el derecho a recibir la compensación en estos casos, aún más si se pretende fundamentar la compensación en una

⁹³ Respecto a la posición del Tribunal Supremo de avalar los acuerdos en los que la parte «perjudicada» puede entender perfectamente el significado del acuerdo y, por lo tanto, no se pueden considerar contrarios al orden público, así como tampoco susceptibles de vulnerar la igualdad, la libertad y la dignidad de la mujer, véase la STS núm. 315/2018 de 30 mayo. (RJ 2018\2358) (ECLI: ES: TS:2018:1925). Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas y la STS núm. 569/2018 de 15 octubre. (RJ 2018\4295) (ECLI: ES: TS:2018:3485). Ponente Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz. Véase también, en relación con la prestación compensatoria, BARBA, ADC, 2021, pp. 47-48 y 63. Respecto de la posibilidad prevista por el artículo 232-7 CCCat de excluir la compensación económica por razón de trabajo en el Derecho civil de Cataluña, véase LAMARCA I MARQUÈS, 2013, pp. 468-471.

pérdida de oportunidades laborales, en cuyo caso sería difícil de justificar por tratarse de una renuncia completamente voluntaria⁹⁴.

Algunos autores, a nuestro parecer de modo acertado, se postulan claramente a favor de otorgar un carácter trascendental a la razón por la que el cónyuge que solicita la compensación decidió quedarse en el hogar en lugar de realizar un trabajo remunerado⁹⁵. No es lo mismo si esa persona, como hemos avanzado, decide dedicarse a las tareas del hogar porque pagar a otra para que lo hiciera le supondría un gasto igual o superior a los ingresos que ella podría percibir en el mercado laboral, en cuyo caso podría tener sentido reconocer una compensación a su favor, que si una persona, aun sabiendo que generaría mayores ingresos para la familia si realizara un trabajo fuera del hogar, y sin perjuicio de la necesidad de contratar a personal al servicio doméstico y de la familia, decide situarse en una posición de dependencia económica de su consorte y aboga por quedarse en el hogar, en muchos casos, cuando el cónyuge tiene una situación económica holgada, incluso contratando a su vez a personal de servicio, dado el carácter no excluyente de la compensación. Incluso autoras como De Amunátegui van más allá y sentencian que si teniendo capacidad para trabajar y obtener ingresos se prescinde de hacerlo, esta opción se traduce en una sobreaportación del otro cónyuge e impedirá que se haga efectiva cualquier pretensión de recibir la compensación por trabajo doméstico del artículo 1438 CC⁹⁶. El problema se halla aquí en cómo probar cuál ha sido la razón que ha llevado a uno de los cónyuges a realizar el trabajo doméstico renunciando así a unos ingresos fruto de su actividad profesional, y es que el único dato objetivo que materialmente tenemos a disposición es el pacto, expreso o tácito, por el que uno de los cónyuges se ha ocupado del trabajo doméstico mientras que el otro lo ha hecho por cuenta ajena.

2.2 EL CARÁCTER NO EXCLUYENTE DE LA DEDICACIÓN AL TRABAJO DOMÉSTICO

2.2.1 La posibilidad de contratar a personal al servicio del hogar

La compensación por trabajo doméstico también se caracteriza por su carácter no excluyente, lo que se traduce en que la contrata-

⁹⁴ Respecto de esta cuestión, véase ÁLVAREZ OLALLA, 1996, p. 254.

⁹⁵ Entre ellos encontramos a CABEZUELO ARENAS, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, pp. 85-90; Gutiérrez Santiago, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, pp. 72-75 y DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2010, p. 256.

⁹⁶ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2010, p. 256.

ción de personal que preste su apoyo en la realización de las labores del hogar no será *per se* una causa de exclusión de la compensación, aunque sí será un factor a tener en cuenta para calcular la cuantía a la que asciende su importe, así como un elemento que puede ser útil para tratar de dilucidar si realmente el cónyuge que se ha ocupado de las labores del hogar lo ha hecho de forma real y efectiva, sobrecontribuyendo de este modo al levantamiento de las cargas familiares.

Volviendo de nuevo a la STS de 26 de marzo de 2015, en ella se encuentra el origen de la doctrina jurisprudencial que, si bien exigía, como ya ha quedado acreditado, que la dedicación del cónyuge al hogar fuera exclusiva, permitía hacerlo con carácter no excluyente, lo que significa que podrá concederse la compensación aun cuando la dedicación a las tareas domésticas del cónyuge acreedor cuente con la ayuda puntual de personal contratado⁹⁷. Ello toma como fundamento la idea de que el contar con ayuda externa no significa ineludiblemente que el cónyuge no se haya dedicado a las labores domésticas más allá de lo que le correspondía. Sin embargo, la contratación de personal de servicio sí constituye un parámetro que se debe tener en cuenta para cuantificar la cantidad a la que asciende la compensación. Incluso, en algunos casos, ha sido un elemento determinante para denegar la compensación, especialmente cuando la ayuda externa lo era a tiempo completo y de ello podía acreditarse o deducirse que la dedicación del cónyuge demandante a las tareas domésticas no excedía de lo que le correspondía en el matrimonio.

El carácter no excluyente de la dedicación al hogar apela a la lógica de quien juzga, pues a pesar de que el cónyuge que reclama la prestación se haya dedicado exclusivamente a las tareas del hogar o, quizás más acertadamente, se haya quedado en el hogar, la posibilidad de contratar ayuda externa abre la veda a un amplio abanico de posibles situaciones en la práctica. Cabe la posibilidad de que las funciones asignadas y realizadas por dicho empleado o empleada sean tan amplias que nos lleven a concluir de modo lógico que el cónyuge no ha contribuido en exceso a las labores familiares de acuerdo con la regla de la proporcionalidad. Por el contrario, también puede ocurrir que de estas funciones se desprenda que el personal empleado simplemente ha ayudado o colaborado en la realización de las tareas domésticas al cónyuge que sí está sobrecontribuyendo por sí mismo. Incluso, puede ocurrir que las tareas

⁹⁷ A modo de ejemplo, la reciente SAP Valencia núm. 135/2023 de 27 febrero. (JUR 2023\129047) (ECLI: ES: APV:2023:28). Ponente Ilmo. Sr. D Carlos Esparza Olcina, pone de manifiesto a la hora de ponderar si realmente corresponde la compensación a la demandante que «La ayuda doméstica externa, a juzgar por las manifestaciones del demandado en el juicio, ha sido irrelevante» (F.D. 2.º).

de gestión del personal al servicio del hogar sean de tal envergadura que lleven al juzgador a concluir que suponen también una sobrecontribución del cónyuge que se ha quedado en el hogar. Determinar todas estas cuestiones puede llegar a ser subjetivo y dar lugar a resoluciones dispares entre sí ante realidades similares, de modo que será fundamental dar un valor objetivo a la ayuda externa con el fin de encontrar un criterio uniforme para la concesión o no de la compensación. Tarea nada sencilla en la práctica.

Ello tiene un riesgo y es el de caer en el error de conceder la compensación por trabajo doméstico al consorte que, no habiendo desempeñado un trabajo fuera del hogar, se ha quedado en él, pero habiendo contratado a personal que, más allá de ayudar, son quienes han realizado la mayor parte de las labores del hogar y de cuidado de la familia, lo que se deduce tanto de sus horas de dedicación al hogar, como del volumen de personal al servicio. Y es que, lejos de tratarse de una precisión terminológica, no podemos equiparar en absoluto el hecho de quedarse en el hogar con una sobrecontribución en la realización de las tareas domésticas, pues no tiene por qué necesariamente ser así. A lo que debemos añadir los importantes problemas de prueba que plantea el demostrar la dedicación efectivamente superior a las tareas domésticas, agravada por factores como sería precisamente la posibilidad de contratar a personal externo para la realización de dichas labores.

Claro ejemplo de ello es la STS de 11 de diciembre de 2019⁹⁸. Esta Sentencia es el fiel reflejo de cómo, lamentablemente, la ausencia de un fundamento claro de la compensación por trabajo doméstico, así como de unas directrices claras de actuación y de fijación de unos parámetros que nos permitan valorar la sobreaportación al trabajo doméstico, pueden dar lugar a resoluciones que, apelando de nuevo a la lógica, pueden llegar a carecer de sentido. En su caso, la petición de la demandante de percibir una compensación por el trabajo doméstico que había realizado durante el matrimonio fue desestimada en primera instancia porque no quedaba acreditado que se hubiera dedicado de manera directa, única y exclusiva al trabajo para la casa, por haber contado con la «ayuda» de once empleados para su realización, así como también por no poderse probar que el incremento patrimonial experimentado por el marido fruto de su actividad profesional se hubiera debido a la colaboración de la demandante. Por el contrario, la Sentencia de segunda instancia sí reconoció a favor de la esposa la astronómica cifra de 6.000.000 de euros en concepto de compensación por tra-

⁹⁸ STS núm. 658/2019 de 11 diciembre, (RJ 2019\5090) (ECLI: ES: TS:2019:4080). Ponente Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg.

bajo doméstico, el cual se materializó, según dicta la resolución, en «funciones de ordenación, dirección, organización y control de la vida familiar». Si bien podemos aceptar que estas tareas implican una mayor dedicación al hogar por parte de la demandante y, en consecuencia, que se reconozca a su favor una compensación por trabajo doméstico otorgándoles de este modo un valor económico, creemos que es totalmente desorbitado que la cuantía ascienda a la cifra de 6.000.000 de euros, a pesar de que la sentencia trate de fundamentarlo en «la suma de ingresos dejados de percibir, perspectivas profesionales después de una exitosa vida profesional, como así es reconocido de adverso, con interrupción definitiva de su actividad por matrimonio y la capitalización por los diez años de vigencia del matrimonio y por ende del régimen de separación de bienes» (fundamento de derecho 3.º). Finalmente, el Tribunal Supremo reconoce a favor de la demandante, en atención a una valoración equitativa de los trabajos de coordinación cualificados para la casa prestados durante los diez años que duró el matrimonio, una compensación económica de 840.000 euros.

Con ello, queda clara la voluntad del juzgador de fundamentar la compensación en la pérdida de oportunidades laborales, pero ello no casa con el fundamento según el cual lo que debe compensarse es la dedicación gratuita al hogar y a la familia, pues, como alega el marido en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia, la pérdida de oportunidades profesionales se repara a través de la pensión compensatoria del artículo 97 CC que, para el caso que nos ocupa, asciende a la cuantía de 75.000 euros mensuales. De manera que estaríamos compensando doblemente esta renuncia a una carrera profesional⁹⁹. Sin embargo, entendemos que ello no es exactamente así ya que, si atendemos a la finalidad de ambas instituciones, la prestación compensatoria tiene como finalidad el mantenimiento del nivel de vida que se tenía durante la vigencia del matrimonio, mientras que la compensación por trabajo doméstico indemniza lo que has dejado de percibir durante la vigencia del régimen de separación de bienes.

Llama la atención que el *iter* de la sentencia carece de una línea clara, y muestra de ello es que los distintos pronunciamientos sobre este caso –Juzgado de Primera Instancia de Madrid, Audiencia Provincial de Madrid y Tribunal Supremo– encuentran su razón de ser en fundamentos completamente dispares de la compensación por trabajo doméstico, lo que nos lleva a recuperar una vez más el debate de fondo de la cuestión: la necesidad de fijar y seguir un fundamento claro de la compensación. Así, en el caso que nos ocupa encontramos, por un lado, que la sentencia de primera instancia se basa en el enri-

⁹⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, *Revista Boliviana de Derecho*, 2020, p. 749.

quecimiento del cónyuge que trabaja por cuenta ajena a costa de la dedicación al hogar de su consorte¹⁰⁰, a pesar de que reiterados pronunciamientos judiciales, basándose en la doctrina jurisprudencial sentada por la STS de 14 de julio de 2011¹⁰¹, como ya hemos apuntado, deja claro que, con independencia del incremento patrimonial de quien realiza una actividad profesional remunerada, lo que se trata de compensar es esta dedicación al trabajo doméstico. Por otro lado, la sentencia de segunda instancia toma como fundamento las oportunidades laborales perdidas por la demandante. Y, por último, tras el recurso de casación interpuesto por el marido, la sentencia objeto de estudio toma en consideración la dedicación exclusiva al hogar de la demandante, reconociéndole una compensación de 840.000 euros por el cuidado de las hijas comunes y las tareas de organización del personal de servicio contratado que, a pesar de tratarse de una cuantía elevada, dista de los 50 millones de euros que solicitaba la demandante —«1,70 % de las supuestas ganancias patrimoniales obtenidas por el marido»—, quien fundamentaba por tanto su petición en una participación en las ganancias del marido.

Todo constituye, en definitiva, el reflejo de cómo siguen existiendo interpretaciones dispares de lo que la compensación por trabajo en el hogar trata de compensar. Pero, al margen de lo anterior, la sentencia materializa el problema interpretativo que el carácter no excluyente de la compensación lleva aparejado.

2.2.2 El grado de contribución al trabajo doméstico del personal contratado como elemento determinante para la concesión de la compensación

Creemos firmemente que la contratación de personal que colabore en la realización de las tareas del hogar, si bien no debe

¹⁰⁰ Ello se desprende del fundamento de derecho 1.º apartado 4.º de la STS de 11 de diciembre de 2019, según el cual el Juzgado de Primera Instancia «tuvo en cuenta que, en ningún caso, constaba que la esposa se hubiera dedicado, de modo directo, único y exclusivo, a los trabajos de la casa, dado que contaba, para la ejecución de dichas tareas, con 11 empleados, ocupados en actividades tales como jardinería, mantenimiento, limpieza, cocina, chóferes, enseñanza de idiomas, profesores particulares; así como que ambos cónyuges han colaborado, en la medida de sus posibilidades, en el cuidado y atención de las hijas, unido además a que no existe prueba alguna relativa a que el incremento patrimonial del demandante derivado de la gestión de la entidad Ferrovial, desde el año 2006 hasta el año 2016, fuera debido a la colaboración o contribución de la demandante, ponderando igualmente una anticipada compensación de tres millones de euros, que fue percibida por la esposa, vigente la unión matrimonial».

¹⁰¹ La propia STS de 11 de diciembre de 2019 se refiere, en su fundamento de derecho 4.º a que «las SSTS 534/2011, de 14 de julio (RJ 2011, 5122); 16/2014, de 31 de enero (RJ 2014, 813); 135/2015, de 26 de marzo (RJ 2015, 1170); 614/2015, de 25 de noviembre; 678/2015, de 11 de diciembre (RJ 2015, 5414) y 136/2017, de 28 de febrero (RJ 2017, 673), han excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor, que debe pagar la compensación por trabajo doméstico».

excluir por sí misma el derecho a recibir la compensación a pesar de poder influir en la ponderación de su cuantía, debe valorarse siempre desde el prisma de la ayuda o colaboración que estos empleados o empleadas pueden prestar al cónyuge que se ocupa fundamentalmente de estas labores. Y es que, si por el contrario, se concede la prestación al consorte que se ha ocupado, en teoría, de las tareas domésticas, aun cuando este personal de servicio contratado asume la mayor parte de estas funciones, deberíamos poner en tela de juicio si realmente existe una sobrecontribución a las cargas familiares del cónyuge que se ha dedicado al trabajo doméstico como fundamento para reconocer la compensación. Probablemente en este caso, el cónyuge que realiza un trabajo remunerado será quien haga frente al pago del salario del personal a servicio y contribuirá de este modo también al levantamiento de las cargas en detrimento del otro. Y no solo eso, sino que, además, no podemos perder de vista que, si defendemos que el fundamento de la compensación es la mayor aportación a las tareas domésticas de uno de los consortes, iría en contra de la propia naturaleza de la institución el reconocer la prestación a quien no ha desempeñado un trabajo remunerado, pero tampoco las tareas del hogar por contar con profesionales a su servicio que las han desempeñado, como decimos, en su mayor parte.

Siendo conscientes de la redundancia, volvemos una vez más a la conclusión ya apuntada anteriormente: si equiparamos el quedarse en casa a sobrecontribuir a las tareas domésticas sin entrar a valorar si la mayor contribución al levantamiento de las cargas familiares mediante el trabajo doméstico es una realidad, caeremos en el error de conceder la compensación a quienes, quizás, no han hecho nada para merecerla y han optado por vivir cómodamente, y deneársela, en cambio, a quienes han hecho grandes esfuerzos para conciliar su mayor dedicación al hogar con un trabajo asalariado.

VI EL FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO. PRINCIPALES TEORÍAS

Conocer cuál es el fundamento de la compensación por trabajo doméstico constituye uno de los principales retos que plantea esta institución. Y ello resulta de que ni la ley ni la jurisprudencia han ofrecido a fecha de hoy una posición asentada sobre cuál debe ser este fundamento. Lejos de ser así, el escueto contenido del artículo 1438 CC abre la puerta a un amplio abanico de posiciones al respecto. Tampoco la Ley de 13 de mayo de 1981 en la que se reco-

noció esta compensación arroja luz sobre esta cuestión al carecer de una Exposición de Motivos que permita dilucidar las dudas interpretativas sobre cuál es o debería ser el fundamento de la compensación. Y, por su parte, tampoco la jurisprudencia del Alto Tribunal y de las Audiencias Provinciales ayuda a esclarecer la cuestión, puesto que no ha abogado de manera expresa, clara y unánime por cuál debería ser su razón de ser sino más bien al contrario, sus planteamientos han sido dispares y han apostado por criterios a veces contradictorios entre sí.

La importancia de encontrar el fundamento al que responda la institución reside en la influencia directa que tiene éste en la fijación de los requisitos y normas de cálculo de la compensación. Actualmente, como se refleja en el presente trabajo, ambas cuestiones –la fijación de unos requisitos claros para su reconocimiento y unas reglas para su cuantificación– no están resueltas y generan un profundo debate fruto de las distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que impide llegar a una conclusión clara y satisfactoria del cómo y el cuándo debe reconocerse la compensación.

A pesar de ello, debemos reconocer que el entramado de cuestiones de fondo que plantea la compensación por trabajo doméstico en el Derecho español difícilmente se agotará con la fijación de un fundamento claro, pero sí significará un importante paso al frente para conseguirlo. Estamos pensando, por ejemplo, en la determinación de su cuantía, pues fijar un importe con el que valorar el reconocimiento del trabajo doméstico constituye un desafío que va más allá de su fundamento, como veremos más adelante.

Así, a pesar de que si atendemos a un orden lógico el fundamento de la compensación debería haber sido la primera cuestión que abordar, precisamente la ausencia de una teoría unánime al respecto ha hecho necesario atender con carácter previo a los requisitos que se desprenden de la institución para poder contar con suficientes argumentos de fondo para posicionarnos al respecto. De igual modo que su influencia directa en la forma de cuantificar la compensación ha hecho necesario que este cálculo se reserve para el último apartado del trabajo.

Centrándonos en el fundamento de la compensación, diversas son las teorías o líneas de interpretación que se han apuntado. A grandes rasgos, las podríamos identificar principalmente en las siguientes¹⁰².

¹⁰² Al margen de las teorías desarrolladas en el trabajo, por ser las que han sido seguidas de manera mayoritaria, cabe también destacar la interpretación de Albaladejo respecto del fundamento de la compensación. Para él, la compensación sería una especie de indemnización por paro, que englobaría también los sueldos dejados de percibir. ALBALADEJO

1. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES PROFESIONALES O ACADÉMICAS

Una de las posibles teorías sobre el fundamento de la compensación ha sido la defendida por el Alto Tribunal, en virtud de la cual justifica que lo que trata de compensar o indemnizar la compensación por trabajo doméstico es la pérdida de oportunidades profesionales o laborales que ha sufrido el cónyuge que se ha dedicado a las tareas domésticas. Su origen se encuentra en la archiconocida STS de 14 de julio de 2011, en la que, además de descartar la necesidad de un incremento patrimonial por parte del cónyuge acreedor, argumenta que «es suficiente la dedicación pasada a la familia por parte del solicitante, que ha impedido la propia proyección personal y ha servido de base y ayuda, liberándose al otro cónyuge, que puede ejercer su carrera profesional». La jurisprudencia y parte de la doctrina¹⁰³ ha acogido en numerosas ocasiones esta tesis de la pérdida de oportunidades laborales¹⁰⁴. Es más, algu-

GARCÍA, 2005, p. 194. Véase también, en este sentido, BERROCAL LANZAROT, *RCDI*, 2016, p. 464 y GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Revista de Derecho de Familia*, 2015, p. 62.

¹⁰³ Véanse, entre otras, SSTS núm. 357/2023 de 10 marzo. (RJ 2023\1567) (ECLI: ES: TS:2023:869). Ponente Excmo. Sr. M.^a Ángeles Parra Lucán; núm. 837/2022 de 28 noviembre. (RJ 2022\5143) (ECLI: ES: TS:2022:4481). Ponente Excmo. Sr. M.^a Angeles Parra Lucán. F.D. 3.º; ATS de 21 julio 2021. (JUR 2021\239331) (ECLI: ES: TS:2021:10643A). Ponente Excmo. Sr. Francisco Marín Castán. F.D. 1.º; STS núm. 497/2020 de 29 septiembre. (RJ 2020\3770) (ECLI: ES: TS:2020:3189). Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas. F.D. 5.º; SAP Valencia 165/2023 de 9 marzo. (JUR 2023\184999) (ECLI: ES: APV:2023:330). Ponente Illmo. Sr. D Ana María Mayor Vañó. F.D. 4.º; SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 302/2018 de 14 junio. (JUR 2018\271075) (ECLI: ES: APTF:2018:1132). Ponente Illmo. Sr. D María Paloma Fernández Reguera. F.D. 2.º; SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 291/2018 de 7 junio. (JUR 2018\270313) (ECLI: ES: APTF:2018:775). Ponente Illmo. Sr. D María Paloma Fernández Reguera. F.D. 2.º; SAP Alicante núm. 116/2011 de 7 abril. (JUR 2011\302530) (ECLI: ES: APA:2011:1168). Ponente Illmo. Sr. D Federico Rodríguez Mira. F.D. 3.º; SAP Alicante núm. 209/2010 de 10 junio. (JUR 2010\396982) (ECLI: ES: APA:2010:3210). Ponente Illmo. Sr. D Federico Rodríguez Mira. F.D. 1.º; SAP Valencia núm. 98/2010 de 16 febrero. (JUR 2010\156348) (ECLI: ES: APV:2010:207). Ponente Illma. Sra. María Pilar Manzana Laguarda. F.D. 2.º También autores como Cuenca Casas defienden la pérdida de oportunidades como fundamento de la compensación. Respecto de ello defiende que «el coste de asumir dicha tarea no se reduce a generar un ahorro de la contratación de un tercero cuando todas las tareas son asumidas por un cónyuge, sino que supone un cercenamiento o ralentización de su proyección profesional pues el tiempo disponible para la misma es, sin duda, menor. El «perjuicio» es mayor cuando se renuncia a la realización de una tarea profesional fuera del hogar por dedicarse íntegramente a la dirección de la vida familiar. El fundamento de la compensación radicaría o bien en la pérdida de posibilidades laborales y profesionales o bien en la necesidad de que el cónyuge participe en alguna medida en las ganancias que han sido mayores dada su mayor dedicación a su actividad profesional, lo cual acercaría el régimen de separación al de participación». Véase CUENCA CASAS, 2013, p. 10119.

¹⁰⁴ En este sentido, resulta muy clara la reciente SAP Valencia 165/2023 de 9 marzo. (JUR 2023\184999) (ECLI: ES: APV:2023:330). Ponente Illmo. Sr. D Ana María Mayor Vañó, en cuyo fundamento de derecho 4.º afirma que «en suma, la compensación a que se refiere el artículo 1438 del CC. Sólo es procedente cuando uno de los cónyuges o bien no tuvo actividad laboral durante el matrimonio para dedicarse a las tareas del hogar, o bien abandonó aquella actividad con esa finalidad».

nas legislaciones tomaban también en consideración esta pérdida de oportunidades, como ocurría, por ejemplo, en la anterior redacción del artículo 1676 del Código Civil Portugués y en la anterior Ley de Régimen Económico Valenciana, actualmente derogada. En el caso de esta última, cabe precisar que la fue la STC de 28 abril de 2016¹⁰⁵ la que declaró nula la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, reguladora del Régimen Económico Matrimonial Valenciano. Era esta Ley anulada por la STC de 28 de abril de 2016 por inconstitucional, la que establecía como régimen supletorio el régimen económico de separación de bienes, y en sus artículos 12-15 preveía la compensación del trabajo doméstico¹⁰⁶. En concreto, era su artículo 13.1 el que, entre los criterios a tener en cuenta para la valoración del trabajo para la casa, incluía «los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico», en una clara alusión a las oportunidades laborales perdidas por éste.

Esta teoría no ha estado exenta de crítica y de rechazo por el carácter cuestionable de la pérdida de oportunidades laborales de quien se ha dedicado al trabajo del hogar.

No cabe duda de que, en ciertas ocasiones, la dedicación a las tareas domésticas y, especialmente, el cuidado de la familia sí lleva consigo una pérdida de oportunidades profesionales, como ocurre, por ejemplo, cuando alguien, en la mayoría de los casos una mujer madre, renuncia a promocionar en su trabajo y, en consecuencia, a

¹⁰⁵ STC núm. 82/2016 de 28 abril. (RTC 2016/82). Ponente Doña Encarnación Roca Trías.

¹⁰⁶ La actualmente derogada, por considerarla el TC inconstitucional, Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano establecía, en su artículo 13.1 que en la valoración del trabajo para la casa se tendrá en cuenta, entre otros criterios, «(...) los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones (...)». Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. «DOG» núm. 5475, de 22/03/2007, «BOE» núm. 95, de 20/04/2007. (BOE-A-2007-8279). Llama la atención que, en su caso, la regulación era mucho más detallada que la ofrecida por el CC y que no circunscribía el derecho de compensación por el trabajo en casa al régimen de separación de bienes sino que permitía reclamarla en cualquier otro régimen económico cuando éste se disolviera. Respecto de la regulación que ofrecía la Ley 10/2007, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, véase MONTES RODRÍGUEZ, *IDIBE*, 2015, pp. 1-9. Por su parte, también el artículo 1676.2 del DL n.º 47344/66, de 25 de Noviembre portugués, redacción ofrecida por la Ley de 25 de noviembre de 1977 establece que «*se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar for consideravelmente superior ao previsto no número anterior; porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes, esse cônjuge tem direito de exigir do outro a correspondente compensação*». DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro, (https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1601&artigo_id=&nid=775&pagina=17&tabela=leis&nversao=&so_miolo=) (fecha de consulta 22 de mayo de 2023).

obtener un salario mayor, por atender a sus hijos y pasar tiempo con ellos. Pero ¿la respuesta sería la misma si quien decide quedarse en casa lo hace porque al no disponer de formación alguna ahorra más dinero quedándose en casa, que si trabajara por cuenta ajena y tuviera que pagar a alguien para que se ocupara de su hogar? En este caso, posiblemente no podríamos hablar de una pérdida de oportunidades profesionales y ello significaría, de acuerdo con esta teoría interpretativa, que esta persona no debería recibir una compensación por su dedicación.

En efecto, si nos preguntamos si la dedicación al trabajo doméstico por parte de uno de los cónyuges implica ineludiblemente una pérdida de expectativas laborales o formativas por su parte, probablemente la respuesta será rotundamente no. Sólo hace falta atender a realidades como, por ejemplo, la persona que tiene alguna discapacidad que le impide acceder al mercado laboral o que le permite hacerlo en condiciones precarias; la persona que no tiene formación ni experiencia alguna en el mercado laboral; o el caso, no poco frecuente en la práctica, de quien voluntariamente renuncia a su carrera profesional y decide quedarse en casa porque los ingresos holgados de su consorte le permiten llevar una vida acomodada e, incluso, contratar a personal de servicio para la realización de las tareas domésticas en virtud del carácter «no excluyente» de la compensación.

En estos casos deberíamos poner en duda la pérdida de expectativas profesionales del cónyuge encargado de las tareas domésticas y, a su vez, preguntarnos si la renuncia a una carrera profesional en aras a dedicarse al hogar y al cuidado de la familia debe compensarse cuando ello responde a la elección personal de vivir a costa del otro cónyuge. Sin perjuicio de que esta decisión puede venir motivada por la voluntad de ambos de que sea uno de ellos y no una tercera persona quien se ocupe del cuidado de los hijos e hijas o personas dependientes, precisamente, por la importante carga emocional que ello lleva aparejada.

Pero, además, al margen de lo anterior, el Alto Tribunal es contradictorio cuando aboga por la pérdida de oportunidades profesionales como fundamento para reconocer la compensación y, a su vez, impide que quienes realizan un trabajo por cuenta ajena, con independencia de las condiciones laborales del mismo, puedan percibir la compensación. Es evidente que la salida del mercado laboral para dedicarse al cuidado del hogar y de los hijos e hijas puede conllevar una clara pérdida de oportunidad para ese cónyuge, pero también lo es para quien, en lugar de abandonar por completo su

profesión, limita su jornada para conciliarla con la vida familiar¹⁰⁷. ¿Cómo se justifica que quien trabaja por cuenta ajena, por ejemplo, unas 3 horas al día y, por lo tanto, en unas condiciones económicas precarias y a cambio de un sueldo ínfimo, no está perdiendo oportunidades laborales cuando cuenta con una formación brillante? La respuesta en este caso resulta evidente. Esta persona seguro que ha perdido oportunidades laborales para poder dedicarse al cuidado del hogar y de la familia. Paradójicamente, pero, en aras a cumplir con el requisito de «exclusividad» a favor del que se postula el Tribunal Supremo, no se le reconocería la compensación por realizar un trabajo por cuenta ajena. La contradicción es más que palpable y nos conduce, como no puede ser de otra manera, a descartar la pérdida de oportunidades como fundamento de la compensación por trabajo doméstico. Más, si consideráramos, como parte de la doctrina, que ésta ya se compensaría por la vía de la prestación compensatoria del artículo 97 CC¹⁰⁸.

2. EL REMEDIO FRENTE AL DESEQUILIBRIO PATRIMONIAL

Otra teoría defiende que el fundamento de la compensación por trabajo doméstico lo constituye la voluntad de paliar el desequilibrio patrimonial que sufre aquel cónyuge que nada obtiene por no realizar un trabajo fuera del hogar y dedicarse exclusivamente a las labores domésticas, lo que lleva consigo, en la mayoría de las ocasiones, un enriquecimiento injustificado de su consorte en el momento de la liquidación del régimen económico de separación de bienes.

Esta sería la tesis que fundamentaba la compensación económica por trabajo doméstico del Derecho catalán, en cuyo caso la institución se ha venido enmarcando dentro del principio general del enriquecimiento injustificado. Como hemos avanzado, esta idea se desprendería de la propia literalidad del artículo 41 del actualmente

¹⁰⁷ ARRÉBOLA, *Diario La Ley*, p. 8.

¹⁰⁸ Acerca de ello, Álvarez Olalla mantiene que «la pérdida de oportunidades profesionales o el estancamiento laboral consecuencia de su salida del mercado laboral durante el tiempo que ha durado el matrimonio tiene su remedio en el art. 97 CC, pero no en el art. 1438 CC so pena de que queramos «compensar» por duplicado o incluso por «triplicado», como ha señalado la doctrina, pues el trabajo en el hogar también es ya, de por sí, también, un medio de cumplir con el deber de contribución». ALVAREZ OLALLA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, pp. 136-137. También, respecto de que la prestación compensatoria tiene por objeto las oportunidades laborales perdidas, véanse, entre otras, y STS núm. 658/2019 de 11 diciembre. (RJ 2019\5090) (ECLI: ES: TS:2019:4080). Ponente Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg. F.D. 2.º y STS núm. 252/2017 de 26 abril. (RJ 2017\1720) (ECLI: ES: TS:2017:1591). Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas. f.d. 5.º

derogado Código de Familia, en el que se exigía que para tener derecho a la compensación debía haberse producido «una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos cónyuges que implique enriquecimiento injustificado». Actualmente, el artículo 232-5 CCCat no contiene una referencia explícita en este sentido, probablemente porque la teoría del enriquecimiento es insuficiente para explicar el funcionamiento de la compensación. En este sentido, como afirma Bosch, no debemos enmarcar la compensación dentro de la teoría del enriquecimiento injustificado, en tanto que, si bien es cierto que tiene ciertas influencias de este régimen, la compensación es, en realidad, una norma de liquidación del régimen de separación de bienes que permite a su titular participar, en cierto modo, en las ganancias del otro si se cumplen los demás requisitos exigidos por la regulación. Así, el Derecho civil de Cataluña no otorga automáticamente un derecho a participar en las ganancias de quien trabaja por cuenta ajena, sino que la compensación económica por razón de trabajo condiciona esta posibilidad de participar en las ganancias del otro cónyuge al presupuesto de haberse realizado por el acreedor una aportación no dineraria en beneficio del hogar y de la familia, ya sea mediante el trabajo doméstico o para el otro cónyuge en condiciones precarias¹⁰⁹.

Todo ello permite calificar la compensación económica por trabajo doméstico del Derecho catalán como «un mecanismo reparador de la desigualdad patrimonial»¹¹⁰. Claro reflejo de ello lo son sus normas de cálculo, en las que se establece que la compensación será un porcentaje –que, en principio, no puede superar el 25%¹¹¹– de la diferencia de incrementos patrimoniales, reconociendo así a favor de quien se ha dedicado sustancialmente más a las tareas domésticas una participación en las ganancias de su consorte, que sí ha desempeñado un trabajo remunerado.

Cabe puntualizar la idea de «desigualdad patrimonial» en contraposición a la de «enriquecimiento injustificado». Su distinta naturaleza ha planteado problemas en el seno del Derecho civil de Cataluña¹¹² que podemos traer a colación para aclarar si lo que se compensa es una cosa u otra.

La desigualdad patrimonial no necesariamente tiene que llevar consigo un enriquecimiento injustificado de uno de los cónyuges, así que entendiendo que lo determinante para que nazca el derecho

¹⁰⁹ RIBOT IGUALADA, 2014, p. 238.

¹¹⁰ Véase BOSCH CAPDEVILA, 2013, p. 376; Véase también respecto de esta idea, DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA, 2022, pp. 253-255.

¹¹¹ Excepcionalmente, la autoridad judicial podrá incrementar este porcentaje cuando pueda probarse que la dedicación del cónyuge que ha trabajado para la casa ha sido notablemente superior (art. 232-5.4 CCCat).

¹¹² En este sentido, véase BOSCH CAPDEVILA, *Carta Civil*, 2000, p. 17.

a la compensación en el Derecho catalán es el trabajo doméstico y la desigualdad de patrimonios que de ello resulta, por haber tenido el cónyuge deudor un incremento patrimonial superior, la cuantía en su caso deberá calcularse, no en virtud del posible enriquecimiento que ello conlleva, sino de la desigualdad de patrimonios resultante, como ocurre en el sistema de participación en las ganancias¹¹³.

Al margen del Derecho catalán, algunas legislaciones extranjeras también han acogido la teoría consistente en liquidar la compensación del trabajo doméstico de manera cercana a las normas de liquidación del régimen de participación en las ganancias¹¹⁴.

Entre ellas, Austria regula el régimen de separación de bienes como régimen de aplicación supletoria a los matrimonios austríacos, en defecto de que los cónyuges pacten otra cosa¹¹⁵. En su caso, consciente de los perjuicios que este régimen podía tener para aquél de los cónyuges que se encarga del hogar y que, por tanto, no puede incrementar su patrimonio, la Ley Federal de 15 de junio de 1978 lo «corregiría a través de un sistema complementario de división de activos»¹¹⁶ muy similar a la participación en las ganancias del Derecho alemán y, de este modo, se remediarían los problemas inherentes al mismo¹¹⁷.

También en Grecia, en defecto de acuerdo por el que los cónyuges establezcan otra cosa, el régimen económico supletorio ha sido, tradicionalmente, el de separación de bienes¹¹⁸. En su caso, la supresión de la dote, mediante la que se atenuaban los efectos de la separación de bienes, llevó a que se optase por proteger a las mujeres que se encargaban del trabajo del hogar mediante un sistema de participación en las ganancias del cónyuge, una vez disuelto el matrimonio.

Por su parte, la mayoría de los estados integrantes de los Estados Unidos someten sus matrimonios al denominado *separate property system*, a excepción de algunos que se rigen por los denominados *community property systems*, más cercanos a los regímenes de comunidad de bienes¹¹⁹. En línea con los regímenes separatis-

¹¹³ BOSCH CAPDEVILA, *Carta Civil*, 2000, p. 17.

¹¹⁴ Respecto de las legislaciones extranjeras objeto de estudio, entre otras, véase ARRÉBOLA BLANCO, 2019, pp. 54-70.

¹¹⁵ ANTENREITER, *Notarius International*, 2002, p. 177.

¹¹⁶ ARRÉBOLA BLANCO, 2019, p. 64.

¹¹⁷ Como afirma Hertel «El AB GB utiliza sin embargo el concepto de «separación de bienes» (§§ 1387 ABGB). Los §§ 81 ss. de la EheG contemplan desde 1978 un reparto del «ajuar doméstico» y de los «ahorros del matrimonio» es decir, como resultado práctico, una igualación de los bienes adquiridos. Hertel, *Notarius International*, 2009, p. 193, nota 29.

¹¹⁸ ANDRIOTIS, 2006, p. 203.

¹¹⁹ ROSENURY, *Utah Law Review*, 2005, p. 1234.

tas, cada cónyuge deviene titular exclusivo de los bienes adquiridos por su parte durante el matrimonio, con los perjuicios que de ello derivan para las mujeres que se dedican al cuidado del hogar y de los hijos e hijas, los cuales solían paliarse a través de prestaciones que los maridos pagaban a sus esposas para que pudieran mantenerse¹²⁰. Todo ello, junto con el aumento de divorcios, llevó a reemplazar el *separate property system* por la doctrina de la *equitable distribution*, aplicable en la liquidación de los regímenes económicos de separación de bienes¹²¹ y consistente en un sistema de liquidación caracterizado por su alta discrecionalidad¹²². Con ella, los órganos jurisdiccionales tendrían amplios poderes para, como su propio nombre indica, distribuir equitativamente los bienes entre los cónyuges. Ahora bien, este reparto equitativo no tenía por qué ser igualitario desde un punto de vista cuantitativo, y para llevarlo a cabo se tendría en cuenta, entre otros aspectos, el cuidado del hogar y de la familia que hubiera llevado a cabo uno de los consortes. Los principios del *American Law Institute (ALI Principles)* trataron de superar las consecuencias negativas de dicha discrecionalidad calificando los bienes adquiridos durante el matrimonio y las rentas o incrementos de valor de los bienes privativos como *marital property*, que deberá dividirse en el momento de la liquidación del régimen, pudiendo apartarse de la división por mitad en función de las circunstancias del caso¹²³. En este sentido, los *ALI Principles* promueven una distinción entre *separate property* y *marital property* en línea con la propuesta de acercarse a un régimen supletorio de comunidad¹²⁴.

Por último, también Inglaterra y Gales han optado por un *separate property system*. En su caso, se consideró conveniente adoptar medidas para compensar a aquellas mujeres cuya actividad se reducía al ámbito doméstico. Así, los bienes pertenecientes a los cónyuges, en el momento de la crisis matrimonial caen en manos de los jueces, quienes adoptaran medidas de *financial relief*. Tradi-

¹²⁰ BRAKE, *Boston College Law Review*, 1982, p. 764.

¹²¹ Véase, respecto de esta cuestión, ROSENBURY, *Utah Law Review*, 2005, p. 1238 y Oldham, *Family law quarterly*, 2008, pp. 427-430.

¹²² FERRER I RIBA, 2005, p. 88.

¹²³ Respecto de ello, Ferrer establece que «la presumpció de divisió per meitats es basa en la no contribució d'ambdós cónjuges a l'obtenció dels béns sinó en la seva contribució a tots els beneficis derivats de la vida matrimonial, i es justifica per la impossibilitat d'avaluar les contribucions no monetàries i la futilitat de qualsevol intent per part d'un jutge de valorar-les examinant, retrospectivament, tot el desenvolupament de la vida matrimonial. Per altra banda, la possibilitat d'apartar-se de la divisió per meitats, posa de relleu la intercanviabilitat entre el reconeixement d'una pensió i l'atribució d'una porció superior de *marital property* amb ocasió de la seva liquidació». FERRER I RIBA, 2005, p. 89. Respecto del impacto de los *ALI Principles* en el reparto de los bienes tras la ruptura del matrimonio, véase W. DALLON, *BYU Law Review*, 2001, pp. 891-922.

¹²⁴ FERRER I RIBA, 2005, p. 87.

cionalmente, la tendencia de los tribunales ingleses fue la de otorgar poco valor al trabajo para el hogar, lo que se traducía en que al cónyuge que se había dedicado a las labores del hogar se le daba sólo una pequeña fracción de las ganancias obtenidas durante el matrimonio¹²⁵. A partir del caso *White v White*¹²⁶, esta tendencia cambió, y en él la *House of Lords* (Cámara de los Lores) formuló un principio de no discriminación e igualdad de valor de las contribuciones de ambos cónyuges al mantenimiento de la familia, fueran económicas o de realización del trabajo doméstico y del cuidado de la familia. Así, consideró que el patrimonio del marido era fruto también de las labores de su consorte, aunque estas lo fueran en el ámbito doméstico y, por lo tanto, se debía al esfuerzo de ambos, marido y mujer. En concreto, este caso involucraba a una pareja de agricultores, Martin White y Pamela White, que se casaron en 1961 y cuyo patrimonio superaba, en 1994, cuando la esposa solicitó el divorcio, los 4,5 millones de libras esterlinas, lo que excedía, sin lugar a duda, la cuantía que cualquiera de ellos pudiera razonablemente necesitar para cubrir sus necesidades.

La importancia del caso reside en que la Cámara de los Lores, concretamente Lord Nicholls of Birkenhead, entendió que debía tomarse en consideración necesariamente la contribución que Mrs. White había hecho, tanto a favor de la empresa como de la familia. Así, se concluyó que tras el divorcio los excónyuges deberían repartirse equitativamente las ganancias ya que, en caso contrario, se produciría una discriminación respecto de aquél que se había ocupado de las labores del hogar, otorgando así un valor manifiesto al papel de la esposa en el marco de la unidad familiar, evitando los prejuicios a favor de quien gana el dinero y de quien cuida a los niños. Lord Nicholls resolvió este caso con la intención de que lo que en él se dijo se aplicara a todos los procedimientos matrimoniales y estableció que toda autoridad judicial debía partir siempre de un criterio igualitario de división a fin de garantizar la ausencia de discriminación, reconociendo la contribución no económica del cónyuge que se ha ocupado del cuidado de los hijos e hijas.

Es por ello que el caso *White v White* tuvo un significativo impacto en el ámbito de la discriminación por razón de género, ya que en él se formula un principio de no discriminación e igualdad de valor de las contribuciones de los esposos al bienestar familiar, con independencia de que dicha contribución sea económica o a través del trabajo doméstico. Ahora bien, esta división igualitaria de los bienes, en virtud del cual los tribunales pueden redistribuir

¹²⁵ FERRER I RIBA, 2005, p. 87.

¹²⁶ *White v White* [2000] UKHL 54; [2001] AC 596.

los bienes adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio¹²⁷, sólo opera cuando la disolución del matrimonio responde al divorcio de los cónyuges, no así en caso de que sea por fallecimiento¹²⁸. El caso *White v White* fue el origen del principio de división igualitaria de los bienes, el cual, como indicó la Corte de Apelación en el caso *Charman v. Charman* (2007)¹²⁹ es el punto de partida en la determinación de las consecuencias económicas de la crisis matrimonial¹³⁰. En este caso, se alude a la contribución especial del marido como criterio que permite apartarse de la distribución igualitaria de los bienes. Sin embargo, esta doctrina de la *special contribution*, aplicada también por la Corte de Apelación en los casos *Cowan v. Cowan*¹³¹ y *Lambert v Lambert*¹³², ha sido un recurso al que se ha recurrido en casos muy excepcionales, por el riesgo manifiesto de incurrir en discriminación que su aplicación puede suponer. En definitiva, las medidas que la autoridad judicial adopte para cada caso concreto en relación con el reparto del patrimonio entre los cónyuges deben contrastarse con el *yardstick of equality of division* o estándar de la división igualitaria del patrimonio, del

¹²⁷ La potestad de los tribunales para proceder a la redistribución de los bienes resulta de los poderes que les concede la *Matrimonial Causes Act de 1973*.

¹²⁸ FERRER I RIBA, 2005, p. 88.

¹²⁹ El señor y señora Charman se casaron en 1976. Ninguno de los dos aportó capital al matrimonio, sino que su fortuna se creó mientras estaban casados. Cuando esperaban su primer hijo, la señora Charman dejó su trabajo para ocuparse de su cuidado mientras que, para entonces, su marido, el señor Charman, gozaba de una exitosa carrera que le reportó unas ganancias muy elevadas. En 2004, cuando la señora Charman solicitó el divorcio, el patrimonio de la pareja superaba los 131 millones de libras esterlinas, de los cuales los bienes de la esposa estaban valorados en 8 millones y los del marido en 123 millones. En el juicio, la esposa admitió que el señor Charman había hecho una contribución financiera tan significativa a ese patrimonio total que justificaba apartarse de la división equitativa de fondos que se fijó en el caso *White v White*. Así, la señora Charman propuso una división del 45% a su favor y del 55% a favor de su exmarido. El juez, abogó por la contribución significativa del señor Charman y entendió que el reparto debía ser 63.5% para él y 36.5% para la señora Charman, ya que, además de la contribución especial del marido, también se le atribuirían a él los activos de mayor riesgo. Esta decisión fue objeto de apelación por parte del señor Charman, quien exigía tener derecho a una cuantía más elevada. El Tribunal de Apelación desestimó la petición del señor Charman por entender que ya se estaba valorando su contribución especial en la generación del patrimonio, pero que ello no valía el doble de la contribución de la esposa a través de su trabajo y dedicación a la familia. En la sentencia, el Tribunal se refirió de manera expresa al caso *White v White* en relación con el principio en él establecido de compartir y el criterio de igualdad. En este sentido, se estableció que, si bien por norma general debe hacerse una división equitativa de los bienes, el caso *White v White* ya hizo alusión a la posibilidad de apartarse de esta teoría cuando las razones justificaban suficientemente desviarse de esta regla. En el caso *Charman v Charman*, la contribución especial del marido permite dejar al margen la división equitativa de bienes por una designación superior a favor del marido, pero no que ello suponga una atribución de más del doble de los activos, puesto que sigue siendo imprescindible garantizar que la parte económicamente más débil, en este caso la esposa, no sea discriminada en el proceso de divorcio.

¹³⁰ SANTOS MORÓN, *InDret*, 2015, pp. 38-39.

¹³¹ *Cowan v. Cowan* [2000] 2 F. L. R. 192.

¹³² *Lambert v Lambert* [2002] EWCA. Civ. 1685.

que podrá apartarse, sólo excepcionalmente, cuando pueda motivar debidamente las razones por las que lo hace¹³³.

Volviendo al caso que nos ocupa, parte de la doctrina española¹³⁴ aboga por considerar que el fundamento de la compensación por trabajo doméstico lo constituye, precisamente, este carácter de remedio con el que afrontar la desigualdad patrimonial que deriva del régimen de separación de bienes cuando uno se ha dedicado a las tareas domésticas, y éste es también el fundamento que se toma en consideración en la STS de 11 de febrero de 2005, que ya ha sido objeto de análisis anteriormente. Así, algunos autores, como Guilarte, defienden que la compensación constituye una herramienta a través de la que se protege al cónyuge que no ha generado un patrimonio propio por dedicarse a la familia, dándole el derecho a percibir parte de las ganancias que ha experimentado el otro cónyuge fruto de su trabajo remunerado¹³⁵.

Sin embargo, creemos que tampoco es este el fundamento de la compensación por trabajo doméstico en el Derecho español.

El primer motivo alude al contenido del artículo 1438 CC, del que se desprende que lo que se trata de compensar es el trabajo doméstico realizado por uno de los cónyuges, sin alusión ninguna a la repercusión que este trabajo tendrá en los respectivos patrimonios privativos. El precepto otorga un papel decisivo a la voluntad de atribuir un valor a la realización de las tareas domésticas en sí, de lo que parece deducirse que será precisamente esta dedicación a las labores del hogar y al cuidado de la familia más allá de lo que le corresponde en virtud de la regla de la proporcionalidad lo que constituye la base de la compensación.

Por otra parte, ni del precepto se deduce ni en general la jurisprudencia ha sido partidaria de entender que deba exigirse necesariamente un incremento patrimonial del otro. En este sentido, y a pesar de que nosotros creemos que sí debería producirse un incremento del patrimonio del cónyuge deudor para el reconocimiento de la compensación, lo que por norma general ocurrirá porque este habrá dedicado más horas a realizar un trabajo remunerado que aquél que se ha ocupado del trabajo doméstico, cierto es que la falta de exigencia de dicho incremento e, incluso, de que uno haya aumentado su patrimonio a costa del otro, rompe con la idea de enriquecimiento injustificado, así como también impide poder justi-

¹³³ FERRER I RIBA, 2005, p. 88.

¹³⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, BOE, 2016, p.356; GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Revista de Derecho de Familia*, 2015, pp. 61-62 y MORENO-TORRES HERRERA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, p. 118.

¹³⁵ A favor de esta idea de participación en las ganancias del consorte, véanse los argumentos de CUENA CASAS, en la nota 103.

ficar que será la desigualdad de patrimonios el fundamento de la compensación. A modo de ejemplo, creemos que si una persona se hubiera dedicado fundamentalmente al trabajo doméstico mientras que su cónyuge lo hubiera hecho por cuenta ajena y no existiera en el momento de la liquidación del régimen de separación de bienes un desequilibrio entre sus patrimonios, el que se hubiera ocupado del hogar debería tener derecho a la compensación. Porque como dicta el precepto, el valor doméstico es un modo de contribuir a las cargas familiares y dará lugar a obtener una compensación a la extinción del régimen de separación.

Por último, y en línea con lo que hemos defendido a lo largo del trabajo, si consideramos que aquellos que trabajan por cuenta ajena también deberían tener derecho a la compensación, estamos reconociendo que el desequilibrio patrimonial no es el fundamento de la institución. Ya que, si bien lo habitual será que quien trabaja por cuenta ajena y a su vez se dedica al trabajo doméstico muy por encima de su consorte tenga unos ingresos más moderados y, en consecuencia, un incremento patrimonial más bajo, es posible también que no sea así. Esta persona puede haber realizado esfuerzos titánicos por conciliar ambos trabajos –doméstico y por cuenta ajena– y que su trabajo fuera de casa le haya generado importantes ingresos. En este caso, probablemente excepcional, debería tener más peso la sobreaportación al trabajo doméstico en la valoración o no de la concesión y, en este sentido, entendemos que también debería reconocerse la prestación a favor de dicho cónyuge porque, volviendo a la idea anterior, se trata de dar valor económico a la realización del trabajo doméstico, entendiendo que lo haga más allá de lo que le correspondería de acuerdo con la regla de la proporcionalidad y, en este caso, debería atenderse a la sobrecarga que le ha supuesto la dualidad de funciones asumidas.

A ello podríamos añadir que si lo que pretendían los cónyuges era tener una participación en las ganancias del otro a la finalización del régimen, no era necesario pactar la separación de bienes. No debemos olvidar que el régimen de separación de bienes debe pactarse expresamente en capitulaciones matrimoniales, de modo que hubieran podido optar por pactar un régimen de participación si lo que querían conseguir era, precisamente, esta finalidad y evitar el reparto de las ganancias por mitad entre ellos que resulta de la liquidación del régimen de gananciales como régimen supletorio.

3. EL RESTABLECIMIENTO DE LA REGLA DE LA PROPORCIONALIDAD

Todo lo anterior incardina con otra de las teorías acerca del posible fundamento de la compensación: la voluntad de restablecer la regla de la proporcionalidad, indemnizando o compensando la sobreaportación que uno de los cónyuges ha hecho a las cargas del matrimonio mediante el trabajo doméstico. En virtud de esta teoría, sólo cuando la aportación del cónyuge que se ha dedicado a las tareas domésticas exceda lo que ha aportado su consorte para el levantamiento de las cargas, de acuerdo con la regla de la proporcionalidad o lo que hubieren pactado voluntariamente, debería reconocerse una compensación a su favor¹³⁶.

Bercovitz ha sido uno de los principales defensores de esta línea interpretativa en el Derecho español, y junto a sus criterios nos posicionamos. Al respecto, el autor entiende la compensación por trabajo doméstico como una regla de liquidación del régimen de separación de bienes a favor del cónyuge que, con su dedicación a la familia y al hogar, no hubiera respetado la regla de la proporcionalidad, entendiéndolo que la proporcionalidad «se aplica a todo aquello que los cónyuges pueden adquirir o rendir con su trabajo durante la vigencia del régimen de separación de bienes»¹³⁷. Así, si uno de los cónyuges dedica todos sus esfuerzos a la realización de las tareas domésticas está contribuyendo con todos sus recursos al levantamiento de las cargas familiares. De ser así, ejemplifica, aquél que trabaja por cuenta ajena debería dedicar todos sus recursos económicos a la satisfacción de dichas cargas, pues solo así se respetaría la regla de la proporcionalidad. En caso contrario, esto es, cuando el cónyuge que trabaja por cuenta ajena no haya dedicado todos sus recursos económicos a la satisfacción de las cargas del matrimonio y, por lo tanto, en el momento de la liquidación del régimen tenga recursos económicos propios, debería compensar a quien puso todos sus recursos al servicio del trabajo para el hogar¹³⁸.

La sobrecontribución de uno de los cónyuges al levantamiento de las cargas, en tanto que excede de aquello a lo que está obligado en el matrimonio, conlleva en cierto modo un enriquecimiento injustificado¹³⁹ a favor del otro cónyuge, por cuanto la realización de este trabajo o la contratación de personal de servicio que cola-

¹³⁶ SANTOS MORÓN, *InDret*, 2015, p. 35.

¹³⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *CCJC*, 2006, p.147.

¹³⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *CCJC*, 2006, p. 150.

¹³⁹ Gutiérrez lo tilda de «aprovechamiento» de uno respecto del otro. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, p. 77.

bore en la ejecución de dichas tareas constituye una carga al levantamiento de la cual están obligados ambos cónyuges. De este modo, la sobrecontribución de uno de ellos conlleva, a su vez, que el otro no está cumpliendo con su deber¹⁴⁰.

A nuestro modo de ver eso no significa, en contra de lo que ha defendido el Alto Tribunal, que el trabajo para el hogar únicamente deba compensarse cuando el cónyuge demandante sólo se ha ocupado de las labores domésticas. Esta exigencia de exclusividad, que ya hemos criticado anteriormente, no se desprende de la ley. Lo que se compensa es la dedicación a las tareas del hogar, por cuanto a este trabajo tiene que reconocérsele un valor económico de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1438 CC. Y, más concretamente, creemos que lo que se compensa es la sobrecontribución a las cargas mediante este trabajo, con independencia de que esa persona tenga también un empleo fuera del hogar o del negocio familiar.

No será suficiente, a nuestro modo de ver, que uno de los cónyuges se haya dedicado a las tareas domésticas para que nazca el derecho a ser compensado. Ni siquiera creemos que el derecho deba nacer cuando este cónyuge se hubiera dedicado más que el otro al trabajo doméstico, como reconoce el Derecho civil catalán. La literalidad del artículo 1438 CC sostiene que, a falta de convenio, la contribución a las cargas por parte de los cónyuges deberá hacerse «proporcionalmente a sus recursos económicos», de modo que entendemos que una interpretación *a sensu contrario* nos llevaría a considerar que será cuando uno de ellos se exceda de lo que proporcionalmente le corresponde, en este caso, con el trabajo doméstico, cuando nacerá el derecho a ser compensado por el excedente de su contribución. De no ser así, estaríamos ante el mero cumplimiento de uno de los deberes inherentes al matrimonio. Por lo tanto, no se trata de exigir un enriquecimiento del cónyuge deudor en sentido estricto, sino de que los recursos que ha destinado a sufragar las cargas familiares no hayan sido los necesarios para cumplir con la regla de la proporcionalidad, ya que si este consorte hubiera sufragado las cargas familiares de acuerdo con el nivel de vida que correspondía a la familia, no se podría exigir la compensación.

Ahora bien, en línea con lo que hemos defendido a lo largo del trabajo, creemos que como norma general esta sobrecontribución a las labores domésticas de uno de los cónyuges debería llevar aparejado a su vez un incremento patrimonial del cónyuge acree-

¹⁴⁰ ARRÉBOLA BLANCO, 2019, p. 361.

dor¹⁴¹. Por lo tanto, en nuestra opinión, el fundamento de la compensación se encontraría en la sobreaportación a las cargas mediante el trabajo doméstico, con independencia de que se haya dedicado en exclusiva al mismo –entendiendo que en él se enmarca también el trabajo para el cónyuge sin retribución o con una retribución insuficiente– o lo haya compaginado con trabajo por cuenta ajena, por ejemplo, a media jornada. Eso sí, esta sobrecontribución debería llevar aparejada a su vez a un incremento patrimonial superior del cónyuge acreedor, lo que en la mayoría de los casos ocurrirá, por cuanto éste se habrá dedicado en mayor medida a realizar un trabajo remunerado.

En caso de que excepcionalmente no sea así, y sea el cónyuge que ha sobrecontribuido al levantamiento de las cargas familiares con su trabajo para la casa y la familia quien también ha obtenido un mayor incremento patrimonial –piénsese en un caso en el que, a pesar de que la jornada laboral de éste sea menor, cuenta con una mejor retribución que la de su consorte, que a pesar de trabajar a tiempo completo obtiene un salario más bajo, por ejemplo, por un tema de cualificación profesional– entendemos que debería pesar más su sobreaportación al trabajo doméstico. De este modo consideramos que también en estas circunstancias que, como hemos avanzado, entendemos que serán totalmente excepcionales en la práctica, debería reconocerse la compensación a quien contribuye con su labor doméstica al levantamiento de las cargas excediendo la regla de la proporcionalidad.

Creemos oportuno referirnos en este punto al Derecho navarro, por la proximidad de su regulación a los planteamientos que defendemos. El Derecho navarro regula el régimen de separación de bienes, a pesar de no acogerlo como régimen supletorio de primer grado. Este papel se lo concede a la comunidad de conquistas, la cual constituye un supuesto de comunidad limitada. En su caso, en el seno del régimen de separación de bienes, prevé una regulación de la compensación por trabajo doméstico, y lo hace en la Ley 101 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero

¹⁴¹ Paños Pérez se muestra partidaria de entender que el fundamento de la compensación está en «sobre-aportación» al trabajo doméstico, por las limitaciones personales y patrimoniales que le habría ocasionado y del que se habría beneficiado el cónyuge deudor. Sin embargo, mantiene la irrelevancia del incremento patrimonial de este último, y afirma que no es «relevante que éste último haya incrementado el patrimonio, pues al liberarse total o parcialmente de las cargas familiares le habría permitido dedicar un mayor esfuerzo a su formación, proyección y desarrollo profesional, ahorrándose así el tiempo o el coste económico de contratar servicio doméstico; lo que supondría, a fin de cuentas, una mejora en un patrimonio que era y va a seguir siendo privativo». PAÑOS PÉREZ, 2017, p. 651.

Nuevo¹⁴². Esta Ley regula en el apartado 5.º la valoración del trabajo doméstico como contribución a las cargas familiares y precisa que «cuando el trabajo realizado para la familia por un cónyuge de forma personal y no retribuida determine un exceso en la contribución a los gastos del matrimonio que proporcionalmente le corresponda en relación con lo aportado económica y personalmente por el otro, deberá ser compensado en el momento de la extinción del régimen».

La literalidad de la Ley 101 no entra a discernir si el trabajo para el hogar debe ser exclusivo o no, ni tampoco si debe conllevar un incremento patrimonial superior por parte del consorte que ha trabajado fuera del hogar, cuestiones que, como ha quedado acreditado, también deberían resolverse por la normativa que regula la compensación para poner fin de este modo a las dudas interpretativas que se plantean en la práctica. Sin embargo, y a lo que aquí interesa, sí deja claro que, en su caso, el fundamento para la concesión de la compensación es este exceso de contribución a las cargas familiares. Así, podemos concluir que mientras que el Derecho civil catalán relaja en cierto modo la exigencia de dedicación al hogar, siendo suficiente que ésta sea «sustancialmente» o incluso «notablemente» superior a la del otro cónyuge para el reconocimiento de la compensación, el Derecho navarro opta por exigir este «plus» de dedicación, en nuestra opinión de manera acertada, por cuanto no debería compensarse la contribución con los recursos —en este caso el trabajo para el hogar— con los que se está obligado dentro del matrimonio. Diferencia considerable y con importantes repercusiones en la práctica, cuya justificación podría ampararse en la supletoriedad del régimen de separación de bienes del Derecho civil de Cataluña frente a la necesidad de pactarlo expresamente en capitulaciones matrimoniales, tanto en el Derecho navarro como en el Derecho español¹⁴³.

El Derecho navarro también atiende acertadamente al caso en el que se haya trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente en el apartado 6.º de la Ley 101. Para ello esta-

¹⁴² Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. «Boletín Oficial del Estado» núm. 137, de 8 de junio de 2019. (BOE-A-2019-8512).

¹⁴³ En este sentido, Álvarez Olalla afirma que «en un régimen separatista de libre elección como el establecido en el Código Civil, no es razonable atribuir a un cónyuge un derecho de compensación por el mero hecho de haberse dedicado a las tareas del hogar, desvinculando el nacimiento del mismo del cumplimiento del deber de contribución por parte de su cónyuge, atribuyendo de este modo la misma cantidad a aquél cónyuge que disfrutó de un elevado nivel de vida pues el consorte gastó todo lo que ganó, en ofrecer comodidades a su familia, que aquél que vivió austeramente pues su consorte destinó sus ingresos a actividades diversas, incumpliendo la regla de la proporcionalidad». ALVAREZ OLALLA, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2016, p. 137.

blece también que «cuando uno de los cónyuges hubiera realizado trabajo en las actividades empresariales o profesionales del otro, tendrá derecho a una compensación proporcional al trabajo realizado, cuando el mismo no haya sido objeto de retribución o lo haya sido con retribución insuficiente, y ello, con independencia de los reembolsos debidos por excesos en el deber de contribución a las cargas del matrimonio».

De acuerdo con todo lo anterior, y partiendo de que para nosotros la razón de ser de la compensación se encontraría, precisamente, en esta sobreaportación de un cónyuge respecto del otro en la dedicación al hogar y a la familia, creemos que la redacción de la Ley 101 podría servir de inspiración para mejorar la regulación del artículo 1438 CC si se considerara finalmente que este es el fundamento de la institución, a pesar de que, como hemos apuntado, una posible revisión de la regulación también debería dar respuesta a las dudas que plantea la necesidad o no de exclusividad, y el requerimiento de un incremento patrimonial superior del cónyuge acreedor. Así como también debería incluir una referencia a la necesidad de compensar, también de manera proporcional, el trabajo realizado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente.

Muestra de ello parece encontrarse en la regulación que la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil hace de la compensación por trabajo doméstico¹⁴⁴. No sabemos si quizás inspirándose en la regulación del Derecho navarro¹⁴⁵, lo que es cierto es que no cabe duda de que la regulación de la compensación por trabajo doméstico contenida en la PAPDC aboga por compensar la sobrecontribución a las labores domésticas, como indica expresamente su Exposición de Motivos cuando afirma que «el derecho de compensación por trabajo doméstico se concibe como norma de liquidación del régimen en los casos en que la prestación de dicho trabajo constituye un exceso de cumplimiento del deber de contribución respecto a las aportaciones del otro cónyuge, teniendo en cuenta el nivel de vida de la familia (art. 265-4 PAPDC). Se abandonan pues los criterios adoptados por el Tribunal Supremo al respecto, que han sido objeto de severas críticas por la doctrina».

La exposición de motivos de la PAPDC no deja lugar a dudas acerca de que su regulación fundamenta la compensación en el

¹⁴⁴ En adelante, PAPDC. Propuesta de Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Edit. Tecnos, Madrid, 2018. (https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf).

¹⁴⁵ Esta previsión acerca de la compensación por trabajo doméstico ya se encontraba en la Ley 101 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Boletín Oficial del Estado, núm. 57. (BOE-A-1973-330).

exceso de contribución. Es el artículo 265-5.1 PAPDC el que regula la compensación por trabajo doméstico y, en consonancia con lo que nos avanza su Exposición de Motivos, dispone que «el trabajo realizado en el hogar por un cónyuge da derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges, la realización de dicho trabajo determine un exceso en la contribución a las cargas del matrimonio, que a ese cónyuge corresponde, según la regla de la proporcionalidad, teniendo en cuenta el nivel de vida de la familia y los recursos económicos y el trabajo en el hogar aportado por el otro cónyuge»¹⁴⁶.

También en línea con la regulación del Derecho navarro, prevé en su apartado 6.º que el haber trabajado para el otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente «da lugar a una compensación proporcional al trabajo realizado, al margen de los reembolsos debidos por excesos en el deber de contribución a las cargas del matrimonio». Como ya hemos apuntado, el artículo 1438 CC guarda silencio respecto de esta realidad, posiblemente por entender, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, que el trabajo para el otro sin remuneración o con una remuneración insuficiente se enmarca en la interpretación amplia del concepto de «trabajo doméstico». Sin embargo, no estaría de más incluir un apartado específico en este sentido.

No podemos pasar por alto que el hecho de considerar que el exceso de contribución a las cargas será el elemento determinante para el nacimiento de la compensación o, en otras palabras, que el fundamento lo constituye, a nuestro parecer, la sobrecontribución de uno de los cónyuges a las cargas familiares mediante su trabajo doméstico lleva aparejado un importante problema de cálculo, como veremos a continuación. En su caso, siendo compensable el excedente de la aportación, constituye un importante reto atribuir un valor económico concreto a esta sobrecontribución. Y es que, como hemos venido defendiendo, el carácter intangible del trabajo doméstico se traduce en que quedarse en casa no tenga por qué ser sinónimo de ocuparse del trabajo doméstico, lo que tiene como

¹⁴⁶ En relación con la expresión «trabajo en el hogar», cabe puntualizar que esta fue objeto de controversia en el Derecho navarro, por lo que se modificó por la expresión «trabajo personal realizado para la familia» tras la reforma operada por la Ley foral 21/2019, de 4 de abril. Con el criterio actual quedan superadas las dudas de si el trabajo que se realizaba fuera del hogar se podía computar, aun cuando fuera encaminado al bienestar familiar. Así, al referirse a «trabajo personal realizado para la familia» queda claro que lo determinante para el nacimiento del derecho a ser compensado es que el trabajo se haya llevado a cabo para la familia, con independencia del lugar. DÍAZ BRITO, 2020, p. 473.

consecuencia que el cálculo de esta dedicación constituya un importante desafío desde un punto de vista objetivo.

Y en este punto, a pesar de no abogar por el desequilibrio patrimonial como fundamento de la compensación en el Derecho español, creemos que resulta acertada la regulación del Derecho civil de Cataluña, en el que la participación en las ganancias del consorte que resulta de la compensación económica por razón de trabajo permite recurrir a unas reglas que objetivan y simplifican, en la medida de lo posible, el cálculo de la compensación, mediante la fijación de un porcentaje máximo de participación en el incremento patrimonial superior del cónyuge deudor, modulable en función de factores de corrección.

4. UNA REFLEXIÓN FINAL EN TORNO AL FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN. ¿INFLUYE LA SUPLETORIEDAD DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE SEPARACIÓN DE BIENES EN LA REGULACIÓN DE LA COMPENSACIÓN?

Al margen de todo lo anterior, si bien creemos que todo régimen de separación de bienes debería regular una compensación a favor de quien realiza el trabajo doméstico o trabaja para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente y, por este motivo, nos hemos centrado en tratar de discernir su posible fundamento, no podemos pasar por alto otro de los debates de fondo en torno a esta institución que consiste en su conveniencia o la necesidad de regular la compensación por trabajo doméstico en los ordenamientos jurídicos que no conceden al régimen de separación de bienes un carácter supletorio.

Ello se plantea partiendo de la consideración de que cuando los cónyuges pactan de manera expresa someterse a este régimen parece que persiguen, precisamente, esta ausencia de comunicación entre sus patrimonios y, a su vez, conocen las consecuencias, claramente perjudiciales, que de él derivan para aquél que no realiza un trabajo remunerado. De este modo, aquél de los cónyuges que se encarga de las labores del hogar hubiera podido optar por no pactar un régimen económico específico y voluntario y someter así su matrimonio a un régimen supletorio que, a ciencia cierta, le beneficiará económicamente más que el de separación de bienes, como ocurre, por ejemplo, en el caso del Derecho español, en el que la sociedad de gananciales permite que los beneficios de su consorte se repartan por mitad, o como ocurriría también en un régimen supletorio de participación o de comunidad, ya sea total o parcial. Sin embargo, el hecho de que en muchas ocasiones la razón de

optar por un régimen de separación de bienes de manera discrecional responda, no a la voluntad de que lo generado durante el matrimonio no salga de la esfera patrimonial de uno mismo, sino a razones, en palabras de Guilarte «de responsabilidad y riesgo empresarial»¹⁴⁷, podría justificar la necesidad de regular esta compensación, aun cuando el régimen de separación de bienes no sea el supletorio.

El análisis de los diferentes derechos civiles territoriales no arroja luz respecto de si sólo aquellos que regulan el régimen económico de separación de bienes como supletorio prevén, a su vez, la compensación por trabajo doméstico. En este sentido, si bien el Derecho balear es el único, junto con el Derecho catalán, que regula como supletoria la separación de bienes y, en consecuencia, regula en el artículo 67.2 *in fine*¹⁴⁸ la compensación por trabajo doméstico en la misma línea que lo hace el Derecho español, también el Derecho navarro, como ya hemos apuntado, y en cuyo caso el régimen de separación de bienes no tiene carácter supletorio, prevé una regulación de la compensación por trabajo doméstico. Es más, en el caso de este último, mucho más precisa y detallada que la del Derecho balear.

Por el contrario, el resto de los derechos civiles territoriales nada prevén respecto de la compensación por trabajo doméstico. El Derecho civil aragonés, a pesar de que prevé con carácter supletorio la comunidad foral de bienes, sí regula el régimen de separación de bienes en el Título III, concretamente, en los artículos 203-209 del Código del Derecho Foral de Aragón¹⁴⁹, pero no regula para el caso de que se pacte expresamente este régimen una compensación por trabajo doméstico. Por su parte, el Derecho valenciano, como ya hemos apuntado, sí lo preveía en la Ley 10/2007, de 20 de marzo, actualmente derogada, pues en ella la separación de bienes era de aplicación en defecto de pacto en capitulaciones matrimoniales (artículo 6), pero nada dice actualmente acerca del régimen de separación de bienes, por cuanto la aprobación de la Ley 8/2009, de 4 de noviembre, de modificación de la Ley 10/2007, de 20 de

¹⁴⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, BOE, 2016, p. 260.

¹⁴⁸ De acuerdo con este precepto «se considera como contribución el trabajo para la familia y da derecho a obtener una compensación que el juez debe señalar, si no hay acuerdo, cuando se extinga el régimen de separación». Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares. «Boletín Oficial de las Islas Baleares» núm. 120, de 02/10/1990. (BOIB-i-1990-90001).

¹⁴⁹ 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. Boletín Oficial de Aragón núm. 67, de 29 de marzo de 2011. (BOA-d-2011-90007).

marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano¹⁵⁰ supuso que los matrimonios que no pacten un régimen económico de manera expresa quedarán sometidos al régimen de gananciales del Derecho español, por remisión al contenido de la legislación del Estado. Y, por último, los Derechos gallego y vasco tampoco contienen en su regulación referencia alguna al régimen de separación de bienes.

En consecuencia, debemos descartar el argumento según el cual la razón de ser de la compensación por trabajo doméstico podría ser la supletoriedad del régimen de separación de bienes, aunque ello no agote el dilema acerca de si conviene regular una compensación en aquellos casos en los que el régimen se pacta expresamente.

En nuestra opinión, creemos que es acertado regular una compensación por trabajo doméstico en un régimen que puede resultar tan sumamente pernicioso como el de separación de bienes. Y es que al margen de la razón que haya podido motivar a los cónyuges a pactarlo, ningún otro régimen económico matrimonial puede llegar a resultar tan aparentemente justo, pero materialmente tan nocivo, cuando uno de los cónyuges se encarga del trabajo doméstico. Cuestión distinta es fijar los requisitos y presupuestos que deben concurrir para que nazca el derecho a ser compensado, en cuyo caso sí consideramos que aquellos ordenamientos en los que la separación de bienes tenga carácter supletorio podrían atenuar los presupuestos exigidos para la concesión de la compensación.

Precisamente esta idea de supletoriedad es la que, a nuestro modo de ver, aleja la compensación por trabajo doméstico del Código Civil español de la compensación económica por razón de trabajo del Derecho catalán. El hecho de que el Derecho civil de Cataluña conceda a la separación de bienes el carácter de régimen supletorio de primer grado justifica, a nuestro entender, no sólo la necesidad de prever y regular la compensación de manera detallada, sino también que sus requisitos de aplicación sean menos restrictivos. Así, si bien el Derecho catalán prevé la necesidad de que el cónyuge acreedor se haya dedicado «sustancialmente más» que el otro a las tareas domésticas, en nuestra opinión ello no es suficiente en el caso de la compensación del Derecho español, en cuyo caso, el hecho de haber pactado el régimen de separación de bienes voluntariamente, debería exigir, no sólo haberse dedicado más que el otro a

¹⁵⁰ Ley 8/2009, de 4 de noviembre, de modificación de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. Boletín Oficial del Estado núm. 301, de 15 de diciembre de 2009 (BOE-A-2009-20071).

dichas labores, sino que esa dedicación exceda de lo que por ley corresponde a los cónyuges en el matrimonio en defecto de pacto.

VII. CÁLCULO DE LA CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN

El artículo 1438 CC no prevé en su regulación unos criterios que permitan valorar el trabajo doméstico, sino que su contenido se reduce a apelar al acuerdo que hayan podido tomar los cónyuges y, en defecto de ello, a la discrecionalidad de la autoridad judicial¹⁵¹, lo que conlleva una carencia manifiesta de unificación de criterios.

La fijación de unos parámetros objetivos que permitan calcular la cuantía a la que debe ascender la compensación por trabajo doméstico constituye uno de los principales desafíos de la institución. Ello se deriva, fundamentalmente, de la dificultad de atribuir un valor económico justo al trabajo doméstico desempeñado por el cónyuge. Especialmente si entendemos que el fundamento de la compensación lo constituye, precisamente, la sobreaportación a las tareas domésticas, en cuyo caso lo único que debe compensarse es el excedente en la contribución a las cargas familiares. En este caso, a la ardua labor de traducir en un importe económico concreto el trabajo doméstico realizado por uno de los cónyuges, se suma la dificultad de valorar cuándo la contribución ha sido excesiva de acuerdo con la regla de la proporcionalidad.

Muestra de esta dificultad la encontramos en los pronunciamientos judiciales más recientes, en el que resultan cuanto menos sorprendentes los *quantums* a los que asciende la compensación. En este sentido, hemos aludido ya a la STS de 11 de diciembre de 2019, en cuyo caso la Audiencia Provincial de Madrid reconoció a favor de la demandante una compensación económica de, nada más y nada menos, que 6.000.000 de euros, a pesar de tener contratadas a once personas al servicio del hogar, y lo hizo en compensación de sus funciones de organización, dirección y coordinación de este personal. Ello sin perjuicio de que, tras recurrirse la resolución ante el Tribunal Supremo, éste redujera la compensación a la también significativa cifra de 840.000 euros.

Al margen de este caso, del que no podemos negar la relevancia a efectos cuantitativos por el elevado importe de la compensación y la gran cantidad de personal al servicio del hogar, como hemos avanzado, también cabe destacar la reciente Sentencia del Juzgado

¹⁵¹ GUILLEM CARRAU, 2011, pp. 1297-1298.

de Primera Instancia de Vélez-Málaga de 15 de febrero de 2023¹⁵², en la que se reconoce una compensación de 204.624, 86 euros a favor de la esposa que, durante los 25 años de matrimonio, se ocupó de las tareas del hogar y del cuidado de sus dos hijas, justificando, en este caso, que la mujer se había visto privada de toda trayectoria laboral, mientras que el marido acumuló e incrementó exponencialmente su patrimonio y, por lo tanto, y en contra de lo que nosotros defendemos, justificando la compensación en las oportunidades laborales perdidas por la acreedora.

No cabe duda de que, con independencia del fundamento de la compensación, existen una serie de elementos que deben condicionar o modular su cuantía. Estamos pensando, por ejemplo, en los años de matrimonio, los años de dedicación a la familia, si la persona se ha dedicado a estas tareas a tiempo completo o lo ha compaginado con un trabajo por cuenta ajena –entendiendo que, en este caso, como hemos defendido, también debería reconocerse el derecho a percibir la compensación cuando se trabaja por cuenta ajena si, a pesar de ello, existe una sobrecontribución a las cargas familiares–, si existen personas dependientes a cargo, o si se ha contado o no con personal de servicio para ayudar en la realización de las labores domésticas. Incluso, si descartamos, a nuestro parecer, la pérdida de oportunidades profesionales o académicas como fundamento de la compensación, esta pérdida también debería ser un elemento a tener en cuenta en la fijación de su cuantía. Sin olvidar que otro importante factor que influirá, en este caso, no en el cálculo, pero sí en lo que finalmente el cónyuge acreedor recibirá en concepto de compensación, serán las compensaciones o atribuciones -dinerarias o patrimoniales- que se hubieran realizado por parte del cónyuge deudor durante el matrimonio, como ocurre en la STS de 14 de julio de 2011, en la que la mujer que solicitaba la compensación había recibido una anticipada compensación pecuniaria.

Volviendo de nuevo a la regulación de la compensación por trabajo doméstico que ofrecen tanto el Derecho navarro como la PAPDC, por ser las más cercanas a lo que aquí planteamos, tanto la Ley 101 como el artículo 265-4 PAPDC respectivamente, dedican un apartado a la cuantificación de la compensación. En el caso de la Ley 101 del Derecho navarro, en sus apartados 5.º *in fine* y 6.º establece que «para determinar la cuantía de la compensación se tendrá en cuenta, dentro del nivel económico y circunstancias de la familia, los años de matrimonio, la duración e intensidad de la

¹⁵² SJPI Vélez-Málaga de 15 febrero de 2023. (JUR 2023\119115). Ponente Laura Ruiz Alaminos.

dedicación y la atención personal a los hijos y a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges. 6. Además, cuando uno de los cónyuges hubiera realizado trabajo en las actividades empresariales o profesionales del otro, tendrá derecho a una compensación proporcional al trabajo realizado, cuando el mismo no haya sido objeto de retribución o lo haya sido con retribución insuficiente, y ello, con independencia de los reembolsos debidos por excesos en el deber de contribución a las cargas del matrimonio». Por su parte, de acuerdo con el artículo 265-5.2 y 265-6 PAPDC «para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo se tiene en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, los años de convivencia, la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges, así como la ayuda de tercera persona o de servicio doméstico. (...) «6. En caso de trabajo realizado por un cónyuge en las actividades empresariales o profesionales del otro cónyuge, sin retribución o con retribución insuficiente, ello da lugar a una compensación proporcional al trabajo realizado, al margen de los reembolsos debidos por excesos en el deber de contribución a las cargas del matrimonio»¹⁵³.

Como vemos, si bien ambas regulaciones se refieren a elementos que pueden influir en un aumento o disminución de la cuantía de la compensación, nada dicen respecto del importe del que debemos partir. Es decir, estas normas no atribuyen un valor al trabajo doméstico que podamos tomar como referencia y que permita computar económicamente el excedente en la contribución al levantamiento de las cargas familiares a través del trabajo doméstico. Y sin ello, no podremos calcular de manera objetiva la cuantía de la compensación, pues este constituye el primer paso, la base, sobre la que entraremos a valorar los elementos que influyen en la determinación de la cuantía¹⁵⁴. Así, en definitiva, dejamos que sea

¹⁵³ En este punto, podemos referirnos también a lo que establece al respecto el artículo 232-5.3 CCCat, según el cual «para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo, debe tenerse en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges».

¹⁵⁴ En línea con la intención de objetivar la dedicación al trabajo doméstico por parte de los cónyuges, la secretaria de Estado de Igualdad, Ángela Rodríguez, avanzó recientemente –durante su intervención en Ginebra al frente de la delegación española que presentaba el IX Informe periódico de España y que se sometía a examen ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)– que el Ministerio de Igualdad pondrá en marcha una ‘app’ gratuita que forma parte del «Plan Corresponsables» y que servirá para contabilizar las tareas del hogar, con el fin de saber cuánto tiempo destina cada miembro de la familia a los cuidados y al trabajo doméstico. Esta aplicación permitirá registrar, no sólo el trabajo para la casa, sino también los cuidados prestados a otros miembros de la familia y las tareas «invisibles» que generan carga mental, como la gestión y

la autoridad judicial quien, discrecionalmente, fije este valor. Lo que se traduce en una mayor subjetividad y no hace más que alimentar la problemática que se plantea en la práctica.

En caso de que el trabajo se haya prestado para el otro cónyuge sin remuneración o con una remuneración insuficiente, el criterio aparentemente más objetivo sería el de adaptar este salario a lo que se está pagando en el mercado a una tercera persona por desempeñar ese mismo trabajo.

Sin embargo, como hemos avanzado, resulta difícil atribuir un valor al trabajo doméstico desempeñado por el cónyuge en el hogar. Uno de los criterios que se han impuesto con más fuerza a pesar de las críticas, ha sido el de valorar este trabajo de acuerdo con el salario que percibiría una persona contratada al servicio del hogar, por la similitud de las tareas desempeñadas en ambos casos. Ello implica, en la búsqueda de datos objetivos en los que justificar el importe atribuido, valorar el trabajo doméstico, como mínimo, de acuerdo el Salario Mínimo Interprofesional (SMI), criterio al que ha recurrido en numerosas ocasiones el Alto Tribunal¹⁵⁵. Será entonces cuando podremos recurrir al conjunto de factores que permiten incrementar o limitar esta cantidad en función de si de ellos se desprende que la dedicación al hogar y a la familia lo ha sido en mayor o menor intensidad.

Concretamente, el criterio al que se ha recurrido con asiduidad por parte de los Tribunales ha sido el de multiplicar el SMI por años que ha durado el matrimonio por 12 meses del año. Así, el valor resultante sería la cantidad con la que el cónyuge que ha sobrecontribuido al trabajo doméstico ha participado en el levantamiento de las cargas del matrimonio a falta de recursos económicos. Este ahorro de costes –que resulta de lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico al cuidado del hogar– es la contribución del cónyuge que se ha ocupado del trabajo doméstico y, será en caso de que ésta exceda aquello que le correspondía en atención a la regla de la pro-

planificación de la vida familiar y la atención emocional a los hijos e hijas y personas dependientes.

¹⁵⁵ Entre las resoluciones que recurren al Salario Mínimo Interprofesional en la valoración del trabajo doméstico, véanse, a modo de ejemplo, SSTS núm. 357/2023 de 10 marzo. (RJ 2023\1567) (ECLI: ES: TS:2023:869). F.D. 3.º; núm. 18/2022 de 13 enero. (RJ 2022\53) (ECLI: ES: TS:2022:31). Ponente Excmo. Sr. Antonio García Martínez. F.D. 1.º; núm. 300/2016 de 5 mayo. (RJ 2016\2219) (ECLI: ES: TS:2016:1898). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana; núm. 614/2015 de 25 noviembre. (RJ 2015\5322) (ECLI: ES: TS:2015:4897). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana; núm. 300/2016 de 5 mayo. (RJ 2016\2219) (ECLI: ES: TS:2016:1898). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. F.D. 2.º; núm. 136/2015 de 14 abril. (RJ 2015\1528) (ECLI: ES: TS:2015:1693). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. F.D. 1.º; núm. 534/2011, de 14 julio. (RJ 2011\5122) (ECLI: ES: TS:2011:4874). Ponente Excma. Sra. Encarnación Roca Trías. F.D. 6.º

porcionalidad, cuando nacerá el derecho a ser compensado a fin de cubrir ese exceso. En definitiva, lo que debe compensarse es la desproporción, no la contribución total¹⁵⁶.

Como hemos avanzado, la atribución de este valor económico al trabajo doméstico no ha estado tampoco exento de crítica y es que, a pesar de constituir un criterio objetivo a efectos de valoración del trabajo doméstico realizado por uno de los cónyuges, se trata de una de las remuneraciones más bajas del mercado. Además, en ella no se computan determinados perjuicios que se derivan para el cónyuge que se ha ocupado del trabajo del hogar y que deberían también indemnizarse para evitarle perjuicios, como podría ser la falta de cotización que la realización de un trabajo no remunerado lleva aparejada. Por lo tanto, no podemos negar que atribuir este valor al trabajo doméstico contribuye a la desvalorización de una contribución que es imprescindible para el bienestar familiar. Debería tomarse en consideración que el vínculo existente en el matrimonio le atribuye un valor especial, con una fuerte carga emocional y afectiva, más allá del que existiría en una relación contractual con una tercera persona de servicio doméstico, especialmente cuando la realización de estas tareas lleva aparejado el cuidado de los hijos e hijas y personas dependientes¹⁵⁷. Así, lo óptimo no es equiparar al cónyuge que ha renunciado a una promoción profesional o, incluso, ha tratado de compatibilizar como ha podido su dedicación a la casa y a la familia con un trabajo remunerado, con un empleado o empleada del hogar, ya que realmente no lo es. En su caso, ni cobra unas vacaciones, ni cotiza en la Seguridad Social, ni tiene un horario marcado, ni tampoco cobra horas extraordinarias¹⁵⁸.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña¹⁵⁹, en su Sentencia de 21 de octubre de 2012¹⁶⁰, hizo referencia a la figura del «colaborador incondicional», para tratar de objetivar la idea de que el cónyuge que desempeña un trabajo doméstico -incluyendo dentro de dicho concepto tanto el trabajo para el otro cónyuge como el trabajo en el hogar- excede la consideración de empleado en senti-

¹⁵⁶ CUENA CASAS, 2013, pp. 10122-10123.

¹⁵⁷ Véase, al respecto, AGUILERA RULL, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, pp. 40-41.

¹⁵⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, BOE, 2016, p. 360. En contra de atribuir al trabajo doméstico realizado por el cónyuge el valor de lo que se pagaría a una tercera persona por ese mismo trabajo, véase también ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, 2011, pp. 58-59. El autor plantea una interesante reflexión y es: «¿Se corrige la insolidaridad y se camina hacia la igualdad considerando a la mujer y su condición de madre, como una sirviente?».

¹⁵⁹ En adelante, TSJC.

¹⁶⁰ STSJC núm. 32/2002 de 21 octubre. (RJ 2003\698). Ponente Illma. Sra. Nuria Bassols Muntada. F.D. 5.º

do estricto, por cuanto la relación de afectividad en la que se enmarcan las labores que realiza debería pesar también en la consideración de su trabajo¹⁶¹. Quizás sería oportuno seguir la línea del TSJC y prever una institución a semejanza del «colaborador incondicional», y atribuir a la realización de sus tareas un determinado valor económico, superior, claro está, al de una persona empleada del hogar, atendiendo a todas las circunstancias que distancian al cónyuge encargado de las labores domésticas de una persona empleada de servicio¹⁶². Este salario superior al que cobraría una tercera persona vendría motivado por factores como la implicación emocional en el cuidado de los hijos e hijas y personas dependientes, la ausencia de horario, o los perjuicios derivados de la ausencia de un contrato laboral¹⁶³.

Lo que sí está claro es que si defendemos que el fundamento de la compensación lo constituye la contribución al levantamiento de las cargas familiares de uno de los cónyuges más allá de lo que le correspondía, lo que se debe compensar por su consorte es el exceso que supone su trabajo doméstico respecto de lo que correspondía aportar, de modo que, en ningún caso, la cuantía de la compensación debe superar esa desproporción, que no podrá exceder de la mitad del incremento patrimonial que se ha generado durante la vigencia del régimen de separación de bienes. Un criterio de valoración podría consistir en multiplicar el salario que debería haberse pagado a un tercero por ese trabajo por el número de años en los que, en el marco del matrimonio, este cónyuge ha sobrecontribuido con su trabajo doméstico a las cargas familiares. De acuerdo con Cuenca Casas, «ese ahorro de costes es su contribución que si, comparada a la que le correspondía al otro cónyuge, resulta excesiva o desproporcionada, la compensación debe cubrir ese exceso y no más»¹⁶⁴. A ello añade Berrocal Lanzarot que «habrá de compararse lo que aportó uno y otro, en base a sus recursos económicos y compensar la desproporción que no deja de ser un empobrecimiento injusto, esto es, carente de causa»¹⁶⁵.

¹⁶¹ En la STSJC de 19 de abril de 2004, en cambio, no adoptó la idea del colaborador incondicional, posiblemente porque en este caso el cónyuge que reclamaba la compensación no había trabajado para la casa, a diferencia del caso enjuiciado en 2002. Véase BOSCH CAPDEVILA, *RJC*, 2010, pp. 1084-1085.

¹⁶² Berrocal Lanzarot alude a que «el trabajo para la casa o trabajo doméstico no se reduce exclusivamente a las tareas domésticas –cocinar, barrer– sino que es un concepto más amplio que abarca tareas para cuya realización no sería sustituible el cónyuge por un tercero, tales como la atención a los componentes de la familia, adquisición de bienes para los miembros de la familia, en suma, la tarea de dirección de las gestiones domésticas. BERROCAL LANZAROT, *RCDI*, 2016, p. 467.

¹⁶³ Respecto de esta cuestión, véase ESCRIBANO TORTAJADA, *AC*, 2008, p. 2085.

¹⁶⁴ CUENA CASAS, 2013, p. 10122.

¹⁶⁵ BERROCAL LANZAROT, *RCDI*, 2016, pp. 468-469.

Por último, debemos referirnos también a otro de los aspectos sobre los que el artículo 1438 CC guarda silencio, y es la modalidad de pago de la compensación. En principio el crédito al que asciende su cuantía debería pagarse en dinero, por aplicación analógica de la norma general del artículo 1431 CC en virtud de la cual «el crédito de participación deberá ser satisfecho en dinero». Ahora bien, a pesar de ser plenamente conscientes de que nos encontramos en un régimen de separación de bienes, lo que se traduce en la ausencia de un patrimonio común a ambos cónyuges, y sin la intención de comprometer bienes privativos al pago de la compensación, creemos que no hay óbice para entender que los cónyuges puedan pactar el pago de la compensación en bienes, ya sea en todo o en parte, o que la autoridad judicial pueda autorizar el pago mediante la adjudicación de bienes por petición debidamente justificada del cónyuge deudor, tal como prevé el artículo 1432 CC para el régimen de participación. En relación con ello, también el Código Civil de Cataluña, en su artículo 232-8.1, prevé esta posibilidad cuando exista una causa justificada que acredite su necesidad, como podría ser, por ejemplo, que el cónyuge deudor tuviera un importante patrimonio con el que hacer frente a la compensación, pero no dispusiera de dinero líquido para pagarla.

VIII. CONCLUSIONES

I. La escueta regulación del artículo 1438 CC ha dejado en manos de los Tribunales la determinación de los factores que deben concurrir para que nazca el derecho a ser compensado por el trabajo doméstico. La falta de unificación doctrinal y jurisprudencial al respecto ha dado lugar a distintas líneas interpretativas, poco claras e, incluso, en algunos casos contradictorias entre sí. Todo ello, ha dificultado todavía más la ardua tarea de delimitar el cómo y el cuándo debe reconocerse la compensación por trabajo doméstico a uno de los cónyuges.

II. A pesar de que la doctrina del Alto Tribunal se ha decantado por no exigir un incremento patrimonial del cónyuge deudor para el reconocimiento de la compensación a favor de aquél que se ha ocupado de las labores del hogar y del cuidado de la familia, sí debería exigirse un incremento patrimonial de quien debe pagar la compensación.

Ello normalmente ocurrirá ya que el deudor habrá dedicado la mayor parte de su tiempo a realizar un trabajo remunerado lo que, en la mayoría de las ocasiones, se va a traducir en un aumento de

su patrimonio superior al de aquél que ha dedicado más tiempo al cuidado del hogar y de la familia. A lo que cabe añadir, además, que la dedicación superior de su consorte al trabajo doméstico habrá repercutido también de manera directa en su patrimonio, ya que se habrá evitado pagar a otra persona para que se encargue de esas labores y, en caso de haberlo hecho, solo habrá sido en concepto de ayuda o colaboración, con el consiguiente ahorro que ello supone.

III. El Tribunal Supremo se ha decantado por entender que para que nazca la compensación por trabajo doméstico el cónyuge que se ha ocupado de las tareas del hogar deberá haberlo hecho en exclusiva, excluyendo la posibilidad de que quien trabaja por cuenta ajena pueda percibirla, con independencia de las condiciones laborales concretas de dicho empleo.

Sin embargo, el trabajo por cuenta ajena no debería excluir, por sí mismo, el derecho a percibir la compensación. En su caso, también las condiciones y la retribución pueden ser precarias e, incluso, es habitual que el esfuerzo para lograr la conciliación laboral y familiar de quien trabaja por cuenta ajena, pero, además, se ocupa del trabajo doméstico haya sido muy superior al de quien no trabaja fuera del hogar.

La sobreaportación al levantamiento de las cargas a través del trabajo doméstico debería ser el elemento determinante para conceder la compensación, con independencia de que el trabajo para la casa, o para el otro cónyuge en condiciones precarias, se haya compatibilizado o no con un trabajo por cuenta ajena.

IV. La doctrina del Alto Tribunal admite que el cónyuge que se dedica a las tareas domésticas puede contar con la ayuda o colaboración de personal de servicio.

La contratación de terceras personas para dar apoyo en la realización de las labores del hogar no debe excluir la compensación por trabajo doméstico de uno de los cónyuges, siempre y cuando la dedicación del cónyuge al trabajo doméstico siga representando una sobreaportación por su parte al levantamiento de las cargas familiares. Ahora bien, sí debe constituir, en todo caso, un elemento que se debe tener en cuenta en el cálculo del importe al que debe ascender la compensación por trabajo doméstico.

En caso contrario, esto es, si el volumen de trabajo doméstico asumido por el personal de servicio implica que ya no exista una sobrecontribución a las labores del hogar por parte del cónyuge que se ha quedado en casa, no debería nacer el derecho a la compensación por carecer ésta de toda razón de ser.

V. El fundamento de la compensación por trabajo doméstico debería ser la sobreaportación de uno de los cónyuges a las tareas domésticas, más allá de su deber de contribución a las mismas siguiendo la regla de la proporcionalidad. De este modo, lo que debería compensarse sería el excedente en el levantamiento de las cargas a través del trabajo doméstico, en línea con lo establecido por el Derecho civil navarro y por la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil y con la voluntad del legislador de otorgar un valor económico al trabajo doméstico realizado por uno de los cónyuges.

VI. El trabajo doméstico debería tener atribuido un valor específico que tuviera en cuenta aquellos elementos personales y emocionales que lo individualizan y lo apartan de otros empleos y salarios que, a pesar de las similitudes, también presentan diferencias significativas desde un punto de vista tanto profesional como emocional.

Será una vez asignado este valor al trabajo doméstico cuando podremos modular su cuantía atendiendo a los distintos factores que tienen una influencia directa en la dedicación a las tareas del hogar, como pueden ser, los años de dedicación a las tareas domésticas, el hecho de que haya hijos e hijas u otras personas dependientes a cargo, la compatibilización o no de estas tareas con un trabajo por cuenta ajena, o el haber contado con ayuda de personal contratado para llevar a cargos las tareas del hogar, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA RULL, Ariadna: «La configuración de la compensación del trabajo para la casa (art. 1438 CC) conforme con el principio de igualdad entre Hombres y mujeres», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Vol. 2, núm. 3, 2012, pp. 27-42.
- ALBALADEJO GARCIA, Manuel: *Curso de Derecho Civil. IV Derecho de Familia*, 12.^a edición, Edit. Edisofer, 2013.
- *Curso de Derecho Civil. IV Derecho de Familia*, 10.^a edición, Edit. Edisofer, 2005.
- ÁLVAREZ OLALLA, María Pilar: «La compensación por trabajo doméstico y el deber de contribución a las cargas del matrimonio en separación de bienes. Al Hilo de la STS de 5 de mayo de 2016 y sus precedesoras», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, año 2016, pp. 129-138.
- ÁLVAREZ OLALLA, María Pilar: *La responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Edit. Aranzadi, Navarra, 1996.
- ANDRIOTIS, Dimitri: «Les régimes matrimoniaux en Droit grec», en Bonomi, A. y Steiner, M. (eds.), *Les régimes matrimoniaux en Droit comparé et en Droit international privé*, Droz, Ginebra, 2006, pp. 201-231.

- ANTENREITER, t: «Informe nacional: Austria», *Notarius International*, núm. 3-4, 2002, pp. 174-188.
- ARRÉBOLA BLANCO, Adrián: *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*, Colección Jurídica General, Editorial Reus, Madrid, 2019.
- «¿Un avance para la compensación por trabajo doméstico?», *Diario La Ley*, núm. 9020, Sección Doctrina, 2017, pp. 1-8.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «art. 1438», en Domínguez Luelmo, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1572-1575.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: «El régimen de separación de bienes», en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. IV, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 31-116.
- BARBA, Vincenzo: «Los pactos prematrimoniales en el derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el derecho catalán», *ADC*, Tomo LXXIV, fasc. 1, 2021, pp. 21-82.
- BELTRÁ CABELLO, Carlos: «Régimen de la compensación por trabajo doméstico en la disolución de la separación de bienes. Comentario a la STS de 14 de marzo de 2017», *Revista práctica de derecho Ceflegal*, núm. 198, 2017, pp. 51-56.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia de 11 de febrero de 2005 (RJ 2005,1407)», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *CCJC*, núm. 70, enero/abril, 2006, pp. 139-153.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La contribución a las cargas del matrimonio y la compensación por el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes», *RCDI*, año 92, núm. 753, 2016, pp. 449-483.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «Apuntes críticos sobre la compensación económica por razón de trabajo en el hogar en el Código Civil español», en Sole Resina, J. (coord.), *Persona, Familia y Género. Liber Amicorum a M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Edit. Atelier, Barcelona, 2022, pp. 183-197.
- «La configuración de la compensació econòmica per raó de treball en el Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya», en *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família, Jornades de Dret Català a Tossa*, 2013, pp. 375-400.
- «L'evolució del règim de separació de béns en el Dret civil de Catalunya: la compensació econòmica per raó de treball», *RJC*, núm. 4, 2010, pp. 1075-1098.
- «La compensación económica por razón de trabajo (Comentario a la Sentencia 8/2000, de 27 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña)», *Carta Civil*, núm. 9, Julio, 2000, pp. 3-19.
- BRAKE, Stephen j.: «Equitable distribution vs. fixed rules: marital property reform and the uniform marital property act», *Boston College Law Review*, Vol. 23, num. 3, 1982, pp. 761-788.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «La separación de bienes», en Díez-Picazo Giménez, G. y Díez-Picazo, L. (coords.), *Derecho de Familia*, Civitas Thomson Reuters, 2012, pp. 1205-1232.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Por qué se indemniza a la mujer que compagina el trabajo en el hogar y en los negocios familiares y no, en general, a la que concilia la vida familiar con cualquier profesión o actividad retribuida?. La insuficiencia de la STS de 26 de abril de 2017 para desterrar radicalmente la «exclusividad» del art. 1438 CC», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Editorial Aranzadi, núm. 10/2017, pp. 73-97.

- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Compensación por trabajo doméstico. Su reconocimiento no se subordina al enriquecimiento del cónyuge deudor (STS 14 julio de 2011)», *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 271-290.
- CORTADA CORTIJO, Neus: «La compensación en el régimen matrimonial de separación de bienes: un remedio a la feminización del cuidado familiar» en García Rubio (dir.), *Mujer, maternidad y Derecho*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 821-835.
- CUENA CASAS, Matilde: «art. 1438», en Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII (arts. 1265 a 1484), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 10109-10124.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Enriquecimiento injustificado por haber convivido: ¿tiene sentido hablar de este modo?», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio, 2022, pp. 1002-1045.
- «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en Rams Albersa, J., Serrano Gómez, E. y De Amunátegui Rodríguez, C. (dirs.), *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Edit. Dykinson, Madrid, 2010, pp. 117-272.
- DE VERDA I BEAMONTE, José Ramón: «En torno a la compensación por trabajo doméstico del art. 1438 CC. Comentario a la STS de España, núm. 658/2019, de 11 diciembre», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio, 2020, pp. 746-757.
- «La compensación del artículo 1438 CC: un estudio en clave jurisprudencial», *IDIBE*, febrero, 2020, pp. 1-6.
- DEL OLMO, Pedro: «El trabajo doméstico en el derecho europeo de daños», en Díez-Picazo, L. (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Tomo I, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 1079-1105.
- DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, Vaquer Aloy, Antoni y Bosch Capdevila, Esteve: «El régimen de separación de bienes», en Del Pozo Carrascosa, Vaquer Aloy y Bosch Capdevila (coords.), *Derecho civil de Cataluña. Derecho de Familia*, Edit. Marcial Pons, 3.ª edición, 2022, pp. 243-263.
- DÍAZ BRITO, Francisco Javier: «Comentario a la Ley 101», en Rubio Torrano, E. y Arcos Vieira M. L. (dirs.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 463-475.
- DÍEZ PICAZO, Luis y Gullón, Antonio: *Sistema de Derecho civil IV*, Tecnos, Madrid, 2006.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «La compensación del trabajo doméstico del artículo 1.438 del Código Civil: remisión a la normativa catalana y valenciana», *AC*, núm. 19, 2008, pp. 2077-2093.
- ESTELLÉS PERALTA, Pilar María: «La «descompensación» de la doble jornada laboral versus el enriquecimiento injustificado del cónyuge «doméstico»: necesidad de un nuevo enfoque jurisprudencial del controvertido artículo 1438 CC», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio, 2019, pp. 112-131.
- FERRER I RIBA, Josep: «Separació de béns i compensacions en la crisi familiar», en Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona (coord.), *Nous reptes del Dret d família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 77-93.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y Solé Resina, Judith: «Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)», *ADC*, tomo LXXVII, fasc. III, 2014, pp. 765-894.

- GINEBRA MOLINS, Esperança: «El trabajo «doméstico» o «para la casa» en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña», en Torres Garcia, T. (dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 593-611.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 (252/2017)», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, núm. 9, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado-Dykinson, Madrid, 2017, pp. 253-265.
- «Comentario de las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2015 (1490/2015) y de 14 de abril de 2015 (1693/2015). Separación de bienes. Compensación económica del artículo 1438 del Código Civil», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, núm. 7, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado-Dykinson, Madrid, 2016, pp. 347-364.
- «De nuevo sobre la compensación por trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 68, julio-septiembre, 2015, pp. 55-78.
- GUILLEM CARRAU, Javier: «artículo 1438», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. III, Edit. Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 1292-1299.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Disfunciones en la interpretación jurisprudencial del artículo 1438 del Código Civil: el riesgo de duplicidad valorativa del «trabajo para la casa» en el régimen económico matrimonial de separación de bienes», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17, junio, 2022, pp. 538-599.
- «Enriquecimientos y empobrecimientos en («y por») la compensación al trabajo doméstico», en Torres Garcia, T. (dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 613-635.
- «Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1438 del Código Civil Español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 ter, diciembre, 2015, pp. 52-88.
- «Enriquecimientos “injustos” en la compensación económica del trabajo doméstico (excesos y defectos en la interpretación del artículo 1.438 del código civil)», *Revista práctica de derecho Ceflegal*, Civil-Mercantil, núm. 178, 2015, pp. 5-80.
- HERTEL, Christian: «Sistemas jurídicos del mundo», *Notarius International*, núm. 1-2, 2009, pp. 185-200.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert: «Els pactes en previsió de crisi matrimonial i de la convivència», *Qüestions actuals del dret català de la persona i de la família. Materials de les Dissetenes Jornades de dret català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona, 2013, pp. 445-477.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios del Derecho Civil*, tomo VI, Marcial Pons, 13.ª Edición, Madrid, 2014.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, DE PABLO CONTRERAS, Pedro y PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: «Los regímenes de separación y participación», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ» (coord.), *Curso de Derecho civil IV. Derecho de Familia*, 5a edición, Edit. Colex, 2016, pp. 295-308.
- MONTES RODRÍGUEZ, María Pilar: «El Derecho de compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes del CC y en la LREMV: Análisis comparativo», *IDIBE*, abril, 2015, pp. 1-9.

- MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa: «La compensación por trabajo doméstico en el Código civil español», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2011, pp. 107-130.
- OLDHAM J. THOMAS: «Changes in the economic consequences of divorces, 1958-2008», *Family law quarterly*, Vol. 42, núm. 3, Golden Anniversary Issue (Fall 2008), pp. 417-448.
- PAÑOS PÉREZ, Alba: «El menoscabo a la conciliación de la vida familiar y laboral por la doctrina jurisprudencial sobre la compensación del trabajo doméstico», en TORRES GARCIA, T. (dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 637-651.
- QUIÑONERO CERVANTES, Enrique: «Notas sobre el deber de contribución a las cargas de la familia», *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 691-714.
- RIBERA BLANES, Begoña: «Del régimen de separación de bienes», en MORENO MARTÍNEZ J. A. (coord.) *El Régimen Económico del Matrimonio. Comentarios al Código Civil. Especial consideración a la doctrina jurisprudencial*, Edit. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 815-921.
- *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «article 232-5», en EGEA I FERNÀNDEZ, J. y FERRER I RIBA, J. (dirs.), *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Edit. Atelier, Barcelona, 2014, pp. 227-253.
- ROCA I TRÍAS, Encarna: «Autonomía, crisis matrimoniales con ocasión de la crisis» en Abril Campoy, J. M., Amat Llari, M.^a E. (coords.), *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. II, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 2107-2140.
- ROSENBURY, Laura: «Two ways to end a marriage: divorce or death», *Utah Law Review*, septiembre, 2005, pp. 1226-1290.
- SANTOS MORÓN, María José: «Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?», *Indret*, núm.1, 2015, pp. 1-50.
- SILLERO CROVETTO, Blanca: «artículo 1438», en Cañizares LASO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 6515-6529.
- W. DALLON, Craig: «The Likely Impact of the Ali Principles of the Law of Family Dissolution on Property Division», *BYU Law Review*, Vol. 2001, Issue 3, Article 14, pp. 891-922.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: «La compensación del trabajo de casa: la esposa como empleada del hogar», *Escritura Pública*, núm. 72, 2011, pp. 58-59.

REPERTORIO JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO

- STS núm. 362/2023 de 13 marzo. (RJ 2023\1566) (ECLI: ES:TS:2023:879). Ponente Excmo. Sr. M.^a Angeles Parra Lucán.

- STS núm. 357/2023 de 10 marzo. (JUR 2023\125208) (ECLI: ES: TS:2023:869). Ponente Excmo. Sr. M.^a Ángeles Parra Lucán.
- STS núm. 837/2022 de 28 noviembre. (RJ 2022\5143) (ECLI: ES: TS:2022:4481). Ponente Excmo. Sr. M.^a Angeles Parra Lucán.
- STS núm. 18/2022 de 13 enero. (RJ 2022\53) (ECLI: ES: TS:2022:31). Ponente Excmo. Sr. Antonio García Martínez.
- STS núm. 497/2020 de 29 septiembre. (RJ 2020\3770) (ECLI: ES: TS:2020:3189). Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.
- STS núm. 583/2019 de 5 noviembre. (RJ 2019\4466) (ECLI: ES: TS:2019:3549). Ponente: Excmo. Sr. José Luis Seoane Spiegelberg.
- STS núm. 658/2019 de 11 diciembre. (RJ 2019\5090) (ECLI: ES: TS:2019:4080). Ponente Excmo. Sr. José Luis Seoane Spielberg.
- STS núm. 315/2018 de 30 mayo. (RJ 2018\2358) (ECLI: ES: TS:2018:1925). Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.
- STS núm. 569/2018 de 15 octubre. (RJ 2018\4295) (ECLI: ES: TS:2018:3485). Ponente Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.
- STS núm. 252/2017 de 26 abril. (RJ 2017\1720) (ECLI: ES: TS:2017:1591). Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.
- STS núm. 185/2017 de 14 marzo. (RJ 2017\880) (ECLI: ES: TS:2017:977). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.
- STS núm. 136/2017 de 28 febrero. (RJ 2017\673) (ECLI: ES: TS:2017:714). Ponente Excmo Sr. Jose Antonio Seijas Quintana.
- STS núm. 300/2016 de 5 mayo. (RJ 2016\2219) (ECLI: ES: TS:2016:1898). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.
- STS núm. 614/2015 de 25 noviembre. (RJ 2015\5322) (ECLI: ES: TS:2015:4897). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.
- STS núm. 136/2015 de 14 abril. (RJ 2015\1528) (ECLI: ES: TS:2015:1693). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.
- STS núm. 135/2015 de 26 marzo. (RJ 2015\1170) (ECLI: ES: TS:2015:1490). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.
- STS núm. 16/2014 de 31 enero. (RJ 2014\813) (ECLI: ES: TS:2014:433). Ponente Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.
- STS núm. 534/2011, de 14 julio. (RJ 2011\5122) (ECLI: ES: TS:2011:4874). Ponente Excmo. Sra. Encarnación Roca Trías.
- STS núm. 44/2005 de 11 febrero. (RJ 2005\1407). Ponente Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo.

AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- ATS de 19 abril 2023. (JUR 2023\186866) (ECLI: ES: TS:2023:4573A). Ponente Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.
- ATS de 22 marzo 2023. (JUR 2023\134401) (ECLI: ES: TS:2023:3125A). Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.
- ATS de 2 noviembre 2022. (RJ 2022\5069) (ECLI: ES: TS:2022:15502A). Ponente: Excmo. Sr. Pedro José Vela Torres.
- ATS de 21 julio 2021. (JUR 2021\239331) (ECLI: ES: TS:2021:10643A). Ponente Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.
- ATS de 12 mayo 2021. (RJ 2021\2323) (ECLI: ES: TS:2021:6185A). Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.
- ATS de 17 junio 2020. (RJ 2020\1682) (ECLI: ES: TS:2020:3915A). Ponente Excmo. Sr. Juan María Díaz Fraile.

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Valencia 165/2023 de 9 marzo. (JUR 2023\184999) (ECLI: ES: APV:2023:330). Ponente Ilmo. Sr. D Ana María Mayor Vañó.
- SAP Valencia núm. 135/2023 de 27 febrero. (JUR 2023\129047) (ECLI: ES: APV:2023:28). Ponente: Ilmo. Sr. D Carlos Esparza Olcina.
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 302/2018 de 14 junio. (JUR 2018\271075) (ECLI: ES: APTF:2018:1132). Ponente Ilmo. Sr. D María Paloma Fernández Reguera.
- SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 291/2018 de 7 junio. (JUR 2018\270313) (ECLI: ES: APTF:2018:775). Ponente Ilmo. Sr. D María Paloma Fernández Reguera.
- SAP Murcia núm. 381/2017 de 8 junio. (JUR 2017\203233) (ECLI: ES: APMU:2017:1378). Ponente Ilmo. Sr. D Juan Martínez Perez.
- SAP Asturias núm. 243/2017 de 12 mayo. (JUR 2017\163821) (ECLI: ES: APO:2017:1465). Ponente Ilmo. Sr. D Rafael Martín del Peso García.
- SAP Álava núm. 302/2016 de 28 septiembre. (AC 2016\199). Ponente Ilmo. Sr. D Iñigo Madaria Azcoitia.
- SAP Asturias núm. 86/2014 de 31 marzo. (JUR 2014\119127) (ECLI: ES: APO:2014:855). Ponente Ilmo. Sr. D Francisco Tuero Aller.
- SAP Álava núm. 119/2014 de 14 mayo. (JUR 2014\233184) (ECLI: ES: APVI:2014:218). Ponente Ilmo. Sr. D Iñigo Madaria Azcoitia.
- SAP Madrid núm. 1122/2014 de 23 diciembre. (AC 2015\591) (ECLI: ES: APM:2014:18505). Ponente Ilmo. Sr. D María del Pilar González Vicente.
- SAP Sevilla núm. 327/2013 de 29 julio. (JUR 2013\380054) (ECLI: ES: APSE:2013:3065). Ponente Ilmo. Sr. D Manuel Damián Álvarez García.
- SAP Valencia núm. 186/2013 de 13 marzo. (JUR 2013\187259) (ECLI: ES: APV:2013:1224). Ponente Ilmo. Sr. D José Enrique de Motta García-España.
- SAP Castellón núm. 174/2012 de 11 diciembre. (JUR 2013\120596) (ECLI: ES: APCS:2012:1341). Ponente Ilmo. Sr. D Pedro Javier Altares Medina.
- SAP Alicante núm. 116/2011 de 7 abril. (JUR 2011\302530) (ECLI: ES: APA:2011:1168). Ponente Ilmo. Sr. D Federico Rodríguez Mira.
- SAP Alicante núm. 209/2010 de 10 junio. (JUR 2010\396982) (ECLI: ES: APA:2010:3210). Ponente Ilmo. Sr. D Federico Rodríguez Mira.
- SAP Valencia núm. 98/2010 de 16 febrero. (JUR 2010\156348) (ECLI: ES: APV:2010:207). Ponente Ilma. Sra. María Pilar Manzana Laguarda.
- SAP Murcia núm. 396/2006 de 6 noviembre. (JUR 2006\284978). Ponente Ilmo. Sr. D Álvaro Castaño Penalva.
- SAP Madrid núm. 169/2005 de 25 febrero. (JUR 2005\84650). Ponente Ilmo. Sr. D Eduardo Hijas Fernández.
- SAP Navarra núm. 96/2004, de 2 junio, (JUR 2004\258769). Ponente Ilmo. Sr. D Francisco José Goyena Salgado.

El reconocimiento de la diversidad de modelos familiares en el proyecto de Ley de Familias

JORDI RIBOT IGUALADA
Catedrático de Derecho civil
Instituto de Derecho privado europeo y comparado
Universidad de Girona

RESUMEN

Este trabajo se ocupa del reconocimiento jurídico de la diversidad de modelos familiares en el proyecto de Ley de Familias presentado en abril de 2023. Este proyecto de ley perseguía sentar las bases de una nueva política estatal de apoyo y protección a la familia, que fuese coherente con la diversidad de modelos familiares existente en nuestra sociedad. El trabajo comienza describiendo los objetivos de una política familiar orientada a superar el modelo de la familia matrimonial biparental. Revisa después qué proponía el proyecto de ley con relación a tres modelos familiares no tradicionales: las parejas no casadas, las familias monoparentales y las reconstituidas. En los tres casos, se concluye que no conseguía superar el reto de establecer un marco legal eficaz para ofrecer reconocimiento y apoyo a estas realidades familiares.

PALABRAS CLAVE

Familia, Diversidad familiar, Política familiar, Parejas de hecho, Familia monoparental, Familia reconstituida

The recognition of family diversity in the Families Act bill

ABSTRACT

This paper deals with the legal recognition of family diversity in a bill of April 2023 that sought to lay the foundations of a new national policy of sup-

port and protection for the family, grounded upon its current diversity. After introducing the goals of family policy and how it should be structured in the light of social changes to go beyond the traditional two-parent married family model, the paper examines the bill's proposals on three non-traditional family models: de facto couples, single-parent families and blended families. In all three cases, it is submitted that the bill could not overcome the challenge of establishing an effective legal framework to offer recognition and support to these family realities.

KEYWORDS

Family, Family diversity, Family policy, De facto couples, Single-parent family, Blended family.

SUMARIO. I. Introducción.–II. El marco jurídico de la política familiar. III. Algunas manifestaciones de la diversidad familiar. A. Familias formadas por parejas no casadas. B. Familias monoparentales. C. Familias reconstituidas.–IV. Recapitulación y conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo reflexiona sobre la diversidad de modelos familiares desde la perspectiva jurídica¹, con ocasión del reciente proyecto de Ley de Familias².

Para ello, en primer lugar, encuadra esta iniciativa en el objetivo general de actualizar el marco legal de la política familiar en España (§ II). A continuación, analiza las alternativas adoptadas en el proyecto de ley en tres manifestaciones de la diversidad de

¹ Este trabajo es la versión revisada de la ponencia presentada por el autor en el Seminario CI3 Familia, *Del Informe de la OCDE «Evolving Family Models in Spain» a un nuevo Marco Nacional para mejorar el Apoyo y la Protección a las Familias*, que organizaron la Federación Española de Sociología y el departamento de sociología de la Universidad Autónoma de Madrid, con el apoyo de la Fundación Bosch i Gimpera de la Universidad de Barcelona. Agradezco a Anna Escobedo (UB) y a los organizadores del seminario la oportunidad de tomar parte en él y los comentarios recibidos.

² Número de expediente: 121/000151/0000. Proyecto de Ley de Familias (BOCG, CD, XIV Legislatura, Serie A, núm. 151-1, de 14 de abril de 2023). Esta iniciativa caducó como consecuencia de la disolución de las cámaras. No obstante, la parte correspondiente a la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, se aprobó mediante el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio (BOE núm. 154, de 29 de junio de 2023), que fue convalidado por la Resolución de la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados de 26 de julio de 2023 (BOE núm. 179, de 28 de julio de 2023).

modelos familiares: las familias formadas por parejas no casadas (§ III. A), las familias monoparentales (§ III. B) y las familias reconstituidas (§ III. C). El trabajo termina con unas breves conclusiones (§ IV).

II. EL MARCO JURÍDICO DE LA POLÍTICA FAMILIAR

1. La política familiar abarca múltiples áreas de acción gubernamental³. En la actualidad, se considera que es un componente central del Estado del bienestar, por el potencial que tiene de preservar el modelo tradicional de familia y de relaciones de género o, por el contrario, de adaptar las políticas públicas a una realidad social cambiante⁴.

El legado del franquismo dejó la política familiar fuera de la agenda política⁵ y condicionó el ulterior desarrollo del estado de bienestar durante el período democrático⁶. Pero esto ha cambiado en los últimos tiempos. Sea por convicción sea por razones pragmáticas, pese a sus diferencias ideológicas en la conceptualización de la familia, todas las formaciones políticas han abrazado el objetivo de ampliar y mejorar las medidas de apoyo a la familia⁷.

2. En relación con Europa occidental, y en general con la mayoría de los países de la OCDE, en España las medidas de apoyo a la familia carecen de sustantividad real y no son comparables con las existentes en otros países⁸. A pesar de que el artículo 39.1 CE establece que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia», en realidad tan solo existen algunos instrumentos dispersos, acaso más de los que se podría suponer, pero de un carácter fuertemente asistencialista, incompleto y desde luego insuficiente para cubrir el objetivo de reforzar la inversión en la infancia y el desarrollo de la familia⁹.

³ BRADSHAW/FINCH (2010) pp. 462-478.

⁴ ADLER/LENZ (2023) p. 10.

⁵ VALIENTE FERNÁNDEZ, *Gestión y análisis de políticas públicas* 5-6 (1996) pp. 151-162.

⁶ NAVARRO (2006) *passim*.

⁷ AYUSO SÁNCHEZ, BASCÓN JIMÉNEZ, *REIS* 174 (2021) pp. 3-22.

⁸ Un indicador habitual para comprobar la proclividad de un estado para apoyar a la familia es el porcentaje del producto interior bruto que representa el gasto público en beneficios familiares (v.gr. prestaciones dinerarias relacionadas con la crianza de los niños, gasto en servicios para las familias, beneficios fiscales). En 2019, España se situaba quinta por la cola, con un 1,274% del PIB (40 puntos porcentuales por debajo de la media de la OCDE, que era del 2,109%). Fuente: OCDE (2023).

⁹ Dentro de lo que se conoce como políticas públicas de apoyo a la familia, España solo cuenta con los beneficios previstos para las familias numerosas, ciertos permisos y excedencias, en general no retribuidos, y algunas medidas fiscales muy concretas. Las medidas que se dirigen directa o indirectamente a dotar de recursos a las familias para

Más allá de este dato, por lo demás bastante conocido, en este trabajo interesa destacar la obsolescencia del actual marco legal de protección a la familia, subrayada por el informe preparado por la OCDE que hace hincapié en la necesidad de su actualización para ofrecer respuestas sensibles a la creciente diversidad familiar¹⁰. Efectivamente: además de ser incompleto o fragmentario en cuanto a su alcance protector, el modelo todavía vigente padece desajustes ocasionados por el hecho de estar basado, esencialmente, en la familia nuclear matrimonial. Pese a que las familias son cada vez más pequeñas, el foco de la política familiar sigue situado en la familia numerosa, un tipo de situación que, en su supuesto de hecho básico, es hoy muy marginal. De hecho, de un modo progresivo y hasta cierto punto artificioso, la cobertura ha tenido que ir ampliándose a otros supuestos, que poco o nada tienen que ver con el número de hijos¹¹. A modo de complemento, el Estado también ha desarrollado instrumentos dirigidos a la protección y apoyo a las familias monoparentales, al reconocimiento de las familias no matrimoniales y a la protección ante situaciones de especial vulnerabilidad (por ejemplo, violencia de género, terrorismo o discapacidad). Pero estas medidas han sido aisladas y no siempre son consistentes en su definición y alcance. El ejercicio por las comunidades autónomas de sus competencias en materia de servicios sociales y asistencia social solo ha agravado el problema.

Existe, por lo tanto, una clara necesidad de ampliar el foco de protección. Además, algunos nuevos tipos de familia tienen hoy una expectativa de reconocimiento de la que carecían cuando estaban mucho menos presentes en la sociedad.

3. En todos los ordenamientos de nuestro entorno se dan parecidas dificultades a la hora de trascender el modelo de protección basado en la familia nuclear matrimonial. El objetivo general es alcanzar una política familiar que no esté centrada en un determinado modelo de familia, considerado el patrón con el que cualquier otro deba compararse e incluso conformarse, sino que esté orientada a dar respuesta a una gran variedad de relaciones interpersonales.

cubrir las necesidades de crianza de los hijos se enmarcan en programas de asistencia social, y tienen como destinatarias, exclusivamente, a las familias menos favorecidas.

¹⁰ OCDE (2022). Este informe lo financió la Unión Europea a través del programa de apoyo a las reformas estructurales (REFORM/IM2020/004). El autor de este trabajo participó como experto jurídico nacional en la elaboración del borrador del informe.

¹¹ Por ejemplo, el artículo 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección de las familias numerosas [en adelante, LPFN], incluye varios casos en que en la familia solo hay dos hijos, pero en las que típicamente concurre una situación de vulnerabilidad: cuando ambos padres son personas con discapacidad o no pueden trabajar, o al menos uno de ellos sufre una discapacidad de grado igual o superior al 65%. Y cuando un progenitor queda solo con dos hijos, porque el otro progenitor ha muerto.

Procediendo de esta manera se persigue dar visibilidad a realidades sociales que, pese a haber sido, o seguir siendo, marginadas o excluidas, cumplen las funciones atribuidas otrora exclusivamente al modelo familiar tradicional. Son familia y como tales deben reconocerse, aunque carezcan de algunas de las características de la familia históricamente tomada como modelo. Desde esta clave, la equiparación de todas las formas de familia es el punto de partida¹².

El legislador catalán¹³ y el navarro¹⁴ ya lo han establecido en el pósito a su Derecho de familia, que indudablemente es una pieza fundamental en el reconocimiento de las diversas formas vividas de familia, aunque quizás no sea –ni deba serlo– la única sede en la que la diversidad familiar lo obtenga.

Como se aprecia en estas normas de principio, además, la equiparación de todas las situaciones implica alcanzar un delicado equilibrio entre los diferentes supuestos considerados, y obliga a distinguir, por un lado, el enfoque a adoptar en el ámbito público, y, por otro, los matices que hay que introducir en la delimitación de los derechos y deberes asignados a las personas implicadas en una relación de Derecho privado.

En cualquier caso, el reconocimiento jurídico de la diversidad familiar debería tener como eje principal conseguir que, pese a las diferencias internas que existen entre los distintos tipos de situaciones, este dato no acabe suponiendo una carga desproporcionada para los niños que crecen en esas familias. Estos deben poder recibir de la sociedad –en forma de un marco jurídico adecuado y unas políticas públicas coherentes– un trato análogo al que recibirían de haber sido criados en una familia tradicional¹⁵.

4. El proyecto de Ley de Familias ha sido el primer intento de abordar esta cuestión en la legislación estatal.

¹² ADLER/LENZ (2023) p. 236.

¹³ Artículo 231-1 Código Civil de Cataluña. *La heterogeneidad del hecho familiar*. 1. La familia goza de la protección jurídica determinada por la ley, que ampara sin discriminación las relaciones familiares derivadas del matrimonio o de la convivencia estable en pareja y las familias formadas por un progenitor solo con sus descendientes. / 2. Se reconocen como miembros de la familia, con los efectos que legalmente se determinen, los hijos de cada uno de los progenitores que convivan en el mismo núcleo familiar, como consecuencia de la formación de familias reconstituidas. Este reconocimiento no altera los vínculos con el otro progenitor.

¹⁴ Ley 50 Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. *Familia*. La familia tiene la protección jurídica del ordenamiento civil navarro que ampara las relaciones familiares derivadas del matrimonio, de la unión en pareja, de la filiación y del grupo formado por un solo progenitor con su descendencia. / Son miembros de familias reconstituidas los hijos de cada progenitor que convivan en el mismo grupo familiar, sin que su pertenencia a ellas modifique el vínculo con el otro progenitor y con los efectos que el ordenamiento jurídico determine. / Nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte.

¹⁵ En este sentido, MIHO\THÉVENON (2020) *passim*.

El mencionado proyecto no ofrecía ninguna definición de *familia*. Más bien parecía darla por supuesta, tanto en su expresión general como en sus características típicas. Aunque no por ello dejaba de señalar qué realidades comprendía, es decir, qué tipo de situaciones constituían su ámbito de aplicación, y qué personas podían considerarse *miembros* de las unidades familiares identificadas como tales por la propia ley.

En primer lugar, el proyecto de ley partía de la existencia de un *núcleo estable de convivencia*, que definía como la situación en la que dos o más personas comparten de forma habitual la misma residencia (art. 2.2.a). De modo que las relaciones de parentesco por consanguinidad o afinidad, por sí solas, no constituirían familia o relación familiar, al menos a los efectos de la protección que ofrecía el proyecto de ley.

Segundo, ese núcleo estable de convivencia debía ser integrado, como mínimo,

(a) por dos personas, unidas por matrimonio o en una relación afectiva análoga a la conyugal, siempre que esta última estuviese registrada o formalizada en escritura pública –relación a la que, paradójicamente, se denominaba *pareja de hecho*; o

(b) por una persona y alguno de sus ascendientes o de sus hijos, en el sentido amplio –sociológico, no jurídico– de esta palabra, pues abarcaría a los menores bajo tutela, acogimiento o guarda de aquella persona, y también a los mayores de edad, si tenían acordadas medidas de apoyo intensas (*curatela representativa*).

Quedaban expresamente fuera del alcance de la ley las «convivencias estables en pareja no formalizadas como parejas de hecho», aun cuando tuvieran «descendencia común», así como «las personas que vivan en núcleos de convivencia no familiares» (art. 3.3). En ambos casos, se remitía a la norma particular que decidiese otorgar relevancia y protección a esa situación –como sucede, por ejemplo, con el *status* de *familia* numerosa conferido al hogar formado por hermanos huérfanos¹⁶.

Más tarde me referiré a las parejas de hecho no formalizadas. Por lo que se refiere a los núcleos de convivencia *no familiares*, el Consejo de Estado recomendó, por coherencia con el objeto de la ley, su exclusión del proyecto de Ley de Familias, aludiendo a las relaciones de ayuda mutua de las legislaciones navarra y catalana, y añadiendo que su posible reconocimiento debía hacerse, en todo

¹⁶ Véase artículo 2.2.e) LPFN.

caso, mediante una norma con rango de ley¹⁷. En verdad, tanto la norma navarra como la catalana los incluyen en el ámbito familiar¹⁸ y sería coherente con una perspectiva funcional e inclusiva tratar a esas relaciones «no-conyugales» como familias¹⁹. En cualquier caso, llámense o no *familia*, existe un interés cada vez más generalizado en ofrecer un marco jurídico a relaciones de ese tipo porque también cumplen funciones de cuidado muy próximas o equivalentes a las familiares. El objetivo legal sería promoverlas y, como mínimo, ofrecer remedios proporcionados a las necesidades derivadas de la realidad vivida en su seno²⁰.

5. Por otro lado, el proyecto de Ley de Familias llevaba el reconocimiento de la diversidad de modelos familiares a un cierto exceso, enumerando tipos muy diferentes, que a veces se solapaban entre sí por estar basados en características que iban más allá de la estructura del grupo familiar.

El proyecto de ley se refería a las familias en las que *la madre es víctima de violencia de género*, a aquellas en que alguno de sus miembros es *una persona con discapacidad* o que estaban formadas *por personas LGTBIQ+*, a las familias de *personas migradas*, a las familias *en las que se producen partos múltiples* y a las familias *residentes en el ámbito rural*²¹. Lo característico de estos núcleos familiares es que las personas que los integran viven su

¹⁷ La posición adoptada por el proyecto de ley, reforzada por el Consejo de Estado al recomendar que ese tipo de situaciones quedase extramuros del marco familiar, encaja con la STEDH *Burden c. Reino Unido* (núm. 13378/05) de 29 de abril de 2008, que confirmó la falta de reconocimiento de dos hermanas solteras como pareja civil registrada. Para NUSSBERGER/VAN DE GRAAF (2023) p. 127 este sería el límite actual al reconocimiento por el TEDH del creciente pluralismo en las relaciones familiares.

¹⁸ Leyes 117 a 119 FNN (dentro del Libro primero *De las Personas, de la Familia y de la Casa navarra*) y artículos 240-1 a 240-7 CCCat (dentro del Libro Segundo, relativo a la persona y la familia, pero fuera del título rubricado *La familia*).

¹⁹ Resaltando la carga simbólica de hacerlo así, PALAZZO (2021) p. 10.

²⁰ Véase el proyecto de ley alemán sobre la denominada «comunidad de responsabilidad» (*Verantwortungsgemeinschaft*). DETHLOFF (2023) ha justificado su necesidad, sin desconocer la complejidad inherente al diseño de la regulación de este tipo de relaciones, en *Adult relations of love and beyond. What legal recognition and protection do they need?* (Comunicación presentada en la ISFL 18th World Conference Golden Jubilee).

²¹ El proyecto también incorporaba, por ejemplo, una mención a las familias que llevan a cabo, por cuenta de la entidad de protección de menores desamparados, el acogimiento familiar, o incluso la guarda de menores desamparados. Se refería a ella como la *familia acogedora o guardadora*. La realidad de estas situaciones se aleja de las otras modalidades porque la asunción de responsabilidades se produce en el marco de la relación administrativa que une a esas familias con la administración pública. El apoyo específico que se les reconoce avanza en el campo de la Seguridad social, al equipararse con los progenitores en ciertos permisos y beneficios sociales, pero existen numerosas lagunas e inconsistencias en el resto del sistema (*v.gr.* familia numerosa, fiscalidad). La falta de reconocimiento legal culmina con un marco jurídico civil expresivo de las diferencias entre este caso y los derivados de la reconstitución familiar o de la parentalidad social: se parte de la ausencia de vínculo familiar con la persona guardada o acogida, en ocasiones se incluye una retribución o al menos una compensación económica, y únicamente se altera la naturaleza del vínculo cuando se produce la transición hacia la adopción.

realidad bajo la presión de factores internos o externos que los hacen acreedores de mayor necesidad de apoyo.

Pero más allá de la utilidad simbólica de mencionarlas en una norma con rango de ley, con lo que se estaría intentando lanzar un mensaje positivo sobre ellas y remover el estigma asociado a algunas de estas familias²², el elenco propuesto tenía escaso o nulo efecto jurídico. La legislación autonómica sobre la materia también ha incurrido con frecuencia en este vicio. No obstante, no dejó de reprocharse que el proyecto de ley abusara de declaraciones generales, por lo común vacías de contenido o que remitían a derechos o beneficios ya existentes²³. Como observa algún autor, «probablemente no era necesario distinguir tantos tipos de familia, porque no era preciso regular efectos legales distintos o específicos derivados de estas particularidades de algunos de sus miembros»²⁴. Incluso se duda de la oportunidad de tratar a las familias de personas migradas como una modalidad de familia, dada la gran heterogeneidad en sus necesidades de apoyo, según el origen de las personas migradas, su experiencia individual en la emigración, el tiempo de residencia en el país de acogida y, en definitiva, el status social y el tratamiento legal que reciben las familias agrupadas bajo esa denominación²⁵.

6. En cualquier caso, el proyecto de ley fue la primera ocasión en la que también se tomó la iniciativa de abordar algunas modalidades familiares para las que el derecho estatal todavía carece de normas específicas.

Por ello este trabajo se centra únicamente en los tres ámbitos en los que el proyecto de ley parecía querer avanzar alguna propuesta: las familias formadas por parejas en convivencia estable no matrimonial, las familias monoparentales y las familias reconstituidas. Quedan fuera otras cuestiones relacionadas con la dimensión jurí-

²² Esta finalidad del reconocimiento legal es destacada por HERRING (2021) p. 3.

²³ El dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de ley advirtió que era «llamativa la incorporación a este texto normativo de numerosos preceptos de carácter programático que, más que auténticas normas jurídicas, constituyen directrices que han de inspirar la acción administrativa o disposiciones de naturaleza principal de las que no resultan mandato o prohibición alguna ni se deriva el reconocimiento de ningún derecho concreto». Y concluyó recomendando «despojarla de los preceptos de carácter programático que carecen de contenido normativo, delimitar con precisión las obligaciones que de modo específico se imponen a otras Administraciones públicas, con indicación, en su caso de los mecanismos de financiación previstos al efecto, evitar las formulaciones abiertas y el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, suprimir las disposiciones que sean mera reiteración de otras normas, manteniendo únicamente aquellas que tengan un verdadero efecto innovador del ordenamiento o que sea necesario incluir para una correcta intelección del texto».

²⁴ SOLÉ RESINA *La Ley. Derecho de Familia* 38 (2023) p. 2.

²⁵ Hasta el punto de plantearse si las diferencias entre las propias familias migradas no son incluso mayores que respecto a las familias no incluidas en esta tipología (en este sentido, ADLER/LENZ (2023) p. 6).

dica de la diversidad familiar, que están mereciendo una gran atención por la doctrina española e internacional, pero sobre las que el proyecto de ley nada decía²⁶.

III. ALGUNAS MANIFESTACIONES DE LA DIVERSIDAD FAMILIAR

A. FAMILIAS FORMADAS POR PAREJAS NO CASADAS

1. No es preciso extenderse sobre la idea que la familia matrimonial formada por los cónyuges con sus hijos es la modalidad familiar más arraigada en España. En 2020, un 70% de los hogares con menores en su seno todavía era de este tipo²⁷. Este arraigo la ha hecho tributaria de un trato privilegiado tanto en su marco jurídico-privado como en la fiscalidad, las prestaciones sociales e incluso para las escasas, y a menudo simbólicas, ventajas que proporciona el título de familia numerosa. El régimen de este tipo de familias está, por lo demás, meridianamente claro, y en lo fundamental es uniforme en todo el Estado, con derechos recíprocos entre los cónyuges, pero también con cargas, deberes y limitaciones vinculadas al estado civil de casado o casada.

2. Hace tiempo, sin embargo, que las parejas no casadas han dejado de ser una vía marginal en la formación de familias²⁸. En 2020, su número estimado se situaba en 1.826.900, lo que representa el 16,2% de todos los núcleos familiares formados por parejas²⁹. Además, un 52,9% de las parejas no casadas tiene hijos,

²⁶ Véase especialmente GARCÍA RUBIO (2021) pp. 279-290 (quien alude, entre otros, además, a las parejas *living apart together* y las relaciones poliamorosas) y HEATON/KEMELMAJER (2023) (centrado en la función de la familia, y en los modelos familiares en los que varias personas intervendrían en la crianza de los niños: además de las familias reconstituidas, examinan los casos de custodia compartida en dos hogares, de familias poligámicas, del régimen de la adopción abierta y de la *kafala*, los posibles derechos y las obligaciones de los donantes de material reproductivo y la maternidad subrogada). En general, hoy interesan especialmente las opciones de multiparentalidad, entendida como la posibilidad de tener más de dos padres o madres a efectos legales, y qué alcance deberían tener (entre nosotros, véase las aportaciones recogidas en PÉREZ GALLARDO/HERAS HERNÁNDEZ (2022)).

²⁷ Se ha observado, no obstante, que desde 2001 el porcentaje que representa esta forma de hogar sobre el total de hogares ha bajado más de 22 puntos porcentuales, desde el 43,4 al 20,9%. Véase Tabla 7.3 en MEIL/ROGERO-GARCÍA/ DÍAZ-GANDASEGUI (2023) p. 128.

²⁸ DOMÍNGUEZ-FOLGUERAS/CASTRO-MARTÍN, *Journal of Marriage and Family* 75 (2013) pp. 422-437.

²⁹ *Encuesta Continua de Hogares* (ECH). 2020. Hogares: resultados nacionales. Número de parejas según tipo de unión y convivencia con hijos. Datos referidos al valor medio del periodo (disponible en INEBase).

comunes o no, lo que representa el 12% de todos los hogares en que viven menores³⁰.

Pese a estos datos, el tratamiento legal de la familia no matrimonial todavía es muy inconsistente en diversas prestaciones sociales y se constata su marginación en la regulación legal del IRPF, que se proyecta a otros impuestos y tasas. Todo ello bajo la cobertura de una jurisprudencia constitucional que ha refrendado el trato privilegiado de la familia matrimonial³¹.

Algunas inequidades del marco de protección social a la familia son llamativas. Por ejemplo, la que se produce con relación a los beneficios de la tributación conjunta, que se reconocen a los matrimonios pero se excluyen expresamente para la pareja no casada con hijos³², o el hecho de que ambos progenitores no tengan acceso al título de familia numerosa si no están casados³³. Por otro lado, los términos tan estrictos que se exigen para que el conviviente superviviente pueda acceder a la prestación de viudedad³⁴, y la

³⁰ Véase MEIL/ROGERO-GARCÍA/ DÍAZ-GANDASEGUI (2023) p. 131.

³¹ Con base en el artículo 32 CE, el Tribunal Constitucional ha repetido que «la familia creada por el matrimonio no es equivalente a la familia formada por una pareja heterosexual no casada». Como consecuencia, «las medidas públicas que concedan un trato diferente y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39 CE (...) el vínculo matrimonial crea *ope legis* un conjunto de derechos y deberes entre los cónyuges que no existe necesariamente para quienes viven en una unidad estable no basada en el matrimonio» (STC 184/1990, de 15 de noviembre). La doctrina constitucional es archiconocida, y se ha desarrollado fundamentalmente en relación con las limitaciones y cargas impuestas a las parejas de hecho para acceder a la prestación de viudedad: STC 44/2014, de 7 de abril; 51/2014, de 7 de abril y ATC 8/2019, de 12 de febrero y 133/2019, de 29 de octubre.

³² Artículo 82.1 LIRPF. Aparte de no poder acceder al ahorro fiscal mediante la tributación conjunta familiar, las parejas de hecho con hijos tampoco pueden emplear las reducciones sobre la base imponible que se aplican a los matrimonios con hijos y a las familias monoparentales (art. 84.2 II 4.ª II LIRPF) (GÓMEZ DE LA TORRE DEL ARCO/LÓPEZ [2012] p. 46). Las Comunidades Autónomas que gozan de plena capacidad legislativa en materia fiscal han introducido una equiparación general de las parejas de hecho con los matrimonios: DA 1.ª Reglamento Foral del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Gipuzkoa) 3/2014, de 17 de enero de 2014, (Vizcaya) 13 de 2013, de 5 de diciembre de 2013 y (Álava) 33/2013, 27 de noviembre de 2013, así como el artículo 2 Decreto-ley foral 4/2008, de 2 de junio de 2008 modificado por el artículo 1.14 Ley Foral 38/2013, de 28 de diciembre de 2013. Las que carecen de competencias han introducido modificaciones parciales para extender a las parejas no casadas algunas deducciones regionales del IRPF o exenciones en otros impuestos. Pero en este caso son las parejas no casadas las que gozan de una posición ventajosa, porque tienen los derechos, pero son ignoradas en lo que respecta de las presunciones y cargas que les son desfavorables y que impone una legislación fiscal general que las ignora (ESTEVE PARDO [2005] p. 452).

³³ STSJ Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) 417/2001, de 16 de junio de 2001 (RJCA 2001\856). Alguna Comunidad Autónoma ha incorporado en su legislación de protección a la familia la equiparación de las familias no matrimoniales numerosas con las formadas por matrimonios. Por ejemplo, el artículo 3.1 del Decreto catalán 151/2009, de 29 de septiembre, define a las familias numerosas como las «determinadas por la legislación vigente». Pero, a continuación, añade «las encabezadas por personas que conviven en pareja estable de acuerdo con el derecho civil de Cataluña».

³⁴ Todos confirmados por la doctrina constitucional, y algunos suavizados por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de

interpretación rigurosa que hacen los tribunales de la necesidad agravada que se requiere para tener acceso a la pensión de orfandad absoluta³⁵, sitúan a este tipo de familias en una situación muy desfavorable frente al riesgo de muerte de uno o ambos miembros. En todos estos ejemplos se puede constatar que, al permanecer anclado en el modelo familiar tradicional, el sistema no ofrece a los demás modelos familiares la protección que merecen.

A menudo se invoca que, como ventaja, la pareja no casada no se ve afectada por las normas que tratan de evitar la defraudación en el acceso a servicios, prestaciones o beneficios públicos. En particular, en relación con el cálculo de ingresos y rentas de la unidad familiar a diversos efectos. La informalidad que caracteriza a la unión de hecho plantea dificultades porque podría dar pie a comportamientos oportunistas (paralelos a la penalización del estado matrimonial). Un modo de superarlas es que la definición de la unidad a efectos de elegibilidad para el acceso a beneficios sociales y ventajas fiscales no parta del dato del estado civil o el parentesco, sino que tenga en cuenta la unidad económica de convivencia de la que forman parte los niños. Y es que en nuestro ordenamiento todavía se dan casos tan sangrantes como el del acceso al subsidio de desempleo. Este subsidio es una prestación no contributiva para cuya concesión se toman en consideración los recursos del progenitor conviviente, aunque no esté casado³⁶. Lo grave es que ello se produce únicamente cuando se conoce que tiene algún ingreso, pero no cuando carece del mismo y, como miembro de la familia, también debería ser tenido en cuenta en el cómputo de los recursos de la unidad familiar.

otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (véase art.1 §§ 10 y 11).

³⁵ Dado que el monto de la pensión de orfandad está diseñado legalmente para complementar una pensión de viudedad, el aumento se limita a los casos de ausencia de ambos progenitores. Esto conduce a peores perspectivas económicas para los hijos de parejas no casadas, en las que por definición el acceso a la pensión de viudedad es mucho más difícil. En 2006, el Tribunal Constitucional consideró que las restricciones al acceso a la pensión de viudedad para los convivientes de parejas no casadas equivalían a una discriminación indirecta de los hijos por motivos de estado civil (STC 154/2006, de 22 de mayo). Los tribunales ordinarios, sin embargo, rechazan aumentar las pensiones de orfandad argumentando que las reformas legales posteriores (Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo) corrigieron la supuesta discriminación, y que se necesita una reforma legal para cambiar la situación (STS 1.7.2014 [RJ 2014\4001]).

³⁶ La pareja de hecho del solicitante, aunque sea también el progenitor de los hijos, no está incluida en la unidad familiar (art. 275.3 I LGSS). En teoría, por tanto, no se tienen en cuenta sus ingresos para establecer la necesidad económica que determina la elegibilidad de la persona solicitante. Sin embargo, en la práctica, la administración aplica un cálculo ficticio de los ingresos individuales de los hijos menores de edad de la familia, sobre la base de que la pareja de hecho está legalmente obligada a mantenerlos. «Aunque el progenitor no esté casado con el solicitante –y por ello no se cuente en la unidad familiar– los ingresos de este progenitor deberán destinarse al cuidado de los hijos» (§ 2.2.2.2 Instrucción SEPE de 7 de noviembre de 2019).

3. El modelo actual parte de la separación conceptual de las dimensiones vertical –para con los hijos, que por derecho y normalmente no deberían ver su situación personal y económica afectada, porque se supone que ambos progenitores proveen a su interés, tanto si están juntos como si no– y la dimensión horizontal –entre los miembros de la pareja, que se basa en el reconocimiento de un supuesto derecho a formar una «pareja anómica», es decir una forma de vida familiar que no produzca entre las partes otros efectos legales que los expresamente queridos por ambas partes³⁷.

Para la jurisprudencia civil es claro, además, que, pese a tratarse de una «convivencia *análoga* a la matrimonial», es impropio aplicar por analogía los efectos de la disolución del matrimonio a la ruptura de la pareja de hecho. Ni desde la óptica de la liquidación del régimen económico matrimonial, ni desde la de los efectos comunes a la separación o el divorcio³⁸. El recurso a otros remedios es muy limitado. Por ejemplo, la alegación de la constitución tácita de una comunidad sobre la vivienda familiar, basada en los pagos realizados con cargo a cuentas conjuntas, o de una sociedad irregular o de una comunidad de bienes, fundamentada en el ejercicio de una actividad profesional o empresarial durante la convivencia, tienen en la práctica muy poco recorrido ya que los tribunales son muy rigurosos en su reconocimiento³⁹.

Una regulación de la convivencia no matrimonial, limitada y distinta al matrimonio en cuanto a derechos y obligaciones, no redundaría necesariamente en perjuicio de los convivientes, y sobre todo puede ser una elección explícita en pos de mantener cierta independencia durante y después de la convivencia. La decisión de no intervenir, en cambio, no es neutral, sino que supone aceptar el *statu quo* resultante de las relaciones de poder que puedan existir en el seno de la pareja. Pero es que, además, perjudica seriamente el bienestar de los menores cuando alguno de los exconvivientes –típicamente la mujer– asume su custodia exclusiva o de hecho es el cuidador principal⁴⁰.

³⁷ La expresión la acuñó MARTÍN-CASALS (2013) para calificar el resultado propiciado por la STC 93/2013, de 23 de abril.

³⁸ Últimamente, haciendo acopio de la consolidada posición jurisprudencial, STS de 15 de enero de 2018 (RJ 2018/76)

³⁹ Véase sobre todo ello el completo trabajo de VERDA y BEAMONTE (2019) pp. 12-63.

⁴⁰ El propio TC ha señalado en alguna ocasión que debe garantizarse la igualdad sustancial de los niños en la protección a través de las prestaciones sociales. En consecuencia, al interpretar las disposiciones legales, los tribunales deben tener en cuenta los principios y valores constitucionales, incluida la igual protección de los niños dentro de la familia. Toda decisión que se adopte desconociendo esta interpretación constitucionalmente orientada carece de justificación *ex* artículo 14 CE. Véase STC 154/2006, de 22 de mayo.

Si nos situamos en la perspectiva del niño, la situación de los hijos de una pareja de hecho resulta evidentemente mucho peor que la de los hijos de las parejas casadas. Por varias razones: por un lado, porque no existe, como sucede en el matrimonio, alguna medida de solidaridad durante la relación (v.gr. contribución al levantamiento de las cargas familiares). Pero sobre todo porque, con ocasión de la extinción de la relación, sea por ruptura en vida de ambos progenitores o por la muerte de alguno de ellos, el conviviente, a diferencia del cónyuge, no participa en las ganancias obtenidas durante la convivencia. Indirectamente ello implica una desventaja para los hijos de los no casados. Es sabido que, en general, el nivel de vida de los niños tiende a disminuir tras el divorcio o la muerte de alguno de sus progenitores; no es difícil imaginar que el impacto es superior, y más grave, en el caso de una pareja de hecho.

Por lo demás, sin un marco legal claro, y en un entorno de gran discrecionalidad, ante el silencio acerca del propósito de las partes al comenzar y mantener una relación que ha devenido familiar, existe un mayor riesgo de que el conflicto se encone. Si a ello se añade la carencia de un régimen procesal para la ruptura de la pareja, se comprende por qué la conflictividad es mayor que en los divorcios⁴¹. Cuanto más incierta es la situación jurídica y mayor la discrecionalidad en el enjuiciamiento, menos posibilidades de llegar a acuerdos y de maximizar los intereses de todas las partes implicadas, lo que a buen seguro tampoco redundará en beneficio de los niños que padecen la ruptura entre sus progenitores.

4. La reseña de las dificultades inherentes a la falta de reconocimiento de la familia no matrimonial no aclara cómo debe producirse este reconocimiento.

¿Cómo enfocó este tema el proyecto de Ley de Familias?

En el borrador de anteproyecto de ley, de diciembre de 2021, se asumía la necesidad de un modelo dual, con posibilidad de formalización de la convivencia estable (*opt in*), pero con aplicación automática del régimen legal en los términos que dispusiera una futura ley sobre la materia, si las partes no lo hubieran excluido (*opt out*). Junto a la unión registrada, se deseaba equiparar al matrimonio la relación análoga de pareja, siempre que resultase probada por cualquier medio válido en Derecho.

⁴¹ Nótese el contraste entre el porcentaje de medidas consensuadas y no consensuadas en los procesos de divorcio o separación, frente al porcentaje de unas y otras en los procesos de guarda, custodia y alimentos de hijos no matrimoniales. Mientras que en los primeros la media se sitúa en un 80% de consensuados frente a un escaso 20% de no consensuados, en el segundo caso, más del 50% son no consensuados. Fuente: CGPJ. Secc. de estadística judicial. *Divorcios, Separaciones y Nulidades ingresados* (datos disponibles desde 2007 a 2022).

Sin embargo, el proyecto de ley presentado en abril de 2023 dio un giro de 180 grados y pasó a circunscribir la convivencia estable en pareja a aquella que fuera inscrita, a instancia de ambas partes, en un «registro de parejas de hecho», o que se constituyese mediante el otorgamiento de una escritura pública notarial. A la convivencia no formalizada solo se le aplicaría la ley en la medida en que una norma concreta así lo dispusiera, sin que el proyecto de Ley de Familias se ocupara de la misma⁴².

Ante la situación creada por la restrictiva jurisprudencia constitucional⁴³ parece que no quedaba otra alternativa. Para atribuir derechos y obligaciones recíprocos a las partes de una pareja no casada es preciso que aquellos se hayan consentido expresamente. Por lo tanto, se impone un rígido sistema de *opt in*, que se podría materializar a través de cualquiera de las formalidades previstas por la ley. Las parejas que no hubieran querido o podido formalizar su relación quedarían fuera de ese marco legal. De ahí que el proyecto de ley pusiese todo el énfasis en el «derecho a la información jurídica sobre relaciones familiares y de pareja, y de manera especial sobre régimen económico del matrimonio o pactos en caso de parejas de hecho», cuya materialización imponía, en el artículo 7, a las «administraciones públicas competentes» (¿?). La idea sería que estas facilitasen a las «personas que vayan a formar una familia», «información clara y accesible y orientación... sobre los derechos y deberes que conlleva», «y de manera especial sobre los posibles pactos que pueden establecerse en caso de convivencia no matrimonial como pareja de hecho».

Por lo tanto, se advertía el riesgo de dejar fuera de la protección legal a ciertas familias, y se recurría a una administración competente no identificada para que se ocupara de informar a los ciudadanos y promoviera la formalización de la relación de pareja, si ello era posible, o, en caso contrario, recomendara la suscripción de *pactos* que sirvieran de base jurídica de la relación.

5. No lo tiene fácil el legislador que desee evitar la desventaja que padecen los niños criados en una familia no matrimonial. El peso de la lacerante jurisprudencia constitucional, así como la rigidez impuesta por la emanada sobre el marco civil de la convivencia

⁴² El proyecto de ley apostó por reforzar el modelo de registro mediante la previsión de crear un registro nacional de parejas de hecho, que recogiera las inscripciones existentes en los registros autonómicos y locales, y también las de las demás parejas que se determinase legalmente (art. 6.2). A partir de este dato, se llevaba a cabo una equiparación automática con el matrimonio en el marco de la Seguridad Social, hasta el punto de reconocer una especie de parentesco de afines *por razón de pareja de hecho* para ciertos permisos, que el Consejo de Estado advirtió que no reconoce el ordenamiento vigente. Esta previsión no se ha incorporado en la reforma de los artículos 37.3 y 46.3 ET por Real Decreto-ley 5/2023.

⁴³ Señaladamente, de la STC 93/2013, de 23 de abril.

estable en pareja, sujetan el reconocimiento de esta modalidad de familia a requisitos o formalidades que en muchos casos no se cumplirán, sobre todo cuando las circunstancias de la vida en pareja hayan impedido cumplimentar la forma requerida⁴⁴. Por eso, hace tiempo que se recomienda que el reconocimiento de las parejas no casadas registradas o formalizadas se combine con medidas dispositivas de último recurso, destinadas a las verdaderas parejas de hecho, es decir a las que no han sido ni registradas ni formalizadas⁴⁵. Estas medidas proporcionan un entorno de seguridad jurídica que es muy superior a la resolución *ad hoc*, con base en criterios equitativos y discrecionales, que es la única respuesta que acaba proponiendo la doctrina que cuestiona los modelos legales dispositivos⁴⁶. La misma insuficiencia puede predicarse de la jurisprudencia civil española sobre la compensación por enriquecimiento injustificado⁴⁷, o de la que durante algún tiempo había auspiciado aplicar un indefinido principio de protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho⁴⁸.

Promover la inscripción en un registro de parejas de hecho no zanja el problema de la protección adecuada de las familias no matrimoniales. Desde luego no lo hace desde la óptica de abarcar a todos los hijos menores fruto de este tipo de uniones, por más

⁴⁴ Por otro lado, con respecto al requisito de la soltería de quienes viven en pareja de hecho, urge no cerrar los ojos a una realidad que está ahí: del total estimado de parejas no casadas, las formadas por solteros representaban el 71,4%; por lo tanto, casi un 30% (alrededor de 500.000 hogares) son parejas «de otro tipo», categoría en que incluye a los viudos y divorciados, pero también a los casados y separados legalmente o de hecho. La mitad de estas parejas viven con sus hijos, comunes o no comunes. Es una proporción semejante a la de matrimonios que tienen hijos con quienes aún conviven. *Encuesta Continua de Hogares (ECH) 2020*. Hogares: resultados nacionales. Número de parejas según tipo de unión y convivencia con hijos. Datos referidos al valor medio del periodo (disponible en INEbase).

⁴⁵ Es la línea de las recomendaciones recogidas en los ALI *Principles of Family Dissolution* (2002) (§ 6.03 [domestic partners]) y en los CEFL *Principles of European Family Law regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in De Facto Unions* (2019) (§ 5.1 *De facto unions*). Para BOELE-WOELKI (2022) p. 467, «es evidente una tendencia europea a legislar [sobre parejas de hecho], y (...) una tendencia global a reconocer legalmente relaciones distintas al matrimonio y a la pareja registrada».

⁴⁶ GARRISON (2011) pp. 122-23, opina que los remedios generales brindan una protección suficiente en todos los casos en que la vida en pareja hubiera supuesto un detrimento desproporcionado para uno de sus miembros. Si ello fuera así, no sería necesario ningún régimen legal especial. Pero dado que esta garantía no existe, y la realidad española y de otros países la desmienten, para asegurarse que esos remedios existen y son eficaces hay que vincularlos con tipos específicos de relaciones delimitados por la ley. Agradezco esta observación a Matt Hasler. La constatación de estas dificultades es lo que habría motivado la aprobación de la reciente *Uniform Cohabitants' Economic Remedies Act (UCERA)* adoptada por la *Uniform Law Commission* estadounidense en julio de 2021. Se trata de una regulación de mínimos, cuyo objetivo es proporcionar una mayor seguridad jurídica a la liquidación de la relación de convivencia entre personas no casadas. Disponible en <https://www.uniformlaws.org>

⁴⁷ Véase STS 15.1.2018 (RJ 2018\76).

⁴⁸ Antigua línea apuntada en la conocida STS 18.3.1998 (RJ 1998\1272), cuya virtualidad fue descartada por la jurisprudencia desarrollada tras las reformas legales sobre matrimonio y divorcio de 2005. En particular, desde la STS 12.9.2005 (RJ 2005\148).

que el proyecto de ley insistiera en que las administraciones públicas «garantizarían que las hijas e hijos tengan acceso y disfrute a todos los derechos y beneficios que les correspondan con independencia del estado civil de sus padres y madres»⁴⁹. Como ya se explicó, hay derechos y beneficios que interesan especialmente a los niños y que solo pueden alcanzarse por la intermediación de los derechos atribuidos a sus progenitores, individual o conjuntamente considerados.

Como advierte HERRING, más allá de la *forma*, la realidad familiar vivida debe poder encontrar un cauce de reconocimiento y protección. Ahora bien: la intervención legislativa tiene que calibrarse bien, y no ser ni suprainclusiva ni infrainclusiva⁵⁰. Téngase en cuenta que, las razones para preferir la convivencia estable al matrimonio, difieren mucho entre las personas implicadas en esas relaciones, y su sentido suele cambiar a lo largo de la vida⁵¹. Por eso el reconocimiento jurídico de las familias formadas por parejas no casadas tiene que abordarse mediante un enfoque *funcional*. De modo que, partiendo de la posibilidad de convenir libremente la no-aplicación del marco legal dispositivo (*opt out*), la ley pueda dar cuenta de aquella variedad de razones. Pero simultáneamente debe establecer un marco justo para las relaciones entre las partes, basado en su igualdad y autonomía reales, no meramente *supuestas*⁵².

B. FAMILIAS MONOPARENTALES

1. Alrededor de un 15% de los hogares con menores en España podría incluirse en la modalidad de familia monoparental, en su inmensa mayoría *monomarental*, pues la progenitora de referencia

⁴⁹ SOLÉ RESINA *La Ley. Derecho de Familia* 38 (2023) p. 8 concluye que el requisito de formalizar la unión para gozar de la protección de la ley «frustra la finalidad general de la norma de reconocimiento y protección de la diversidad familiar». Además, esta autora cuestiona por razones técnicas y de oportunidad el establecimiento de un registro *administrativo* para las parejas no casadas.

⁵⁰ HERRING (2021) p. 21.

⁵¹ SÁNCHEZ GASSEN (2023) p. 433. Para algunas personas es el tipo de relación más apropiado durante la juventud, momento en que las demandas de movilidad y flexibilidad personal son altas y las parejas quieren evitar compromisos a largo plazo. La convivencia no matrimonial también se considera un campo de prueba antes de comprometerse en matrimonio, para asegurarse que la relación puede funcionar y durar. Pero las razones socioeconómicas también pueden estar detrás de seguir viviendo no casados. Es posible que la pareja (todavía) no pueda permitirse el lujo de casarse. No tanto por los costes de la formalización –que son mínimos– cuanto por los gastos inherentes a la boda y todo lo que todavía implica. Por lo demás, para algunas parejas es una solución a largo plazo, y si bien hasta hace poco tiempo solía concluir en matrimonio, las cosas están cambiando y en muchos países la principal causa de extinción de la pareja es su ruptura.

⁵² BARLOW (2022) p. 485.

es la madre⁵³. En 2020, el número de hogares formados por la madre y algún hijo menor de 25 años se estimaba en 815.850⁵⁴.

Las políticas de apoyo a las familias monoparentales suelen tener como objetivo garantizar su bienestar económico y favorecer la conciliación entre el trabajo y la familia. La preocupación por las familias monoparentales proviene de la particular exposición al riesgo de pobreza que padecen⁵⁵. En 2022, la tasa de riesgo de pobreza de las familias monoparentales se elevaba en España al 43%, 21 puntos más que los hogares biparentales⁵⁶.

En el área de la OCDE, casi todos los países (excepto Turquía) brindan apoyo a las familias monoparentales de bajos ingresos. Lo hacen a través de gran una variedad de medidas de política social, que incluyen beneficios en el ámbito familiar, social, habitacional o laboral, así como mediante beneficios y exenciones fiscales⁵⁷. En diez países de la OCDE las transferencias superan el 30% de los ingresos netos de las familias monoparentales⁵⁸. Diecisiete países tienen ayudas para alquiler y 11 países ofrecen prestaciones y beneficios en el ámbito laboral. España es el único país que apoya a las familias monoparentales de bajos ingresos únicamente a través de medidas fiscales, sin ningún apoyo adicional a la renta⁵⁹.

2. Una de las grandes dificultades del reconocimiento jurídico de las familias monoparentales radica en la delimitación de la situación, a la que se llega por diferentes vías, no todas deseadas, y que comportan, desde la óptica de los niños, situaciones bien distintas.

El mero hecho de residir en un hogar uniparental no revela la diversidad que también existe en las familias monoparentales. La monomarentalidad puede ser consecuencia de que el otro progenitor sea legalmente desconocido (madres solas) o incluso incognoscible (inseminación anónima), y resultar de la elección hecha por

⁵³ *Encuesta Continua de Hogares (ECH)*. 2020. Hogares: resultados nacionales. Número de núcleos familiares, según número de hijos con los que conviven, y número de hijos. Datos referidos al valor medio del periodo (disponible en INEBase).

⁵⁴ La cifra usual de hogares monoparentales acostumbra a ser mayor y supera el millón y medio, pero aquí nos centramos en los hogares con hijos menores o dependientes. Aquella cifra incluye un gran número de mujeres viudas que residen con alguno de sus hijos solteros mayores de 25 años.

⁵⁵ La tasa de pobreza promedio de la OCDE en hogares con niños y un solo adulto es, con un 32,5 %, más de tres veces mayor que la tasa de pobreza en hogares con niños y dos o más adultos (9,8 %). *OECD Family Database*, Indicador CO2.2. C. Poverty rates in households with children by household type, <https://www.oecd.org/els/family/database.htm>

⁵⁶ *Encuesta de condiciones de vida*. Riesgo de pobreza (renta año anterior a la entrevista). Tasa de riesgo de pobreza por tipo de hogar (2022). Disponible en INEBase.

⁵⁷ OCDE (2011) Tabla Anexo 6. A3: *Specific Policies to Support Sole-parent families*.

⁵⁸ Dinamarca, Finlandia, Francia, Lituania, Países Bajos, Nueva Zelanda, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia y Suecia.

⁵⁹ OCDE (2022) p. 142 (Tabla 6.2).

la madre (monoparentalidad por elección). También puede ser efecto de la muerte del otro progenitor, antes o después del nacimiento del hijo. En estos dos contextos, en principio, los niños no tienen otro progenitor del que esperar cuidados y apoyo. En otros, en cambio, los niños viven con un progenitor y el otro es conocido, pueden relacionarse con él, e incluso residir durante períodos más o menos prolongados en su domicilio, hasta el punto de que la custodia de los menores se considere compartida. Cuando ambos progenitores son conocidos y están vivos, se espera que los costes y las tareas involucradas en la crianza de los hijos sean compartidos entre ellos, independientemente de su estado civil. Los riesgos de pobreza y el impacto negativo de la monoparentalidad en la carrera laboral del progenitor pueden, por lo tanto, ser minimizados si ambos progenitores están involucrados en el cuidado y crianza de sus hijos. El problema radica en la viabilidad y efectividad del acuerdo alcanzado por ambos progenitores o, en su caso, en el cumplimiento efectivo de las obligaciones personales y económicas que legalmente les corresponden. Por otro lado, incluso cuando ambos progenitores viven en el mismo hogar, uno de ellos puede no estar en condiciones de mantener a su familia, y eso coloca al otro en una situación análoga a la que tiene que enfrentar una familia monoparental. Los riesgos relacionados con la monoparentalidad pueden, por el contrario, reducirse o incluso desaparecer si el progenitor se casa o convive en pareja estable con una tercera persona, y esa persona aporta sus recursos al sostenimiento de la unidad familiar en su conjunto, incluidos los hijos de su cónyuge o pareja, y contribuye con su tiempo y dedicación personal al cuidado de todos los miembros del grupo.

3. En la actualidad, la legislación tributaria y de Seguridad social tienen en cuenta a las familias monoparentales en algunas ocasiones muy concretas.

La normativa del IRPF no utiliza el término «monoparental». No obstante, da acceso a la tributación familiar conjunta a la unidad familiar formada por el padre o la madre y todos los hijos que convivan con uno u otro, «en los supuestos de separación legal, o cuando no exista vínculo matrimonial»⁶⁰.

Por lo que se refiere a la Seguridad social, en 2008 se añadió una especial protección para la familia monoparental en las prestaciones por nacimiento o adopción. En este caso, a tenor del artículo 357.2 LGSS, «se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia».

⁶⁰ Artículo 82.1 LIRPF.

Dos elementos se derivan de las definiciones empleadas por esa legislación sectorial: los niños deben vivir con un progenitor y deben depender exclusivamente de él o ella. En consecuencia, no se podrá acceder a los beneficios sociales ni a las ventajas fiscales si el progenitor no es el único que vive con los niños, porque la custodia se comparte con el otro progenitor, ni tampoco si este último no tiene la custodia, pero contribuye a su manutención abonando pensiones alimenticias, de modo que el progenitor con quien conviven los hijos no pueda considerarse el único sustentador.

4. La experiencia existente en España debe completarse con la panoplia de leyes autonómicas, que se han ido copiando entre sí, y que han aplicado el esquema del título de familia numerosa a las familias monoparentales⁶¹. A partir del cumplimiento de ciertos requisitos, se reconoce a la familia solicitante la condición de monoparental y se entrega un título similar al de familia numerosa, que facilita la acreditación de aquella condición donde se requiera para acceder a beneficios y prestaciones sociales en condiciones más favorables que otras familias.

Las leyes autonómicas incluyen definiciones de monoparentalidad que se apartan en alguna medida de la aplicada por la legislación sectorial estatal, y abarcan en algún caso las llamadas «situaciones de monoparentalidad», en las que uno de los progenitores está gravemente enfermo u hospitalizado, está en prisión o está imposibilitado para asumir sus responsabilidades por un tiempo prolongado⁶².

5. Esta experiencia es la que el proyecto de Ley de Familias tomó como referencia al intentar conformar un marco de protección social básica dirigida a las familias monoparentales.

Inicialmente el anteproyecto de ley había adelantado una definición que podía plantear dificultades. En efecto: partía de una noción en la que «familia monomarental o monoparental» era «aquella en la que solo hay una persona progenitora, tutora, acogedora o guardadora, ya sea mujer (monomarental) u hombre (monoparental), y sea cual sea la razón: originariamente, por defunción o desaparición de una de las personas progenitoras, o por pérdida o no ejercicio de la patria potestad por parte de una de las dos personas progenitoras, así como cuando una persona *ejerza en solitario la tutela o la responsabilidad parental*» (énfasis añadido).

Esta definición pretendía realizar una síntesis descriptiva de situaciones, centrando el tema en que, por la razón que sea, una

⁶¹ Véase el análisis de AMMERMAN YEBRA (2022) pp. 2023 ss.

⁶² Un análisis crítico que compara las definiciones existentes en las diversas leyes autonómicas (hasta 2019) puede verse en ASSIEGO CRUZ (2019) pp. 29-37.

única persona, a título de progenitor, tutor, acogedor o guardador, ejercía en solitario la *responsabilidad parental*, término legal todavía sin un contenido claro en Derecho español. El artículo 36.1 empleaba una fórmula que también presentaba esta ambigüedad, cuando señalaba como monoparentales o monomarentales a «las familias que cuenten con *una sola persona progenitora responsable*». ¿Qué se quería decir? Mientras que la normativa de Seguridad social y la legislación fiscal ponen el foco en que el beneficiario sea el único sostén económico de la familia, el anteproyecto de ley ampliaba el alcance protector y admitía como familias monoparentales los casos en los que «la guarda y custodia sea exclusiva de una persona progenitora que en la práctica asume las obligaciones parentales en solitario, aun cuando la hija/o o las hijas/os perciban pensión de alimentos». Por lo tanto, era suficiente con que uno de los dos progenitores ostentase la custodia individual sobre el menor, aunque el otro fuese conocido, conservase la titularidad y el ejercicio de la patria potestad y tuviese a su cargo el pago de una pensión de alimentos.

El modelo propuesto en el anteproyecto de ley era inviable. Entre otras cosas y sobre todo porque hubiera implicado que un porcentaje muy elevado de casos de separación o divorcio diera lugar a una familia monoparental a los efectos de la ley. Nótese que en España este tipo de régimen todavía es el más frecuente, con un porcentaje del 54,1% en 2022, aunque hasta hace bien poco era del 70% o incluso superior⁶³. El anteproyecto de ley, por lo demás, no parecía consistente cuando establecía que una familia monomarental o monoparental perdía esta condición en el momento en que la persona responsable de la unidad familiar contraía matrimonio con otra persona, o vivía en pareja de hecho. Si lo relevante era la custodia exclusiva sobre los propios hijos, y habida cuenta de que la entrada del nuevo cónyuge o pareja no cambiaba este dato, ¿cuál era la explicación para que cambiase la condición de familia monoparental o monomarental? La única explicación era la potencial participación del cónyuge o de la pareja de hecho en el sostenimiento de las cargas familiares.

Finalmente, el proyecto de Ley de Familias realizó una aproximación muy distinta.

En primer término, distinguió el caso de la familia con un único progenitor, entendido en sentido amplio (incluyendo a tutor, acogedor o guardador). Por otro lado, en el caso de que el hijo contase

⁶³ Estadística de nulidades, separaciones y divorcios. Resultados nacionales. *Divorcios entre cónyuges de diferente sexo. Divorcios entre cónyuges de diferente sexo según tipo de divorcio y cónyuge que debe ejercer la custodia*. Disponible en INEBase.

con dos progenitores –salvando los supuestos de violencia de género y de encarcelamiento u hospitalización del otro progenitor– la única situación de monoparentalidad que se reconocía era que «la guarda y custodia sea exclusiva de una persona progenitora y sin derecho a percibir anualidades por alimentos». Por lo tanto, un nuevo giro de 180 grados: los alimentos, antes irrelevantes incluso si se cobraban, eran ahora condición del acceso al reconocimiento legal de la monoparentalidad.

En el caso del progenitor de un menor de edad, la opinión más común es que el derecho de alimentos del niño y la obligación de prestárselos existen desde el nacimiento (*ex art. 39.3 CE*). De manera que el texto legal no podría aludir a la carencia de ese derecho, porque todos los niños lo tienen y, estando su progenitor con vida, nunca se daría el supuesto de hecho de la norma⁶⁴:

Procedía por lo tanto otra interpretación, que conectara la cuestión con la diferencia entre el derecho a alimentos y el derecho a percibir pensiones alimenticias a cargo del progenitor no custodio. Como es sabido, la jurisprudencia civil requiere que los alimentos a los hijos menores se hayan reclamado judicialmente para que, previa determinación del importe, sea obligatorio para el progenitor no custodio abonar una pensión alimenticia⁶⁵. Por lo tanto, el progenitor que solicita acceder a la condición de familia monoparental tendría la carga de demostrar que no tiene el derecho a percibir esas pensiones, para lo que sería necesario un pronunciamiento judicial. Algunas legislaciones autonómicas dan cuenta de esta situación, unas aludiendo

⁶⁴ SOLÉ RESINA *La Ley. Derecho de Familia* 38 (2023) p. 14.

⁶⁵ La STS 29.9.2016 (RJ 2016\4457) invocó la aplicación de la regla *in praeteritum non vivitur* para desestimar el recurso de una madre que reclamaba al padre 150.000 € en una acción de reembolso de los gastos realizados en alimentos del hijo común, a contar desde la fecha del nacimiento y hasta la fecha en que fue determinada la paternidad del demandado. El TS resolvió aduciendo que así lo requiere categóricamente el artículo 153 CC, cuando establece que las disposiciones legales en materia de alimentos entre parientes son aplicables a los demás casos de obligaciones legales de alimentos. La posterior STS de 30 de septiembre de 2016 (RJ 2016\4844) confirmó esta doctrina señalando que «la ratio de lo dispuesto en la frase final del artículo 148.1 CC, lo que el legislador ha querido con tal disposición, es proteger al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada de dinero (hasta cinco años de pensiones, a tenor del art. 1966.1.º CC) a quien podía desconocer o dudar razonablemente que era, o por qué importe era, deudor de alimentos». El pleno del TC rechazó por «notoriamente infundada» una cuestión de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 148.1 CC por supuesta violación del artículo 39.3 CE (ATC 301/2014, de 16 de diciembre). Véase sin embargo STC 1/2001, de 15 de enero y sobre todo 57/2005, de 14 de marzo, en la que el TC había afirmado que «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 previene excepciones al deber constitucional de satisfacerlos».

genéricamente al *abandono* familiar⁶⁶ y otras entrando en detalle en el tema y requiriendo al progenitor custodio que haya presentado sin éxito una acción judicial civil o penal contra el otro⁶⁷. El caso es que los tribunales suelen imponer siempre una pensión alimenticia a título de mínimo vital para el niño, aunque el progenitor obligado demuestre que carece de recursos económicos⁶⁸. En tal circunstancia, el progenitor custodio no tendría acceso a la condición de familia monoparental pese a no cobrar las pensiones acordadas por la insolvencia del demandado. De ahí que algunas normas autonómicas hayan fijado el número de mensualidades que tienen que quedar impagadas para poder activar la condición de monoparentalidad⁶⁹. La acreditación de estos requisitos no es sencilla, y desde luego complica mucho el acceso a los beneficios y servicios destinados a la familia monoparental, en detrimento del bienestar de los niños para quienes están pensados⁷⁰:

Por fortuna, al menos en relación con el proyecto de Ley de Familias, la interpretación del texto legal podía resultar más sencilla de lo que parece y dar buenos resultados para el progenitor y los niños que viven con él.

La fórmula empleada por el proyecto de ley era idéntica a la que ya se viene aplicando para identificar al beneficiario de la deducción prevista en el artículo 81*bis* 1.c) LIRPF. Este precepto hace referencia al «ascendiente separado legalmente, o sin vínculo matrimonial, con dos hijos *sin derecho a percibir anualidades por alimentos* y por los que tenga derecho a la totalidad del mínimo previsto en el artículo 58 de esta Ley»⁷¹.

Según la jurisprudencia, esta deducción es aplicable cuando se carece de derecho a alimentos y también «en los supuestos en los que quede probado que no perciben esos alimentos a pesar de estar reconocidos por sentencia judicial». Una interpretación literal, que

⁶⁶ Artículo 4.2.e) Decreto catalán 151/2009, de 29 de septiembre; Artículo 7.2.c) Ley (Illes Balears) 8/2018, de 31 de julio; Artículo 2.1.d) Orden CDS (Aragón) 384/2019, de 4 de abril.

⁶⁷ Artículo 7.2.b) Ley (Illes Balears) 8/2018, de 31 de julio (que requiere que el derecho a alimentos se haya «establecido judicialmente y que el [progenitor] haya presentado la correspondiente demanda civil o denuncia penal»).

⁶⁸ APARICIO CAROL (2018) pp. 184 ss. En general, HERRÁN ORTÍZ (2015). En casos completamente excepcionales el TS ha admitido la suspensión de la obligación de abonar una pensión alimenticia (STS 20.7.2017 [RJ 2017\3385]).

⁶⁹ Artículo 2.1.e) Orden CDS (Aragón) 384/2019, de 4 de abril («seis meses consecutivos o alternos, en el período de los doce meses anteriores a la presentación de la solicitud»).

⁷⁰ Son muy reveladores los ejemplos de prácticas formalistas de la administración en perjuicio de familias monomarentales y que se relatan en ASSIEGO CRUZ (2019) pp. 50-54.

⁷¹ Artículo 81 bis 1.c) LIRPF.

supusiera limitarla a los menores de padre desconocido, «en vez de lograr la aplicación del principio constitucional de igualdad real y efectiva», supondría «una desatención e infracción de esa igualdad y la creación o mantenimiento de una situación clara e incontestable de vulnerabilidad social»⁷².

En segundo lugar, y en relación con la prueba del impago de las pensiones, interesa subrayar la conexión entre estas y el mínimo por descendientes. Cuando el deudor de las pensiones las abona, el mínimo por descendientes se debe prorratear por partes iguales entre ambos progenitores⁷³. Ahí radica la ventaja de la fórmula empleada por el proyecto de ley: junto a la noción de sustentador único de la norma fiscal, incorpora la posibilidad de que, para cumplir los requisitos exigidos, el solicitante de la condición de familia monoparental se limite a acreditar que en su declaración de la renta aplicó la totalidad del mínimo por descendientes. Este dato sería incontrovertido porque, en caso de que hubiera percibido pensiones de alimentos, el pagador habría aplicado la mitad de ese mínimo por descendientes en su propia declaración de renta. Lo mejor de este enfoque es que evitaría muchas de las dificultades que hoy tienen las madres para acreditar que las pensiones alimenticias se han reclamado en tiempo y forma y que no se han llegado a cobrar⁷⁴.

⁷² STS (Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 25 de octubre de 2022 (RJ 2022\5209). En este caso, el abogado del Estado defendía una aplicación literal del artículo 81bis 1.c) LIRPF con base en los principios de prohibición de la analogía en la normativa tributaria y de interpretación estricta de las normas que establecen beneficios fiscales. La sentencia le reprochó que en ese caso se daba «un innegable fracaso objetivo del mismo Estado... en la ejecución de la sentencia que condena a la prestación de alimentos, creando la paradoja, además, de que beneficios fiscales de una indudable índole social, favorecedora para superar determinados casos de vulnerabilidad social, son negados por la Administración tributaria, que debería aplicar las reglas jurídicas, además, conforme a las elementales reglas del mero sentido común».

⁷³ Artículo 61.1 LIRPF. Véase, entre otras muchas, Resolución vinculante DGT V1252/20, de 5 de mayo de 2020 (JUR 2020\211123). La Ley 26/2014, de 27 de noviembre incorporó la posibilidad de que el progenitor no custodio que hubiera abonado pensiones alimenticias pudiera escoger entre aplicar el mínimo por descendientes o bien una reducción sobre la base imponible igual al importe abonado por ese concepto en aquella anualidad. La STC 19/2012, de 15 de febrero, había considerado inconstitucional que el mínimo por descendientes no pudiera aplicárselo el contribuyente cuando aquellos no vivían con él, aunque sí dependieran económicamente de él.

⁷⁴ Por otra parte, el proyecto de Ley de Familias también modificaba sustancialmente la cobertura del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos regulado por el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre). A pesar de que continuaba siendo una medida asistencial, solo aplicable si no se superaba un umbral de ingresos, se ampliaba el rango de sujetos protegidos, incluyendo a hijos adultos con un alto grado de discapacidad o situación de dependencia reconocida, se cubría la suma acordada por la resolución judicial hasta un máximo de 500 euros mensuales (no solo hasta 100 euros como en la actualidad), y el fondo debía abonar las pensiones hasta la mayoría de edad de los hijos, o mientras durase la discapacidad o dependencia (no solo los 18 meses actuales).

Por lo demás, la vinculación de la condición de familia monoparental a la custodia exclusiva despejaba la duda relativa a qué sucede en los supuestos de custodia compartida. Pese a que cada uno de los hogares puede ser uniparental en los momentos en que cada progenitor tiene a los hijos consigo, ninguno de ellos podría ver acreditada la condición de familia monoparental⁷⁵.

El proyecto de Ley de Familias también mantenía que «la condición de familia monoparental se perderá, ... en el momento en que la persona responsable de la unidad familiar contraiga matrimonio con otra persona, [o] constituya una pareja de hecho». Se ha criticado que esta solución no responde a la realidad, pues no siempre el esposo o conviviente asume responsabilidades personales y económicas en la crianza y sostenimiento de los hijos de su pareja. Se señala por consiguiente que solo debería denegarse la monoparentalidad si existiese un compromiso expreso⁷⁶. Como es sabido, sin embargo, desde el punto de vista jurídico esta situación, al menos para las parejas casadas, es uno de los pocos ámbitos en que, hoy por hoy, la reconstitución familiar tiene ciertos efectos en el ámbito civil⁷⁷. De esta realidad familiar trata el epígrafe siguiente.

⁷⁵ Desde el punto de vista de los hijos se mantenía la regla de que «nadie podrá formar parte, ... de dos unidades familiares al mismo tiempo» (art. 36.2), que es común a la regulación del título de familia numerosa, pero que precisamente tiene una excepción en los casos de custodia compartida.

⁷⁶ «Es cuestionable que se pierda la condición de familia monoparental cuando la persona que encabeza la unidad familiar conviva o contraiga matrimonio con otra persona o constituya una unión estable de pareja, si esta otra persona no adopta al niño/a. Se está confundiendo el concepto de *unidad de convivencia* con el de *unidad familiar*». En este sentido, Federación de Asociaciones de Madres Solteras (FAMS), *Las familias monoparentales en España* (2019) <Disponible en https://www.inmujeres.gob.es/areas-Tematicas/AreaEstudiosInvestigacion/docs/Estudios/Familias_monoparentales_en_Espana.pdf>.

⁷⁷ A tenor del artículo 1362.1.º II CC, «la alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación» (véase asimismo para el primer supuesto, el artículo 218.1. a) CDFa sobre las deudas a cargo del patrimonio común en el consorcio conyugal aragonés). El artículo 231-5.2 CCCat establece que son *gastos familiares* «los alimentos... de los hijos no comunes que convivan con los cónyuges, y los gastos originados por los demás parientes que convivan con ellos, salvo, en ambos casos, que no lo necesiten». Por lo tanto, implícitamente apunta a las obligaciones de apoyo del progenitor que no vive en el mismo hogar. No existen reglas paralelas para las parejas de hecho (Cristina LÓPEZ SÁNCHEZ, «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 13 (2020) p. 212). Pero véase el FNN, en el que la Ley 80 dispone que los gastos de los hijos no comunes que conviven con la familia son gastos del matrimonio, y la Ley 109 extiende la condición de comunes a la pareja de los gastos derivados de la alimentación y habitación, en la vivienda familiar, de los hijos de uno solo de los convivientes en pareja estable.

C. FAMILIAS RECONSTITUIDAS

1. La realidad social que se identifica como familia *reconstituida*, *recompuesta* o *ensamblada* (*blended* en inglés)⁷⁸ parte de la biparentalidad, pues, como sucede en el matrimonio o la convivencia estable en pareja, el punto de partida de la nueva familia sería que alguno de los progenitores ha iniciado una nueva relación estable, en cuyo seno se lleva a cabo la crianza de los hijos que ya tenía. Las estadísticas disponibles no son recientes y son poco reveladoras. En España este tipo de unidades familiares podría rondar el 7% de hogares con menores⁷⁹. Parece que el incremento de las tasas de divorcio en el último decenio habría puesto las condiciones para que el número de familias de este tipo fuera en aumento⁸⁰.

2. La recomposición familiar suele vincularse a la noción de parentalidad *social* o *socioafectiva*, concepto que se contrapone, en primer término, al de parentalidad *biológica*, por su origen. Pero también a la *adoptiva*, que por definición produce plenos efectos legales de establecimiento de filiación y parentesco entre el adoptante y la persona adoptada, lo que se produce, como regla general, a costa de la eliminación del vínculo legal del progenitor sustituido.

3. En el CC, el cónyuge o la pareja estable del progenitor no es, por el simple hecho de serlo, ni padre o madre legal, ni tampoco cotitular de la potestad sobre los hijos de aquel, ni tiene título legal alguno para ejercer las facultades que la integran⁸¹. A lo sumo, sus actos se justifican por la urgencia de proteger intereses vitales del niño cuya atención no pueda aguardar a la decisión de los titulares

⁷⁸ Con detalle sobre diversas lenguas, CARRILLO LERMA (2021) pp. 37-43.

⁷⁹ Datos del censo de 2011. AJENJO-COSP/GARCÍA-SALADRIGAS (2016) 155 *REIS* p. 10.

⁸⁰ Los datos estimados para 2020 cifraban los hogares formados por familias reconstituidas casadas en 188.500, en 50.500 los de parejas no casadas y en 152.800 los de parejas de otro tipo. En términos porcentuales, esto sitúa en un número mínimo las recomposiciones familiares en parejas casadas y formadas por solteros. En la categoría de «otro tipo de parejas no casadas», formadas por personas casadas con terceros, la proporción de hogares con hijos no comunes, mayores y menores de 25 años, supera el 50%. *Encuesta Continua de Hogares* (ECH). 2020. Hogares: resultados nacionales. Número de parejas según tipo de unión y convivencia con hijos. Datos referidos al valor medio del período (disponible en INEBase).

⁸¹ En Cataluña, el cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor tiene derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a la vida diaria del niño o adolescente hijo o hija de la pareja con la que convive (art. 236-14.1 CCCat). Por consiguiente, puede hacer valer la legitimación que le confiere la ley, por ejemplo, para llevar a cabo gestiones en interés del niño o adolescente frente a instituciones públicas o privadas o para interactuar con la escuela y los servicios sanitarios o sociales. Pero su posición no es equivalente a la del progenitor ya que, en caso de desacuerdo, prevalece el criterio de este último, a reserva de poder llevar a cabo por su cuenta actuaciones urgentes («riesgo inminente») en interés del menor (art. 236-14.1 CCCat).

de la patria potestad, o por el acuerdo expreso o tácito de estos o la delegación revocable de alguna de las facultades de la patria potestad. Solo en Aragón el artículo 85 CDFA confiere *ex lege* autoridad familiar *al cónyuge*, y exclusivamente quien lo sea del único titular de la autoridad familiar.

Tras la ruptura de la relación, por regla general, la posición del progenitor social se sitúa extramuros de la vida del niño. Solo *excepcionalmente* pueden conferirse «funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez»⁸². En caso de muerte, únicamente el artículo 85.2 CDFA establece que «fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar»⁸³.

Prevalece la idea de que cualquier efecto de orden patrimonial debe aplicarse solo mientras dura la convivencia, no si esta se rompe en vida de ambas partes. Se rechaza así toda responsabilidad económica para con el niño con quien se había convivido y respecto al que tal vez se había ejercido una parentalidad socioafectiva⁸⁴. En estos casos, solo se protege el derecho a mantener las relaciones personales que se hayan fomentado durante esa etapa de vida en común, siempre que su continuación o reanudación se estimen positivas para los niños y respondan a su interés⁸⁵.

4. En estas condiciones, es lógico que la parentalidad social no tenga una recepción ni importante ni consistente en la acción protectora de la Seguridad social⁸⁶. En general, puede decirse que ésta se ha expandido para beneficiar a las familias adoptivas, a las de acogida y a las que llevan a cabo la guarda de menores desamparados, pero no para atender situaciones de necesidad en el seno de familias reconstituidas. El limitado régimen que el Derecho

⁸² Artículo 103 1.ª II CC; en el mismo sentido, aunque con relación a las medidas definitivas, artículo 233-10.4 CCCat.

⁸³ Compárese con el tratamiento legal y las reticencias que pone en evidencia la tortuosa redacción del artículo 236-15 CCCat, que además no se refiere a la titularidad de la potestad sino a la custodia de los hijos del cónyuge o conviviente fallecido: «1. Si muere el progenitor que tenía atribuida la guarda de forma exclusiva, el otro progenitor la recupera. / 2. La autoridad judicial, con el informe del ministerio fiscal, podrá atribuir excepcionalmente la guarda y las demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor fallecido si el interés del hijo lo requiere y se cumplen los siguientes requisitos: a) Que el cónyuge o conviviente del progenitor fallecido haya convivido con el menor. b) Que se escuche al otro progenitor y al menor de acuerdo con lo que establece el artículo 211-6.2». El rigor exigible antes de conferir esas responsabilidades parentales debe ponerse en relación con el dato que el apartado 3, para establecer un «régimen de relación», exige que el solicitante haya convivido con el menor en los dos últimos años.

⁸⁴ STSJ Cataluña de 23 de febrero de 2006 (RJ 2006/3863).

⁸⁵ Artículo 160 CC. LÓPEZ SÁNCHEZ (2020) p. 215.

⁸⁶ CARRILLO LERMA (2021) pp. 50-52.

civil establece para el caso de hijos no comunes del matrimonio en el régimen económico de gananciales tiene una escasa traducción práctica en medidas de apoyo público⁸⁷, aunque está implícito en algunas medidas de corte asistencial⁸⁸. En la legislación fiscal, predomina la incertidumbre acerca de si las normas que aluden a los hijos incluyen o no a los no comunes⁸⁹.

5. El problema de fondo es que la parentalidad socioafectiva se caracteriza por la ambigüedad o ambivalencia en las actitudes y comportamientos de las personas concernidas⁹⁰. La posición de padrastro o madrastra, o el rol parental respecto al hijo del conviviente, no presentan unos perfiles definidos, ni siquiera cuando ese niño no tiene otro progenitor vivo o conocido.

La sociología viene distinguiendo dos lógicas: la de la *sustitución* y la de la *continuidad*. En la primera, el progenitor social viene a reemplazar al biológico o legal, ejerciendo un rol igual o equivalente. En la segunda, se rechaza el papel de padre o madre, y se adopta el comportamiento de un tío o tía, o incluso de los abuelos que solo cuidan ocasionalmente de sus nietos⁹¹. También se alude a dos estrategias adicionales: la de *duplicación*, en la que todos, progenitores sociales y biológicos, desempeñan funciones parentales, independientemente de que convivan regularmente con los niños o no; y la contraria, que es la *evitación*, mediante la cual los progenitores biológicos dejan deliberadamente al margen a su actual pareja en todo lo concerniente a la crianza de sus hijos⁹². También es interesante referir que, al menos en la experiencia española, existiría un más que notable sesgo de género en estas estrategias. Primero, porque la reconstitución familiar afectaría mayormente a las madres, que son quienes en un 80% de los casos aportan los hijos al nuevo hogar. En estas situaciones, el padrastro tendría en ese hogar un rol muy subordinado. Por el contrario, cuando la recomposición familiar afecta a padres que aportan a sus

⁸⁷ Como excepción, véase artículo 2 LPFN, que desde 1971 ya considera hijos de la familia no solo a los comunes, sino también a los hijos de cada uno de los cónyuges que residen con el matrimonio.

⁸⁸ Véase § 2.1.2.1 Instrucción SEPE 7.11.2019, sobre ingresos y responsabilidades familiares a los efectos de la concesión y mantenimiento del subsidio de desempleo (JUR 2019\317153) y la STS (Social) de 25 de junio de 2003 (RJ 2005\4341).

⁸⁹ Respecto a la aplicación, o no, del mínimo por descendientes, la doctrina se inclina por la negativa: ALONSO FERNÁNDEZ y otros (2017) p. 730. Cf. Informa AEAT 134638 (el padrastro no puede aplicar ninguna cantidad como mínimo por descendientes *ex* artículo 58.1 LIRPF). Para otros supuestos en que sí se asimilan los hijos comunes a los no comunes véase CARRILLO LERMA (2021), pp. 52-54.

⁹⁰ POORTMAN (2023) *Family & Law* p. 22.

⁹¹ RIVAS (2012) XII-2 *Portularia* p. 32 y allí más referencias.

⁹² Véase RIVAS (2012) XII-2 *Portularia* pp. 38 ss, con testimonios extraídos de un estudio antropológico realizado en la Comunidad de Madrid.

hijos al nuevo hogar, el cónyuge o pareja ocuparía plenamente el rol de la madre biológica⁹³.

Esta realidad apenas descrita genera innegablemente reparos en el momento de conformar el régimen jurídico adecuado para el modelo de familia reconstituida.⁹⁴ Ello resulta evidente en los principios generales de derecho familiar autonómico, citados al inicio de este trabajo⁹⁵, en los que, junto al reconocimiento de la familia reconstituida como una modalidad de familia, se recuerdan el rol y los derechos y deberes del progenitor con quien no residen los niños⁹⁶. Naturalmente esto es tanto más relevante cuanto más se promueve la custodia compartida y se vela por el compromiso de ambos progenitores en la crianza de los niños tras la ruptura de la relación entre aquellos⁹⁷. Téngase en cuenta que la incorporación de una verdadera función parental conllevaría dejar fuera al otro progenitor⁹⁸, salvo que se avanzara hacia el reconocimiento de una situación de *multiparentalidad*, esto es, de la posibilidad que más de dos personas ejerzan *simultáneamente* funciones parentales⁹⁹.

6. El proyecto de Ley de Familias se ocupaba de las familias reconstituidas en los arts. 54 a 56, bajo la equívoca rúbrica de «situaciones familiares con hijas o hijos de uniones anteriores», que se definían como aquellas en que «uno o ambos miembros de la pareja tienen hijas o hijos de uniones anteriores». Esta fórmula no parece acertada: la descripción simplemente decía que los miembros de una pareja tenían que haber tenido hijos con otras personas. Esta descripción puede servir para cualquier pareja, aunque los hijos que alguno tiene no convivan con ellos, tanto si son económicamente dependientes de esa persona como si no. Por otro lado, la definición daba por hecho que los hijos nacieron en otras «uniones», o sea un matrimonio o una pareja de hecho, pero es bien posible, por ejemplo, que una madre sola forme una pareja y sus hijos no provengan de ninguna unión anterior.

⁹³ MEIL; ROGERO-GARCÍA; DÍAZ-GANDASEGUI (2023) p. 130.

⁹⁴ En relación con la tímida regulación existente en el CDFA y el CCCat, SOLÉ RESINA (2021) p. 228 concluye que «son normas sin una clara fundamentación y un alcance poco delimitado que no aportan sino dudas en su aplicación. Aunque responden a la voluntad de facilitar el día a día de las familias reconstituidas, parten de las necesidades de los adultos y no toman, como elemento a considerar de forma primordial, la persona del menor. (...) Aumentar el número de personas que pueden decidir sobre asuntos de su vida cotidiana de ningún modo puede entenderse que redunde en su interés».

⁹⁵ Véase *supra* notas 12 y 13.

⁹⁶ En el ámbito comparado se constata una tendencia a privilegiar a los progenitores biológicos, y la normativa más reciente revela mucha indecisión y, a veces incluso algún tipo de reticencia, en el reconocimiento legal de vínculos sociales. MOTTE (2019) p. 822.

⁹⁷ En el caso catalán, véase artículo 233-8 CCCat.

⁹⁸ Tal es la propuesta genérica que hace BLANDINO GARRIDO (2022) pp. 48-9.

⁹⁹ RIVAS (2012) XII-2 *Portularia* p. 39. En la doctrina civil española, FARNÓS AMORÓS (2022) p. 114.

En realidad, el elemento convivencia, ausente en la definición, es el que parece decisivo para caracterizar a la familia reconstituida¹⁰⁰, que se basa en que bajo un mismo techo viven hijos de uno u otro de los miembros de la pareja, tal vez también hijos comunes. La situación en que uno de los miembros de la pareja ha tenido hijos de una unión anterior, con los que conserva la relación y cumple sus funciones parentales, si esos hijos no viven con él o ella junto con su nueva pareja, no daría pie a una familia reconstituida.

El primer borrador de anteproyecto de ley, que fue objeto de información pública, optó por tratar de perfilar un régimen básico de la familia reconstituida y postulaba expresamente su protección jurídica, económica y social (cf. art. 55 borrador). Sin embargo, la formulación textual no era muy afortunada y al final se suprimió, acaso por los numerosos reparos de que es objeto habitualmente la reconstitución familiar.

El borrador reconocía «el grado de parentesco que se crea entre los integrantes de las familias reconstituidas», lo que no resulta obvio en la legalidad vigente. Además, formulaba muy oscuramente la obligación de regular «el alcance de las relaciones de las personas menores de edad con las figuras parentales que no tienen atribuida la patria potestad sobre ellos y los derechos y obligaciones que se derivan de las mismas».

Así y todo, el borrador era interesante porque concretaba que (a) se reconocerían derechos de conciliación para quienes ejercen ese rol parental, (b) que se adecuaría la normativa fiscal y (c) que la normativa de educación debía tener en cuenta las necesidades del niño que está en una familia reconstituida en los criterios de admisión en centros educativos. Además, establecía previsiones concretas sobre la atribución de la custodia de los menores al conviviente del progenitor fallecido que tenía su custodia exclusiva.

Ninguna de estas previsiones resistió el proceso de información pública y la negociación interministerial. El Consejo de Estado advirtió que los criterios de admisión a los centros públicos de enseñanza eran una materia reservada a ley orgánica *ex* artículo 82.4 LOE y el proyecto de Ley de Familias desistió de pronunciarse sobre las otras medidas de apoyo¹⁰¹. Eso sí, concluyó ordenando que una futura legislación definiese y regulase las relaciones

¹⁰⁰ SOLÉ RESINA (2021) p. 219. Profundiza sobre este requisito CARRILLO LERMA (2021), pp. 71-76.

¹⁰¹ Sí se mantuvo la referencia, totalmente innecesaria y acaso contraproducente, al derecho de relación que, como allegado (art. 160 CC), el exconviviente o excónyuge del progenitor ya posee en caso de ruptura de su relación con el progenitor; y continuó mencionándose que, ese tipo de familias, tenían *necesidades de apoyos psicosociales* que debían atenderse, a causa de las «dificultades de convivencia y conflictos derivados del desdoblamiento del hogar y de la duplicidad de figuras parentales».

en la familia reconstituida «atendiendo a cada situación familiar de forma individualizada» (art. 55)¹⁰².

IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

El reconocimiento de la diversidad familiar mediante una tipificación legal de las *familias* responde a la necesidad de dar visibilidad a los arreglos sociales no tradicionales que, de un modo creciente, están llevando a cabo las funciones otrora atribuidas exclusivamente a la familia nuclear matrimonial. Ese reconocimiento debería servir, al menos, para remover los obstáculos que encuentran esos tipos de familia en el acceso a derechos y prestaciones sociales, y en particular hacer lo posible para que los niños que crecen en esas familias no sean tratados peor que los de familias tradicionales.

Ahora bien: existe una conexión entre el reconocimiento de derechos en los planos prestacional y fiscal y el marco jurídico de cierta realidad familiar. De ahí se sigue que más allá de la retórica de la igualdad de todas las modalidades de familia, las dificultades comienzan cuando la ley trata de reconocerlas y de atribuirles efectos internos y externos. Para hacerlo debe proceder a la configuración de cada tipo de familia, teniendo en cuenta factores que inciden sobre la viabilidad de cada definición. En este trabajo se ha comprobado que esta tarea no es ni mucho menos sencilla.

Se ha constatado la necesidad de superar las carencias que representa la falta de reconocimiento y el trato desigual de las parejas no casadas, con el fin de evitar un trato muy desfavorable para sus hijos menores o dependientes. Pero a la hora de trasladar a la norma la realidad social que se desea abarcar surgen reticencias vinculadas a criterios sustantivos de política jurídica y a requerimientos de seguridad jurídica y funcionamiento administrativo. En este primer intento, el proyecto de Ley de Familias acabó adoptando el modelo legal más rígido y formal, en detrimento de ofrecer mayor cobertura para proteger a los más vulnerables en la familia no matrimonial.

Se ha comprobado asimismo la dificultad de circunscribir la realidad que se protege mediante la condición de familia monopa-

¹⁰² Para STYKES (2023) p. 612 fijar en una normativa derechos y obligaciones de los padrastos y, al mismo tiempo, tener en cuenta las grandes variaciones que se dan en las familias reconstituidas «es una tarea muy difícil para los responsables de la formulación de políticas públicas». CARRILLO LERMA (2021) p. 45 empieza su completo estudio diciendo que «al ser supuestos tan heterogéneos, resulta imposible ofrecer una respuesta jurídica uniforme para todos ellos».

rental. La traslación de la idea de crianza en solitario admite varias versiones. Al final, únicamente la que incorpora la custodia exclusiva de los hijos y la falta de existencia o de cumplimiento de las obligaciones alimenticias a cargo del otro progenitor parece capaz de abarcar *in abstracto* los casos merecedores de protección, aunque sea a costa de complicar bastante la vida a quien espera recibir apoyo en una situación de monoparentalidad. Evitar interpretaciones literales de la definición legal y facilitar la prueba del impago de los alimentos debidos podría ser una vía para conseguir que el alcance protector sea a la vez adecuado y efectivo.

Finalmente, los reparos ante el reconocimiento legal de las familias reconstituidas se han hecho evidentes en el momento en que tratan de extraerse consecuencias jurídico-privadas de las relaciones entre los miembros de la familia, lo que repercute en las medidas de apoyo social a la familia. Después de aventurar una posible regulación de mínimos, que acompañara una ampliación de las medidas de reconocimiento social, laboral y fiscal de la parentalidad social, el proyecto de Ley de Familias abortó el intento, dejándolo en que la futura regulación estableciera un régimen que atendiese a cada situación familiar *de forma individualizada* (¿?). Este resultado revela lo superfluo del aparente reconocimiento de la categoría.

BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, Marina A.; LENZ, Karl: «Beyond Standard Families in Advanced Countries» en *The Changing Faces of Families: Diverse Family Forms in Various Policy Contexts* (Milton: Taylor & Francis Group, 2023) pp. 1-14.
- «Diversification in Family Forms in Nine OECD Countries – Challenges For Policy and Research» en *The Changing Faces of Families: Diverse Family Forms in Various Policy Contexts* (Milton: Taylor & Francis Group, 2023) pp. 213-242.
- AJENJO-COSP, Marc; GARCÍA-SALADRIGAS, Núria: «Las parejas reconstituidas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneos» (2016) 155 *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, pp. 3-20.
- ALONSO FERNÁNDEZ, Felipe y otros, «La familia ante el Derecho tributario», en M. Yzquierdo Tolsada, M. Cuenca Casas (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia*, vol. VIII (Derecho administrativo, laboral y tributario. La familia empresaria y los protocolos familiares) (2.^a ed. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2017).
- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (Washington, D. C.: LexisNexis, 2002).
- AMMERMAN YEBRA, Julia: «Apuntes sobre las familias monoparentales: una paleta de colores en busca de alguna armonía jurídica», *Actualidad jurídica iberoamericana* 12 bis (2022), pp. 2016-2035.

- APARICIO CAROL, Ignacio: *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español* (València: Tirant lo blanch, 2018).
- ASSIEGO CRUZ, Victoria (Coord.), *Madres y punto. La realidad invisible de la monoparentalidad en España: desde las prácticas sociales a la voz de las madres* (FAMS – Federación de Asociaciones de Madres Solteras, 2019)
- AYUSO SÁNCHEZ, Luis; BASCÓN JIMÉNEZ, Milagrosa: «El descubrimiento de las políticas familiares en España: entre la ideología y el pragmatismo», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 174 (2021) pp. 3-22.
- BARLOW, Anne: «Coupledom and the law: What next after equal civil partnership?» en J. Scherpe, S. Gilmore S (eds.) *Family Matters: Essays in honour of John Eekelaar* (Cambridge, Antwerp, Chicago: Intersentia, 2022) pp. 469-485.
- BLANDINO GARRIDO, M.^a Amalia: «Alegato a favor del reconocimiento del parentesco socio afectivo en el ordenamiento español», en PÉREZ GALLARDO/HERAS HERNÁNDEZ, pp. 31-51.
- BOELE-WOELKI, Katharina: «Legislating The Relationship of Couples Who Are Neither Married Nor Registered» en J. Scherpe, S. Gilmore S (eds.) *Family Matters: Essays in honour of John Eekelaar* (Cambridge, Antwerp, Chicago: Intersentia, 2022) pp. 449-468.
- BRADSHAW, Jonathan; FINCH, Naomi: «Family Benefits and Services», en F. G. Castles, S. Leibfried, J. Lewis, H. Obinger, C. Pierson (eds.), *The Oxford Handbook of the Welfare State* (Oxford: OUP, 2010) pp. 462-478.
- BOELE-WOELKI, Katharina; FERRAND, Frédérique; JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit; LOWE, núm. V.; MARTINY, Dieter; TODOROVA, Velina: *Principles of European Family Law regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in De Facto Unions* (Cambridge, Amberes: Intersentia, 2019).
- CARRILLO LERMA, Celia: *Familias reconstituidas: la relación jurídica entre el cónyuge y los hijos no comunes menores de edad* (Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2021).
- DETHLOFF, Nina: *Adult relations of love and beyond. What legal recognition and protection do they need?* (Comunicación oral en la ISFL 18th World Conference Golden Jubilee, Amberes, 14 Julio 2023).
- DOMÍNGUEZ-FOLGUERAS, Marta; CASTRO-MARTIN, Teresa: «Cohabitation in Spain: No Longer a Marginal Path to Family Formation», *Journal of Marriage and Family* 75 (2013), pp. 422-437.
- ESTEVE PARDO, M.^a Luisa: «Las uniones de hecho ante el Derecho tributario», en Àrea de Dret civil, Universitat de Girona (ed.), *Nous reptes del Dret de família* (Documenta Universitaria: Girona, 2005) pp. 437-467.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «Viejos dogmas y escenarios emergentes de multiparentalidad: Una aproximación desde España», en PÉREZ GALLARDO/HERAS HERNÁNDEZ, pp. 95-117.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: «¿De qué debemos hablar cuando hablamos de familia?» en *Derecho de familia: homenaje a Encarnación Roca Trías: la jurista que se adelantó a su tiempo* (Sepin, Madrid: 2021) pp. 279-290.
- GARRISON, Marsha: «Cohabitant Obligations: Contract Versus Status», en J. M. Scherpe, J. K. Miles, K. Boele-Woelki (eds.), *The Future of Family Property in Europe* (Cambridge: Intersentia 2011) pp. 115-138.
- GÓMEZ DE LA TORRE DEL ARCO, Mónica; LÓPEZ LÓPEZ, M.^a Teresa: «El IRPF en España y efectos sobre la economía de las familias: evolución de la tributación familiar», en M.^a T. López López (ed), *Análisis del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas desde una perspectiva de familia: propuestas*

- para un debate sobre su reforma (Madrid: Cinca, Fundación Acción Familiar, 2012) pp. 35-70.
- HEATON, Jacqueline; KEMELMAJER, Aida (eds.): *Plurality and Diversity in Law: Family Forms and Family's Functions* (Cambridge, Antwerp, Chicago: Intersentia, 2023).
- HERRÁN ORTÍZ, Ana Isabel: «La nueva realidad socioeconómica de las familias y su incidencia en los procesos matrimoniales y de menores» en M.^a I. Álvarez Vélez, J. L. Rey Pérez (dirs.), *Derecho y pobreza* (Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, Thomson Reuters, 2015).
- HERRING, Jonathan: *Family Law* (10.^a ed. Harlow; New York: Pearson 2021).
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina: «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 13 (2020) pp. 194-223.
- MARTÍN-CASALS, Miquel: «El derecho a la «convivencia anómica en pareja»: ¿Un nuevo derecho fundamental?: Comentario general a la STC de 23.4.2013», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 3 (2013).
- MEIL, Gerardo; ROGERO-GARCÍA, Jesús; DÍAZ-GANDASEGUI, Vicente: «Family Diversity in Spain. A Portrait of Rapid Transformation» en M. A. Adler, K. Lenz (eds.) *The Changing Faces of Families: Diverse Family Forms in Various Policy Contexts* (Milton: Taylor & Francis, 2023) pp. 122-141.
- MIHO, Antonela; THÉVENON, Olivier: «Treating all children equally? Why policies should adapt to evolving family living arrangements», *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, núm. 240 (10.3.2020). Disponible en <https://dx.doi.org/10.1787/83307d97-en>.
- MOTTE, Gwendoline: «Multiplication of Potential Social and Emotional Ties» en J. Sosson, G. Willems, G. Motte (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies: A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook* (Cambridge, Antwerp: Intersentia, 2019) pp. 793-824.
- NAVARRO, Vicenç: *El subdesarrollo social de España: causas y consecuencias* (Barcelona: Anagrama, 2006).
- NUSSBERGER, Angelika; VAN DE GRAAF, Cathérine: «Pluralisation of Family Forms in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights», en núm. Dethloff, K. Kaesling (eds.) *Between Sexuality, Gender and Reproduction. On the Pluralisation of Family Forms* (Cambridge, Antwerpen: Intersentia 2023) pp. 111-132.
- OCDE (2011), *Doing Better for Families*. Disponible en (www.oecd.org/social/family/doingbetter)
- (2022), *Evolving Family Models in Spain: A New National Framework for Improved Support and Protection for Families*. Disponible en <https://doi.org/10.1787/c27e63ab-en>.
- (2023), *Family benefits public spending*. Disponible en <https://doi.org/10.1787/8e8b3273-en>.
- PALAZZO, Nausica: *Legal Recognition of Non-Conjugal Families: New Frontiers in Family Law in the US, Canada and Europe* (Oxford: Hart Publishing, 2021).
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del Mar (eds.): *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad* (Santiago de Chile: Olejnik, 2022).
- POORTMAN, Anne-Rigt: «More than two parents? Divorced and separated parents' attitudes toward parental responsibility and legal parenthood of stepparents in the Netherlands» (2023) *Family & Law* p. 1-31. <https://doi.org/10.5553/FenR/000058>.

- RIVAS, Ana-María: «El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas» (2012) XII-2 *Portularia* pp. 29-41.
- SÁNCHEZ GASSEN, Nora E.: «Increasing Cohabitation and Decreasing Marriage: Explanations», en M. Daly, B. Pfau-Effinger, núm. Gilbert, D. J. Besharov (eds.) *The Oxford Handbook of Family Policy over the Life Course* (Oxford: OUP, 2023) pp. 419-433.
- SOLÉ RESINA, Judith: «Derecho de familias y diversidad familiar (A propósito de la Ley de Familias)», *La Ley. Derecho de Familia* 38 (2023) pp. 1-24 (versión electrónica).
- «Las situaciones familiares. Las familias reconstituidas»: EN M. C. GETE ALONSO Y CALERA, J. Solé Resina, *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad* (València: Tirant lo blanch, 2021) pp. 211-251.
- STYKES, J. Bart: «Raising Children in Stepfamilies: Policy Issues» en M. Daly, B. Pfau-Effinger, núm. Gilbert, D. J. Besharov (eds.) *The Oxford Handbook of Family Policy Over The Life Course* (Oxford: OUP, 2023) pp. 601-614.
- VALIENTE FERNÁNDEZ, Celia: «Olvidando el pasado: la política familiar en España (1975-1996)», *Gestión y análisis de políticas públicas* 5-6 (1996) pp. 151-162.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 11 (2019) pp. 12-63.

BIBLIOGRAFÍA

Libros*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ
Profesor titular de Derecho civil
Universidad de Sevilla

FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio: *Derecho contractual y mercado interior europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 255 pp.

Los juristas nos encargamos del análisis y de la aplicación del Derecho, y los economistas del estudio de la toma de decisiones en un contexto de escasez de recursos en relación con las necesidades humanas (expresamente evitamos la referencia a la toma de decisiones «racionales», dado el creciente empuje de la economía del comportamiento –nos remitimos a Daniel Kahneman y a Richard H. Thaler, fundamentalmente–).

Quedando encuadradas ambas disciplinas en la categoría más general de las ciencias sociales, no causa sorpresa el intento de enriquecer el propio análisis recurriendo a criterios propios de campos de estudio limítrofes, lo que comenzó a evidenciarse, en lo que ahora nos interesa, a partir de las aportaciones de Ronald H. Coase, en el punto de intersección entre la organización empresarial, la Economía y el Derecho, sin olvidar a Guido Calabresi (distribución del riesgo y daños) o, en fecha más reciente, a Gary S. Becker (análisis económico de la desigualdad, del crimen o de instituciones como el matrimonio o el divorcio, por ejemplo).

Una realidad social cada vez más compleja y acelerada exige necesariamente, para dar una adecuada respuesta a las demandas de la ciudadanía, el recurso a la transversalidad, tanto dentro de una disciplina como interdisciplinaria.

Y así es como surge, sucintamente, el análisis económico del Derecho (*Law & Economics*), cultivado desde la otra orilla del Atlántico por juristas como Richard A. Posner o Cass R. Sunstein (coautor de Thaler en la obra *Nudge*, traducida al español con el desagradable título *Un pequeño empujón*).

Desde la perspectiva de la aplicación del Derecho, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como los tribunales españoles, y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en concreto, han debido asumir el enfoque económico, e incluso el financiero, que, en el fondo, late en el Derecho Privado.

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

do y en el incipiente Derecho de los Mercados Financieros (respecto de este último, véase la llamativa referencia del preámbulo de la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros).

La debida protección de los consumidores y de los usuarios de servicios financieros acaso sea no la única pero sí la muestra más expresiva de esta evolución. Tenemos el ejemplo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013, que, como se recordará, a propósito de la conocida como «cláusula suelo» de los préstamos hipotecarios a tipo variable, empleó el concepto de «orden público económico» para tratar de soslayar –sin éxito, pasado el tiempo– el efecto devolutivo asociado a la nulidad por falta de transparencia de una parte de la cláusula reguladora del tipo de interés.

El reciente intercambio de argumentos entre el TJUE y la Sala de lo Civil del Supremo (sentencias, como más recientes, de 16 de marzo de 2023, asunto C-656/21, y núm. 816/2023, de 29 de mayo de 2023, respectivamente), a propósito de la comisión de apertura y su eventual consideración como tipo de interés remuneratorio, entre otros aspectos, también obliga a superar la mera estructura contractual para tratar de indagar en la función y en el sentido económico de parte del clausulado.

En este cruce de caminos entre el Derecho y la Economía, la profundización en la institución del mercado, el foro cada vez más internacional y digital donde se negocian y cierran los acuerdos, se presenta como particularmente útil, especialmente en materia contractual en el ámbito privado, ya nos encontremos ante relaciones entre empresas o, sobre todo, entre empresas y consumidores (dejamos al margen los casos de contratación entre particulares o con la participación de una Administración Pública).

El análisis de la normativa europea en el ámbito de la contratación privada –y en muchos otros– revela el interés en la promoción, la preservación y la sucesiva ampliación del mercado interior, entendido como un espacio sin fronteras ni aduanas, que no se puede disociar de las cuatro libertades de circulación (mercancías, servicios, personas y capitales) del artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea encontramos la lacónica referencia a que «La Unión establecerá un mercado interior». Pero nos parece que lo interesante, por su valor para la puesta en contexto, es lo que viene a continuación, es decir, la necesaria actuación comunitaria en pro del desarrollo sostenible (verdadera palanca, por otra parte, para facilitar la evolución de las instituciones de la Unión en la lucha contra el cambio climático y la desigualdad social), basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en el marco de una economía social de mercado altamente competitiva.

Llegados a este punto, siempre nos hemos preguntado si el consumidor es una pieza más del mercado interior o bien si el mercado interior está a disposición de los consumidores, sin olvidar el irremplazable papel de las empresas –y de la libertad de empresa– por el lado de la oferta de bienes y servicios.

También se suele decir que cada momento de estrés (ahí tenemos, en fechas cercanas, la crisis financiera de 2008, el Brexit iniciado en 2016, la pandemia de 2020, la crisis energética de 2022...) se convierte en una oportunidad para, sobre los principios generales de los Tratados y el impulso de la Comisión y otras instituciones de la Unión (invariablemente respaldados por

el TJUE), la evolución de Europa y del marco jurídico comunitario como elemento instrumental.

En este sentido, a pesar de la parquedad inicial, incluso de su posible postergación, el consumidor, en el contexto del mercado interior, sí que emerge, o, al menos, eso nos parece, como una pieza clave en la actuación de las autoridades europeas y, por extensión, posiblemente también por convicción, de las nacionales.

El profesor Ignacio Fernández Chacón ha publicado en 2023 la obra *Derecho contractual y mercado interior europeo*, prologada por Fernando Gómez Pomar, para dar respuesta a algunas de estas cuestiones.

Para comenzar, se debe valorar favorablemente una cierta audacia para adentrarse en un terreno en el que, como hemos señalado, el análisis jurídico se debe complementar con el propio de otras disciplinas circundantes, aunque, repasando las líneas de estudio del autor, se aprecia que no es, desde luego, su primera incursión en este ámbito con resonancias económicas.

La obra se estructura en tres capítulos, dedicados, respectivamente, a las competencias de la Unión Europea en materia contractual, a la incidencia del Derecho contractual en el funcionamiento del mercado interior, y a los modelos de conformación del Derecho contractual europeo. Seguiremos su estructura y añadiremos un breve apartado a modo de reflexión final sobre este libro y su contenido.

El punto de partida del trabajo, y nos referimos al capítulo primero, es la constatación de que en materia de Derecho contractual los Tratados de la Unión no prevén una competencia específica al respecto, lo que le genera al autor la duda sobre el alcance de la base legal de la actuación del legislador comunitario (arts. 114, 115 y 169 TFUE).

Como consecuencia de ello, la base del desarrollo legislativo europeo en este ámbito se aproxima a las competencias sobre mercado interior y protección de consumidores. Es más, se parte, con buen criterio, de que «la protección de los consumidores ha sido el paradigma tradicionalmente empleado para justificar el proceso de armonización del Derecho contractual europeo».

Se apunta por el autor que, más allá del acervo comunitario de consumo y de algunas excepciones puntuales en ámbitos sectoriales específicos, la armonización del Derecho contractual en términos más ambiciosos también ha descansado en actos comunitarios que no producen efectos legales vinculantes, del tipo de recomendaciones, comunicaciones, guías, directrices, opiniones o resoluciones, con marcado protagonismo de la Comisión Europea.

La referencia meramente apuntada a otros espacios sectoriales, apostillamos, quizás habría merecido mayor desarrollo, y alguna mención a los avances experimentados, tras la crisis financiera de 2008, en el ámbito del sistema financiero, por su impacto profundo, sobre todo, en las relaciones contractuales entre las entidades y los usuarios de servicios financieros (que pueden ser consumidores o no, pero que comienzan a adquirir un estatus particular que creemos que no ha atraído todavía en grado suficiente el interés de la doctrina).

Tenemos el ejemplo de las normas comunitarias de crédito al consumo, de crédito para la adquisición de inmuebles residenciales o de protección de inversores en activos financieros (MiFID, por sus siglas en inglés), entre otras.

De otro lado, algunas de las fuentes que sirven para emitir los actos no vinculantes anteriormente enunciados, en función del emisor, de su objeto y de los destinatarios (generalmente, los oferentes de bienes y servicios), también terminan influyendo de materia notable en materia contractual. Aquí, añadimos, la estrategia de la Unión Europea respecto de un foro público

como es el mercado es la de fomentar la transparencia y la competencia entre las empresas (*benchmarking*) que conforman el lado de la oferta, en términos de mejora de las propias características de los bienes y de los servicios, pero también del contenido contractual (incluso, en fase precontractual y de mera ejecución del contrato –información periódica–).

El empleo de la competencia del artículo 169 TFUE, dedicado a la protección de los consumidores, prosigue Fernández Chacón, ha sido nulo en la práctica, con alguna excepción.

Pero lo cierto es que las normas contractuales y de protección de consumidores europeas «tradicionalmente se han vinculado con la efectiva realización y mejora del funcionamiento del mercado interior *ex* artículo 114 TFUE», al que se debe anudar la necesaria aplicación de los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad, este último revisado en profundidad por el Tratado de Lisboa para incorporar un doble control de cumplimiento: fase política previa, en la que participan los parlamentos nacionales, y fase jurídica *ex post*, por un Tribunal de Justicia que tiende a validar los actos legislativos aprobados en base a estos dos principios –sin excesivas exigencias, en ocasiones–, cuando se trata de solucionar problemas de dimensión transfronteriza que afectan, por ejemplo, al mercado interior.

Para el autor, este planteamiento económico supone asumir que «la elaboración de normas comunes en el ámbito del Derecho privado y, particularmente, del Derecho contractual, constituyen un ‘pre-requisito’ de la existencia de un genuino mercado interior». Añade igualmente, con contundencia, que, «guste o no, lo cierto es que la base competencial del artículo 169 TFUE en materia de protección de consumidores y usuarios se encuentra ‘coartada’ e indisolublemente vinculada a la mejora del funcionamiento del mercado interior habida cuenta del tenor literal de los artículos 114 y 169 TFUE»¹.

El carácter instrumental del Derecho de consumo en la mejora del mercado interior se pasa a analizar seguidamente, atendiendo al propio avance de las instituciones comunitarias, del Derecho originario y derivado europeo, y de las resoluciones del TJUE (partiendo de la sentencia *El Corte Inglés*, de 1996, sobre crédito al consumo y contratos vinculados).

Como se indicó anteriormente, también son abundantes las referencias a los documentos de posicionamiento de la Comisión Europea («Estrategia en materia de política de los consumidores 2002-2006», «New Deal for Consumers», «Nueva Agenda del Consumidor», «Estrategia para el Mercado Único Digital»...), que se convierten, a la par, en un útil elemento interpretativo y de balizamiento del devenir legislativo en la Unión en no pocas veces.

Nos ha parecido particularmente interesante el suministro de criterios en este primer capítulo para, desde la perspectiva del legislador comunitario y de la aplicación del artículo 114 TFUE, evaluar la justificación de la necesidad de actuación a nivel europeo, de manera consistente con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, ya citados.

Esta justificación, acompañada de ciertos datos y circunstancias, se extraen no de la norma aprobada (de los siempre interesantes, aunque desordenados con frecuencia, «considerandos») sino «de las respectivas evalua-

¹ Compartimos plenamente esta reflexión, como ya hemos puesto de manifiesto en algún trabajo anterior: «este razonable enfoque genera cierta confusión acerca de si se pretende que la protección del consumidor se erija en un fin o en un medio para la preservación del mercado» («La protección de los consumidores y las acciones de representación: una primera aproximación a la Directiva (UE) 2020/1828», *Diario La Ley*, núm. 9830, de 15 de abril de 2021).

ciones de impacto que acompañan a las correspondientes propuestas normativas, así como de la documentación generada y analizada en el transcurso del procedimiento legislativo previo».

En concreto, el programa «Legislar Mejor» es el que contempla el uso de la técnica de las evaluaciones de impacto, entre otras, de forma que la normativa aprobada incida favorablemente, en último término, en el mercado anterior, dentro del respeto a los Tratados.

Este conjunto de técnicas desempeña un papel crucial en los análisis de base competencial de las medidas normativas adoptadas, mencionados con anterioridad, que debe llevar a cabo el TJUE con carácter *ex post*.

Con una buena dosis de realismo, el profesor Fernández Chacón se plantea, más allá de la importancia atribuida por el TJUE a las evaluaciones de impacto y a los estudios previos, de un lado, «si las normas comunitarias aprobadas pueden efectivamente decretarse invalidas caso de que las medidas armonizadoras puestas en marcha no se acomoden a los resultados plasmados en tales documentos», y, de otro, «si el control desplegado por el Tribunal de Justicia a tal efecto debe limitarse a dar por buenos los resultados aportados por la Comisión con sus propuestas legislativas o si, por el contrario, el control en sede judicial posibilita cuestionar el contenido de tales evaluaciones y estudios y, por ende, las normas en base a ellos adoptadas».

El análisis de la copiosa jurisprudencia recaída al respecto, destacando algunas sentencias especialmente relevantes, le lleva a proponer criterios –que también serían útiles para el TJUE– con el fin de que el legislador comunitario no tenga una carta en blanco bajo la manga para producir normas que incidan en el mercado interior, en el Derecho contractual o de consumo, entre otros ámbitos, contrariando los principios de atribución, proporcionalidad y subsidiariedad.

El segundo de los tres capítulos de la obra, por su parte, hace hincapié en la incidencia del Derecho contractual en el funcionamiento del mercado interior, y es el que evidencia un trabajo sobre aspectos económicos, con vocación de utilidad para lo jurídico, más profundo.

Aquí, la pregunta a resolver es, en palabras del autor, si la unificación del Derecho contractual en Europa –o la eliminación de las divergencias entre ordenamientos, que tanto da– permitiría un mejor funcionamiento del mercado interior.

Este sería, tan solo, un primer paso para la evaluación de las políticas regulatorias adoptadas, en términos de adecuación e idoneidad a los fines pretendidos.

El autor inicia este bloque del libro vinculando el concepto puramente económico de «costes de transacción», acuñado por Ronald H. Coase, con lo que denomina «disparidad contractual».

El recurso al artículo 114 TFUE permite mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante la armonización del Derecho contractual, como la doctrina ha señalado ampliamente, al igual que las instituciones comunitarias, lo que ha tenido reflejo en las últimas décadas en las normas que han resultado aprobadas. La disparidad normativa de los 27 países de la Unión Europea se presume, por consiguiente, que es una traba para el comercio transfronterizo.

Quizás habría sido conveniente en este punto, en clave monetaria pero con evidente repercusión jurídica, alguna reflexión sobre la moneda única, el euro –que no es tan único, porque siete de los 20 Estados cuentan con moneda propia, lo que genera incertidumbre en el mercado, a empresas y consumi-

dores, por la necesaria consideración de los costes asociados al cambio de divisa–, y a los pagos transfronterizos en euros en el marco de la Unión Bancaria Europea. Como se sabe, una zona monetaria óptima permite maximizar la eficiencia económica de las transacciones en un determinado mercado si se comparte divisa (Robert A. Mundell).

El profesor Fernández Chacón identifica adecuadamente que, respecto de la contratación B2B, «esta traba asociada a la disparidad contractual se cifra en los mayores costes de transacción en los que las empresas incurren al internacionalizar su actividad comercial, fruto del necesario asesoramiento en materia de ley aplicable al contrato y su negociación, particularmente en el caso de las PYMES». En la contratación B2C las limitaciones derivan de la ley aplicable y su negociación en los contratos de consumo transfronterizos, de acuerdo con el Reglamento Roma I.

Estas dificultades son objeto de amplio análisis, en ambas modalidades de contratación (B2B, B2C), sin dejar de atender a la jurisprudencia del TJUE, pero también a las nuevas modalidades de contratación electrónica, «cuya prevalencia en la contratación transfronteriza resulta hoy día indiscutible», y a las preferencias de los consumidores.

La necesidad de que en las relaciones entre empresas y consumidores las primeras deban documentarse acerca de la normativa aplicable en cada país en el que pretendan ofrecer sus bienes y servicios eleva necesariamente los costes empresariales, para lo que se ofrecen dos alternativas: revisar las normas de Derecho Internacional Privado o bien incidir en el contrato, con directivas que opten por el sistema de armonización máxima, siendo esta la pauta seguida por la Unión a partir del Consejo Europeo de Tampere, que abrió la vía al posible nacimiento, mediante una mayor convergencia, de un Derecho Civil de Europa (y para los europeos, no para los Estados ni para las instituciones de la Unión o las nacionales).

Con todo, la armonización del Derecho contractual como vía para solucionar los costes de transacción asociados a la disparidad contractual entre Estados también ha suscitado críticas. En este punto se aprecia el buen manejo del autor del análisis económico como medio para resolver problemas con un componente de tipo jurídico, si es que, como referimos, ambas esferas son nítidamente separables tanto conceptualmente como en el devenir del día a día. Explícitamente, alude a los nuevos sub-campos de *law & economics*, *new economics history* o *new institutional economics*, sin desconocer el resurgir en el siglo xx, a mediados, de la corriente económica neoclásica.

La doctrina económica, que tampoco es unánime al respecto, muestra que, «en términos empíricos, existen importantes limitaciones metodológicas que constriñen sobremanera el valor de los resultados alcanzados a la hora de cuantificar tales costes [de transacción] y su impacto en la actividad comercial».

Fernández Chacón hace notar aquí que «el Derecho contractual es sencillamente uno más de los obstáculos –costes de transacción– de tipo regulatorio con los que las empresas deben lidiar en el marco del comercio transfronterizo, habida cuenta de que [...] los regímenes administrativos (fiscales, aduaneros), procesales o societarios tienen, igualmente, incidencia en la mayor o menor facilidad con la que las empresas pueden comercializar sus productos a otros Estados».

Añade otro elemento evidente pero singular, como es el de una disparidad lingüística entre Estados que impide atrapar el genio jurídico, las tradiciones, las culturas y las concepciones de cada país, lo que tendría impacto, a su vez, en la interpretación y en la aplicación de las normas por los tribuna-

les. El idioma tiene un peso, y lo cierto es que, al margen del inglés, ningún otro se configura en el mundo de los negocios como alternativa real para convertirse en lengua franca, dentro y fuera de nuestras fronteras europeas.

Respecto de este punto, siempre hemos estimado que primero debe construirse el estándar de «ciudadano europeo», no formal, en términos de atribución de nacionalidad, sino material, como realidad vivida –consentida o admitida, al menos–, de modo que, sobre este sustrato, como insinúa el profesor Fernández Chacón, se pueda asentar, de veras, una mayor cercanía del Derecho contractual y del estándar de protección de un consumidor, que, en efecto, toma en cuenta solo a veces las cláusulas contractuales y, más bien, se deja llevar por otro tipo de consideraciones que no son ni legales ni económicas.

Insistimos en que, para estos fines, no se debe desdeñar el papel jugado por el euro, el cual, con más de dos décadas de trayectoria, es la unidad de cuenta común, el instrumento por antonomasia de reserva de valor para buena parte de los europeos y nuestro medio de pago habitual en las transacciones, todo lo cual le dota de una extraordinaria importancia como elemento de cohesión social y de acercamiento de sensibilidades, con independencia del idioma empleado.

En el fondo, creemos, la aproximación de la cultura jurídica a través de las directivas y el paralelo y paulatino desarrollo del mercado interior, de la unión bancaria y de mercados de capitales, y de la unión económica y monetaria, parece una vía adecuada pero que tan solo ofrecerá sus réditos en el largo plazo. Así es como se construye Europa...

El tercero y último capítulo de la obra que comentamos se centra en los modelos de conformación del Derecho contractual europeo. Llegados aquí, de manera natural resulta, según se expone, que haya que optar entre la armonización mínima, la armonización máxima o la instrumentación de un régimen opcional, lo que incide en el vehículo normativo adoptado y en su alcance, atendiendo a lo establecido en los dos Tratados: reglamentos y directivas de mínimos o de máximos, directivas, o directivas y reglamentos que introducen figuras o derechos superpuestos u opcionales respecto de los previstos en los respectivos ordenamientos nacionales.

Obviamente, no es igual la contundencia de un reglamento –instrumento que prolifera últimamente en el ámbito del sector financiero, por ejemplo: Reglamentos 2019/2088, o Reglamento 2020/852, ambos sobre sostenibilidad– que la de una directiva –herramienta preferida en el área del consumidor: Directiva 2023/2225 de crédito al consumo, o Directiva 2023/2673, de contratos financieros a distancia–.

El profesor Fernández Chacón subraya que, históricamente, las normas comunitarias en materia de Derecho contractual y de consumo, como hemos anticipado, han descansado fundamentalmente en las directivas, quedando reservados los reglamentos para casos puntuales (aunque también tenemos la impresión de que el empleo de los reglamentos irá a más...).

Por otra parte, y a ello también se da respuesta en este capítulo, se plantea si «la diatriba armonización vs. unificación puede o debe verse condicionada por el carácter transfronterizo o puramente doméstico de las transacciones». Expresamente se utiliza para ello, al igual que en el resto de la obra, el «prisma competencial de tipo economicista», con inspiración en la teoría, ya aludida igualmente, de los costes de transacción originados por la disparidad normativa en la contratación transfronteriza intracomunitaria.

A la vista de todo cuanto antecede, y a modo de conclusión final, la aplicación del análisis económico representa una nueva tendencia, relativamente,

que puede ser de interés para un mejor entendimiento e incluso para una mejor aplicación del Derecho.

La obra *Derecho contractual y mercado interior europeo* se apoya en ella, especialmente en el concepto de «costes de transacción», para la evaluación del mercado interior, la disparidad contractual entre legislaciones y la mejor vía para que la reducción de esta incida en una mejora del funcionamiento de aquel, dentro del respeto a los principios de los Tratados de la Unión Europea y a la protección que se debe dispensar al consumidor.

Aunque podemos tener la impresión de que este último sirve al mercado interior y no a la inversa, el profesor Fernández Chacón lleva a cabo el esfuerzo de desarrollar esta intuición con base en este enfoque híbrido que podemos calificar como original, transitando por senderos no muy explorados por los juristas pero por los que también sería conveniente que nos «perdiéramos» ocasionalmente.

José M.^a LÓPEZ JIMÉNEZ
Profesor asociado de Derecho civil
Universidad de Málaga

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel/PLANA ARNALDOS, M.^a Carmen (Dir.): *Contratación en el entorno digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 534 pp.*

Afirmaba D. Álvaro d'Ors en 1970, distinguiendo entre «noticias bibliográficas o reseñas» y «recensiones o notas críticas» que «las recensiones críticas propiamente dichas suponen un mayor esfuerzo y responsabilidad, y por eso mismo no es correcto que se encomienden a principiantes»¹; ya antes había sentenciado que «lo peor es que tan pronto el científico alcanza, por su preparación y su posición académica, un nivel superior, deja de hacer la crítica de libros. Porque es entonces cuando más útiles podían ser las críticas y más objetivas»². «Los científicos de mejor preparación están moralmente obligados a hacerlas»³ y «el desprecio por este servicio es muestra de cierta timidez académica, incluso de una como falta de urbanidad, que quizá sea difícil de desarraigar»⁴. Ciertamente, estas palabras, escritas entre 1961 y 1980, no sólo reflejaban el estado de la época, sino también el de muchas décadas posteriores en diversas revistas, aunque, desde luego, no cabe imputar a este *Anuario*, y menos en su actual etapa, ni a sus múltiples recensionadores de toda condición y mérito haber desatendido la llamada a cumplir con tal oficio. Por eso han resonado con más fuerza en la conciencia del autor de estas letras, que reconoce su desatención ya prolongada al género. Al encontrar un libro de valía, sobre materia en la que, por fin, comienza a publicarse monográficamente con cierta

* Esta recensión forma parte del proyecto de I+D+i PID2021-124191OB-I00, financiado por MCIN / AEI /10.13039/501100011033 FEDER, UE, titulado «Consentimiento, abusividad y transparencia en los contratos de contenidos y servicios digitales», del que el autor es IP.

¹ D'ORS, A., *Sistema de las ciencias*, Pamplona, 1970, II, p. 85.

² D'ORS, A., *Papeles del oficio universitario*, Madrid, 1961, p. 133.

³ D'ORS, *Sistema...*, cit., p. 86.

⁴ D'ORS, A., *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, 1980, p. 384.

intensidad, le ha parecido imperativo no contribuir «con su propia abstención a un ingrato silencio en torno a una producción científica que merecía en todo caso la atención de la crítica»⁵.

Hecha la confesión de los motivos últimos para recensionar esta obra (servicio debido y obra que lo merece), uno puede sentirse libre de acotar el enfoque que seguirá, pues al no tratarse de un encargo, ni de un compromiso, ni de un tributo de amistad (ni de inquina), es posible huir de la mera noticia, del resumen sumario del libro –pues para eso cabe recomendar la fidedigna presentación en tres páginas que brindan las directoras del volumen–, del debate en detalle con cada aspecto controvertido de sus capítulos para aprovechar la tribuna con ánimo de difundir en realidad las propias tesis del relator, etc. ¿Qué se pretende entonces? Una lectura para especialistas, que es lo que son los lectores del *ADC*, a cargo de un especialista. Por lo tanto, sólo se buscará aquí el destacado de una serie de problemas en los que los autores de veras profundizan y se muestran originales, los puntos concretos en que avanza la ciencia jurídica y en los que vale la pena, por su dificultad o falta de solución cerrada, seguir pensando.

Como preliminar, una visión general del libro. Es el resultado de un Proyecto de investigación y de un Congreso celebrado en la Universidad de Murcia (junio de 2022), universidad a la que pertenecen 9 de los 10 autores de las contribuciones. Los capítulos tienen una media de 50 páginas cada uno, algo más breve el último. De cara a la edición, hubiera sido mejor abandonar el orden del congreso y haber aglutinado los capítulos en torno a los ejes temáticos que, sin duda, pueden entreverse en sus páginas: *en primer lugar*, aspectos abordados por las Directivas 2019/770 y 2019/771, de 20 de mayo de 2019 y su transposición en España, relativas a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y al contrato de compraventa de bienes (capítulos 1, 5, 6, 9 y 10, estructurables acaso así: *cap. 1*, Arroyo Amayuelas: visión general de la transposición de ambas directivas; *cap. 10*, Plana Arnaldos: conformidad; *cap. 5*, García Ripoll: resolución del contrato; *cap. 6*, González Pacanowska: bienes con elementos digitales; y, por conexión, *cap. 9*, Navarro Castro: desistimiento). *En segundo lugar*, cuestiones relacionadas con los límites que la propiedad intelectual impone en el suministro de contenidos y servicios digitales (capítulos 2 y 3: *cap. 2*, Ataz López: las licencias de uso de contenidos digitales, tema que aún mantiene vínculo con las Directivas citadas; *cap. 3*, Casanova Asencio: explotación digital de la propiedad intelectual sobre obra musical). *En tercer lugar*, dos problemas cruciales sobre la contratación digital no armonizados en las dos Directivas de referencia ni en ninguna otra (capítulos 7 y 4: *cap. 7*, Macanás: la identificabilidad de las partes; *cap. 4*, Díez Soto: la responsabilidad de las plataformas o mercados en línea por el incumplimiento del contrato subyacente). *En cuarto lugar*, como tema distinto de todos los anteriores, pero de la máxima importancia, la adaptación de la Directiva 85/374, de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos al entorno digital (*cap. 8*, Martín Salmerón). Naturalmente, dado lo proteico del mundo digital y su regulación, cabe proponer otras ordenaciones temáticas distintas de la que aquí se sugiere o de la que el libro adopta. La selección de materias es muy oportuna, no busca la exhaustividad ni siquiera dentro de las principales normas abordadas y eso hace ganar al libro en profundidad, pero un poco más de detenimiento a la hora de dar la factura final al orden del volumen hubiera

⁵ D'ORS, *Sistema...*, cit., p. 86.

ratificado la acribia que, por lo demás, adorna el libro: la propia presentación adolece de ese pequeño descuido tanto al numerar incorrectamente los capítulos sintetizados como al referirse a los dos últimos en un orden que no es el finalmente plasmado, al no ser «el último capítulo» el dedicado al derecho de desistimiento, sino el relativo a la conformidad. Tómese esta objeción menor como una forma (crítica, *comme il faut*) de presentar al lector las materias y autores que habitan el ejemplar.

En el *capítulo primero*, la prof. Esther Arroyo Amayuelas (Universidad de Barcelona) realiza una acertada síntesis del Derecho español vigente tras la implementación de las Directivas 2019/770 y 2019/771, bajo el título «*La transformación digital de los contratos de consumo en España*» (incluye: marco legislativo, ámbito de aplicación material y subjetivo, conformidad, plazos, remedios, acción de regreso y directa, valoración de la reforma). Con valiosísimas notas y apuntes de Derecho comparado, marca de la casa, entiende que la transposición en el Derecho civil común español se ha producido «con más desacierto que fortuna» (pp. 24 y 53). Desde esta premisa, critica que el artículo 116 TRLGDCU siga declarando la incompatibilidad entre su régimen de conformidad y el del saneamiento del Código civil (que incluiría, a su juicio, no solo los vicios ocultos, sino también la evicción), pese a que las Directivas permitían mantener un régimen complementario, y denuncia la incongruencia que supondría que el artículo 117 TRLGDCU autorice recurrir a otras medidas correctoras cuando una ley así lo establezca, sin que la remisión quede clara ni pueda entenderse como una llamada implícita al régimen del CC sobre evicción. También expresa sus reproches contra el artículo 59 bis f), al no tomar partido sobre el régimen de los «contratos mixtos» (¿cuál ha de ser la calificación del contrato cuando incluye un paquete con distintos elementos, como bienes, servicios, contenidos digitales?); la falta de previsión de resolución parcial en ese tipo de contratos; el acotamiento del nuevo régimen sólo a los contratos de consumo cuando, a su entender, debería expandirse también a contratos entre empresarios; la decisión de no haber impuesto la reparación como remedio preferente frente a los vigentes postulados favorables a la economía circular; la fijación de un plazo de diez años de disponibilidad de las piezas de recambio, en lugar de poner en conexión el plazo con la vida útil de cada bien por sectores; en materia de plazos de prescripción, censura que el plazo de cinco años se haya adoptado con enfoque subjetivo, esto es, desde la aparición del vicio y no desde la entrega, y que no se explicita que el *dies a quo* tiene lugar dentro del plazo de responsabilidad.

Pero además de esta y otras críticas sobre la transposición, la prof. Arroyo se pronuncia sobre algunos aspectos que la Directiva deja en sombra o no resuelve y cómo debería ser su acomodo en Derecho español: por ejemplo, en el régimen de la resolución como remedio ante la falta de conformidad, la Directiva no hace referencia a los intereses moratorios, que la autora entiende exigibles conforme al régimen general del Derecho de obligaciones, habiendo de ser, además, automática la mora en la compraventa de bienes cuando el empresario los reciba; igual recurso al Código civil preconiza para garantizar la indemnización por los daños producidos tras el plazo de responsabilidad legal. En punto al candente tópico de los datos como contraprestación, se congratula de que la Directiva 2019/770 no requiera que el consentimiento se preste con los requisitos reforzados del RGPD (Reglamento General de Protección de Datos), afirmación esta (p. 32), apuntalada con la idea de que el incumplimiento del RGPD pudiera

permitir al empresario privar al consumidor de la protección del TRLGDCU, aunque los requisitos legales del consentimiento merecerían, entiendo, ulterior debate. Conectado con ello, sostiene la autora que si el consumidor revocara su consentimiento al tratamiento de los datos personales no debería darse al empresario un derecho de «resolución», sino de «desistimiento, denuncia o rescisión»; además, debería haberse fijado que el empresario debe abstenerse de usar los contenidos digitales del consumidor también cuando quien resuelve es aquél.

En definitiva, el capítulo aúna gran capacidad de síntesis, con críticas personales y bien fundamentadas sobre numerosos aspectos, de manera que no dejará indiferente ni al especialista ni al no iniciado, pues ambos saldrán de él con sumo provecho.

El capítulo segundo lleva la firma del prof. Joaquín Ataz López y constituye un lúcido, magnético y renovador ensayo, con mucho pensamiento propio, sobre las «*Licencias de uso de contenidos digitales sometidos a propiedad intelectual*». El autor consigue explicar con sencillez suma problemas ciertamente complejos y hacer propuestas –que no necesariamente comparto *in totum*– sobre la noción e implicaciones de las «licencias de uso», categoría aún tan necesitada de estudio desde diversos ángulos. Aunque la doctrina española ya cuenta con solventes estudios sobre la interacción entre la propiedad intelectual y el derecho de consumo (López Richart, Garrote Fernández-Díez), el prof. Ataz no entra en diálogo con esos ensayos previos, sino que afronta la tarea de desentrañar la naturaleza jurídica de esas licencias con repaso del entero ordenamiento y desde una doble premisa: por una parte, la «licencia» (= contrato de licencia), entendida como cesión de los derechos de explotación contemplados en la Ley de Propiedad Intelectual (que no contiene una noción autónoma de licencia), en la que no existe, *a priori*, una parte débil; «licencia» que es distinta de la «licencia de uso» en la que el empresario impone restricciones al usuarios final. Y, por otra parte, estas restricciones responden a intereses empresariales y no de interés público en el fomento de la creatividad y, por ende, los intereses de los consumidores deben sopesarse en la misma balanza que el resto de las relaciones de consumo.

Desde estos dos postulados, el autor defiende una conclusión central, disconforme con el enfoque tradicional en esta materia, con varios corolarios: para el prof. Ataz la licencia de uso no puede considerarse un auténtico contrato entre el consumidor y el titular de los derechos de autor («principalmente si quien comercializa el producto en cuestión no es titular de los derechos de propiedad intelectual», p. 65); no hay, a su juicio, por tanto, dos contratos (uno con el suministrador y otro con el titular de la propiedad intelectual). Las licencias de uso, entiende, no son un contrato, incluso aunque se autodenominen así, sino sólo una cláusula contractual en el contrato por el que el usuario final accede a la obra protegida y delimita el objeto cuyo uso se transmite, de manera que dichas cláusulas pueden someterse al control de incorporación y de contenido (p. 73 ss., y, habría que añadir, también al control de transparencia). En este sentido, si la licencia es abusiva, será irrelevante que haya sido impuesta por el suministrador/vendedor directamente (único contrato bilateral firmado) o que haya sido predeterminada por el titular de los derechos de autor (no hay contrato con él), pues el empresario que comercializa los productos o servicios es responsable ante sus clientes de la abusividad (p. 82). A partir de ahí, el autor del capítulo interpreta los dos escenarios de aplicación, posibles a su juicio, del artículo 10 de la Directiva 2019/770 (*vid.* art. 117.2 TRLGDCU): el primero, más obvio, acaece cuando quien

distribuyó el contenido digital carecía de permiso del titular de los derechos de propiedad intelectual: cuando esa vulneración de derechos de tercero implique para el consumidor una restricción en el uso inicialmente permitido, se habrá producido una falta de conformidad. Según el prof. Ataz, también existirá falta de conformidad incluso si el titular de la propiedad intelectual no llega a reaccionar (esto es, no se hace efectiva la restricción de uso). El segundo escenario sería, aunque no encaje en el tenor de los artículos citados, cuando el proveedor de los contenidos digitales tiene derecho a suministrarlos y actúa, por tanto, correctamente, pero somete el disfrute de los contenidos a una licencia impuesta por el titular de la propiedad intelectual que implica restricciones sobre lo que el consumidor puede hacer que vayan en contra de sus legítimas expectativas (requisitos objetivos de conformidad): también habría falta de conformidad.

Bajo el título de «*Problemas en torno a la explotación digital de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical*», la Dra. Andrea Salud Casanova Asencio rubrica el *tercer capítulo*. Su exposición se divide en dos vertientes cuyo marco normativo no son las Directivas antes citadas sino la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado digital (y su transposición por RDL 24/2021, de 2 noviembre): por una parte, la relación de los autores con otros sujetos que participan en la producción y explotación de la obra musical, y, por otra parte, la relación entre los usuarios y los titulares de los derechos de explotación en punto a la compartición ilegítima de contenidos musicales protegidos por la propiedad intelectual. En cuanto a la primera relación, son de sumo interés las explicaciones sobre el funcionamiento práctico de la industria musical, el papel de los agregadores musicales (distribuidores) y su papel de intermediarios entre las plataformas y las compañías discográficas, de las que reciben en exclusiva los derechos y los distribuyen a varias plataformas de *streaming*: el desequilibrio existente entre los actores, el llamado «contrato 360°», etc. En este ámbito, la Dra. Casanova se muestra crítica con la transposición española de las tres medidas *ad hoc* contempladas en la Directiva 2019/790: respecto al principio de remuneración equitativa denuncia que la norma española se haya quedado en vagos principios sin implementar mecanismos de ejecución ni, por ejemplo, porcentajes mínimos desde el inicio; en relación con la acción de revisión por remuneración no equitativa objeta al mantenimiento del límite de 10 años (art. 47 LPI); y respecto al derecho de revocación por falta de explotación de la obra opina que es desproporcionado el plazo de 6 años fijado en la transposición, cuando la Directiva aludía a un plazo razonable.

En cuanto a la segunda relación (usuarios *vs.* titulares de derechos de explotación), aborda el consabido fenómeno de la compartición ilegítima de contenidos musicales por los usuarios de la plataforma con tres aportaciones propias o adscribiéndose a alguna de las tesis en liza en el debate: a) sostiene como mejor solución normativa actuar contra las plataformas y no contra los usuarios y quiere ver su reflejo en el artículo 17 de la Directiva 2019/790; b) respecto a este crucial y controvertido precepto insinúa que si bien no impone una obligación formal de rastreo y detección de actividades ilícitas, en la práctica sí habrán de realizarlo las plataformas para entenderse cumplidos los estándares de diligencia exigidos; c) al abordar los problemas específicos de la compartición en plataformas de *streaming*, acota los supuestos de usos legítimos de obras protegidas amparados por los límites o excepciones de la Directiva (por ejemplo, un podcast explicativo con breves fragmentos, o los «*reaction videos*», o las parodias de obras musicales)

y pone de relieve cómo las versiones musicales («covers» o «cover versions») no están cubiertos por los límites/excepciones de la Directiva y, por ende, requieren de autorización o licencia de uso, aunque la práctica demuestra que no suelen emplearse medidas especialmente expeditivas ni generalizadas contra estas actividades.

En el *capítulo cuarto* el prof. Carlos M. Díez Soto analiza la «*Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea por incumplimiento del contrato subyacente*», un problema no sometido por ahora a armonización sino de forma muy parcial y que reviste el máximo interés práctico. Con su habitual claridad expositiva, el autor repasa con pormenor el marco normativo y su ámbito de aplicación, así como las obligaciones asignadas por tipos de operadores, con especial atención al Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales (RSD) en relación con la prestación de servicios digitales intermediarios (Reglamento cuya entrada en vigor está prevista para el 17 de febrero de 2024 pero que ya es Derecho vigente desde el 26 de agosto de 2023 para Plataformas y Buscadores de Gran Tamaño: artículo 92, cuatro meses desde la notificación de la Comisión Europea a esas entidades). La principal conclusión y *leit motiv* del capítulo es que la normativa europea de consumo ha limitado la imposición de prohibiciones y obligaciones sustantivas (y sus correspectivas responsabilidades) y ha primado reforzar los deberes de información y transparencia. El prof. Díez Soto subraya algunas novedades relacionadas con los puertos seguros, como la llamada «cláusula del buen samaritano» (art. 7 RSD, pp. 183 y 188) por la que se evita gravar con responsabilidad a quien precisamente fue diligente al implementar medidas de control activo, y analiza los fundamentos con los que podría hacerse responder a los intermediarios, que no son parte del contrato subyacente y, por lo tanto, en principio, no responden por el incumplimiento de este, mostrándose favorable a consagrar su responsabilidad en algunos casos, con apoyo fundamentalmente en algunas propuestas formuladas desde el *European Law Institute* (ELI).

El autor llega a distinguir y analizar cinco posibles fundamentos para esa responsabilidad del intermediario, con sugerencias personales: 1) La responsabilidad del proveedor del mercado en línea por las garantías prestadas respecto al contrato subyacente, garantías habituales que enumera; pero aún va más allá y sostiene la posible responsabilidad por generar con sus actos, implícitamente, una expectativa legítima de erigirse en garante del cumplimiento (*vid.* un ejemplo en la SAP Cuenca 118/2018, de 8 de mayo). 2) Responsabilidad por incumplir sus propias obligaciones: sobre ello, el prof. Díez Soto estima que la responsabilidad deriva no sólo de incumplimiento de lo fijado en sus condiciones generales, sino también de los deberes que, inferidos de la naturaleza del contrato, sean conformes a la buena fe, los usos y la ley; e incluso defiende tanto la posible aplicación del artículo 147 TRLGDCU (y de la normativa sobre prácticas comerciales desleales) como que dicha responsabilidad sea solidaria. 3) Responsabilidad por propiciar confusión sobre la identidad del suministrador o sobre la información del producto, escenario este más pacífico (desde la STJUE 9.11.2016, *Wathelet*, y *vid.* art. 53 RSD), en el que el autor apoya la solución propuesta en las *ELI Model Rules*: el consumidor debería poder reclamar a la plataforma aunque su contraparte sea otro consumidor. 4) Responsabilidad por ejercer una «influencia predominante» sobre el suministrador: el concepto acuñado por el TJUE ha sido predominantemente omitido en las últimas Directivas para evitar una regla general de responsabilidad, según resalta el autor, por lo que no podrá

ser la base única para imputar responsabilidad, sino que habrá que combinarlo con alguno de los tres fundamentos anteriores; el prof. Díez Soto también subraya una idea capital: que una plataforma intermediaria no pueda acogerse a uno de los criterios de exención de responsabilidad (puerto seguro) no significa que sea necesariamente responsable por el negocio subyacente (pp. 202, 205 y 206). 5) Responsabilidad ante la dificultad o imposibilidad de ir contra el tercero suministrador: para estos supuestos, el autor propone la aplicación analógica de diversas normas de consumo (productos defectuosos, intermediarios de crédito, viajes combinados) que cumplidamente repasa.

En el capítulo quinto el prof. Martín García-Ripoll Montijano se ocupa del remedio al que la Directiva 2019/770 dotó de matices más novedosos: «*La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales*». La principal virtud del capítulo –con alguna licencia verbal que desentona con el tono académico del volumen, v. gr. p. 245, n. 52– estriba en plantear supuestos posibles dudosos poco abordados y en completar el régimen de la transposición española (y algunos aspectos no tratados por la Directiva) con el recurso al Código civil y a la jurisprudencia española sobre Derecho contractual general. De inicio, el autor dedica atención a la resolución por falta de suministro (supuesto que procede de la Directiva 2011/83, no de la Directiva 2019/770) y entiende que en realidad es una falta de conformidad grave, por lo que la diferencia entre falta de suministro y suministro no conforme es, desde el punto de vista de la resolución, «un atentado a la economía normativa». Además, apunta que el supuesto límite de entrega de cosa distinta, constituiría un caso de falta de conformidad, no de falta de suministro. Ya en terreno de la resolución por puras faltas de conformidad, el prof. García-Ripoll promueve la distinción de tres tipos (a partir de la relación entre los arts. 14.4 y 14.6 de la Directiva 2019/770): faltas de conformidad graves (con posibilidad de resolución automática), media (sin resolución automática) y leve. En cuanto a los supuestos dudosos (y poco tratados hasta la fecha) relacionados con los remedios en general –de los que subraya la alteración de la jerarquía tradicional por la nueva Directiva–, realiza un balance argumental, sin llegar a decantarse acerca de si el empresario cumplirá poniendo a disposición del consumidor el contenido o servicio digital cuando ha transcurrido un plazo razonable para la puesta en conformidad y el consumidor no ha reclamado un remedio secundario; más decidido se muestra, en contra de la doctrina mayoritaria, al patrocinar que en caso de reparación por un defecto, cuando después aparece otro distinto, el empresario tendrá la facultad de arreglar ese nuevo defecto (no daría paso a la resolución por el consumidor). Sobre la carga de la prueba de que el defecto es leve, que corresponde al suministrador, el autor destaca que no se trata de un hecho, sino de una valoración, que corresponde al juez. En otro orden de cosas, como la Directiva no regula la imposibilidad sobrevenida de la prestación, a su juicio es necesaria la declaración resolutoria, porque en caso contrario sólo quedaría extinguida la obligación del deudor. En cuanto a los efectos generales de la resolución, se muestra muy crítico con la decisión de que la resolución no pueda conllevar ningún tipo de gastos al consumidor, porque ha podido reportar utilidad al consumidor y comportaría un enriquecimiento injusto.

Finalmente, en cuanto a los específicos efectos de la resolución cuando la contraprestación contractual fue el tratamiento de los datos personales del consumidor, aunque la tesis del prof. García-Ripoll parece ser que en este caso no existe auténtico acuerdo ni un contrato (pp. 258 y 265), la lectura

del despliegue de argumentos a favor y en contra que ofrece acaba siendo algo contradictoria y poco convincente; por ejemplo, como bien indica (p. 257), «el derecho a recuperar datos no personales supone implícitamente admitir el carácter contractual de la relación». Pero, en definitiva, en los puntos más controvertidos de este asunto, el autor discrepa de que existan dos consentimientos (uno para datos, otro para el contrato), entiende que si el consumidor se retracta de su consentimiento al tratamiento de datos significa que quiere la resolución y se adscribe a la tesis de que el deber de informar del «precio total» debe incluir también la contraprestación en datos. También abandera la existencia de indemnización en caso de entrega de datos por el consumidor que finalmente no tiene acceso al contenido o servicio digital. En su recapitulación final, el prof. García Ripoll resume (p. 265) en cinco los aspectos que entiende más criticables de la nueva normativa –que *mutatis mutandis* coinciden con la selección aquí expuesta– y concluye, algo enigmáticamente, en relación con el asunto de los datos como contraprestación: «a quien suscribe, a fuer de malicioso, le asalta la duda de si (...) se ha querido encajar con calzador en el concepto de contrato para evitar que el consumidor estuviera legitimado para ejercitar posibles acciones de enriquecimiento».

Para el *capítulo sexto* se ha seleccionado uno de los temas más complejos y aún muy necesitados de estudios profundos como el que precisamente ofrece una de las dos directoras del volumen, la prof. Isabel González Pacanowska: «*El contrato de compraventa de bienes con elementos digitales*». El fenómeno de los *smart goods* o bienes inteligentes demanda numerosas aproximaciones jurídicas (protección de datos, intimidad, propiedad intelectual, productos defectuosos, Derecho contractual, etc.). La autora se centra en desentrañar minuciosamente la nueva regulación de estos «bienes con elementos digitales» en las Directivas 2019/771 y 2019/770 y toma decidida y argumentada posición en contra tanto de la decisión europea de someter su régimen a la primera de las dos Directivas hermanas, como de la transposición española que, al refundir ambas normas en el TRLGDCU, «oscurece el reiterado objetivo comunitario de claridad y seguridad» y olvida «los esfuerzos de las propias Directivas en perfilar su respectivo ámbito de aplicación» (p. 277), pues prescinde de varias normas sobre el ámbito, omite la definición de «compraventa» de la Directiva 2019/771 y unifica en torno a la noción de «empresario» la contraparte del consumidor, cuando las directivas distinguían cuidadosamente entre «vendedor» del bien con elementos digitales y el «empresario» suministrador de los contenidos digitales. La propia decisión comunitaria de adscribir por entero el régimen de los bienes con elementos digitales a la directiva sobre compraventa (2019/771) y no a la del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales (2019/770) implica en esencia que el vendedor es responsable de la falta de conformidad provocada por cualesquiera de los elementos del bien (físicos o digitales, contenidos y servicios) e incluso no sólo de la falta de conformidad inicial sino de la posterior a la celebración del contrato y entrega del bien, como son las actualizaciones a cargo de tercero. Por las disfunciones y desventajas para el consumidor que esto puede provocar, la prof. González Pacanowska denuncia, por ejemplo, que el vendedor no podrá proporcionar la actualización pero es el legitimado pasivo para ello frente al consumidor, y esta ampliación de responsabilidad del vendedor introduce una suerte de contrato de servicio ajeno a la compraventa, que se pasa a convertirse en una relación duradera con los compradores (pp. 316-317); o también la dificultad de que el consumidor pueda usar

ciertos remedios contra el vendedor y, en particular, en sede de resolución, de poco servirán las reglas contractuales, aplicadas a bienes con elementos digitales, en relación tanto con datos personales como con datos no personales suministrados por el consumidor a terceros al usar el bien, pues dichos datos no son controlados por el vendedor (pp. 327-328).

El capítulo (casi una pequeña monografía de 65 páginas) se muestra exhaustivo en su abordaje del concepto de «bien con elementos digitales», del contrato de compraventa de ese objeto híbrido, de la posición del vendedor y de las pretensiones contra terceros distintos del vendedor. Además de las ideas-fuerza del ensayo, ya destacadas, cabe sintetizar así las aportaciones más originales de la autora: la denuncia de la defectuosa transposición del concepto de «compraventa» contra el postulado de la armonización plena (la incorrecta y limitativa referencia española a la «compraventa de bienes existentes», la exclusión a efectos de responsabilidad de la transmisión gratuita de bienes con elementos digitales); la crítica a la decisión europea de que cuando los soportes materiales sean meros portadores de los contenidos digitales queden sometidos sólo a la Directiva 2019/770 de contenidos digitales (aduce como ejemplo que si un DVD está rayado lo esperable es que el *vendedor* lo sustituya inmediatamente por otro); las nefastas consecuencias de no haber transpuesto la regla del artículo 3.3 de la Directiva 2019/771 que resuelve los supuestos limítrofes o dudosos, ni la definición de «paquete de distintos elementos» del artículo 3.6 de la Directiva; el amplio margen que el legislador europeo deja al vendedor en la configuración del contrato y la delimitación de lo que son «sus funciones», las propias del bien según la oferta y las condiciones generales, con evidente peligro de que las cláusulas de estilo excluyan la responsabilidad del vendedor –práctica que habrá que combatir con la protección frente a cláusulas abusivas–; la defensa de la autora de la vigencia del plazo de 30 días como obligación de entregar el bien con elementos digitales, pese al silencio legislativo; o de la posibilidad de exigir actualizaciones más allá del plazo legal de garantía en contratos de acto único de suministro digital con base en la noción de expectativa razonable según las circunstancias; o la crítica a la inexistencia de acción directa contra el fabricante del bien o el suministrador del contenido digital (sobre todo para actualizaciones, que mantengan el *update*, pero sin obligación de *upgrade*), etc.

Bajo el título de «*La identificabilidad en los contratos digitales*», el prof. Gabriel Macanás firma el *capítulo séptimo*. En él se enfrenta, en un ejercicio creativo con las categorías jurídicas, al problema de la «no identificabilidad» de las partes contractuales (o, en palabras del autor, al estatuto jurídico de la «inidentificabilidad» subjetiva como categoría), que es propiamente la idea directriz del original ensayo. El prof. Macanás trata de insuflar nuevas consecuencias al hecho de que pese a existir un contrato por concurrir consentimiento de al menos dos personas, el no poder llegar a identificar a una de ellas impida la ejecución del contrato; su tesis es que el contrato podría adolecer de nulidad absoluta. Veamos cómo y por qué llega a esta conclusión radical. En primer lugar, clasifica los principales supuestos de imposibilidad de identificar a las partes en el entorno digital: el anonimato posible en el *blockchain* (sobre todo en la modalidad «pública», debido a la falta de un controlador centralizado, la ausencia de exigencia de prueba de identidad, con acceso anónimo y ejecución dispersa); el anonimato igualmente empleado en los *smart contracts* celebrados con esa tecnología (en los que, sólo en apariencia, ante la mayor certidumbre de cumplimiento parece más irrelevan-

te la identidad de los contratantes); o la actuación a través de identidades digitales tan tenues como el correo electrónico. A continuación, analiza la relación entre partes, identidad e identificabilidad a lo largo de varias ramas del ordenamiento (penal, procesal, civil) para colacionar finalmente las consecuencias civiles de la imposibilidad de identificar a una parte contractual: la imposibilidad de exigir al deudor anónimo ningún tipo de cumplimiento, traducido asimismo en la imposibilidad de ejercer procesalmente ninguna acción (cfr. arts. 156 y 256 LEC sobre averiguación del domicilio); la imposibilidad de interrumpir la prescripción, de compelerle a cumplir la forma acordada, de verificar si existe un consumidor y un empresario (y, por ende, de aplicar la normativa de consumo), de si existe un menor de edad, una persona con discapacidad que precisa apoyos o una persona con prohibición de disponer... A juicio del autor, son insuficientes los remedios que ofrece el ordenamiento (el parangón con el usuario que empleó firma digital, la responsabilidad de la plataforma empleada en la contratación o la asunción del riesgo de que la otra parte no esté identificada), por lo que pasa a formular su tesis de la ineficacia del contrato por inidentificabilidad de las partes. Y lo funda bien en la consideración de tratarse de un elemento esencial del contrato con una interpretación extensiva del artículo 1261 CC –lo cual probablemente no alcance consenso académico y jurisprudencial– o bien vinculándolo al consentimiento y la prohibición del artículo 1256 CC de dejar el cumplimiento al arbitrio de quien se reserva la posibilidad de identificarse en algún momento, para concluir que la ineficacia *ad hoc* es la nulidad absoluta y no la anulabilidad relativa.

El *octavo capítulo* está a cargo del Dr. Andrés Martín Salmerón: «*Algunas reflexiones sobre las propuestas de modificación de la directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*». En 70 páginas, el autor desglosa las principales propuestas existentes (del *European Law Institute* [ELI] y de la Comisión Europea, ambas de 2022) para adaptar la Directiva 85/374/CEE al nuevo entorno digital; en particular, tomando postura en cuanto a la adaptabilidad de los conceptos y definiciones existentes o la necesidad de crear nuevas categorías y nociones. Respecto al concepto legal de «producto», el Dr. Martín Salmerón entiende que tanto el *software* y los contenidos digitales como los bienes con elementos digitales estarían incluidos en el concepto general y flexible existente; si hubiera que introducir un nuevo concepto argumenta como preferible el propuesto por la Comisión Europea (frente al del ELI), aunque censura que ninguna de las dos propuestas haga referencia a los animales, los órganos humanos o la sangre, ni que tampoco aborden la inteligencia artificial. En relación con el carácter «defectuoso» de los productos, el autor comparte la decisión de las propuestas de mantener la concepción existente, pero ajustándola a la jurisprudencia del TJUE en el sentido de respetar las expectativas de seguridad desde un punto de vista objetivo (del «gran público») y no subjetivo. También aplaude los nuevos rasgos de la noción de «puesta en circulación» al constatar que las nuevas tecnologías permiten a los fabricantes un control del producto más allá del momento de comercialización, frente el criterio tradicional de fijar plazos y consecuencias desde la pérdida de control del productor con la transmisión del producto; sin embargo, pone en duda que las nuevas propuestas sean suficientemente claras en punto a si estarían cubiertos por ellas los productos digitales a cambio de datos personales. El autor del capítulo hace un repaso de las diversas normas sectoriales existentes o en vías de aprobación sobre la seguridad general de productos y subraya que los estándares

que crean sin duda servirán de referencia para fijar las expectativas legítimas del gran público pero no pueden servir de parámetros para eximir totalmente de responsabilidad al productor.

Siguen consideraciones de interés sobre la entrada al mercado de productos perfeccionados con posterioridad, la interacción entre productos (internet de las cosas), la capacidad de aprendizaje de un producto o las expectativas de seguridad por grupos específicos, para abordar por último con detalle los otros dos grandes temas clásicos en este ámbito: los sujetos responsables y las causas de exoneración de responsabilidad. En cuanto a lo primero, el Dr. Martín Salmerón, destaca y contrasta las novedades de ambas propuestas: la inclusión de los fabricantes de un elemento digital del producto y también de los que renuevan completamente un producto o lo reacondicionan (bajo la presunción de que si la modificación sustancial se produjo fuera del control del fabricante original se entiende que se ha fabricado un producto nuevo), aunque el autor detecta alguna contradicción entre la nueva responsabilidad de quien manda diseñar un producto y quien produce algo para su propio uso, sin mediar actividad comercial; la responsabilidad solidaria del «representante autorizado» del productor dentro de la noción de importador, y la responsabilidad subsidiaria con que la Comisión grava a los proveedores de servicios logísticos o la igualmente subsidiaria con que ambas propuestas cargan a las plataformas en línea. Por último, en cuanto a las causas de exoneración, el autor repasa causa por causa, aquellos puntos de continuidad o novedad respecto a la Directiva en vigor y pone el acento en las novedades, como las que suponen que los fabricantes respondan por daños causados por actualizaciones informáticas, mejoras de seguridad o falta de actualizaciones; las referencias a la fabricación parcial de componentes (cuya regla siguen sin aclarar plenamente algunas cuestiones relativas a bienes con elementos digitales); o la nueva redacción de la regla sobre riesgos de desarrollo (ajustándola a las nuevas nociones de «introducción en el mercado», «puesta en servicio» o «estar bajo control»), si bien, apunta, no parecen quedar completamente aclaradas las dudas habituales con la expresión «estado objetivo de los conocimientos científicos y técnicos, incluido su nivel más avanzado».

Como *capítulo noveno*, el prof. Miguel Navarro Castro analiza «*El derecho de desistimiento en los contratos de servicios digitales*», con un correcto y ordenado análisis de su problemática, encontrándose sus aportaciones propias en la parte intermedia (pp. 482-487). El capítulo no aborda el régimen del desistimiento en relación con contenidos digitales, sino solo para delimitar éstos respecto a los servicios digitales, que cuentan con su régimen distintivo, objeto de esas páginas, aclarando así algunas zonas ambiguas y destacando la interpretación restrictiva adoptada por el TRJUE (sentencia de 8 de octubre de 2020, *EU* contra *PE Digital GmbH*), en caso de duda, sobre el concepto de «contenidos digitales» a estos efectos. El prof. Navarro expone las diferencias entre el derecho de desistimiento en la compraventa de bienes y en los contratos de servicios. Al reflexionar sobre los contratos de servicios prestados a cambio de datos personales destaca que la posibilidad de revocar el consentimiento durante toda la vida del contrato disminuye el interés del consumidor por emplear el desistimiento. Tras explicar los deberes de información y las reglas sobre el ejercicio del derecho, refrenda que la reforma española de transposición de 2021, pese a algunos cambios de redacción (art. 103.m TRLGDCU), no ha incluido modificaciones en esa materia, ni tampoco en la dicotomía contenidos/servicios digitales; ha sido la citada STJUE la que, en palabras del autor, «parece introducir un doble concepto de

contenido digital, uno más restringido referido a la aplicación del régimen del desistimiento que, en cuanto restringe los derechos del consumidor, debe ser interpretado restrictivamente, y otro más amplio, sino queremos dejar fuera a los servicios digitales que, sin encajar en los supuestos excepcionados de la aplicabilidad de este precepto, sí parecen responder a la categoría de contenido digital a otros efectos que no requieran esta interpretación tan restrictiva, por carecer de un carácter excepcional». A su entender, la Directiva 2011/83 –tras la reforma operada por la Directiva 2169/2019, con las nuevas definiciones de contenido y servicio digital, concordantes con las de la Directiva 2019/770– incluye como suministro de contenidos digitales todos aquellos contratos en que la prestación esté constituida por un único acto de suministro al consumidor de uno o varios elementos específicos de contenido digital, mientras que los contratos que comporten suministro continuo en un período de tiempo quedarían fuera de ese concepto (y del régimen excepcional del artículo 16.m) y, por ende, pese a su carácter digital, les sería aplicable el régimen general del desistimiento de los contratos de servicios, lo cual tiene refrendo, para los casos de duda, en el considerando 30 de la citada Directiva. Respecto al comienzo de la ejecución contractual en los casos de venta anticipada de contenidos digitales como videojuegos, libros o películas, descargados pero no accesibles hasta el día del lanzamiento, el autor patrocina que hasta que no se produce el acceso no hay razón para excepcionar la regla, por lo que debería poder desistir durante los 14 días siguientes a la celebración del contrato, salvo que antes accediese. La parte final del trabajo se centra en las consecuencias del desistimiento: en el supuesto de contratos con contraprestación en datos personales, el prof. Navarro entiende, correctamente, que al retirar la autorización al tratamiento de datos no se desiste automáticamente del contrato ni supone incumplimiento contractual (una interpretación opuesta, *supra*, sostiene en el capítulo quinto el prof. García-Ripoll) y se acoge a la concepción de que lo otorgado al empresario en esos casos por el artículo 119ter 7 TRLGDCU no es un derecho de resolución, sino de desistimiento unilateral o una desaparición de la causa de la obligación del empresario. A la inversa, la manifestación de la voluntad de desistir lleva implícita la revocación del consentimiento a tratar los datos del consumidor.

La prof. M.^a Carmen Plana Arnaldos, codirectora del volumen, cierra este con el capítulo décimo, el más breve (30 páginas), relativo al amplio tema de la «*Conformidad de los contenidos y servicios digitales*». La autora busca centrarlo en la función de la conformidad y en la diferencia entre los requisitos objetivos y subjetivos de conformidad, en torno a esta pregunta central: si los estándares objetivos diseñados por la Directiva 2019/770 son subsidiarios o si existe un mínimo legal imperativo. En definitiva, se cuestiona el margen de autonomía de la voluntad que permite la norma europea. Tras repasar los precedentes de la norma (CISG, Directiva 1999/44/CE, DCFR, CESL y propuesta de Directiva de 2015) y clasificar como una dicotomía las respuestas de la doctrina, aunque quizás sea difícil atrapar fielmente con esa clasificación binaria los matices distintivos entre quienes sostienen que la nueva Directiva sí introduce cambios y, por ende, se trata de una aplicación cumulativa, frente a los que entienden que no ha habido tal cambio de enfoque porque sigue existiendo una interpretación subjetiva de la conformidad, sin que primen los requisitos objetivos, la prof. Plana concluye que la regulación separada de requisitos objetivos y subjetivos supone una novedad y no se puede considerar que sea un sistema de conformidad subjetiva que siga el

modelo anterior (p. 523); a su juicio, «no es necesario establecer una jerarquía entre remedios objetivos y subjetivos, su aplicación sería más bien acumulativa», lo que «implica que ninguno de los criterios puede ser obviado para considerar que el contenido o servicio es conforme» (p. 522), por lo que el objeto deberá responder a las legítimas expectativas del consumidor (derivadas de lo común en el mercado y de la información precontractual recibida) y a lo pactado en el contrato (lo incluido en el documento contractual y lo que tácitamente se deriva del acuerdo). De lo cual infiere que si el modelo contractual está estandarizado, primarán los elementos objetivos, salvo pacto con los requisitos del artículo 8.5 de la Directiva, «lo que será difícil», en tanto que si no está estandarizado por ser un servicio novedoso o personalizado primarán los requisitos subjetivos y, en tal caso, «el pacto podrá cumplir fácilmente los requisitos del artículo 8.5 DCD». Acto seguido, la autora se centra en examinar las exigencias de validez del pacto de exclusión de criterios objetivos de conformidad, para concluir con algunas afirmaciones algo crípticas o, quizás, inexactas: «las cláusulas que se refieran a características concretas del contenido o servicio y se desvíen de los criterios objetivos de conformidad no se puede entender que formen parte de los requisitos esenciales excluidos del control de abusividad» (p. 530) y que el acuerdo que se desvíe de los requisitos objetivos «está sujeto a requisitos formales tan estrictos que apenas será posible en la práctica» en los contratos en masa (*ibidem*, cfr. nota 97). En realidad, a mi juicio, sólo quedan potenciados con ese artículo 8.5 los deberes de transparencia para generar un consentimiento «granular»: de ahí que no es que esas desviaciones no formen parte de la descripción de los elementos esenciales del contrato y por eso puedan ser consideradas cláusulas abusivas, sino que por no cumplirse el deber de transparencia sobre el núcleo del contrato se permita, además («además» de por control de transparencia, artículo 4.2 Directiva 93/13 *in fine*), enjuiciar esas cláusulas contrarias a los requisitos objetivos de conformidad como cláusulas abusivas por un control de contenido que toma por parámetro de contraste precisamente dichos criterios objetivos de la Directiva 2019/770. Pero esto nos lleva ya a la aún incierta relación entre esta última Directiva y la Directiva sobre cláusulas abusivas, por lo tanto, a las consecuencias de la falta de conformidad más allá de los remedios específicos establecidos en la Directiva 2019/770.

En definitiva y para concluir: se trata de una obra en su conjunto particularmente valiosa por la originalidad de ciertos planteamientos, por la selección de algunas de las materias más complejas suscitadas en las nuevas normas sobre la contratación digital y por la profundidad y nivel de detalle en el que se han conjurado sus autores. Si en algún pasaje quien esto escribe se ha deslizado con críticas puntuales, la voz que abría esta recensión resonaba dándole licencia e impulso: según d'Ors, «hay a veces un como temor a ofender al autor con críticas y una convención de que la recensión es una forma de elogio: son formas de paletismo científico»⁶. Larga vida a esta valiosa sección del *Anuario*.

Sergio CÁMARA LAPUENTE
Catedrático de Derecho civil
Universidad de La Rioja

⁶ D'ORS, *Papeles...*, cit., p. 133.

KASER, Max/KNÜTEL, Rolf/LOHSSE, Sebastián (traducción de Francisco Andrés Santos y Patricio Lazo): *Derecho privado romano*, BOE, Madrid, 2022, 882 pp.

En una detallada recensión que precede a ésta en este mismo fascículo del *ADC*, el profesor Sergio Cámara comienza su escrito recogiendo la distinción que hiciera Álvaro d'Ors –quien, por cierto, tanto aprecio sentía por Cámara– entre las «noticias bibliográficas o reseñas» y las «recensiones o notas críticas» propiamente dichas. Y si la suya entra de pleno en el segundo concepto, ésta que aquí se presenta quiere más bien limitarse al género de las «reseñas», pues sólo trata de dar noticia de la aparición de la obra objeto de comentario.

La editorial del BOE ha tenido el acierto de publicar la traducción de la edición actualizada del célebre manual de Derecho privado romano dirigido a la enseñanza que publicó Max Kaser, y que luego continuaron –en sucesión maestro-discipular en línea recta descendente, si se me permite la expresión– Rolf Knütel y ahora Sebastian Lohsse. El libro había sido ya objeto de traducción al español, en su quinta edición, por Santa Cruz Teijeiro, en el año 1968. Ésta que ahora ofrecen los profesores Francisco Andrés Santos y Patricio Lazo es de la 21.^a edición, ampliamente reformulada y aumentada respecto a aquella otra versión española.

Se trata, a mi juicio, de la obra estándar de Derecho privado romano dirigida a estudiantes –con las precisiones y matizaciones que luego se realizarán–. Quiero con ello decir que, ciertamente, pueden existir entre los manuales de Derecho romano otros que respondan más a mis propias preferencias: no puedo ocultar, en concreto, mi particular favor por el Derecho privado romano del ya citado d'Ors, obra difícil y original en muchos puntos, pero de especial fuerza pedagógica para los que se enfrentan a ella. Lo mismo podría decirse de manuales más antiguos, como el de Fritz Schulz, o incluso de otros más recientes, como los de Burdese o Talamanca. Pero el libro de Kaser y sus continuadores puede ser calificado de obra estándar de Derecho romano precisamente por la capacidad de sus autores de exponer y desarrollar críticamente un sistema de instituciones que responde al *status questionis* científico y a la postura doctrinal mayoritaria –muchas veces, asentada por ellos mismos– en la romanística contemporánea. Quien maneje este manual tendrá la doctrina quizá más segura y actualizada sobre las diferentes instituciones que componen el Derecho privado creado por los juristas romanos.

He dicho que el libro se dirige a estudiantes, pero que tal afirmación requiere ser matizada. En efecto, su propósito inicial, al menos en la concepción de Kaser, era que sirviera en cierto modo de extracto de su amplio tratado en dos volúmenes «Das römische Privatrecht» (de hecho, el libro aquí recensionado, era llamado y lo sigue siendo, ahora no sin cierta ironía, «el pequeño Kaser»). Por medio, en particular a partir de que fuese asumida en la edición 17.^a por Knütel, la obra cumple también el propósito de actualizar y completar en cierto modo aquel tratado de Kaser, de modo que recoja las posturas más modernas que han variado respecto a aquél y la bibliografía que se ha ido actualizando desde entonces. Además de eso, Knütel y Lohsse han añadido ciertos elementos de comparación con el Derecho alemán vigente, así como algunos desarrollos de lo que Paul Vinogradoff llamó con acierto, «la segunda vida del Derecho romano», es decir, el desarrollo de las instituciones romanas en su vigencia medieval y moderna.

La estructura de la obra es clásica, siguiendo la distribución de materias del llamado sistema de Pandectas, anteponiendo el estudio de los derechos reales al de obligaciones, e incorporando una teoría general del negocio jurídico que a quienes nos hemos formado cerca de d'Ors —y me excusará el lector la continuada alusión al maestro— nos resulta quizá extemporánea, por no existir en la construcción de los juristas romanos. Como apartado de cierre de las instituciones de derecho privado figura una exposición del sistema procesal civil romano, que una vez más hubiésemos algunos preferido anteponer al estudio del derecho sustantivo.

La edición es pulcra, como todas las del BOE, y viene precedida por un amable prólogo de los traductores, y de otros presentes en las ediciones alemanas, y cerrada con índices de materias y fuentes, así como una detallada relación de emperadores y reglas jurídicas latinas. La traducción vierte en buen castellano, sin pérdida de precisión pero con naturalidad, la no siempre fácil prosa jurídica alemana. No puede sino agradecerse a los traductores, ambos romanistas de excelente formación y valía intelectual, que hayan dedicado generosamente su tiempo a una labor que revierte directamente en bien de toda la comunidad científica y que encontró particular aliento, como dan cuenta los propios traductores, en el director de esta revista.

Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Málaga

VARGAS BRAND, Isué Natalia: *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano)*, BOE, Madrid, 2023, 396 pp.

Las líneas que siguen se dirigen a presentar y analizar el libro que lleva por título el que rubrica esta recensión. Lo haré en las próximas páginas tomando el punto de vista, indudablemente subjetivo, que deriva de mis casi cuatro décadas de labor de investigación jurídica; de bastantes menos años, pero ya unos cuantos, de trabajo en la Comisión General de Codificación, tratando de contribuir en el necesario proceso de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código civil español, y como no podía ser de otra manera, del trabajo esmerado que la autora de la obra empeñó para hacer posible el resultado que ahora me toca presentar. Las menciones críticas que pueda realizar, que ya anticipo que serán pocas y de talla menor, conviven perfectamente con el afecto y aprecio que tengo desde hace años por Isué, convencida como estoy que ambas cosas son perfectamente compatibles y hasta convenientes en el ámbito académico que ambas compartimos.

Pero antes de entrar en el análisis pormenorizado de la obra adelantaré algunas características de la misma que, en mi opinión, nos colocan en el lugar idóneo para afrontar la tarea que me propongo realizar. Esas características son básicamente tres: es un libro cuyo origen está en una tesis doctoral, convenientemente revisada, dirigida por los profesores Morales Moreno y Fenoy Picón, quienes además firman el Prólogo; es un libro dedicado a un tema que se ubica en el ámbito del incumplimiento del contrato y de los remedios con los que cuenta el acreedor frente a ello; finalmente, es un libro que en su primera parte contiene una relevante aportación de Derecho com-

parado, mostrando de manera rigurosa algunos modelos foráneos, de Derecho uniforme y de *soft law*, siempre con el objeto de que sean útiles para preparar el proceso discursivo que la autora aborda en la segunda parte, destinada a clarificar el presente del Derecho español y a trazar sus líneas de modernización en el tema tratado; se incluyen, sobremanera, propuestas claras y valientes de *lege ferenda*. No se extrañen, pues, si les digo ya desde ahora que tales puntos de partida nos permiten afirmar que estamos ante un buen libro de Derecho civil.

El asunto central de la monografía es la operación de reemplazo, que en caso de incumplimiento del contrato constituye una vía alternativa de satisfacción *in natura* del interés del acreedor, en principio a través de un tercero y con cargo al deudor, como recuerda la propia autora. Se trata de una respuesta que se halla muy elaborada en los sistemas del *Common law*, pero que también tiene un cierto recorrido en los de corte continental, por lo que el contraste entre ambos constituye una de las columnas que vertebran el libro, ahora en palabras de los prologuistas, quienes además añaden otras dos: el estudio de la pretensión de cumplimiento y el de la indemnización de daños.

Es esta una de las ocasiones en las que el análisis de Derecho comparado, y en especial, el cotejo de los dos sistemas jurídicos de referencia en el mundo occidental, junto con sus derivaciones en el moderno Derecho de contratos, comporta mucho más que un aseado o incluso un riguroso trabajo de erudición. Lejos de ello, constituye un presupuesto absolutamente imprescindible para la comprensión de la figura estudiada, así como para darle una ubicación y un sentido en nuestro propio ordenamiento. El detalle con el que la Dra. Vargas estudia el Derecho inglés y, muy especialmente, el Derecho estadounidense, sobre el que realiza una titánica labor de comprensión y exposición, cobra todo su sentido al observar cómo a lo largo de la monografía se van destilando las derivaciones emanadas de su cabal entendimiento. Es justo reconocer, sin embargo, que los ordenamientos continentales foráneos no son tratados, ni mucho menos, con la misma profundidad que los anglosajones, en particular, como he dicho, que el Derecho estadounidense. No puedo afirmar que ese desequilibrio sea causa de alguna conclusión precipitada en la parte relativa al Derecho español, pero es un riesgo con el que conviene contar. En favor de la opción de la autora diré que la operación de reemplazo ha tenido mucho más recorrido en el ámbito angloamericano que en el continental, y que ella misma, lejos de ocultar el mentado desequilibrio, lo pone de relieve en numerosas ocasiones, empezando por el propio subtítulo del libro, al considerar que es precisamente del *Common Law* de donde puede extraer mejores enseñanzas. Además, uno de los puntos destacables de este trabajo es, para quien esto escribe, la evidencia de las diferencias metodológicas que separan el *Common Law* y el *Civil Law* a la hora de analizar problemas similares, lo que no impide a la Dra. Vargas dominar las respectivas herramientas de uno y otro.

En efecto, la operación de reemplazo se ha desarrollado fundamentalmente en el ámbito anglosajón, donde, como línea de principio y con matices según sea el ordenamiento de referencia, el acreedor solo puede exigir el cumplimiento *in natura* de la prestación al deudor en casos excepcionales. Por el contrario, en los ordenamientos del *Civil Law* esa misma exigencia constituye un remedio ordinario que puede utilizar el acreedor ante el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, con lo que, en principio, no tendría demasiado sentido que la pretensión se consiguiera en el mercado a través de un tercero. Si no fuera porque, frecuentemente, el recurso a este

remedio ordinario requiere del ejercicio judicial del derecho, obliga al acreedor a conseguir un título ejecutivo para lograr la satisfacción y, en definitiva, retrasa, cuando no impide, la satisfacción oportuna del acreedor. A lo cabe añadir que la figura que nos ocupa resulta perfectamente coherente con la idea de satisfacción del interés del acreedor y de la obligación como garantía de la obtención de un resultado, que son propias de la concepción moderna del contrato. Razones de sobra para que la posibilidad de recurrir a una operación de reemplazo haya ido ganando espacio también en el ámbito continental, tanto a través de los textos de Derecho trasnacional de distinto alcance (entre otros, la omnipresente CISG, muy influida, a su vez, por el Derecho estadounidense), como de las modificaciones o reformas introducidas en los códigos civiles de los diferentes países que han culminado su proceso de modernización de las normas generales de obligaciones y contratos o, en su caso, de las específicas en materia de compraventa.

Una vez bosquejada la figura, las cuestiones más relevantes que se plantean y que la Dra. Vargas aborda a lo largo de la monografía, pisando sin miedo el barro de los distintos ordenamientos analizados, son las siguientes:

La primera, es la pregunta por el tipo de relaciones obligatorias a las que se puede aplicar la operación de reemplazo. Dando la respuesta en nuestra jerga serían, fundamentalmente, las obligaciones genéricas, puesto que carece de sentido pretender una operación de reemplazo de una prestación específica del deudor e incluso de una relativa a un bien escaso en el mercado. En la mayor parte de los casos analizados se trata de obligaciones derivadas de contratos de compraventa de cosas fungibles, pero también es una figura de interés en otro tipo de relaciones obligatorias, como las dimanantes del contrato de servicios, y en especial, el de obra.

La operación de reemplazo es susceptible de ser utilizada tanto el supuesto de incumplimiento total –incluido el incumplimiento anticipado– de la prestación por parte del deudor, como en el caso de prestación no conforme. Se trata de una respuesta al incumplimiento del deudor, entendido este en el sentido genérico y neutral que ya nos resulta hoy bien conocido.

Uno de los temas centrales de la figura es el relativo a la cuantificación de la cantidad que puede reclamar el acreedor que ha realizado la operación de reemplazo al deudor incumplidor. Aquí se oponen dos posibles modelos: el cálculo abstracto según la regla del mercado *versus* el cálculo concreto para el caso; precisamente las dos opciones que separan la respuesta general del Derecho inglés de la que proporciona el Derecho estadounidense post *Uniform Commercial Code*. En el primero, el daño se concreta en la diferencia entre al precio acordado en el contrato y el del mercado del día de vencimiento del contrato. En el segundo se utiliza el método del cálculo concreto del daño, conforme a la razonable operación de reemplazo realizada, método que consagra el *Uniform Commercial Code*, que solo se toma en cuenta la regla de mercado como mecanismo subsidiario.

Otra de las cuestiones fundamentales es la de calificar la figura de la operación de reemplazo; más en concreto, la de decir si es una modalidad de la pretensión de cumplimiento o, más bien, de la indemnización de daños, asunto que para quienes estamos formados en ordenamientos presididos por la idea de sistema tiene un valor didáctico indiscutible, además de derivaciones prácticas varias. Lo cierto es que la segunda calificación es clara en el Derecho anglosajón y en el CCcivil holandés, pero mucho más discutible en la mayor parte de los textos trasnacionales (donde, además, parece apostarse por la previa resolución del contrato) y continentales. Al respecto cabe subra-

yar que el BGB, el CCit, y sobre todo el nuevo art. 1222 Code francés siguiendo su propia tradición, parecen seguir, no sin discusión, la primera; cabe añadir también que esta es igualmente la respuesta del CC belga tras su reciente modificación operada por la Ley de 28 de abril de 2022, novedad que, por razones temporales, no se refleja en el libro. La autora toma partido y no duda, desde la temprana Introducción, de que la ubicación indemnizatoria es la más correcta técnicamente, para lo que desarrolla a lo largo de la obra una pléyade de argumentos que refuerzan su inicial intuición.

Me permito señalar en este punto que el nuevo art. 1222 del Code civil francés suprime para las obligaciones de dar y de hacer el requisito de la previa autorización judicial para el ejercicio de la facultad de reemplazo, el cual es sustituido, en coherencia por la apuesta por la desjudicialización que hace la Reforma de 2016-2018, por la puesta mora y la realización del reemplazo en un tiempo y a un coste razonable. Es interesante aportar, como complemento de esta parte del trabajo, la respuesta del Código civil belga, tras la reforma de su derecho de obligaciones y contratos de 2022. En el nuevo CC belga el art. 5.235 mantiene como regla general en las relaciones obligatorias el recurso a la autorización judicial previa para que el acreedor pueda ejecutar por él mismo o por un tercero la prestación incumplida por el deudor; pero, como norma especial en materia de contratos, el art. 5.85 permite que «en caso de urgencia o de otras circunstancias excepcionales» se prescinda de la autorización judicial que se sustituye por una notificación unilateral escrita hecha al deudor.

Por otro lado, en la línea consagrada en el CC holandés y por la mayor parte de los textos de *soft law*, considera la autora que la operación de reemplazo ofrece un criterio mínimo de cuantificación del daño, lo que significa que no excluye, por sí mismo la indemnización de otros mayores.

La doctora Vargas estudia asimismo la relación entre la operación de reemplazo y el deber de mitigar el daño, figura esta última de procedencia anglosajona pero que está ya plenamente consolidada en prácticamente todos los ordenamientos modernos. La autora se ocupa de esta relación en los distintos modelos comparados, concluyendo que aquella operación es precisamente una expresión de este deber. Añade además que realizar la operación puede incluso llegar a constituir un deber del acreedor (pero nunca una genuina obligación, pues puede acudir a los otros remedios) frente a la cadena de daños que se pueden producir por el incumplimiento del deudor.

El quinto y último capítulo del libro se centra en el Derecho español, aunque también se incluyen en él unos párrafos muy interesantes destinados a buscar indicios de la operación de reemplazo en la obra de Pothier, los cuales, tal vez, hubieran debido ser desplazados a otro lugar en la obra; por ejemplo, a la parte dedicada a la exposición de la figura en los ordenamientos de corte continental, y más concretamente, en los antecedentes de la misma en el Code civil francés.

Cuando la Dra. Vargas trata de proyectar sus convicciones relativas a la operación de reemplazo sobre el CC español vigente encuentra las obvias dificultades derivadas de sus influencias y de sus más de ciento treinta años de redacción. La figura no tiene un reflejo directo en el articulado o este es muy tenue (arts. 1096. II y 1098. I, reglas que la autora califica de naturaleza procesal ejecutiva). Tampoco ha contado con una recepción mayoritaria en nuestra doctrina clásica, más bien reticente a su admisión, con contadas pero muy relevantes excepciones (nada menos que el Pr. Garrigues). Hay que reconocer que la incorporación de la CISG a nuestro ordenamiento supuso,

en este como en otros temas, un cambio revolucionario. Con todo, los autores que tratan de hacer una lectura de nuestro sistema desde el moderno Derecho de contratos, apostando en este caso por la importancia de la operación de reemplazo en nuestro Derecho, se pueden considerar excepciones a las que ahora se suma la autora, siguiendo el camino trazado por sus dos maestros y prologuistas del libro.

Como ella misma pone de relieve, no resulta fácil el análisis de la operación de reemplazo en el Derecho español tomando como punto de partida las vigentes normas codificadas sobre obligaciones y contratos, sea en el Código Civil sea en el Código de Comercio; no obstante, la autora es capaz de detectar sus huellas y de estudiar su uso por la jurisprudencia.

En el libro se reproducen, ahora enfocados hacia el Derecho español, algunos de los puntos más relevantes que ya han sido mencionados con anterioridad. Así, a pesar de la filiación de nuestro Código civil y de la postura adoptada por los autores de otros trabajos anteriores de solvencia que plantean la misma cuestión, la Dra. Vargas se aparta de la tesis que la considera un modo de ejercitar la pretensión de cumplimiento y defiende que la naturaleza indemnizatoria de la operación de reemplazo realizada extrajudicialmente. Esta opción le lleva a plantear dos cuestiones subsiguientes: si la operación de reemplazo efectuada por el acreedor supone o no la resolución del contrato –como en la mayoría de los textos transnacionales que ha analizado y que a la autora le parece necesaria para evitar que el deudor incumplidor siga obteniendo la ventaja del intercambio– y la de cohonestar las reglas generales del remedio indemnizatorio con la operación de reemplazo. También analiza el modo en el que la doctrina y la jurisprudencia españolas combinan los dos mecanismos de cálculo del daño. Evidentemente, añade el asunto de su relación con la mitigación del daño, figura esta reconocida por nuestra jurisprudencia y doctrina, además de por el art. 77 CISG, explorando asimismo la relación entre la regla de la mitigación del daño y la causalidad del daño resarcible.

En la última parte del libro, la autora se pregunta si es necesaria la positivización de la operación de reemplazo en el Derecho español, a lo que implícitamente responde de forma afirmativa. Menciona el antecedente que supone en tal sentido la regulación de la venta de reemplazo en el CC catalán como particular forma de ejecución del contrato. Entre los trabajos prelegislativos que maneja analiza la recepción de la operación de reemplazo en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014 muy inspirado en esta materia por el art. 75 CISG y que, por varias razones excelentemente expuestas, tampoco le acaba de convencer.

La Dra. Vargas termina realizando, en fin, unas conclusiones, para que puedan ser utilizadas a modo de propuesta de *lege ferenda*, sobre la operación de reemplazo con el fin de incorporarla a Derecho positivo español, como una norma general de obligaciones y contratos y ante una eventual reforma integral de esta materia. Reiterando lo expuesto a lo largo del libro, entiende que tal norma se debe encuadrar dentro del remedio indemnizatorio; que dicha indemnización se refiere al interés en el cumplimiento del contrato y no a otros daños, los cuales, sin embargo, no se excluyen; que este daño debe ser considerado previsible; que se debe dar prioridad al cálculo concreto del daño frente al abstracto del mercado cuando el acreedor ha realizado la operación de reemplazo; que esa operación de reemplazo debe cumplir con el criterio de la razonabilidad y la buena fe, en los que está presente la idea de la mitigación del daño; y que frente a la reclamación de daños del acreedor,

el deudor cuenta con ciertas excepciones relacionadas con la operación de reemplazo.

Por razones temporales obvias, la autora no ha podido incluir en el libro la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos, reformada en el seno de Comisión de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia en julio de 2023. Reproduzco a continuación el artículo 1194 de esta Propuesta, situado entre las normas relativas a la indemnización de daños en caso de incumplimiento, y cuya rúbrica es, precisamente, «Indemnización en lugar de incumplimiento». Dice así el citado precepto:

1. En caso de incumplimiento del deudor, el acreedor podrá obtener el cumplimiento de un tercero, con cargo al deudor.

2. Para que el acreedor tenga el derecho que le atribuye el apartado anterior será necesario:

1.º Que conserve la pretensión de cumplimiento.

2.º Que la sustitución de la actuación del deudor por la del tercero se haga en condiciones razonables.

3.º Que, previamente, el acreedor haya fijado al deudor un plazo razonable para cumplir, advirtiéndole de las consecuencias de no atender a este requerimiento.

Este requerimiento no será necesario si el deudor ha puesto de manifiesto su intención de no cumplir.

3. La indemnización prevista en este artículo no excluye la de otros daños derivados del incumplimiento.

No es esta la sede adecuada para hacer un análisis exhaustivo del artículo que acabo de transcribir, pero poca imaginación hace falta para concluir que las ideas vertidas por la autora del libro que estoy presentado han sido, en gran medida, estimulantes para quienes hemos tenido el honor de hacer la labor de reforma y puesta al día de la Propuesta de Modernización del Código civil español en materia de Obligaciones y Contratos. Solo me queda, pues, darle las gracias por haber realizado este trabajo y por escribir un libro tan inspirador.

M.^a Paz GARCÍA RUBIO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

Revistas Españolas

Francisco OLIVA BLÁZQUEZ (Catedrático de Derecho civil, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ (Profesor contratado doctor de Derecho civil [acreditado a Profesor titular], Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), Davinia CADENAS OSUNA (Profesora contratada doctora de Derecho civil, 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. Derechos reales. 6. Propiedad horizontal. 7. Propiedad intelectual. 8. Derecho inmobiliario registral. 9. Derecho de familia. Matrimonio, régimen económico-matrimonial y crisis matrimoniales. 10. Patria potestad y filiación. 11. 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. *Pandemia y COVID-19*. XIII. *Varia*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

DERECHO DE LA PERSONA

ANGUITA RÍOS, Rosa María: «La vivienda: entre el derecho humano y el activo financiero. A propósito de la Ley por el Derecho a la Vivienda (1)», en *AC*, núm. 11, 2023.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles *et al.* (coord.): «Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI: ¿El consentimiento debe estar siempre en el centro?», en *AC*, núm. 7-8, 2023.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «De nuevo sobre el nombre y la determinación del orden de los apellidos y su alteración o cambio: interés superior del menor, violencia de género, violencia vicaria, circunstancias excepcionales y Ley Trans y LGTBI», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1669-1781.

- CALDUCH ALONSO, Mario: «La distribución de competencias en materia de vivienda entre el Estado y las Comunidades Autónomas: (a propósito de la Ley por el derecho a la vivienda)», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1447-1483.
- CARRIÓN VIDAL, Almudena: «La supresión de la prodigalidad como institución autónoma tras la Ley 8/2021, de 2 de junio. El encaje de las situaciones de prodigalidad en el nuevo modelo de apoyos», en *RDP*, núm. 4, 2023.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María: «La acción civil para la defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. 83-102.
- GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio: «Transexualidad y conflictos jurídicos familiares», en *RJC*, núm. 3, 2023.
- LANDA REZA, Idoia: «El control de los accesos indebidos, el ocultamiento y la supresión de los datos relativos a la salud del historial clínico por parte del interesado», en *RDNT*, núm. 63, 2023.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «El daño derivado de la falta de consentimiento informado y su reparación (1)», en *AC*, núm. 11, 2023.
- LÓPEZ GARCÍA, Pablo: «Titular del deber de información asistencial: ¿quién debe informar al paciente?», en *AC*, núm. 10, 2023.
- MECO TÉBAR, Fabiola: «Claves de interpretación del derecho de la persona en el siglo XXI», en *AC*, núm. 9, 2023.
- MORA GONZÁLEZ, Jesús Iván: «Censura colateral y proceso eficiente: efecto horizontal de la libertad de expresión en el ámbito digital», en *RDCE*, año 27, núm. 75, 2023, pp. 293-332.
- OROZCO GONZÁLEZ, Margarita: «Antecedentes penales, protección de datos y plataformas digitales», en *AC*, núm. 10, 2023.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «Protección de datos y Ley 2/2023 sobre protección de personas que informen de infracciones y corrupción», en *RDNT*, núm. 62, 2023.
- «El derecho a no recibir llamadas comerciales no solicitadas», en *RDNT*, núm. 63, 2023.
- «Cuestiones básicas del derecho de protección de datos de carácter personal y su seguridad», en *RDNT*, núm. 63, 2023.
- PLAZA SORIANO, Javier: «Patrimonio genético y tratamiento de datos genéticos y biológicos para su uso en el «big data»», en *RDNT*, núm. 62, 2023.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Dudas y certezas sobre el posible conflicto entre la libertad del artista y los sentimientos religiosos ajenos: la protección de la persona por el Derecho en un sentido integral (1)», en *AC*, núm. 11, 2023.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Distorsiones del derecho de la persona en el siglo XXI», en *RGLJ*, núm. 2, 2023.

SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «El género como voluntad de elección y constancia legal ¿puede suponer un fraude de ley? (a propósito de la nueva ley 4/2023 de 28 de febrero conocida como Ley Trans)», en *RDF*, núm. 101, 2023, pp. 25-56.

TORAL LARA, Estrella: «Aplicación jurisprudencial de la Ley 8/2021 en materia de capacidad: principios generales y medidas de apoyo», en *AC*, núm. 9, 2023.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ALONSO PÉREZ, María Teresa: «Falta de transparencia de la cláusula sobre el precio en los contratos de servicios jurídicos y sus consecuencias en las relaciones de consumo», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. 1-25.

BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el «abuso de la prescripción», la inexistencia de «causa retinendi» y el «realismo jurídico» (Segunda Parte)», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1291-1337.

CADENAS OSUNA, Davinia: «¿Se atribuyen al juzgador nacional facultades integradoras del contrato cuando se declara abusiva una cláusula de vencimiento anticipado incorporada a un contrato de préstamo hipotecario?: desde la «doctrina Kásler» hasta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2019», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1487-1549.

CORDOBÉS MILLÁN, Eva: «Llei 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge afectació als contractes d'arrendament d'habitatge», en *RJC*, núm. 3, 2023.

CORPAS PASTOR, Luis: «La doctrina jurisprudencial sobre nulidad de cláusulas predispuestas en perjuicio del adherente no consumidor», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1861-1885.

DÍAZ SANGUINO, Manuel: «Las «comisiones de apertura»: ¿Se adecúa la STS 816/2023 de 29 de mayo de 2023 a la STJUE de 16 de marzo de 2023?», en *AC*, núm. 9, 2023.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «La responsabilidad del subcontratista en la LOE», en *AC*, núm. 9, 2023.

— «Problemática del aumento de renta en la cesión del contrato de arrendamiento», en *AC*, núm. 10, 2023.

FUENTES NAHARRO, Mónica: «El requerimiento previo de pago al deudor previo a la inclusión en el fichero de «morosos»», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 313-314.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Vino viejo en odres nuevos», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. IX-XV.

— «La Morosidad: De nuevo», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. vii-xi.

- GÓMEZ POMAR, Fernando y CANUDAS PERARNAU, Sheila: «Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de junio de 2023 (Bank M.): nulidad total del contrato por causa de abusividad de una cláusula y restricciones a las pretensiones del prestamista que exceden de la reintegración», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 644-663.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada: «Contrato de viaje combinado: ¿Fin de la responsabilidad solidaria de los operadores?», en *CDC*, núm. 79, 2023, pp. 17-58.
- KARRERA EGIALDE, Mikel Mari: «La fianza general (global)», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1339-1391.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «La contratación de servicios asistenciales por parte de las personas de edad. Un reto para la ley 8/2021», en *RDP*, núm. 5, 2023.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La Representación en derecho de contratos: Propuestas de reforma del derecho español desde la perspectiva de los textos de soft law europeos e internacionales», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. 375-440.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio y MILÀ RAFEL, Rosa: «El daño moral contractual en derecho español tras el escándalo Dieselgate», en *PDD*, núm. 155, 2023.
- PUGA PÉREZ, Yanet: «La legislación tuitiva de consumidores y usuarios como vía apta para obtener la reparación de daños y perjuicios provocados por vicios de la construcción», en *RDP*, núm. 5, 2023.
- QUIÑONES CABRERA, Pedro M.: «Las consecuencias jurídicas derivadas de la contratación infructuosa con el menor. Posibles vías y remedios legales y convencionales», en *AC*, núm. 7-8, 2023.
- RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco: «Marco obligacional de los prestadores de servicios básicos de intermediación: regulación asimétrica de la DMA para las grandes plataformas digitales», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 297-328.
- ROMERO DE LOS VIEJOS, Alfonso: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 462/2023 de 15 de febrero sobre préstamos usurarios entre particulares», en *CDC*, núm. 79, 2023, pp. 139-146.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «A vueltas sobre la usura en los créditos «revolving»», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1832-1860.
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «La prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía: justificación y alcance», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1393-1443.

RESPONSABILIDAD CIVIL

- ASTRAY CHACÓN, María Pilar: «Daños causados por la inteligencia artificial», en *AC*, núm. 7-8, 2023.

- CABALLERO TRENADO, Laura y MORÁN ARIAS, Manuel I.: «Delimitación y alcance del “acuerdo indemnizatorio” (art. 20 LCS) a propósito de las SSTS 1701/2023, de 24 de abril y 65/2022, de 1 de febrero», en *PDD*, núm. 156, 2023.
- CUENA CASAS, Matilde: «Préstamos en masa o “crowdlending” y responsabilidad del operador de la plataforma», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 49-102.
- FERNÁNDEZ ALÉN, Javier: «Seguros de vida e inversión (“unit link”) colectivos. Oscuridad de sus condiciones como una práctica comercial desleal por omisión engañosa. Responsabilidad de la entidad aseguradora y del banco tomador y derecho de resolución del asegurado», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 343-354.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «La responsabilidad del subcontratista en la LOE», en *AC*, núm. 9, 2023.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada: «Contrato de viaje combinado: ¿Fin de la responsabilidad solidaria de los operadores?», en *CDC*, núm. 79, 2023, pp. 17-58.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «El daño derivado de la falta de consentimiento informado y su reparación (1)», en *AC*, núm. 11, 2023.
- «Responsabilidad civil médica por error de diagnóstico», en *PDD*, núm. 155, 2023.
- «Aplicación orientativa e incrementada del baremo en accidentes aéreos», en *PDD*, núm. 156, 2023.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco: «La litigación de daños por el cártel de camiones en el Tribunal Supremo: Comentario a las sentencias n.º 926/23-928/23, 939/23-942/23 y 946/23-950/23», en *RDCD*, núm. 32, 2023.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio y MILÀ RAFEL, Rosa: «El daño moral contractual en derecho español tras el escándalo Dieselgate», en *PDD*, núm. 155, 2023.
- MARÍN GONZÁLEZ, Marina: «El régimen de responsabilidad de los sujetos activos de la comunicación judicial», en *AC*, núm. 7-8, 2023.
- MARTÍN-CASALS, Miquel: «Las Propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 55-100.
- PACHECO CAÑETE, Matilde: «Reflexiones sobre la responsabilidad civil del empresario por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial situación actual y perspectivas futuras», en *RGLJ*, núm. 2, 2023.

DERECHOS REALES

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Disposición de la nuda propiedad de la vivienda familiar», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1782-1796.

SALAS CARCELLER, Antonio *et al.*: «¿Puede una comunidad de bienes ser considerada gran tenedor?», en *AC*, núm. 7-8, 2023.

TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «La prohibición de pacto comisorio en los contratos de garantía: justificación y alcance», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1393-1443.

PROPIEDAD HORIZONTAL

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Limitaciones de actividad en centros comerciales», en *AC*, núm. 11, 2023.

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «Preferencia de los créditos a favor de la comunidad frente a los propietarios morosos: límite temporal y distinción de otras garantías. Comentario a la STS no 363/2022 de 4 de mayo (RJ 2022, 2137)», en *RdPat*, núm. 62, 2023.

SALA ROCA, Carles: «Las ocupaciones conflictivas en las comunidades de propietarios: Nuevas soluciones en la legislación catalana», en *AC*, núm. 10, 2023.

PROPIEDAD INTELECTUAL

GUILLÉN CATALÁN, Raquel: «Propiedad intelectual de los algoritmos en la economía del dato», en *RDNT*, núm. 62, 2023.

DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «Publicidad registral y dominio público. A propósito de la RDGSJFP de 15 de febrero de 2023», en *AC*, núm. 10, 2023.

DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO, RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL Y CRISIS MATRIMONIALES

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «Problemática de la atribución judicial del uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero (1)», en *AC*, núm. 11, 2023.

GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio: «Transexualidad y conflictos jurídicos familiares», en *RJC*, núm. 3, 2023.

GARCÍA MAYO, Manuel: «La renuncia preventiva en los pactos prematrimoniales. Comentario a la STS 362/2023, de 13 de marzo (RJ 2023, 1566)», en *RdPat*, núm. 61, 2023.

— «El notariado y los pactos prematrimoniales: un matrimonio indisoluble», en *RJNot*, núm. 116, 2023.

- GASPAR LERA, Silvia: «Eficacia del pacto prematrimonial de renuncia a la pensión por desequilibrio económico y a la compensación por el trabajo dedicado a la casa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de marzo de 2023 (JUR 2023, 125132)», en *RdPat*, núm. 62, 2023.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Disposición de la nuda propiedad de la vivienda familiar», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1782-1796.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «Ley aplicable a la pensión compensatoria y a la compensación económica por razón del trabajo. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de diciembre de 2022 (JUR 2023, 42268)», en *RdPat*, núm. 61, 2023.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: «A vueltas con los «matrimonios de conveniencia» en España, tras la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de enero de 2023», en *RDF*, núm. 101, 2023, pp. 57-84.
- «El régimen económico matrimonial en el Reino Unido en el caso de un divorcio contencioso iniciado en España», en *RDF*, núm. 101, 2023, pp. 321-336.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. y PEREIRA PÉREZ, Joanna: «Del cuidado familiar como derecho humano, a su protección a través de incentivos sucesorios», en *RDP*, núm. 4, 2023.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «El derecho de uso de la vivienda familiar, naturaleza jurídica y su oponibilidad a terceros», en *RDF*, núm. 100, 2023, pp. 317-322.
- PILLADO GONZÁLEZ, Esther: «La audiencia del menor en el procedimiento de mediación familiar», en *AC*, núm. 10, 2023.
- RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia: «La incidencia de la violencia de género y económica en las donaciones conyugales», en *RdPat*, núm. 62, 2023.
- RUIZ RICO ARIAS, María Dolores: «Renunciabilidad e irrenunciabilidad del derecho de alimentos legal», en *RDF*, núm. 100, 2023, pp. 27-84.

PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «De nuevo sobre el nombre y la determinación del orden de los apellidos y su alteración o cambio: interés superior del menor, violencia de género, violencia vicaria, circunstancias excepcionales y Ley Trans y LGTBI», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1669-1781.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Cuestiones actuales del acogimiento familiar», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1649-1668.
- PIZARRO MORENO, Eugenio: «El interés superior del menor, nuevo canon del derecho de familia» en *RDF*, núm. 100, 2023, pp. 85-102.
- RUIZ RICO ARIAS, María Dolores: «Los alimentos de los menores de edad: bases constitucionales y desarrollo legal actual y futuro. Los caracteres diferenciales con los alimentos de los mayores de edad», en *AC*, núm. 9, 2023.

DERECHO DE SUCESIONES

- CARBALLO FIDALGO, Marta: «Los sujetos legitimados para interpretar el testamento: herederos, albacea, contador-partidor e interpretación auténtica de la voluntad testamentaria en el ámbito del Código Civil», en *RJNot*, núm. 116, 2023.
- CAROL ROSÉS, Fernando: «Libertad para testar y protección del testador vulnerable», en *AC*, núm. 9, 2023.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «Preterición particional y testamentaria de un heredero en el art. 1080 CC: sus efectos. Comentario a la STS núm. 943/2023 de 13 junio (JUR 2023, 256052)», en *RdPat*, núm. 62, 2023.
- GAGO SIMARRO, Clara: «Sentencia firme e indignidad para suceder», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 273-296.
- GIMÉNEZ DUART, Tomás: ««Ius transmissionis»: comentario a dos Resoluciones de la DGSJYFP con doctrina más que discutible», en *RJNot*, núm. 116, 2023.
- GINEBRA MOLINS, María Esperança: «La modificació de la capacitat per acceptar l'herència al Codi Civil de Catalunya arran de la nova legislació sobre suport a les persones amb discapacitat», en *RJC*, núm. 3, 2023.
- LLEONART CASTRO, Jesús: «Algunas cuestiones prácticas sobre la transmisión "mortis causa" del patrimonio digital», en *RJNot*, núm. 116, 2023.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana: «Sustitución vulgar a favor de los descendientes en caso de renuncia del legitimario a la herencia o a un legado: a propósito de la RDGSJFP de 18 de enero de 2022», en *RJNot*, núm. 116, 2023.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «La sustitución fideicomisaria en favor de personas con discapacidad», en *RJNot*, núm. 116, 2023.
- MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia: «Fundamento de la legítima: De la solidaridad patrimonial a la solidaridad en los cuidados personales», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 396-429.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda: «La herencia digital y analógica es una, como lo es el heredero de patrimonio digital: cuestiones sobre la inexistencia del testamento digital y la confusa oferta de contratos de servicio online sobre voluntades digitales», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1797-1831.
- NIETO ALONSO, Antonia: «Cláusulas testamentarias orientadas a garantizar el cuidado de personas vulnerables o de personas con discapacidad», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 217-272.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. y PEREIRA PÉREZ, Joanna: «Del cuidado familiar como derecho humano, a su protección a través de incentivos sucesorios », en *RDP*, núm. 4, 2023.
- VAQUER ALOY, Antoni: «El contador-partidor dativo en el derecho civil de Cataluña», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. 26-46.

DERECHO MERCANTIL**DERECHO DE SOCIEDADES**

- ALFARO AGUILA-REAL, Jesús y CAMPINS VARGAS, Aurora: «Sobre la condena al reparto de los dividendos en los supuestos de atesoramiento abusivo de beneficios. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2023», en *RDM*, núm. 328, 2023.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «El anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales. Principales novedades y propuestas de mejora», en *RDS*, núm. 68, 2023.
- BAAMONDE SALGUEIRO, Carmen M.ª: «Aproximación práctica al artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital», en *RDS*, núm. 68, 2023.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, María de la Concepción: «La responsabilidad solidaria del administrador por no instar la disolución de una sociedad de capital afectada por pérdidas graves (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 16 de noviembre de 2022)», en *RDM*, núm. 329, 2023.
- CLEMENTE CRISTÓBAL, Víctor: «Algunas reflexiones sobre la nueva obligación de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la seguridad social en las modificaciones estructurales», en *RDS*, núm. 69, 2023.
- DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, Adolfo: «La inscripción de la renuncia al cargo de administrador y la forma «fehaciente» de la comunicación del cese», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 337-338.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Acerca de la conveniente derogación de la regla de la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales. Una propuesta alternativa», en *RDM*, núm. 329, 2023.
- FERNÁNDEZ YÁÑEZ, Pedro: «Los requisitos de la junta universal (al hilo de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 30 de enero de 2023)», en *CDC*, núm. 79, 2023, pp. 147-153.
- FLAQUER RUITORT, Juan: «La Venta de unidad productiva de la empresa en crisis», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 101-167.
- FUENTES NAHARRO, Mónica: «Mayoría estatutaria requerida para el nombramiento (e inscripción) de un administrador cuando la sociedad cuenta con dos socios titulares del 50% del capital social», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 339-342.
- «Modificación ¿substancial? del objeto social, publicidad del acuerdo y derecho de separación», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 335-336.
- GARNACHO CABANILLAS, Lourdes: «Incremento de presencia de mujeres en consejos de administración de sociedades cotizadas», en *RDS*, núm. 69, 2023.
- GIMÉNEZ ANSÓ, Ana: «La asistencia telemática a la Junta General mediante representante en las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 68, 2023.

- GIMENO RIBES, Miguel: «Las propuestas de acuerdo en las sociedades no cotizadas», en *RDS*, núm. 68, 2023.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara: «El propósito corporativo. reflexiones tras la Ley de creación y crecimiento de empresas», en *RDS*, núm. 69, 2023.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Alfonso: «Renuncia consecutiva de los auditores a su nombramiento y depósito de cuentas», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 333-334.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «Propuestas para la tutela de los minoritarios en casos de modificación *de facto* del objeto social en las sociedades cerradas: el derecho de separación», en *RDS*, núm. 68, 2023.
- GUTIÉRREZ URTIAGA, María y SÁEZ LACAPE, María Isabel: «Problemas no resueltos de los consejeros independientes en España: El caso Indra y el sometimiento de los independientes», en *Indret*, núm. 3, 2023, pp. 1-54.
- HERRERO MORANT, Rebeca: «Código de buenas prácticas de inversores institucionales, gestores de activos y asesores de voto: a vueltas con la implicación accionarial», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 211-244.
- HIERRO ANIBARRO, Santiago: «De «rerum natura» del contrato de funciones ejecutivas», en *RDM*, núm. 329, 2023.
- HIERRO ANIBARRO, Santiago y MARTÍN ZAMARRIEGO, Alejandro: «Los deberes de los administradores en las operaciones de fusión y adquisición de empresas», en *RDS*, núm. 69, 2023.
- HUERTA VIESCA, María Isabel y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «A propósito de la Sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022 («HJ y Ministers-tvo práce a sociálních vci», asunto C-101/21). Impacto de la jurisprudencia del TJUE sobre la doctrina del vínculo en las retribuciones de los administradores de sociedades de capital», en *RDS*, núm. 69, 2023.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao: «Remuneración en opciones sobre participaciones de sociedad limitada emergente», en *RDS*, núm. 69, 2023.
- LEACH ROS, María Blanca: «La constitución en línea de la sociedad limitada y la regulación del procedimiento administrativo de adquisición y pérdidas de la condición de punto de atención al emprendedor», en *RDS*, núm. 69, 2023.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María Teresa: «Nulidad del acuerdo de atesoramiento de beneficios y condena a repartir dividendos. A propósito de la STS (Sala 1.ª) 9/2023, de 11 de enero», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 299-332.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «La disolución de la sociedad de capital en crisis tras la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal», en *RDM*, núm. 330, 2023.
- MUÑOZ DELGADO, Carmen: «Las sociedades profesionales multidisciplinarias. Sociedades de abogados y procuradores», en *RDM*, núm. 329, 2023.
- MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas: ««Consideraciones sobre la gobernanza en las estructuras DLT y Blockchain»», en *RDS*, núm. 68, 2023.

- NAVARRO FRÍAS, Irene: «“Business judgment rule, legal judgment rule” y deber de legalidad de los administradores sociales. comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 1290/2023, de 31 de marzo», en *RDS*, núm. 68, 2023.
- PALÁ LAGUNA, Reyes: «La nulidad por abuso de derecho de los acuerdos sociales adoptados en perjuicio de tercero. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 25 de octubre de 2022», en *RDM*, núm. 328, 2023.
- PANIAGUA ZURERA, Manuel: «Un estudio sobre la recepción de los valores y los principios cooperativos relativos al capital social en la legislación española», en *RDS*, núm. 69, 2023.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido: «Propósito de la empresa y «causa societatis»», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 13-48.
- «¿Existe un deber de legalidad de los administradores?», en *RDM*, núm. 330, 2023.
- PEINADO GARCÍA, Juan Ignacio: «La minoría en el Consejo de Administración. Revisando la representación proporcional como sistema de acceso al Consejo», en *RDM*, núm. 330, 2023.
- PÉREZ GUERRA, Carmen: «La CNMV publica el informe anual sobre información no financiera», en *RDS*, núm. 68, 2023.
- PÉREZ PUEYO, Anunciación: «La CNMV recuerda a las sociedades cotizadas que deben explicar mejor sus medidas alternativas de rendimiento para no confundir a los inversores», en *RDS*, núm. 68, 2023.
- «Informe de la CNMV sobre gobierno corporativo y remuneraciones de los consejeros de las sociedades cotizadas de 2022», en *RDS*, núm. 69, 2023.
- RAMOS ROMEU, Francisco: «La intervención en el arbitraje societario del socio que votó a favor del acuerdo», en *RDM*, núm. 328, 2023.
- SALELLES CLIMENT, José Ramón: «La concesión de apoderamientos generales por el consejo de administración y la atribución de funciones ejecutivas. (Comentario de la sentencia del tribunal supremo [1.ª] de 21 de marzo de 2022)», en *RDM*, núm. 328, 2023.
- SÁNCHEZ CALERO BARCO, Helena: «Retribución y acción social de responsabilidad», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 329-332.
- SANTAELLA SÁEZ, Óscar: «La responsabilidad del administrador societario ex artículo 367 de la ley de sociedades de capital. Evolución legal hasta la reforma de 2022 y jurisprudencial ante los problemas prácticos», en *RDP*, núm. 5, 2023.
- TRONCOSO REIGADA, Mauricio: «¿Cuál es el ámbito de aplicación del art. 36 LSC (sobre el concepto de actuante en la sociedad en formación)?», en *RDS*, núm. 68, 2023.
- VALMAÑA OCHAÍTA, María: «Publicación por la CNMV de un Código de buenas prácticas de inversores institucionales, gestores de activos y asesores de voto», en *RDS*, núm. 68, 2023.

CONTRATACIÓN MERCANTIL Y TÍTULOS VALORES

- MORALES PLAZA, Antonio y FLORES SEGURA, Marta: «Los acuerdos de compra de energía en los procesos de reestructuración empresarial», en *RDM*, núm. 329, 2023.
- PÉREZ CARILLO, Elena F.: «El código de buen gobierno de la ciberseguridad del foro nacional de ciberseguridad y la comisión nacional del mercado de valores», en *RDS*, núm. 69, 2023.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Isabel: «El nuevo modelo regulador de la financiación participativa», en *RDM*, núm. 328, 2023.

DERECHO CONCURSAL

- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina: «El procedimiento especial para microempresas en el Texto Refundido de la Ley Concursal», en *RDM*, núm. 329, 2023.
- CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén: «Consideración crítica sobre la posición del deudor persona jurídica en los planes de reestructuración preconcursales», en *RDM*, núm. 328, 2023.
- CUENA CASAS, Matilde: «Vivienda familiar y concurso de acreedores», en *AC*, núm. 9, 2023.
- JIMÉNEZ BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, David: «La reestructuración: el protagonismo de los acreedores públicos y privados», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 11-14.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La exoneración del pasivo insatisfecho tras la reforma concursal por Ley 16/2022, de 5 de septiembre», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1886-1907.
- LADO CASTRO-RIAL, Cayetana: «Reestructuración preconcursal y concursal de empresas: la posición del crédito público», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 33-104.
- LÓPEZ ORTEGA, Raquel: «Cuentas bancarias indistintas y concurso: A propósito de la nueva redacción del artículo 197 del Texto Refundido de la Ley Concursal», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 245-280.
- MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «La disolución de la sociedad de capital en crisis tras la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal», en *RDM*, núm. 330, 2023.
- MORENO BUENDÍA, Francisco Jesús: «La incidencia de la fase de liquidación concursal en el deber de formular las cuentas anuales de la sociedad deudora», en *RDM*, núm. 328, 2023.
- ORRICO SÁNCHEZ, Ignacio: «La nueva segunda oportunidad regulada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal: ¿Un sistema eficaz?», en *RDM*, núm. 330, 2023.

ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Ángel José: «Los problemas de la armonización de la legislación concursal española», en *RDM*, núm. 328, 2023.

SÁNCHEZ VELO, Luis Miguel: «Las entidades bancarias y el nuevo derecho de la insolvencia. Los instrumentos preconcursales como herramienta para la reestructuración empresarial. Una breve visión crítica», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 19-32.

DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

ANGUITA RÍOS, Rosa María: «La vivienda: entre el derecho humano y el activo financiero. A propósito de la Ley por el Derecho a la Vivienda (1)», en *AC*, núm. 11, 2023.

BLANCO SÁNCHEZ, María Jesús: «El Proyecto de Ley de creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero», en *AC*, núm. 9, 2023.

CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier: «Prevención del blanqueo de capitales y libertades del TFUE. A propósito del asunto As PrivatBank (C-78/21)», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 297-304.

CUENA CASAS, Matilde: «Préstamos en masa o «crowdlending» y responsabilidad del operador de la plataforma», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 49-102.

FERNÁNDEZ ALÉN, Javier: «La comisión de apertura de los préstamos hipotecarios está sometida al control de abusividad y será lícita si es clara y comprensible y no causa un desequilibrio de prestaciones», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 355-366.

— «La nueva Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión adapta el régimen de las empresas de servicios de inversión al Reglamento de la UE sobre la resiliencia operativa digital en el sector financiero (DORA)», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 305-312.

— «Seguros de vida e inversión (“unit link”) colectivos. Oscuridad de sus condiciones como una práctica comercial desleal por omisión engañosa. Responsabilidad de la entidad aseguradora y del banco tomador y derecho de resolución del asegurado», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 343-354.

FERNÁNDEZ TORRES, Isabel: «El marco normativo de las SPACs», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 135-146.

FUENTES NAHARRO, Mónica: «El requerimiento previo de pago al deudor previo a la inclusión en el fichero de «morosos»», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 313-314.

GINER MIÑANA, Pedro: «La Protección del Inversor en la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 161-178.

LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Superando las dificultades de implementar la guarda de hecho en el tráfico bancario. El Documento interpretativo al

- Protocolo Marco entre la FGE y las asociaciones bancarias, de 19 julio 2023 (1) (2)», en *AC*, núm. 11, 2023.
- LÓPEZ ORTEGA, Raquel: «Cuentas bancarias indistintas y concurso: A propósito de la nueva redacción del artículo 197 del texto refundido de la Ley Concursal», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 245-280.
- MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «La tokenización de instrumentos financieros en la Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 117-134.
- MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicita: «Tokenizaciones. Caracterización de las Criptomonedas, los Criptoactivos y los Instrumentos financieros», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 179-210.
- PALÁ LAGUNA, Reyes: «Comentario al Título V (empresas de servicios de inversión) de la nueva Ley de los Mercados de Valores», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 147-160.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier: «Necesaria contextualización (tras la pandemia) de la Ley de Usura como mecanismo de protección reforzado del consumidor bancario», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 203-230.
- POSADA RODRÍGUEZ, Marcos: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 244/2023, de 27 de febrero, sobre el régimen de secreto aplicable al Banco de España y su relación con la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 281-298.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «La impugnación de la retribución desproporcionada. SAP de Barcelona (Sección 15.^a) de 7 de diciembre de 2022 (JUR 2023, 44360)», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 267-296.
- SÁNCHEZ VELO, Luis Miguel: «Las entidades bancarias y el nuevo derecho de la insolvencia. Los instrumentos preconcursales como herramienta para la reestructuración empresarial. Una breve visión crítica», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 19-32.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Digitalización hipotecaria transparente», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 323-328.
- «Tarjetas “revolving” y usura. La “Teoría de la Relatividad” jurídica adecuada», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 315-322.
- «Aspectos generales de la Ley 6/2023», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 105-116.
- VERCHER MOLL, Francisco Javier: «Los nuevos requisitos de autorización de las entidades de crédito», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 231-266.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «Compensación, cláusulas abusivas y contratos bancarios», en *RdPat*, núm. 62, 2023.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando: «Exclusión financiera: actuaciones y propuestas», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 103-154.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

- BOBOC, Silvia: «El conflicto entre los taxis y los VTCs. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 1.ª) de 8 de junio de 2023, Prestige & Limousine, S.L. contra AMB y otros, C-50/21», en *RDCD*, núm. 32, 2023.
- GONZÁLEZ PACHÓN, Laura: «El abuso de posición dominante a través de cláusulas de exclusividad en los contratos de distribución. A propósito de la sentencia del TJUE, Unilever Italia Mkt. Operations y Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», en *RDCD*, núm. 32, 2023.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco: «Análisis sistemático de la aplicación pública del Derecho de la competencia por las autoridades nacionales en España 2003-2022», en *RDCD*, núm. 32, 2023.
- «La litigación de daños por el cártel de camiones en el Tribunal Supremo: Comentario a las sentencias n.º 926/23-928/23, 939/23-942/23 y 946/23-950/23», en *RDCD*, núm. 32, 2023.
- MARTÍN MORAL, María Flora: «El emplazamiento de producto en la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual», en *RDCD*, núm. 32, 2023.
- PICÓN, Alexandre y VILA, Cristina: «Las nuevas normas sobre acuerdos entre competidores: reglamentos de exención, directrices y sostenibilidad», en *RDCD*, núm. 32, 2023.
- PINO ABAD, Manuel: «La regulación de la falta de conformidad en las compraventas de consumo tras la incorporación de la Directiva 2019/771», en *RDCD*, núm. 32, 2023.
- SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel: «Publicación de la sentencia condenatoria por acciones derivadas de la competencia desleal. El artículo 32.2 de la Ley de Competencia Desleal: Comentario a la SAP de Madrid 654/2023, de 13 de enero», en *RDCD*, núm. 32, 2023.
- ZURIMENDI ISLA, Aitor: «El abuso de posición de dominio en mercados digitales», en *RDM*, núm. 330, 2023.

DERECHO DE SEGUROS

- FERNÁNDEZ ALÉN, Javier: «Seguros de vida e inversión (“unit link”) colectivos. Oscuridad de sus condiciones como una práctica comercial desleal por omisión engañosa. Responsabilidad de la entidad aseguradora y del banco tomador y derecho de resolución del asegurado», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 343-354.
- GUINALDO LÓPEZ, María Victoria: «Legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de acción civil derivada de ilícito cuando las compañías aseguradoras no hayan ejercitado tal acción», en *PDD*, núm. 155, 2023.
- PEÑAS MOYANO, María Jesús: «La posición del tercero perjudicado: oponibilidad de excepciones y apariencia de inmunidad», en *RDM*, núm. 329, 2023.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «La inobservancia por las entidades aseguradoras de las obligaciones de información y conducta en la distribución de productos de inversión basados en seguros», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 155-202.

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. DERECHO DIGITAL

ALISTE SANTOS, Tomás Javier: «ADR y digitalización como premisas para la transformación eficiente de nuestro sistema de justicia civil (1) (2)», en *AC*, núm. 11, 2023.

ASTRAY CHACÓN, María Pilar: «Daños causados por la inteligencia artificial», en *AC*, núm. 7-8, 2023.

BAZ CORES, Olalla: «Repercusiones de la inteligencia artificial en la legitimidad del sistema penal: una reflexión desde la justicia procedimental», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. 291-315.

CUENA CASAS, Matilde: «Préstamos en masa o “crowdlending” y responsabilidad del operador de la plataforma», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 49-102.

EGEA PÉREZ-CARASA, Íñigo: «Consideraciones tributarias, contables y regulatorias sobre la “tokenización” de activos y derechos en España (Parte I): análisis de las implicaciones para los emisores e inversores en “security tokens and utility tokens”», en *CDC*, núm. 79, 2023, pp. 59-138.

FERNÁNDEZ ALÉN, Javier: «La nueva Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión adapta el régimen de las empresas de servicios de inversión al Reglamento de la UE sobre la resiliencia operativa digital en el sector financiero (DORA)», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 305-312.

LÓPEZ RICHART, Julián: «El reglamento de servicios digitales: un nuevo marco de responsabilidad para los prestadores de servicios intermedarios en la Unión Europea», en *RDNT*, núm. 62, 2023.

MARTÍN-CASALS, Miquel: «Las Propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 55-100.

MORA GONZÁLEZ, Jesús Iván: «Censura colateral y proceso eficiente: efecto horizontal de la libertad de expresión en el ámbito digital», en *RDCE*, año 27, núm. 75, 2023, pp. 293-332.

MORETÓN SANZ, María Fernanda: «La herencia digital y analógica es una, como lo es el heredero de patrimonio digital: cuestiones sobre la inexistencia del testamento digital y la confusa oferta de contratos de servicio online sobre voluntades digitales», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1797-1831.

MOYA BALLESTER, Jorge: «El deber de supervisión a cargo de los prestadores de servicios en la economía digital», en *RDNT*, núm. 63, 2023.

- MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas: «Tokenizaciones. Caracterización de las Criptomonedas, los Criptoactivos y los Instrumentos financieros», en *RDBB*, año 42, núm. 170, 2023, pp. 179-210.
- NEUPAVERT ALZOLA, Mario: «La prestación de servicios jurídicos por medio de chatbot. Precisiones para la era de la inteligencia artificial jurídica», en *AC*, núm. 10, 2023.
- NIEVA FENOLL, Jordi: «¿Son viables las soluciones restaurativas a través de la IA?», en *AC*, núm. 10, 2023.
- OROZCO GONZÁLEZ, Margarita: «Antecedentes penales, protección de datos y plataformas digitales», en *AC*, núm. 10, 2023.
- PLAZA SORIANO, Javier: «Patrimonio genético y tratamiento de datos genéticos y biológicos para su uso en el «big data»», en *RDNT*, núm. 62, 2023.
- ROBLES CARRILLO, Margarita: «La articulación de la soberanía digital en el marco de la Unión Europea», en *RDCE*, año 27, núm. 75, 2023, pp. 133-171.
- RODRÍGUEZ AYUSO, Juan Francisco: «Marco obligacional de los prestadores de servicios básicos de intermediación: regulación asimétrica de la DMA para las grandes plataformas digitales», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 297-328.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «¿Hasta qué punto son conductas neutras los servicios de Google, Facebook o Twitter?», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. I-III.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Digitalización hipotecaria transparente», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 323-328.
- TIERNO BARRIOS, Selena: «Hacia una Justicia digital en una era tecnológica: la prueba electrónica en el proceso civil español», en *AC*, núm. 10, 2023.
- UTRERA CARO, Sebastián Félix: «El Derecho y la digitalización de la energía», en *RDA*, núm. 54, 2023.
- VAN HEUSDEN, Adrianus: «Algorithmic pricing», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 329-395.
- VEGA GARCÍA, Paula: «La comercialización de obras plásticas digitales tokenizadas», en *RDNT*, núm. 63, 2023.

DERECHO SANITARIO

- LANDA REZA, Idoia: «El control de los accesos indebidos, el ocultamiento y la supresión de los datos relativos a la salud del historial clínico por parte del interesado», en *RDNT*, núm. 63, 2023.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «El daño derivado de la falta de consentimiento informado y su reparación (1)», en *AC*, núm. 11, 2023.

LLAMAS POMBO, Eugenio: «Responsabilidad civil médica por error de diagnóstico», en *PDD*, núm. 155, 2023.

LÓPEZ GARCÍA, Pablo: «Titular del deber de información asistencial: ¿quién debe informar al paciente?», en *AC*, núm. 10, 2023.

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES

BAÑOS CANALES, José Ángel: «La transparencia contractual; en especial, en el contrato de crédito al consumo», en *RGLJ*, núm. 2, 2023.

BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el “abuso de la prescripción”, la inexistencia de “causa retinendi” y el “realismo jurídico” (Segunda Parte)», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1291-1337.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «De nuevo sobre las tarjetas de crédito revolving y la usura. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 2023 (RJ 2023,1101)», en *RdPat*, núm. 61, 2023.

BLANDINO GARRIDO, María Amalia: «Efectos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas: integración, nulidad total y “dies a quo” de la acción de restitución. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Novena) de 8 de septiembre de 2022. Caso E. K y otros contra D. B. P (TJCE 2022\181)», en *RdPat*, núm. 61, 2023.

CUADRADO SOLER, Joan: «El control de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 23/2023, de 27 de marzo (JUR 2023, 165353)», en *RdPat*, núm. 61, 2023.

FERNÁNDEZ ALÉN, Javier: «La comisión de apertura de los préstamos hipotecarios está sometida al control de abusividad y será lícita si es clara y comprensible y no causa un desequilibrio de prestaciones», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 355-366.

GÓMEZ VALENZUELA, Esperanza: «Control de incorporación y de contenido de las condiciones generales de la contratación electrónica internacional: normas imperativas», en *RDNT*, núm. 63, 2023.

IZQUIERDO GRAU, Guillem: «Contrato para la prestación de servicios de reparación», en *RdPat*, núm. 62, 2023.

— «Reacondicionamiento, refabricación y modificación sustancial de productos», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. 47-82.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier: «Necesaria contextualización (tras la pandemia) de la Ley de Usura como mecanismo de protección reforzado del consumidor bancario», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 203-230.

- PUGA PÉREZ, Yanet: «La legislación tuitiva de consumidores y usuarios como vía apta para obtener la reparación de daños y perjuicios provocados por vicios de la construcción», en *RDP*, núm. 5, 2023.
- REYES LÓPEZ, María José: «La protección al consumidor al hilo de las nuevas propuestas legislativas comunitarias», en *AC*, núm. 7-8, 2023.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «Cuestiones jurídicas surgidas en torno al equipaje de mano en el transporte aéreo de personas», en *RDM*, núm. 329, 2023.
- SERRANO SÁNCHEZ, Beatriz: «Consideraciones acerca del concepto de consumidor a la luz de los cambios en las relaciones de consumo y su posible reformulación», en *RDP*, núm. 4, 2023.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «Compensación, cláusulas abusivas y contratos bancarios», en *RdPat*, núm. 62, 2023.

DERECHO URBANÍSTICO

- AGOÚES 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 *RUE*, núm. 48, 2022.
- ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario: «El nuevo reglamento de ordenación del territorio y urbanismo del principado de Asturias. A propósito del desarrollo reglamentario autonómico de legislación estatal», en *RUE*, núm. 50, 2023.
- CALVO SÁNCHEZ, Luis: «Reservas de actividad y principios de necesidad y proporcionalidad: comentario a las SSTs de 13 y 23 de diciembre de 2021 (reces. n.º 4486/2019 y 4580/2020)», en *RUE*, núm. 49, 2022.
- CEBRIÁN HERRANZ, Laura y PASCUAL MARTÍN, Jesús Ignacio: «Concesiones demaniales, concesiones contractuales y dotaciones públicas», en *RUE*, núm. 49, 2022.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «El principio de protección frente a la despoblación y la regeneración urbana en pequeños municipios (I): de la regulación del suelo rural a la obtención de equipamientos regionales», en *RDU*, núm. 362, 2023.
- FEIJÓO MIRANDA, Antonio: «La problemática valoración del suelo dotacional obtenido por actuaciones asistemáticas en ejecución de un planeamiento urbanístico nulo de pleno derecho», en *RUE*, núm. 49, 2022.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Gerardo Roger: «El aprovechamiento adicional: virtudes y utilidades de una innovadora disposición de gestión urbanística», en *RDU*, núm. 361, 2023.
- FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, Gonzalo: «La Organización Administrativa de la Comunidad de Madrid en los sectores de la arquitectura y la vivienda: evolución histórica, situación actual y perspectivas de futuro», en *RUE*, núm. 49, 2022.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: «Algunas reflexiones sobre la sentencia del tribunal supremo de 9 de febrero de 2022, “Marina isla de val-decañas”», en *RUE*, núm. 48, 2022.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «¿Cuál ha de ser la duración máxima de la suspensión del otorgamiento de licencias?», en *RUE*, núm. 48, 2022.
- «Riesgos naturales y clasificación del suelo», en *RUE*, núm. 50, 2023.
- «Urbanismo y reactivación económica. a propósito de la reforma de la legislación territorial y urbanística de Madrid de 21 de diciembre de 2022», en *RUE*, núm. 50, 2023.
- FUENTES I GASÓ, Josep Ramón: «La obligación al realojo en una vivienda en un contexto de crisis en Cataluña: de la burbuja inmobiliaria a la crisis sanitaria», en *RDU*, núm. 362, 2023.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «Transmisión de fincas durante el proceso de tramitación e inscripción de un proyecto de reparcelación», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1920-1937.
- MARTÍN MERINO, Javier: «Ideas para una futura revisión de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid», en *RDU*, núm. 361, 2023.
- MARTÍN VALDIVIA, Salvador M.^a: «El nuevo modelo de urbanismo andaluz. Reflexiones sobre la ley 7/2021 de impulso para la sostenibilidad del territorio en Andalucía», en *RUE*, núm. 48, 2022.
- «Por fin, un reglamento urbanístico para Andalucía (decreto 550/2022): una realidad muy anhelada», en *RUE*, núm. 50, 2023.
- «Un atisbo de cordura en “el algarrobico”. La sentencia 1682/2022 del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de 19 de diciembre», en *RUE*, núm. 50, 2023.
- MARTÍNEZ-VILLASEÑOR FERNÁNDEZ, Gervasio y RUBIO HERNÁNDEZ-SAMPelayo, Gonzalo: «La expropiación forzosa de terrenos para la construcción de instalaciones de producción de electricidad: entre la tradición jurídica y los nuevos desafíos del sector. a propósito de la sentencia del TSJ de Extremadura n.º 326/2022, de 31 de mayo de 2022», en *RUE*, núm. 49, 2022.
- PASCUAL MARTÍN, Jesús Ignacio: «Concesiones demaniales y dotaciones públicas destinadas al servicio público», en *RUE*, núm. 50, 2023.
- PASTOR BENEYTO, Rafael: « El derecho de realojo en las actuaciones sistémicas no expropiatorias en la Comunidad de Madrid», en *RUE*, núm. 50, 2023.
- PONCE SOLÉ, Juli: «Suelo urbano consolidado y reservas para vivienda asequible en Barcelona», en *RJC*, núm. 2, 2023.
- SÁNCHEZ LAMELAS, Ana: «La Nueva Ley 5/2022, de 15 de julio, de ordenación del territorio y urbanismo de Cantabria (LOTUCA): estudio de las principales novedades», en *RUE*, núm. 49, 2022.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «Influencia de la jurisdicción civil en la gestión urbanística (1)», en *AC*, núm. 11, 2023.

DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

- ALBUQUERQUE, Nuno: «Application of rules or policies in the ECB? Legal and institutional challenges impacting the climate transition», en *RDCE*, año 27, núm. 76, 2023, pp. 157-184.
- AVIÑÓ BELENGUER, David: «Responsabilidad civil por perjuicio ecológico en el ordenamiento jurídico francés. Un análisis comparado con el español», en *RdPat*, núm. 62, 2023.
- BARROS ASTUDILLO, Álvaro: «Participación pública en la nueva planificación hidrológica chilena», en *RDA*, núm. 54, 2023.
- BLANDINO GARRIDO, María Amalia y VILLAR FUENTES, Isabel: «Los objetivos de desarrollo sostenible y su adaptación en el ordenamiento civil y procesal español», en *AC*, núm. 7-8, 2023.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «La aplicación del nuevo impuesto especial sobre los envases de plástico no reutilizables», en *RDA*, núm. 54, 2023.
- CANTOS SALAH, Salma y VIDAL VERA, Ricardo: «Evaluación ambiental de proyectos de obras sujetos a licencia urbanística municipal basada en planes no evaluados ambientalmente», en *RUE*, núm. 49, 2023.
- CARO-PATÓN CARMONA, Isabel: «Sobre el justo equilibrio entre los beneficios ambientales derivados de los caudales ecológicos y los usos del agua», en *RDA*, núm. 55, 2023.
- COSTA FREIRIA, Rafael: «Características estructurantes para la comprensión del Derecho ambiental moderno: aportes de Ramón Martín Mateo», en *RDA*, núm. 54, 2023.
- DE ARAÚJO TEIXEIRA, Ricardo Augusto y AIRTO CHAVES, Júnior: «Derecho ambiental y economía: herramientas para promover la ecoeficiencia», en *RDA*, núm. 56, 2023.
- DOBÓN GINER, Matilde: «El Pastoralismo en el Belenismo, dos Patrimonios Culturales en las Jornadas «Cañada Universidad de Alicante» 2022 (octubre y noviembre)», en *RDA*, núm. 55, 2023.
- ELIZONDO, Cecilia y GUTIÉRREZ YURRITA, Pedro Joaquín: «La necesidad de mecanismos legales más fuertes para el sector minero en México: Una reseña», en *RDA*, núm. 56, 2023.
- FANLO LORAS, Antonio: «Tribunal Supremo y régimen de caudales ecológicos del Tajo», en *RDA*, núm. 54, 2023.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «La imprescindible reconducción de la evaluación ambiental estratégica a sus justos términos», en *RUE*, núm. 48, 2022.
- GARCÍA GARCÍA, Sara: «Concepto y naturaleza de los servicios ambientales», en *RDA*, núm. 54, 2023.
- GUTIÉRREZ YURRITA, Pedro Joaquín: «El concepto de Paisaje verde intraurbano: Caso de estudio: Ciudad de México», en *RDA*, núm. 54, 2023.

- HERNÁNDEZ LOZANO, Luis Ángel: «Contaminación por plaguicidas de uso agrario en el agua de consumo humano», en *RDA*, núm. 55, 2023.
- HERNÁNDEZ RAMOS, Eva: «La regulación legal de los biofertilizantes y bioestimulantes: impacto en la normativa de aguas y la política agraria común (PAC)», en *RDA*, núm. 55, 2023.
- «Conceptualización y marco jurídico de las soluciones basadas en la naturaleza (SbN): Implicaciones en el nexo WEF (agua-energía-alimentación)», en *RDA*, núm. 56, 2023.
- JUSTE RUIZ, José: «El acuerdo sobre la diversidad biológica marina en zonas fuera de la jurisdicción nacional: un análisis preliminar», en *RDA*, núm. 55, 2023.
- LEAL ESPINOZA, José Luis: «El impacto de la inflación legislativa en el marco de la Agenda Ambiental 2030: una mirada desde la perspectiva constitucional al Derecho ambiental entre México y España», en *RDA*, núm. 56, 2023.
- MARTÍNEZ NAVARRO, Juan Alejandro y EXPÓSITO GÁZQUEZ, Ariana: «Las políticas de gestión forestal sostenible y bioeconomía frente a los incendios forestales en la Unión Europea y España», en *RDU*, núm. 362, 2023.
- MORALO IZA, Víctor M.: «De la gestión de residuos al fomento de la economía circular: perspectiva desde la Ley 5/2022, de 29 noviembre, de la Generalitat, de residuos y suelos contaminados para el fomento de la economía circular en la Comunidad Valenciana: análisis de medidas disruptivas», en *RDU*, núm. 361, 2023.
- MORELL ALDANA, Laura Cristina: «Soluciones de movilidad sostenible personal: pronunciamientos de nuestros Tribunales», en *PDD*, núm. 155, 2023.
- MUÑOZ BENITO, Lucía: «Técnicas jurídicas para la economía circular en el sector del turismo», en *RDA*, núm. 55, 2023.
- PONS CÁNOVAS, Ferran: «La modificación de los criterios para determinar la zona marítimo-terrestre y las dunas realizadas por el Real Decreto 668/2022, de 1 de agosto», en *RDU*, núm. 361, 2023.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo: «Derecho al medio ambiente, cambio climático y prevención de incendios: el papel de los gobiernos locales», en *RDA*, núm. 56, 2023.
- SALAZAR ORTUÑO, Eduardo: «¿Quién es el Mar Menor?: Sobre el reconocimiento de personalidad jurídica y derechos al Mar Menor y su cuenca en la Ley 19/2022, de 30 de septiembre», en *RDA*, núm. 56, 2023.
- TEIXEIRA DE SOUZA, Edilene *et al.*: «Sostenibilidad social: la importancia del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) como observatorio regular del desarrollo sostenible en la Unión Europea», en *RDA*, núm. 55, 2023.
- UTRERA CARO, Sebastián Félix: «El Derecho y la digitalización de la energía», en *RDA*, núm. 54, 2023.

VALENCIA MARTÍN, Germán: «Disciplina y litigiosidad ambiental norteamericanas a los ojos de un jurista español», en *RDA*, núm. 56, 2023.

RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

ALBERO LÓPEZ, Rosa: «Hacia un nuevo modelo de justicia», en *AC*, núm. 10, 2023.

ALISTE SANTOS, Tomás Javier: «ADR y digitalización como premisas para la transformación eficiente de nuestro sistema de justicia civil (1) (2)», en *AC*, núm. 11, 2023.

ANDERSON, Miriam: «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (abril-maig 2023): Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/1375/2022, de 19 d'abril, JUS/1377/2023, de 17 d'abril, JUS/1378/2023, de 13 d'abril, i JUS/1562/2023, de 5 de maig», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 664-676.

LOREDO COLUNGA, Marcos: «La mediación en el ámbito universitario: estado de la cuestión y perspectivas de futuro. A propósito de la Ley de Convivencia Universitaria», en *AC*, núm. 9, 2023.

NIEVA FENOLL, Jordi: «¿Son viables las soluciones restaurativas a través de la IA?», en *AC*, núm. 10, 2023.

PILLADO GONZÁLEZ, Esther: «La audiencia del menor en el procedimiento de mediación familiar», en *AC*, núm. 10, 2023.

SUÑER, Marc: «El arbitraje de la cuestión de límites entre Venezuela y la Guayana Británica. De la ausencia de España al controvertido *laudo martens*», en *RJUAM*, núm. 47, 2023.

DERECHO PROCESAL

BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el “abuso de la prescripción”, la inexistencia de “causa retinendi” y el “realismo jurídico” (Segunda Parte)», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1291-1337.

BLANDINO GARRIDO, María Amalia y VILLAR FUENTES, Isabel: «Los objetivos de desarrollo sostenible y su adaptación en el ordenamiento civil y procesal español», en *AC*, núm. 7-8, 2023.

CADENAS OSUNA, Davinia: «¿Se atribuyen al juzgador nacional facultades integradoras del contrato cuando se declara abusiva una cláusula de vencimiento anticipado incorporada a un contrato de préstamo hipotecario?: desde la “doctrina Kásler” hasta la sentencia del Tribunal de Justicia de la

- Unión Europea de 3 de octubre de 2019», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1487-1549.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «La acción de restitución directa del menor en el Convenio de la Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Análisis jurisprudencial crítico y heterodoxo», en *AC*, núm. 7-8, 2023.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María: «La acción civil para la defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. 83-102.
- D'ALESSANDRO, Elena: «From public to private litigation funding: Private funding by commercial litigation funders», en *AC*, núm. 7-8, 2023.
- FONTESTAD PORTALÉS, Leticia: «Eficiencia procesal versus jurisdicción (1) (2)», en *AC*, núm. 11, 2023.
- GARCÍA CENICEROS, Roberto: «Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda-Aspectos procesales. Criterios orientadores de los jueces de Primera Instancia de Barcelona de 29 de junio de 2023», en *RJC*, núm. 3, 2023.
- GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos: «Cláusulas de jurisdicción en conocimientos de embarque (Artículos 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima “VS” artículo 25 del Reglamento 1215/2012)», en *RDM*, núm. 328, 2023.
- GRIMA CAMPS, Carles: «L'assistència jurídica en les sol·licituds d'asil polític en frontera», en *RJC*, núm. 2, 2023.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «Las últimas reformas en materia de reclamaciones aéreas: cuestiones jurisdiccionales que han quedado pendientes», en *RdPat*, núm. 62, 2023.
- GUINALDO LÓPEZ, María Victoria: «Legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de acción civil derivada de ilícito cuando las compañías aseguradoras no hayan ejercitado tal acción», en *PDD*, núm. 155, 2023.
- LARRAURI, Elena: «¿Tienen género las garantías del proceso penal?», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. IV-VIII.
- LÓPEZ GARCÍA, Pablo: «Cuestiones controvertidas (y algunos errores) en la regulación del recurso de casación civil tras la reforma del Real Decreto-Ley 5/2023», en *AC*, núm. 9, 2023.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco: «La litigación de daños por el cártel de camiones en el Tribunal Supremo: Comentario a las sentencias n.º 926/23-928/23, 939/23-942/23 y 946/23-950/23», en *RDCD*, núm. 32, 2023.
- MARÍN GONZÁLEZ, Marina: «El régimen de responsabilidad de los sujetos activos de la comunicación judicial», en *AC*, núm. 7-8, 2023.
- MARTÍNEZ CIMADEVILLA, Paloma: «La audiencia del menor y el traslado de su resultado a las partes (1)», en *AC*, núm. 11, 2023.
- NIEVA FENOLL, Jordi: «Reformando la casación —civil y penal— por Real Decreto-Ley: ¿el espíritu de una época?», en *AC*, núm. 7-8, 2023.

- REBOLLO ÁLVAREZ, José Luis: «Determinación de las costas procesales en el proceso civil tras la STS 1749/2022 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) de 23 de diciembre de 2022», en *AC*, núm. 10, 2023.
- REBOLLO DÍAZ, Pedro: «El cómplice de la calificación culpable como espectador en las medidas cautelares del proceso», en *AC*, núm. 11, 2023.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Causa *petendi* y competencia objetiva mercantil», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1908-1919.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Raúl: «Consideraciones sobre la sucesión procesal por muerte. Coincidencia procesal de partes en la misma persona tras un fallecimiento», en *RJC*, núm. 2, 2023.
- SARMIENTO, Daniel y ARNALDOS ORTS, Enrique: «La cuestión prejudicial europea en la jurisdicción española, ¿un mito desmentido por las cifras?», en *RDCE*, año 27, núm. 76, 2023, pp. 75-111.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «Influencia de la jurisdicción civil en la gestión urbanística (1)», en *AC*, núm. 11, 2023.
- TIERNO BARRIOS, Selena: «Hacia una Justicia digital en una era tecnológica: la prueba electrónica en el proceso civil español», en *AC*, núm. 10, 2023.
- TORAL LARA, Estrella: «Aplicación jurisprudencial de la Ley 8/2021 en materia de capacidad: principios generales y medidas de apoyo», en *AC*, núm. 9, 2023.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ALBUQUERQUE, Nuno: «Application of rules or policies in the ECB? Legal and institutional challenges impacting the climate transition», en *RDCE*, año 27, núm. 76, 2023, pp. 157-184.
- ALDEA MARTÍNEZ, Nicolás: «La fase final de las negociaciones para la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. La PESG, única asignatura pendiente», en *REDE*, núm. 87, 2023.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio: «Discriminación por razón de sexo en el nombramiento de cargos judiciales. El caso Alonso Saura contra España», en *REDE*, núm. 87, 2023.
- BLANDINO GARRIDO, María Amalia: «Efectos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas: integración, nulidad total y “*dies a quo*” de la acción de restitución. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Novena) de 8 de septiembre de 2022. Caso E. K y otros contra D. B. P (TJCE 2022/181)», en *RdPat*, núm. 61, 2023.
- BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores: «El régimen disciplinario de los jueces polacos entre la vulneración de los artículos 19.1.2.º TUE, 267 TFUE y el principio de la primacía del Derecho de la UE», en *REDE*, núm. 87, 2023.

- BOBOC, Silvia: «El conflicto entre los taxis y los VTCs. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 1.^a) de 8 de junio de 2023, Prestige&Limousine, S. L. contra AMB y otros, C-50/21», en *RDCD*, núm. 32, 2023.
- CADENAS OSUNA, Davinia: «¿Se atribuyen al juzgador nacional facultades integradoras del contrato cuando se declara abusiva una cláusula de vencimiento anticipado incorporada a un contrato de préstamo hipotecario?: desde la “doctrina Kásler” hasta la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2019», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1487-1549.
- CALLEJA CRESPO, Daniel: «La adopción de sanciones contra Rusia por la guerra de Ucrania: la perspectiva de la Comisión Europea», en *RDCE*, año 27, núm. 75, 2023, pp. 69-90.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «Principales iniciativas normativas comunitarias e internas orientadas hacia el control de los criptoactivos y su trascendencia de cara al reforzamiento de la lucha contra el blanqueo de capitales y el fraude fiscal», en *RDNT*, núm. 62, 2023.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando: «La Comisión Europea y el interés general de la Unión», en *RDCE*, año 27, núm. 76, 2023, pp. 31-73.
- CHOZAS ALONSO, José Manuel: «Costas en litigios sobre reclamación de daños y perjuicios derivados del “Cártel de fabricantes camiones” y el principio de autonomía procesal de los estados miembros de la Unión Europea. Comentarios de jurisprudencia. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-312/21», en *REDE*, núm. 86, 2023.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier: «Prevención del blanqueo de capitales y libertades del TFUE. A propósito del asunto As PrivatBank (C-78/21)», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 297-304.
- CORTÉS MARÍN, José Manuel: «El registro de DOP e IGP de la UE como paradigma del efecto Bruselas: algunas consideraciones en su XXX aniversario», en *RDCE*, año 27, núm. 75, 2023, pp. 11-31.
- DÍAZ SANGUINO, Manuel: «Las «comisiones de apertura»: ¿Se adecua la STS 816/2023 de 29 de mayo de 2023 a la STJUE de 16 de marzo de 2023?», en *AC*, núm. 9, 2023.
- EBERS, Martin: «El futuro marco jurídico europeo de la inteligencia artificial», en *RGLJ*, núm. 2, 2023.
- FERNÁNDEZ ALÉN, Javier: «La nueva Ley de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión adapta el régimen de las empresas de servicios de inversión al Reglamento de la UE sobre la resiliencia operativa digital en el sector financiero (DORA)», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 305-312.
- GARCÍA LOZANO, Luis Miguel: «La regulación de las centrales hidroeléctricas en España, Italia y Francia ante el reto de la reversión», en *RJUAM*, núm. 47, 2023.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Vino viejo en odres nuevos», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. IX-XV.

- GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto: «La Unión Europea frente al desafío de la guerra en Ucrania: ¿la ansiada “epifanía” de su política exterior y de seguridad común?», en *RDCE*, año 27, núm. 75, 2023, pp. 35-68.
- GONZÁLEZ PACHÓN, Laura: «El abuso de posición dominante a través de cláusulas de exclusividad en los contratos de distribución. A propósito de la sentencia del TJUE, Unilever Italia Mkt. Operations y Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», en *RDCD*, núm. 32, 2023.
- GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos: «Cláusulas de jurisdicción en conocimientos de embarque (Artículos 251 y 468 de la Ley de Navegación Marítima “VS” artículo 25 del Reglamento 1215/2012)», en *RDM*, núm. 328, 2023.
- GUTIÉRREZ FONS, José Antonio: «El Tribunal de Justicia y la Unión Europea como “una unión de valores”», en *RDCE*, año 27, núm. 76, 2023, pp. 11-28.
- HERNÁNDEZ RAMOS, Eva: «La regulación legal de los biofertilizantes y bioestimulantes: impacto en la normativa de aguas y la política agraria común (PAC)», en *RDA*, núm. 55, 2023.
- HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel: «La protección de las prestaciones sociales de carácter económico en la jurisprudencia del TEDH a través del artículo 1 del protocolo núm. 1 CEDH», en *REDE*, núm. 86, 2023.
- HUERTA VIESCA, María Isabel y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «A propósito de la Sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022 (“HJ y Ministers-tvo práce a sociálních veí”, asunto C-101/21). Impacto de la jurisprudencia del TJUE sobre la doctrina del vínculo en las retribuciones de los administradores de sociedades de capital», en *RDS*, núm. 69, 2023.
- IZQUIERDO GRAU, Guillem: «Contrato para la prestación de servicios de reparación», en *RdPat*, núm. 62, 2023.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La Representación en derecho de contratos: Propuestas de reforma del derecho español desde la perspectiva de los textos de soft law europeos e internacionales», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. 375-440.
- LÓPEZ JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Carmen: «El difícil camino hacia la regulación de la lucha contra la coerción económica en la Unión Europea», en *RDCE*, año 27, núm. 75, 2023, pp. 173-210.
- LÓPEZ RICHART, Julián: «El reglamento de servicios digitales: un nuevo marco de responsabilidad para los prestadores de servicios intermedarios en la Unión Europea», en *RDNT*, núm. 62, 2023.
- MARTÍN-CASALS, Miquel: «Las Propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 55-100.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: «El control jurisdiccional del TJUE en materia de medidas restrictivas adoptadas en el ámbito de la PESC: el equilibrio entre “efectividad” y “legalidad”», en *RDCE*, año 27, núm. 75, 2023, pp. 91-129

- MARTÍNEZ SAN MILLÁN, Carmen: «Cambio de rumbo en la política comercial común de la Unión Europea: de la promoción a la condición», en *RDCE*, año 27, núm. 76, 2023, pp. 185-211.
- MÉNDEZ PINEDO, Elvira: «La primacía absoluta o relativa del derecho de la Unión Europea: recensión de doctrina académica sobre la jurisprudencia reciente de tribunales constitucionales», en *RDCE*, año 27, núm. 76, 2023, pp. 113-154.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: «Derecho a indemnización por los daños y perjuicios causados por un tratamiento de datos en infracción del RGPD, tras la STJ de 4 de mayo de 2023», en *REDE*, núm. 87, 2023.
- PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge: «“Tax rulings” y ayudas de Estado: principales implicaciones de la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea», en *RDCE*, año 27, núm. 75, 2023, pp. 211-246.
- PINO ABAD, Manuel: «La regulación de la falta de conformidad en las compraventas de consumo tras la incorporación de la Directiva 2019/771», en *RDCD*, núm. 32, 2023.
- REYES LÓPEZ, María José: «La protección al consumidor al hilo de las nuevas propuestas legislativas comunitarias», en *AC*, núm. 7-8, 2023.
- ROBLES CARRILLO, Margarita: «La articulación de la soberanía digital en el marco de la Unión Europea», en *RDCE*, año 27, núm. 75, 2023, pp. 133-171.
- ROCA FERNÁNDEZ, María José: «El juez nacional y los derechos fundamentales europeos. La experiencia alemana», en *REDE*, núm. 86, 2023.
- ROSINO CALLE, Roberto Carlos: «La construcción del Mercado Único Digital. Primeros pasos», en *REDE*, núm. 86, 2023.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Efectos de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de sincronización audiovisual de fonogramas», en *Indret*, núm. 3, 2023, pp. 168-216.
- SARMIENTO, Daniel y ARNALDOS ORTS, Enrique: «La cuestión prejudicial europea en la jurisdicción española, ¿un mito desmentido por las cifras?», en *RDCE*, año 27, núm. 76, 2023, pp. 75-111.
- TASSINARI, Francesca: «The European Union’s external competence in the data protection field: Is mixity the only way out?», en *RDCE*, año 27, núm. 75, 2023, pp. 247-292.
- TEIXEIRA DE SOUZA, Edilene *et al.*: «Sostenibilidad social: la importancia del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) como observatorio regular del desarrollo sostenible en la Unión Europea», en *RDA*, núm. 55, 2023.
- VALMAÑA OCHAÍTA, María: «Aprobación de los European Sustainability Reporting Standars (ESRS)», en *RDS*, núm. 69, 2023.

DERECHO COMPARADO

AVIÑÓ BELENGUER, David: «Responsabilidad civil por perjuicio ecológico en el ordenamiento jurídico francés. Un análisis comparado con el español», en *RdPat*, núm. 62, 2023.

ELIZONDO, Cecilia y GUTIÉRREZ YURRITA, Pedro Joaquín: «La necesidad de mecanismos legales más fuertes para el sector minero en México: Una reseña», en *RDA*, núm. 56, 2023.

LEAL ESPINOZA, José Luis: «El impacto de la inflación legislativa en el marco de la Agenda Ambiental 2030: una mirada desde la perspectiva constitucional al Derecho ambiental entre México y España», en *RDA*, núm. 56, 2023.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: «El régimen económico matrimonial en el Reino Unido en el caso de un divorcio contencioso iniciado en España», en *RDF*, núm. 101, 2023, pp. 321-336.

ROCA FERNÁNDEZ, María José: «El juez nacional y los derechos fundamentales europeos. La experiencia alemana», en *REDE*, núm. 86, 2023.

TARDÍO PATO, José Antonio: «El tratamiento de la sostenibilidad del uso urbanístico del suelo en Estados Unidos», en *RUE*, núm. 49, 2023.

VALENCIA MARTÍN, Germán: «Disciplina y litigiosidad ambiental norteamericanas a los ojos de un jurista español», en *RDA*, núm. 56, 2023.

PANDEMIA Y COVID-19

PÉREZ ESCOLAR, Marta: «Servicios sanitarios e información al paciente. Reflexiones en torno al proceso de administración de las "vacunas COVID-19"», en *RdPat*, núm. 61, 2023.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Francisco Javier: «Necesaria contextualización (tras la pandemia) de la Ley de Usura como mecanismo de protección reforzado del consumidor bancario», en *RDBB*, año 42, núm. 169, 2023, pp. 203-230.

VARIA

ARMIJO FORERO, Jaime y VICENT VALIENTE, Eduardo: «¿Cómo devolver la protección al trabajador? Crítica y reforma de las consecuencias del despido improcedente», en *RJUAM*, núm. 47, 2023.

BAZ CORES, Olalla: «Repercusiones de la inteligencia artificial en la legitimidad del sistema penal: una reflexión desde la justicia procedimental», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. 291-315.

BUSTOS RUBIO, Miguel: «Insignificancia y derecho penal económico», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. 110-170.

- CAIRAMPOMA BARRÓS, Pedro Pablo: «El título de imputación a los mandos intermedios de un aparato organizado de poder», en *RJUAM*, núm. 47, 2023.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia: «El Notariado español a la vanguardia de Europa», en *AC*, núm. 11, 2023.
- CALDUCH ALONSO, Mario: «La distribución de competencias en materia de vivienda entre el Estado y las Comunidades Autónomas: (a propósito de la Ley por el derecho a la vivienda)», en *RCDI*, núm. 797, 2023, pp. 1447-1483.
- CANO COBANO, Eric: «¿Qué es la criminología visual?», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 585-615.
- CANTARD, Nicolás: «Unidad de conducta y resultados múltiples como concurso “real”: Observaciones críticas a los fundamentos del Acuerdo de Pleno del Tribunal Supremo de 2015», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 519-553.
- CASTELLVÍ MONTSERRAT, Carlos: «¿Violaciones por engaño?: Sobre el concepto de consentimiento y el objeto del consentimiento sexual», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. 171-220.
- CLARIMÓN ESCUDER, Gema: «Los delitos de distribución de contenidos en las TIC dirigidos a promover el suicidio o las autolesiones de los menores de edad y personas con discapacidad. Un examen desde los principios limitadores del ius puniendi», en *RJUAM*, núm. 47, 2023.
- COCA VILA, Ivó: «Agresión sexual por engaño: Hacia una teoría diferenciadora del engaño excluyente del consentimiento sexual», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 430-466.
- FONT I LLOVET, Tomàs: «La ciutat i el seu dret. El règim especial de Barcelona», en *RJC*, núm. 3, 2023.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Limitaciones de actividad en centros comerciales», en *AC*, núm. 11, 2023.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando: «Valoración expropiatoria y arrendamientos urbanos: a propósito de la STS de 22 de septiembre de 2021 (rc 293/2020) sobre la Ciudad de la Justicia de Vigo», en *RUE*, núm. 48, 2022.
- JUFRESA PATAU, Francesc de P. y GRASAS, Ferran: «La responsabilidad penal en el ámbito sanitario veintisiete años después», en *RJC*, núm. 2, 2023.
- KAZYRYTSKI, Leanid: «La Naturaleza genocida de la represión franquista en España», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 554-584.
- LARRAURI, Elena: «¿Tienen género las garantías del proceso penal?», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. IV-VIII.
- «Criminologías del Sur», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. iii-vi.
- MARCOS, Daniel: «El sentido de Cataluña como nación: el nacionalismo catalán tras la STC 31/2010», en *RJUAM*, núm. 47, 2023.
- MARTÍN ROS, Salvador y MARTÍN VALDIVIA, Salvador María: «Más incertidumbre: plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial

- por anulación judicial de licencias. Comentario a la sentencia del tribunal supremo, 1160/2021, de 22 de septiembre», en *RJUAM*, núm. 47, 2023.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio: «Dos pronunciamientos jurisprudenciales recientes sobre devolución de ingresos indebidos en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales», en *RJNot*, núm. 116, 2023.
- MARTÍNEZ SANROMÀ, Oriol: «La complicidad psíquica», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. 221-260.
- MORENO BLESA, Lidia: «La restitución de bienes culturales en el derecho internacional privado y los litigios relativos a los derechos reales», en *RDP*, núm. 4, 2023.
- MUERZA ESPARZA, Julio J.: «Algunas cuestiones sobre el derecho de información del investigado», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 616-643.
- OROZCO GONZÁLEZ, Margarita: «Antecedentes penales, protección de datos y plataformas digitales», en *AC*, núm. 10, 2023.
- REBOLLO DÍAZ, Pedro: «El cómplice de la calificación culpable como espectador en las medidas cautelares del proceso», en *AC*, núm. 11, 2023.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Cuidado con las alternativas», en *InDret*, núm. 4, 2023, pp. i-ii.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María *et al.*: «Revista Crítica de Jurisprudencia Penal: El caso Pescanova», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 677-724.
- SIMÓ SOLER, Elisa, PEÑA ASENSIO, Eloy, GARCÍA HOM, Anna y MOLES PLAZA, Ramón-Jordi: «Las megaconstelaciones de satélites como amenaza a la seguridad», en *RJUAM*, núm. 47, 2023.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria y IRENE, Montiel Juan: «Sexo transaccional: aspectos conceptuales y victimológicos a partir de una encuesta en España», en *InDret*, núm. 4, 2023.
- TURIENZO FERNÁNDEZ, Alejandro: «“Ojos que no ven, corazón que no siente”: los llamados “casos puros”», en *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 467-518.
- VALLÉS MUÑO, Daniel: «Les limitacions jurisprudencials del dret a la veritat en la justícia transnacional espanyola i les propostes per superar-les de la Llei de la Memòria Democràtica», en *RJC*, núm. 2, 2023.
- VIVER I PI-SUNYER, Carles: «Repensar els límits del control constitucional sobre les activitats parlamentàries», en *RJC*, núm. 2, 2023.

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.
RDF	Revista de Derecho de Familia.
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 comentadas

Los contornos del límite de cita como excepción al derecho exclusivo de reproducción del autor de una obra protegida por la propiedad intelectual

(Comentario a la sentencia del Tribunal
Supremo 724/2023, de 16 de mayo)

NIEVES MORALEJO IMBERNÓN

Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La sentencia sobre la que versa este comentario aborda los contornos del límite de cita dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como excepción al derecho exclusivo de reproducción que tiene el autor sobre su obra. La valoración de la concurrencia de los presupuestos para que opere tal limitación, en un caso en que el objeto de la cita había sido una obra literaria derivada (una traducción), conduce al Tribunal Supremo a desestimar el recurso de casación interpuesto por la editorial demandada y a confirmar el pronunciamiento de la instancia, tanto en lo relativo a la existencia de una infracción como a la indemnización fijada por la Audiencia Provincial de Madrid en apelación.

PALABRAS CLAVE

Límite de cita, obra derivada, regla de los tres pasos, indemnización de daños y perjuicios.

Permitted quotation as an exception to the author's exclusive right of reproduction of a copyrighted work.

(Commentary on Supreme Court Ruling 724/2023, of May 16)

ABSTRACT

The judgement subject to this commentary addresses the conditions under which quotation is permitted, as an exception to the exclusive right of reproduction that the author has over his work. The assessment of the concurrence of the requirements for such a limitation to apply, in a case in which the object of the quotation had been a derivative literary work (a translation), leads the Spanish Supreme Court to dismiss the appeal filed by the defendant and uphold the Provincial Court of Madrid ruling both as regards to the existence of an infringement as to the compensation amount.

KEYWORDS

Permitted quotation, derivative work, three-step-rule, compensation for damages.

SUMARIO:—I. Supuesto de hecho. II. El límite de cita y la *regla de los tres pasos*. 1. El límite de cita y la *regla de los tres pasos* en el Convenio de Berna. 2. El límite de cita y la *regla de los tres pasos* en la Directiva 2001/29/CE, de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. 3. El límite de cita y la *regla de los tres pasos* en el Derecho español: los artículos 32.1 y 40 *bis* LPI.—III. La aplicación en este supuesto del límite de cita, interpretado de acuerdo con la *regla de los tres pasos*.—IV. La indemnización de los daños y perjuicios y la publicación de la sentencia.—Bibliografía.—Jurisprudencia.

I. SUPUESTO DE HECHO

El litigio sobre el que versa la STS de 16 de mayo de 2023, objeto de este comentario, se inicia con la demanda interpuesta por doña María [nombre ficticio] contra la entidad Grupo Anaya.

La demandante había traducido del japonés al español un relato breve del autor Oogai Mori titulado «La historia de Iori y Run»,

que fue publicado, junto con la traducción de otros cinco relatos del mismo autor, dentro de su libro *El barco del Río Takase*, en el año 2000.

La editorial Cátedra, perteneciente al Grupo Anaya, publicó a su vez un libro titulado *Claves y textos de la literatura japonesa*, del autor Carlos Rubio, cuya primera edición data del año 2007 y, la segunda, del 2015.

Entre otros textos, el libro incluía una reproducción literal de «La historia de Iori y Run», traducida al español por la demandante, haciéndose constar la fuente de procedencia y la autoría de la traducción, pero en ningún momento se requirió su autorización para esta utilización.

Ante esta situación, doña María entabló una demanda contra Grupo Anaya [cesionaria de los derechos de explotación sobre la obra *Claves y textos de la literatura japonesa*], solicitando que se declarara la infracción de sus derechos de propiedad intelectual y la condena de la demandada a: i) cesar en la reproducción y distribución del libro, mientras no obtuviera la autorización de la actora; ii) pagar una indemnización de 6.000 euros en concepto de daño moral y otros 6.000 euros, más el 5% del volumen total de ventas del libro, como indemnización de daños y perjuicios o, subsidiariamente, la cuantía que el juez estimara oportuna de acuerdo con la prueba practicada; y iii) a que se publicase la sentencia en un periódico de gran difusión a nivel nacional.

En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid dictó resolución con fecha de 19 de julio de 2017 en la que desestimó íntegramente la demanda de doña María, absolviendo de todos los pedimentos a la demandada. La razón es que el Juzgado entendía que el uso que Ediciones Cátedra había realizado de la obra de la demandante estaba amparado por el límite legal de la cita regulado en el artículo 32.1 LPI, ya que el relato reproducido podía considerarse un *fragmento* a los efectos de este precepto en relación con la extensión total de la obra publicada por la demandada [8 páginas dentro de un libro que constaba de un total de 715, dedicadas al análisis y estudio de la literatura japonesa, entre otras cuestiones].

Esta sentencia fue recurrida en apelación por la demandante ante la Audiencia Provincial de Madrid, que estimó parcialmente el recurso. La Audiencia sostuvo, en contra de lo que había apreciado la instancia, que el límite de cita del artículo 32.1 LPI no amparaba la reproducción del relato de la actora, pues no se trataba propiamente de un *fragmento* [el cuento había sido reproducido en su integridad], ni la utilización se había realizado en la *medida justifi-*

cada por el fin perseguido. Además, el órgano de apelación estimaba que la reproducción ocasionaba un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de la autora en los términos del artículo 40 *bis* LPI (*regla de los tres pasos*).

Efectivamente, a juicio del tribunal de apelación, la inserción del relato de la obra en su totalidad resultaba difícilmente compatible con el significado del término *fragmento*, pues, aunque la traducción del cuento «La historia de Iori y Run» se había divulgado en un libro denominado *El barco del río Takase*, junto con otros cinco relatos más, cada uno de ellos se presentaba como una obra autónoma y diferenciada, con sustantividad propia. Al hilo de esta cuestión, la AP advertía que «[l]o que no puede aceptarse a estos efectos es la afirmación contenida en la sentencia recurrida, relativa a que la transcripción únicamente cubre ocho de las 715 páginas de la obra en que se inserta», ya que «[l]a comparación idónea a estos efectos es la *relación entre el fragmento transcrito y la obra de la que se extrae, no la obra en la que se inserta*» (apartado 18) [la cursiva es nuestra].

Por otro lado, entendía la Audiencia Provincial que tampoco la reproducción del texto se adecuaba al aspecto teleológico que define el límite de cita en el artículo 32.1 LPI, que exige que la utilización del fragmento se haga en la *medida justificada* para el fin de esa incorporación, que ha de estar centrado en la docencia o en la investigación, ni a la *regla de los tres pasos* del artículo 40 *bis* LPI [a la que la Audiencia Provincial califica como «límite infranqueable»], que exige que la utilización del fragmento no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor ni vaya en detrimento de la explotación normal de la obra.

En relación con la primera cuestión, estimaba la Audiencia Provincial que dentro del libro *Claves y textos de la Literatura japonesa* podían apreciarse dos partes diferenciadas, como se desprende de su propio título. La primera (*Claves*) constituía, en efecto, un estudio de la literatura japonesa, efectuada a partir de diez claves (geografía, historia, lengua, religión, sociedad, teoría literaria, estética, verso, prosa y teatro). No obstante, la segunda (*Textos*) conformaba una verdadera antología de obras de distintos literatos japoneses, entre los que se encontraba «La historia de Iori y Run», precedidos de una presentación del autor a modo de contextualización.

El relato litigioso se insertaba concretamente dentro del capítulo 11 denominado «La modernidad: Natsume Soseki y Mori Oogai», donde el autor efectuaba unas primeras reflexiones sobre ambos representantes de la literatura japonesa, para a continua-

ción insertar dos textos [uno de Tarsila (*sic*) y, el otro, el texto litigioso] precedidos de unas breves consideraciones sobre la temática del libro.

Atendido el plan de la obra, la Audiencia advertía que podía apreciarse una *doble finalidad* nítidamente diferenciada. La primera, que era la que propiamente contenía un juicio crítico sobre la literatura japonesa y, la segunda, que tenía en cambio una finalidad puramente antológica, pues compilaba una serie de textos que permitían al lector un acercamiento directo a determinados ejemplos de la literatura japonesa. Esto resultaba corroborado no sólo por el propio título de la obra (*Claves y textos...*), sino también por el hecho de que el término *antología* se utilizaba reiteradamente en la introducción, así como en la contraportada del libro. El propio autor se autodenominaba «compilador», también en la introducción, en referencia a la segunda parte de su obra, poniendo así de manifiesto que este era el carácter o naturaleza de esos capítulos finales.

Por estas razones, la Audiencia terminó concluyendo que la finalidad docente de la obra no hacía *imprescindible* la inclusión de la antología para alcanzar las conclusiones críticas de la primera parte, sino que esta compilación última de textos se presentaba en realidad como un *complemento diferenciado*.

En relación con el argumento procedente del artículo 40 *bis* LPI, que contiene la *regla de los tres pasos*, el órgano de apelación consideraba igualmente que la reproducción del relato de la demandante no estaría cubierta por el artículo 32.1 LPI.

En primer lugar, porque el límite de derecho de cita, contemplado en el artículo 5.3.d) de la Directiva 2001/29/CE exige no sólo que se haga un buen uso de las obras citadas, sino que se haga en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido (*primer paso de la regla*). En este caso concreto, no existía, a juicio de la Audiencia Provincial, una relación funcional entre el relato y la recensión sobre la literatura japonesa efectuada por el autor en la primera parte de la obra.

En segundo lugar, la aplicación del límite exige que la utilización que pretende tal amparo legal no atente contra la explotación normal de la obra (*segundo paso de la regla*). Aquí la Audiencia Provincial estimó que la inserción íntegra del relato de la demandante en el libro editado por la demandada constituía una forma de explotación no autorizada por la autora que podía repercutir negativamente en la reproducción, comunicación pública o distribución efectuadas por la traductora o que se efectuara en el futuro.

En último término, la Audiencia Provincial consideró que la utilización del texto de la demandante incumplía también el *tercer paso* de la regla del artículo 40 *bis* LPI, que es que la utilización que se pretende cubierta por el límite que sea (en este caso, el de cita) no perjudique los intereses legítimos del titular de los derechos. La AP estimó que sí se perjudicaban por las razones antedichas, sin que el hecho de que se hubiera ensalzado el prestigio de la traductora o animado al lector a leer otros relatos de la misma colección, pudiera servir para enervar tal efecto.

Una vez declarada la existencia de tal infracción, la Audiencia Provincial condenó a la demandada a cesar en la reproducción y distribución del libro hasta que obtuviera la debida autorización de la demandante.

Junto a ello, la Audiencia Provincial fijó el pago de una indemnización de daños y perjuicios, pero no en el importe íntegro que solicitaba la recurrente, por lo que el recurso de apelación sólo fue estimado parcialmente.

Doña María había solicitado, en efecto, en concepto de daños morales la cantidad de 6.000 euros y, en concepto de daños materiales, otros 6.000 euros por el beneficio dejado de obtener en la explotación de su propia obra, más el 5% del volumen total de ventas del libro objeto del litigio. No obstante, de manera subsidiaria, la demandante había solicitado también que se condenara a la demandada a abonar la cuantía que el juzgado considerase oportuna de acuerdo con la prueba practicada.

Pues bien, la Audiencia Provincial rebajó sus expectativas patrimoniales, pues finalmente fijó prudencialmente la cantidad de 2.000 euros en concepto de daño moral por la aflicción (*cierta aflicción*, matiza la Audiencia) derivada de la vulneración de su derecho de reproducción.

Doña María había alegado en su demanda el esfuerzo sentimental e intelectual que había conllevado la traducción del japonés al español de un texto histórico redactado en los primeros años del siglo xx, lo que le había obligado a conocer la cultura japonesa y a visitar los lugares relacionados con el autor traducido, dada la escasez de especialistas de japonés. En suma, la infracción de sus derechos le había ocasionado importantes consecuencias psicológicas y laborales, que acreditaba mediante la aportación de un informe médico.

Como justificación del importe exigido en concepto de indemnización por daños morales, la actora alegaba que este debía entenderse incrementado con base en estas tres consideraciones: i) el autor del libro en que se insertaba su relato había modificado el

texto inicial, introduciendo dos notas a pie suyas y omitiendo otras dos realizadas por doña María, en clara alusión a la vulneración de su derecho moral de integridad; ii) el autor del libro no tenía titulación en japonés; iii) y, por último, que ambos tenían una mala relación personal.

Ninguna de estas tres alegaciones fue tenida en cuenta por la Audiencia Provincial, que estimó que las notas añadidas y/o suprimidas no formaban parte del texto controvertido, sino que se trataba de comentarios del autor del libro y de la autora del relato, respectivamente, realizados con la debida separación del texto. Por otro lado, declaró que no podía compartirse que la ausencia de titulación del autor del libro constituyese un agravante para la fijación de la indemnización por daño moral, pues en ningún momento aquel se había atribuido la condición de traductor. En último término, el órgano de apelación consideró que el hecho de que las relaciones entre doña María y el autor del libro no fueran buenas no debía tampoco tener una repercusión en la cuantificación del daño moral, que había de inducirse de la lesión del derecho de la actora y no del sujeto que cometía la infracción.

No obstante, la Audiencia sí reconoció que la autora del relato podía sentirse afligida en razón de que este se hubiera publicado por la demandada en su integridad, «ninguneando sus derechos», teniendo en cuenta el relevante valor que para ella significaba este trabajo, dada la dificultad y la dedicación que un texto literario semejante ofrece para su traducción del japonés al español (fundamento jurídico 45).

Con base en lo anterior, sumado al hecho de que la demandante no llegó a aportar la prueba del grado de difusión ilícita que tuvo el libro editado por la demandada, que es uno de los criterios de fijación de la indemnización por daño moral que establece el artículo 140.2.a) LPI, a pesar de haber manifestado en la demanda su intención de proponer prueba al respecto, la Audiencia Provincial concedió sólo 2.000 euros (frente a los 6.000 reclamados en la demanda) en concepto de daños morales.

Con la pretensión indemnizatoria basada en la causación de daños materiales sucede otro tanto, pues de la inicial petición de 6.000 euros, basada en el criterio contemplado en el artículo 140.2.a) LPI de «las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita», la AP sólo termina reconociendo a la demandante una indemnización equivalente al 2% del beneficio obtenido por la venta del libro *Claves y textos de la literatura japonesa*, pues el

beneficio dejado de obtener por ella no había quedado probado y, además, no podía acumularse al criterio del beneficio obtenido por el infractor sin incurrir en un enriquecimiento injustificado. Y, en relación con este último criterio, su participación en los beneficios obtenidos por el infractor, no podía tampoco equipararse al 5% pues el relato en cuestión sólo ocupaba un total de 8 páginas de las 715 de las que constaba el libro (1'11%). Por esta razón sólo se le reconoce como indemnización la participación en un 2% del beneficio obtenido por la venta del libro, valorando las dificultades en las labores que aquella tuvo para la traducción del japonés al castellano de un texto histórico de principios del siglo xx.

Finalmente, la Audiencia Provincial descartó la condena a la publicación de la sentencia en un periódico de gran difusión a nivel nacional, como reclamaba la actora *ex* artículo 138.1 LPI, pues tal medida no debía operar con efecto automático, sino que la demandante debía exponer las razones por las que la solicitaba. En este caso no sólo no se habían alegado, sino que además el órgano de apelación no encontraba la necesidad de esta publicación teniendo en cuenta que la traducción del relato insertado aparecía citada con indicación de la fuente y la autoría, por lo que ninguna aclaración procedía efectuar al respecto en los medios de comunicación.

Grupo Anaya interpuso recurso de casación contra esta sentencia, alegando como único motivo la infracción y aplicación indebida del artículo 32.1 LPI y del artículo 40 *bis* LPI, como criterio interpretativo del límite de cita, en concordancia con el artículo 3.1 CC y la jurisprudencia que lo interpreta.

Según la recurrente, la inclusión de la cita «La historia de Iori y Run» en el libro *Claves y textos de literatura japonesa* estaba plenamente justificada porque constituía un *fragmento* de 7 páginas dentro del libro *El barco del río Takase*, de 141 páginas, publicado por la recurrida, que se realizaba además para poder valorar la obra de Oogai Mori. Así las cosas, tal utilización estaría dentro de lo que podría considerarse como *uso honrado* (*fair use*) de una obra previamente divulgada, con fines de crítica y reseña, y con indicación de la fuente y el nombre del autor. Tal uso honrado no perjudicaba –en su opinión– a la actora, sino que, por el contrario, le beneficiaba.

El recurso de casación es desestimado íntegramente por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia de la Audiencia Provincial en todos sus extremos.

Después de analizar el modo en que el derecho de cita aparece configurado tanto en el Convenio de Berna (artículo 10) como en la Directiva 2001/29/CE [artículo 5.3.d)], el Tribunal Supremo con-

cluye que los dos aspectos controvertidos en este recurso eran, por un lado, la consideración de la reproducción íntegra del relato de la actora como *fragmento* y, por otro, la finalidad que perseguía tal utilización, esto es, si su inclusión, que obviamente excedía la mera reseña, respondía a la finalidad de «análisis, comentario o juicio crítico» del artículo 32.1 LPI, que pudiera considerarse ajustada a los «usos honrados» del derecho de cita (en alusión a lo dispuesto en el artículo 10 CB, en línea con la *regla de los tres pasos* del artículo 40 *bis* LPI).

Antes, por tanto, de dar inicio a este comentario, haremos un breve repaso de los contornos del derecho de cita, y su relación con la *regla de los tres pasos*, centrándonos en los textos legales a los que recurren tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo para fundamentar sus respectivas decisiones, a saber, el Convenio de Berna (artículos 9.2 y 10), la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información [artículos 5.3.d) y 5.5] y, como es lógico, nuestra propia legislación sobre propiedad intelectual (artículos 32.1 y 40 *bis* LPI), aplicable al caso.

II. EL LÍMITE DE CITA Y LA REGLA DE LOS TRES PASOS

1. EL LÍMITE DE CITA Y LA REGLA DE LOS TRES PASOS EN EL CONVENIO DE BERNA

En el Convenio de Berna el límite de la cita aparece regulado en el artículo 10.1), con el siguiente tenor literal:

Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.

La regulación del límite se completa con lo dispuesto en el apartado 3) del mismo precepto, referido tanto al límite de cita como al de ilustración de la enseñanza [apartado 2)], que añade la

exigencia de que *las citas y utilizaciones a que se refieren los párrafos precedentes deberán mencionar la fuente y el nombre del autor, si este nombre figura en la fuente.*

La cita se configura en el artículo 10 CB como un límite obligatorio al derecho exclusivo de reproducción, que estaría justificado por la libertad de expresión y de crítica¹.

No contiene esta norma ninguna referencia a la finalidad con la que ha de realizarse la cita, ni tampoco a su extensión. Como únicos requisitos que ha de cumplir el usuario que pretenda obtener la cobertura del límite se menciona que la cita ha de tener por objeto una obra que haya sido lícitamente accesible al público y debe realizarse de acuerdo con los usos honrados y sólo en la medida justificada para la finalidad perseguida. En último término, la cita ha de mencionar la fuente y el nombre del autor, si éste figura en ella.

La redacción actual de esta norma fue el fruto de un largo proceso de discusiones y de sucesivas versiones en las distintas conferencias diplomáticas de la Unión de Berna, debidas todas ellas a las grandes diferencias que existían entre las legislaciones de los Estados signatarios, lo que dificultó llegar a un acuerdo que concretara de un modo más preciso los contornos de este límite².

En algún momento de este proceso llegó a hacerse constar en el tenor literal del precepto la extensión que había de tener la cita, así como los fines con los que debía realizarse, pero finalmente la configuración normativa del límite salió adelante gracias a una descripción mucho más genérica, pues se entendió que sólo abordando esta excepción de una manera flexible podría alcanzarse el deseado consenso.

El límite se configuró, eso sí, como obligatorio, lo que significa que, pese al carácter facultativo con el que luego aparece recogido en la Directiva 29/2001/CE, los países miembros de la UE están obligados a reconocerlo en sus respectivas legislaciones nacionales.

De conformidad con lo establecido en el Convenio de Berna, la aplicación de esta excepción exige que la obra originaria, de la que se extrae la cita, haya sido hecha lícitamente accesible al público, esto es, divulgada lícitamente por cualquier medio (*v. gr.*, comuni-

¹ En relación con el límite de la cita dentro del Derecho de la Unión Europea, contemplado en el artículo 5.3.d) DDASI, el TJUE afirma que las excepciones establecidas tanto en este literal como en el literal c) del mismo apartado persiguen específicamente «dar prioridad al ejercicio del derecho a la libertad de expresión de los usuarios de prestaciones protegidas y a la libertad de prensa, que reviste especial importancia cuando está protegido en virtud de derechos fundamentales, en relación con el interés del autor en poder oponerse a la utilización de su obra, asegurando al mismo tiempo el derecho del autor a que se indique, en principio, su nombre (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de diciembre de 2011, Painer, C-145/10, apartado 135)» (*vid.* STJUE 29 julio 2019, asunto C-469/17, *Funke Medien*, apartado 60).

² *Vid.* en este sentido, SOL MUNTAÑOLA, *Pe.i. Revista de propiedad intelectual*, 2012, pp. 57-64 y LÓPEZ MAZA, 2013, pp. 834-844.

cación pública de la obra, distribución de ejemplares...), ya sea con el consentimiento del autor o por aplicación de una norma legal.

El artículo 10 CB exige también que la cita se realice conforme a los *usos honrados*, referencia que fue introducida en la Conferencia de Estocolmo de 1967 y que, como ha puesto de relieve algún autor, resulta más familiar dentro del sistema del *Common law*, donde ciertas utilizaciones de las obras que cumplan los requisitos de una cláusula general (doctrina del *fair use* o *fair dealing*) deben considerarse lícitas, que dentro del sistema del *Civil law*, que se decanta –en cambio– por la técnica de consagrar limitaciones o excepciones concretas a los derechos exclusivos de explotación³.

Esta referencia a los *usos honrados* (*their making is compatible with fair practice*, en la versión inglesa), que se recoge también en la Directiva 29/2001/CE (*their use is in accordance with fair practice*, en la versión inglesa) remite a utilizaciones que puedan considerarse *normalmente admisibles* o *comúnmente aceptadas*, en el sentido de que estén justificadas por la finalidad perseguida con la cita y que no sustituyan o reemplacen el uso de la obra citada ni hagan disminuir sus ventas por entrar en competencia con ella⁴.

En el mismo precepto cabe observar la ausencia de una referencia a la extensión que ha de tener la cita, pues *no* se habla de *fragmentos* ni de *citas cortas*, omisión que queda salvada en cierto modo por la advertencia de que el extracto o reproducción de la obra ajena hay de realizarse *en la medida justificada por el fin perseguido*.

La naturaleza de este fin tampoco se determina en el texto del artículo 10 CB, debido precisamente a la falta de acuerdo en este sentido entre los Estados signatarios, lo que permite entender incluidos fines muy diversos y no exclusivamente relacionados, como señalan otras normas sobre este límite, con la enseñanza o la investigación (*v. gr.*, informativos, de entretenimiento...).

En último término, como antes se indicaba, el artículo 10 CB cierra su tenor literal con un apartado 3, en el que, en aras de la protección del derecho moral de paternidad, se exige la constancia de la fuente de donde se extrae la cita, así como el nombre del autor, si figura en ella.

Pese a tratarse de un límite al derecho de reproducción, se da la paradoja de que la cita fue recogida en el Convenio de Berna antes incluso de que se regulara aquel derecho exclusivo, que no fue introducido hasta la revisión de Estocolmo de 1967, quedando ubicado en el apartado 1 del artículo 9.

³ LÓPEZ MAZA, 2013, p. 856.

⁴ LÓPEZ MAZA, 2013, pp. 855-856, que explica que, en el programa presentado para la revisión de Estocolmo, en la que se introdujo esta alusión, se explicaba que este requisito debía interpretarse como que el uso en cuestión fuera *objetivamente aceptable*.

Este reconocimiento del derecho de reproducción hizo necesario poner en claro el régimen de limitaciones a tal derecho, habida cuenta de que, por un lado, los legisladores de los Estados signatarios ya habían reconocido en sus textos legales muchas de ellas (y era necesario, por consiguiente, respetarlas) y de que, por otro, el propio Convenio había recogido también con anterioridad y de modo expreso el límite de cita en su artículo 10.

Como explican los comentaristas del Convenio, había dos opciones sobre cómo afrontar esta cuestión. La primera consistía en introducir (y regular) dentro de la convención un listado cerrado de excepciones, formado por aquellas que fueran comunes a las distintas legislaciones nacionales. La segunda, optar por dejar que fueran los legisladores de los Estados signatarios quienes regularan los límites al derecho de reproducción en sus respectivos ordenamientos jurídicos, de acuerdo con unas indicaciones o guías que figurasen en el Convenio⁵.

Fue esta última alternativa la que finalmente se impuso, por lo que el apartado 2 del artículo 9, fue redactado del siguiente modo:

Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal de que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Quedaba así incorporada al Convenio de Berna la llamada *regla de los tres pasos*, como una solución de compromiso entre los sistemas anglosajones del *fair use* (que prescinden, como se ha dicho, de la tipificación de limitaciones a los derechos exclusivos en favor de una cláusula general que permita aquellos usos de la obra que puedan considerarse justos u honrados) y los países del *Civil law* (proclives, en cambio, a un sistema de listado de excepciones).

En el Convenio de Berna, la *regla de los tres pasos* constituye claramente un *mandato dirigido a los legisladores nacionales* para que, cuando procedieran a regular o a revisar los límites al derecho de reproducción dentro de sus respectivas legislaciones y a la luz de las previsiones contenidas en esta convención, se atuvieran a ese *triple examen*, según el cual: i) el límite debía preverse para un *caso especial*, que el legislador tendría que delimitar de forma concreta; ii) el límite habría de configurarse de modo que no pusiera en peligro la *explotación normal* de la obra por los titulares de los

⁵ Vid. sobre el proceso de aprobación de esta norma, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2013, p. 753.

derechos exclusivos; iii) la forma en que se definiese el límite tendría de respetar también los *intereses legítimos* del autor, tanto los de carácter patrimonial como moral.

Como sabemos, el límite de la cita estaba regulado con anterioridad dentro del propio Convenio de Berna, lo que significaba que se presuponía que tal regulación cumplía ya el *primero* de los tres pasos de la regla artículo 9.2 CB, que vendría a ser la norma general a estos efectos respecto de la contenida en el artículo 10 (*lex specialis*). Los Estados de la Unión debían configurar así esta excepción dando cumplimiento, al menos, a los requisitos expresados en el artículo 10.1 CB, aunque podrían hacerlo de un modo más restringido, en pro de la protección de los autores, dado que el mencionado precepto preveía que los gobiernos de los Estados miembros podrían adoptar entre ellos Arreglos particulares que «confieran a los autores derechos *más amplios* que los concedidos por este Convenio» (la cursiva es nuestra).

El segundo de los pasos de la regla obligaba a los legisladores nacionales a verificar que la utilización amparada por el límite de la cita no atentara contra la explotación normal de la obra citada, entrando en competencia con esta.

Y, en último término, que esos perjuicios a los intereses legítimos del autor (patrimoniales, pero también morales) no pudieran considerarse injustificados, en el sentido de *desproporcionados* en relación con las ventajas obtenidas por el beneficiario del límite, de acuerdo con el objetivo perseguido por el legislador a la hora de consagrarlo (en el caso de la cita, la libertad de crítica, como ya se ha dicho).

La *regla de los tres pasos* fue incorporada posteriormente al artículo 13 de los ADPIC de 1993 y al artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre derechos de autor de 1996 (TODA), que la extendieron a todos los límites del derecho de autor y no sólo a los referidos al derecho de reproducción, como hacía el artículo 9.2 CB. La regla fue también incluida dentro del artículo 16 del Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), que la extendió igualmente a los derechos afines de los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas.

2. EL LÍMITE DE CITA Y LA REGLA DE LOS TRES PASOS EN LA DIRECTIVA 2001/29/CE, DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS AFINES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

El límite de la cita dentro del Derecho europeo fue introducido con carácter general, para todo tipo de obras y prestaciones, en

la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (en adelante, DDASI)⁶.

Como es sabido, la DDASI tuvo entre sus fines la *armonización horizontal* de los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública (incluida la puesta a disposición del público) y distribución de los autores sobre sus obras, que hasta ese momento sólo habían sido objeto de una *armonización vertical* en relación con determinadas categorías de obras (programas de ordenador y bases de datos en sus respectivas directivas, anteriores a esta)⁷ o en relación con determinados derechos (en particular, los derechos de alquiler y préstamo y la comunicación pública por radiodifusión vía satélite y distribución por cable, también en las correspondientes directivas)⁸.

De igual modo, la DDASI introdujo con carácter general la regulación de las excepciones a los derechos de reproducción, comunicación pública y distribución en el artículo 5, también con un objetivo de *armonización horizontal* –si bien *menos plena*, como luego se explicará–, pues hasta ese momento las limitaciones habían sido objeto de una armonización meramente vertical, referida exclusivamente a unos determinados tipos de obras (*vid.* artículos 5 Directiva de programas de ordenador y 6 Directiva Bases de Datos).

La justificación de la introducción de los límites puede encontrarse en lo dispuesto en el considerando 31 de la directiva, en el que se pone de relieve que las diferencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros en lo referente al régimen de limitaciones y excepciones estaban incidiendo directa y negativamente en el funcionamiento del mercado interior de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor. Y se añade que tales diferencias podrían perfectamente acentuarse a medida que se desarrollara la explotación transfronteriza de las obras y las actividades transfronterizas, en clara alusión al desarrollo tecnoló-

⁶ Con anterioridad, el límite de cita había sido contemplado, en relación con las bases de datos, en el artículo 6.2.b) de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

⁷ Directiva 91/250/CEE, del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (codificada en Directiva 2009/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009) y Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

⁸ Directiva 92/100/CEE, del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (actual Directiva 2006/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006) y Directiva 93/83/CEE, del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

gico y aparición de nuevas técnicas de transmisión de obras y prestaciones protegidas, que era el desafío al que venía a dar respuesta la nueva directiva.

Para acometer la primera labor de armonización, la relativa a los derechos de explotación, la DDASI introdujo la regulación del derecho de reproducción en su artículo 2; del derecho de comunicación pública, en su artículo 3; y del derecho de distribución, en su artículo 4, creando así un marco jurídico uniforme que garantizaba una protección elevada y homogénea de estos derechos exclusivos⁹.

En cuanto a la armonización de los límites a esos derechos, el legislador de la Unión Europea optó, en ejercicio de la libertad que le confería el Convenio de Berna (artículo 9.2), por consagrar un listado exhaustivo de limitaciones en el artículo 5 DDASI, que tenían un carácter facultativo para los Estados miembros, a excepción de la contemplada en el apartado 1¹⁰.

La razón por la que el legislador europeo se decantaba por este sistema, en lugar de acudir a una cláusula general de *fair use*, es que de este modo se tomaban en consideración las *diferentes tradiciones jurídicas de los Estados miembros* y, al mismo tiempo, se garantizaba el *funcionamiento del mercado interior* (considerando 32). Efectivamente, a través de una cláusula general de *usos honrados* o *fair use* no hubiera sido posible acometer la tarea de unificar o armonizar el sistema de límites a los derechos patrimoniales dentro de la Unión Europea.

Dentro del artículo 5, el apartado 1 contempla una excepción al derecho de reproducción, que es la única –como hemos comentado– que tiene carácter obligatorio para los Estados miembros. El apartado 2 recoge también excepciones al derecho de reproducción, si bien ahora con un carácter facultativo, que es también el que caracteriza a las excepciones del apartado 3, que es donde se ubica el límite de cita, donde se enumeran aquellas que constituyen un límite a los derechos exclusivos regulados en los artículos 2 y 3 de la directiva (a saber, los derechos de reproducción y de comunicación pública). Finalmente, el apartado 4 del precepto permite a los Estados miembros trasladar las excepciones del derecho de reproducción al derecho de distribución reconocido en el artículo

⁹ Vid. en este sentido, STJUE 29 julio 2019, asunto C-469/17, *Funke Medien*, apartado 37.

¹⁰ Señala esta norma que «los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2 que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.

lo 4, siempre que lo justifique la finalidad del acto de reproducción autorizado.

En un momento inicial se apuntó que la previsión de tales excepciones con un carácter meramente facultativo para los Estados miembros, con la excepción antedicha del apartado 1, podría amenazar el objetivo armonizador de la DDASI. Bastaba con que un Estado miembro decidiera no incorporar alguna/s de ellas, para que se generara el efecto de mosaico legislativo que la directiva quería evitar. No obstante, a estas críticas se les oponía el argumento de que el listado de excepciones y limitaciones del artículo 5 tenía un carácter exhaustivo y cerrado, lo que significaba que los Estados miembros no podrían introducir en sus Derechos nacionales otras excepciones o hacerlo en condiciones o con requisitos menos estrictos que los que figuraban en el Derecho europeo¹¹.

El límite de la cita aparece previsto dentro del artículo 5, en su apartado 3, literal d), que permite a los Estados miembros establecer una excepción al derecho de reproducción [y de distribución, en los términos del artículo 5.4) DDASI], para realizar *citas con fines de crítica o reseña, siempre y cuando estas se refieran a una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público, se indique, salvo en los casos en que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor, y se haga buen uso de ellas, y en la medida en que lo exija el objetivo específico perseguido*.

Al igual que en el Convenio de Berna, la DDASI exige el cumplimiento de algunos requisitos para que la cita o reseña de una obra ajena pueda considerarse *lícita*, lo que obligará a los legisladores nacionales a atenerse a ellos a la hora de transponer esta disposición a sus ordenamientos jurídicos internos. Transposición que, pese al carácter facultativo del artículo 5.3.d) DDASI, resulta obligatoria en el caso concreto de la cita por aplicación del artículo 10.1 CB.

Estos requisitos son, en primer lugar, que la cita tenga por objeto una obra o prestación que se haya puesto ya legalmente a disposición del público. El legislador de la UE -al igual que el CB- no identifica la divulgación lícita necesariamente con la publicación de la obra, sino que permite que aquella pueda producirse a través de cualquier otro medio lícito¹².

¹¹ WALTER y VON LEWINSKI, 2010, p. 1021.

¹² Como ha declarado el TJUE, en su sentencia de 29 de julio 2019 (asunto C-516/17, *Spiegel Online*), «procede considerar que una obra, o una parte de una obra, ya ha sido puesta legalmente a disposición del público si se ha hecho accesible al público con el permiso del titular del derecho o en virtud de una licencia no voluntaria o incluso de una autorización legal» (apartado 89).

En segundo lugar, es preciso que se indique, salvo en los casos que resulte imposible, la fuente, con inclusión del nombre del autor. En otros términos, la cita deberá respetar el derecho moral de paternidad del autor de la obra citada.

En tercer lugar, el artículo 5.2.d) retoma el concepto de *usos honrados* o *buen uso* (*fair practice*), que empleaba también el artículo 10.1 CB, con el fin de dotar de flexibilidad a la regulación de este límite dentro del Derecho de la Unión Europea, habida cuenta de que la cita ya era objeto de tratamientos jurídicos muy diversos por parte de los legisladores de los Estados miembros.

En último término, también encontramos en este precepto de la DDASI, en paralelo con lo dispuesto en el artículo 10.1 CB, la alusión a que la cita deba utilizarse en la *medida en que lo exija el objetivo específico perseguido*, en el sentido de que esta reseña deberá tener una extensión razonable y estar relacionada con el propósito concreto para el que se realiza.

Una diferencia que, en cambio, cabe apreciar entre ambos textos normativos es que la DDASI indica que la cita ha de realizarse con *finés de crítica o reseña*, aunque no se mencione la finalidad última de aquella (como sí hace nuestro Derecho nacional, en el artículo 32.1 LPI, donde se especifica que la inclusión de la obra ajena ha de realizarse a título de cita o para su análisis comentario o juicio crítico, con *finés docentes o de investigación*).

¿Qué ha de entenderse por *finés de crítica o reseña*, a los efectos del artículo 5.3.d) DDASI?

El TJUE ha aclarado el alcance de estos conceptos en varios pronunciamientos en los que ha indicado que, al no existir en la Directiva 2001/29 una definición del término *cita*, la determinación de su significado y alcance debe efectuarse conforme a su *sentido habitual* en el *lenguaje corriente*, teniendo en cuenta el contexto en el que se utiliza y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte.

De acuerdo con esto, en palabras del TJUE, el sentido habitual del término *cita* alude a *la utilización, por parte de un usuario que no es su autor, de una obra o, más generalmente, de un extracto de una obra para ilustrar un comentario, defender una opinión o incluso permitir una confrontación intelectual entre esa obra y las manifestaciones de dicho usuario* (STJUE 29 julio 2019, asunto C-476/17, *Pelham*, apartados 70 y 71¹³; STJUE 29 julio 2019,

¹³ «Al no existir en la Directiva 2001/29 una definición del término “cita”, la determinación del significado y del alcance de este debe efectuarse, según la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia expuesta en el apartado 28 de la presente sentencia, conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo también en cuenta el contexto en el que se utiliza y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte»

asunto C-516/17, *Spiegel Online*, apartados 77, 78 y 79)¹⁴. Se trata, en definitiva, de que el beneficiario que pretende invocar este límite tenga el *objetivo de interactuar con dicha obra* (STJUE 29 julio 2019, asunto C-476/17, *Pelham*, apartado 71) o de *confrontar intelectualmente sus manifestaciones con dicha obra* (STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17, *Spiegel Online*, apartado 78). Precisamente por ello, insiste el TJUE, que el usuario de la cita debe establecer necesariamente una relación directa y estrecha entre la obra citada y sus propias reflexiones y esa cita debe tener un carácter accesorio respecto de los comentarios de dicho usuario (STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17, *Spiegel Online*, apartado 79).

También debemos a la jurisprudencia del TJUE la aclaración de que la obra citada puede ser una *obra musical* (STJUE 29 julio 2019, asunto C-476/17, *Pelham*, apartado 68)¹⁵; que la inclusión de la cita puede tener lugar en una *obra protegida* o en *cualquier otra prestación*, aunque no tenga la consideración de obra protegida (STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17, *Spiegel Online*, apartado 78¹⁶) y, finalmente, que la cita no exige la inserción del

(apartado 70). «Por lo que respecta al sentido habitual del término «cita» en el lenguaje corriente, procede señalar que la cita se caracteriza esencialmente por la utilización, por parte de un usuario que no es su autor, de una obra o, más generalmente, de un extracto de una obra para ilustrar un comentario, defender una opinión o incluso permitir una confrontación intelectual entre esa obra y las manifestaciones de dicho usuario. Por lo tanto, el usuario de una obra protegida que pretenda acogerse a la excepción de cita debe tener el objetivo de interactuar con dicha obra, como señaló el Abogado General en el punto 64 de sus conclusiones» (apartado 71).

¹⁴ Los apartados 77 y 78 reproducen los apartados 70 y 71 de la sentencia *Pelham*, transcritos en la nota anterior. En cuanto al apartado 79, este señala lo siguiente: «Como señaló, en esencia, el Abogado General en el punto 43 de sus conclusiones, el usuario de una obra protegida que pretenda acogerse a la excepción de cita debe establecer necesariamente una relación directa y estrecha entre la obra citada y sus propias reflexiones y posibilitar así la confrontación intelectual con la obra de un tercero, respecto de lo cual el artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 precisa que la cita debe tener el fin, entre otras cosas, de permitir la crítica o la reseña. De ello se deduce igualmente que el uso de la obra citada debe tener un carácter accesorio respecto de los comentarios de dicho usuario, ya que, por lo demás, en virtud del artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29, la cita de una obra protegida no puede ser de tal magnitud que entre en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y perjudique injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho».

¹⁵ «De entrada, procede considerar, al igual que el Abogado General en los puntos 62 y 63 de sus conclusiones que, habida cuenta del tenor del artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29, que se refiere a «una obra o prestación», la excepción o limitación establecida en esta disposición puede aplicarse al uso de una obra musical protegida, siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha disposición».

¹⁶ «Por lo que respecta al sentido habitual del término «cita» en el lenguaje corriente, procede señalar que la cita se caracteriza esencialmente por la utilización, por parte de un usuario que no es su autor, de una obra o, más generalmente, de un extracto de una obra para ilustrar un comentario, defender una opinión o incluso permitir una confrontación intelectual con la obra de un tercero, respecto a lo cual el artículo 5, apartado 3, letra d) de la Directiva 2001/29 precisa que la cita debe tener el fin entre otras cosas, de permitir la crítica o la reseña. De ello se deduce igualmente que el uso de la obra citada debe tener un carácter accesorio respecto de los comentarios de dicho usuario, ya que, por lo demás, en virtud del artículo 5, apartado 5, de la Directiva 2001/29, la cita de una obra protegida no

texto de la obra, sino que se entendería cubierta también por la excepción, si se cumplen los requisitos para ello, la utilización de *hipervínculos que remitan a la obra citada* (STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17, *Spiegel Online*, apartado 80¹⁷).

El régimen de limitaciones y excepciones se cierra en la DDASI con lo dispuesto en el apartado 5, del artículo 5, que recoge *regla de los tres pasos*, enunciada en los siguientes términos¹⁸:

*Las excepciones y limitaciones contempladas en los apartados 1, 2, 3 y 4 únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho*¹⁹.

La inclusión de esta regla en la DDASI generó en la doctrina un debate acerca de si el *triple test* estaba dirigido a los legisladores de los Estados miembros, cuando acometieran su labor de transposición de los límites a sus ordenamientos jurídicos internos, o más bien a los jueces nacionales, a la hora de aplicar estas disposiciones una vez que hubieran sido transpuestas²⁰.

La duda provenía del hecho de que el legislador de la Unión Europea había operado respecto de la regulación de los límites con un sistema de lista cerrada, lo que parecía descartar en principio que la *regla de los tres pasos* pudiera considerarse un mandato a los legisladores nacionales, tal y como había sido tradicionalmente concebida.

De hecho, el *primer paso* de la regla consistía precisamente en la tipificación de los supuestos que podían constituir utilizations lícitas de una obra ajena al amparo de un límite legal. Y prueba de que así es cómo la norma debía interpretarse es que muchos países prescindieron de incorporar el artículo 5.5 DDASI a sus Derechos nacionales²¹.

El considerando 44 de la Directiva tampoco aportaba [aporta] mucha luz al respecto, ya que, aunque emplea el verbo *aplicar*

puede ser de tal magnitud que entre en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y perjudique injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho».

¹⁷ «Con todo, ni el tenor del artículo 5, apartado 3, letra d), de la Directiva 2001/29 ni el concepto de «cita», tal como este se ha descrito en los apartados 78 y 79 de la presente sentencia, exigen que la obra citada esté incorporada inseparablemente, por ejemplo, mediante inserción de texto sangrado o mediante reproducciones en notas a pie de página, en la prestación que la menciona, de modo que la cita puede consistir en la inclusión de un hipervínculo que remita a ella».

¹⁸ En el Derecho europeo, la *regla de los tres pasos* había sido incluida también, antes de la DDASI, en el artículo 6.3 de la Directiva de Programas de Ordenador y en el artículo 6.3 de la Directiva de Bases de Datos. En relación con los derechos afines, la DDASI incluyó también la *regla de los tres pasos* en su artículo 11.1.b).

¹⁹ En relación con los derechos afines, *vid.* artículo 11.1.b) DDASI.

²⁰ *Vid.* GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2010, pp. 811-814.

²¹ *Vid.* este argumento en WALTER y VON LEWINSKI, 2010, p. 1061.

cuando se refiere concretamente a la *regla de los tres pasos* y a los requisitos que deberán tenerse en cuenta en la *aplicación* de las excepciones, tal término no se emplea en estricto sentido técnico jurídico, esto es, con el significado de *aplicación* del Derecho por los órganos jurisdiccionales²².

En la misma línea, el TJUE también se ha referido al juego de la *regla de los tres pasos* como mandato a los Estados miembros [a sus legisladores] para *aplicar* las excepciones y limitaciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3 de la DDASI, cuando se trate de disposiciones en las que pueda apreciarse claramente que el legislador de la Unión Europea *no* ha procedido a realizar una armonización completa del límite.

Entre ellas, la propia *excepción de cita* del artículo 5.3.d) DDASI, como lo demuestra –advierte el TJUE– la inclusión en su tenor literal de expresiones como que *se haga buen uso de ellas, y en la medida en que exija el objetivo específico perseguido*, lo que deja –a juicio del TJUE– un *margen de apreciación significativo* a los Estados miembros, y aquí viene el matiz importante, a la hora de *transponerlas* a su ordenamiento jurídico interno²³. Pues bien, entre los aspectos que los Estados miembros habrán de tener en cuenta cuando se muevan dentro ese *margen de apreciación significativo* a la hora de fijar los contornos de los límites a los derechos exclusivos se encuentra la regla contenida en el artículo 5.5.

Con todo, como algunos autores han apuntado, aunque el artículo 5.5 DDASI parezca estar dirigido, como en su momento el artículo 9.2 CB, a los legisladores nacionales, los *órganos jurisdiccionales* de cada Estado miembro deberán igualmente manejar la *regla de los tres pasos* en la *interpretación y aplicación* de los límites²⁴. Tratándose de excepciones a los derechos exclusivos de la propiedad intelectual, la interpretación que de ellos se ofrezca

²² Este considerando señala lo siguiente: «Al aplicar las excepciones y limitaciones previstas en la presente Directiva, estas deben ejercerse de acuerdo con las obligaciones internacionales. Las citadas excepciones y limitaciones no deben aplicarse ni de tal forma que los intereses legítimos del titular del derecho se vean perjudicados ni de manera contraria a la explotación normal de su obra o prestación. El establecimiento de dichas excepciones o limitaciones por los Estados miembros debe, en particular, reflejar debidamente el creciente impacto económico que pueden tener las mismas a la luz de los avances logrados en la electrónica. Por consiguiente, puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas utilidades de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor».

²³ Como también observa el TJUE del mismo tenor literal de este precepto resulta que la Directiva sólo prevé una *lista ilustrativa* de los supuestos de cita lícita, como lo demuestra el empleo de los términos «con fines de crítica o reseña».

²⁴ CASAS VALLÉS, 2017, p. 813; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2013, p. 813.

deberá ser en principio una *interpretación restrictiva* en apoyo de lo dispuesto en el artículo 5.5 DDASI²⁵.

Por lo demás, la aplicación de la *regla de los tres pasos* debe realizarse de la forma antes vista en relación con el artículo 9.2 CB. No obstante, respecto al *primer paso*, esto es, la tipificación de la excepción, debe tenerse en cuenta que si se trata de uno de esos límites [como el de cita], que *no* ha sido objeto de una *armonización plena*, como lo demuestra la definición genérica de alguno de sus presupuestos o requisitos, la ley nacional deberá adoptar descripciones que sean lo más precisas posibles, tal y como veremos que hizo el legislador español²⁶.

En efecto, una vez expuesto el régimen de la Unión Europea, pasamos a examinar, como último apartado de este epígrafe, el tratamiento que el límite de cita ha recibido dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en relación también con la *regla de los tres pasos*.

3. EL LÍMITE DE CITA Y LA REGLA DE LOS TRES PASOS EN EL DERECHO ESPAÑOL: LOS ARTÍCULOS 32.1 Y 40 BIS LPI

El límite de cita dentro del Derecho español aparece contemplado en el artículo 32, apartado 1, LPI, en los siguientes términos²⁷:

Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.

²⁵ CASAS VALLÉS, 2017, p. 808; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2013, p. 813. El TJUE también aboga por una interpretación restrictiva de los límites. *Vid.* STJUE 16 julio 2009 (asunto C-5/08, *Infopaq*), parágrafo 57.

²⁶ Entienden, en efecto, WALTER y VON LEWINSKI, 2010, p. 1061, que muchas de las limitaciones contenidas en el artículo 5 DDASI dejan bastante margen de descripción, por lo que en estos casos los Estados miembros deberán implementar tales excepciones en su Derecho interno a través de descripciones más precisas de la situación que queda cubierta con el límite.

²⁷ En Derecho español el límite de cita estaba ya presente en la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879, cuyo artículo 7. I señalaba lo siguiente: «Nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario, ni aun para anotarlas, adicionarlas o mejorar la edición; pero cualquiera podrá publicar como de su exclusiva propiedad comentarios, críticas y notas referentes a las mismas, incluyendo solo la parte del texto necesario al objeto».

La norma fue introducida en la LPI 1987, en su artículo 32.1, prácticamente en estos términos, pero fue modificada posteriormente con ocasión de la aprobación de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

En lo que se refiere concretamente al párrafo primero de este artículo 32.1 la reforma suprimió la alusión a las obras aisladas de carácter *análogo* al plástico o fotográfico figurativo, para restringir aún más el juego de esta excepción.

Efectivamente, como puede deducirse del tenor literal del precepto, el legislador español ha configurado los contornos del límite de forma más estricta a como lo hizo el legislador europeo en la DDASI, lo cual se refleja en varios aspectos.

En primer lugar, el precepto limita la utilización cubierta por el límite a *fragmentos* de obras, salvo que se trate de obras de carácter plástico o fotográfico figurativo, en cuyo caso se permite la reproducción íntegra, mientras que la norma europea no establece ningún requisito en lo relativo a la extensión del extracto de la obra utilizada²⁸.

En segundo lugar, se especifican las finalidades que pueden justificar tal utilización, que se limitan a *finis docentes* o de *investigación*, frente a la ausencia de mención en el artículo 5.3.d) DDASI²⁹. Esto significa que, si bien en el Derecho europeo la cita puede encontrar una fundamentación última en el derecho fundamental a la libertad de expresión o crítica, en el Derecho español esa libertad de expresión que supone la cita se enmarca exclusivamente dentro del ámbito docente e investigador. Esto es, la cita está justificada como un medio para promover la educación e investigación³⁰, lo que excluiría la posibilidad de una reserva de derechos por parte del titular como elemento enervador de la eficacia del límite³¹. El ánimo de lucro es indiferente, en este sentido, pues lo relevante es que se persiga la mencionada finalidad docente o investigadora³².

²⁸ En relación con las obras plásticas, la SAP Madrid (Sección 13.ª) 26 febrero 2007 (JUR 2007/151600) señala que esta norma no obliga a que la reproducción de las obras plásticas sea total. Si la obra plástica se reproduce parcialmente ello no vulneraría los derechos morales del autor, pues tal utilización se habría realizado al amparo del límite de la cita (Fundamento Jurídico 5.º).

²⁹ Por no concurrir estos fines docentes o de investigación, y además porque la cita tampoco se realizaba en la medida justificada, la SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 3 de mayo de 2010 (AC 2010/2025) y la STS 14 enero 2013 (RJ 2013/1816) entendieron que el límite de cita no podía amparar la utilización por parte de la entidad La Sexta, S.A., de imágenes procedentes de programas de televisión de la entidad Gestevisión Telecinco, S.A.

³⁰ Así lo entiende el TS en la STS 9 enero 2012 (RJ 2013/1635), Fundamento Jurídico 5.º

³¹ *Vid.* en este sentido SAP Sevilla (Sección 6.ª) 30 octubre 2003 (AC 2003/1828).

³² *Vid.* SAP Sevilla (Sección 6.ª) 30 octubre 2003 (AC 2003/1828) y SAP Madrid (Sección 13.ª) 26 febrero 2007 (JUR 2007/151600).

En tercer lugar, el artículo 5.3.d) DDASI señala que la cita ha de hacerse *con fines de crítica o reseña*. En cambio, nuestro legislador se refiere a que la inclusión de la obra ajena ha de realizarse a título de *cita* o para su *análisis, comentario o juicio crítico*. Expresiones, todas ellas, que el precepto no define, y que habría que entender también de acuerdo con su significado habitual³³. No obstante, la circunstancia de que nuestro legislador haya utilizado una conjunción disyuntiva entre la *cita* y el resto de los fines ha dado lugar a diversas interpretaciones dentro de nuestra doctrina, como veremos en el siguiente apartado de este comentario, pues se trata de una cuestión que fue valorada por el Tribunal Supremo en su fallo.

En último término, otro aspecto que puede pasar algo más inadvertido, pero que también tiene un efecto restrictivo en el juego del límite dentro de la legislación española, es que el precepto se refiere a que tanto la *obra citada* como la *obra en la que se utiliza* el extracto ajeno han de tener la condición de *creaciones intelectuales protegidas*³⁴. En el marco del Derecho europeo, en cambio, tal y como el TJUE ha tenido la ocasión de matizar, la cita puede incluirse en una prestación que no tenga necesariamente la condición de obra protegida.

Otros elementos, en cambio, son comunes a ambas regulaciones. Así, la indicación de que la cita debe proceder de una obra ya divulgada (sin que la divulgación haya de tener lugar necesariamente por la vía de una publicación lícita)³⁵, la exigencia de que la utilización ha de realizarse en la medida justificada por el fin de la incorporación o de que haya de indicarse la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada³⁶.

³³ En la STS 29 diciembre 1993 (RJ 1993/10161) el TS entendió que no cumplía la finalidad de la cita la utilización de una traducción de una obra de Shakespeare en un montaje teatral, sin el consentimiento del autor de la obra derivada (Fundamento Jurídico 2.º).

³⁴ Sólo respecto de estas últimas la norma indica su tipología: puede tratarse de obras escritas, sonoras, audiovisuales, plásticas o fotográficas.

³⁵ En relación con la divulgación, es interesante el supuesto planteado en el procedimiento que dio lugar a la SAP Madrid (Sección 28.ª) de 21 de junio de 2012 (AC 2012/1345), en relación con citas procedentes de una tesis doctoral no publicada. Se planteaba, en efecto, si las citas estaban cubiertas por el límite del artículo 32.1 LPI, concretamente si cumplían el requisito de que la obra citada hubiera sido divulgada lícitamente. La AP entendió que sí, ya que aunque el acto de defensa oral de la tesis ante un tribunal no conlleva la divulgación, pues no se identifica necesariamente con la lectura de la tesis misma, en cambio la entrega a la universidad de un ejemplar de la tesis para su archivo y documentación sí constituye divulgación. La razón es que los alumnos gozan de libre acceso a las tesis doctorales depositadas en la institución bajo el elemental requisito de identificarse mediante exhibición de su Documento Nacional de Identidad (F. J 2.º).

³⁶ Observa LÓPEZ MAZA, 2017, p. 634, que el artículo 5.3.d) DDASI exige que se hagan constar estos dos aspectos salvo en los casos en que resulte imposible. Esta advertencia deberá trasladarse también a nuestro ordenamiento jurídico, pese a la falta de mención. En las SAP Cantabria (Sección 3.ª) 20 abril 1999 (AC 1999/754), SAP Madrid (Sección 25.ª) 3 junio 2003 (JUR 2003/254912) y SAP Madrid (Sección 19.ª) 25 marzo 2004

Junto con los límites a los distintos derechos exclusivos, nuestro legislador ha sido uno de los que ha decidido incorporar también a nuestro ordenamiento jurídico la *regla o test de los tres pasos*.

Debe decirse que esta regla fue introducida *con carácter general* en el Derecho español con bastante retraso y con motivo de la transposición de la Directiva sobre Protección de las Bases de Datos en la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos³⁷.

La norma quedó incorporada al artículo 40 *bis* LPI, con un ámbito material más amplio que el que tenía en la Directiva de Bases de Datos, pues se aplicaba a toda clase de obras y derechos (incluidos los afines, aunque en este caso por mandato de lo dispuesto en el artículo 132 LPI).

La redacción del precepto es la siguiente:

Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran.

Se observa cómo la transposición del *triple test* a nuestro Derecho interno se hizo con un sesgo diferente al que luego tendría en la DDASI.

En primer lugar, como un mandato dirigido claramente a los *órganos jurisdiccionales* para que no *interpretaran* (*no podrán interpretarse*) las limitaciones de manera tal que permitieran su *aplicación* de forma que causaran un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o fueran en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refirieran.

De hecho, y esta es la segunda diferencia importante, la ausencia del *primer paso* de esta regla (que el límite se establezca para *casos especiales*) en la versión que el legislador español incluyó en

(JUR 2004/248592) se descartó la aplicación del límite, precisamente por haberse incumplido este requisito de la indicación de la fuente y el nombre del autor. En la segunda de estas sentencias se hacen las siguientes afirmaciones: «Pese a la transcripción literal de párrafos, los apelantes no indicaron la fuente de procedencia y el nombre del autor, incumpliendo lo dispuesto en el repetido art. 32. Y no puede entenderse como mención de esa índole la alusión en algún punto de la obra a Elena, sino que ha de realizarse mediante pies de cita u otro medio similar, que permite la identificación del fragmento en cuestión como cita o reseña propiedad de un autor determinado» (Fundamento de Derecho 5.º).

³⁷ La regla se introdujo antes en la LPI con motivo de la aprobación de la Ley 16/1993, que transponía a nuestro ordenamiento jurídico interno la Directiva sobre programas de ordenador (artículo 6.3). Finalmente quedó incluida en el artículo 100.7 del TRLPI, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

nuestro Derecho interno parece confirmar que los destinatarios del precepto eran [son] los jueces nacionales, en su labor de interpretación y aplicación del Derecho, y no el legislador³⁸.

En último término, otro aspecto que merece destacar de nuestra *regla de los tres pasos* es que en el artículo 40 *bis* LPI se alteran el orden de tales pasos, pues el criterio de que la utilización cubierta por el límite no fuera en detrimento de la explotación normal de las obras de las que se extrajera la cita iba precedida del criterio de que no causara un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

Con la publicación de la DDASI y la transposición de sus disposiciones a nuestro ordenamiento jurídico interno, nuestro legislador no modificó la dicción del artículo 40 *bis* LPI, que se mantuvo inalterada.

La aplicación de la regla por nuestros tribunales no se ha producido de modo regular a lo largo del tiempo.

En un primer momento, apenas tuvo repercusión práctica, pero posteriormente el recurso a este expediente ha ido en aumento, aunque a menudo ha sido interpretada y aplicada por los jueces de un modo distinto a cómo fue concebida.

En efecto, la regla conduce, en principio, a otorgar una interpretación restrictiva de las excepciones, dirigida a preservar el justo equilibrio entre los derechos de los autores y los de los beneficiarios de un límite legal.

En otros términos, la idea básica que se desprende de la regla, como hemos venido explicando, es que el legislador, primero, y el aplicador del Derecho, después, tengan la oportunidad de verificar si la utilización de una obra que se pretende amparar en un límite respeta los legítimos intereses del autor y no perjudica la explotación normal de aquella. En este sentido, se ha afirmado que la *regla de los tres pasos* constituye una norma viva que permite ir adaptando los límites a nuevos tipos de explotaciones que vayan surgiendo³⁹.

No obstante, en ocasiones los jueces han recurrido a esta regla para justificar utilizaciones no amparadas por un límite, porque se entendía que debían considerarse *usos honrados* o *inocuos* de las obras protegidas, que no ocasionaban un perjuicio importante a los intereses legítimos del autor ni entraban en conflicto con la explotación normal de la obra. Esto es, se ha utilizado el artículo 40 *bis* LPI

³⁸ Como explica CASAS VALLÉS, 2017, p. 812, sin duda el legislador español entendió que para dar satisfacción al primer paso bastaba con tipificar los límites. «Es un criterio razonable –continúa este autor–, aunque la propia Directiva no lo siguiera pues en ella, como sabemos, hay tipificación y prueba de los tres pasos al completo».

³⁹ En este sentido, CASAS VALLÉS, 2017, p. 813.

para dar entrada en nuestro ordenamiento jurídico a una suerte de cláusula general de *fair use* cuando nuestro sistema –Derecho europeo y nacional– ha acogido un listado cerrado de excepciones o límites a los derechos de propiedad intelectual⁴⁰.

Este es precisamente el planteamiento que la parte demandada realizó en este procedimiento.

En el recurso planteado ante el Tribunal Supremo alega la demandada-recurrente que la inclusión del fragmento de la obra de la actora podría considerarse un *uso honrado* (*fair use*), no infractor. Este argumento fue rechazado por el Alto Tribunal que estimó que ni la parte utilizada de la obra podía considerarse un *fragmento*, ni tampoco la finalidad que la demandada había perseguido con esta utilización debía entenderse ajustada a los contornos del límite de cita *ex* artículo 32 LPI, en los términos que seguidamente veremos.

III. LA APLICACIÓN EN ESTE SUPUESTO DEL LÍMITE DE CITA, INTERPRETADO DE ACUERDO CON LA REGLA DE LOS TRES PASOS

En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo declara que hay ciertos aspectos del caso que no resultan controvertidos.

El primero de ellos parte de la asunción de que la obra objeto de la cita constituye una creación intelectual protegible, por tratarse de una obra derivada en los términos del artículo 11.1.º LPI, que considera como tales «las *traducciones* y adaptaciones».

Tampoco ha sido discutido en este procedimiento el hecho de que el relato de la demandante había sido divulgado previamente. Concretamente, a través de su publicación en un libro publicado en el año 2000, junto con otros cinco cuentos, siete años antes de que viera la luz la primera edición de la obra de la demandada (cesionaria de los derechos de explotación).

Los derechos de propiedad intelectual infringidos son exclusivamente los patrimoniales de la autora, pues el órgano de apelación no consideró vulnerado el derecho moral de integridad, a pesar de que la demandante lo había alegado en razón de la inclusión en la reproducción de su obra de dos nuevas notas a pie y de la eliminación de otras dos que figuraban en el texto original. Tampoco el derecho moral de paternidad, pues su nombre y el título de la obra

⁴⁰ CASAS VALLÉS, 2017, pp. 814-818. En el mismo sentido, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, 2013, pp. 825-829.

donde se contenía el relato, esto es, la fuente, habían sido debidamente indicados.

En cuanto a los derechos de explotación, en el caso se entendió que había sido infringido el de reproducción, que se encuentra regulado en el artículo 18.1 LPI, en los siguientes términos: «Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias». Del derecho de distribución no se dice –en cambio– nada, a pesar de que el extracto de la obra incluido en el libro de la demandada había sido puesto a disposición del público mediante la venta de copias en *soporte tangible* (artículo 19.1 LPI).

En relación concretamente con la aplicación del límite de cita, resulta igualmente indubitado, como advierte el Tribunal Supremo, que se respetó la indicación de la fuente y el nombre del autor de la obra de la que procedía el extracto y que la utilización se realizó con *finés docentes o de investigación*, tal y como exige el artículo 32.1 LPI.

Los aspectos en los que, en cambio, se centraba el debate eran, a juicio del Alto Tribunal, los dos siguientes. En primer lugar, si a los efectos del mencionado precepto de la LPI, el extracto utilizado podía considerarse un *fragmento*. En segundo lugar, si su inclusión respondía a la finalidad de «análisis, comentario o juicio crítico», que pudiera considerarse ajustada a los «usos honrados» del derecho de cita (Fundamento Jurídico 2.º).

En relación con la primera cuestión, el extracto de la obra que se reprodujo no respondía, en efecto, al concepto de *fragmento ex artículo 32.1 LPI*, pues se trataba de la reproducción íntegra de un relato de varias páginas. Y, aunque el cuento formaba parte de un libro que incluía otros cinco relatos más, lo cierto es que cada uno de ellos constituía una obra independiente de las otras y, en concreto, en lo que al relato litigioso se refiere, este contaba con una extensión total de 8 páginas dentro de la obra de destino.

Un *fragmento* es una parte del todo, que es lo que puede ser objeto de *utilización lícita* en el marco de este límite al derecho de reproducción, siempre que se cumplan el resto de los requisitos del artículo 32.1 LPI. Como ya se explicó, ni el Convenio de Berna ni la Directiva 2001/29/CE hacen referencia alguna a la extensión de la cita, pero nuestro legislador sí concretó algo más los contornos de esta excepción. Y lo hizo dentro del margen del que disponía para configurar los límites a los derechos de explotación de una manera más estricta a la contemplada por el Derecho europeo (*vid.* considerando 32 DDASI).

No obstante, hecha esta advertencia, también es cierto que, frente a la forma en la que nuestro legislador ha configurado otros límites o usos autorizados de obras o prestaciones ajenas (*v. gr.*, el límite de la ilustración de la enseñanza del artículo 32.3 LPI, que se refiere a *pequeños fragmentos* ó el artículo 129 *bis.6* LPI, que permite a los prestadores de servicios de la sociedad de la información el uso de *extractos muy breves* o *poco significativos* de publicaciones de prensa en determinadas condiciones), en el artículo 32.1 LPI se ha optado —en cambio— por no hacer ninguna indicación en relación con la extensión del fragmento. Esto ha sido valorado por la doctrina como un acierto de nuestro legislador, pues permite juzgar la pertinencia de la aplicación del límite de acuerdo con las circunstancias de cada caso, con una gran flexibilidad⁴¹.

Así las cosas, en determinados supuestos la reproducción íntegra de una obra (*v. gr.*, un poema breve) podría quedar amparada por lo dispuesto en el artículo 32.1 LPI, si esta estuviera justificada por el propósito o función específico que persiguiera la cita o reseña, del mismo modo que el propio precepto permite que las *obras aisladas* de carácter plástico o fotográfico figurativo puedan ser objeto de una cita lícita.

No en vano, en este mismo procedimiento el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, en primera instancia, había estimado procedente la aplicación del límite con base en que, aunque la reproducción del relato había sido íntegra, la propia Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia núm. 300/2013, no había encontrado obstáculos para admitir la licitud de tal utilización en un supuesto en el que se había reproducido íntegramente la letra de una canción⁴².

No es esta la conclusión, sin embargo, a la que llegan tanto la propia Audiencia Provincial de Madrid como el Tribunal Supremo en este procedimiento, a nuestro modo de ver correctamente.

La primera se separa del precedente constituido por la ya mencionada sentencia núm. 300/2013, dictada por ese mismo órgano

⁴¹ LÓPEZ MAZA, 2017, p. 626. En este mismo procedimiento, la AP señala, al hilo precisamente de la extensión que ha de tener el *fragmento* citado: «Sin embargo, tal y como dijimos en la citada sentencia de esta Sala, no se trata de un criterio general, sino que se exige su adaptación a cada caso concreto» (F. J. 2.º). El TS alude también a que la función que desempeña el *fragmento*, que puede utilizarse a *título de cita* o *para su análisis, comentario o juicio crítico*, «ayudan también a interpretar en cada caso qué se entiende por *fragmento*» (F. J. 2.º, las cursivas son nuestras).

⁴² JUR 2014/10009. En esta sentencia, en su FJ 4.º, podemos leer las siguientes afirmaciones: «No obstante debemos señalar respecto a la letra de la canción, como obra en sí misma considerada, que una evaluación de la licitud de su reproducción íntegra, tratándose como es lógico de textos breves, debe considerar la justificación y finalidad de esa reproducción, de manera que en determinados supuestos la reproducción íntegra puede ser también lícita».

jurisdiccional, por entender que ambos supuestos de hecho eran diferentes. En aquel se reproducía íntegramente la letra de una canción, pero esa letra formaba parte de una obra compleja (formada por letra y música), sugiriendo de este modo que podríamos encontrarnos en realidad ante la reproducción de un mero *fragmento*. Junto a ello, la extensión de la letra de esa melodía tampoco se asemejaba a la que alcanzaba el relato objeto del litigio en este procedimiento.

En cuanto al Tribunal Supremo, también se decanta por entender que en este caso no cabía hablar de *fragmento*, no sólo porque se trataba de una reproducción íntegra del cuento (que tenía una unidad e independencia dentro de la obra de la demandante), sino también porque su utilización no se había realizado en la *medida justificada por el fin de esa incorporación*, lo que –como ya señalamos en otra parte de este comentario– también contribuye a determinar la correcta extensión que ha de tener una cita para ser considerada lícita.

¿Cuál era en este caso el fin para el que se realizaba esa incorporación?

Como se expuso en el relato de los hechos de este procedimiento, la obra editada por la demandada consta de dos partes claramente diferenciadas. La primera, que lleva por título *Las Claves*, está conformada por un total de 10 capítulos donde se van abordando diversos temas relacionados con Japón y su cultura [de los cuales sólo los cuatro últimos tienen que ver estrictamente con la literatura japonesa]. La segunda parte, *Los Textos*, está compuesta por otros doce capítulos, uno de los cuales lleva por título *La modernidad: Natsume Sōkeki y Mori Oogai*, que es donde se encuentra el relato litigioso.

Este último capítulo, el número 11, consta de una introducción donde se hace una semblanza de los dos autores japoneses a los que se refiere el capítulo [los que aparecen citados en el título] y, a continuación, dos textos literarios: uno procedente de la novela *Kokoro*, de Natsume Sōkeki [que contiene extractos de varios capítulos del libro y, en ocasiones, el capítulo entero] y el relato «La historia de Iori y Run», de Oogai Mori, que se reproduce –como sabemos– íntegramente.

Parece claro, pues, que la finalidad de esta inserción era la ilustración o ejemplificación de las materias que se abordaban en la introducción del propio capítulo, pero en ningún caso el *análisis, comentario o juicio crítico* a los que alude el artículo 32.1 LPI como función o propósito de la cita, dentro de la finalidad docente o de investigación que también exige el mencionado precepto.

¿Cabe entender que esta utilización de un extracto de una obra ajena, con esa finalidad de ilustración, esto es, de ejemplificar alguna afirmación o de corroborar o confirmar una opinión propia, está incluida dentro del artículo 32.1 LPI?

La cuestión ha sido debatida dentro de nuestra doctrina, pues el tenor literal de esta norma se refiere a la inclusión del fragmento de la obra ajena en la propia «a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico» [repárese en la conjunción disyuntiva que separa ambas partes de la frase].

Algunos autores se han mostrado partidarios de entender que el límite de cita sólo debe operar cuando el fragmento de la obra ajena vaya acompañado del correspondiente *análisis, comentario o juicio crítico*, pues sólo entonces podrá cumplir el objetivo marcado por la ley, a saber, la finalidad docente e investigadora⁴³. En cambio, de conformidad con la literalidad del precepto, otras opiniones consideran que la *cita*, en sentido de *reseña breve*, de carácter neutral, también puede quedar incluida dentro del límite, sin que ello signifique que tal utilización deje de cumplir la función que desempeña para facilitar la investigación y la docencia⁴⁴.

En otros términos, la interpretación amplia permitiría citas lícitas cuyo contenido se limitase simplemente, de acuerdo con la definición del término que encontramos en el Diccionario de la RAE, a ser una «nota de ley, doctrina, autoridad o cualquier otro texto que se alega para prueba de lo que se dice o se refiere». En cambio, según la interpretación más restrictiva, tales usos, muy generalizados por lo demás en la práctica, quedarían al margen del artículo 32.1 LPI.

Esta interpretación más amplia es por la que se ha decantado finalmente nuestra doctrina mayoritaria⁴⁵ y la llamada *jurisprudencia menor*⁴⁶. Y es también la que acoge el TJUE, cuando ha interpretado los términos «fines de crítica o reseña» del artículo 5.3.d) DDASI, en el sentido de una *utilización, por parte de un usuario que no es su autor, de una obra o, más generalmente, de un extracto de una obra para ilustrar un comentario, defender una opinión o incluso permitir una confrontación intelectual entre esa obra y*

⁴³ RIBERA BLANES, p. 259. Con anterioridad, PÉREZ DE ONTIVEROS, 2007, p. 590, entendía que la literalidad de la norma conducía a una interpretación amplia. Pero a continuación añadía que «ello se opondría al hecho de que en los límites al derecho de autor, la cita y la ilustración se configuran de forma diferente».

⁴⁴ MARISCAL GARRIDO-FALLA, 2016, p. 420; LÓPEZ MAZA, 2017, p. 629.

⁴⁵ Vid. MARISCAL GARRIDO-FALLA, 2016, p. 420; LÓPEZ MAZA, 2017, p. 629. Más recientemente se han decantado también por una interpretación amplia del límite DIÉGUEZ MORÁN, 2021, pp. 109-110 y ESTEVE PARDO, 2021, p. 33.

⁴⁶ SAP Barcelona (Sección 15.ª) 31 octubre 2002 (JUR 2004/54771) y SAP Madrid (Sección 14.ª) 23 diciembre 2003 (JUR 2004/90140), FJ 8.º y 2.º, respectivamente.

las manifestaciones de dicho usuario (STJUE 29 julio 2019, asunto C-476/17, *Pelham*, apartados 70 y 71; STJUE 29 julio 2019, asunto C-516/17, *Spiegel Online*, apartados 77, 78 y 79).

El Tribunal Supremo también admite en esta resolución que la cita puede constituir una mera *reseña*, pero, a continuación, añade que, cuando la utilización se haga con este propósito, no debe implicar –como era el caso– la reproducción íntegra de la obra ajena. En otros términos, que el extracto que se incorpora a la propia debe tener entonces por objeto, con mayor razón aún, lo que constituye propiamente un *fragmento*, pues esta será la *medida justificada por el fin de esa incorporación*.

Así resulta de los siguientes apartados de esta sentencia (el énfasis es nuestro):

«En el marco de la habilitación que confiere el art. 20 del Convenio de Berna, nuestro artículo 32.1 LPI establece una regulación del derecho de cita más restrictiva. En primer lugar, en el caso de obras escritas, se restringe a la inclusión de un «fragmento» de una obra ajena ya divulgada, que como veremos excluye la reproducción de la totalidad de la obra. Además, *esta inclusión de un fragmento de la obra ajena ha de responder, si no es una mera reseña, a una finalidad de «análisis, comentario o juicio crítico»*. Y, en cualquier caso, ha de respetar la paternidad de la obra» (F. J. 2.º).

«Al mismo tiempo, la consideración de fragmento susceptible de ser incluido en otra obra sin autorización de su autor viene determinada por la finalidad de la reproducción, *por la función que persigue: además de la mera cita en sentido estricto (una breve y escueta reseña), el análisis, comentario o crítica del texto*» (F. J. 2.º).

Para fundamentar su posición, el Tribunal Supremo recurre al *principio de proporcionalidad*, que obliga, en el conflicto entre los intereses del autor y los del beneficiario del límite, a llegar a una solución que pueda considerarse equilibrada.

En este supuesto, la reproducción íntegra del relato con fines de ilustración de las afirmaciones que se hacían en ese mismo capítulo sobre los autores de los dos relatos que en él se incluían resultaba desproporcionada. Esto conllevaba que la utilización rebasase la finalidad ilustrativa o de cita para convertirse en una *comunicación* de la obra ajena, dentro de una obra [o una parte de la obra] que adquiriría entonces una naturaleza recopilatoria o antológica, para la que tendría que haberse solicitado y obtenido la correspondiente autorización de la autora (artículo 12 LPI).

Como argumento añadido, el Tribunal Supremo recurre también a la interpretación restrictiva de la *regla de los tres pasos* del artículo 40 *bis* LPI, para considerar que tal utilización ponía *además* en riesgo la explotación normal de la obra. Con ello se evitan interpretaciones extensivas del límite que vayan más allá del supuesto de hecho que la norma prevé (*fragmento utilizado en la medida justificada* para el fin que se persigue), tal y como pretendía la parte recurrente al invocar la existencia de un *uso honrado* de la obra ajena.

En el caso de autos no se cumplía, en efecto, el *primero* de los tres pasos de la regla, tal y como fue concebida originariamente, y el artículo 40 *bis* de nuestra ley de propiedad intelectual no puede servir para incorporar otros límites a la ley o nuevos supuestos a los límites ya existentes. Es cierto que en el CB y en la Directiva 29/2000/CE la alusión a los *usos honrados* está presente en la propia definición del límite de cita (lo que coincidiría actualmente con los pasos dos y tres de la *regla de los tres pasos*)⁴⁷, pero también lo es que nuestro legislador concretó los contornos del límite de forma más precisa y restrictiva en comparación con los otros dos textos legales, dentro del margen que tenía para ello.

Entendemos, pues, que el fallo del Tribunal Supremo es correcto, pues hay que reconocer que en la cita o reseña, que se realiza con fines meramente ilustrativos, el diálogo que el autor entabla con la obra ajena o la confrontación intelectual que se produce entre ambas producciones o autores tiene un alcance menor que si se hubiera extractado la cita para su *análisis, comentario o juicio crítico*. Y también por ello aquella resultaba menos necesaria desde el punto de vista de los *finés de docencia o investigación* a los que se refiere el artículo 32.1 LPI [también a diferencia de los otros textos legales], que eran los que concurrían en la publicación de la demandada. Por esta razón, en este caso no estaba justificada ni la reproducción íntegra del relato de la demandada, ni tampoco el lugar donde se reprodujo (que no era accesorio, como una nota a pie, sino dentro del texto principal de la obra, en una segunda parte de carácter más recopilatorio), ni tampoco –por último– su falta de accesoria respecto del texto de la obra incorporante⁴⁸.

En definitiva, el recurso de casación interpuesto por Grupo Anaya fue desestimado y se entendió que la publicación de las dos ediciones de la obra *Claves y Textos de la Literatura Japonesa*

⁴⁷ Así lo entiende también S. LÓPEZ MAZA, 2013, p. 857.

⁴⁸ Recuérdese, en este sentido, que el artículo 32.3 LPI sobre el límite de ilustración de la enseñanza se refiere exclusivamente a la utilización de *pequeños fragmentos*.

podía considerarse una conducta infractora de los derechos de la propiedad intelectual de la demandante.

La demanda se presentó, se dijo al principio, en julio de 2015, por lo que hubiera podido plantearse la posible prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios, ya que cuando esta se ejerció habían transcurrido ya más de cinco años desde la publicación de la primera edición de la obra en 2007 (artículo 140.3 LPI). No obstante, aparte de ser una cuestión que no se alegó por parte de Grupo Anaya, como hubiera debido hacerse ya que la prescripción no puede apreciarse de oficio, entendemos que la segunda edición habría permitido a la demandante gozar de un nuevo plazo de ejercicio de la acción de otros cinco años.

IV. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS Y LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA

Uno de los aspectos más importantes que se abordan en este procedimiento tiene que ver con la determinación de los daños producidos a la demandante, derivados de la infracción de su derecho de reproducción.

Como sabemos, la acción indemnizatoria está contemplada dentro de nuestra ley de propiedad intelectual, en el artículo 140, que prevé la reintegración al titular del derecho infringido no sólo del valor de la pérdida que hubiera sufrido (*daño emergente*), sino también el de la ganancia que hubiera dejado de obtener a causa de la violación de su derecho (*lucro cesante*).

El apartado 2 de este precepto ofrece al perjudicado una doble alternativa de fijación del daño por lucro cesante, prevista respectivamente en sus literales a) y b).

La primera alternativa es la de las *consecuencias económicas negativas*, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.

Se trata de los llamados *lucro cesante* y *lucro de injerencia*, que se distinguen por los siguientes aspectos. En primer lugar, el lucro cesante es una partida de carácter hipotético, basada en lo que el titular del derecho infringido hubiera obtenido *presumiblemente* de la explotación de su obra, si no se hubiera producido la vulneración de su derecho. En cambio, el lucro de injerencia es una partida indemnizatoria de carácter real, coincidente con los beneficios *efectivamente* obtenidos por el infractor por la utilización ilícita de

la obra ajena. La segunda diferencia entre ambos es que el lucro cesante mira a la persona del titular del derecho vulnerado mientras que el lucro de injerencia se centra en el infractor.

Junto a este criterio, el literal b) del artículo 140.2 LPI recoge la llamada *regalía hipotética*, esto es, la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar la obra en cuestión.

En cualquiera de los dos supuestos, si se hubiera producido daño moral, también este deberá ser indemnizado, aunque no se haya probado la existencia de perjuicio económico. Aunque el precepto parece ceñir la indemnización de esta clase de daños exclusivamente a los casos en que el perjudicado hubiera optado por el criterio de la regalía hipotética, el TJUE ha señalado que la indemnización por daño moral puede concurrir, si procede su abono, con cualquiera de los dos sistemas de cálculo del lucro cesante (STJUE 17 de marzo de 2016, asunto C-99/15, *caso Liffers*).

La redacción actual del artículo 140 LPI procede de la Ley 19/2006, de 5 de junio, que transpuso a nuestro ordenamiento jurídico interno la Directiva 2004/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respecto de los derechos de propiedad intelectual.

Con anterioridad a esta reforma, el artículo 140 LPI se limitaba a recoger una doble alternativa de fijación del daño, pero más simplificada que la actualmente vigente pues consistía únicamente en dos criterios: el *lucro cesante* y la *regalía hipotética*, pero no estaba presente –en cambio– el criterio del *lucro de injerencia*⁴⁹. La indemnización por daño moral también se reconocía, en los mismos términos de ahora, pero en el tenor literal anterior quedaba clara la cuestión de que los daños morales eran compatibles con cualquiera de los dos criterios de fijación de la indemnización por los que optara el perjudicado.

La modificación de la norma en 2006 supuso la introducción del tercer criterio de fijación del daño, como resultado de la transposición del artículo 13 de la Directiva 2004/48/CE, cuyo apartado primero [dedicado a las infracciones *culpables*], literal a), prevé como primera *alternativa* para la fijación por las autoridades judiciales de los daños y perjuicios: «todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor y, cuando

⁴⁹ En efecto, el antiguo artículo 140.1 LPI, antes de la reforma de 2006, establecía lo siguiente: «El perjudicado podrá optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiera obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación».

proceda, elementos distintos de los factores económicos, como el daño moral causado por la infracción al titular del derecho».

Este sistema del *triple cálculo* del daño tiene su origen en la jurisprudencia alemana de finales del siglo XIX y fue recibido en nuestro ordenamiento jurídico antes incluso de la transposición de esta Directiva, por la legislación de propiedad industrial⁵⁰. Así, tanto el artículo 66.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, como posteriormente el artículo 38.2 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, se decantaban ya por un sistema triple de fijación de la cuantía indemnizatoria en caso de infracción. Concretamente, junto al beneficio que el titular hubiera obtenido presumiblemente de no mediar la usurpación y el precio o remuneración que hubiera obtenido el titular si el infractor le hubiera requerido una licencia, se recogía un tercer criterio: los beneficios que el infractor hubiera obtenido de la explotación.

Con la transposición de la Directiva a la legislación española, el artículo 140 LPI fue modificado y lo mismo sucedió con los correspondientes preceptos de las otras leyes, pese a que ellas ya contemplaban el sistema de triple cálculo del daño.

En su nueva redacción cada una de estas normas recogió un doble criterio indemnizatorio y alternativo, porque el criterio de los beneficios obtenidos por el infractor se sumaba *cumulativamente* al criterio de la pérdida de beneficios sufrida por el titular del derecho, como primera opción o alternativa para la fijación de los daños y perjuicios sufridos, a elegir por el perjudicado.

Ambos criterios conformaban las llamadas *consecuencias económicas negativas* derivadas de la infracción. No obstante, lo que hizo el legislador español al transponer la directiva a la legislación de propiedad intelectual e industrial fue sustituir la coma que en el artículo 13.1.a) de la norma europea separaba ambos criterios indemnizatorios (el *lucro cesante* y el *lucro de injerencia*) por la conjunción copulativa «y». Ya no era, pues, un sistema *triple* de cálculo del daño, sino *doble*, en el que el primer criterio se componía de dos subcriterios, que se aplicaban juntamente.

Durante un tiempo tanto la legislación de propiedad intelectual como la legislación de patentes y marcas estuvieron alineadas en lo que se refiere a la determinación de los criterios para fijar la indemnización de daños y perjuicios en caso de lesión de estos derechos. No obstante, la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (artículo 43.2) y la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes (artículo 74.2) volvieron de nuevo al sistema de fijación originario, esto es, al sis-

⁵⁰ Sobre los orígenes de este sistema de triple cálculo (*drefache Schadensberechnung*), vid. BASOZABAL ARRUE, ADC, 1997, pp. 1263 y ss.

tema de triple cálculo del daño, previendo otra vez como verdaderas *alternativas* el criterio de los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente del uso de la marca o de la explotación patentada, si no hubiera existido la competencia del infractor, y los beneficios que este último hubiera obtenido como consecuencia de la violación de la marca o patente, junto al tercer criterio de la regalía hipotética.

La legislación de propiedad intelectual mantuvo, en cambio, la misma redacción de 2006, lo que ha generado la duda acerca de si es posible acumular los criterios del lucro cesante y el lucro de injerencia o si, por el contrario, el perjudicado debe elegir, en realidad, entre ambos o el de la regalía hipotética, como sucede en el ámbito de la propiedad industrial, so pena de obtener un enriquecimiento injustificado.

Esta última es la opción por la que se decanta la Audiencia Provincial de Madrid en este procedimiento, que estimamos que es la más adecuada de acuerdo con los orígenes de la norma y en coherencia con lo que establece la legislación de propiedad industrial⁵¹.

Así, pese a que la recurrente en apelación había solicitado la cantidad de 6.000 euros por los beneficios dejados de obtener *más* el 5% del volumen total de ventas del libro objeto del litigio, la Audiencia Provincial sólo le reconoce como indemnización por los daños patrimoniales el 2% de los beneficios obtenidos por la venta del libro infractor.

El primero de los criterios (el del lucro cesante) es descartado por el órgano de apelación, por dos razones. En primer lugar, porque la demandante no había aportado prueba objetiva alguna de la que pudiera deducirse la mencionada cantidad, ni tampoco se establecían unas bases precisas que permitieran diferir la cuantificación a ejecución de sentencia, conforme dispone el artículo 219 LEC. Pero, además, porque «no resulta compatible sumar los beneficios dejados de obtener por el perjudicado más los que haya obtenido el infractor». «Ello significaría –concluye la Audiencia– duplicar el concepto con el consiguiente enriquecimiento injusto» (F. J. 3.º).

La indemnización así fijada quedó firme en casación, pues no fue impugnada por la recurrente, que planteó como único motivo de casación la infracción y aplicación indebida del artículo 32.1 LPI y del artículo 40 *bis* LPI, como criterio interpretativo de los límites de la cita, en concordancia con el artículo 3.1 CC y jurisprudencia que lo interpreta.

Otro aspecto interesante relativo a la fijación de la indemnización de daños en este procedimiento es la interpretación que la

⁵¹ Vid. R. SÁNCHEZ ARISTI y N. MORALEJO IMBERNÓN, 2022, p. 910.

Audiencia Provincial hace del concepto de daño moral dentro del ámbito de la propiedad intelectual.

La indemnización derivada de la vulneración de un derecho de propiedad intelectual abarca, naturalmente, los daños morales. Así se deduce no sólo del artículo 13 de la Directiva 2004/48/CE, de la que procede –como se ha dicho– la redacción actual del artículo 140 LPI, sino que el carácter indemnizable de esta clase de daños se reconocía ya en la primitiva redacción del precepto dentro de la LPI 1987 (antiguo artículo 125).

En relación con estos daños, existe una polémica dentro de la doctrina acerca de si los daños morales se identifican exclusivamente con la lesión de los *derechos morales* de la propiedad intelectual o si cabe entender también dentro de esta partida indemnizatoria el sufrimiento moral o psíquico que deriva de la lesión de cualquier derecho de propiedad intelectual, aunque sea de naturaleza patrimonial.

La AP se pronuncia en este caso a favor de la tesis más amplia, citando un precedente suyo, con base en los siguientes argumentos:

«(...) esta Sala no comparte el paralelismo que pretende establecerse entre derechos morales y daños de la expresada naturaleza, y ello porque, como acertadamente señala la impugnante TENEUES, es el propio Art. 138 LPI el que contempla, en abstracto, la posibilidad de que padezcan daños morales todos aquellos que sean titulares de alguno de los derechos que la propia ley reconoce y, por lo tanto, no solo los titulares de los derechos morales que regula el referido Art. 14 sino también quienes ostenten los derechos de explotación regulados en los arts. 17 y ss (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación). En definitiva, el carácter eventualmente «moral» del daño que pueda ser consecutivo a un acto de violación de derechos de propiedad intelectual y el carácter «moral» de algunos de dichos derechos (los del Art. 14 LPI) son nociones que no se interfieren desde el momento en que nada impide que de la infracción de típicos derechos de explotación (arts. 17 a 21 LPI) puedan derivarse quebrantos de naturaleza moral además, en su caso, de los de índole material» (F. J. 3.º).

La recurrente en apelación, luego recurrida en casación, había alegado una vulneración de su derecho moral de integridad, quizá para asegurarse la indemnización por daños morales. No obstante, la Audiencia Provincial estimó que la supresión de dos notas a pie del texto original y el añadido de otras dos no suponía una vulnera-

ción de la integridad de la obra de la demandada, pues constituían elementos separados del texto.

No obstante, lo que sí que se estimó concurrente fue la existencia del daño moral derivado de la infracción del derecho patrimonial de reproducción de la autora de la traducción y, con arreglo a la tesis amplia de interpretación del concepto de daños morales dentro de la propiedad intelectual, se procedió a fijar el *quantum* de esta partida indemnizatoria.

Para ello, la Audiencia Provincial partió de la premisa de que los daños materiales y morales derivados de la infracción de la propiedad intelectual no se presumen. En efecto, a diferencia del artículo 9 LO 1/1982, nuestra ley de propiedad intelectual no ha establecido tal presunción. No obstante, como también advierte la Audiencia, otra cuestión es que pueda aplicarse, llegado el caso, la doctrina *in re ipsa loquitur*, con arreglo a la cual la realidad del daño puede estimarse existente cuando resulte evidente, es decir, «cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado» (F. J. 3.º).

En cualquier caso, en este supuesto sí se estima acreditada cierta aflicción de la demandante como consecuencia de que el relato que ella tradujo fuera publicado íntegramente en el libro de la demandada «ninguneando sus derechos», habida cuenta del relevante valor que para ella significaba este trabajo, dada la dificultad y la dedicación que un texto literario semejante ofrece para su traducción del japonés al español.

Por esta razón, y dado que la actora no había propuesto prueba sobre el grado de difusión de la obra editada por la demandada, que es uno de los criterios para la determinación de la indemnización por daño moral *ex* artículo 140.2.a) LPI, la AP decidió fijar esta partida indemnizatoria prudencialmente en la cantidad de 2.000 euros, sin que este aspecto fuera tampoco revisado en casación.

Por último, la demandante había solicitado también que se publicara la sentencia en un periódico de gran difusión a nivel nacional.

Esta medida fue introducida en el artículo 138. I LPI como consecuencia de la reforma de la ley en el año 2006. No obstante, para su aplicación la jurisprudencia exige que la parte que la solicite justifique esta petición (SSTS 6 noviembre de 2009⁵² y 23 julio 2012⁵³, entre otras).

En otros términos, no se trata de una consecuencia necesaria de la sentencia, sino que esa difusión debe estar justificada y, en este

⁵² RJ 2010/85.

⁵³ RJ 2012/9002.

caso, la Audiencia Provincial estimó que no se había alegado tal justificación.

En efecto, la demandada había citado el nombre de la autora y la fuente, por lo que la reproducción ilícita se había producido sin lesión del derecho de paternidad de la demandante. Otro aspecto que a menudo nuestros tribunales tienen en cuenta también para determinar la pertinencia de esta medida es el sector concreto en que se haya producido la infracción, en este caso, en un libro con fines docentes y de investigación, destinado a un público muy concreto, lo que parece hace innecesaria la publicación de la resolución con carácter general en un medio de comunicación⁵⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- BASOZABAL ARRÚE, Xabier: «Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de propiedad industrial e intelectual». *ADC*, 1997-II, pp. 1263-1299.
- CASAS VALLÉS, Ramón: «Comentario del artículo 40 bis LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Cuarta edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2017, pp. 791-836.
- DIÉGUEZ MORÁN, Macarena: *Estudio de los límites al derecho de autor regulados en el artículo 32 del TRLPI*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2021.
- ESTEVE PARDO, Asunción: «Cita y apropiación artística: insuficiencias de la Ley de Propiedad Intelectual española frente al Convenio de Berna y el Derecho europeo». *InDret*, 2021, número 3, pp. 1-37.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «Comentario del artículo 9 CB» en *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Editorial Tecnos. Madrid, 2013, pp. 705-832.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián: «Comentario del artículo 10 CB», en *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Editorial Tecnos. Madrid, 2013, pp. 833-893.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián: «Comentario del artículo 32 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Cuarta edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2017, pp. 620-672.
- MARISCAL GARRIDO-FALLA, Patricia: «El límite de cita a la luz de la Directiva 2001/29 y de la Ley de Propiedad Intelectual», en R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Estudios sobre la Ley de Propiedad Intelectual. Últimas reformas y materias pendientes*. Dykinson. Madrid, 2016, pp. 399-440.

⁵⁴ Así lo estimó, por ejemplo, la SAP, sección 4.ª, Murcia, 14 julio 2016 (AC 2016/1399) en un caso de plagio parcial de un trabajo de final de carrera en materia de enfermería.

- PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO, Carmen: «Comentario del artículo 32 LPI», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano). Tercera edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2007, pp. 583-598.
- RIBERA BLANES, Begoña: *El derecho de reproducción en la propiedad intelectual*. Dykinson. Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael/MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: «Responsabilidad por infracción de los derechos de la propiedad intelectual», en *Nuevas perspectivas de la responsabilidad civil. Revisión crítica de la imputación objetiva* (dir. P. Álvarez Olalla). Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2022, pp. 895-926.
- SOL MUNTAÑOLA, Mario: «Las excepciones al derecho de autor. Una aproximación a su origen», en *pe.i. Revista de propiedad intelectual*. Número 40. Enero-abril 2012, pp. 41-67.
- WALTER, Michael M./VON LEWINSKI, Silke: *European Copyright Law. A commentary*. Oxford University Press, 2010.

JURISPRUDENCIA

1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE (Sala Tercera) 1 diciembre de 2011 (asunto C-145/10), *Painer*. ECLI: EU: C:2011:798.
- STJUE (Sala Quinta) 17 marzo 2016 (asunto C-99/15), *Liffers*. ECLI: EU: C:2016:173.
- STJUE (Gran Sala) 29 julio 2019 (asunto C-469/17), *Funke Medien*. ECLI: EU: C:2019:623.
- STJUE (Gran Sala) 29 julio 2019 (asunto C-476/17), *Pelham*. ECLI: EU: C:2019:624.
- STJUE (Gran Sala) 29 julio 2019 (asunto C-516/17), *Spiegel Online*. ECLI: EU: C:2019:623.

2. Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Civil) 29 diciembre 1993 (RJ 1993/10161). Ponente: Excmo. Sr. José Luis Albacar López.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 6 noviembre 2009 (RJ 2010/85). Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 9 enero 2012 (RJ 2013/1635). Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 14 enero 2012 (RJ 2013/1816). Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 23 julio 2012 (RJ 2012/9002). Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 16 mayo 2023 (RJ 2023/3563). Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo.

3. Audiencias Provinciales

- SAP Cantabria (Sección 3.^a) 20 abril 1999 (AC 1999/754). Ponente: Ilmo. Sr. Agustín Alonso Roca.
- SAP Barcelona (Sección 15.^a) 31 octubre 2002 (JUR 2004/54771). Ponente: Ilmo. R. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.
- SAP Madrid (Sección 25.^a) 3 junio 2003 (JUR 2003/254912). Ponente: Ilma. Sra. Paloma García de Ceca Benito.
- SAP Sevilla (Sección 6.^a) 30 octubre 2003 (AC 2003/1828). Ponente: Ilmo. Sr. Antonio Salinas Yanes.
- SAP Madrid (Sección 14.^a) 23 diciembre 2003 (JUR 2004/90140). Ponente: Ilma. Sra. M.^a José Alfaro Hoys.
- SAP Madrid (Sección 19.^a) 25 marzo 2004 (JUR 2004/248592). Ponente: Ilm. Sr. D. Nicolás Díaz Méndez.
- SAP Madrid (Sección 13.^a) 26 febrero 2007 (JUR 2007/151600). Ponente: Ilmo. Sr. José Luis Zarco Olivo.
- SAP Barcelona (Sección 15.^a) 3 mayo 2010 (AC 2010/1025). Ponente: Ilmo. Sr. Luis Garrido Espá.
- SAP Madrid (Sección 28.^a) 21 junio 2012 (AC 2012/1345). Ponente: Ilmo. Sr. Pedro Gómez Sánchez.
- SAP Madrid (Sección 28.^a) 28 octubre 2013 (JUR 2014/10009). Ponente: Ilmo. Sr. Gregorio Plaza González.
- SAP Murcia (Sección 4.^a) 14 julio 2016 (AC 2016/1399). Ponente: Ilmo. Sr. Rafael Fuentes Devesa.
- SAP Madrid (Sección 28.^a) 25 julio 2019 (AC 2019/1413). Ponente: Ilmo. Sr. José Manuel de Vicente Bobadilla.

La evolución de la jurisprudencia en materia de desheredación por maltrato psicológico al causante: una vuelta de tuerca para ganar en seguridad jurídica (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2023)

PALOMA DE BARRÓN ARNICHES*
Profesora agregada de Derecho civil
Universitat de Lleida

RESUMEN

La STS, 1.ª (Pleno), de 19 de abril de 2023, se enfrenta de nuevo a la cuestión de la desheredación por maltrato de obra, en su vertiente psicológica. Desde que en 2014 el Tribunal Supremo iniciara una nueva senda en la interpretación del artículo 853.2.ª CC, se han dictado en total seis resoluciones por el alto tribunal. La novedosa jurisprudencia, que pretendía adaptar las viejas reglas del Derecho sucesorio a la realidad social de nuestros días, ha sido modulada (¿matizada?) en el sentido de clarificar cuáles son los requisitos que han de concurrir para poder estimar la existencia del maltrato psicológico al causante. A la luz de estas sentencias del Tribunal Supremo, así como de algunas resoluciones de las Audiencias puede constatar, en la misma medida, la necesidad social de esta interpretación más flexible del CC y los riesgos inherentes a la misma. De esta manera, el trabajo pretende aflorar determinadas cuestiones problemáticas que subyacen tras la decisión de una persona de desheredar a sus descendientes. Asimismo, realiza un análisis crítico de la solución jurisprudencial que se ofrece en la sentencia comentada, con el ánimo de invitar al lector a una reflexión pausada sobre el necesario equilibrio entre flexibilidad y seguridad jurídica en el territorio –difícil y resbaladizo– del maltrato psicológico intrafamiliar.

PALABRAS CLAVE

Legítima. Desheredación. Maltrato psicológico. Requisitos y carga de la prueba.

* El presente trabajo se enmarca en las actividades del grupo de investigación consolidado financiado por la Generalitat de Catalunya, *Dret privat comparat: fonaments i anàlisi*, n.º 2021 SGR 00057.

The evolution of the jurisprudence on disinheritance due to psychological abuse: in search of legal certainty (Regarding the Spanish Supreme Court ruling, 1st Chamber (Plenary), of April 19, 2023)

ABSTRACT

The Spanish Supreme Court ruling, 1st Chamber (Plenary), of April 19, 2023 deals again with the issue of disinheritance due to psychological mistreatment. Since 2014, when the Supreme Court initiated a new path in the interpretation of article 853.2.ª CC, a total of six decisions have been handed down by the high court. The new jurisprudence, which was intended to adapt the old rules of inheritance law to the social reality, has been modulated to clarify the requirements that must be met in the psychological abuse of the deceased. In the light of these rulings of the Supreme Court as well as some decisions of the High Courts, the social need for this more flexible interpretation of the CC and the risks inherent in it can be seen to the same extent. In this way, the paper aims to bring to light certain problematic issues that lie behind a person's decision to disinherit his or her closest relatives. Likewise, it carries out a critical analysis of the jurisprudential solution, with the aim of inviting the reader to a slow reflection on the necessary balance between flexibility and legal security in the difficult issue of psychological abuse in the family.

KEYWORDS

Compulsory share. Disinheritance. Psychological abuse. Requirements and burden of proof.

SUMARIO:—I. Partiendo de la realidad social: ¿qué supuestos pretende proteger la doctrina jurisprudencial que flexibiliza la interpretación del concepto *maltrato de obra al causante*?—II. El caso ante el Tribunal Supremo: 1. Exposición de los hechos y fases del procedimiento. 2. Fundamentos de Derecho. 2.1 La naturaleza y requisitos de la desheredación en el Código civil. 2.2 La carga de la prueba. 2.3 La desheredación por falta de trato familiar con el causante. La influencia del artículo 451-17.1.e) CCCat. y de su aplicación por los tribunales. 2.4 Y qué hay del resto de territorios con normativa sucesoria propia. III. Reflexiones finales. Bibliografía. Índice cronológico de jurisprudencia.

I. PARTIENDO DE LA REALIDAD SOCIAL: ¿QUÉ SUPUESTOS PRETENDE PROTEGER LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE FLEXIBILIZA LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO MALTRATO DE OBRA AL CAUSANTE?

La novedosa jurisprudencia, que se inauguró en 2014 por el Tribunal Supremo de la mano del Magistrado Don Francisco Javier Orduña Moreno y cuyo principal objetivo es adaptar las viejas reglas del Derecho sucesorio a la realidad social de nuestros días, queda sintetizada, en palabras del propio magistrado ponente de la siguiente manera: «El maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el artículo 853.2 CC (...), la sentencia recurrida considera acreditado que ambos hermanos incurrieron en una conducta de menosprecio y abandono familiar respecto de su madre, sin justificación alguna y sólo imputable a los mismos»¹.

Por tanto, y considerando que es necesario comenzar por el supuesto de hecho protegido, por esa realidad social que nada tiene que ver con la que existía en el momento histórico en que se regularon los artículos 848 y siguientes del CC, cabe señalar que nuestra sociedad actual, por un lado, considera conveniente y defiende con vehemencia el incremento de la libertad de testar y, por otro, presenta una situación obvia de envejecimiento de la población, con lo que ello conlleva de vulnerabilidad y dependencia. El Tribunal Supremo, en una sentencia claramente acorde con los signos de los tiempos, consideró que el causante podía sancionar con la desheredación, no solo las conductas de maltrato físico sino también las de daño psicológico contra su persona, mayoritariamente consistentes en el abandono o desprecio de los descendientes hacia sus padres, solos o enfermos, en el último tramo de su vida².

Los supuestos de hecho contemplados en las sentencias de 2014³ y de 2015⁴ resultan muy gráficos a los efectos de aprehen-

¹ Fundamento de Derecho tercero de la STS de 13 mayo de 2019, M. P. Francisco Javier Orduña Moreno RJ\2019\2212.

² La relevancia de la nueva jurisprudencia se puso de manifiesto, entre otras cosas, por la reacción inmediata de la doctrina, comentando y analizando las referidas sentencias. Cfr. SALAS CARCELLER, 2014; GONZÁLEZ CARRASCO, 2015, pp. 277-288; ALGABA ROS, 2015, pp. 1-26; ARROYO AMAYUELAS Y FARNÓS AMORÓS, 2015, pp. 1-32; DE BARRÓN ARNICHES, 2016, pp. 93-109.

³ STS de 3 junio de 2014, M. P. Francisco Javier Orduña Moreno, RJ\2014\3900.

⁴ STS de 30 enero de 2015, M. P. Francisco Javier Orduña Moreno, RJ\2015\639.

der mejor esta realidad social *nueva*, que debía protegerse. En el primer caso, se considera acreditado un menosprecio y abandono familiar que se prolonga durante los siete últimos años de la vida de la testadora y que se estima incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación (el causante, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios). En el segundo caso, resulta acreditado el trato desconsiderado con la madre testadora desde el momento en que el hijo le despojó de todos sus bienes inmuebles a través de una fraudulenta donación que, engañada, realizó en su favor ante notario, generándose en la causante un estado de zozobra y afectación profunda que la acompañó los últimos años de su vida. En la cláusula de desheredación la causante se refiere expresamente a los procedimientos judiciales que ha instado para la revocación de la donación efectuada a favor de su hijo y sus nietos, por haberla realizado bajo engaño y coacción. Este supuesto fáctico recuerda bastante a una situación de manipulación de las personas mayores que puede abordarse, también, como una causa de indignidad⁵.

Así pues, y aunque la casuística familiar y sucesoria es inmensa, cabe pensar que la protección a la libertad para desheredar a los descendientes se otorga ante comportamientos de los hijos, claramente voluntarios y prolongados en el tiempo, de los que se deriva un daño psíquico a la persona mayor la cual, por otro lado, no es responsable de la situación familiar de desavenencias en la que se producen los citados comportamientos reprobables. Son situaciones de «abandono emocional», de abuso por parte del descendiente, de ausencia de asistencia personal y económica al testador, que se traducen en un daño psíquico a este.

De esta manera, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019⁶, que ratificó la estimación de la causa de desheredación por maltrato psicológico efectuada primero por el Juzgado y después por la Audiencia Provincial, resulta muy gráfico el contenido literal del testamento de la causante, en el que se afirma: «[...] I. Que su hijo, Raimundo, le ha manifestado reiteradamente que está llena de maldades y brujerías, y que la casa,

⁵ Realicé un breve análisis de las causas que lo son, simultáneamente, de indignidad y de desheredación, en relación con la libertad para testar del llamado testador vulnerable en DE BARRÓN ARNICHES, *Indret*, 2016, especialmente pp. 28-33. Más recientemente, ha reivindicado el maltrato al testador como causa de indignidad VAQUER ALOY, 2020, pp. 1067 y ss.

⁶ STS de 13 mayo de 2019, M. P. Francisco Javier Orduña Moreno RJ\2019\2212.

igual que ella, está también embrujada y llena de maldades, dejándola sola y abandonada, no obstante estar grave como consecuencia de una enfermedad crónica que padece desde hace más de diez años, que se ha ido agravando paulatinamente, causándole una movilidad muy reducida y obligándola a desplazarse en una silla de ruedas. II. Qué su hijo Lázaro, le atribuye la responsabilidad de todos los males que, según él, ha padecido en la vida, y le niega formal y expresamente su condición de madre, careciendo de interlocución alguna con él, hasta el punto de haber intentado la testadora felicitarle el día de su cumpleaños y sufrir el desplante de que le colgara el teléfono». En este caso, el tribunal consideró acreditado (desde una valoración conjunta de la extensa prueba practicada, mediante testificales y documentales), que los demandantes habían incurrido en un maltrato psíquico contra su madre a lo largo de los años, particularmente en los últimos años de su vida cuando ya estaba enferma, con una conducta de menosprecio y abandono. También consideró acreditado que no había habido una reconciliación con su hijo Raimundo, que residió en casa de su madre durante sus últimos meses de vida por razones económicas y no de cuidados y asistencia para con su madre.

Estos son los tres casos en los que el TS ha hecho gala de una gran flexibilidad a la hora de interpretar la dicción del artículo 853.2.º CC. Emplea un instrumento incontestable, el artículo 3 del Código civil, que le permite interpretar la norma utilizando un criterio lógico o finalista más adecuado a la realidad social actual⁷, y en defensa de la dignidad de las personas mayores, y del principio de conservación de los negocios jurídicos, en este caso, el testamento que contiene la cláusula de desheredación.

Sin embargo, no todos los supuestos fácticos encajan en esta realidad social. Cabe observar una importante litigiosidad (que se constata a través de las numerosas sentencias dictadas por las audiencias provinciales desde 2014, a lo largo y ancho de todo el territorio nacional) derivada de la implantación de la nueva doctrina jurisprudencial. Y la variada casuística que aflora a través de las resoluciones judiciales hace pensar en una aplicación, en ocasiones poco fundamentada de la desheredación por motivo de maltrato psicológico. Tanto en las notarías como en los juzgados se observa una cierta relajación en la exigencia de los requisitos propios de la desheredación, que no han sido suprimidos en ningún caso, así que tampoco para el supuesto de maltrato psíquico: primero, la acreditación del daño (en este caso psicológico)

⁷ Cfr. GONZÁLEZ CARRASCO, 2015, pp. 282 ss.; CARRAU CARBONELL, 2015, p. 251.

infringido al causante y, segundo, su imputabilidad al legitimario, amén de los requisitos formales inherentes al instituto de la desheredación.

De esta manera, en los supuestos fácticos analizados por las sentencias en las que el TS ha denegado la concurrencia de la causa de desheredación, lo que se observa, fundamentalmente, es que no se cumplen los requisitos legales para que se pueda predicar la libertad del causante de privar a sus descendientes de la legítima. La realidad social que muestran estos casos es la de una crisis de pareja importante que se encuentra en el origen de la situación de desafecto o falta de relación posterior de los legitimarios más jóvenes, normalmente respecto al progenitor o ascendiente (y extensible a su familia de sangre), que sale de la casa conyugal por motivo de la separación o divorcio. Un desafecto que es más frecuente respecto al progenitor varón (que es quien habitualmente forma otro hogar familiar más rápidamente), y que suele aparecer relacionado también con las desavenencias y los comportamientos dañinos o incorrectos que se suceden entre los excónyuges tras la separación, ante la mirada de sus hijos comunes.

Así pues, ante esta problemática familiar, parece que la realidad social protegida por el Alto Tribunal es el interés de estos hijos (incluso aunque ya no sean menores de edad), que no eligieron el divorcio de sus padres ni el posterior distanciamiento respecto a alguno de sus progenitores. Así, en la Sentencia de 27 de junio de 2018⁸ se establece que el total alejamiento entre el causante y su hija no es imputable a ella al producirse cuando sus padres se separaron siendo una niña, y en la de 24 de mayo de 2022⁹ se hace referencia a una historia previa de desencuentros derivados de la separación matrimonial que determinaron la falta absoluta de relación de las actoras con su padre y con la familia de éste¹⁰. Veamos a continuación la situación que nos presenta la más reciente sentencia de 19 de abril de 2023, objeto de este trabajo.

⁸ STS de 27 junio de 2018, M. P. M.ª Angeles Parra Lucán, RJ\2018\3100.

⁹ STS de 24 mayo de 2022, M. P. M.ª Angeles Parra Lucán, RJ\2022\2747.

¹⁰ Después de las STS de 2018 y 2022, de nuevo se ha despertado el interés en la doctrina sobre la desheredación por maltrato psicológico, evidenciándose la preocupación y los numerosos interrogantes que la cuestión suscita por tener que aplicarse en una sociedad envejecida y profundamente fragmentada. Cfr., entre otros, ARAQUE GARCÍA, 2022, pp. 2510-2533; MUÑOZ CATALÁN, 2022, pp. 491-504; RAMÓN FERNÁNDEZ, 2021, pp. 131-165; GAGO SIMARRO y ANTUÑA GARCÍA, 2021, pp. 1208-1240; ORDÁS ALONSO, 2021.

II. EL CASO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

1. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS Y FASES DEL PROCEDIMIENTO

Félix, nacido en 1937, estuvo casado, en primeras y únicas nupcias, con Remedios, de quien se separó por sentencia judicial en 1989. El matrimonio tuvo dos hijos, Elena y Secundino.

Quince años después de la separación, el 17 de agosto del año 2005, Félix otorgó testamento notarial abierto en el que expuso: «Que desde la fecha de su separación judicial, en la que fue maltratado de obra e injuriado gravemente de palabra por sus citados hijos, no ha tenido relación alguna con éstos, sin que conozca sus domicilios y sin que haya tenido noticia alguna desde aquella fecha, demostrando de esta forma, su desinterés total por las circunstancias particulares del testador en cuanto concierne a su situación personal, de salud y/o económica». En la cláusula primera del testamento conforme a la que ordena su última voluntad, Félix «deshereda a sus dos citados hijos, por las causas establecidas en el artículo 853.2.^a del Código civil», y en las cláusulas segunda y tercera instituye heredera universal, sustituida por sus descendientes, a su compañera, Eugenia. Félix falleció el 10 de noviembre de 2012.

El 4 de julio de 2013, Elena interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid (su hermano no demandó), contra Eugenia por la que solicitaba que se declare lo siguiente:

- La inexistencia de la causa de desheredación expresada en el testamento otorgado en fecha 17 de agosto de 2005, (...)
- La nulidad de la institución de heredero único y universal incluida en el testamento de referencia a favor de la demandada, en todo lo que perjudique a la legítima.
- El derecho de la demandante y de su hermano a la legítima que le corresponde en la herencia de su padre, D. Félix.

Y, en consecuencia, se condene al demandado a estar y pasar por estas declaraciones, y todo ello con expresa imposición de las costas al demandado.

La parte demandada fue declarada en situación procesal de rebeldía por la diligencia de ordenación de 19 de noviembre

de 2015, tras dejar transcurrir el plazo procesal sin contestar a la demanda.

El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 33 de Madrid dictó sentencia el 11 de julio de 2016 desestimando la petición de la demandante. Entiende que ninguna prueba existe de concurrir dolo o vicio del consentimiento en la voluntad del testador, ni de que no existiese causa de desheredación frente a ésta, D.^a Elena recurrió en apelación, alegando incongruencia omisiva, falta de motivación y error en la interpretación del artículo 850 CC en relación con el artículo 217 LEC. El recurso fue resuelto por la Sentencia de 17 de diciembre de 2018 dictada por la Sección 20.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, confirmando los pronunciamientos de primera instancia, aunque perfilando los argumentos sobre determinados aspectos, como la carga de la prueba y la causa del desafecto entre las partes desde la separación matrimonial.

Frente a la Sentencia de segunda instancia, D.^a Elena interpuso recurso de casación que se fundamenta por infracción, en concepto de aplicación indebida, del artículo 853.2.^a en relación con los artículos 850 y 851 todos ellos del Código Civil. Se justifica el interés casacional con la cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico como causa de desheredación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, por lo que casa la referida resolución y declara que no concurre causa alguna de desheredación. En consecuencia, procede a anular la institución de heredera de D.^a Eugenia en la parte en la que perjudica la legítima.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se expondrán en este apartado los Fundamentos de Derecho de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la de la Audiencia Provincial en la resolución del recurso de apelación, así como la doctrina del Tribunal Supremo. Cabe comparar el proceso, figuradamente, a una escalera en la que la primera resolución –primer escalón– apenas argumenta sobre la naturaleza y requisitos de la desheredación, y se limita a desestimar la demanda sobre la base de la falta de prueba de la actora. Digamos que «no entra en materia». La segunda sentencia –segundo escalón– ya diferencia entre las dos causas de desheredación mencionadas en el testamento, y argumenta al respecto. Por último, es el TS el que aborda con más profundidad tanto la cuestión de la desheredación, de sus requisitos y de la manera en que ha de aplicarse la doctrina jurisprudencial

más flexible iniciada con la STS de 3 de junio de 2014, como la cuestión de la carga de la prueba que recae sobre el heredero.

El Juzgado de 1.^a Instancia desestima la demanda en base al siguiente razonamiento. En primer lugar, señala que la declaración de rebeldía de la parte demandada por no haber contestado a la demanda ni haberse personado en el acto del juicio para hacer valer sus derechos no supone ni admisión de los hechos ni allanamiento, por lo que no autoriza a dictar sentencia de conformidad con las peticiones de la actora más que en el caso en que acredite los hechos y el derecho constitutivo de su pretensión. A continuación, el juzgado afirma que los vicios del consentimiento deben probarse y concluye: «Ninguna prueba existe de concurrir dolo o vicio del consentimiento en la voluntad del testador, ni que no existiese causa de desheredación, por lo que no puede accederse a la petición formulada por la parte actora al estar carente de prueba que pueda sustentar la impugnación del testamento objeto de autos».

En cuanto a la segunda instancia, la Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de apelación, aunque admite que, negados por la demandante el maltrato y las injurias, corresponde la carga de probar su existencia y gravedad a la designada heredera, declarada en rebeldía en la instancia, por lo que dicha falta de prueba debe perjudicarle. Sin embargo, respecto a la falta de relación con su padre, la Audiencia considera que como la actora no lo ha negado, cabe apreciar en atención a las circunstancias que su conducta puede ser incardinada en el art. 853.2 CC. La mención en el testamento, como causa de desheredación, de la falta de relación familiar afectiva entre el causante y la recurrente durante 16 años (1989-2005) puede ser valorada como manifestación de unos daños psicológicos constitutivos de maltrato de obra, máxime cuando la actora no ha contradicho dicha circunstancia en su demanda, y no consta que existiera reconciliación. Por otro lado, dicha falta de relación es claramente imputable a la desheredada que en el año 1989, fecha de separación de sus padres, era ya mayor de edad, y, por tanto, hay que entender que de forma consciente y deliberada evitó durante todos esos años todo contacto con su padre, sin querer saber nada de él, ni siquiera al final de sus días desentendiéndose totalmente de sus circunstancias (en la demanda consta que fue cuando se enteró del fallecimiento de su padre, cuando se interesó por su testamento). Y concluye:

«El hecho de que el causante destacara especialmente esta circunstancia en su testamento da constancia de que en su ánimo tal falta absoluta de interés durante un período tan dilatado revestía

una especial gravedad hasta el punto de ser su voluntad manifestada en el testamento la de privar de su legítima a su hija que incurrió en una conducta incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación. La jurisprudencia citada anteriormente ha elevado el abandono o despreocupación por los problemas del testador a la categoría de maltrato psicológico y éste a su vez es considerado como una variante del maltrato de obra. A este tipo de maltrato psíquico se refiere la jurisprudencia manifestando que se da en aquellas situaciones en que existe «cualquier tipo de castigo que no sea físico.»

Estas conclusiones de la Audiencia no son compartidas por el Tribunal Supremo que estima el recurso de casación basándose en el siguiente razonamiento: aun cuando de lo expresado en el testamento se desprende la falta de relación del padre con sus hijos a consecuencia de la ruptura de la relación con su madre, no consta que el testador hubiera intentado ningún tipo de acercamiento a los hijos, y en cambio sí manifiesta haber iniciado una nueva vida con otra mujer. Tampoco aparece acreditada en autos la existencia de una situación emocional o afectiva que pudiera haber lesionado su salud mental a partir de la falta de relación con los hijos del primer matrimonio.

Como consecuencia de la estimación del recurso, el Alto Tribunal termina disponiendo que, al no concurrir causa de desheredación, procede anular la institución de heredera de la demandada en cuanto perjudique la legítima de la demandante. Todo ello en aplicación de lo previsto en el art. 851 CC¹¹.

2.1 **La naturaleza y requisitos de la desheredación en el Código civil**

La argumentación del Tribunal Supremo en esta sentencia sobre la desheredación en el sistema civil de Derecho común se construye a partir de la doctrina ya expuesta en las recientes resoluciones 401/2018, de 27 de junio y 419/2022, de 24 de mayo ya citadas,

¹¹ Cabría adentrarse en la interpretación del artículo 851 CC relativo a la desheredación injusta, pero ello excede el objeto del presente trabajo. Basta señalar aquí que esta es la solución tradicionalmente aplicada por el TS, en una jurisprudencia consolidada que opta por atribuir al injustamente desheredado lo que le corresponde en virtud de su legítima estricta. Esta tesis del TS, que no es acogida de forma unánime por la doctrina, y que persigue limitar el efecto de la desheredación injusta a la legítima estricta, se halla en consonancia con la posición favorable a la ampliación de la libertad de testar, pero no tanto con la que se muestra partidaria del mantenimiento de las legítimas.

doctrina que en esta sentencia se ratifica con rotundidad con una clara finalidad pedagógica, pensando en las sucesivas resoluciones que tendrán que dictarse por las Audiencias Provinciales en adelante. Por ello, considero realmente importante la repercusión de esta tercera sentencia de «modulación» de la doctrina jurisprudencial sobre el maltrato psicológico como causa de desheredación.

Desheredar es una manifestación de la libertad de testar. Implica la capacidad del causante de sancionar determinadas conductas de sus allegados mediante la privación de la porción legitimaria. La desheredación justa contribuye eficazmente a convertir al causante en promotor de buenas conductas por parte de los legitimarios, porque tiene en su mano el ejercicio o no de este mecanismo sancionatorio. Además, el ejercicio de la desheredación justa obtiene el resultado de aumentar la porción de patrimonio hereditario del que el causante podrá disponer libremente (salvo que opere la representación), sin restricciones por causa de pretendidos deberes hacia sus más allegados¹². Así parece entenderlo la STS de 3 de junio de 2014 cuando señala en el Fundamento de Derecho Segundo (apartado 5): «la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 15 de enero de 2013, núm. 827/2012) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de «favor testamenti», entre otras, STS de 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012».

La existencia o no de la desheredación en un testamento depende absolutamente del causante: en primer lugar, ejercitará su libertad cuando, existiendo la causa legal tipificada, decida a pesar de ello no desheredar al legitimario. También lo hará si articula el perdón por la actuación del legitimario, o se reconcilia con él. Pero si lo que decide es desheredar a uno o a varios legitimarios, tendrá que ser capaz de «encajar» la situación que está viviendo y las conductas que achaca a su legitimario, dentro del estrecho margen de la tipificación legal. Porque la desheredación se configura en el CC como un acto jurídico de naturaleza excepcional frente al derecho de los legitimarios, que

¹² Señala Silvia Algaba que «desde la perspectiva del testador, la existencia de las causas de desheredación potencia su libertad de testar pues le permiten obviar el límite legitimario. La interpretación del artículo 853.2 CC debe realizarse desde la perspectiva del testador y por ello la regla a aplicar sería *favorabilia sunt amplianda* por lo que cabría una interpretación de la norma correctora y extensiva. La perspectiva del testador es la que hay que tener presente para analizar el artículo 853.2 CC pues en este precepto se abordan las causas que van a permitir al testador recuperar su libertad de testar» (ALGABA, 2015, p.14).

no se fundamenta en un buen comportamiento sino, meramente, en el hecho de su parentesco con el causante¹³.

Es lo cierto que la doctrina jurisprudencial que se inauguró con la STS de 3 de junio de 2014 produjo el efecto de ampliar el estrecho margen legal, a través de la configuración del concepto de daño psíquico al futuro causante. Pero no suprimió –porque no está dentro de las funciones del Alto Tribunal como intérprete de la norma vigente– los requisitos legales exigibles para que prospere la desheredación.

Como punto de partida, debe desheredarse mediante testamento y con expresión de la causa tipificada legalmente a la que el causante desea acogerse¹⁴. En nuestro caso el testador, Félix, se acogió al artículo 853.2.º CC especificando dos comportamientos de sus legitimarios que consideraba reprobables: por una parte el maltrato e injuria grave de palabra, y por otro lado la falta de relación continuada, y de afecto familiar, entre los hijos y su padre, que el testador databa desde la separación de los progenitores en el año 1989. Sin embargo, estas formalidades, que fueron observadas en el caso de autos, no venían refrendadas por ningún tipo de medio de prueba relativo al momento y a la forma en que se estaban produciendo los comportamientos reprobables de los legitimarios. Tal y como reconoce la AP: «El citado testamento cumple con los requisitos legales, pero no contiene una descripción detallada de las conductas de sus hijos que supuestamente constituyeron los maltratos de obra, ni las expresiones por las que el testador se consideró gravemente injuriado de palabra, ni las concretas circunstancias de tiempo o lugar en que las mismas se produjeron».

Esta cuestión no es menor y, de hecho, puede considerarse el principal problema de que adolecen las cláusulas de desheredación que se redactan en la actualidad en los testamentos notariales, al amparo de lo dispuesto en el art. 853.2.º CC. Sólo el causante es verdadero conocedor de los comportamientos de maltrato no físico sufridos de manos de sus descendientes, sólo él puede dar la medida de la situación emocional en la que se encuentra como consecuencia de tales comportamientos u omisiones. Si no proporciona,

¹³ Por contraste, en otras regulaciones sucesorias, como la de la República Popular de China, se establece un sistema en el que se vinculan los derechos sucesorios legales con la conducta mantenida por el heredero hacia su causante. Véase, DE BARRÓN ARNICHES, 2016, p.42, nota 142.

¹⁴ Así, por ejemplo, en la STS de 27 junio 2018, se considera una cuestión muy relevante el hecho de que el testador no mencione en su testamento de manera expresa la causa por la que desea desheredar a su hija, y se limite a adjuntar al testamento dos documentos a partir de los cuales las partes en el litigio centran la discusión en la nueva jurisprudencia sobre el artículo 853.2.º CC, y en la existencia o no de daño psicológico producido al causante (véase FD Primero de la STS).

cuanto menos, indicios de prueba, documentos o referencias a posibles testigos que puedan refrendar su versión de lo acaecido entre él o ella (que ya será difunto cuando haya de aplicarse la desheredación ordenada en el testamento¹⁵) y sus allegados, está condenando a sus herederos a una «batalla perdida», si los legitimarios niegan la existencia de la causa de desheredación. Cierta doctrina llega a aconsejar que el notario otorgue acta de notoriedad en la que acredite que la relación con el desheredado es inexistente y que este le ha abandonado y maltratado psicológicamente, que se acompañe al testamento actas de manifestaciones del resto de familiares o, incluso, informes psicológicos sobre la situación del testador en el momento de redactar el testamento¹⁶.

Y es que la dificultad de que los tribunales entren a valorar determinadas conductas estriba en gran medida en la constatación de la delgada línea que separa en ocasiones un supuesto de maltrato psicológico, y uno en el que simplemente se dan malas relaciones entre padres e hijos. Esta confusión se eleva considerablemente en los supuestos de familias rotas por razones de crisis de pareja. Sin la efectiva preconstitución de prueba por parte del testador, la jurisprudencia del TS que predica la flexibilización de la interpretación del artículo 853.2.º CC solo sirve para incrementar la litigiosidad en los procesos sucesorios, así como la inseguridad jurídica, que se deriva tanto para legitimarios como para herederos, de no poder prever en absoluto el resultado de los procedimientos judiciales¹⁷.

2.2 La carga de la prueba

Al hilo de lo expuesto hasta aquí, cabe mencionar el titular de la nota de prensa publicada en la página web del poder judicial¹⁸, en

¹⁵ En este sentido, cabe destacar la propuesta de García Goldar, de trasladar a nuestro ordenamiento el modelo japonés, que permite al propio causante desheredar en vida a los hijos que le maltratan. Cfr. GARCÍA GOLDAR, 2021, pp. 2492 y ss.

¹⁶ Cfr. CARRAU CARBONELL, 2015, pp. 254 y ss., y BARCELÓ DOMENECH, 2016, p. 298.

¹⁷ Hay una importante proliferación de resoluciones contradictorias en la jurisprudencia menor, pueden consultarse, como una pequeña muestra, las siguientes: SAP Ciudad Real, de 19 septiembre 2022, JUR\2022\355710; SAP Alava de 2 de septiembre de 2022, JUR\2022\45527; SAP Valencia, de 2 febrero 2021, JUR\2021\62540; SAP Madrid de 18 junio 2020, JUR\2020\259235; SAP Badajoz de 20 abril 2020, AC\2020\1022; SAP Toledo 19 febrero 2020, JUR\2020\111210; SAP A Coruña, de 16 mayo 2020, JUR\2020\16648; SAP Asturias de 20 diciembre 2019, JUR\2019\38663; SAP Guipúzcoa, de 19 diciembre 2017, AC\2017\274; SAP Córdoba de 14 diciembre 2017, AC\2017\1642.

¹⁸ Véase Noticias Judiciales de 3 de mayo de 2023, en la web del Poder Judicial. Consultable en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-anula-la-decision-de-un-padre-de-desheredar-a-su-hija-por-falta-de-pruebas-del-maltrato-alegado-en-el-testamento>.

relación con la Sentencia del pasado 19 de abril, que aquí se comenta: «El Tribunal Supremo anula la decisión de un padre de desheredar a su hija por falta de pruebas del maltrato alegado en el testamento». Podría parecer que la cuestión se reduce a la actividad probatoria: no resulta acreditado el maltrato (psicológico) infringido al causante. Sin embargo, la sentencia del TS va mucho más allá en sus objetivos de proporcionar seguridad jurídica mediante el establecimiento de criterios claros en relación con los requisitos para que concurra esta causa de desheredación. Así, es necesario recordar que el testamento diferenciaba dos comportamientos de los hijos como fundamento de la decisión del testador de proceder a desheredarles. Y la cuestión de la actividad probatoria –y, correlativamente, la doctrina del TS al respecto–, presenta un cariz bien diferente con respecto a cada uno de estos dos comportamientos.

La primera conducta reprochable que se achaca a los hijos es la de haber injuriado gravemente de palabra a su padre al tiempo de producirse la separación matrimonial. Cabría suponer que los hijos «tomaron partido» por su madre, o imputaron a su padre -con mayor o menor acierto- la responsabilidad por alguna decisión o comportamiento realizado en aquel periodo de tiempo, que no estimaron correcto. Pero no hay forma de saberlo, porque el testador no desarrolla esta cuestión en el testamento¹⁹. La actora negó la veracidad de estas injurias de palabra a su padre y, con ello, produjo de forma automática la inversión de la carga de la prueba de conformidad con lo que dispone taxativamente el art. 850 CC, en este caso, desplazándose a la heredera del causante, demandada en el procedimiento y, a la sazón, compañera sentimental de este. La demandada se encuentra en situación de rebeldía procesal, porque no contestó a la demanda.

El Supremo confirma lo que ya había reconocido la Audiencia Provincial, que, más allá de las afirmaciones del testador, no hay prueba de este maltrato de obra y que, en todo caso, esta situación debería haber sido probada por la mujer que fue compañera del autor del testamento tras separarse de la madre de sus hijos, instituida como heredera universal, quien declinó esta oportunidad al decidir no personarse en el procedimiento²⁰. Hasta aquí todo está

¹⁹ Cabe reconocer que no debe ser en absoluto agradable para nadie plasmar estas problemáticas familiares, negro sobre blanco, en un testamento notarial. Y además referenciar medios de prueba sobre las mismas. Pero la omisión de esta actividad, como estamos viendo, lleva acarreada efectos jurídicos.

²⁰ La posición del heredero forzoso, a quien le basta negar la concurrencia de la causa de desheredación para producir la inversión de la carga de la prueba, encuentra su fundamento en el propio sistema legitimario del Código civil, que viene a establecer una suerte de presunción de inocencia del legitimario imponiendo a los herederos la prueba de la causa. Por ello, la evolución de la doctrina hacia una modernización del Derecho suce-

bastante claro, pero es en relación a la ausencia de relación familiar entre el causante y sus hijos donde la cosa se complica. No es solo la falta de prueba sobre este dato fáctico sino, mucho más relevante, el hecho de que dicha falta de trato, por sí sola, no autoriza al causante sujeto al régimen sucesorio del CC, a desheredar.

2.3 La desheredación por falta de trato familiar con el causante. La influencia del artículo 451-17.1.e) CCCat y de su aplicación por los tribunales

La segunda causa de desheredación, la falta de relación personal entre las partes y las consecuencias que de la misma se derivan, es la que permite realmente al TS realizar una efectiva modulación (o matización) de la nueva doctrina jurisprudencial sobre lo que puede entenderse como maltrato de obra al causante. Y es que el Código civil español, a diferencia del Derecho civil catalán, no regula la falta de trato familiar como causa de desheredación. Y esta situación de partida no puede obviarse por el TS, porque su función no es legislar sino interpretar la legislación vigente.

A mi juicio no tener relación familiar, obviar, olvidar a los mayores puede ser causa legal para desheredar, no sólo porque suponga un maltrato para el causante, o no sólo cuando lo suponga, sino simplemente porque tal olvido atenta contra el cumplimiento de los deberes familiares que debe predicarse no sólo en sentido descendente sino también a la inversa, de los hijos hacia sus padres. De hecho, el CC parece aludir a este deber recíproco de auxilio entre generaciones de una misma familia cuando regula la obligación de prestar los alimentos legales entre parientes. Pero la norma no es igual de clara cuando se trata de desheredar. Entiendo que los deberes familiares (me refiero especialmente a los que nacen con respecto a la infancia y la ancianidad, como dos etapas de enorme vulnerabilidad) y, en consecuencia, su sanción por incumplimiento, deberían ser siempre recíprocos. Entre otras cosas, porque esto es lo que justificaría invocar la solidaridad intergeneracional como fundamento de la protección constitucional de la familia.

Desde este mismo planteamiento, en los casos en los que la crisis matrimonial deriva en un efectivo abandono de los hijos por parte de uno de los progenitores, cuando al cabo de los años se consolida una situación de falta de trato y de relación personal entre padres e hijos ¿cabe exigir a estos legitimarios una aten-

sorio común, que pasa por un incremento de la libertad de disposición del causante, puede poner en entredicho, también, el taxativo mandato contenido en el art. 850 CC.

ción y preocupación afectiva por su progenitor? ¿puede hablarse realmente de reciprocidad en estos casos? Entiendo que no se pueden establecer normas a priori para todos los supuestos, son los jueces y magistrados quienes deberán valorar en cada caso el daño ocasionado, si está justificada o no la ausencia de relación y a quién cabe imputarla. Así pues, para aportar seguridad jurídica solo cabe redoblar la exigencia de acreditación de la concurrencia de todos los requisitos necesarios para que se pueda admitir la causa de desheredación al legitimario²¹. Esto es lo que hace el TS en su resolución.

En efecto, en el caso de autos se aborda la ausencia de relación personal y afectiva de los legitimarios hacia su padre, situación que no es negada por la parte actora en los sucesivos escritos que se presentan en las tres instancias judiciales. La hija solicitante de su legítima no pretende haber mantenido una relación de afectividad con el causante, no niega el distanciamiento total a nivel personal entre ellos, de manera que no hay contradicción que produzca el desplazamiento de la carga de la prueba a la heredera demandada. Cabe presumir que esta falta de relación existió y, por tanto, debe plantearse: ¿qué efectos se derivan de esta falta de relación, a partir de la nueva jurisprudencia sobre el maltrato psicológico?

El TS se remite a lo ya dispuesto en su sentencia 401/2018: «Esta sala ha admitido que los tribunales pueden interpretar con arreglo a la realidad social las causas legales de desheredación. Por ello, una falta de relación continuada e imputable al desheredado, ponderando las circunstancias del caso, podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos y, en consecuencia, podría encuadrarse en una de las causas de privación de la legítima establecidas por el legislador. Sin embargo, la aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla. Lo contrario, en la práctica, equivaldría a dejar en manos del testador la exigibilidad de la legítima, privando de ella a los legitimarios con los que hubiera perdido la relación, con independencia del origen y los motivos de esa situación y de la influencia que la misma hubiera provocado en la salud física o psicológica del causante».

En definitiva, y en contra del razonamiento de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo entiende que, en estos casos en los

²¹ También la doctrina de la DGSJyFP ha señalado con detalle los requisitos necesarios para que proceda la desheredación. Se ha ocupado de ello Pérez Ramos (véase PÉREZ RAMOS, 2021, pp. 419-434).

que la falta de trato se puede vincular con la previa separación de los progenitores y posterior salida del domicilio familiar del padre que inicia otra vida familiar: primero, ello no permite afirmar, salvo en el terreno meramente especulativo, que se esté produciendo un maltrato psicológico ni un abandono injustificado, y segundo, tampoco permite presumir la imputabilidad de la falta de relación al legitimario.

Así las cosas, el TS vuelve a referirse a la carga de la prueba que recae en el heredero, pero no (o no solo) sobre el hecho objetivo de la ausencia de relación, sino sobre la imputabilidad de la misma, y sobre las consecuencias psicológicas derivadas para el causante. Porque sólo una falta de trato que cause un daño emocional efectivo y que sea responsabilidad exclusiva del legitimario dará lugar al maltrato de obra de carácter psicológico que se predica como causa de desheredación en la nueva jurisprudencia.

Esta resolución, en definitiva, está demandando una actuación urgente del legislador en la reforma del CC. La doctrina ya se ha planteado posibles soluciones, no todas ellas coincidentes²². A mi juicio hay, como mínimo dos: la primera sería aclarar lo que pueda entenderse por maltrato de obra, siguiendo para ello la nueva jurisprudencia. Es decir, reforzar y especificar la nueva interpretación del Tribunal Supremo en el articulado, con expresa mención de los elementos que deben resultar acreditados. La segunda sería introducir un apartado específico en el artículo 853 CC que contemple, como nueva causa de desheredación, el abandono familiar, como lo hace el Derecho civil catalán, que trata autónomamente, por una parte, el maltrato²³ y, por otra, la falta de relación²⁴, cada una de ellas con sus requisitos y características. Ninguna de las dos opciones ha sido incluida en la propuesta de Código civil presentada en su día por la Asociación de profesores²⁵, lo cual da razón de lo delicado del asunto y de la falta de unanimidad en la doctrina sobre cuál sea la reforma legal más pertinente²⁶.

²² García Goldar las desglosa con acierto en su trabajo. Cfr. GARCÍA GOLDAR, 2021, pp. 2490 y sig.

²³ Art. 451-17.1.c) CCCat.

²⁴ Art. 451-17.1.e) CCCat.

²⁵ Cfr. art. 467-27.b) de la Propuesta de CC, que, después de regular la desheredación por incumplimiento del deber de alimentos, señala como segunda causa de desheredación a los descendientes:

«Haber maltratado gravemente al causante o a su cónyuge o persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o a alguno de sus descendientes o ascendientes» (consultable en https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf).

²⁶ En opinión de Galicia Aizpurúa el aumento de la libertad de testar no puede producirse a costa de una mayor inseguridad y una judicialización de las relaciones familiares (cfr. GALICIA AIZPURÚA, 2017, p. 21). Por su parte, Parra Lucán, a la sazón magistrada ponente de tres de las seis sentencias del TS sobre desheredación, (cfr. PARRA LUCÁN, 2019, 209-210) señala que esta ausencia de la causa de desheredación por falta de trato

En efecto, si se analiza la situación en Cataluña, en primer lugar ha de resaltarse que el Tribunal Superior de Justicia ya ha hecho propia la doctrina del maltrato psicológico de la jurisprudencia reciente del TS, a pesar de que el vigente apartado c de su artículo 451-17.2 se refiere en general al maltrato grave, sin mencionar que sea, ni físico, ni psicológico²⁷, cuestión que, por otra parte, quedará resuelta cuando entre en vigor la proyectada reforma del Libro IV del CCCat²⁸.

En cuanto a la falta de relación como causa autónoma para desheredar, no está vinculada al requisito del daño emocional causado al testador, por cuanto lo que se permite sancionar privando al legitimario de su legítima es, meramente, la falta de relación afectiva entre las partes. No hay duda de la influencia que, desde 2008, viene ejerciendo la vigencia de esta disposición civil catalana en el resto de la sociedad española, que al fin y al cabo es una y recorre un mismo camino en lo que hace a la realidad familiar y a los valores relacionados con el respeto a las personas mayores y los deberes de atención y cuidado que atañen a sus descendientes. Es lógico que el maltrato psicológico al causante y la falta de rela-

familiar en la propuesta de CC de la Asociación de Profesores es «deliberada», pues se considera preferible no introducir una causa que abriría la puerta a una elevada litigiosidad y dejar sentado que en el futuro sería preferible que, si el legislador considera que se trata de una exigencia social, se suprimiera la legítima.

²⁷ STSJ Cataluña, de 28 mayo 2015, RJ 2015\3761: «A los efectos anunciados, estamos de acuerdo con el TS, por un lado, en que los malos tratos o injurias graves de palabra, como causas justificadas de desheredación y de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una «interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen», y, por otro lado, en que en la actualidad, el maltrato psicológico, como «acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima», debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra como causa de desheredación, tanto porque así lo exige nuestro sistema de valores constitucional, basado en «la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 CE)»; como porque así viene requerido por el ordenamiento jurídico en su integridad, según se desprende del reconocimiento de la figura que, con vocación expansiva, se efectúa en el campo de la legislación especial (Ley Orgánica 1/2004, de protección integral de la violencia de género); como, finalmente, porque así lo precisa el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos reconocido por la jurisprudencia del TS y de esta Sala, «no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS 827/2012 de 15 enero) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de *favor testamenti* (STS 624/2012 de 30 octubre)». Véase también la STSJ Cataluña, de 2 febrero 2017, RJ 2017\1596, y la SAP Lleida de 22 abril 2016, AC\2016\946, que hace referencia a lo expresado por el TSJ catalán en su resolución de 2015, para resolver un supuesto de maltrato psicológico.

²⁸ El Proyecto de Ley de actualización, incorporación y modificación de determinados artículos del Código civil de Cataluña, que se encuentra en fase de tramitación parlamentaria, precisa que el maltrato grave incluye el maltrato de carácter psicológico: Art. 451-17.2.c): «El maltractament greu, que inclou el de caràcter psicològic, a qui testa, al seu o a la seva cònjuge o convivent en unió estable de parella, o a l'ascendència o descendència de qui testa». Consultable en <https://justicia.gencat.cat/web/shared/Transparencia/normativa-en-tramit/JUS/en-tramit/actualitzacio-codi-civil-catala/text-proiecte-aprovat-221129.pdf>

ción personal se entrelacen en algunos supuestos de la vida real, y que no resulte fácil deslindar una causa de la otra. Además, la posibilidad de que determinados comportamientos dentro de la familia causen o no sufrimiento psicológico al desheredante no es siempre la misma, no todas las personas tienen la misma sensibilidad: lo que a una le puede causar un daño irremediable, a otra no le afectará apenas.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la causa contenida en el art. 451-17.2. e) CCat²⁹, también existen variadas sentencias de las audiencias provinciales catalanas³⁰. La aplicación de la causa de desheredación basada en la falta de relación familiar no es pacífica. Fundamentalmente por dos razones: la primera, la dificultad, para el heredero, de probar un hecho negativo cual es la ausencia de relación personal entre las partes. Y la segunda, porque hay dos requisitos más que acreditar, nada sencillos: que la falta de relación es manifiesta y continuada en el tiempo y, sobre todo, que es imputable *exclusivamente* al legitimario.

En cuanto a la falta de relación, los tribunales buscan constatar que no haya contacto entre el testador y el desheredado, que se hayan dejado de ver, discurriendo sus vidas personales por caminos diferentes. Puede haberse dado una relación no familiar, mercantil o profesional, la cual no obsta para que exista esta causa de desheredación³¹. Sobre el segundo requisito, la ley catalana no señala un tiempo mínimo de ausencia de contacto, pero el tribunal deberá constatar un periodo significativo atendiendo a las circunstancias, no bastando una mera interrupción temporal por razones profesionales, educativas o de índole análoga³². A diferencia del CCCat, otro régimen civil que contiene esta causa para desheredar y que sirvió de inspiración en su día al legislador catalán, el Código civil de Louisiana, exige un plazo mínimo de dos años acre-

²⁹ SSTSJ Catalunya, de 8 enero 2018, RJ 2018\1503, de 31 mayo 2018, RJ 2018\3912, y de 11 marzo de 2019, RJ 2019\2022, las más destacables.

³⁰ SAP Lleida, de 19 mayo 2020, AC\2020\1179; SAP Tarragona, de 26 marzo de 2020, AC\2020\1007; SAP Barcelona, de 25 abril 2017, JUR\2017\267047; SAP Barcelona, de 19 mayo 2016, AC\2016\1572.

³¹ Me referiré en esta y la siguiente nota, al caso que relata la SAP de Barcelona de 19 de mayo de 2016, que acuerda la validez de la cláusula de desheredación por la causa recogida en el art. 451.17.2. e) CCCat.

En este supuesto padre e hijo, a pesar de sacar adelante juntos la empresa familiar, tenían nula relación personal, no permitiendo el hijo que su padre visitara su domicilio, y negándole también la posibilidad de trato con su nuera y su nieto.

³² En el caso analizado, la ausencia de trato se prolongó durante un año y medio, hasta que el causante falleció, mientras paralelamente, padre e hijo coincidían a diario en la empresa familiar. Lo que sí ha declarado el Tribunal Superior de Justicia es que la causa debe existir en el momento de otorgar testamento (STSJ Catalunya, de 8 enero 2018, cit.

ditables sin relación entre las partes³³. Se trata del único régimen civil de Estados Unidos que combina elementos del *Civil Law* y del *Common Law*, reconociendo el derecho de los hijos a recibir la legítima, pero buscando al mismo tiempo la erosión y el debilitamiento de dicha institución.

Al respecto cabe mencionar, volviendo por un momento a la causa contemplada en el Derecho común, de conformidad con la nueva interpretación más flexible del artículo 853.2 CC, que un criterio válido y posible para saber si concurre justa causa de desheredación por maltrato psicológico podría ser, precisamente, el tiempo durante el cual la relación familiar ha sido inexistente para, a partir de este dato, poder inferir siquiera sea por vía de indicios, el padecimiento que ello ha infringido en el testador³⁴.

El requisito de la imputabilidad al legitimario de la falta de relación, es sin duda el elemento más complicado. Tanto el causante como el legitimario pueden alegar múltiples motivos de su distanciamiento. De hecho, es significativo que el proyecto del Código civil de Cataluña exigía que la falta de relación «no se debiese a causa imputable exclusivamente al causante». Este era un punto intermedio más cercano a lo que ocurre en la realidad, pero el texto legal definitivo introdujo el criterio de que la ausencia de relación fuera siempre imputable exclusivamente al legitimario, lo que, de facto, redujo considerablemente los supuestos en los que el causante puede desheredar a sus descendientes³⁵. Quizá estuviera en la mente del legislador proteger a aquellos legitimarios que han perdido el trato con sus progenitores por una previa crisis matrimonial, no elegida ni causada por ellos. En definitiva, no pueden sentarse criterios generales sobre la admisibilidad de ciertas pruebas que resulten siempre válidas para acreditar la concurrencia de este requisito, todos los elementos de esta causa de desheredación son ambiguos, el tribunal debe analizar caso por caso cada situación familiar, lo cual obviamente dificulta su aplicación.

Hay una modificación destacable que ha abordado recientemente el Parlamento catalán y que sí facilitará, cuando sea norma vigente, la aplicación de la mencionada causa de desheredación: se trata de la reforma del artículo 451-20 que regula la impugnación de la desheredación por parte del legitimario. Para los casos en que

³³ Cfr. art. 1621 (8): «(8) The child, after attaining the age of majority and knowing how to contact the parent, has failed to communicate with the parent without just cause for a period of two years, unless the child was on active duty in any of the military forces of the United States at the time». Consultable en <https://lcco.law.lsu.edu/?uid=60&ver=en&uid=60&ver=en#60>.

³⁴ CARRAU CARBONELL, 2015, pp. 252 y ss.

³⁵ La complejidad de las relaciones familiares hace muy difícil o casi imposible imputar su ruptura únicamente a una de las partes. Cfr. FARNÓS AMORÓS, 2014, p. 470.

la causa de la desheredación sea la ausencia de relación familiar entre la persona causante y la legitimaria, se invierte la carga de la prueba de modo que corresponde al legitimario probar que sí tuvo relación familiar con el causante. La Exposición de motivos de la ley de reforma del CCCat se remite a las dificultades que, en la práctica, puede tener quien ostenta el título hereditario para acreditar un hecho negativo, cual es la falta de relación³⁶. En el CC de Lousiana, la causa expresada por el testador se presume cierta y es el legitimario quien debe probar que no han pasado dos años consecutivos sin relación; que no sabía cómo contactar con él; que no contactó debido a una justa causa; o, sencillamente, que fue perdonado por el testador o que ambos se habían reconciliado³⁷.

Entre la doctrina española, más de uno ha solicitado que se invierta también la carga de la prueba en los supuestos de desheredación regulados en el CC, siquiera sea por el principio de facilidad probatoria, ya que siempre es más fácil probar la existencia de una relación (registro de llamadas, mensajes, fotos, etc.) que probar el abandono de un hijo hacia su padre, cuando este se lleva a cabo por omisión. Asimismo, que el heredero consiga demostrar el daño psicológico causado por parte del legitimario desheredado al testador, una vez este ya ha fallecido, puede ser cosa harto complicada³⁸. No obstante, como ya he apuntado antes, esta cuestión no es sencilla, ni puede resolverse únicamente acudiendo al criterio de la mayor facilidad probatoria, dado que toca de lleno el propio sistema legitimario del Código civil, y la presunción de inimputabilidad que protege a los herederos forzosos.

2.4 Y qué hay del resto de territorios con Derecho civil sucesorio propio

La doctrina jurisprudencial sobre la interpretación flexible del artículo 853.2.º CC ha tenido durante estos nueve años transcurridos desde la primera STS, una gran repercusión, no solo en los territorios sujetos al CC sino también en los territorios con Derecho civil propio. Las numerosas y dispares resoluciones que encontramos en las diferentes Audiencias Provinciales españolas, además de aflorar una variada casuística familiar, ponen de manifiesto

³⁶ Señala el nuevo art. 451-20: «Impugnació del desheretament 1. Si la persona legitimària desheretada impugna el desheretament al·legant la inexistència de la causa, correspon a l'hereu o hereva provar que existia. Excepcionalment, la prova de la inexistència de la causa de l'apartat 2.e) de l'article 451-17 correspon a la legitimària».

³⁷ Arts. 1624 y 1625 CC de Lousiana.

³⁸ Cfr. GARCÍA GOLDAR, 2021, p. 2488, ALGABA ROS, 2015, p. 20.

también la interrelación y aproximación que se ha producido en relación a la legítima, entre los diversos regímenes civiles que coexisten en el Estado español. Desde un punto de vista constitucional-competencial, podría sorprender esta situación, dado que las referenciadas sentencias del TS afectan a una materia de Derecho común no aplicable, en principio, a los Derechos autonómicos. Sin embargo, hay varias razones por las que prácticamente todos los Derechos civiles autonómicos han reproducido el criterio del Tribunal Supremo. Por una parte, porque son precisamente estos ordenamientos autonómicos los que más se han desarrollado y modernizado en los últimos años, y lo han hecho siguiendo una clara senda de debilitación de la legítima, luego en consonancia con los objetivos perseguidos con la interpretación flexible realizada por el TS, del artículo 853.2.º CC³⁹; y por otra, la realidad social protegida es común en todo el Estado, de manera que las reflexiones del Alto Tribunal han penetrado en la sociedad y en el sentir de los jueces con independencia del Derecho civil aplicable en cada caso. Veamos algunos ejemplos.

En lo que hace al territorio gallego, el régimen legitimario es similar al del CC aunque la legítima es de menor cuantía. La causa de desheredación relativa al maltrato es idéntica⁴⁰, por lo que es natural que los tribunales gallegos comenzaran a aplicar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en estos territorios, a la espera de que se pronunciara el Tribunal Superior gallego, sobre esta cuestión. Así, señala la SAP de A Coruña, de 27 de noviembre de 2014⁴¹: «Ha de asumirse como postura interpretativa adecuada la expresada por la reciente y difundida STS núm. 258/2014 de 3/6/2014 pues, aunque no nos hallamos en el ámbito normativo del Derecho común como luego se desarrollará, la identidad de la regulación legal del presupuesto de la desheredación en la norma gallega hace que tal pauta interpretativa, en ausencia de jurisprudencia propia y distinta del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia sobre la cuestión, deba guiar la interpretación de la norma autonómica, en especial dada la primacía de la voluntad del causante y la restricción de la extensión de la legítima introducidas por la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006. Dicha resolución considera que

³⁹ El legislador estatal, a día de hoy, no ha abordado todavía la reforma y actualización del Derecho común sucesorio.

⁴⁰ Cfr. art. Artículo 263 de la Ley de Derecho civil de Galicia. «Son justas causas para desheredar a cualquier legitimario: 1.ª Haberle negado alimentos a la persona testadora. 2.ª Haberla maltratado de obra o injuriado gravemente. 3.ª El incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales. 4.ª Las causas de indignidad expresadas en el artículo 756 del Código civil».

⁴¹ JUR 2015\79445. Véase más recientemente, SAP A Coruña, 16 mayo 2019, JUR\2020\16648.

la imposibilidad de analogía o de interpretación extensiva de las causas de desheredación no equivale a un criterio valorativo rígido o sumamente restrictivo, sino que ha de permitir una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen, para considerar que el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra (...). El Tribunal Superior de Justicia de Galicia ya se ha pronunciado expresamente sobre esta materia en una reciente resolución de 2020⁴², integrando definitivamente la doctrina del Tribunal Supremo en el Derecho civil gallego.

En cuanto al territorio balear, como no está regulada la desheredación ni, en consecuencia, el maltrato de obra, la aplicación de la doctrina del TS sobre el maltrato psicológico se infiere de la aplicación supletoria del CC en estos territorios para todo lo no regulado en su Compilación. Así las cosas, cabe mencionar, por ejemplo, la SAP de Palma de Mallorca de 22 de octubre de 2019, que, después de referirse a la nueva doctrina jurisprudencial sobre el maltrato psicológico, señala literalmente: «Los términos en que se redactó por la causante la cláusula testamentaria no ofrecen duda, contemplaba el maltrato psicológico que entendió se le dispensó por su hijo, su abandono afectivo y comunicativo, en el que deben considerarse incluidas las conductas que se describen en el escrito de contestación a la demanda y que se consideran probadas en la sentencia recurrida (...), D. Julio mantuvo una conducta de distanciamiento para con su madre. Primero durante cerca de treinta años en los que no mantuvo relación ninguna con ella. Posteriormente, en sus últimos años de vida, cuando ya se había convertido en dependiente y aumentado su vulnerabilidad, prescindió de preocuparse por su estado. En nada justifican esa conducta los posibles conflictos o enfrentamientos que hubieran podido mantenerse con otros familiares (hermana, sobrinos), por cuanto el actor debió atender a su madre con la que debió mantener un especial vínculo afectivo. Esa conducta de desinterés, responsabilidad única del ahora actor, debe estimarse motivadora de la voluntad de la madre testadora»⁴³.

En Navarra, como es sabido el causante goza de absoluta libertad de testar, de manera que, aunque la reciente reforma llevada a cabo en el año 2019 ha regulado por vez primera causas propias de desheredación, la cuestión en la práctica siempre va a tener una

⁴² STSJ Galicia, 23 junio 2020, JUR 2020\247707.

⁴³ JUR 2019\323326

relevancia menor. Cabe destacar que la nueva Ley 270 no se refiere al maltrato en general ni al maltrato de obra en particular. Habla, no obstante, de la *causación* de un daño o realización voluntaria de una conducta socialmente reprobable contra la persona o bienes del causante. Como se puede observar, el concepto es bastante amplio y habrá que esperar a que exista jurisprudencia de su Tribunal Superior sobre la materia para comprobar si dentro de estos conceptos se entiende incluido, también, el daño psicológico.

En Aragón y en el País Vasco, la legítima es colectiva, de manera que la institución de la desheredación sería necesaria para el causante, solo en los casos en que desea desheredar a su único descendiente, porque si son más de uno la voluntad del causante puede obtenerse mediante el apartamiento o la exclusión⁴⁴. La normativa civil aragonesa establece como justa causa de desheredación el maltrato de obra al testador⁴⁵, concepto que, aun cuando sea idéntico al establecido en el CC, podría interpretarse de forma distinta por el Tribunal Superior de Justicia: no me consta que exista una resolución y sí que algunas Audiencias Provinciales aragonesas han hecho ya referencia a los criterios del Tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico al causante⁴⁶. En el País Vasco no existe regulación expresa en la materia, por lo que se aplican subsidiariamente las normas de Derecho común y la interpretación que de las mismas haga el Tribunal Supremo⁴⁷. En consecuencia, cabe señalar que ya hay sentencias de las Audiencias Provinciales que aplican en Euskadi la doctrina flexible del TS en relación al art.853 CC⁴⁸.

V. REFLEXIONES FINALES

Los tribunales de todo el Estado se hacen eco del momento de cambio, de evolución, en el que se encuentra nuestra sociedad en relación con el proceso sucesorio, y reclaman nuevas reformas en nuestros sistemas legitimarios. La doctrina del TS, que se ha ido delimitando y concretando a través de las seis resoluciones dictadas entre 2014 y 2023, han tratado de clarificar cuál es la realidad social que se trata de proteger; no el mero hecho de la falta de trato entre el legitimario y su causante, sino la efectiva

⁴⁴ DE BARRÓN ARNICHES, *Indret*, 2016, pp. 19 y ss.

⁴⁵ Artículo 510 del Código Foral Aragonés.

⁴⁶ Cfr. SAP de Zaragoza, de 19 febrero 2020, JUR 2020\227900.

⁴⁷ Una oportunidad de oro perdida por el legislador vasco en 2015, fecha en que ya se había iniciado esta nueva corriente jurisprudencial sobre el maltrato psicológico.

⁴⁸ SAP Guipúzcoa, de 19 diciembre 2016, AC\2017\274.

causación de un daño psicológico derivado, en su caso, de esta falta de trato familiar.

La jurisprudencia más flexible que se inició en 2014 no cambia, pero trata de aportar seguridad jurídica en su aplicación mediante criterios más claros respecto de los elementos que configuran el maltrato psicológico, que deben ser objeto de la actividad probatoria. El Tribunal Supremo no desea irrogarse una función que solo corresponde al legislador: si este decide que la mera falta de relación personal entre ascendientes y descendientes puede considerarse una causa de desheredación de los segundos deberá legislar en este sentido, pero mientras no lo haga no es tarea de la jurisprudencia configurar una nueva causa de desheredación para el Derecho civil común.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGABA ROS, Silvia: «Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación», *InDret*, 2015, pp. 1-26.
- ARAQUE GARCÍA, Alejandro: «Concreción del maltrato psicológico como causa de desheredación: la falta de relación familiar continuada», *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, (Ejemplar dedicado a Las nuevas fronteras del Derecho de familia), pp. 2510-2533.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther y FARNÓS AMORÓS, Esther: «Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?», *InDret* 2015, pp. 1-32.
- BARCELÓ DOMENECH, Javier: «Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 4, 2016, pp. 289-302.
- CARRAU CARBONELL, Jose M.ª: «La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica», *Revista de Derecho civil*, 2015, n.º 2, pp.2 49-256.
- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: «Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles», *Indret*, 2016, pp. 1-57.
- «Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes», en Cesar HORNERO MÉNDEZ, y Jesús RAMOS PRIETO, *Derecho y fiscalidad de las sucesiones mortis causa en España: una perspectiva multidisciplinar*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 93-109.
- DE OYANGUREN CAMPOS, Marta: «Derecho a la legítima y desheredación. El maltrato psicológico del artículo 853.2 CC como justa causa de desheredación», *IDIBE, Instituto de Derecho Iberoamericano*, 2023, pp. 1-5.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿hacia la debilitación de la legítima?», *Estudios de derecho de sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García* (dir. A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio; coord. M. Herrero Oviedo), La Ley, Madrid, 2014, pp. 451-478.

- GAGO SIMARRO, Clara y ANTUÑA GARCÍA, Pablo: «La ausencia de relación familiar: ¿justa causa de desheredación de hijos o descendientes?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 784, 2021, pp. 1208-1240.
- GALICIA AIZPURÚA, Gorka: «En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal», *Indret*, n.º 4, 2017, pp. 1-31.
- GARCÍA GOLDAR, Mónica: «La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre maltrato psicológico y desheredación: ¿aplicable también en los derechos civiles autonómicos?» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 786, 2021, pp. 2482-2516.
- GÓNZALEZ CARRASCO, M.^a Carmen: «Desheredación por maltrato psicológico», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* n.º 97, 2015, pp. 277-288.
- MUÑOZ CATALÁN, Elisa: «Fundamentos jurídicos del maltrato psicológico «ex iusta causa» para desheredar en la reciente doctrina jurisprudencial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 789, 2022, pp. 491-504.
- ORDÁS ALONSO, Marta: *La desheredación y sus causas. Derecho civil común y civiles forales y especiales*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2021.
- PARRA LUCÁN, M.^a Angeles: «Las legítimas en la propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil», en *Las legítimas y la libertad de testar: perfiles críticos y comparados*, (dirs. F. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada y F. J. Aranguren Urriza; coords. J. P. Murga Fernández y C. Hornero Méndez), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2019, pp. 193-210.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «Doctrina de la DGSJyFP sobre los requisitos de la desheredación», *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 112, 2021, pp. 419-434.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «La necesaria actualización de las causas de desheredación en el Derecho español», *Revista de Derecho Civil*, vol. 8, n.º 3, 2021, pp. 131-165.
- REPRESA POLO María Patricia: «Indignidad y desheredación: Sanciones civiles en el orden sucesorio (al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo del 2 de julio de 2019)», *Revista de derecho privado*, 2020, pp. 93-112.
- SALAS CARCELLER, Antonio: «Sobre la desheredación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2014, N.º 4 (BIB 2014/3659).
- VAQUER ALOY, Antoni: «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria», *Anuario de Derecho Civil*, 2020, pp. 1067-1095.

LISTADO DE JURISPRUDENCIA (en orden descendente)

Tribunal Supremo

- 19.04.2023, M. P. M.^a Angeles Parra Lucán, ECLI: ES: TS:2023/1676.
- 24.05.2022, M. P. M.^a Angeles Parra Lucán, RJ\2022\2747.
- 13.05.2019, M. P. Francisco Javier Orduña Moreno RJ\2019\2212.
- 27.06.2018, M. P. M.^a Angeles Parra Lucán, RJ\2018\3100.
- 30.01.2015, MP: Francisco Javier Orduña Moreno, RJ\2015\639.
- 3.06.2014, MP: Francisco Javier Orduña Moreno, JUR181499.

Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ Galicia, 23.06.2020, JUR 2020\247707.
- STSJ Catalunya, 11.03.2019, RJ 2019\2022.
- STSJ Catalunya, 8.01.2018, RJ 2018\1503.
- STSJ Cataluña, 31.05.2018, RJ 2018\3912.
- STSJ Cataluña, 2.02.2017, RJ 2017\1596.
- STSJ Cataluña, 28.05.2015, RJ 2015\3761.

Audiencias Provinciales

- SAP Ciudad Real, 19.09.2022, JUR\2022\355710.
- SAP Álava, 2.09.2022, JUR\2022\45527.
- SAP Valencia, 2.02.2021, JUR\2021\62540.
- SAP Madrid, 18.06.2020, JUR\2020\259235.
- SAP Badajoz, 20.04.2020, AC\2020\1022.
- SAP Toledo, 19.02.2020, JUR\2020\111210.
- SAP A Coruña, 16.05.2020, JUR\2020\16648.
- SAP Lleida, 19.05.2020, AC\2020\1179.
- SAP Tarragona, 26.03.2020, AC\2020\1007.
- SAP Zaragoza, 19.02. 2020, JUR 2020\227900.
- SAP Asturias, 20.12.2019, JUR\2019\38663.
- SAP Palma de Mallorca, 22.10.2019, JUR 2019\323326.
- SAP A Coruña, 16.05.2019, JUR\2020\16648.
- SAP Guipúzcoa, 19.12.2017, AC\2017\274.
- SAP Córdoba, 14.12.2017, AC\2017\1642..
- SAP Barcelona, 25.04.2017, JUR\2017\267047.
- SAP Barcelona, 19.05.2016, AC\2016\1572.
- SAP Lleida 22.04.2016, AC\2016\946.
- SAP Guipúzcoa, 19.12.2016, AC\2017\274.
- SAP A Coruña 27.11.2014, JUR 2015\79445.

Cuatro Sentencias del Tribunal Supremo sobre la resolución por frustración del fin del contrato: entre la causa y el *aliud pro alio**

ALEJANDRO ARAQUE GARCÍA

Contratado predoctoral FPU de Derecho civil
Universidad de Málaga

RESUMEN

A lo largo del pasado año 2022 el Tribunal Supremo ha dictado cuatro Sentencias, en buena parte paralelas, en las que se enfrenta con la posible resolución de unos contratos de compraventa inmobiliaria a raíz de la alteración sobrevenida de las circunstancias urbanísticas. En todas ellas demandaba la resolución el comprador, una promotora que entendía que la modificación del planeamiento frustraba la finalidad de su adquisición. El Tribunal Supremo falla en todos los casos a su favor, manejando doctrinas tan dispares como la del aliud pro alio, la causalización del contrato o las condiciones tácitas, desechando en cambio la alternativa empleada por alguno de los tribunales de instancia de servirse de la rebus sic stantibus. Según la doctrina de estas Sentencias, si la modificación sobrevenida del planeamiento provoca que no se puedan utilizar las fincas adquiridas para el fin urbanístico previsto, la resolución es posible, debiendo devolverse las cantidades vinculadas al fin que se pagaron, pero no aquellas que parecían funcionalmente constituir una opción de compra futura.

PALABRAS CLAVE

Resolución, causa, imposibilidad, frustración.

* Este comentario es resultado de los proyecto de investigación PID2020-114919GB-I00, «Mecanismos de justicia contractual: causa y buena fe», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y PID2021-124444NB-I00, «Negocios jurídicos Conexos en una economía de mercado», financiado también por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Four Supreme Court rulings on termination due to frustration of the purpose of the contract: between cause and *aliud pro alio*

ABSTRACT

*Over the course of the past year 2022, the Supreme Court has handed down four judgments, largely in parallel, in which it deals with the possible termination of real estate sale and purchase contracts as a result of a supervening alteration of the urban planning circumstances. In all of them, the buyer, a developer who understood that the modification of the planning frustrated the purpose of its acquisition, requested the termination of the contract. The Supreme Court ruled in all cases in its favour, using doctrines as disparate as *aliud pro alio*, the causalisation of the contract or tacit conditions, rejecting the alternative used by some of the lower courts of using *rebus sic stantibus*. According to the doctrine of these rulings, if the supervening modification of the planning causes the acquired properties not to be used for the intended urban development purpose, the termination is possible, and the amounts linked to the purpose that were paid must be returned, but not those that seemed functionally to constitute a purchase option.*

KEYWORDS

Termination, cause, impossibility, frustration

SUMARIO:—I. Planteamiento.—II. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 y 21 de junio, 11 de octubre y 22 de noviembre de 2022. 1. Hechos. 2. Decisión y fundamentos jurídicos en primera y segunda instancia. 3. Recursos extraordinarios por infracción procesal y su eventual estimación. 4. Doctrina sobre resolución por frustración de la finalidad del contrato: ¿*aliud pro alio* o causa? 4.1 Doctrina del *aliud pro alio*. 4.2 Causalización del contrato y ruptura de la base del negocio. 5. Oposición del demandado: la reconvencción. 6. Cuantificación de la restitución y retención de los primeros pagos por los vendedores.—III. Reflexiones finales. Bibliografía. Listado de jurisprudencia.

I. PLANTEAMIENTO

Las Sentencias de Tribunal Supremo 484, 488, 652 y 801/2022, de 15 y 21 de junio, 11 de octubre y 22 de noviembre, respectivamente, abordaron cuatro casos prácticamente idénticos de pérdida

de eficacia del contrato por frustración de su finalidad. En todas ellas las demandas traen causa de la pretensión de resolución instada por la empresa compradora, Portobello Marbella, S.L., frente a los distintos vendedores o sus herederos, y están referidas a diversas fincas del término municipal de Morata de Tajuña. Dicha localidad madrileña comenzó a elaborar a comienzos de siglo su Plan General de Ordenación Urbana (PGOU), pero por circunstancias legales sobrevenidas se ha visto, hasta la actualidad, imposibilitada para proceder a su aprobación definitiva. Los vendedores demandados reconviniéron en todos los casos, exigiendo el cumplimiento de las obligaciones contractuales y el pago de las cantidades pendientes del precio. Las cuatro Sentencias, muy extensas, diversas en su *iter* procesal, pero similares en muchos puntos entre sí, tuvieron como ponente al Magistrado Juan María Díaz Fraile.

A resultas de la previa resolución unilateral por la administración de los convenios urbanísticos que la empresa compradora había suscrito con el ayuntamiento en que se localizaban esos inmuebles, las Sentencias en cuestión aceptan la resolución instada por el comprador de los mencionados contratos de compraventa. El TS parece acumular una serie de argumentos que, aun tendentes todos a la solución resolutoria, parten de puntos distintos, causando cierta confusión. Así, comienza desarrollando la doctrina del *aliud pro alio* para tratar de demostrar la inhabilidad del objeto prestacional para satisfacer la finalidad del contrato, aunque luego desplaza su argumentación hacia la causalización del contrato, que relaciona con la doctrina de la base del negocio. Sin embargo, para desestimar la reconvenición de los demandados parece volver a aquella primera doctrina, ensayando incluso la alternativa de fundamentar la resolución en la existencia de una condición tácita; arsenal argumentativo que aún se ve ampliado por el hecho de que algún tribunal de instancia también optara por la aplicación de la *rebus sic stantibus*.

Causa, *aliud pro alio*, obligaciones condicionales o *rebus* se constituyen así en cuatro vías alternativas para tratar de fundamentar la resolución contractual fruto de una imposibilidad sobrevenida: la falta de aprobación del PGOU por motivos totalmente exógenos a las partes, como fue la modificación de la legislación urbanística de la Comunidad de Madrid. Los presupuestos de cada una de esas alternativas, aunque colateralmente coincidentes, difieren, porque se refieren a la causa, al objeto, a la misma obligación contractual o a las circunstancias que rodean la ejecución del contrato, respectivamente. Con el análisis que sigue pretendo arrojar algo de luz sobre la cuestión, especialmente recogiendo los moti-

vos que utilizan los distintos tribunales de instancia y el Tribunal Supremo para llegar a estas variadas conclusiones. Para su desarrollo, me referiré a las respectivas sentencias como primera, segunda, tercera y cuarta en orden cronológico.

II. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 Y 21 DE JUNIO, 11 DE OCTUBRE Y 22 DE NOVIEMBRE DE 2022

1. HECHOS

Los cuatro casos aquí analizados tienen como punto común, además del demandante (Portobello Marbella, S.L.), el lugar y momento de desarrollo de los hechos: Morata de Tajuña, localidad madrileña de poco menos de ocho mil habitantes, entre los años 2005 y 2006.

Desde unos años atrás, el Ayuntamiento de este municipio había decidido dar un impulso al PGOU siguiendo las instrucciones de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid. Algunos eventos y fechas relevantes a tener en cuenta son: la suscripción definitiva con Portobello de los Convenios Urbanísticos de Planeamiento el 27 de octubre de 2004 y su posterior Adenda el 13 de diciembre del mismo año; la aprobación del Avance del PGOU el 30 de diciembre de 2004, que definía como «urbanizable sectorizado» el suelo que Portobello pretendía adquirir a través de sendos contratos de compraventa¹; y la aprobación inicial del PGOU de Morata de Tajuña por el Pleno del Ayuntamiento el 28 de abril de 2006.

En estas circunstancias la empresa Portobello adquirió al menos cuatro terrenos mediante sendos contratos privados de compraventa firmados los días 8 de junio, 10 de agosto, 25 de agosto de 2005, y 22 de julio de 2006, precedidos, a su vez, por otros tantos contratos llamados de arras (técnicamente, de opción de compra). Las

¹ Dentro del suelo urbanizable, la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid define en su artículo 15.2.b) el «urbanizable sectorizado» como aquel «integrado por los terrenos que el planeamiento general prevea expresamente que deben transformarse en suelo urbano y que, a tales efectos, se dividen en recintos denominados sectores»; definición esta que no ha variado con los posteriores cambios legislativos hasta la actualidad. A pesar de que el sector de terreno que Portobello pretendía adquirir aparecía clasificado en su mayor parte como «suelo no urbanizable común» en el PGOU en formación, el Convenio entre el Ayuntamiento y Portobello recogía el compromiso de caracterizarlo como «urbanizable sectorizado».

condiciones contractuales eran idénticas en todos los casos. En cuanto al precio, se fijaba en veinticuatro euros por metro cuadrado; y su desembolso se dividía en los siguientes plazos: 25 % previa o simultáneamente a la firma del contrato privado de compraventa²; 25 % con la aprobación inicial del PGOU; 25 % con la aprobación provisional del PGOU; y 25 % en el momento del otorgamiento de escritura pública de compraventa, añadiéndose la cláusula de que se abonaría «dentro de los 90 días hábiles siguientes a la fecha en que se produzca la aprobación [...] del PGOU del término de Morata de Tajuña, la cual deberá contener la calificación urbanística de la finca que se adquiere en idéntica calificación a la que consta en el avance de dicho PGOU u otra aceptada por la segunda parte (y a solicitud de esta)» [STS núm. 484/2022, de 15 de junio, F. 1³]. En los contratos se pactaba, además, que las partes vendedoras conservarían la posesión de las respectivas fincas hasta el otorgamiento de la escritura pública y se distribuían los gastos derivados del otorgamiento de la escritura y de la plusvalía.

Los contratos se desarrollaron conforme a lo previsto, al menos en cuanto a su firma en las fechas ya indicadas y la aprobación inicial del PGOU el 28 de abril de 2006, desembolsándose, por tanto, el 50% de los precios totales pactados en cada uno de ellos. Sin embargo, ante la modificación a finales de 2007 del marco legal urbanístico entonces vigente en la Comunidad de Madrid, el Pleno del Ayuntamiento de Morata de Tajuña decidió en enero de 2009 abrir un período de estudio y análisis del contenido de los ajustes que habrían de introducirse en el PGOU. El informe de los técnicos municipales emitido el 11 de febrero de ese año estimaba inviable el cumplimiento de los Convenios y Adenda suscritos al haber cambiado los parámetros urbanísticos por entero, «transformando el sector en otro totalmente diferente al original, [...] en el sistema de gestión, en su tramitación administrativa y en los tiempos necesarios para desarrollarlo y promover su ejecución», [STS núm. 484/2022, de 15 de junio, F.1⁴], y sugería en consecuencia su

² Salvo en el tercer caso –STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 652/2022 de 11 de octubre (RJ 2023/24). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile–, en que hay una prórroga del contrato de opción con el desembolso simultáneo de una parte del precio total (5%), en el resto de contratos el desembolso del primer 25% del precio se dividía en 10% antes de la firma del contrato privado de compraventa y 15% con la firma del mismo.

³ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 484/2022 de 15 de junio (RJ 2022/3489). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

⁴ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 484/2022 de 15 de junio (RJ 2022/3489). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile. Concretamente advertían los técnicos que «el aprovechamiento urbanístico del sector resultante, cuya cuantificación no es posible determinarla actualmente, será diferente al establecido en el PGOU aprobado inicialmente, y la cesión del mismo será del 10% y no del 15%, ya que la modificación introducida en el año 2007 a la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid impide expresamente que esa cesión pueda ser superior al 10%», y añadían, que el sector del PGOU no podrá ajus-

resolución. Por ello, apenas un mes después, el 18 de marzo de 2009, el Pleno del Ayuntamiento decidió en sesión extraordinaria y urgente iniciar expediente de resolución de los Convenios y Adendas, adoptándose definitivamente en sesión del 17 de agosto al amparo de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público; y decidiendo, en consecuencia, la devolución a Portobello de las cantidades desembolsadas (1.760.000 euros).

Hasta el 11 de abril de 2017 no consta, según certificación de la secretaria general del Ayuntamiento de Morata de Tajuña recogida en los hechos, que «con posterioridad a la aprobación inicial del documento de Plan General de Ordenación Urbana, acordada en sesión del Pleno de fecha 28 de abril de 2006, [se hayan] introducido modificaciones ni ajustes en dicho PGOU, estando desde esa fecha paralizada su redacción» [STS núm. 484/2022, de 15 de junio, F.1⁵]. Fue seguramente el transcurso de casi una década de paralización en la tramitación del PGOU, junto con la resolución del Convenio y su Adenda por el Ayuntamiento de Morata de Tajuña, lo que llevó a Portobello a presentar sendas demandas los días 15 y 23 de febrero y 16 de noviembre de 2016, que concluyeron en estas sentencias cuyo análisis centra el objeto del presente trabajo.

2. DECISIÓN Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

En los cuatro casos, pese a la esencial igualdad de los hechos, las Sentencias de primera y segunda instancia optan por una variedad de soluciones, unas favorables y otras contrarias a la resolución, que sólo son objeto de homogenización con las Sentencias del Tribunal Supremo. Además, en el primer, segundo y cuarto caso se pronuncian sobre la naturaleza de la acción ejercitada por Portobello, ya que los demandados habían opuesto la excepción de caducidad por el transcurso de los cuatro años previstos en el artículo 1299 CC. En todos ellos se aclara (y reafirma) que no se trata

tarse al que el Ayuntamiento pactó por «cuestiones sustanciales como la categorización del suelo y el régimen jurídico [...] de aplicación, la imposibilidad de incorporar la Ordenación Pormenorizada a la tramitación del PGOU y la reducción de la edificabilidad». Consideraban, en fin, que los ajustes a introducir eran «máximos, sustanciales y necesarios para la adaptación del sector aprobado inicialmente a los acuerdos adoptados por el Pleno Municipal».

⁵ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 484/2022 de 15 de junio (RJ 2022/3489). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

de una acción rescisoria sino de una acción resolutoria. Vayamos brevemente con el *iter* procesal de cada una de las Sentencias.

En el primer caso, el JPI aborda la interpretación de contrato y concluye que «estamos ante un contrato fuertemente causalizado teniendo en cuenta el criterio establecido por el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 21 de marzo de 2003 y 21 de diciembre de 2009», admitiendo que el 1124 CC no exige como requisito único imprescindible el incumplimiento culpable por una parte, sino también la «frustración de la finalidad contractual causalizada, no imputable a los contratantes» [STS núm. 484/2022, de 15 de junio, F.1⁶]. Además, subraya el carácter unilateral de la resolución del Convenio por el Pleno del Ayuntamiento bajo el amparo de la legislación administrativa, confirmando la frustración del fin contractual porque el suelo adquirido no iba a ser calificado como urbanizable sectorizado dados los acontecimientos transcurridos hasta la fecha.

No obstante, la AP admite el recurso del vendedor-demandado y desarrolla la jurisprudencia de la doctrina de la *rebus sic stantibus*, destacando sus premisas fundamentales, sin obviar el carácter extraordinario de su aplicación dado el principio del artículo 1091 CC: «a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles» [STS núm. 484/2022, de 15 de junio⁷]. La AP cree que el último requisito –la imprevisibilidad como determinante de la alteración de la base del negocio– no se da en este caso, al deducir del carácter profesional de la compradora en el sector urbanístico su conocimiento del «riesgo de la dilación o de la falta de aprobación del Plan que se pretende desarrollar». Además, considera que las partes podrían perfectamente haber previsto explícitamente en el contrato la consecuencia de la resolución si se daban esas circunstancias, causalizando así el negocio, pero nada de eso se recogió ni en el contrato de arras ni en el de compraventa.

En el segundo caso también se estima en primera instancia la demanda de la compradora por considerarse que de la interpretación del contrato se desprende la intención de las partes de condi-

⁶ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 484/2022 de 15 de junio (RJ 2022/3489). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

⁷ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 484/2022 de 15 de junio (RJ 2022/3489). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

cionar la compraventa a la efectiva aprobación del PGOU en los términos suscritos en el Convenio de 2004, lo que finalmente no ocurrió; y, en consecuencia, se declara la resolución contractual *ex* artículo 1123 CC. En apelación, la Audiencia confirma íntegramente la sentencia del órgano *a quo* y mantiene la resolución por incumplimiento de condición (1114 CC) debido a la decisión municipal de modificar la calificación urbanística de la parcela en que se encuentra la finca vendida. Este es el único caso en que las sentencias de ambas instancias son favorables a la resolución del contrato. El argumento sobre el que se apoyan es la condicionalidad del pago del precio a la aprobación sucesiva del PGOU, debiendo tener la finca idéntica calificación a la que constaba en el avance de dicho plan. Según la AP, por tanto, es el incumplimiento de esta condición lo que permite la resolución.

En el tercer caso ocurre la situación inversa a la anterior, puesto que ninguna de las instancias reconoce la facultad de resolver de la compradora Portobello Marbella, S.L. La sentencia de primera instancia es la única de estos cuatro casos en que se desestima la demanda por entender el juez que no se había pactado cláusula de resolución expresa ni se había incumplido por la vendedora ninguna obligación que permitiese a Portobello ejercitar la facultad del 1124 CC. Además, consideraba que precisamente había sido la compradora la que había impedido voluntariamente el cumplimiento de las sucesivas etapas del *iter* contractual al tolerar –sin oponerse– la resolución del Convenio con el Ayuntamiento. La AP confirma íntegramente la anterior sentencia, si bien aclara que el fundamento de la acción resolutoria no reside en el incumplimiento de la vendedora, sino en la alteración de la base del negocio con frustración del contrato. Tras destacar la doctrina y premisas de la doctrina de la *rebus sic stantibus*, niega la posibilidad de acudir a ella por faltar el elemento de la imprevisibilidad de la alteración de las circunstancias. La profesionalidad de la compradora, Portobello Marbella, S.L., que aborda un proyecto como este de enorme envergadura, hace presumir su capacidad para apreciar el riesgo de dilación o la falta de aprobación del PGOU. Por otro lado, la AP considera que nada impedía a las partes haber causalizado el contrato o haber integrado condiciones que les vincularan, previendo también las consecuencias de su falta de cumplimiento.

Por último, en el cuarto caso se estima parcialmente la demanda interpuesta por Portobello en paralelo a la argumentación del segundo caso, considerando el juez que las partes sujetaron el contrato a la consecución de una serie de condiciones e hitos urbanísticos que figuraban expresamente en él y eran, en consecuencia,

conocidos por los vendedores⁸. El cumplimiento íntegro del contrato se demostró imposible, no solo por la resolución del Convenio instada por el Ayuntamiento, sino también por no haberse podido diferir indefinidamente las expectativas de recalificación, dado el número de años transcurridos desde la firma de los contratos. Por tanto, el juez de primera instancia de este caso entiende frustrada la finalidad o causa contractual, estimando la pretensión resolutoria.

En apelación, no obstante, la AP estima el recurso de la vendedora al considerar que el contrato omitía cualquier mención sobre la clasificación del suelo como urbanizable sectorizado –limitándose a una mera remisión al Avance del PGOU– o condición resolutoria que lo supeditase a la aprobación del mismo. Además, recoge como hecho fundamental el que Portobello se aquietara a la resolución del Convenio urbanístico por razones de conveniencia y que en el procedimiento ordinario núm. 1806/2011 sostuviera que no era absolutamente imposible todavía desarrollar el sector. Por ello, desestima la apreciación de frustración de la causa del contrato.

En resumen, de los cuatro pleitos que van a llegar a casación, en tres de ellos (primero, tercero y cuarto) la decisión de la Audiencia es favorable a la parte vendedora y contraria a la resolución, por entender básicamente que no se dan los supuestos de la *rebus* o que el evento era previsible y las partes habían sin embargo renunciado a elevarlo a elemento condicionante del contrato. Sólo en el segundo de los pleitos la Sentencia de la Audiencia es favorable a la resolución instada por la parte compradora. En cualquier caso, haya sido una u otra la decisión de la Audiencia, todas las Sentencias de segunda instancia van a ser objeto de un recurso ante el Tribunal Supremo, cuya intervención va a permitir a la postre homogenizar las soluciones.

3. RECURSOS EXTRAORDINARIOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y SU EVENTUAL ESTIMACIÓN

Todos los casos objeto de examen dan lugar a recurso extraordinario por infracción procesal, interpuesto al amparo

⁸ Respecto al fondo, coincide en admitir la resolución al igual que en el primer y segundo caso. Sin embargo, respecto al pago de los intereses legales de la cantidad a restituir por la vendedora, la sentencia de primera instancia lo limita desde la fecha de interposición de la demanda y no desde el día siguiente a aquel en que se produjo la frustración del contrato –que la compradora fecha el 18 de septiembre de 2009– al no constar requerimiento extrajudicial previo.

del artículo 469.1.2.º LEC, y basado en el artículo 218.1 y 2 LEC; pero mientras que la primera y tercera de las Sentencias del Supremo estiman esos recursos, asumiendo el TS la instancia y dictando nueva sentencia (DF decimosesta, regla séptima, LEC), la segunda y cuarta lo rechazan, pasando a decidir sobre el recurso de casación.

Como introducción a la resolución de esos recursos, el TS recoge la reiterada doctrina jurisprudencial tanto suya como del TC acerca de la necesaria congruencia de las sentencias, que exige «una necesaria correlación entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir» (SSTS núm. 698/2017, de 21 de diciembre; núm. 233/2019, de 23 de abril; núm. 640/2019, de 26 de noviembre; y núm. 31/2020, de 21 de enero⁹). No es necesario, por tanto, que la sentencia conceda exactamente lo pedido por cada parte; pero si concede más (*ultra petita*), se pronuncia sobre extremos al margen de lo pedido (*extra petita*) o deja incontestadas algunas de las pretensiones de las partes (*citra petita*), adolecerá de incongruencia. Como afirma Nieva Fenoll, el fundamento de la congruencia es el principio dispositivo y el respeto debido al derecho de defensa: son las partes las que delimitan los márgenes de decisión del juez¹⁰. En consecuencia, la sentencia será congruente si concede menos de lo pedido (*infra petitem*), salvo que lo fuera respecto a lo admitido por el demandado.

Tanto en el primer como en el tercer caso, el TS reconoce que «la Audiencia ha desenfocado el objeto de la *litis*, delimitado por el *petitum* de la demanda (que se concretaba en la resolución del contrato, no en su revisión), y por la causa de pedir (centrada fundamentalmente en la frustración de la causa del contrato al resultar inviable la finalidad o función económico-jurídica pretendida de ejecutar proyectos de promoción inmobiliaria mediante la urbanización y edificación de los terrenos comprados)» [SSTS núm. 484/2022, de 15 de junio, F. 3; y núm. 652/2022, de 11 de octubre, F. 3¹¹]. El tribunal de apelación tiene, ciertamente, la facultad de aplicar las normas jurídicas pertinentes, sin perjuicio de

⁹ SSTS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 698/2017 de 21 de diciembre (RJ 2017/6043). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yela Torres; núm. 233/2019 de 23 de abril (RJ 2019/1774). Ponente: Excmo. Sra. D.ª. M.ª Ángeles Parra Lucán; núm. 640/2019 de 26 de noviembre (RJ 2019/4929). Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg; y 31/2020 de 21 de enero (RJ 2020/67). Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg).

¹⁰ NIEVA FENOLL, 2022, pp. 292 y ss. Además, considera dudoso fundamentar la congruencia en la prohibición del juez de *non liquet* (art. 1.7 CC) al haberse desbordado por las exigencias del principio dispositivo y del derecho de defensa.

¹¹ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 484/2022 de 15 de junio (RJ 2022/3489). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

lo acertado de su alegación o cita por las partes, con el límite de no alterar lo pedido por las mismas (art. 218.1.2.º LEC). Sin embargo, en estos dos casos optó por recurrir a la doctrina de la *rebus sic stantibus* para resolver la pretensión resolutoria de Portobello, cuando ninguna de las partes la había invocado ni la contradicción del proceso giraba en torno a la misma (SSTS núm.180/2011, de 17 de marzo; núm. 52/2018; de 1 de febrero; y núm. 706/2021, de 19 de octubre¹²). Al alterar, por tanto, la causa de pedir, el TS estima que la Audiencia había incurrido en incongruencia.

En el segundo caso se desestima este recurso extraordinario por infracción procesal además de por la falta del requisito del artículo 469.2 LEC –no solicitar como complemento la subsanación de déficit de pronunciamiento (art. 215 LEC)–, por la confusión de la incongruencia con la falta de motivación (párrafos primero y segundo del art. 218 LEC, respectivamente). El recurrente consideró que la AP omite pronunciamiento expreso sobre (1) la existencia de condición sobre el pago del primer 25 % del importe del precio del contrato, (2) la dependencia exclusiva a la voluntad del demandante del pago de los otros tres 25 % restantes; (3) la clasificación del suelo de la finca vendida; (4) la no frustración del fin del contrato; y (5) la aceptación expresa por el demandante de la clasificación en la que queda finalmente la finca. Sin embargo, el TS afirma que esta sentencia recurrida «no infringe dicho deber de congruencia, no introduce hechos distintos, ni tampoco se manifiesta sobre cuestiones que no hubieran sido debatidas en juicio, y todo ello lo hace con sujeción a las acciones deducidas en la demanda» [STS núm. 488/2022, de 21 de junio, F. 3¹³]. La congruencia, como ya he comentado, se refiere al ajuste del fallo a lo pedido; mientras que la necesaria motivación exige la fundamentación del fallo, tanto fáctica como jurídica, es decir, la *ratio decidendi* del mismo. La exhaustividad no es un elemento de la motivación, ya que basta con que el juez indique los criterios jurídicos seguidos para llegar hasta su decisión (SSTS 29 de abril de 2008, núm. 376/2009, de 22 de mayo; núm. 486/2010 de 9 de mayo; núm. 294/2012, de 18 de mayo; y núm. 774/2014, de 12 de enero de 2015¹⁴).

¹² SSTS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm.180/2011 de 17 de marzo (RJ 2011/2882). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos; núm. 52/2018 de 1 de febrero (RJ 2018/312). Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas; y núm. 706/2021, de 19 de octubre (RJ 2021/4847). Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

¹³ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 488/2022 de 21 de junio (RJ 2022/3044). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

¹⁴ SSTS 29 de abril de 2008 (RJ 2008/1993). Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller; núm. 376/2009 de 22 de mayo de 2009 (RJ 2009/3034). Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana; núm. 486/2010 de 9 de julio (RJ 2010/6032). Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.; núm. 294/2012 de 18 de mayo (RJ 2012/6358).

En el cuarto caso se recurre la sentencia por considerarla «huérfan[a] de sustento probatorio alguno y con una afirmación apodíctica [que] se aparta de la conclusión del Juzgado, y priva de valor a la declaración testifical que sirvió de base importante de la sentencia de primer grado, sin ofrecer una valoración diferente de los medios de prueba articulados sobre el hecho de los diferentes precios del suelo» [STS núm. 801/2022, de 22 de noviembre, F. 2¹⁵]. El recurrente relaciona así la valoración probatoria con la motivación de las sentencias, si bien, como señala el Supremo, son conceptos que deben distinguirse (SSTS núm. 204/2010, de 7 de abril; núm. 306/2011, de 6 de mayo; y núm. 635/2012, de 2 de noviembre¹⁶). A juicio del Tribunal Supremo, los tres motivos por los que la AP rechaza las conclusiones de la primera instancia, al margen de su acierto o desacierto, no suponen una infracción del deber de motivación porque le llevan a la convicción manifestada en su fallo¹⁷. Por tanto, desestima el recurso.

4. DOCTRINA SOBRE RESOLUCIÓN POR FRUSTRACIÓN DE LA FINALIDAD DEL CONTRATO: ¿*ALIUD PRO ALIO* O CAUSA?

Conviene quizá comenzar este apartado mencionando los motivos de casación alegados por la defensa de Portobello y que orientan, en cierto modo, la respuesta dada por el Tribunal Supremo. Fundamentalmente son tres las infracciones que imputa a las distintas Secciones de la AP de Madrid, referidas a la doctrina jurisprudencial de la frustración de la causa contractual (relacionada a su vez con la desaparición de la base del negocio jurídico), a la doctrina de las condiciones tácitas (art. 1117 CC en relación al artículo 1114 CC) y a la alteración de los términos del contrato al

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno; y núm. 774/2014 de 12 de enero de 2015 (RJ 2015/443). Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

¹⁵ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 801/2022 de 22 de noviembre (RJ 2022/5446). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

¹⁶ SSTS núm. 204/2010 de 7 de abril (RJ 2010/2546). Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel; núm. 306/2011 de 6 de mayo (RJ 2011/2843). Ponente: Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías; y núm. 635/2012, de 2 de noviembre (RJ 2012/10422). Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. *Vid.* Nieva Fenoll, 2022, pp. 284 y ss.

¹⁷ En particular, estos argumentos son: (1) el apoyo de la decisión del JPI en un acta notarial que recogía las manifestaciones del encargado de gestionar la adquisición de los terrenos; (2) el carácter irreal del precio de venta de los terrenos motivado por el interés en la posible clasificación como urbanizable del sector en que se encontraban; y (3) la falta de presentación por la actora de documentos de adquisición de otros terrenos con un precio distinto o más bajo.

estimar la reconvencción de los distintos vendedores. En el recurso de casación que habría de dar lugar a la cuarta Sentencia del Supremo, la defensa de Portobello «innova» en los motivos de casación, añadiendo la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de los contratos, la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de los mismos, los actos propios, la frustración de la causa contractual y la distribución del riesgo contractual, respectivamente.

Al asumir la instancia tras las estimación de los recursos extraordinarios por infracción procesal, o al examinar los recursos de casación, según proceda en uno u otro caso, el TS reconoce que la controversia central en los referidos pleitos gira sobre si existe causa suficiente para declarar la resolución de los respectivos contratos litigiosos por frustración de su finalidad, considerando fundamental partir de la jurisprudencia de resolución de contratos conexos con posteriores desarrollos urbanísticos. Ahora bien, parece dar una respuesta mediante dos vías distintas, la doctrina del *aliud pro alio* y la causalización del contrato, optando por acumularlas.

4.1 Doctrina del *aliud pro alio*

Como es bien sabido, esta doctrina surgió como un modo de superar la aparente restricción que para el empleo de la resolución entraña la existencia del remedio específico de vicios ocultos en la compraventa. A juicio del TS, cuando la cosa vendida se vea afectada por defectos graves o esenciales, los vicios darían lugar a la entrega de una cosa diversa a lo pactado (*aliud pro alio*): en estos casos, la inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió producirá la insatisfacción del comprador y abrirá la puerta al remedio resolutorio (SSTS núm. 1023/2000, de 16 noviembre; y núm. 793/2012, de 21 de diciembre¹⁸). Este efecto se neutralizará, excepcionalmente, si el comprador asumió las posibles consecuencias de recibir algo inhábil para el fin por el que se contrató o ello se desprende de la asignación del riesgo derivado del contrato¹⁹.

¹⁸ SSTS núm. 1023/2000 de 16 noviembre (RJ 2000/9598). Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda; y núm. 793/2012, de 21 de diciembre (RJ 2013/1254). Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. Sobre la relación entre la doctrina del *aliud pro alio* y la resolución, RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 177 ss.

¹⁹ El carácter profesional del adquirente o la ausencia en la regulación contractual de condiciones o previsiones relacionadas con la tramitación o situación urbanística de la finca se han entendido como circunstancias que permiten entender asumido contractual-

Esta doctrina, inicialmente utilizada para casos de defectos materiales, ha ido siendo progresivamente aplicada a supuestos de vicios jurídicos de la cosa, como refleja una jurisprudencia de que dan cuenta las cuatro Sentencias comentadas y que ellas mismas compendian e invocan. Varias de ellas declaran que «la doctrina jurisprudencial reseñada, partiendo de que la entrega de un objeto inhábil para su destino natural o pactado constituye un supuesto que legitima la resolución, ha tenido un particular ámbito de aplicación en supuestos de incumplimiento por imposibilidad sobrevenida a consecuencia de la denegación de las necesarias licencias administrativas u otros impedimentos urbanísticos, al margen de cualquier imputación de culpabilidad (incluso en el caso de que la posterior obtención de licencia no conste expresamente en el contrato, si su falta constituye una finalidad frustrante de la finalidad negocial implícitamente convenida)» [STS núm. 484/2022, de 15 de junio, F. 6; STS núm. 652/2022, de 11 de octubre, F. 6; STS núm. 801/2022, de 22 de noviembre, F. 5]. Precizando a la vez el Tribunal Supremo que sólo puede entenderse como incumplimiento la falta de obtención de un permiso administrativo cuando se desprende naturalmente del contenido del contrato que su celebración se supeditó a su adquisición como circunstancia esencial (STS núm. 706/2012, de 20 de noviembre, citada por las Sentencias objeto de comentario y que compendia la doctrina anterior de otras como las de 6 y 11 de noviembre de 2003²⁰).

4.2 Causalización del contrato y ruptura de la base del negocio

Paralela y cumulativamente al desarrollo de la teoría anterior, el TS recoge la doctrina de la ruptura de la base del negocio, de «resultados convergentes», que se apoya en la necesaria equivalencia de las prestaciones en relación con el móvil que llevó a las partes a contratar. Consiste «del lado subjetivo, en una determinada representación común de las partes o aquello que esperan los intervinientes en el negocio y que les ha determinado a concluir el con-

mente el riesgo de entrega de *aliud pro alio* (STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 226/2013 de 12 de abril (RJ 2013/7415). Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno), sin perjuicio de que circunstancias como el desconocimiento *ab initio* de la ilegalidad o impedimentos urbanísticos de la finca, o el aleas o la incertidumbre sobre el resultado de una recalificación de los terrenos, permitan descartar su aplicación (STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 488/2022 de 15 de junio (RJ 2022/3489). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile, F.6)

²⁰ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 706/2012 de 20 de noviembre (RJ 2013/905). Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

trato; y del lado objetivo, en la circunstancia cuya existencia o subsistencia sea objetivamente necesaria para que el contrato—según el significado de las intenciones de ambas partes— pueda mantenerse como una regulación con sentido» (STS núm. 484/2022, de 15 de junio, F. 6.3, con cita de la STS núm. 514/2010, de 21 de julio²¹)²².

Al desarrollo de este apartado dedica el TS la mayor parte de las extensas sentencias objeto de estudio. Considera fundamental interpretar el contrato en orden a identificar su efectiva causalización respecto al destino urbanístico de las fincas. Cree indubitado que el contrato vincula los sucesivos desembolsos a la aprobación inicial, provisional y definitiva del PGOU basándose en dos hechos: la conservación de la posesión de las fincas por sus respectivos vendedores hasta el otorgamiento de escritura pública; y la fijación de este otorgamiento —simultáneo al último pago— con la aprobación definitiva del PGOU.

El Supremo recoge y sigue así la doctrina de la STS núm. 706/2012, de 20 de noviembre²³ en la que no solo atendió al mero objeto físico para determinar el objeto del contrato, sino al volumen de edificabilidad que conforme a la catalogación urbanística tenía. También se apoya en su precedente, la STS núm. 417/1995, de 8 de mayo²⁴, que le permitió reconocer la vinculación de «la doctrina de la imposibilidad (en ese caso por no poder obtener una licencia urbanística) con la de la frustración de la finalidad negocial y con la motivación causal implícitamente

²¹ SSTS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 514/2010 de 21 de julio (RJ 2010/3897). Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller; y núm. 484/2022 de 15 de junio (RJ 2022/3489). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile. Algunos preceptos en los que el TS considera presente este principio son el de la donación inoficiosa porque se tengan después herederos legitimarios (art. 644 CC), la aceptación de una herencia en la que apareciese después un testamento no conocido (art. 997 CC) o la repudiación de la herencia a título intestado sin noticia de ser heredero testamentario (art. 1009 CC). El TS reproduce aquí el desarrollo de Larenz sobre la base subjetiva y objetiva del negocio y los ejemplos de su aplicación en nuestro Derecho recogidos por DE CASTRO, 1985, pp. 323 y 325. Este autor considera el uso de la teoría de la base del negocio en sistemas como el anglosajón o el alemán como una especie de salvavidas (literalmente, un «disfraz») para evitar que el sistema se «convierta en un mecanismo inhumano que rechace como incompatible con su automatismo las consideraciones de la buena fe y del sentido de lo adecuado y justo».

²² En el desarrollo de esta doctrina de la ruptura de la base del negocio, el TS parece relacionarla velada e indirectamente con la de la *rebus sic stantibus*, pese a advertir la excepcionalidad de esta última «*dado el principio general favorable a la invariabilidad del contenido pactado (artículo 1255 CC)*» (STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 514/2010 de 21 de julio (RJ 2010/3897). Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, F.2). Admite que la ruptura del fundamento que llevó a las partes a contratar permite al afectado solicitar la modificación del contrato o incluso su resolución, aunque se refiere a la causa —a su necesaria presencia tanto en el momento inicial de la formación del contrato como durante su ejecución, y su ausencia sobrevenida— para justificar este argumento.

²³ SSTS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 706/2012 de 20 de noviembre (RJ 2013/905). Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

²⁴ STS, Sala de lo Civil, de 8 mayo de 1995 (RJ 1995/3940). Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

pactadas (“eventualidad frustrante de la finalidad negocial implícitamente convenida y hasta de la motivación causal para la compradora”)).».

5. OPOSICIÓN DEL DEMANDADO: LA RECONVENCIÓN

Frente a los distintos argumentos dirigidos a obtener la resolución, los vendedores-demandados se defienden tratando de demostrar la participación-connivencia de Portobello en la resolución de los Convenios urbanísticos a través de una posición más bien pasiva en el expediente de resolución. La compradora-demandante alega la imposibilidad sobrevenida ya desarrollada, pero los demandados consideran que de ella dependía subsanar la situación de imposibilidad transitoria gracias a los derechos que la Ley del Suelo madrileña le reconocía (arts. 21 y 22). No creen, por tanto, que dicha imposibilidad se debiera a elementos exógenos a las partes, sino que, más bien, fue Portobello la que facilitó su causación.

El TS, sin embargo, declara incorrecto dicho planteamiento y divide la argumentación en dos para refutar tanto la supuesta capacidad de la compradora-propietaria para intervenir y lograr la aprobación del PGOU, como su aparente conformidad con la resolución del Convenio de 2004 por el Ayuntamiento. Por un lado, el Supremo precisa que lo legalmente reconocido a los propietarios de suelo urbanizable no sectorizado es una facultad de promover la actividad de planeamiento. La potestad para impulsar, elaborar, formular, etc. dicho planteamiento, sin embargo, no pertenece a los sujetos privados, sino que es una potestad pública. Ciertamente, a estos se les reconoce capacidad de formular iniciativas y propuestas e intervenir mediante sugerencias y alegaciones, aunque con la limitación de «en ningún caso genera[n] derecho a obtener su aprobación o estimación, pero sí a un pronunciamiento motivado sobre las mismas» (art. 5.4). Además, el TS subraya el carácter unilateral de la resolución promovida por el Ayuntamiento, apoyándose en parte de las declaraciones del alcalde en el Pleno del 18 de marzo de 2009 sobre la efectiva imposibilidad de que el Convenio y la Adenda se cumplieran. Conociendo el Ayuntamiento que disponían de un dinero ajeno que no le correspondía tener, conforme al *ius variandi*, procedió a la resolución del contrato y consiguiente restitución del precio.

El Supremo tampoco pasa por alto el silencio de Portobello ante esos hechos (ya que podía haber impugnado el procedimiento resolutorio administrativa y judicialmente durante o después de su

tramitación), pero precisa que esta circunstancia no convierte la resolución unilateral en una de mutuo acuerdo; ni tampoco considera que pueda reprocharse a la compradora el ejercicio por el Ayuntamiento de una prerrogativa legal de las Administraciones públicas, como es el ejercicio del *ius variandi*. Remitiéndose, de nuevo, a la explicación del alcalde en el Pleno del 18 de marzo de 2009, indica el Supremo que el limitado margen de actuación para Portobello constituía una dificultad objetiva para que cualquier impugnación de la decisión municipal prosperara, y se apoya, para avalarlo, en la jurisprudencia de la Sala Tercera²⁵.

Respecto a la reconvencción que realizan todos los demandados exigiendo el cumplimiento de los contratos de compraventa, el TS dedica la última parte de las sentencias a concretar los motivos de su desestimación. Así, aunque ya el carácter antitético de las pretensiones del demandante y demandado implica necesariamente que la estimación de la primera conlleve la desestimación de la segunda, al ser manifiesta su incompatibilidad²⁶, el TS opta por ahondar en la fundamentación de la desestimación, recurriendo a la doctrina de las obligaciones condicionales.

Como bien señala el Supremo, frente a las obligaciones exigibles inmediatamente por no haberse señalado plazo (1113 CC), las obligaciones a término o sujetas a plazo tienen su eficacia suspendida temporalmente, es decir, su ejercicio y exigibilidad están aplazadas. En este caso existiría –siguiendo este hilo argumental– una obligación a plazo que impediría al titular exigir la realización de la prestación hasta que llegara el día cierto (1125.1 CC). No obstante, como la recalificación urbanística de los terrenos depende de hechos con un alto componente de incertidumbre (al intervenir tantos elementos ajenos a las partes), el trato legal que le corresponde al término es el de una condición (1125.3 CC).

²⁵ SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 14 febrero de 2007 (RJ 2007/4214). Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez; de 24 octubre 2007 (recurso 6578/03); 31 de octubre de 2007 (recurso 6498/03); y 2 de marzo de 2011 (recurso 5989/06). Fundamentalmente la Sala Tercera constata que el ejercicio del *ius variandi* de la Administración urbanística en la ordenación del suelo es materia de ejercicio discrecional, que no arbitrario, con la observancia de los principios de objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y sometimiento pleno a la ley y al Derecho del artículo 103 CE. Para el éxito de la impugnación de una decisión de este tipo, la actividad probatoria debe acreditar suficientemente que la Administración ha «incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a los que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jurídicas, o con desviación de poder, o por falta de motivación en la toma de sus decisiones» (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 14 febrero 2007 (RJ 2007/4214). Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, F.3).

²⁶ Resolución y devolución de las cantidades abonadas vs. exigibilidad de las obligaciones del contrato y pago de las cantidades pendientes.

Por tanto, condición (tácita) ésta, a la que se habrían sujetado las partes y que se incumple por la modificación de la legislación urbanística de la Comunidad de Madrid. El transcurso de más de diez años desde la firma del contrato y más de ocho desde la resolución del Convenio²⁷, afirma el Supremo, siguiendo a los tribunales de instancia, prueba que la tramitación del procedimiento de aprobación del PGOU no puede producirse. En consecuencia, el carácter definitivo de la imposibilidad sobrevenida permite apoyar la resolución como remedio para satisfacer el interés lesionado de la compradora²⁸.

6. CUANTIFICACIÓN DE LA RESTITUCIÓN Y RETENCIÓN DE LOS PRIMEROS PAGOS POR LOS VENDEDORES

La última parte de las sentencias las dedica el TS, como consecuencia de la declaración de la resolución de los contratos, a la cuantificación de la parte del precio a devolver por los respectivos vendedores conforme al artículo 1303 CC en relación al 1124 CC, señalando que lo relevante es la devolución de las prestaciones recibidas con anterioridad del comprador, al tener la resolución carácter extintivo o liberatorio respecto a las obligaciones pendientes y no ejecutadas; y restitutorio respecto a las realizadas²⁹.

Considera el TS que la integridad de la restitución se debe manifestar en un doble sentido. Primero, descartando cualquier tinte resarcitorio por dolo o culpa (1101 CC) porque la resolución procede de una imposibilidad sobrevenida (1184 CC) que ha

²⁷ En el momento en el que el TS resuelve, habían transcurrido más de dieciséis años desde la firma del contrato y casi trece desde la resolución del Convenio.

²⁸ El Tribunal Supremo critica en el primer caso la solución adoptada por la AP porque, pese a constatar la frustración de la finalidad del contrato, debiendo aplicar la regla del artículo 1125.3 CC y considerar incumplida la condición, «declara la desaparición del plazo y la exigibilidad de la obligación, lo que carece de amparo legal» (STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 484/2022 de 15 de junio (RJ 2022/3489). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile, F.7).

²⁹ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 380/2010 de 22 de junio (RJ 2010/4901). Ponente: Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías. PANTALEÓN, 1993, p. 1734, advierte que la resolución «no produce el efecto de extinguir retroactivamente el contrato como si nunca hubiera existido». RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 158, por ello, apoyándose en la compatibilidad de los remedios resolutorio e indemnizatorio y en la pervivencia de ciertas previsiones contractuales pese a la resolución prefiere hablar de «eficacia contractual alternativa» (o «eficacia transformadora del contrato», en RODRÍGUEZ-ROSADO, 2022, pp. 999 y ss.) con la consecuencia cierta de la extinción de las obligaciones contractuales primarias y los deberes de prestación y el nacimiento de un deber de restitución. «El contrato y la relación jurídica contractual no se extinguen, ni devienen ineficaces, sino que se transforman en una relación que obliga a la restitución de las prestaciones realizadas», mientras que otras estipulaciones contractuales como las previstas para conflictos, cláusulas penales, Derecho aplicable, etc., seguirán en vigor.

frustrado el fin de los contratos. Y, segundo, más importante aún según subraya, la restitución se vincula a unos desembolsos patrimoniales realizados en ejecución de un contrato ahora declarado resuelto y que carecen, por las razones dadas, de causa o fundamento jurídico alguno. En concreto, OU de Morata de Tajuña. Pero no procede, en cambio, respecto de las cantidades entregadas con la firma del contrato de opción y el contrato privado de compraventa, pues entiende el Supremo que dichos negocios primeros no quedaron supeditados en modo alguno al devenir urbanístico de las fincas.

El TS considera en efecto que «los pagos realizados con ocasión de la firma de los contratos privados de “arras” y de “compraventa”, al margen del *nomen iuris*, se configuraban como pagos de la prima que retribuía el citado derecho de opción» (STS núm. 484/2022, de 15 de junio, F. 6.8.3³⁰). Y se preocupa de demostrarlo con hasta cinco motivos en los que, a su juicio, se manifiesta ese carácter definitivo y no condicionado que se atribuye a la opción y a la compraventa privada, y que impiden la restitución. Así, en primer lugar, a juicio del Tribunal Supremo la cláusula del contrato de arras que permitía a la adquirente medir la superficie exacta de la finca constata el «vencimiento del ejercicio de la opción». En segundo lugar, las circunstancias del diferimiento del otorgamiento de escritura pública hasta después de la aprobación definitiva y la retención de la posesión de la finca por el vendedor permiten considerar los pagos como retribución de la citada opción, sin perjuicio de su imputación al pago del precio de compra en el caso de consumarse la operación. En tercer y cuarto lugar, según los artículos 1284 y 1288 CC debe elegirse el sentido de la cláusula contractual más adecuado para que produzca efectos, evitando a la vez que su falta de claridad favorezca a quien la ha ocasionado (en nuestro caso, el comprador que redactó los contratos). Y, finalmente, se remarca el carácter profesional de la compradora y la ausencia en el texto contractual de evento alguno condicionante del pago de esas cantidades respecto al desarrollo urbanístico del sector y sus posibilidades edificatorias.

Por tanto, dentro del pago realizado por Portobello Marbella S.L., el Supremo distingue lo que correspondería a un verdadero contrato de opción –llamado por las partes contratos privados de «arras» y «compraventa»–, de lo que formaría parte del contrato de compraventa, vinculado a las sucesivas etapas de aprobación del PGOU. La restitución debe limitarse a lo que, estando vinculado a la causa nego-

³⁰ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 484/2022 de 15 de junio (RJ 2022/3489). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

cial, se ha frustrado por la imposibilidad sobrevenida ajena a las partes; esto es, la clasificación y desarrollo urbanístico del sector en que se ubicaba la finca y sus posibilidades edificatorias pactadas en los contratos. Las cantidades abonadas que no se vincularon a la aprobación del PGOU, considera el Tribunal Supremo, deben quedar excluidas de restitución, ya que respecto a ellas los compradores asumían el riesgo de que la venta fuese finalmente inhábil para la finalidad pretendida.

III. REFLEXIONES FINALES

Mediante las cuatro Sentencias objeto de este comentario, el Tribunal Supremo ha ofrecido un tratamiento completo y unitario a un caso particular, pero quizá paradigmático, de frustración sobrevenida del fin del contrato: el producido cuando, con posterioridad a la compraventa de unos terrenos destinados a la edificación, se altera el planeamiento urbanístico. El Tribunal Supremo, realizando una labor de acopio de precedentes jurisprudenciales, homogeneiza la dispar respuesta dada por los distintos tribunales de instancia en cada uno de los cuatro casos tratados, apoyándose en dos doctrinas que considera en cierto modo complementarias: la del *aliud pro alio*, por un lado, relativa más bien al objeto de la prestación, y, la de la base del negocio y la causalización del contrato, referidas a la causa.

El TS invoca la doctrina del *aliud pro alio* porque entiende que la alteración urbanística entraña una modificación tal del objeto que lo vuelve inhábil para el destino concebido contractualmente por las partes. Así, la modificación sobrevenida del planeamiento previsto en los Convenios urbanísticos firmados por el comprador transformaría las fincas en un *aliud* que no permitiría satisfacer la finalidad contractual. Esta doctrina aparecía ya en la STS núm. 258/2013, de 24 de abril, que expresamente afirma que «es necesario determinar cuál es el objeto del contrato (art. 1271 CC), y este no son solo las fincas adquiridas, sino también la catalogación de las mismas, mencionado expresamente en el contrato. Por ello, en éste, se subordina el otorgamiento de la escritura a la aprobación definitiva del Plan [...], es decir, el volumen de edificabilidad no era una cuestión intrascendente» [F.3]³¹. El Supremo enten-

³¹ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 258/2013 de 24 de abril (RJ 2013/3388). Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. En idéntico sentido, las sentencias que comenta DE VERDA Y BEAMONTE, 1999, pp. 1223 y ss., declaran que un inmueble

dió, en la línea de la AP, que las partes pactaron como objeto del contrato las fincas con el estatus jurídico-urbanístico que gozaban al tiempo de la firma. Al estar finalmente ubicadas en un sector con el volumen de edificabilidad inferior al previsto en el contrato, existía una imposibilidad para los vendedores de entregar las fincas en los términos pactados y el Supremo concluyó que se produjo una frustración del contrato.

El TS se sirve también de la doctrina de la causalización del contrato, aunque en cierto modo entreverada con la de ruptura de la base del negocio. Sitúa su antecedente fundamental en la STS núm. 514/2010, de 21 de julio³², que trata de un caso muy similar a estas cuatro sentencias. Tras referirse a la ruptura de la base del negocio en los términos ya reproducidos más arriba³³, afirma rotundamente que «la causa no sólo ha de estar presente en el momento inicial de la formación del contrato sino que ha de acompañarle igualmente durante su ejecución y así la ausencia sobrevinida de causa permite al contratante afectado solicitar la modificación del contrato o incluso su resolución» [STS núm. 514/2010, de 21 de julio³⁴]. De ahí que confirme la resolución y su consecuencia –la restitución de las cantidades entregadas– como posible solución a los casos de desaparición sobrevinida de la causa por el papel fundamental que este elemento ha de jugar no ya en el nacimiento sino en la vida del contrato.

Por tanto, lo que resulta quizá más peculiar desde el punto de vista jurídico de las Sentencias analizadas es que llegan a la resolución empleando dos caminos diversos –tres, si se dota de auto-

vendido con vinculaciones urbanísticas «comporta un caso de *aliud pro alio*, que facultará al comprador para ejercitar las acciones generales de cumplimiento, y, en particular, la resolutoria del contrato». Según el autor, el Supremo sigue así una concepción funcional del *aliud pro alio*, pero duda de que la entrega de un inmueble con limitaciones urbanísticas desconocidas por el comprador comporte un caso así, debiendo limitar su uso para las cosas genéricas compradas. En ellas, las cualidades presupuestas presentan una virtualidad individualizadora del objeto del contrato y su ausencia supondrá, en consecuencia, la alteración de la esencia misma de la cosa debida. Por el contrario, en las cosas específicas las cualidades tienen una virtualidad caracterizadora, es decir, afectan al modo de ser de la cosa pero no a su sustancia. No obstante, considera que de ello se deduce la imposibilidad de ejercitar las acciones generales de incumplimiento contractual, limitándose las opciones del acreedor a la acción de anulación por dolo o error, la rescisoria, la de responsabilidad precontractual y las edilicias. Más recientemente, ÁLVAREZ MORENO, 2016, p. 124, también recurre al concepto de *aliud pro alio* funcional para referirse al incumplimiento esencial que supone la carencia de licencia de primera ocupación. Su obtención es «requisito previo e imprescindible para poder cumplir la obligación esencial de entregar la cosa objeto de compraventa en las condiciones adecuadas para que pueda destinarse a su finalidad primordial, cual es servir de vivienda al adquirente».

³² STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 514/2010 de 21 de julio (RJ 2010/3897). Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

³³ *Vid.* apdo. 4.2.

³⁴ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 514/2010 de 21 de julio (RJ 2010/3897). Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

mía a la base del negocio—. Si a esas doctrinas se suman otras que luego al final se rechazan, pero que son empleadas por los tribunales de instancia, como la de la *rebus* y las condiciones tácitas, se ve que existe una pluralidad de instituciones, cada una con sus requisitos propios, que conducen al mismo resultado. El hecho de combinar doctrinas no es nuevo en la jurisprudencia del Supremo, sino que constituye un problema que se viene arrastrando desde hace varias décadas, como prueban las obras que tratan esta materia³⁵. Parece necesario decir algo sobre la posible adecuación de esta diversidad de alternativas a los casos enjuiciados.

La doctrina del *aliud pro alio* no parece plenamente aplicable al caso: no puede olvidarse que dicha doctrina se desarrolla para casos en que al vendedor puede imputarse una responsabilidad, no compartida con la otra parte, en el hecho o al menos en el conocimiento de la ineptitud de la prestación. En este caso, tanto los respectivos vendedores como la compradora Portobello Marbella, S.L., conocían el panorama urbanístico y su incertidumbre inherente, de ahí que vincularan los sucesivos desembolsos monetarios con la aprobación de las distintas fases del PGOU. No es el incumplimiento esencial del contrato por entrega de un *aliud* lo que permite la resolución; es la imposibilidad sobrevenida para cumplir con estos pasos -por el transcurso de tantos años- la que provoca la frustración del fin del contrato y justifica la resolución. Ya la STS núm. 706/2012, de 20 de noviembre [F.3]³⁶, para un caso similar, aclaraba que la doctrina del *aliud* «no resulta de exacta aplicación al caso [...] ya que ambas partes estaban en la misma situación de conocimiento respecto de la situación urbanística de la finca para comprender que los efectos del contrato [...] solo podrían tener lugar en el caso de que efectivamente el Ayuntamiento culminara la aprobación de la normativa urbanística que permitiría la edificación sobre el terreno». Lo que efectivamente constató el Supremo en este caso fue una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento para ambas partes: la vendedora, para entregar con las condiciones urbanísticas previstas en el contrato y que se integraron en la causa del mismo para la otra parte contratante; y, la compradora, en cuanto que no podría entregar la edificación a que se había comprometido como parte de la contraprestación. Imposibilidad no

³⁵ En particular, *vid.* GARCÍA CARACUEL, 2014, pp. 63 y ss., se hace eco de distintas soluciones a la alteración sobrevenida de las circunstancias y, distinguiéndolas por su origen, las analiza pormenorizadamente. También el resto de referencias doctrinales citadas a lo largo de este comentario hacen referencia a esta cuestión en mayor o menor medida.

³⁶ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 706/2012 de 20 de noviembre (RJ 2013/905). Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

imputable que lleva al incumplimiento que frustra el fin del contrato, permitiendo la resolución³⁷.

Por su parte, la argumentación basada en la causa sí parece adecuada para los problemas enfrentados, aunque hay que reconocer que encuentra un escollo a la hora de diferenciar ese elemento de los motivos empíricos tenidos en cuenta por las partes a la hora de contratar –jurídicamente irrelevantes, al menos *a priori*–. Díez-Picazo y Gullón ya destacaron la dificultad de determinar qué propósitos del querer interno de las partes poseerían la cualidad de causa³⁸. Los efectivamente tenidos en cuenta por ambas –integrándose en el contrato– constituirán lo que jurisprudencialmente se ha llamado «*motivos causalizados*», en torno a los que existe cierta polémica doctrinal sobre si forman parte de la causa o más bien del consentimiento³⁹. De Castro los denominó «causa concreta», a la vez que percibió un cierto prejuicio doctrinal en limitar la causa al momento de nacimiento del negocio jurídico, «especialmente para las relaciones jurídicas de larga e indeterminada duración»⁴⁰.

³⁷ Como ya indicaba el profesor PANTALEÓN, 1993, pp. 1732-1733, «la imputabilidad al deudor de la falta de cumplimiento no es y debe seguir sin ser [...] elemento del supuesto de hecho de la resolución del contrato».

³⁸ Díez-Picazo y Gullón, 2019, p. 38. Estos autores se apoyan en alguna jurisprudencia del TS para demostrar la posibilidad de que los móviles particulares tengan trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad.

³⁹ Así, De Pablo Contreras, 2018, pp. 360-361, que considera el consentimiento como el elemento contractual relevante porque son las partes las que directa o indirectamente elevan los motivos a la categoría de condición del contrato y debe recibir el tratamiento de esta determinación de la voluntad. Recoge la teoría de la presuposición de Windscheid que acaba reconduciendo la cuestión al régimen de las verdaderas condiciones; y como una objetivación de esta doctrina, la teoría de la base del negocio, que hace referencia a situaciones cuya existencia o mantenimiento se tienen en cuenta al contratar subjetivamente como motivos que afectan al consentimiento y reconduciéndose a la proposición; o considerados de otra manera, relacionándose con el desenvolvimiento futuro del contrato y no con la causa, entendida como un elemento inicial y constitutivo. Según Lacruz, 1987, p. 171 cuando dichas circunstancias presentes o pretéritas hayan sido contempladas por las partes erigiéndose en condiciones para celebrar el contrato, su fallo dará lugar a la anulación del negocio *ex* artículo 1266 CC. Este autor añade también la frustración del contrato como concepto acuñado de la doctrina inglesa dentro de uno más amplio de imposibilidad de cumplimiento e identifica la STS de 10 de octubre de 1980 como la primera que utiliza este término en un caso muy similar a los aquí analizados sobre resolución por denegación de licencia municipal de apertura de negocio (p. 173). Morales Moreno, 1988, pp. 144 y ss., en parecido sentido, considera que la falsedad de la causa a la que hace referencia el artículo 1301 CC parece más apuntar al error en los motivos. Así, explica que «la expresión causa falsa no supone carencia del contrato {art. 1261.n).3}. El Código utiliza aquí en un sentido diferente la voz «causa» [...] El artículo 1301 del Código no nos explica el sentido con que utiliza la expresión». La diferencia entre error y falsa causa, a juicio del autor vendría dada por la alusión de aquel a los «elementos intrínsecos a la organización de intereses que establece el contrato» (objeto o cualidades de la persona); y «a [los] elementos extrínsecos a esa organización» de esta. En consecuencia, el error podría apreciarse mediante criterios implícitos, mientras que la causa falsa exigiría un pacto especial de incorporación.

⁴⁰ De Castro, 1985, p. 109 y, diferenciándola del mero móvil individual, p. 189. Justifica este prejuicio por la identificación de la causa como requisito para la existencia del contrato *ex* artículo 1261 CC (p. 313). De Pablo Contreras, 2018, p. 357; y Díez-

Según este autor también, una recta comprensión de este concepto permitirá afirmar la imposibilidad de ruptura de la conexión entre la causa y los motivos; y que, ante la frustración del propósito concreto del negocio, las partes podrían solicitar la adaptación o declaración judicial de resolución del contrato. Para de Castro, por tanto, la llamada «causa concreta» no es requisito de existencia del negocio aunque «puede determinar la invalidez (ilicitud) o la impugnación (vicio) del mismo»⁴¹.

Por lo que se refiere a la argumentación basada en la teoría de la base del negocio, ya de Castro consideraba dicha teoría superflua en nuestro país, y su empleo, inocuo. En el Derecho alemán sí creía que suplía la insuficiencia que en ese sistema provocaba la inexistencia de la causa, sin perjuicio de la «oscuridad y confusión propios de una figura extraña y hasta contraria al sistema del Código civil alemán»; pero, respecto a nuestro ordenamiento, entendía que la incorporación de esa teoría arrastraba el peligro de que «se olvide o se desconozca la peculiaridad del sistema español de la contratación y de sus notas características de causalista y de “espiritual”»⁴². Veía posible admitir sus resultados en nuestro Derecho⁴³, pero advertía con razón sobre el peligro de adoptarla conforme a la configuración alemana, siendo así que España ya contaba con la doctrina de la causa («causa concreta», como él la entendía, tal y como he apuntado más arriba).

No puede pasarse por alto que, a lo largo de las Sentencias de instancia o ante el propio Tribunal Supremo, se apuntan todavía otras vías de solución de los casos, como son la doctrina de la *rebus sic stantibus* y la de las condiciones tácitas. Pero ni se ajustaban a los hechos del caso, ni, como reconoce el Supremo, a las demandas de la compradora o vendedora. La primera doctrina entiende que las partes pretenden tácitamente conservar el contrato mientras se

PICAZO y GULLÓN, 2019, p. 38; también consideran que la causa no solo es genética, y, por tanto, necesaria para el nacimiento de la obligación, sino que debe seguir dándose durante la vida de la misma para que cumpla la finalidad prevista. Así también STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 514/2010 de 21 de julio (RJ 2010/3897). Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller; F.2). En contra, CASTILLA BAREA, 2008, pp. 1435 y ss.; y LÓPEZ Y LÓPEZ, 2016, p. 652. Aquella autora considera que la causa es «un elemento estructural y solo estructural» y que su expediente no es necesario para explicar «la ruptura de la reciprocidad de las obligaciones correspectivas», suscitando mayores y más profundos problemas que lo que pretende evitar. Por ello, prefiere apoyarse en la imposibilidad sobrevenida (legal o fortuita) para justificar sin complicaciones la resolución *ex art.* 1124 CC.

⁴¹ DE CASTRO, 1985, p. 200, NP 1. A favor de entender el error esencial («común») como el referido a la causa concreta, MORALES MORENO, 1988, pp. 144 y ss.; y MORALES MORENO y GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, pp. 750-751.

⁴² DE CASTRO, 1985, p. 325.

⁴³ Así, MORALES MORENO y GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, p. 759, que consideran el concepto base del negocio «útil para identificar determinados problemas del contrato (referidos al riesgo de defectuosa información)».

mantenga el estado inicial de las cosas, por lo que se sitúa más en el ámbito del consentimiento que en el de la causa. No puede desconocerse que es la respuesta por la que ha optado el Tribunal Supremo en otros casos de alteración sobrevenida de las circunstancias⁴⁴. Además, ciertamente, su aplicación coincidiría *grosso modo* con el resultado al que llega el Supremo; pero llevaba este razón al decir que el *iter* procesal impedía y hacía ilógica su aplicación en este caso⁴⁵. En cuanto a la doctrina de la condición tácita, ya hemos visto cómo el Supremo se sirvió de ella para desestimar la reconvencción considerando implícita en el contrato una condición que sujeta su objeto a la obtención de determinadas cualidades, además de para justificar la retención por las partes vendedoras de la primera parte del precio pagado por Portobello Marbella, S.L. Sin embargo, tal idea de la condición tácita más allá de no haber sido alegada por las partes, no parece tampoco el instrumento técnico correcto para abordar los problemas vistos. Identificando un contrato de opción en estas operaciones de Portobello Marbella, S.L., el recurso a las condiciones tácitas parece innecesario. Esta compradora paga un veinticinco por ciento a cuenta de la futura compraventa que se celebrará en caso de aprobarse la ordenación urbana prevista por las partes en el contrato. Las condiciones tácitas son un camino paralelo con idéntica meta (la resolución), pero su aplicación solo se lograría forzando la interpretación de los contratos objeto de controversia⁴⁶. De nuevo, la acumulación de teorías más allá de facilitar la respuesta a los casos, dificultan su solución, y retuercen su fundamentación.

Un último apunte antes de terminar, para evitar confusiones. Puede resultar sorprendente que el Tribunal Supremo apueste por

⁴⁴ GREGORACI FERNÁNDEZ, 2022, p. 485.

⁴⁵ DE PABLO CONTRERAS, 2018, p. 357 señala que, aunque parcialmente coincidentes, las doctrinas de la *rebus sic stantibus*, frustración del fin del contrato o la desaparición de la base del negocio, por mencionar las que el TS desarrolla en estas sentencias, no son equivalentes. La alteración de las circunstancias que pide el TS se circunscribe al tiempo de cumplimiento, lo que implica que no se puede pretender la revisión de lo cumplido para obtener su devolución. Solo si falta algo por ejecutar se podrá pretender la revisión o resolución, pero nada más. El autor se muestra partidario de admitir al perjudicado en los casos de alteración sobrevenida esencial de las circunstancias la facultad de solicitar la revisión judicial de la obligación, sin perjuicio de la posibilidad de resolución por frustración del fin del contrato, ya plenamente reconocida. Por su parte, PARRA LUCÁN, 2015, p. 29, indica que la expresión «frustración del fin del contrato» se ha acuñado por nuestra jurisprudencia para precisar que la gravedad del incumplimiento es suficiente para justificar la resolución contractual *ex art.* 1124 CC. Específicamente cita «las hipótesis de imposibilidad sobrevenida fortuita, que da lugar a la resolución contractual, y que se aplica igualmente en casos en los que no puede tener lugar ya el propósito negocial compartido por las partes», señalando, entre otros, un caso de anulación de planeamiento que impide ejecutar la urbanización proyectada.

⁴⁶ Sobre la doctrina de las condiciones tácitas como modo de resolver estos problemas, también crítica, SABORIDO SÁNCHEZ, 2019, pp. 328 y ss.

subrayar la «causalización» de los contratos objeto de nuestro estudio para luego llegar a la resolución, cuando la causa es requisito de validez del negocio y sus problemas, podría pensarse, deberían conducir a la nulidad. Pero, como ya se ha dicho, la causalización de la que venimos tratando no apunta a la validez del contrato, sino a la propia configuración del deber de prestación, que habrá de incorporar, como su cumplimiento, las motivaciones y funciones que han dado lugar al negocio. Es lo que de Castro llamara la «continuada influencia de la causa»: la larga sombra que proyecta este elemento sobre toda la relación jurídica surgida.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: «Resolución del contrato de compraventa de vivienda por incumplimiento del vendedor-constructor, al no entregar la vivienda con licencia de primera ocupación», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, 2016, pp. 105-125.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «La desaparición sobrevenida de la causa y la imposibilidad sobrevenida fortuita en la compraventa a consecuencia de la modificación del planeamiento urbanístico», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, V. II, 2008, pp. 1433-1449.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Requisitos del contrato», en *Curso de Derecho Civil (II)*, V. I, Madrid, 2018, pp. 335-370.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Remedios jurídicos con que cuenta el comprador de un inmueble afectado por limitaciones urbanísticas», *Actualidad civil*, núm. 4, 1999, pp. 1213-1225.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS & GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, V. II, T.1, Madrid, 2019.
- GARCÍA CARACUEL, Manuel: *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Madrid, 2014.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «La alteración sobrevenida de las circunstancias», en *Estudios de Derecho de contratos*, Madrid, 2022, pp. 475-507.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de derecho civil II*, V. 2.º, Barcelona, 1987.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «Comentario al artículo 1274 CC», en *Código Civil Comentado*, Madrid, 2016, pp. 650-654.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *El error en los contratos*, Madrid, 1988.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel & GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «El riesgo de defectuosa información contractual y su distribución entre los contratantes: figuras jurídicas y remedios», en *Estudios de Derecho de contratos*, Madrid, 2022, pp. 745-766.
- NIEVA FENOLL, Jordi: *Derecho Procesal*, Valencia, 2022.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *InDret*, núm. 4, 2015, pp. 1-54.

- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *ADC*, Vol. 44, núm. 3, 1991, pp. 1019-1092.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, Vol. 46, núm. 4, 1993, pp. 1719-1746.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma*, Madrid, 2013.
- «La facultad resolutoria del artículo 1124 del Código Civil: una relectura actual», en *Estudio de Derecho de contratos*, Madrid, 2022, pp. 989-1031.
- SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma: «La celebración o el cumplimiento de contrato como condición suspensiva de una diferente relación contractual», *ADC*, Vol. 72, núm. 2, 2019, pp. 315-353.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 8 de mayo de 1995 (RJ 1995/3940).
- STS, de 14 febrero de 2007 (RJ 2007/4214).
- STS de 29 de abril de 2008 (RJ 2008/1993).
- STS de 22 de mayo de 2009 (RJ 2009/3034).
- STS de 9 de julio de 2010 (RJ 2010/6032).
- STS de 22 de junio de 2010 (RJ 2010/4901).
- STS de 21 de julio de 2010 (RJ 2010/3897).
- STS de 18 de mayo de 2012 (RJ 2012/6358).
- STS de 20 de noviembre de 2012 (RJ 2013/905).
- STS de 12 de abril de 2013 (RJ 2013/7415).
- STS de 24 de abril de 2013 (RJ 2013/3388).
- STS de 12 de enero de 2015 (RJ 2015/443).
- STS de 15 de junio de 2022 (RJ 2022/3489).
- STS de 21 de junio de 2022 (RJ 2022/3044).
- STS de 11 de octubre de 2022 (RJ 2023/24).
- STS de 22 de noviembre de 2022 (RJ 2022/5446).

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Académico senior. Universidad Carlos III de Madrid)**

Colaboran: **Alicia AGÜERO ORTÍZ (Profesora ayudante doctora de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Carlos CASTELLS SOMOZA (Investigador predoctoral FPI. 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), Javier FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN (Investigador predoctoral FPI. Universidad Autónoma de Madrid), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor titular de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Jose María MARTÍN FABA (Profesor ayudante doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Nicolás MONTES SERRANO (Doctorando. Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Margarita SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Profesora sustituta de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Francisco SANTANA NAVARRO (Profesor contratado doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).**

SUMARIO: I. Derecho Civil: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. Derecho Mercantil.–III. Derecho Procesal.

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Menores no acompañados. Protección del menor.–El Tribunal Supremo sostiene que la interpretación de los textos legales en materia de menores no acompañados debe realizarse conforme con la Convención sobre los Derechos del Niño y, en particular, con su artículo 3.1. Asimismo, la sentencia defiende que «los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad deben ser considerados menores de edad hasta que se determine su edad».

Sometimiento a pruebas de determinación de la edad. Necesidad de justificación y ponderación.–El Tribunal Supremo sostiene que el inmigrante cuyo pasaporte o documento de identidad acredita su minoría de edad

«no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido» (STSS 453/2014, de 23 de septiembre y 357/2021, de 24 de mayo). Es doctrina de esta Sala que dudar de la fiabilidad de unos documentos que ni han sido impugnados, ni se ha acreditado que sean falsos, irregulares o estén manipulados, vulnera el derecho de igualdad y no discriminación ante la ley basada en el origen nacional del menor (SSTS 410/2021, de 18 de junio; 412/2021, de 21 de junio y 610/2021 de 20 de septiembre).

Asimismo, e independientemente de que se trate de personas documentadas o indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente aquellas que son consideradas invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad (SSTS 453/2014, de 23 de septiembre; 720/2016, de 1 de diciembre y 307/2020, de 16 de junio, entre otras). **(STS de 27 de julio de 2021;** ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucan.]

HECHOS.—Bienvenido interpuso demanda contra la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, que, en junio de 2018, adoptó un acuerdo en el que se establecía su mayoría de edad y, por tanto, la improcedencia de una medida de tutela. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y Bienvenido interpuso recurso de apelación.

La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la resolución recurrida. Fundamentó su fallo en el hecho de que, incluso en el caso de considerar acreditada su minoría de edad por la documentación aportada, el demandante ya habría alcanzado la mayoría de edad en el momento de dictarse sentencia en segunda instancia, por lo que no procedería su pretensión inicial, que quedaría vacía de contenido.

Contra esta última resolución, Bienvenido interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación argumentando la infracción del artículo 35.3 de la Ley Orgánica 4/2000 y del artículo 190.2 del Real Decreto 557/2011, que la desarrolla, así como la infracción del artículo 12.4 LOPJM. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación. (*M. S. G.*)

2. Colisión entre el derecho a la intimidad y la libertad de información.—La libertad de información tiene sus límites en el respeto, entre otros, del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Prevalece sobre los derechos de la personalidad garantizados en el artículo 18 CE cuando la información se estime veraz y relevante para la formación de una opinión pública y trate asuntos de interés general. El derecho a la intimidad incluye el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.

Por lo que respecta a la publicación de las sentencias, los artículos 235 y 266.1. II LOPJ y 216.2 LEC establecen garantías para que el acceso al contenido de las sentencias no lesione el derecho a la intimidad, ni resulten perjudicados los intereses de personas especialmente vulnerables, los correspondientes a las víctimas, así como para impedir que sean utilizadas con fines

espurios, carentes de tal causa de protección jurídica. La exigencia constitucional de publicidad de las resoluciones judiciales no es de carácter absoluto y puede verse limitada por la eventual prevalencia de otros derechos fundamentales y garantías constitucionales con los que entre en conflicto. La libertad reconocida en el artículo 20.1.d) CE abarca el derecho de los medios de comunicación social, de informar sobre los procesos judiciales, así como de las sentencias que les ponen fin, siempre que ostenten interés general. Ahora bien, ese derecho está sometido a las limitaciones derivadas de la colisión con otros derechos de rango constitucional. **(STS de 22 de junio de 2022;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La actora interpuso demanda contra la editorial PV, en ejercicio de una acción de defensa de su derecho a la intimidad, solicitando una indemnización y que se retirara de la información los datos personales de la página web de la demandada. El medio publicó la sentencia del procedimiento en el que se resolvía la reclamación de una indemnización a un seguro por el fallecimiento del marido. A pesar de la anonimización de datos de la sentencia, la editorial relacionaba los datos derivada de ésta con la actora y su marido.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, en la que consideró lesionado el derecho fundamental a la intimidad de la actora, fijando una indemnización de 10.000 euros y la condena a retirar los datos afectantes a la intimidad de la actora. Según el Juez, la demandada no se limitó a informar sobre la sentencia, sino que incorporó datos personales y empresariales del marido de la actora. No se niega el interés de la sentencia, pero no se consideró acreditada la notoriedad y proyección pública del empresario.

Ambas partes interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia, salvo en lo relativo a la cuantía de la indemnización, que la redujo a 6.000 euros. Insiste en que se dio excesiva información por parte de la demandada.

Contra dicha resolución se formuló por la editorial recurso de casación. La editorial se basó en la infracción de los artículos 7 y 8 LO 1/1982 y del artículo 20.1.d) CE. El Tribunal Supremo entiende que el criterio de la Audiencia Provincial respeta el principio de proporcionalidad y resulta ajustado a las condiciones concurrentes. El periodista tuvo conocimiento y acceso a una sentencia publicada en CENDOJ, que se encontraba debidamente anonimizada, e informar sobre la misma no requería facilitar los datos personales de la actora. Además, ella carecía de proyección pública y era una persona muy celosa de su vida privada. Todo esto lleva al Tribunal Supremo a afirmar la lesión al derecho a la intimidad de la demandante.

NOTA.—Es vastísima la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo donde se ha tratado la ponderación entre la libertad de información y el derecho a la intimidad. Entre ellas: SSTC 23/2010, de 27 de abril, 12/2012, de 30 de enero, 25/2019, de 29 de febrero, 6/2020, de 27 de febrero, 93/2021, de 10 de mayo; SSTS de 11 de marzo de 2021, 31 de enero y de 20 de

abril de 2022. Sobre el núcleo tuitivo del derecho a la intimidad, *vid.* SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 156/2001, de 2 de julio, 14/2003, de 28 de enero, 236/2007, de 7 de noviembre y 60/2010, de 7 de octubre, y SSTs de 23 de julio de 2014, 22 de octubre de 2020, 13 de enero y 20 de abril de 2022. En cuanto a los límites a la libertad de información, *vid.* SSTs de 16 de octubre de 2008, 20 de julio de 2011, 10 de noviembre de 2016, 2 de noviembre de 2017 y 23 de octubre de 2018. (S. L. M.)

3. Protección reforzada de la intimidad personal y familiar del menor.—Existe una protección específica de los derechos de la personalidad de los menores, tanto en el ámbito internacional, como de acuerdo con el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor «*cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales*». Este precepto refuerza los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales establecidos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. De acuerdo con la doctrina constitucional y la jurisprudencia de la Sala, los menores tienen derecho a ser respetados en el ámbito de su honor, intimidad y propia imagen, de manera especial y cualificada por tratarse de personas en formación, más vulnerables, por tanto, al ataque a sus derechos (STS 14/2022, de 13 de enero, con cita de la STS 818/2013, de 17 de diciembre).

Conflicto con el derecho a la libertad de información y de libertad de expresión: relevancia pública de la información, y determinación del carácter justificado de la afectación de la esfera personal del menor en el ejercicio de tales libertades.—Para solucionar el conflicto entre las libertades de información y de expresión, por un lado, y el derecho a la intimidad de los menores, por el otro, es necesario determinar si la información publicada tenía relevancia pública por versar sobre temas de interés general, y si la afectación que haya podido sufrir la esfera personal del menor resulta justificada por el ejercicio legítimo de aquellas libertades. Con este propósito, es preciso valorar el alcance de la identificación del menor, y tener en cuenta la naturaleza de sus datos que han sido revelados, todo en ello en el marco de la protección reforzada de los derechos de la personalidad de los menores (STS 157/2021, de 16 de marzo). La publicación de un texto en un periódico sobre la lentitud de la justicia y las dificultades que tienen lugar en el ejercicio del derecho de visita y estancia de los menores con sus padres es un tema de reiterada notoriedad y sometido a la opinión pública. Mencionar en una noticia el nombre de pila de un menor no comporta ninguna lesión ilegítima de su intimidad en cuanto lo publicado no implica menoscabo de su honra o reputación, ni es contrario a sus intereses, y se enmarca en el derecho a la libertad de expresión de su progenitor y la libertad de información del medio periodístico que publica asépticamente la noticia sin reelaborarla o añadir ideas u opiniones. (STS de 27 de mayo de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Un periódico publicó una nota redactada por un padre separado, en la que manifestaba su frustración frente a la lentitud de la Administración de Justicia por no haber modificado, a

pesar de la correspondiente solicitud, el régimen de visitas que no podía cumplir por las residencias distantes de ambos progenitores y el padecimiento de una grave enfermedad. También manifestaba el padre que la progenitora no hacía nada para que pudiera ver a su hija, ya sea en viajes en festivos o a través de medios tecnológicos. En la noticia figuraba el nombre de pila de la menor, así como el nombre y apellidos de los progenitores. Tanto en primera instancia como en apelación se desestimó la demanda interpuesta por la progenitora en nombre de la menor. La madre interpuso recurso de casación alegando que la información publicada no era beneficiosa para los intereses de la menor al poner de manifiesto la mala relación de sus padres, la imposibilidad del padre de disfrutar del régimen de visitas por razón de su enfermedad, o señalar que ella ponía impedimentos al contacto parental. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso.

NOTA.—Sobre los problemas que generan, en el desarrollo de las visitas, las residencias de los progenitores en lugares alejados, véase Santana Navarro, F., «Régimen de visitas y residencias distantes», *En torno a la filiación y a las relaciones paterno filiales*, Dir. M.^a A. Martos Calabrús, Comares, Granada, 2018, pp. 169-178. (F. S. N.)

4. Derechos de la personalidad. Derecho a la propia imagen. Colisión con la libertad de comunicar y recibir libremente información veraz. Sociedad digital. Utilización de imágenes extraídas de la plataforma YouTube. Conexión entre las fotografías y la información difundida.—La subida de una fotografía a una red social de acceso público no implica que esta pueda ser utilizada indiscriminadamente sin consentimiento del titular. El consentimiento para la toma y utilización de una imagen con una finalidad determinada no legitima posteriores utilizaciones con fines diferentes. La imagen difundida debe guardar relación con los aspectos relativos a la proyección pública de la persona o los hechos en los que se ve envuelta. Por ello, la extracción de la plataforma YouTube y posterior difusión en un programa de actualidad de veintidós imágenes de una persona envuelta en una trama de narcotráfico, donde se le ve en el ámbito de su vida privada, puede resultar protegida constitucionalmente. Así, cabe difundir este tipo de imágenes donde se ve al afectado exhibiendo un nivel de vida lujoso, puesto que estas sirven al fin de ilustrar los grandes ingresos que obtiene del narcotráfico, por lo que existe una relación entre las fotografías y la información difundida.

Para otorgar prevalencia al derecho a la información sobre el derecho a la propia imagen, se deben seguir ciertas pautas. En primer lugar, debe darse una cierta relevancia pública de la información. En segundo lugar, esta debe ser la veraz, en el sentido de ser contrastada guardando la diligencia profesional aplicable a los profesionales de la información. Finalmente, debe respetarse la proporcionalidad, es decir, que las imágenes no sean inequívocamente injuriosas o vejatorias. (STS de 28 de julio de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los días 17 de junio y 6 y 7 de octubre de 2017 se emitió en *El Programa de Ana Rosa* un reportaje sobre una operación de narcotráfico en Mallorca en la que el demandante estaba

implicado y por ello detenido. Para dicha emisión, se usaron ciertas imágenes de su persona extraídas de la plataforma YouTube. En el reportaje se le señalaba como jefe de un clan de la droga de la isla. Por estos motivos, Cornelio interpuso demanda contra Mediaset España Comunicación, S. A. y Unicorn Content, S. L. por vulneración de su derecho a la propia imagen. En el escrito ejercitaba acciones de declaración, cesación e indemnización solicitando una cantidad de 220.000 €. Posteriormente, Faustino solicitó el desistimiento del proceso frente a Unicorn, que fue estimado. En primera instancia, se estimó la demanda en lo sustancial, apreciándose la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del demandante, aunque reduciéndose la indemnización solicitada a la cantidad de 30.000 €. Este pronunciamiento fue confirmado en sede de apelación.

Como viene siendo habitual en estos casos, la Sala Primera del Tribunal Supremo realiza una somera revisión de su extensa jurisprudencia en materia de colisión entre el derecho a la libertad de comunicar y recibir información, de un lado, y, por otro, el derecho a la propia imagen. En este sentido, cabe destacar la definición de «ponderación» como la operación racional y motivada de examinar el grado de intensidad y trascendencia con el que cada uno de los derechos en colisión resulta afectado con el fin de elaborar una regla resolutive que culmine con la declaración de prevalencia de uno sobre otro. Posteriormente, se detiene en el análisis del núcleo tuitivo del derecho fundamental a la propia imagen —autónomo de los derechos al honor y la intimidad— recayente sobre la información gráfica de una persona, exponiendo sus vertientes positiva y negativa. Seguidamente, hace lo propio con el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz. Se destaca la relevancia democrática de este derecho como formador de la opinión pública, lo que le otorga cierta prevalencia que no resulta ser absoluta siempre y en todo lugar.

NOTA.—Resulta de suma importancia para la resolución de este caso, el análisis del contexto en el que se producen los hechos litigiosos, la sociedad digital, donde son los propios usuarios los que comparten contenidos relevantes desde el punto de vista de los derechos consagrados en el artículo 18 CE en plataformas como YouTube. La Sala Primera trae a colación la importante STC 27/2020, de 24 de febrero, de la que extrae la siguiente doctrina: el hecho de que un usuario suba fotos o datos privados a internet no significa que estos se tornen públicos, puesto que no cabe equiparar el internet al concepto «lugar público» de la LO 1/1982. Por consiguiente, los usuarios tienen la potestad de controlar sus imágenes y datos que circulan por las redes sociales. Se aplica perfectamente el principio relativo a la necesidad de autorización para la toma y difusión de imágenes, a no ser que medie interés público. Cada acto concreto de utilización de una imagen debe ser autorizado individualmente; y dicha autorización solo faculta a la persona interesada y no a terceros. La propia Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de afirmar que la subida de una imagen por parte de un usuario a una red social no implica un consentimiento para que terceros hagan uso de ellas, lo cual requiere, en

todo caso, una autorización expresa. En este sentido, debe llamarse la atención sobre la finalidad con la que las imágenes son tomadas. La autorización para la publicación de una imagen en internet, no implica que esta pueda usarse con fines distintos. Finalmente, resulta de extrema importancia la STS 697/2019, de 19 de diciembre. En ella se reputó como intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen el uso por parte de un medio de comunicación social de la fotografía de un personaje público extraída de su cuenta en una red social para ilustrar un reportaje de interés social, cuando dicha imagen no tenía relación con el objeto de la información. (*J. F.-L. M.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

5. Contratos con finalidad mixta.—Las Directivas sobre protección contractual de consumidores (básicamente, las Directivas 93/13/CEE, 1999/44/CE, y 2011/83/UE, de 25 de octubre), no abordan en su articulado el problema de los contratos mixtos o con doble finalidad (profesional y particular). Si bien, el considerando 17 de la última de las Directivas citadas aclara que, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor. En este sentido, la STJCE de 20 de enero de 2005, C-464/01, consideró que el contratante es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado; es decir, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo («insignificante en el contexto global de la operación de que se trate»). De manera más explícita, la STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, indicó que el contrato quedaría sometido a la normativa de consumo cuando la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, solo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato. Esta doctrina es de plena aplicación del presente caso, en el que, según declaró probado la Audiencia, la finalidad principal del préstamo estaba directamente vinculada a la actividad empresarial de los prestatarios. En este caso, según la propia parte prestataria, un tercio del préstamo se destinó a la cancelación de un préstamo previo sobre una vivienda y los dos tercios restantes a la adquisición de un local comercial y una plaza de garaje anexa. La consecuencia de ello es que respecto del préstamo hipotecario y de su modificación los demandantes no pueden acogerse el estatuto tuitivo propio de los consumidores, pues el préstamo tenía una finalidad principalmente empresarial. La exclusión de la cualidad de consumidores en los demandantes hace improcedente la realización de los controles de transparencia material y abusividad. (**STS de 27 de julio de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—Los prestatarios suscribieron una escritura de préstamo hipotecario con una Caja, la cual contenía una cláusula suelo. Posteriormente, la Caja concertó con los prestatarios un contrato privado que novaba el anterior, en el sentido de modificar el tipo de interés y eliminar la cláusula suelo.

Los prestatarios presentaron una demanda en la que pedían la nulidad de la cláusula suelo incluida en la escritura de préstamo hipotecario, y la restitución de la totalidad de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa cláusula. La sentencia de primera instancia estimó la demanda.

Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación por la demandada, la Audiencia Provincial estimó el recurso.

Frente a la sentencia de apelación, los prestatarios demandantes han interpuesto un recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (*J. M.^a M. F.*)

6. Cláusula suelo. Control de transparencia. Subrogación en el préstamo al promotor. Prestatario con cargo en el consejo de una inmobiliaria.—A las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicárseles un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, como la carga jurídica del mismo. El hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. El deber de transparencia está en función de circunstancias como que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos. En el presente caso, el hecho de que uno de los prestatarios ocupara un cargo en el consejo de una inmobiliaria no supone que esta actividad esté relacionada con la contratación de pólizas de préstamo hipotecario con interés variable y cláusula suelo. (**STS de 1 de julio de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los prestatarios alegaron que en la escritura de compraventa de una vivienda se preveía la subrogación de los compradores en el préstamo hipotecario que gravaba la finca y que había sido concertado por la promotora vendedora con el Banco. Argumentaban que en la escritura se reproducían las condiciones esenciales del préstamo, y entre ellas no se hacía referencia a la existencia de una «cláusula suelo» que se recogía en la escritura de préstamo al promotor y que, de hecho, se aplicó a los compradores. Basaron su demanda en la falta de transparencia por insuficiente información precontractual y solicitaron la declaración de nulidad por abusividad, con devolución de las cantidades indebidamente pagadas.

El juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda, al considerar que la denominada cláusula suelo no superaba el control de transparencia.

La entidad demandada recurrió en apelación la sentencia de primera instancia, y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó la demanda.

Los demandantes interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso. (*J. M.^a M. F.*)

7. Control de transparencia. Circunstancias subjetivas del prestatario. Los conocimientos del prestatario (director de oficina de la entidad prestamista) dispensan a la entidad prestamista para la que trabaja de tener que explicarle lo que era obvio que conocía perfectamente en relación con las cláusulas suelo, a la hora de incorporar este tipo de cláusula al contrato.—Es doctrina del Tribunal Supremo que el control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Para ello es necesario, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal (SSTS 395/2021, de 9 de junio; 405/2021, de 15 de junio; 241/2013, de 9 de mayo y 314/2018 de 28 de mayo). En el caso de las denominadas cláusulas suelo, en principio y salvo prueba en contrario, su inclusión en la escritura pública y su lectura por el notario o, en su caso, por los contratantes suele satisfacer ambos aspectos, puesto que su claridad semántica no ofrece duda. El demandante conoce la existencia de la cláusula y su propia experiencia y actividad laboral, impiden negar que no hubiera tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la cláusula suelo. (**STS de 16 de junio de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El demandante interpuso demanda en juicio ordinario contra la entidad Banco Español de Crédito S. A (actualmente Banco Santander) solicitando que se declare la abusividad de las cláusulas tercera y cuarta de la estipulación segunda de la escritura pública de subrogación otorgada por Banco Español de Crédito S. A., y en consecuencia la nulidad de las mismas, le devuelva las cantidades percibidas de forma indebida.

El juzgado de primera instancia estimó la demanda declarando la abusividad de las cláusulas y condenando a la demandada a la devolución de las cantidades percibidas de forma indebida, siendo estas las devengadas por los intereses pagados de más, desde que el préstamo hipotecario desplegó sus efectos, así como aquellas cantidades que se puedan haber generado durante la tramitación del presente procedimiento judicial.

El Banco Santander interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Zaragoza, absolviendo a la entidad bancaria de los pedimentos de la demanda, con condena en costas de la primera instancia a la parte actora, y sin hacer expresa imposición de costas respecto del recurso.

El demandante interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo por comprender que la cláusula superaba en control de transparencia material como consecuencia de las circunstancias concurrentes en el supuesto, como son el hecho de que el prestatario fuera director de la entidad prestamista. (A. A. O.)

8. Nulidad de cláusula relativa a divisas. Control de transparencia. Déficit de información.—La doctrina del TJUE, recogida en su sentencia de 20 de septiembre de 2017, en aplicación de este control de transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios en divisas establece que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (SSTJUE de 21 de marzo de 2013 y 21 de diciembre de 2016).

En los préstamos en divisas las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero.

El prestatario deberá, por una parte, estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Por otra parte, el profesional (entidad bancaria) deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera.

Esta doctrina ha sido recogida por las SSTS 608/2017, de 15 de noviembre y 599/2018, de 31 de octubre, que explican por qué los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros.

No existen medios tasados para obtener el resultado que se persigue con el requisito de la transparencia material: un consumidor suficientemente informado.—El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios (SSTS 171/2017, de 9 de marzo y 355/2018, de 13 de junio).

La falta de transparencia de las cláusulas en los préstamos en divisa provoca un grave desequilibrio contrario a la buena fe.—La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe (SSTS 608/2017, de 15 de noviembre; 493/2020, de 28 de septiembre; 392/2021, de 8 de junio; y 29/2022, de 18 de enero). (STS de 25 de mayo de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 31 de mayo de 2007, Claudio, para financiar la adquisición de una vivienda, concertó con Barclays Bank un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. En el contrato se indicaba que Claudio recibía la cantidad de 224.808 francos suizos en una cuenta abierta en la referida divisa, equivalente a 136.000 euros, y el préstamo se convino en la modalidad de *multimoneda*. Para la devolución del capital prestado y sus intereses se establecía un pago de 360 cuotas mensuales, equivalentes a 30 años.

Antes de la formalización de la escritura de préstamo hipotecario, Claudio suscribió un documento en el que se decía, principalmente, lo siguiente: soy conocedor de los riesgos de cambio que conlleva la referida operación crediticia, al tener que devolverse el principal del préstamo y de los intereses que correspondan en la expresada moneda o en aquélla otra entre las previstas a tal fin. En consecuencia, asumo todos los riesgos derivados del préstamo en divisa, y reconozco haber recibido de Barclays Bank la información necesaria para la evaluación por mi parte de dichos riesgos, incluido el relativo a la posibilidad de garantizarlos mediante seguro de cambio.

La Asociación de Usuarios Financieros demandó a Caixabank (que había absorbido a Barclays Bank) por nulidad de las cláusulas *multidivisa* del contrato de préstamo, al considerarlas abusivas; con carácter subsidiario, solicitó su nulidad por error en el consentimiento; también con carácter subsidiario se solicitó la resolución parcial del contrato por incumplimiento de la obligación de informar, actuar con lealtad, buena fe y diligencia; y subsidiariamente una acción de indemnización de daños y perjuicios.

Quedó acreditado que la contratación se inició telefónicamente, aunque la formalización fuera posterior mediante una escritura pública, y que el cliente no recibió la información precontractual sobre los riesgos de la hipoteca *multidivisa* que estaba contratando.

El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante. (I. D.—L. S.)

9. Nulidad de cláusula no negociada en contratos con consumidores. Cláusula que regula el interés remuneratorio: La complejidad del régimen contractual del interés remuneratorio no determina necesariamente que la cláusula que lo regula no supere el control de incorporación.—No debe confundirse la claridad, concreción y sencillez de la redacción de una cláusula con la claridad, concreción y sencillez de la regulación contenida en la misma. Los requisitos del control de inclusión o incorporación de la Ley de Contrataciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998 no suponen que queden proscritas las regulaciones negociales complejas. En las SSTS 688/2015, de 15 de diciembre; 402/2017, de 27 de junio; y 322/2018, de 30 de mayo, en las que se cuestionaba también el control de incorporación de una condición general de la contratación, *«la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la cláusula controvertida»*.

La complejidad de la cláusula, en el presente caso, no deriva de que se haya optado por una redacción innecesariamente oscura, sino principalmente de la propia complejidad del contrato, más concretamente, de la propia complejidad del régimen del interés remuneratorio, en parte por las ventajas ofrecidas al comprador de vivienda que se subrogara en el crédito hipotecario (posibilidad de optar entre distintos índices de referencia, determinación precisa de los medios para conocer la variación del índice de referencia y para comunicar a la entidad financiera que no aceptaba la variación del tipo de interés). Por ello, cuando la complejidad proviene principalmente del objeto de la cláusula y no de la forma en que está redactada, no puede determinar una consecuencia tan drástica como considerar no incorporada a un contrato de crédito hipotecario la cláusula que regula el interés remuneratorio. **(STS de 24 de mayo de 2022; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—El 6 de octubre de 2006, Tatiana suscribió una escritura pública la compra de una vivienda a una empresa promotora. Para pago del precio aplazado, la compradora se subrogó en la posición deudora de la promotora en el contrato de crédito con garantía hipotecaria que esta última había suscrito con Caixabank en la escritura de 14 de septiembre de 2005, de la que la compradora reconoció haber recibido copia. En esta escritura, la cláusula referente al interés remuneratorio tenía una primera parte que regulaba el interés remuneratorio durante el periodo en que la promotora fuera la parte acreditada, y una segunda parte que pautaba el interés remuneratorio a partir del momento en que los compradores de las diferentes viviendas se subrogaran en uno de los créditos en los que se dividía el concedido originariamente a la promotora. En cada una de estas partes se regulaba una primera fase, en que el interés era fijo, y una segunda parte, en la que el interés era variable. Se establecía cuál era el tipo de interés de los periodos fijos y el sistema de determinación del tipo de interés en los periodos variables.

Asimismo, se otorgaba a los subrogados la posibilidad de elección entre dos índices de referencia principales. Uno de ellos era el euríbor a un año y el otro era el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro. El diferencial también variaba según se optara por uno u otro de estos índices de referencia.

También se regulaba cómo se comunicaría a los acreditados los sucesivos valores del índice de referencia, a medida que hubiera que revisar el interés variable.

La compradora de una de estas viviendas, que se había subrogado en el crédito hipotecario correspondiente a su vivienda, interpuso una demanda en la que solicitó que se declarara la nulidad de la cláusula de interés variable vinculado con la evolución del IRPH, por aplicación de la normativa sobre condiciones generales de la contratación, y se declarara que el interés variable era el resultado de sumar al euríbor el diferencial pactado. Subsidiariamente, solicitó la nulidad de esa cláusula por vicio del consentimiento.

El Juzgado desestimó la demanda. La audiencia estimó el recurso de la actora y declaró que, aunque no aceptaba que la cláusula fuera nula por establecer el IRPH como índice de referencia,

sin embargo, la cláusula que regulaba el interés remuneratorio no superaba el control de transparencia por su complejidad. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad mercantil demandada y desestimó la demanda. (I. D.–L. S.)

10. Cláusula suelo. La intervención del notario o la claridad de la cláusula no son suficientes para considerar acreditado el control de transparencia.—La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con estos cumplan con el requisito de la transparencia. El control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos. En definitiva, se busca impedir que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula. En el presente caso, la sentencia recurrida tiene en cuenta la claridad gramatical de las cláusulas suelo, la intervención notarial y la existencia de unas ofertas vinculantes para declarar su transparencia. Sin embargo, corresponde a la demandada la carga de la prueba sobre la existencia de la información precontractual requerida, lo que, en el caso, a la vista de la documental aportada, única prueba practicada, entiende el Tribunal Supremo que no ha quedado acreditado (sobre la importancia de la información precontractual SSTS 170/2018, de 23 de marzo; 346/2020, de 23 de junio y 22/2021, de 21 de enero). (STS de 6 de junio de 2022; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los demandantes interpusieron demanda de juicio ordinario contra Banco Popular solicitando que se dictara sentencia que declarara la nulidad de la estipulación que establece, en el contrato del que se deriva la presente demanda, el límite a las revisiones del tipo de interés de un mínimo aplicable de un 3,50% y un máximo 8,5% respectivamente.

El juzgado de primera instancia desestima íntegramente las pretensiones de las partes absolviendo a Banco Popular.

Los demandantes recurren en apelación. La Audiencia Provincial de Sevilla estimó parcialmente el recurso, y revocó parcialmente la sentencia, únicamente en cuanto al pronunciamiento a costas de primera instancia, determinando que no proceden. No hace declaración sobre las costas de alzada.

Los demandantes interpusieron recurso de casación, estimado por el Tribunal Supremo, que declara la nulidad de las cláusulas referidas al límite a la variación del tipo de interés aplicable, manteniéndose en lo demás la vigencia de los contratos y condena al

Banco Popular Español S. A. a devolver a los demandantes las cantidades cobradas indebidamente, en aplicación de dichas cláusulas, desde la celebración de los contratos. (A. A. O.)

11. Acuerdo novatorio de cláusula suelo y renuncia al ejercicio de acciones. La novación modificativa que afecta a las cláusulas relativas al tipo de interés remuneratorio del préstamo hipotecario y a la rebaja del tipo de interés moratorio, es válida sí es transparente.—Es doctrina del TJUE (que recoge también nuestro Tribunal Supremo) que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, ha de interpretarse en el sentido de que no se opone a que una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuyo carácter abusivo puede ser declarado judicialmente, pueda ser objeto de un acuerdo de novación entre ese profesional y ese consumidor. En consecuencia, el contrato de préstamo hipotecario puede ser objeto de novación, en el seno de una transacción, en lo relativo a la regulación del tipo de interés remuneratorio, aunque la cláusula que resulta modificada o suprimida, en tanto que establecía un interés mínimo o suelo, pudiera ser abusiva, por falta de transparencia (STJUE de 9 de julio de 2020, asunto C452/18 y AATJUE de 3 de marzo de 2021, asunto C-13/19 y de 1 de junio de 2021, asunto C-268/19). Por tanto, para que sea válida la novación de la cláusula de interés remuneratorio que contiene un interés mínimo o suelo, es necesario que el consumidor preste un consentimiento libre e informado, en tanto que debe estar en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes, que para él se derivan de la celebración de ese contrato de novación. En el caso que nos ocupa, la modificación no supuso la mera modificación del tipo mínimo de interés, sino la completa eliminación de la cláusula suelo. Para determinar su validez, es necesario analizar el contexto en que se lleva a cabo la novación (SSTS 580 y 581/2020, de 5 de noviembre) considerando el Alto Tribunal que en este caso el convenio aparece redactado de forma clara y comprensible para un consumidor medio: se sustituye el interés variable con límite mínimo por un interés variable sin tope a su variabilidad, pero con un diferencial más alto. Las consecuencias jurídicas y económicas que supone la aplicación del nuevo interés remuneratorio son fácilmente comprensibles por cualquier consumidor. Además, la cláusula resaltada en un recuadro en letra negrita y suscrita individualmente, por la que los prestatarios manifiestan conocer y ser conscientes de lo que supone el cambio de la cláusula de intereses, no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, pero sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. A lo que se suma que también se había facilitado a los prestatarios información sobre el valor índice a partir del cual se calcula el tipo de interés, mediante la inclusión de unos cuadros resúmenes con su evolución en los tres años anteriores.

La cláusula de renuncia de acciones es abusiva pues no se ha suministrado a los prestatarios/consumidores la información necesaria sobre las consecuencias jurídicas y económicas derivadas de dicha renuncia, por lo que es nula de pleno derecho.—La renuncia de acciones constituye una contraprestación de un acuerdo transaccional. Se ve afectada por la previsión del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 y solo puede ser objeto de un control de abusividad si no cumple las exigencias de transparencia material. Es necesario que se ponga a disposición del consumidor los datos necesarios, cosa que no sucede en el caso enjuiciado, ya que el consumidor no ha podido

conocer cabalmente las consecuencias económicas derivadas de la renuncia y, por tanto, la cláusula de renuncia litigiosa no supera el control de transparencia material. **(STS de 9 de junio de 2022; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Los demandantes concertaron un préstamo hipotecario con la Caja Rural de Albacete, Ciudad Real y Cuenca S C C (en adelante, Globalcaja) con un interés variable del Euríbor +0.75 %, pero con una cláusula que limitaba la variación del interés a un 3,50 % mínimo y un 15 % máximo. Además, contenía una cláusula de intereses moratorios del 18 %. El 5 de agosto de 2015 las partes suscribieron un documento titulado «Acuerdo de novación modificativa al préstamo hipotecario» del que nos interesan tres estipulaciones relevantes: en la estipulación primera se modifica la regulación del interés remuneratorio, en el sentido de eliminar la limitación a la variabilidad y elevar el diferencial a 1,15 %; en la estipulación segunda se rebaja el tipo del interés moratorio; y, en la estipulación quinta, los prestatarios renuncian a instar en el futuro cualquier reclamación que guarde relación con la cláusula suelo, lo que les impediría reclamar al banco las cantidades indebidamente cobradas por la aplicación de esa cláusula.

El juzgado de primera instancia estimó la demanda declarando la nulidad de la cláusula suelo, de la cláusula sobre el interés de demora y la nulidad del acuerdo novatorio del 5 de agosto de 2015, condenando a Globalcaja a la devolución de las cantidades que se determinen en ejecución.

Globalcaja recurre en apelación, estimando parcialmente el recurso la Audiencia Provincial de Albacete, que revoca la sentencia de la instancia anterior y absuelve a la entidad demandada de las pretensiones ejercitadas frente a ella referidas a la cláusula suelo que se regirán por el meritado acuerdo de novación de fecha 5 de agosto de 2015.

Los demandantes interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que lo desestimó en lo relativo a la validez de la novación de la cláusula suelo y sus consecuencias, manteniendo la sentencia de primera instancia en cuanto a la declaración de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, y su novación (lo que no fue objeto de apelación) y la nulidad de la cláusula de la renuncia de acciones. Los pronunciamientos de condena se reducen a las cantidades que por la aplicación de la cláusula suelo debe restituir la entidad prestamista a las devengadas entre la fecha de la aplicación de dicha cláusula y el 5 de agosto de 2015, con sus intereses legales desde las fechas de los respectivos cobros. (A. A. O.)

12. Cláusula de vencimiento anticipado. Requisitos de validez en contratos con consumidores.—Que la cláusula de vencimiento anticipado dispuesta en un préstamo hipotecario concertado por un consumidor observe la redacción establecida en el artículo 693 LEC, en su versión anterior a la reforma por Ley 5/2019, de 15 de marzo, de crédito inmobiliario, no impide considerarla abusiva. Para que una cláusula de vencimiento anticipado sea válida debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la dura-

ción y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. La cláusula del presente caso es abusiva, pues permite dar por vencido el préstamo y exigir la totalidad de lo adeudado, ante un único incumplimiento, incluso parcial, de una cuota de amortización, ya sea por capital o solo por intereses, así como de una prestación accesoria, independientemente del número de cuotas insatisfechas, duración del contrato, cuantía de lo adeudado y su relación porcentual con el importe total del préstamo. **(STS de 28 de junio de 2022;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Los prestatarios suscribieron con una Caja una escritura de préstamo hipotecario que contenía, entre otras, una cláusula limitativa de tipos de interés, una de vencimiento anticipado, una de intereses de demora del 20% y otra de comisión por posiciones deudoras.

Los prestatarios interpusieron una demanda contra la Caja, en la que solicitaban la nulidad de las mencionadas cláusulas y la devolución de las cantidades abonadas por su aplicación.

La sentencia dictada en primera instancia estimó íntegramente la demanda, declaró la nulidad de las cláusulas y ordenó el recálculo del cuadro de amortización y la devolución de las cantidades percibidas por la entidad en aplicación de aquellas.

Recurrida la sentencia por el demandado, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, y declaró la validez de la estipulación de vencimiento anticipado.

El demandante interpone un recurso de casación, el cual es estimado por el Tribunal Supremo. (*J. M.ª M. F.*)

13. Compensación judicial. Compensación improcedente al ser procedimientos distintos.—Tribunal Supremo señala que la compensación judicial de las deudas se produce cuando no procede la compensación legal solicitada por falta de alguno de sus requisitos y éste se logra durante la tramitación del proceso (en el mismo sentido, STS 805/2009, 10 de diciembre). Al respecto, concluye que no es posible utilizar la figura cuando el crédito que se intenta oponer al demandante se encuentra en discusión, en virtud de otra demanda interpuesta por el demandado, en un juicio de naturaleza y procedimiento distinto al presente. **(STS de 18 de julio de 2022;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Con fecha 5 de octubre de 2010 Campillo Unión, SL, y Smart Market, SL, celebran un contrato de arrendamiento sobre un inmueble industrial en la ciudad de Murcia. La arrendadora interpone demanda de juicio de desahucio por falta de pago, solicitando la resolución del contrato, la entrega material del inmueble y una indemnización de perjuicios. El demandado, al contestar la demanda, solicita en lo principal la suspensión del procedimiento, al encontrarse pendiente una demanda interpuesta por él contra la arrendadora, en virtud de incumplimientos contractuales. De forma subsidiaria solicita la desestimación de la demanda por no existir incumplimiento por su parte del contrato celebrado, y, en su caso,

se rechace por haber operado la compensación en las cantidades reclamadas por el demandante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, absolviendo al demandado. Por su parte, la Audiencia Provincial de Murcia estima el recurso de apelación interpuesto por la demandante, declara resuelto el contrato, obliga a dejar libre el inmueble objeto del arriendo, y condena a indemnizar las rentas impagas al momento de presentarse la demanda y aquellas que se devenguen hasta la entrega de la posesión de la finca. El Tribunal Supremo desestima los recursos interpuestos, señalando que no procede la compensación judicial. (N. M. S.)

14. Resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida del cumplimiento.—En esta sentencia el Tribunal Supremo insiste en su jurisprudencia relativa a la resolución de contratos de compraventa conexos con posteriores desarrollos urbanísticos. En concreto, reconoce la posibilidad de que la compra de un terreno se vincule por las partes, incluso de forma implícita, a la aprobación de un determinado Plan General de Ordenación Urbana, de modo que, si este no prospera, el cumplimiento deviene imposible y la finalidad del contrato queda frustrada, por lo que procede la resolución con restitución recíproca de las prestaciones. (STS de 21 de junio de 2022; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—El Ayuntamiento A suscribió con la promotora B un Convenio Urbanístico de Planeamiento, comprometiéndose a delimitar, dentro de unos terrenos mayoritariamente no urbanizables, un sector calificado como «suelo urbanizable sectorizado». A continuación, B procedió a concertar con C la compra de unos terrenos en aquella zona, estipulándose en el contrato que el pago se realizaría escalonadamente: una parte con ocasión de la firma de las arras, antes de la firma del contrato; otra, al tiempo de la firma del contrato; y otras tres a medida que se fueran sucediendo las fases de tramitación del Plan General de Ordenación Urbana conforme a lo proyectado inicialmente. Tras la aprobación inicial de dicho PGOU, sin embargo, ciertos cambios legales y de estrategia política obligaron a modificar el Plan, de modo que no se ajustaría a lo acordado. Consecuentemente, el Ayuntamiento A inició los trámites de resolución del Convenio Urbanístico suscrito con B, quien, a su vez, presentó demanda contra la herencia yacente de C solicitando la resolución del contrato y las restitución del precio pagado. Los representantes de la herencia se opusieron y presentaron demanda reconventional, pidiendo que se condenase al comprador a pagar la parte restante del precio.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la resolución del contrato *ex* artículo 1123 CC, al entender que la compra estaba condicionada implícitamente al destino urbanístico de la finca y que su finalidad quedaba frustrada al haberse resuelto el Convenio Urbanístico por el Ayuntamiento A. Los herederos de C apelaron este pronunciamiento, pero la Audiencia Provincial desestimó su recurso, confirmando íntegramente la sentencia anterior. Finalmente, el subsiguiente recurso de casación

es estimado en parte por el Tribunal Supremo, que, si bien concuerda con las anteriores instancias en que la compra está condicionada al desarrollo del PGOU originario, interpreta el contrato en el sentido de que las cantidades pagadas al tiempo de celebración de las arras y de la firma del contrato no están vinculadas a la causa negocial, sino que deben considerarse como la prima de una opción de compra concedida por C a B. Este último habría asumido el riesgo de que el objeto de la venta resultase inhábil y no tendría por ello derecho a reclamar estas cuantías.

NOTA.—Si bien el artículo 1184 CC se refiere sólo a las obligaciones de hacer, el Tribunal Supremo ha reconocido su aplicación analógica a las obligaciones de dar (véanse las SSTs 484/2022, de 15 de junio, y 477/2017, de 20 de julio). Así, aun cuando la cosa a la que se refiere el contrato siga existiendo en el sentido física y jurídicamente, es posible que la prestación sea imposible si su entrega no satisface el interés proyectado por las partes, constituyendo un supuesto de *aliud pro alio*; aunque esta doctrina debe aplicarse restrictivamente en función de las circunstancias y los casos (STS 318/2014, de 5 de junio). En el caso de compra de fincas para su urbanización, la imposibilidad de urbanizar implica imposibilidad del cumplimiento siempre que conste claramente la intención de las partes de vincular el contrato a tal destino urbanístico, aunque sea de forma implícita (SSTs 123/2022, de 16 de febrero, y 1023/2000, de 16 de noviembre); no sucede lo mismo, sin embargo, cuando aquella posibilidad es una mera representación subjetiva del comprador (STS 514/2013, de 12 de julio). (C. C. S.)

15. Responsabilidad del folleto: alcance y cuantificación de la indemnización.—Mediante esta sentencia el Tribunal Supremo delimita las reglas para determinar la indemnización debida cuando, tras revelarse la inexactitud del folleto de una oferta pública de suscripción de acciones, el adquirente sufre pérdidas en su reventa. De un lado, el Tribunal Supremo insiste en la necesidad de probar el nexo causal entre la pérdida y las inexactitudes contenidas en el folleto, de modo que si la venta es anterior al conocimiento público de dichas inexactitudes las pérdidas no pueden imputarse a la empresa emisora, sino al normal funcionamiento del mercado bursátil. De otro, resuelve que el principio de indemnidad implica que la indemnización debe cuantificarse atendiendo al precio total de adquisición y no solo al valor nominal de las acciones. (STS de 24 de junio de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.]

HECHOS.—En 2011, en el marco de una oferta pública de suscripción de acciones del banco A, la empresa B suscribió una orden de compra para, al poco tiempo, vender una parte con una pequeña pérdida. Al cabo de unos meses, el banco A publicó una revisión de sus cuentas, revelando una situación económica mucho menos favorable que la publicitada durante la OPS. Ante el consecuente desplome del valor de las acciones, B procedió a vender el resto de sus acciones por un valor muy inferior al que había pagado para su adquisición. Transcurrido un tiempo, B interpuso demanda contra el banco A solicitando la indemnización de los daños y perjuicios

sufridos en la venta de todas las acciones suscritas originalmente, a lo que se opusola demandada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, condenando al banco A a indemnizar a B la diferencia entre el total invertido, de un lado, y los ingresos obtenidos mediante la reventa de las acciones y los dividendos percibidos en el ínterin, de otro. La demandada interpuso recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, la cual excluyó del deber de indemnización las pérdidas sufridas en la venta anterior a la publicación de las cuentas revisadas y, en lo restante, cuantificó el daño en función del valor nominal de las acciones al tiempo de su suscripción, sin incluir la prima de emisión. La representación de B presentó sendos recursos por infracción procesal y de casación. Examinado el primero, basado en la incongruencia omisiva y falta de motivación, el Tribunal Supremo lo estima al apreciar que la sentencia de apelación no motiva la cuantificación de la indemnización concedida. Revoca, pues, este pronunciamiento y asume la instancia.

Nuestro Alto Tribunal falla en el mismo sentido que la sentencia revocada en cuanto a la primera venta de acciones, coincidiendo en afirmar que no hay nexo causal entre la falsedad de las cuentas publicadas por A y la pérdida sufrida por B en aquel momento. Sin embargo, en cuanto a la venta posterior a la publicación de las cuentas revisadas, razona que el principio de indemnidad del perjudicado obliga a tener en cuenta el precio total de adquisición y no solo el valor nominal de las acciones. Por tanto, estima parcialmente la apelación, excluyendo la indemnización de las pérdidas procedentes de la primera venta de acciones y manteniendo en lo demás la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—En lo tocante al requisito de causalidad en la responsabilidad por folleto, esta sentencia se suma a otras anteriores que ya habían establecido que las pérdidas indemnizables son las que se producen como consecuencia del conocimiento público de la inexactitud del folleto, no las anteriores (SSTS 380/2021, de 21 de junio, 340/2022, de 3 de mayo, y 463/2022, de 2 de junio; en el mismo sentido, la STS 903/2023, de 6 de junio). Respecto a la cuantificación de la indemnización, es la primera vez que nuestro Alto Tribunal se pronuncia expresamente en el sentido de que debe atenderse al precio de adquisición y no al valor nominal de las acciones, aunque resulta coherente con su jurisprudencia precedente sobre el principio de indemnidad (por todas, las recientes SSTS 637/2018, de 19 de noviembre, 420/2020, de 14 de julio, y 913/2021, de 23 de diciembre). Esto no se ve desvirtuado porque en ocasiones haya cifrado la indemnización atendiendo al valor nominal de las acciones, pues se trata de supuestos en los que este valor coincide con el precio de adquisición (*vid.* SSTS 332/2021, de 17 de mayo y 1148/2023, de 17 de julio). (C. C. S.)

16. Relatividad de los contratos: apreciación concreta, y no general. Legitimación de segundos adquirentes de viviendas para reclamar de la promotora incumplimientos de calidades pactadas con anteriores titulares.—La relatividad de la eficacia del contrato no debe mantenerse de un

modo general, sino de manera concreta y muy determinada. En tal sentido, el artículo 1257 CC no impide que las obligaciones asumidas por el promotor o vendedor de viviendas alcancen a segundos o sucesivos adquirentes (STS 269/2011, de 11 de abril, con cita de otras). Los adquirentes de viviendas se subrogan en todas las acciones que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, puesto que, como ha venido estableciendo la jurisprudencia, pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los primeros adquirentes del inmueble contra la promotora. El causante de uno de los contratantes a título singular por actos *inter vivos* no es un tercero civil a quien alcance la doctrina de la eficacia relativa del contrato prevista en el artículo 1257 CC, por lo que está legitimado para reclamar del promotor lo que deba en virtud del primer contrato de compraventa. Concretamente, se encuentra revestido de la acción que concede el artículo 1101 CC (STS 597/1997, de 30 de junio, con cita de otras). La acción tendente a reclamar por la diferencia de calidades de viviendas tiene trascendencia sustancial en aras a preservar la integridad del bien, en cuanto la promotora incumple manifiestamente el compromiso adquirido en la Memoria de Calidades, documento que integra con carácter esencial la compraventa, de tal manera que los artículos 3 y 4 del Real Decreto 515/1988, de 21 de abril, exigen que se respete lo ofertado publicitariamente y que la promotora tenga a disposición de los compradores la referencia a los materiales empleados. Por ello, la Memoria de Calidades no puede calificarse como un pacto secundario, sino una referencia que obligatoriamente debe incluirse en el contrato, y forma parte de su núcleo o contenido esencial. (STS de 22 de junio de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Los propietarios de unas viviendas, que no las adquirieron directamente del promotor, solicitaron su condena al pago de una indemnización por el coste derivado del cambio de todas las puertas interiores y frentes de armario de tablero macizo aglomerado y chapadas, que había instalado, por otras de madera noble barnizada o de igual calidad, como figuraba en la Memoria de Calidades a la que se remitían los contratos de compraventa suscritos con los primeros adquirentes, y que además fue objeto de oferta publicitaria. En primera instancia fue desestimada la demanda, pronunciamiento que mantuvo la Audiencia. Los demandantes formularon recurso casación por interés casacional, alegando vulneración de los artículos 1101 y 1124 CC, en relación con el artículo 1257 del mismo cuerpo. Con asunción de la instancia, la Sala estimó sustancialmente la demanda y condenó a la promotora a indemnizar determinadas cantidades si los adquirentes optaban por la sustitución de los componentes, y a otras inferiores de no usar tal posibilidad. (F. S. N.)

17. Responsabilidad bancaria por el percibo de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas.—Tanto la Ley 57/1968 como la Ley de Ordenación de la Edificación obligan a que los pagos realizados a cuenta del precio de viviendas futuras se depositen en una cuenta especial, separada de cualquier otra clase de fondos. Según jurisprudencia constante, aunque este deber incumbe de manera principal al promotor, la entidad bancaria es responsable subsidiariamente si incumple su deber de asegurar que los ingresos se realicen en una cuenta de tales características. En esta sentencia el

Tribunal Supremo insiste en esta interpretación e incide en el cómputo de los intereses correspondiente, fijando el *dies a quo* de su devengo al tiempo del anticipo, no de la posterior reclamación por el comprador. (STS de 21 de junio de 2022; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Tras unirse a una sociedad cooperativa de viviendas, A realizó una serie de anticipos a cuenta del precio de su futura vivienda en sendas cuentas bancarias de la promotora, gestionadas por los bancos B y C. Como la promoción no llegó a buen fin, se dio de baja y, junto con otros exsocios, interpuso demanda declarativa de responsabilidad legal contra las entidades bancarias por aceptar los ingresos a cuenta sin asegurarse de que se hacían en una cuenta especial como exige la ley, obteniendo un pronunciamiento firme que declaró dicha responsabilidad subsidiaria. Subsiguientemente, A interpuso demanda contra los bancos B y C reclamando la devolución de los anticipos realizados.

El Juzgado de Primera Instancia conecedor del asunto estimó parcialmente la demanda, ordenando que se devolvieran aquellas cantidades de forma íntegra, pero fijando la fecha para el cómputo de los intereses en el momento de la reclamación judicial de A. Los recursos de apelación de ambas partes fueron resueltos por la Audiencia Provincial, que confirmó íntegramente la sentencia de instancia. Finalmente, A interpuso recurso de casación, que es estimado íntegramente por el Tribunal Supremo. Nuestro Alto Tribunal reitera su jurisprudencia sobre el cálculo de intereses que devengan las cantidades pagadas a cuenta de viviendas en construcción conforme a la Ley 57/1968 y la LOE, calificándolos de remuneratorios y calculándolos desde la fecha en que se produjeron los respectivos ingresos. Asimismo, resuelve también que no supone abuso de derecho por parte del demandante ejercitar primero una acción merodeclarativa de responsabilidad de la entidad bancaria para luego ejercitar la acción de reclamación de deuda en un proceso posterior.

NOTA.—En cuanto a la fijación del *dies a quo* para el devengo de intereses por ingresos a cuenta de viviendas en construcción, aplicado a supuestos de responsabilidad de las entidades bancarias receptoras de los anticipos, *vid.* las SSTS 717/2021, de 25 de octubre y 194/2022, de 7 de marzo, en el mismo sentido.

Por lo que respecta a la posibilidad de ejercitar separadamente las acciones declarativa de responsabilidad y de reclamación de deuda, la jurisprudencia lo ha admitido cuando el actor tenga un interés legítimo para ello. Se trata de un requisito de interpretación estricta, de modo que es necesario que haya incertidumbre sobre la existencia o alcance de una relación jurídica, que la misma pueda ocasionar un daño y que no haya otro remedio para solventarla (SSTS 614/2005, de 15 de julio y 760/2011, de 4 de noviembre). La posibilidad de desglosar ambas acciones en el caso de pagos a cuenta de viviendas en construcción ya había sido reconocida previamente por la STS 331/2022, de 27 de abril. (C. C. S.)

18. Extensión de la obligación de conservación en el contrato de arrendamiento. Deber de indemnizar por parte del arrendador cuando la ruina del inmueble provenga del incumplimiento de la obligación de mantener la vivienda en el estado que fue arrendada.—El Tribunal Supremo considera que la obligación del arrendador de conservar la cosa en el estado que sirva para el uso que ha sido destinada conforme a los artículos 1554.2 CC y 107 LAU 1964, no comprende la de reconstruir edificios en ruina patente y manifiesta, por lo que, si el inmueble objeto de arriendo se encuentra en el supuesto de hecho consagrado en el artículo 118.2 LAU 1964, dicha obligación se extingue. Con todo, lo anterior no exime de analizar si el arrendador contribuyó causalmente —a través del incumplimiento de su obligación de conservación— a la producción de la ruina, en cuyo caso, deberá indemnizar al arrendatario (SSTS 242/2002, de 11 de marzo, 1054/2006, de 5 de enero, 428/2016, de 27 de junio). **(STS de 18 de julio de 2022;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Empresa Cirona, SA, y Marco Antonio celebran un contrato de arrendamiento el 1 de marzo de 1967, cuyo objeto es un inmueble ubicado en Madrid destinado a la vivienda, con una renta de 400 pesetas mensuales. La arrendadora interpone demanda de resolución del contrato por ruina, en conformidad con el artículo 118.2 LAU 1964 con base en que el Servicio de Conservación y Edificación del Área de Gobierno de Urbanismo, Vivienda e Infraestructura del Ayuntamiento de Madrid, con fecha 16 de julio de 2012, dicta una resolución requiriendo a los propietarios la realización de una serie de obras de reparación sobre el inmueble. Conforme a lo anterior, solicita que el demandado abandone la vivienda y se la entregue. El demandado contesta negando la existencia del supuesto de hecho de ruina, y además interpone demanda reconvenicional, solicitando una indemnización de perjuicios, al considerar que la ruina es consecuencia del actuar negligente del propietario respecto al deber conservación del inmueble.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda principal al considerar que el inmueble no se encuentra en estado ruinoso al momento de presentarse la demanda. La demanda reconvenicional también es desestimada al ser planteada con carácter subsidiario a la estimación de la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial de Madrid lo estima, revoca la sentencia apelada, acoge la resolución del contrato y desestima la reconvenición. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la parte arrendataria, revoca la sentencia, declara la resolución por ruina del contrato de arrendamiento y acoge parcialmente la demanda reconvenicional, condenando a indemnizar los perjuicios ocasionados al arrendatario.

NOTA.—Téngase en cuenta que los artículos de 107 y 118 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, al que se hace referencia en esta sentencia, han sido derogados por la Ley 28/1994, de 24 de noviembre, y en la actualidad la obligación de conservación y sus límites se encuentran regulada en los artículos 21 y 28 LAU. (N. M. S.)

19. El impago del IBI como causa de resolución del contrato de arrendamiento.—Desde la entrada en vigor de la LAU, dentro de la expresión «cantidades asimiladas a la renta», se incluye, entre otros conceptos, el importe del IBI. En tales casos, su impago, dado que supone el incumplimiento de una obligación añadida a la esencial de abono de la renta, faculta al arrendador para instar la resolución del contrato.

Por lo que se refiere a la DT 2.ª LAU, esta norma se aplica a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985. En su apartado A, señala que los contratos que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la LAU, continuarán rigiéndose por las normas del TRLAU 1964, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de dicha disposición transitoria. En su apartado C), su numeral 10.2 señala que el arrendador podrá exigir al arrendatario el total del importe de la cuota del IBI que corresponda al inmueble arrendado. Esta posibilidad no implica un cambio en el sujeto pasivo del tributo, pues tal condición la seguirá ostentando el arrendador, como propietario del inmueble. Dicha repercusión exige la comunicación previa de la cuota del IBI, para que el arrendatario pueda cumplir su obligación legal. En cambio, no es exigible que el arrendador efectúe una manifestación de voluntad de repercutir el IBI al arrendatario. Basta con que el arrendador reclame el IBI al arrendatario para que éste quede obligado a su pago.

Doctrina de los actos propios.—Esta doctrina tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables. Así, quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real. (STS de 26 de julio de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—La entidad CDAI es propietaria de la vivienda que disfruta en alquiler la demandada G. El contrato de arrendamiento fue suscrito el 1 de marzo de 1941 por C, marido de G. Al fallecer el arrendatario, G se subrogó en el contrato, lo que comunicó a la propietaria en octubre de 1989. En febrero de 2019, CDAI promovió juicio de desahucio por falta de pago de la renta y cantidades asimiladas y acumuló una acción de reclamación de cantidad por casi 33.000 euros, de los cuales casi 27.000 euros correspondían al concepto de rentas pendientes de los últimos cinco años y otros 6.000 euros del IBI de 2014-2018. El procedimiento finalizó con una sentencia donde el Juez declaró enervada la acción de desahucio y se condenó a la demandada al pago de 1.500 euros.

En diciembre de 2019, la actora promovió una nueva demanda de desahucio por falta de pago y reclamación de cantidad contra la arrendataria, por impago del IBI correspondiente a las anualidades 2014-2018 del piso alquilado, por su importe de 6.000 euros. La demandada contestó a la demanda alegando: 1) la existencia de cosa juzgada; 2) la vinculación de los actos propios ante la enervación de la acción de desahucio en el anterior proceso y no recurrir la sentencia del juzgado que así la declaró, con lo que permitía confiar a la demandada de que estaba al día de lo reclamado hasta ese momento; 3) no procedía la aplicación de los artículos 101.1

y 99.1.1.^a TRLAU 1964 con efectos retroactivos, por lo que no sería válida la repercusión de impuestos de años anteriores; 4) la prescripción del IBI. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que las cuestiones planteadas por las partes eran de naturaleza compleja y excedían del ámbito propio de un juicio de desahucio.

Contra dicha sentencia se interpuso por la actora recurso de apelación. La Audiencia Provincial decretó haber lugar al desahucio y condenó a la demandada al pago de 6.000 euros en concepto de IBI, basándose en la DT 2.^a, C) 10.2 LAU. Declaró que: a) el impago del IBI constituye legítimo motivo de resolución del contrato de arrendamiento; b) no concurre un acto propio de la arrendadora, de carácter inequívoco y concluyente, del que cupiere entender que renunciarse a plantear en el futuro un procedimiento de desahucio con base en el impago del IBI adeudado.

La demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, alegando: 1) la inaplicación del artículo 101.2 regla 5.^a, en relación con los artículos 99.1 y 95, TRLAU 1964; 2) la DT 2.^a apartado A).1 de la LAU. Apunta el Tribunal Supremo que hay que determinar si se ha infringido el régimen jurídico del artículo 101 TRLAU 1964. Efectuada la notificación del IBI, su cuantía no es impugnada por la arrendataria. Según el Alto Tribunal, no cabe afirmar que la arrendataria está liberada del abono del IBI porque no se recurrió la sentencia del proceso anterior. Además, en dicha resolución se dejaba a salvo el resto de las obligaciones legales y contractuales de las partes, entre las que se encuentra el abono del referido tributo. Por ello, confirma la sentencia de la Audiencia, máxime cuando la reclamación del IBI es previa a la reconvencción formulada.

Por otro lado, afirma el Tribunal Supremo que la falta de recurso de una sentencia relativa a un juicio de desahucio no puede entenderse como renuncia a la reclamación del pago del impuesto. Finalmente, considera que no ha prescrito el derecho a exigirlo. La DA 10.^a LAU establece que todos los derechos, obligaciones y acciones que resulten de los contratos de arrendamiento contemplados en la presente ley, incluidos los subsistentes a la entrada en vigor de la misma, prescribirán, cuando no exista plazo específico de prescripción previsto, de acuerdo con lo dispuesto en el régimen general contenido en el Código Civil. La jurisprudencia ha considerado aplicable el plazo de cinco años del artículo 1966.3 CC y, en este caso concreto, no ha transcurrido.

NOTA.—Sobre el impago del IBI como legítimo motivo de resolución del contrato de arrendamiento, *vid.* las SSTs de 12 de enero de 2007, 15 de junio de 2009, 27 de diciembre de 2010, 11 y 20 de julio de 2011, de 18 de abril de 2013, 28 de mayo de 2014, 23 de junio de 2014, 30 de diciembre de 2015, 12 de abril de 2021 y 28 de mayo de 2022. Respecto a la doctrina de los actos propios, *vid.* las SSTs de 9 de diciembre de 2010, de 25 de febrero de 2013, 18 de junio de 2020 y 7 de abril de 2022. (S. L. M.)

20. Arrendamientos urbanos. Acción de resolución y desahucio. Enervación de la acción. Valor de fehaciente del requerimiento no entregado, pero del que se dejó advertencia, y no recogido.—Para que un requerimiento de pago de las rentas impagadas tenga un valor impeditivo de la enervación de la acción, este debe ser fehaciente, de modo que se permita dejar constancia de su realización. Cuando el requerimiento consta como entregado y «dejado aviso», puede tener dicho valor impeditivo. Estos actos de comunicación producen efectos cuando su frustración se debe a la pasividad, desinterés o negligencia del destinatario, que, sabiendo que estaba a su disposición en la oficina de correos, no tuvo voluntad de recogerlo. No se aprecia en estos casos causación alguna de indefensión. Las notificaciones de esta naturaleza exigen en todo caso la colaboración del destinatario, por consiguiente, su frustración por causas imputables a este no impiden su eficacia.

Requisitos del requerimiento de pago.—Para impedir la enervación de la acción, el requerimiento no solo debe remitirse en el plazo expresado en el artículo 22.4 LEC, sino además debe cumplir los siguientes requisitos: debe constituir un requerimiento referido al pago de rentas o cantidades asimilables impagadas, debe ser fehaciente y el arrendatario no debe haber puesto a disposición del arrendador la cantidad requerida. Por otro lado, no es necesario que se anuncie que el contrato va a ser resuelto, ni que no procederá la enervación de la acción, si no se procediese al pago en tiempo y forma. En este sentido, no debe obligarse al arrendador a actuar como «asesor» del arrendatario, simplemente se necesita que se requiera del pago. **(STS de 22 de junio de 2022; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Faustino formalizó con la usufructuaria de un inmueble situado en Madrid un contrato de arrendamiento el 1 de abril de 2014; no obstante, esta falleció tiempo después. La renta mensual pactada era de 1.000 €. En enero de 2018 el arrendatario dejó de abonar las cantidades mensuales debidas. A consecuencia de ello, el 12 de noviembre de 2018 Julio, Eusebio, Gumersindo y Yolanda le requirieron mediante burofax el pago de las rentas adeudadas. Según consta, el servicio de correos acudió al domicilio del arrendatario donde se le dejó un aviso para que acudiese a la oficina para recogerlo. Igualmente consta que Faustino nunca se recogió el mencionado burofax. Así pues, el 17 de enero de 2019 se interpuso la demanda donde se solicitaba la declaración de resolución del citado contrato, así como la condena al pago de las rentas y consumos devengados y por devengar más los intereses. En su contestación, el demandado solicitó que se tuviese por enervada la acción. En primera instancia, el juez declaró enervada la acción basándose en el hecho de que lo realmente pretendido por los actores era ejercitar una acción de precario, puesto que con el fallecimiento de la usufructuaria arrendadora se había extinguido el contrato de arrendamiento. Sin embargo, tras el recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó esta sentencia, toda vez que el contrato siguió vigente tras el fallecimiento y, además, el requerimiento se había efectuado correctamente y en el plazo reflejado en el artículo 22.4 LEC, por lo que la acción no había quedado enervada. Por todo lo anterior, declaró resuelto el contrato acogiendo las pretensiones de los actores.

A mayor abundamiento, cabe destacar otras cuestiones adicionales. Primeramente, se desestiman ambos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, toda vez que el error en la valoración de la prueba solo puede ser examinado en este recurso en casos de vulneración de la tutela judicial efectiva por una valoración irracional, ilógica o absurda, cosa que no sucede en este caso. Asimismo, declara el Tribunal Supremo que la carga de la prueba de los supuestos actos vandálicos que impidieron a Faustino tener conocimiento del aviso de correos le corresponde a él y no a los actores. En segundo lugar, el Tribunal Supremo rechaza apreciar la situación de precario a consecuencia del fallecimiento de la original arrendadora. Finalmente, no se ha producido una lesión del principio de igualdad supuestamente producido por no aplicar sentencias idénticas a este caso. En este sentido, el recurrente no ha logrado establecer una comparación de situaciones idénticas con soluciones divergentes. (*J. F.–L. M.*)

21. Imposibilidad de determinar los honorarios del abogado en base a un contrato inexistente.—Para el arrendamiento de obras y servicios, al que por lo común se adscribe la relación entre el abogado y su cliente, el requisito del precio existe, aunque no se fije de antemano, ya que puede determinarse por tasación pericial. El artículo 1544 CC no exige que el precio esté fijado al tiempo de celebración del contrato, sino que basta con que sea determinable, incluso por *arbitrium boni viri*. En relación con los servicios profesionales que prestan los abogados a sus clientes, su apreciación está sujeta al ejercicio de la facultad de moderación por parte del tribunal en función de las circunstancias del caso, entre las que merecen especial relevancia la naturaleza y cuantía del asunto, su grado de complejidad, la dedicación requerida y los resultados obtenidos, la costumbre o uso del lugar y la ponderación de criterios de equidad. Con todo, en el presente caso, los dos motivos del recurso de casación incurren en el defecto calificado de hacer supuesto de la cuestión, en cuanto que parten de la existencia de un contrato de iguala que la sentencia recurrida ha declarado inexistente. La Audiencia no presume la gratuidad de los servicios con apoyo en una relación de amistad entre las partes ni porque considere que para ser exigible el precio debe quedar fijado necesariamente de antemano o porque no admita que en determinadas circunstancias el precio pueda fijarse con otros criterios. La razón por la que la Audiencia estima el recurso de apelación de la demandada y desestima la demanda de reclamación de cantidad es porque considera, en atención a la valoración de la prueba, que no ha quedado acreditada la existencia del contrato de iguala en el que se basaba la pretensión ejercida en la demanda. Si no hay contrato de iguala no hay laguna contractual que integrar. (**STS de 5 de julio de 2022**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El demandante reclama una cantidad, derivada de la falta de pago exigible, a su juicio, en virtud de un contrato de asesoramiento jurídico continuado. El juzgado de primera instancia estimó la demanda.

El demandado interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y desestima la demanda,

al considerar que no ha quedado acreditado que efectivamente hubiese habido entre los litigantes el pacto contractual que se conoce con el nombre de iguala.

El demandante interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (*J. M.^a M. F.*)

22. Resolución por incumplimiento de contrato de préstamo hipotecario: carácter grave y esencial.—Resulta posible resolver el contrato de préstamo cuando el prestatario incumple de manera grave y esencial las obligaciones asumidas que sean relevantes para las partes, como la de devolver el capital en ciertas cuotas o abonar los intereses remuneratorios pactados. La valoración de la gravedad del incumplimiento resolutorio debe tener en cuenta tanto su carácter prolongado en el tiempo como la falta de reparación de la situación por parte del deudor, pues se trata de que el incumplimiento justifique que el acreedor quiera poner fin al contrato para recuperar todo el capital sin tener que esperar al término pactado (STS, de Pleno, 432/2018, de 11 de julio, y STS 38/2021, de 2 de febrero). Para valorar la gravedad del incumplimiento resolutorio resultan útiles y pueden servir como orientación los criterios fijados en el artículo 24 LCCI aun cuando no es aplica a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido antes de la entrada en vigor de la norma. (**STS de 6 de junio de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Una entidad bancaria solicitó la resolución de un contrato de préstamo hipotecario a treinta años suscrito en 2006. Ante el impago por el prestatario de las cuotas de amortización desde el año 2012, la prestamista le notificó en 2017 el importe adeudado y le requirió para su regularización, sin resultado alguno. Ese mismo año, la entidad bancaria solicitó la resolución del contrato y la condena al pago de la totalidad del capital vencido y no vencido, más los intereses devengados. La demanda fue estimada en primera instancia, pero la Audiencia rechazó la resolución del contrato. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la prestamista.

NOTA.—Rechazar la aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de préstamo supondría privar al prestamista (en aquellos casos en que no se hubiera previsto una cláusula de vencimiento anticipado o resultara nula) de un precepto asentado en razones de justicia material, pues le permite, ante incumplimientos relevantes del prestatario, desvincularse de los plazos de devolución concedidos y reclamar íntegramente lo prestado sin verse limitado a esperar a su vencimiento. Para más referencias, y sobre la aplicación de los criterios del artículo 24 LCCI también a los préstamos personales de larga duración a los efectos de determinar la gravedad del incumplimiento resolutorio, véase Santana Navarro, F., «El préstamo simple o mutuo y su posible resolución por incumplimiento (art. 1124 CC)», *ADC*, 2022-III, pp. 987-1078. (*F. S. N.*)

DERECHO DE FAMILIA

23. Divorcio. Convenio regulador. Negocios de Derecho de familia: limitaciones.—El principio de autonomía de la voluntad tiene plena vigencia en las relaciones horizontales entre los cónyuges, bajo la limitación del principio de orden público del interés y beneficio de los menores en las relaciones verticales con ellos (SSTS 569/2016, de 28 de septiembre, y 251/2018, de 25 de abril, entre otras). También las SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, y 81/2021, de 19 de abril, establecen este límite en base al interés superior del menor. En consecuencia, los cónyuges en el ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales (SSTS de 27 enero y 21 de diciembre de 1998; 615/2018, de 7 de noviembre; 102/2022, de 2 de febrero; y 130/2022, de 21 de febrero).

Pactos sobre pensión compensatoria.—Dentro del marco legítimo del principio de la libre autonomía de la voluntad de los cónyuges se encuentran los pactos relativos a la pensión compensatoria (SSTS 807/2021, de 23 de noviembre; y 130/2022, de 21 de febrero, por citar de las más recientes), ya que el derecho personalísimo de crédito, que constituye la esencia de dicha pensión, entra en la esfera dispositiva de los cónyuges, por tanto, a través de sus pactos pueden celebrar los acuerdos que consideren oportunos para determinar el derecho a percibirla o no, fijar, en caso afirmativo, su duración, o establecerla sin límite temporal preestablecido, capitalizarla mediante una prestación única o periódica, constituirla bajo fórmulas de usufructo o renta vitalicia. En definitiva, delimitar su contorno y las causas por las que dejaría de devengarse o extinguirse. A efectos de extinción de la pensión compensatoria, habrán de tenerse en cuenta los acuerdos contenidos en el convenio regulador (STS 678/2015, de 11 de diciembre). **(STS de 30 de mayo de 2022; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—Los litigantes se encontraban judicialmente separados, con un convenio regulador que reglamentaba sus relaciones personales y patrimoniales. El convenio contenía una cláusula que establecía: que el marido, vendrá obligado a abonar a esposa, en concepto de prestación compensatoria, mil euros mensuales. La pensión tendrá carácter vitalicio, pero quedará sin efecto en el momento en la que la esposa conviva maritalmente con otra persona, contraiga nuevo matrimonio, o bien tenga un trabajo por cuenta propia o ajena cuya retribución supere los 1.500 euros mensuales brutos, sin incluir pagas extras.

Posteriormente, el marido solicitó el divorcio y el juzgado lo declaró, se fijaron tres mil euros mensuales como alimentos para las hijas del matrimonio, gastos extraordinarios, régimen de comunicación, y se mantuvo la pensión compensatoria establecida en la separación. La audiencia rebajó la pensión de alimentos a 2500 euros mensuales, y limitó temporalmente la duración de la pensión compensatoria a cinco años a contar desde la fecha de la sentencia del referido tribunal. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la beneficiaria de la pensión compensatoria y dio como válido lo establecido en el convenio regulador de separación, por no quedar probados en la audiencia ninguno de los supuestos de extinción acordados. *(C. O. M.)*

24. Pensión compensatoria.—La pensión compensatoria se configura como un derecho personalísimo de crédito, normalmente de tracto sucesivo, fijado en forma de pensión indefinida o limitada temporalmente, susceptible, no obstante, de ser abonada mediante una prestación única, encajable dentro de la esfera dispositiva de los cónyuges, condicionada, por lo que respecta a su fijación y cuantificación, a los parámetros establecidos en el artículo 97 CC, y fundada en el desequilibrio económico existente entre los consortes en un concreto momento, como es el anterior de la convivencia marital (SSTS 100/2020, de 20 de febrero; y 807/2021, de 23 de noviembre, entre otras).

Carácter temporal.—Es jurisprudencia consolidada con respecto a esta cuestión la siguiente:

1. El establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano jurisdiccional, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo ésta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso.

2. Que para fijar la procedencia, cuantía y duración temporal de la pensión compensatoria es necesario atender a los factores a los que se refiere el artículo 97 CC.

3.— Que, a tales efectos, la función judicial radica en valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario/a para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción.

4. Tal juicio prospectivo o de futuro deberá de llevarse a efecto con prudencia, ponderación y con criterios de potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad.

5.— El plazo, en su caso, habrá de estar en consonancia con la previsión racional y motivada de superación del desequilibrio (SSTS 418/2020, de 13 de julio, y 185/2022, de 3 de marzo, por citar de las más recientes). **(STS de 30 de mayo de 2022; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.]

HECHOS.—En un proceso de divorcio, el juzgado denegó la pensión compensatoria solicitada por la esposa. La audiencia estimó el recurso y le otorgó a la apelante una pensión compensatoria, sin limitación temporal, de 600 euros mensuales con revisión mediante el IPC.

Quedó probado que a la fecha de interposición de la demanda, la actora contaba con 49 años y gozaba de buena salud y cualificación profesional, con titulación en el mundo del diseño de moda y estilismo, integración laboral, en los últimos años a tiempo parcial, que la edad de los hijos, que iban a cumplir 16 y 12 años, implicaba que su cuidado y atención futuros no eran tan exigentes como los requeridos cuando contaban con corta edad, lo que favorecía su disponibilidad horaria e integración laboral parcialmente en lo que se refiere a la duración de la pensión compensatoria, por lo que el Tribunal Supremo estimó en parte el recurso de apelación del demandado al ratificar el pronunciamiento de la audiencia, con la salvedad de fijar la pensión compensatoria con un límite temporal de cinco años a contar desde la fecha de la sentencia de la audiencia. (C. O. M.)

25. Momento de disolución del régimen económico matrimonial. Relevancia de la separación de hecho a tal efecto.—Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 287/2022, de 5 de abril y 136/2020, de 2 de marzo), en caso de divorcio judicial, la disolución de la sociedad de gananciales se produce por la firmeza de la sentencia.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha matizado el tenor literal del artículo 1393.3.º CC con el objetivo de rechazar pretensiones de alguno de los cónyuges que puedan ser consideradas abusivas por contravenir el principio de buena fe del artículo 7 CC. Así, la jurisprudencia de la Sala de lo civil (SSTS 297/2019, de 28 de mayo y 136/2020, de 2 de marzo) ha admitido que, en los casos en los que exista una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo, no deben integrarse en la comunidad aquellos bienes que, de acuerdo con las normas que regulan la sociedad de gananciales, ostentan este carácter y, en especial, los adquiridos exclusivamente con el propio trabajo o industria de uno de los cónyuges.

Esta separación duradera a la que se refiere la doctrina del Tribunal no puede equipararse a: 1) la mera admisión a trámite de la demanda de divorcio; 2) el dictado de las consiguientes medidas provisionales; 3) la salida del domicilio familiar de uno de los cónyuges; o 4) el dictado de un auto que acuerde una orden de protección. (**STS de 6 de junio de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Olegario y Lourdes se separaron de hecho el 1 de septiembre de 2013. El matrimonio se disolvió el 19 de septiembre del año siguiente y, tras ello, Olegario presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Madrid solicitud de formación de inventario con el objetivo de liquidar la sociedad de gananciales.

Debido a las discrepancias existentes entre las partes, se citó a las mismas a una vista. En esta, Lourdes reconoció el carácter ganancial de una serie de cuentas y depósitos y solicitó el pago de 8.888 euros por el alquiler de una vivienda y 2.600 euros como contribución a la sociedad.

Por su parte, Olegario alegó en su escrito de conclusiones que, a los pocos días de la separación de hecho, Lourdes dispuso en su propio beneficio de una cantidad de dinero ganancial, solicitando que este fuera reembolsado a la sociedad. Defendía que debía retrotraerse la fecha de disolución del régimen económico matrimonial al 1 de septiembre de 2013, momento en el que la esposa alquiló un piso y dejó el domicilio familiar. Asimismo, se opuso al reembolso de las cantidades solicitadas por Lourdes en concepto de alquiler y contribución a las cargas de la sociedad de gananciales.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que rechazó que la disolución del régimen económico matrimonial pudiera retrotraerse al momento de la separación de hecho. Olegario recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso considerando que, debido a que Lourdes abandonó el domicilio conyugal el 1 de septiembre de 2013 y no se volvió a reanudar la convivencia, debía incluirse en el activo los saldos de las cuentas y depósitos a los que se refería Olegario a fecha de 1 de septiembre de 2013. Contra esta resolución, Lourdes interpuso recurso de casación y por infracción procesal. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación e incluye en el activo un

crédito contra Lourdes únicamente por las cantidades de dinero ganancial que no pudo acreditar que fueran empleadas en levantar cargas familiares.

NOTA.—El Tribunal Supremo considera que la sentencia de la Audiencia Provincial que estimó la apelación de Olegario incurre en dos errores. El primero consistió en incluir en el activo un saldo que ya no se encontraba en las cuentas y depósitos controvertidos, pues la Audiencia no tuvo en cuenta las extracciones que Lourdes realizó con anterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales. El segundo error se produce al tratar de subsanar el primero mediante la declaración de retroacción de la disolución a un momento anterior a estas extracciones. Esta situación impide evaluar si el dinero retirado se empleó en beneficio exclusivo de Lourdes y si, en consecuencia, debe ser reembolsado a la sociedad de gananciales, o si fue empleado en el levantamiento de cargas familiares, hecho que no generaría derecho de reembolso alguno. (*M. S. G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

26. Desheredación de nietos por falta de relación continuada: Interpretación flexible por el Tribunal Supremo del artículo 853.2.ª CC, que establece como justa causa para desheredar a hijos y descendientes haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra al padre o ascendiente.—Atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma, y tratando de dar respuesta a las situaciones de menosprecio y abandono a las que pueden verse expuestas las personas vulnerables de edad avanzada, la jurisprudencia tiene declarado que el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el artículo 853.2.ª CC (SSTS 267/2019, de 13 de mayo; 258/2014, de 3 de junio; y 59/2015, de 30 de enero).

Criterio jurisprudencial sobre el concepto de maltrato psicológico como causa de desheredación.—El concepto del maltrato psicológico dado por la jurisprudencia (SSTS 258/2014, de 3 de junio; y 59/2015, de 30 de enero), se configura como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el artículo 853.2 CC. De esta forma, el maltrato psicológico reiterado ha quedado comprendido dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra del artículo 853.2.ª CC, al entender que es un comportamiento que puede lesionar la salud mental de la víctima.

Alcance de la falta de relación continuada e imputable al desheredado como causa de daños psicológicos.—Una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos y, en consecuencia, podría configurarse como una causa de privación de la legítima (STS 401/2018, de 27 de junio). En el sistema legal vigente no toda falta de relación afectiva o de trato familiar puede ser enmarcada, por vía interpretativa, en las causas de desheredación establecidas de modo tasado por el legislador. Es preciso ponderar y valorar si, en atención a las circunstancias del caso, el distanciamiento y la falta de relación son impu-

tables al legitimario y además han causado un menoscabo físico o psíquico al testador con entidad como para poder reconducirlos a la causa legal del *maltrato de obra* prevista en el artículo 853.2.^a CC.

Cuando el desheredado niegue la causa invocada para la desheredación, han de ser los herederos designados quienes prueben su certeza.—El testador debe expresar alguna de las causas que de manera tasada ha fijado el legislador en los artículos 852 y ss. CC y al legitimario le basta negar su veracidad para que se desplace la carga de la prueba al heredero (arts. 850 y 851 CC).

El Código civil sigue manteniendo como límite a la voluntad del causante la necesidad de expresar una justa causa de desheredación para privar de la legítima a los legitimarios.—La jurisprudencia ha admitido que los tribunales pueden interpretar con arreglo a la realidad social las causas legales de desheredación. Por ello, una falta de relación continuada e imputable al desheredado, ponderando las circunstancias del caso, podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos y, en consecuencia, podría encuadrarse en una de las causas de privación de la legítima establecidas por el legislador. Sin embargo, la aplicación del sistema vigente no permite configurar por vía interpretativa una nueva causa autónoma de desheredación basada exclusivamente, sin más requisitos, en la indiferencia y en la falta de relación familiar, puesto que el legislador no la contempla. Lo contrario, en la práctica, equivaldría a dejar en manos del testador la exigibilidad de la legítima, al poder privar de ella a los legitimarios con los que hubiera perdido la relación independientemente del origen y los motivos de esa situación y de la influencia que la misma hubiera provocado en la salud física o psicológica del causante (STS 401/2018, de 27 de junio). (STS de 24 de mayo de 2022; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El presente pleito tiene su origen en una demanda interpuesta por dos nietas desheredadas que pretendían que se declarase la no concurrencia de la causa de desheredación invocada en el testamento de su abuela: haberla maltratado de obra según lo establecido en la causa 2.^a del artículo 853 CC. Las dos nietas desheredadas demandaron a sus tíos, legitimarios de la testadora, negando la existencia de desheredación y que, en el supuesto de haberse querido referir la testadora a dicha causa de desheredación como maltrato psicológico, tampoco concurriría, porque las nietas no habían contribuido al hipotético padecimiento que hubiera sufrido por la ausencia de relación familiar. Añadieron que habían heredado a su padre, por quien no habían sido desheredadas y que el distanciamiento en la relación entre la testadora y sus nietas se habría debido a la exclusiva voluntad de dicha causante.

No quedó probado el maltrato de obra invocado por la testadora ni tampoco un menoscabo psicológico derivado del comportamiento de las nietas. Sí ha quedado acreditada la falta de relación familiar y afecto que se produce tras una historia previa de desencuentros que determinaron una situación de falta absoluta de relación de las actoras con su padre y con la familia de este. En esa historia es destacable que fuera la abuela quien, tras la separación de los padres de las actoras, desahuciara judicialmente a la madre y las nietas de la vivienda situada en el camping familiar y que habían venido ocupando desde su nacimiento.

El juzgado y la audiencia estimaron la demanda. Una de las hijas de la testadora recurrió en casación, al no incluir la audiencia la falta de relación y distanciamiento familiar dentro del maltrato psicológico constitutivo del maltrato de obra. El Tribunal Supremo no dio lugar al este recurso. (*I. D.-L. S.*)

DERECHO MERCANTIL

27. Seguro marítimo. Exclusión de cobertura ex artículo 756.7.º CCO: necesidad de relación de causalidad.—Dada la fecha en que se produjo el siniestro, no resulta aplicable al caso la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, sino la regulación del seguro marítimo contenida en el Código de Comercio. Estamos ante la denominada ausencia de condiciones de navegabilidad del buque, discutiéndose tradicionalmente si debía tener relación causal con el siniestro, o bastaba con que concurriera dicha condición. Esta cuestión fue zanjada por la jurisprudencia señalando que dicho precepto recoge supuestos de irresponsabilidad de la aseguradora por causas determinadas, aunque no se hayan excluido de la póliza, y entre ellas, el número séptimo se refiere a: falta de documentos prescritos en este Código, en las Ordenanzas y Reglamentos de Marina u omisiones de otra clase del capitán, en contravención de las Disposiciones Administrativas, a no ser que se haya tomado a cargo del asegurador la baratería del patrón, pero tal texto ha de conectarse con el párrafo primero del artículo 756 CCO, según el cual no responderán los aseguradores de los daños y perjuicios que sobrevengan a las causas aseguradas por cualquiera de las causas siguientes. Esta preposición «por», y la palabra «causa», obliga a concluir que entre la falta de documentos y el siniestro haya relación de causa a efecto.

Relación de causalidad: criterio de imputación objetiva.—Si partimos de la necesidad de que exista relación causal entre la irregularidad administrativa que provoca la falta de navegabilidad y el siniestro, que la jurisprudencia enjuicia conforme al criterio de la imputación objetiva, como método ordinario para impedir la aplicación de la doctrina de la causalidad eficiente y sus conocidos excesos en la atribución de un daño de forma desorbitada, desproporcionada e injustificada.

Imputación objetiva: alcance.—La imputación objetiva comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado, apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, el riesgo general de la vida, la provocación, la prohibición de regreso, el incremento del riesgo, el consentimiento de la víctima y la asunción del propio riesgo, y de la confianza. De tal manera que la causalidad jurídica sirve para evitar que el sujeto negligente responda de cualquier consecuencia remota, improbable o indirecta que pudiera derivarse de su conducta. (**STS de 28 de junio de 2022**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—N., quien era propietario de una embarcación de pesca y tenía suscrita una póliza de seguro de cascos (buque) con la compañía demandada, M. E. C. de S. y R., SA, por causas desconocidas, el barco embarrancó, naufragó y resultó destruido, no apare-

ciendo el cuerpo de don N. La representación procesal de C., quien actúa en beneficio de la Comunidad Hereditaria de don N. interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad aseguradora M. E. C. de S. y R., SA, en la que solicitaba se dictara sentencia condenando la demandada a pagar cierta cantidad de dinero más los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros. La parte demandada se opuso a la demanda solicitando su desestimación. El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Asturias, con sede en Gijón, estimó en parte la demanda condenando a la entidad aseguradora demandada a abonar a la actora cierta cantidad de dinero, inferior a la pretendida, más los intereses de esta cantidad, debiendo abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Recurrida en apelación por la representación procesal de la entidad M. E. C. de S. y R., SA, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso de apelación acordando la revocación de la sentencia de instancia y absolviendo a la demandada, M. E. C. de S. y R., SA, de la reclamación dirigida contra ella por la parte actora, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

28. Seguros. Es posible la subrogación de asegurador si el demandado no es asegurado sino tercero responsable.—La cuestión por dilucidar es si la aseguradora de una comunidad de propietarios puede ejercitar la acción subrogatoria del artículo 43 LCS contra el copropietario responsable de un incendio, por los daños producidos en los elementos asegurados en la póliza comunitaria e indemnizados por la aseguradora. Es decir, lo relevante será determinar si el comunero causante de los daños es asegurado en la póliza comunitaria, puesto que el artículo 43.2 LCS dispone que «el asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado». Esta cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en dos sentencias que llegan a conclusiones diferentes. La primera, la STS 557/2021, de 21 de julio, enjuició un asunto en que la compañía de seguros no solo reclamaba lo indemnizado por los daños en los elementos comunes del inmueble, sino también la cantidad abonada en la propia vivienda del comunero causante del incendio. En atención a esta última circunstancia, consideró que el comunero era asegurado, a los efectos del artículo 43.2 LCS, en tanto que tenía interés económico propio en la póliza. La segunda, la STS 860/2021, de 13 de diciembre, por su parte, resuelve un caso en que la aseguradora sólo reclamaba por la indemnización que había satisfecho a la comunidad de propietarios por los daños en elementos comunes. En este caso, declaró el Alto Tribunal que a efectos de la responsabilidad por daños ejercitada por vía de subrogación el copropietario no es asegurado sino tercero responsable, pues según la póliza, la asegurada de Mutua es la comunidad de propietarios, comunidad cuyos intereses, a efectos del seguro contratado, no siempre son idénticos a los de todos y cada uno de los copropietarios individualmente considerados. Además, el comunero causante del incendio tenía contratado un seguro del hogar que le cubrió los daños producidos en su vivienda, por lo que la sala consideró que, dada la ausencia de coincidencia de interés entre la comunidad y el copropietario, no podía considerarse a éste como asegurado a efectos de la acción subrogatoria ejercida por la compañía de seguros de la comunidad. Centrándonos en el caso que nos ocupa conside-

ra el Tribunal Supremo, tras examinar la póliza, que se trataba de un seguro multirriesgo en el que la tomadora era la comunidad de propietarios y que el objeto asegurado era el garaje del edificio. Teniendo en cuenta que la demanda de Ocaso solo reclamaba la indemnización de los daños en elementos comunes y nada referente a la plaza de aparcamiento propiedad del Sr. Mauricio, y es en esa indemnización en la que se subroga, conforme al artículo 43 LCS, no cabe considerar que la compañía de seguros haya ejercitado su acción de subrogación contra un asegurado. **(STS de 5 de julio de 2022; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—En noviembre de 2014 tuvo lugar un incendio en el garaje de una comunidad de propietarios en Badalona. Su origen fue un cortocircuito en la parte posterior eléctrica de una motocicleta propiedad del Sr. Mauricio y asegurada con un seguro de responsabilidad civil de vehículos a motor con la compañía seguros FIATC. El incendio produjo daños en las instalaciones del inmueble y en varios vehículos estacionados en el garaje, lo que dio lugar a cinco reclamaciones judiciales de afectados por el incendio, y sus compañías aseguradoras, que acabaron acumuladas en el procedimiento en que se interpone el recurso de casación. Los demandados, el Sr. Mauricio y Seguros FIATC (aseguradora de la motocicleta que provocó el incendio) se opusieron a todas las demandas. Conviene destacar que, respecto de la reclamación de Ocaso (aseguradora de la comunidad de propietarios), los demandados alegaron falta de legitimación activa para accionar contra el Sr. Mauricio, al no concurrir el requisito de la alteridad, por ser el demandado miembro de la comunidad asegurada (que carece de personalidad jurídica propia), puesto que el artículo 43 de la LCS exige que el daño se cause por un sujeto ajeno a la cobertura del contrato de seguro concertado. Por último, alegaron que el resto de perjudicados debían ser indemnizados por Ocaso, en tanto que aseguradora de la comunidad de propietarios del garaje, con cobertura del riesgo de incendio y daños, tanto de los vehículos como del inmueble.

La sentencia de primera instancia desestimó todas las demandas acumuladas al considerar que el incendio constituyó un caso fortuito, del que el propietario de la motocicleta no debía responder, y que tampoco era un hecho de la circulación, exonerando también a su aseguradora.

La Audiencia provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por todos los demandantes, considerando que el aparcamiento de un vehículo es un hecho de la circulación y que no concurren requisitos para entender que el incendio fuera un caso fortuito y que debe reconocerse la legitimación activa de Ocaso pues en tanto que aseguradora de la comunidad no aseguraba la responsabilidad civil de los comuneros. Revocó la sentencia de primera instancia y estimó íntegramente las demandas acumuladas.

El Sr. Mauricio y FIATC interpusieron recurso de casación, siendo admitido únicamente el que denuncia la infracción del artículo 43 LCS, que es desestimado por el Tribunal Supremo. (A. A. O.)

29. Concurso de acreedores. Sustitución del deudor por la administración concursal: alcance.—La jurisprudencia ha sostenido que, sin perjuicio del régimen previsto de sustitución del deudor concursado por la administración concursal, que debería ser interesada por esta última, la norma del artículo 51.2 LC (Ley Concursal) permite al deudor mantener su propia representación y defensa separada, por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice que los eventuales gastos generados por estas actuaciones no repercutirán en la masa del concurso.

Finalidad de la norma.—La norma quiere asegurar que sea la administración concursal la que valore la conveniencia de continuar el procedimiento pendiente y, en su caso, recurrir la resolución judicial que se hubiera dictado en el mismo, en atención a las consecuencias económicas que podrían derivarse para la masa del concurso. Pero, permite que la propia concursada continúe con dicho procedimiento siempre que no ponga en riesgo la masa del concurso con eventuales costas y gastos procesales. Mientras no se produzca la sustitución del deudor concursado por la administración concursal, prevista en el párrafo primero del artículo 51.2 LC, no opera la posibilidad, concedida en el párrafo segundo al deudor concursado, de mantener su representación y defensa separadas, con las garantías antes descritas, por lo que no resulta de aplicación este régimen especial.

Dejación por parte de la administración concursal.—En casos en que a la administración concursal le corresponde sustituir al deudor concursado en los procesos judiciales pendientes, pero hace dejación de esta función y con ello permite que la concursada continúe en la defensa de sus derechos patrimoniales objeto de litigio, el deudor concursado se encuentra *de facto* bajo el régimen previsto en el apartado 3 del artículo 51 LC para los casos de intervención. Esto es, mantiene en ese pleito la capacidad procesal, pero su legitimación procesal queda condicionada al régimen de autorizaciones previsto en este precepto. Es lógico por ello que, una vez dictada la sentencia de primera instancia, para recurrir en apelación necesitara la conformidad de la administración concursal. Aunque esta exigencia de conformidad no esté explicitada en el artículo 51.3 LC respecto de la actuación procesal de recurrirla sentencia, la jurisprudencia sostiene que debemos considerarla integrada, a la vista de lo regulado en el artículo 54.2 LC respecto del ejercicio de acciones del concursado.

Procedimientos iniciados después de la declaración de concurso por la concursada.—Respecto de los procedimientos iniciados después de la declaración de concurso por la concursada intervenida con la preceptiva autorización de la administración concursal, si al tiempo de dictarse la sentencia de primera instancia se hubiera acordado la suspensión de facultades patrimoniales como consecuencia de la apertura de la liquidación, la administración concursal está legitimada para personarse e interesar sustitución procesal de la concursada. Pero mientras no lo haga, persiste la legitimación procesal de la concursada, sin perjuicio de que para recurrir en apelación deba contar con la autorización de la administración concursal prevista en el artículo 54.2 LC.

Sucesión procesal.—Para la ratio del artículo 54 LC, no es necesario imponer en todo caso la sucesión procesal de la concursada por la administración concursal cuando hubiera un cambio del régimen de intervención al de suspensión de facultades patrimoniales, y por eso no lo prevé.

Recurso de apelación por la concursada.—Los intereses del concurso por no asumir innecesariamente riesgos de gastos y costas a cargo de la masa

activa están garantizados en cuanto que de la misma manera que para interponerse la demanda fue necesaria la conformidad de la administración concursal, para recurrir también será necesaria. De tal forma que, mientras la administración concursal no se persone y solicite la sustitución procesal de la concursada, ésta sigue legitimada para continuar con el procedimiento, aunque para recurrir en apelación necesita la conformidad de la administración concursal prevista en el artículo 54.2 LC. **(STS de 1 de junio de 2022;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad I. M., SA, interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia demanda de incidente concursal en el concurso de U., S. A. contra la entidad R. R., SL, la mercantil U., SA, y la administración concursal de la entidad U., SA. impugnando la lista de acreedores y el inventario. La lista de acreedores por la supuesta inclusión indebida inclusión de diversos créditos a favor de la mercantil R. R., SL, en cuanto al inventario solicitaba se incluyeran en el activo ciertos derechos de crédito a favor de la concursada. La parte demandada se opuso a la demanda solicitando su desestimación. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia dictó sentencia desestimando la demanda, confirmando los términos del inventario de bienes y la lista de acreedores de la concursada U., SA. Recurrida en apelación por la representación procesal de I. M., SA, la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso de apelación, al apreciar una causa de inadmisión al entender que, cuando fue formulado el recurso, I. M., SA, carecía de legitimación para interponerlo, toda vez que tenía suspendidas sus facultades patrimoniales, y, conforme al artículo 54.1 LC, la sentencia sólo podía ser apelada por la administración concursal. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (notas críticas, libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Envío de originales:

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo Times New Roman en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal y las notas al pie de página, bibliografía final, listado de jurisprudencia y los anexos de normas y jurisprudencia en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y páginas numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y noventa páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y unas palabras claves. El título, el resumen y las palabras claves deberán figurar en castellano y en inglés. Además, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo, con su correspondiente numeración, salvo el apartado Bibliografía que no se numera.

Si en el cuerpo del texto del trabajo se citan los apellidos de un autor o una autora, se hará en redondo y caja baja.

Las referencias bibliográficas se harán del siguiente modo, pero solo en lo que respecta a la *bibliografía final del trabajo*:

- Libro: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- Capítulo de libro: Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo», en *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*, Madrid, 1997, pp. 9-19.
- Artículo de revista: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 967-1086.

En cuanto a las referencias bibliográficas en nota a pie de página, solo se incluirán los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, año de publicación (si es libro o capítulo de libro) y la/s página/s (p., o pp.), y si se trata de un artículo de revista, los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, la abreviatura de la revista, y año, y la/s página/s (p., o pp.).

En cuanto a abreviaturas: la de la palabra «artículo», procederá si figura entre paréntesis («art.»); en caso contrario, dicha palabra se transcribirá en su totalidad («artículo»); cuando proceda abreviar la mención del Código civil, procederá realizarla de la siguiente manera: «CC»; cuando proceda abreviar la mención a la Constitución española, procederá realizarla de la siguiente manera: «CE»; y cuando proceda abreviar la mención a la Ley de enjuiciamiento civil procederá realizarla de la siguiente manera: «LEC».

En lo referente a las abreviaturas de las revistas más habituales deben citarse de la siguiente forma:

AC	<i>Actualidad Civil</i>
ADCon	<i>Anuario de Derecho Concursal</i>
AFDUAM	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM</i>
AAMN	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
CCJC	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CDC	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
InDret	<i>www.indret.com</i>
PDD	<i>Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros</i>
RCDI	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
RDA	<i>Revista Aranzadi de Derecho Ambiental</i>
RDBB	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>
RDNT	<i>Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías</i>
RdPat	<i>Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial</i>
RDC	<i>Revista de Derecho Civil</i>
RDCP	<i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i>
RDCD	<i>Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución</i>
RDCE	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
RDP	<i>Revista de Derecho Privado</i>
RDS	<i>Revista de Derecho de Sociedades</i>
RDU	<i>Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente</i>
REDE	<i>Revista Española de Derecho Europeo</i>
RGLJ	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
RJC	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
RJNot	<i>Revista Jurídica del Notariado</i>
RJUAM	<i>Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid</i>

En relación con las *sentencias del Tribunal Supremo o de otro Tribunal*, que en el trabajo se citen, ha de indicarse la oportuna referencia de localización y el ponente de la sentencia. Para *otros tipos de resoluciones jurídicas* también ha de indicarse la oportuna referencia de localización.

Podrán ser inadmitidos, sin necesidad de evaluación, los trabajos que no reúnan los requisitos anteriores. El trabajo se devolverá al autor o a la autora para su subsanación.

3. Proceso de admisión, evaluación y publicación:

La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos al Consejo de redacción de la revista, especialistas en la materia, por el sistema de pares ciegos, manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor o de la autora como de los evaluadores.

Emitidos los informes por las personas que han realizado la evaluación, el autor o la autora del trabajo recibirá comunicación por correo electrónico sobre el resultado de la evaluación con los correspondientes informes. El resultado puede ser:

- Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueren.
- Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar modificaciones, como condición para la publicación del trabajo.
- Valoración desfavorable, si ambos informes lo fueren. Esto conlleva la no aceptación del trabajo.

En caso de discrepancia en los informes de evaluación, la revista decidirá si procede enviarlo a un tercer evaluador o evaluadora externos al Consejo de redacción, cuya decisión favorable determinará la aceptación del trabajo.

4. Cesión de derechos:

A los autores y las autoras, cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará, por correo electrónico, el contrato de cesión de derechos de explotación al Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario: adc@mjusticia.es. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

5. Corrección de pruebas de imprenta:

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.

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

Coordinador

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA
Profesor titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

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
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
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de Navarra

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
Académico senior 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: Gabriel García Cantero, Antonio Gordillo Cañas, Antonio Gullón Ballesteros, José Ángel Martínez Sanchiz, José Poveda Díaz.