



# **Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas**

**Máster Universitario en Práctica de la  
Abogacía**

**Línea práctica Civil-Mercantil**

Presentado por:

***Carlos Álvarez Pesquera***

Tutelado por:

***D.ª Paloma Factor San José***

*Madrid, 31 de Octubre de 2021*

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 644/2020, DE 30 DE NOVIEMBRE.....	3
	a. Identificación.....	3
	b. Objeto procesal y antecedentes de hecho.....	3
	c. Fundamentos jurídicos.....	5
	d. Fallo.....	8
	e. Análisis crítico.....	8
II.	SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 326/2020, DE 22 DE JUNIO.....	19
	a. Identificación.....	19
	b. Objeto procesal y antecedentes de hecho.....	19
	c. Fundamentos jurídicos.....	21
	d. Fallo.....	23
	e. Análisis crítico.....	24
III.	SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 31/2017, DE 19 DE ENERO.....	31
	a. Identificación.....	31
	b. Objeto procesal y antecedentes de hecho.....	31
	c. Fundamentos jurídicos.....	33
	d. Fallo.....	36
	e. Análisis crítico.....	36

IV.	AUTO DE LA A.P. DE BARCELONA N.º 511/2020, DE 9 DE DICIEMBRE.....	44
	a. Identificación.....	44
	b. Objeto procesal y antecedentes de hecho.....	44
	c. Fundamentos jurídicos.....	46
	d. Parte dispositiva.....	47
	e. Análisis crítico.....	47
V.	CASO PRÁCTICO N.º 1.....	55
	a. Pregunta n.º 1.....	55
	b. Pregunta n.º 2.....	61
	c. Pregunta n.º 3.....	61
	d. Pregunta n.º 4.....	72
VI.	CASO PRÁCTICO N.º 2.....	79
	a. Pregunta n.º 1.....	79
	b. Pregunta n.º 2.....	90
	c. Pregunta n.º 3.....	93
	d. Pregunta n.º 4.....	95
	e. Pregunta n.º 5.....	96
	f. Pregunta n.º 6.....	104
VII.	CASO PRÁCTICO N.º 3.....	106
	a. Pregunta n.º 1.....	106
	b. Pregunta n.º 2.....	115
	c. Pregunta n.º 3.....	116
	d. Pregunta n.º 4.....	121

VIII.	CASO PRÁCTICO N.º 4.....	126
	a. Pregunta n.º 1.....	126
	b. Pregunta n.º 2.....	132
	c. Pregunta n.º 3.....	135
	d. Pregunta n.º 4.....	137
IX.	BIBLIOGRAFÍA.....	143
	a. Bibliografía.....	143
	b. Normativa.....	145
	c. Jurisprudencia y resoluciones administrativas.....	147
	d. Páginas web.....	152



# **Análisis crítico y valoración de Jurisprudencia**

**Línea práctica Civil-Mercantil**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N° 644/2020, DE 30 DE  
NOVIEMBRE**

Órgano	Tribunal Supremo
Sala	Sala 1ª, de lo Civil
Tipo de resolución	Sentencia
Número de resolución	644/2020
Fecha	30/11/2020
Procedimiento	Casación e infracción procesal
Número de recurso	5169/2019
Ponente	Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
Componentes del Tribunal Excmos. Sres. Y Excma. Sra.	D. Francisco Javier Arroyo Fiestas D.ª María de los Ángeles Parra Lucán D. José Luis Seoane Spiegelberg

El estudio jurisprudencial comenzará por el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 644/2020, de 30 de noviembre, habiendo sido ponente de la misma el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

En la sentencia que ahora es objeto de examen, encontramos un doble objeto procesal: por un lado, está la cuestión relativa al momento en que debe considerarse devengada la obligación de abonar la pensión de alimentos; por otro, está lo atinente a la posible concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 97 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en lo sucesivo, Código Civil o CC), para determinar si procede establecer una pensión compensatoria.

Fijado el objeto procesal, a continuación, procederemos a la exposición de los antecedentes de hecho del caso, que se remontan a 2017, cuando D.<sup>a</sup> Santiago planteó demanda de divorcio contencioso contra D. Ernesto, solicitando el establecimiento como medidas definitivas de las medidas provisionales impuestas por el juzgado en auto de medidas coetáneas a la interposición de la demanda. Entre ellas, destacaba la guarda y custodia de los dos hijos (Raimundo y Remigio) a favor de la madre, así como que se le atribuyera, junto a sus hijos, el uso y disfrute de la vivienda y el ajuar familiar. Asimismo, D.<sup>a</sup> Santiago reclamaba tanto una pensión de alimentos de 500 euros al mes para cada uno de los hijos, como una pensión compensatoria a su favor de 1.000 euros mensuales a cargo de D. Ernesto.

Por su parte, D. Ernesto contestó a la demanda interesando, entre otras medidas, la atribución de la guarda y custodia de sus hijos en su persona, y de forma subsidiaria, la guarda y custodia compartida entre ambos padres. En consecuencia, solicitaba que le concediera el uso y disfrute del domicilio familiar en exclusiva; subsidiariamente, que fueran los progenitores los que ocupasen la vivienda en los períodos en que les correspondiera; y en el supuesto de que fuese atribuida a D.<sup>a</sup> Santiago, que se fijase un límite máximo de 1 año, dado que la vivienda era privativa de D. Ernesto. Además, solicitaba una pensión mensual de alimentos para cada uno de los hijos de 150 euros a cargo de D.<sup>a</sup> Santiago, salvo que se fijase la guarda y custodia compartida, en cuyo caso cada cónyuge debería correr con los gastos que se produjeran en el período de convivencia que les correspondiera. Finalmente, rechazaba cualquier tipo de pensión compensatoria, por entender que no concurrían los presupuestos para ello, y subsidiariamente, que se fijase un límite temporal y se redujera la cuantía de la misma.

Tras llevar a cabo la tramitación oportuna, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que estimaba parcialmente la demanda, fijando como medidas, a efectos de lo que aquí interesa:

- La atribución de la guarda y custodia compartida.
- No se establece pensión de alimentos a favor de los menores, puesto que se ha acordado la guarda y custodia compartida, debiendo ambos progenitores satisfacer los gastos de alimentos de los hijos mientras éstos estuvieran en su compañía.

- El uso y disfrute de la vivienda familiar se atribuía a Raimundo y Remigio, debiendo los padres alternarse para pernoctar en función del período en el que les correspondiera estar en compañía de sus hijos.
- Se denegaba el derecho a pensión compensatoria por no existir desequilibrio económico.

Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación D.<sup>a</sup> Santiago, que fue parcialmente estimado por la Audiencia Provincial de Valencia, dictando sentencia cuya parte dispositiva disponía lo siguiente:

- Atribuir a D.<sup>a</sup> Santiago y sus hijos el uso y disfrute de la vivienda familiar mientras estos últimos residan en ella o sean económicamente dependientes.
- Fijar una pensión de alimentos a cargo de D. Ernesto por importe de 250 euros mensuales a favor de cada hijo, y desde la fecha de interposición de la demanda.
- Establecer una pensión compensatoria a favor de D.<sup>a</sup> Santiago en la cuantía de 500 euros mensuales desde la fecha de la sentencia.
- Confirmar el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida.

Frente a esta sentencia, interpuso D. Ernesto sendos recursos por infracción procesal y casación. El primero de ellos, por considerar que la impugnación de la sentencia de instancia por parte del Ministerio Fiscal se había realizado fuera de plazo. Por su parte, el recurso de casación, estaba fundamentado en la infracción de los artículos reguladores de los alimentos y de la pensión compensatoria, al entender D. Ernesto, por un lado, que resultaba errónea la fecha del devengo de la pensión alimenticia; y por otro, que no concurrían los requisitos para establecer una pensión compensatoria, y subsidiariamente, en caso de no estimarse la referida pretensión, que debía fijarse un límite temporal y una reducción del importe de la misma.

Una vez han sido establecidos los antecedentes del caso, ya pueden reseñarse los fundamentos de derecho empleados por el Tribunal Supremo para resolver el litigio. Por lo que se refiere al recurso de infracción procesal, este se desestima, ya que al no constar la fecha en que el recurso de apelación tuvo entrada en la fiscalía, no puede conocerse si efectivamente la impugnación fue presentada fuera de plazo.

Pasando a lo concerniente al recurso de casación, en primer lugar D. Ernesto alegaba que la Audiencia Provincial no había aplicado correctamente el artículo 148 del Código Civil, pues en la sentencia se señalaba que la pensión de alimentos era debida desde la fecha de interposición de la demanda, y según el padre, los efectos debían desplegarse tan sólo desde la fecha de la sentencia recaída en apelación.

Frente a ello, el Alto Tribunal argumenta que, según reiterada jurisprudencia y atendiendo a lo dispuesto en el propio art. 148 CC, *“será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación”*<sup>1</sup>. Por el contrario, apunta, que si ésta se ha establecido en un procedimiento de modificación de medidas (y difiere de la fijada en primera instancia), deberá considerarse debida la pensión desde la sentencia que resuelva el proceso de modificación.

En consecuencia, el Supremo confirma la postura mantenida por la Audiencia de Valencia al fijar los alimentos desde la fecha de interposición de la demanda, ya que en la sentencia de primera instancia no se había fijado pensión alimenticia alguna, siendo la de la AP de Valencia la primera en la que recae pronunciamiento al respecto. Ahora bien, reconoce a D. Ernesto el derecho de descontar las cantidades pagadas en concepto de alimentos que habían sido establecidas en el auto de medidas coetáneas a la interposición de la demanda.

En segundo lugar, D. Ernesto consideraba infringido el artículo 97 del Código Civil, regulador de la pensión compensatoria, ya que, a su juicio, no existía desequilibrio económico tras la ruptura matrimonial, y por ende, no procedía fijar pensión compensatoria alguna.

Frente a ello, aduce el Tribunal Supremo que el juicio prospectivo realizado por la Audiencia Provincial de Valencia para valorar la posible existencia de desequilibrio patrimonial resulta correcto, debido a que D. Ernesto tenía actualmente unos ingresos anuales cercanos a los 100.000 euros, y D.<sup>a</sup> Santiago solamente había trabajado de forma esporádica, tenía 41 años, apenas tenía el título de graduado escolar, y por consiguiente, reducidas probabilidades de promoción laboral.

---

<sup>1</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 644/2020, de 30 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Finalmente, y para el caso de que el motivo formulado en segundo lugar no fuera estimado, reclamaba D. Ernesto, igualmente por infracción del art. 97 CC, que se fijara un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria.

No obstante, en atención a la doctrina jurisprudencial emanada de la propia sala en relación con esta materia, el motivo fue igualmente desestimado. En este sentido, sostiene el Alto Tribunal que, según ha venido estableciendo en numerosas sentencias, la fijación de un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria es sólo una posibilidad que tiene el órgano judicial.

A ello cabe añadir que el establecimiento de dicho término no debe suponer un impedimento para el cumplimiento de la función de restituir el equilibrio económico entre los ex cónyuges tras el divorcio que tiene encomendada la pensión compensatoria. En consecuencia, deben tomarse en consideración todas las circunstancias recogidas en el art. 97 CC que rodean al caso enjuiciado, ya que las mismas se erigen como elementos integrantes del desequilibrio que se trata de corregir, y al mismo tiempo, en caso de estimar que concurre dicho desequilibrio, servirán para fijar la cuantía de la pensión compensatoria.

Dicho de otro modo, señala que estas circunstancias permiten determinar la aptitud de la persona que percibe la pensión para superar el desequilibrio económico en un espacio de tiempo determinado, de forma que sólo será posible fijar un límite temporal en el caso de que el órgano judicial alcance *“la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio”*<sup>2</sup>, y todo ello, con la máxima certidumbre posible, que viene determinada por altos índices de probabilidad.

En definitiva, aduce el Tribunal que, teniendo en cuenta las circunstancias a las que antes hicimos referencia (edad, formación, experiencia laboral, etc. de D.<sup>a</sup> Santiago), unido a la duración del matrimonio, edad en la que se contrajo, e ingresos actuales y futuros del marido, procedía fijar la pensión de forma indefinida, pues entiende que la dedicación de D.<sup>a</sup> Santiago a la familia permitió a D. Ernesto alcanzar el grado de desarrollo profesional que actualmente ostenta.

---

<sup>2</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 644/2020, *Op. Cit.*

Eso sí, abre la puerta, como en su momento hizo la Audiencia Provincial de Valencia, a valorar cuando corresponda los cambios que se hayan producido en las circunstancias que motivaron el reconocimiento de la pensión compensatoria.

En base a los fundamentos de derecho que acaban de ser expuestos, el Tribunal Supremo dictó sentencia de fecha 30 de noviembre de 2020, cuyo fallo establecía lo siguiente:

*“Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido*

*1.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Ernesto, contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2019, de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia (apelación 197/2019).*

*2.º Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el mismo recurrente, en el sentido de que habrá de descontarse lo pagado en concepto de alimentos en virtud de medidas coetáneas a la interposición a la demanda.*

*3.º Se mantiene la resolución recurrida en los demás extremos.*

*4.º Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal al recurrente, con pérdida del depósito constituido para la interposición del mismo.*

*5.º No ha lugar a imponer costas del recurso de casación y procede la devolución a la recurrente del depósito constituido para este recurso.*

*Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.*

*Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.*

*Así se acuerda y firma.”.*

Para finalizar con el análisis jurisprudencial, procederemos a realizar un comentario crítico de la sentencia que acaba de ser objeto de examen.

Salvo mejor entender, la Sentencia 644/2020, de 30 de noviembre, consolida la doctrina jurisprudencial que ha ido construyendo a lo largo de los años la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, tanto en materia de la fecha en que debe considerarse devengada la obligación de prestar la pensión de alimentos, como en lo referido a los requisitos que deben concurrir para la fijación de una pensión compensatoria, y en su caso, para el establecimiento de un límite temporal a su percepción.

Con el objetivo de mantener una necesaria coherencia expositiva, comenzaremos por la cuestión relativa al devengo de la pensión de alimentos. El precepto fundamental a este respecto es el artículo 148 del Código Civil, cuyo párrafo primero dispone 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.”.*

De esta manera, debe distinguirse entre el nacimiento y la exigibilidad de la obligación de alimentos, y el abono de la misma. En este sentido, y a modo de resumen, para que nazca la obligación de alimentos se requiere: i) la existencia de una relación de parentesco o de carácter familiar, ii) la existencia de un estado de necesidad en el alimentista, unida a la imposibilidad actual de obtener recursos con los que hacerle frente, y iii) la existencia de capacidad económica del alimentante, en tanto que si carece de medios, la obligación no llega a nacer<sup>3</sup>. De concurrir estos requisitos, la obligación ya puede ser exigida por el alimentista a cargo del alimentante, y desde entonces, puede ser objeto de cumplimiento voluntario por este último.

Ahora bien, en caso de que no se cumpla de forma voluntaria y el alimentista se haya visto obligado a interponer demanda ante los tribunales, la eventual sentencia que recaiga no podrá condenar al abono de la pensión alimenticia desde que la obligación fuera exigible, sino solamente desde el momento en que se interpuso la demanda. En otras palabras, lo que hace este precepto es establecer una retroactividad limitada a la hora de fijar el devengo de la obligación de alimentos, diferenciándose así de otras cuestiones relacionadas con la disolución del matrimonio por divorcio, donde la regla general es la contraria: la sentencia produce efectos desde la firmeza de la misma.

---

<sup>3</sup> Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2016). El parentesco. La obligación legal de alimentos. En C. Martínez de Aguirre Aldaz (Coord.), *Curso de Derecho Civil, Volumen IV* (pp. 48-49). Madrid: Edisofer.

En este sentido, conviene recalcar que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Título VI del Libro I del Código Civil (arts. 142 y ss.), sobre alimentos entre parientes, resulta de aplicación igualmente a los casos de alimentos debidos en caso de procedimientos por causa de crisis familiar, de forma que:

*“Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el Art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda.”<sup>4</sup>.*

Establecidas las bases fundamentales de la materia, especial importancia reviste conocer la interpretación realizada por el Alto Tribunal respecto del momento en que se devenga la obligación de abonar la pensión alimenticia, pues no en todo caso podrá fijarse en la fecha de interposición de la demanda:

*“Cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente”<sup>5</sup>.*

A nuestro parecer, se trata de un planteamiento acertado, pues esta interpretación no deja de ser una plasmación de la legalidad vigente. Es decir, la regla general en Derecho es que las resoluciones judiciales despliegan su eficacia desde que son dictadas, sin producir efectos retroactivos; sin embargo, como acabamos de exponer, el art. 148 CC recoge una regla de retroactividad limitada que impone el abono de la pensión desde la fecha en que se interpuso la demanda solicitándola. Así, una vez queda constituida la obligación de abonar la pensión alimenticia en la primera resolución que la establece, el alimentante está obligado a cumplir con la misma desde la fecha de la demanda.

---

<sup>4</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 402/2011, de 14 de junio. Ponente: Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.

<sup>5</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 162/2014, de 26 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

Por el contrario, en los recursos contra esta resolución (que carecen de efectos suspensivos ex arts. 451, 454, 456... LEC), o en un procedimiento de modificación de medidas, no se está solicitando el establecimiento de una pensión de alimentos, sino que se discute, bien la legalidad de su propia existencia, bien su cuantía, dejando entonces de ser aplicable el art. 148 CC, y no existiendo, por tanto, apoyo legal alguno para sustentar que estas resoluciones deban igualmente tener eficacia retroactiva.

Aplicando estas reflexiones al caso concreto, a nuestro juicio, la postura del recurrente pretende fundamentarse en el hecho de que, al haberse impuesto una obligación de alimentos a su cargo de 150 euros mensuales para cada uno de los hijos en el auto de medidas provisionales, podría interpretarse que ya existía una pensión alimenticia previamente declarada, de forma que lo que se discutiría en el recurso de apelación es la cuantía de la misma.

No obstante, desde nuestra posición, queremos hacer una serie de consideraciones a la argumentación realizada por D. Ernesto, las cuales nos llevan a estar de acuerdo con la solución tomada finalmente por el Tribunal Supremo:

- En primer lugar, a nuestro parecer, no es posible asumir la tesis mantenida por el recurrente, ya que se basa en otorgar autonomía propia a la medida por la cual se le imponía el pago de una pensión de alimentos a favor de sus hijos, establecida en el auto de medidas coetáneas.

No obstante, las medidas adoptadas por el juez de primera instancia en el referido auto gozan de la condición de medidas cautelares previas, las cuales tienen carácter accesorio respecto del procedimiento principal, pues lo que se pretende con las mismas es precisamente asegurar la efectividad de la sentencia que eventualmente recaiga en este último. En consecuencia, este tipo de medidas carecen de autonomía y dependen del procedimiento principal en el que se establecen, no pudiendo entenderse que la sentencia que lo resuelva haya recaído en un procedimiento diferente a aquel en que se dictaron las medidas provisionales.

Esta idea queda confirmada por la literalidad de, entre otros, los artículos 106 del Código Civil y 771.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

*“Los efectos y medidas previstos en este capítulo [provisionales] terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo.”.*

*“Los efectos y medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio.”.*

Todo ello implica que no es posible entender que ya existía una pensión alimenticia previamente declarada en el momento en el que la Audiencia Provincial de Valencia conoció del asunto, puesto que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia declaró no haber lugar a la pensión de alimentos por haberse establecido la custodia compartida de los menores, dejando así sin efecto la pensión establecida como medida cautelar, que, como decíamos, carece de autonomía. Por consiguiente, lo que se pretende en el recurso de apelación de D.<sup>a</sup> Santiago es solicitar la pensión de alimentos, siendo entonces aplicable el art. 148 CC.

- En consonancia con lo que se ha expuesto hasta ahora, resulta evidente que la primera resolución que instaura la pensión de alimentos es la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, pudiendo, en consecuencia, obligar a su pago desde la fecha en que D.<sup>a</sup> Santiago interpuso la demanda.

En este sentido, no nos parece adecuada la confusa redacción empleada por el Tribunal Supremo en su STS 86/2020, de 6 de febrero, en relación con un supuesto similar, al decir que *“cuando la pensión se fija en la primera instancia, la pensión se ha de abonar desde la fecha de interposición de la demanda”*; pues parece que limita la posibilidad de fijar el devengo en la fecha de interposición de la demanda a la sentencia de primera instancia, lo cual no es correcto, ya que puede hacerse en cualquier instancia siempre que se trate de la primera resolución que fije la pensión alimenticia, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación.

Sin embargo, parece un error de redacción, pues en dicha sentencia se citan otras resoluciones que recogen la idea defendida por esta parte (entre otras, STS 32/2019, de 17 de enero, o STS 183/2018, de 4 de abril).

- Para finalizar con el tema de los alimentos, consideramos que acierta el Tribunal al estimar que debe descontarse lo pagado en concepto de alimentos establecidos en el auto de medidas coetáneas a la interposición de la demanda, pues de otra manera, se estaría dando una duplicidad en el pago.

En otro orden de cosas, por lo que se refiere a la cuestión de la pensión compensatoria, o mejor dicho, compensación por desequilibrio en caso de separación o divorcio, aparece regulada en el art. 97 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

*“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*

*A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:*

- 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
- 2.ª La edad y el estado de salud.*
- 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
- 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.*
- 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
- 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
- 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
- 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.*

*En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad.”.*

Antes de continuar, resulta conveniente dar una noción de lo que se entiende por “desequilibrio económico”. A estos efectos, nos parece adecuada la definición proporcionada por la Audiencia Provincial de A Coruña, según la cual estaríamos ante un *“concepto circunstancial y comparativo que obliga al Juzgador a tomar en consideración tanto los ingresos de cada uno de los cónyuges antes de la crisis matrimonial, como el conjunto de sus bienes y derechos de carácter patrimonial de los que pueda derivarse la percepción de rentas con la situación patrimonial de los cónyuges tras la crisis matrimonial, pues lo que ha de garantizarse o reequilibrarse con el establecimiento de la pensión compensatoria no es el nivel de ingresos o de rentas, sino las posibilidades de niveles de vida de los cónyuges en orden a garantizar el equilibrio de estos niveles de vida”*<sup>6</sup>.

Es decir, el desequilibrio económico al que hace referencia el art. 97 CC podría entenderse como una disminución que la separación o el divorcio causan en el nivel de vida de cada uno los cónyuges, en relación al conservado por el otro. De esta manera, la pensión compensatoria no trata de subsanar las diferencias existentes entre las rentas percibidas por cada cónyuge o sus respectivos patrimonios, sino que lo que se pretende con su establecimiento es permitir que cada cónyuge conserve en cierto modo el nivel de vida que tenía constante matrimonio, tras la separación o el divorcio, compensando a aquel que se haya visto más perjudicado por la ruptura.

La postura aquí sostenida queda refrendada por el propio Tribunal Supremo, que ha venido señalando que el Código Civil regula la pensión compensatoria con características *sui generis*, de manera que no cabe entenderla como un mecanismo indemnizatorio, pues no tiene en cuenta la eventual culpabilidad del cónyuge deudor;

---

<sup>6</sup> Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª). Sentencia núm. 314/2007, de 22 de junio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas.

pero tampoco meramente compensatorio, en tanto que no está prevista como un mecanismo equilibrador de patrimonios<sup>7</sup>.

Sentado esto, cabe plantearse cuál es la forma de determinar si existe o no el mencionado desequilibrio, y una vez estatuida su concurrencia, la forma y el importe de la pensión compensatoria. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es pacífica desde la STS 864/2009, de 19 de enero de 2010, en la cual se estableció que las circunstancias recogidas en el art. 97 CC – que no poseen carácter exhaustivo sino ejemplificativo – tenían una doble función: i) servir como elementos integrantes del desequilibrio, y ii) una vez establecida la concurrencia del mismo, actuar como elementos que permitieran fijar la cuantía de la pensión compensatoria.

En esta sentencia se rompió definitivamente con la tesis objetivista, según la cual sólo era necesario que se diera el desequilibrio económico para imponer la pensión, sirviendo las circunstancias del art. 97 CC únicamente para delimitar su cuantía.

Poniendo en conexión cuanto se ha expuesto hasta ahora con el caso enjuiciado en la STS 644/2020, de 30 de noviembre, desde nuestra posición no puede sino compartirse el pronunciamiento del Tribunal Supremo respecto del establecimiento de la pensión compensatoria, y ello porque, a nuestro juicio, resulta patente la concurrencia de un desequilibrio patrimonial, en tanto que efectivamente se ha producido un claro descenso del nivel de vida de D.<sup>a</sup> Santiago en relación con el conservado por D. Ernesto como consecuencia del divorcio, y todo ello teniendo en cuenta las circunstancias previstas en el artículo 97.

En este sentido, según se indica en los hechos probados de la citada sentencia, D. Ernesto mantenía tras el divorcio unos ingresos de 100.000 euros anuales, los cuales redundaban previamente en beneficio de ambos miembros del matrimonio. Situación ésta que contrastaba con la de D.<sup>a</sup> Santiago, de 43 años, y quien, constante matrimonio, sólo había tenido trabajos esporádicos y de carácter temporal, sin tener además ningún tipo de formación más allá del graduado escolar, lo cual derivaba en serias dificultades de acceso a la vida laboral.

---

<sup>7</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 43/2005, de 10 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

Asimismo, según se desprende de la sentencia, mientras duró el matrimonio, D.<sup>a</sup> Santiago mantuvo un alto nivel de dedicación a la familia, hecho que puede inferirse que permitió – o cuanto menos, facilitó en buena medida – a D. Ernesto alcanzar un elevado nivel de desarrollo profesional.

Dicho de otro modo, de haber trabajado D.<sup>a</sup> Santiago a tiempo completo, es posible que D. Ernesto hubiera tenido que hacer mayores esfuerzos por compatibilizar su vida personal y laboral, y por ende, se habrían reducido sus posibilidades de ascenso (no se defiende que esto sea justo, simplemente constatamos un hecho habitual en la práctica). A estos efectos, cabe destacar que la dedicación exclusiva a la familia prolongada durante un número significativo de años es uno de los criterios del art. 97 CC que más se tiene en cuenta por los tribunales para determinar la existencia de un desequilibrio patrimonial provocado por el divorcio, ya que se entiende que, como consecuencia de dicha dedicación, se está renunciando a mayores posibilidades de desarrollo profesional, que a su vez redundan en un mayor desequilibrio.

Ahora bien, sin perjuicio de que haya quedado demostrado el desequilibrio patrimonial en detrimento de D.<sup>a</sup> Santiago, se suscita la cuestión relativa a si las circunstancias concurrentes justifican el establecimiento de una pensión indefinida, y no temporal como solicita D. Ernesto.

Sobre este particular, la sentencia analizada recoge con claridad la reiterada jurisprudencia en la materia (con cita de la STS 158/2018, de 15 de marzo), según la cual:

- La fijación de un límite temporal es sólo una posibilidad de las que tiene el tribunal correspondiente, avalada no sólo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sino por la propia literalidad del art. 97 CC tras la modificación introducida en 2015.
- Su establecimiento depende de que con ello no se perjudique la finalidad de corregir el desequilibrio económico que le es inherente, para lo cual ha de atenderse a las circunstancias del artículo 97, y a partir de ahí valorar la idoneidad del perceptor para alcanzar el equilibrio pretendido en un tiempo concreto y determinado, todo ello a través de un juicio prospectivo basado en altos índices de probabilidad que permitan alcanzar un elevado grado de certidumbre.

Partiendo de esta base, acierta el Supremo al confirmar el establecimiento de una pensión indefinida, pues por los motivos que hemos indicado con anterioridad (formación, experiencia, edad, etc.), no parece que pueda estimarse con un alto nivel de certeza que D.<sup>a</sup> Santiago pueda superar, con sus propios medios, la situación de desequilibrio.

Además, debe destacarse que tanto en la STS 644/2020 como en otras en las que se termina por fijar una pensión indefinida (por todas, STS 545/2017, de 6 de octubre), no se descarta una eventual modificación para el caso de que se produjera un cambio en las circunstancias personales o profesionales de ambos cónyuges, todo ello de conformidad con el párrafo 1º del artículo 100 del Código Civil:

*“Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen.”.*

De esta forma, aun determinándose una pensión indefinida, en ningún caso resulta inamovible si se produce un cambio en la situación de alguno de los cónyuges.

En este sentido, y sin perjuicio de considerar que la sentencia objeto de estudio está bien fundamentada teniendo en cuenta la legislación y jurisprudencia aplicables, dando una solución conforme a derecho al asunto litigioso, queremos apuntar algunos matices en relación con la materia.

Si bien es cierto que en supuestos similares al analizado la fijación de una pensión temporal no permitiría el restablecimiento del equilibrio que pretende la medida, por la dificultad de disponer de los medios necesarios para ello, no es menos cierto que la determinación de una pensión indefinida tampoco está exenta de riesgos.

En efecto, el artículo 100 permite en estos casos la modificación de la cuantía de la pensión siempre que se produzcan alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge, y el artículo 101 recoge las causas de extinción de la misma:

*“El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona”.*

No obstante, a pesar de la regulación contenida en estos preceptos, el hecho de establecer una pensión indefinida puede fomentar en la persona beneficiaria una cierta relajación a la hora de tratar de restablecer ese equilibrio por sus propios medios, ya que en tanto que no lo haga, en principio seguirá percibiendo la pensión en la misma cuantía.

A este respecto, el Tribunal Supremo señaló que el hecho de que se fije una pensión indefinida por no haberse alcanzado la convicción de que se pueda superar el desequilibrio en un espacio de tiempo determinado no implica un *“derecho a cesar en la búsqueda de tal restauración del equilibrio mediante ingresos propios [ni] la imposibilidad de solicitar una modificación de medidas cuando tal búsqueda no se produce, con la finalidad -que no puede encontrar amparo en derecho- de mantener el percibo de la pensión por parte de quien se beneficia de ella.”*<sup>8</sup>.

Sin embargo, en supuestos similares al analizado, puede resultar difícil de probar para el cónyuge a cargo de la pensión que dicha búsqueda no se está produciendo realmente, pasando a ser en la práctica una suerte de mecanismo equilibrador de los ingresos de ambos cónyuges, cuestión que en teoría se pretende evitar.

A ello hay que añadir que la compensación por desequilibrio, cuando se establece en forma de pensión (particularmente cuando es indefinida), implica de alguna forma la continuidad de los efectos del matrimonio, lo cual puede ser paradójico sobre todo en los casos de divorcio, en los que se ha producido la ruptura del vínculo matrimonial.

No obstante, estos son problemas de difícil solución, puesto que la compensación por desequilibrio en su modalidad de prestación única, si bien los evitaría en buena medida, presenta otro tipo de inconvenientes, entre los cuales destaca el desembolso inicial que tendría que hacer el cónyuge obligado al pago, y que provoca que en la mayoría de ocasiones se opte por fijar una pensión.

---

<sup>8</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 538/2017, de 2 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO N° 326/2020, DE 22 DE JUNIO**

Órgano	Tribunal Supremo
Sala	Sala 1ª, de lo Civil
Tipo de resolución	Sentencia
Número de resolución	326/2020
Fecha	22/06/2020
Procedimiento	Casación
Número de recurso	3591/2017
Ponente	Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg
Componentes del Tribunal	D. José Luis Seoane Spiegelberg
Excmos. Sres. Y Excma. Sra.	D. Antonio Salas Carceller D. Francisco Javier Arroyo Fiestas D. Eduardo Baena Ruiz D.ª María de los Ángeles Parra Lucán

En esta ocasión se procederá al estudio de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 326/2020, de 22 de junio, cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

En el presente supuesto, la cuestión litigiosa tratada en la sentencia se encuentra referida al día en que debe considerarse iniciado el cómputo del plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil extracontractual previsto en el artículo 1968.2º del Código Civil, y más específicamente, cuando esta responsabilidad deriva de las lesiones corporales sufridas por el perjudicado.

En estas circunstancias, comenzaremos por exponer los antecedentes de hecho del caso, que se remontan al día 19 de octubre de 2011, fecha en que D. Vicente sufre un accidente mientras permanecía ingresado en la clínica psiquiátrica “El Serenil” – en virtud de auto judicial –, al intentar escaparse a través de una ventana, que estaba abierta debido a las tareas de limpieza que estaba realizando el personal del centro.

Como consecuencia del accidente, D. Vicente debió ser intervenido quirúrgicamente, y le fue prescrito un tratamiento de rehabilitación que duró hasta el día 15 de marzo de 2012. No obstante, no fue hasta el 7 de mayo de 2012 cuando recibió el alta médica por parte del servicio de traumatología.

Posteriormente, D. Vicente procedió a reclamar extrajudicialmente al centro psiquiátrico la cantidad que entendía que le era debida a través de un burofax enviado con fecha 2 de mayo de 2013, y que fue debidamente entregado al día siguiente, 3 de mayo de 2013.

Meses más tarde, con fecha 30 de septiembre de 2013, la representación legal de D. Vicente interpuso demanda de juicio ordinario contra la clínica El Serenil, ejercitando una acción por responsabilidad civil extracontractual fundamentada en el art. 1902 CC, en reclamación de un importe total de 70.390,37 euros por las lesiones sufridas en el accidente, más los intereses legales correspondientes hasta el pago. Por su parte, el centro El Serenil contestó solicitando la completa desestimación de las pretensiones de la actora, alegando entre otras cuestiones la prescripción de la acción.

Una vez realizada la tramitación correspondiente, la juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vélez-Málaga dictó sentencia con fecha 1 de abril de 2015, en la que estimaba parcialmente la demanda y condenaba al establecimiento psiquiátrico a abonar a D. Vicente una cantidad de 46.217,20 euros por las lesiones sufridas, como consecuencia de la negligencia mostrada en su deber de vigilancia. En la misma, consideraba la juez que el plazo para ejercitar la acción no había prescrito, ya que el *dies a quo* se correspondía con la fecha del alta médica, y se había interrumpido dicha prescripción al enviar el burofax con la reclamación extrajudicial.

Contra dicha sentencia interpuso el establecimiento psiquiátrico recurso de apelación, siendo éste estimado en la sentencia dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga, la cual acogió la excepción de prescripción planteada por la parte demandada, al entender que el día en que debía considerarse iniciado el cómputo del plazo de prescripción era el 15 de marzo de 2012, en tanto que este debía corresponder con el momento en el que se alcanzara la estabilidad lesional (fue el día en que finalizó la rehabilitación). Así, argumenta que no puede considerarse como *dies a quo* el día en que recibe el alta del traumatólogo, pues en la mencionada fecha (7 de mayo de 2012), a D. Vicente no se le prescribe ningún otro tratamiento para la cura de sus lesiones, sino que simplemente se le da de alta por cuestiones de agenda del centro.

Finalmente, contra la sentencia dictada en grado de apelación, interpuso la representación de D. Vicente recurso de casación por interés casacional, al considerar infringidos los artículos reguladores de la responsabilidad civil extracontractual y su plazo de prescripción, así como la doctrina del Tribunal Supremo en la materia.

Dicho recurso fue admitido previa oposición de la parte demandada por entender que la jurisprudencia alegada por D. Vicente no tenía relación con el objeto litigioso, así como que la prescripción era una cuestión fáctica que no correspondía valorar al Tribunal Supremo. No obstante, fue resuelta por éste argumentando que las resoluciones citadas en el recurso versaban sobre el mismo objeto que aquí se trataba y que el instituto de la prescripción tenía indudablemente connotaciones jurídicas, y por ende, procedía admitirlo.

Reseñados tanto la cuestión litigiosa como sus antecedentes de hecho, a continuación, pasamos a exponer los fundamentos de derecho empleados por el Supremo para resolver el asunto, y que llevaron a la estimación del recurso de casación interpuesto por D. Vicente, provocando la casación de la sentencia recurrida y la consiguiente devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial de Málaga.

Antes que nada, el Alto Tribunal deja sentadas las bases de las que se debe partir para dar un tratamiento jurídico correcto a los daños causantes de lesiones corporales: por una parte, señala que resulta imposible determinar el alcance preciso del daño en el mismo momento en el que se causó; y por otra, que el cómputo del plazo de las acciones resarcitorias sólo comienza una vez se conocen definitivamente las consecuencias perjudiciales padecidas, dado que sólo en ese momento se cuenta con la información necesaria para ejercer la acción tuitiva de su integridad corporal.

De este modo, continúa argumentando que existe reiterada jurisprudencia que, partiendo de las bases indicadas, viene considerando que el *dies a quo* del cómputo del plazo de un año establecido por el art. 1968.2º CC coincide con aquel en el cual recibe el alta médica el perjudicado, pues es en dicho instante en el que “*realmente toma constancia de la entidad y consecuencias del daño, en la medida en que la medicina ha agotado las posibilidades de reintegrar la integridad física del lesionado a la existente con antelación al daño.*”<sup>9</sup>.

En consecuencia, apunta, es en este momento cuando se pueden considerar estabilizadas las lesiones y se delimitan las secuelas, pudiéndose entonces determinarse íntegramente el daño personal sufrido y los conceptos por los que cabe reclamar la indemnización.

Establecidas estas ideas, comienza a valorar la fundamentación jurídica realizada por Audiencia, que recordemos había entendido como *dies a quo* la fecha de finalización del tratamiento rehabilitador, por considerarlo el punto en el que se había producido la estabilidad lesional – eso sí, previa valoración de la prueba presentada –, al no haberse seguido ningún tratamiento ulterior y al haber respondido la fijación de la fecha de alta a motivos de agenda.

En este sentido, señala el Tribunal Supremo que no puede tomarse como día inicial del cómputo aquel en que finaliza el tratamiento de rehabilitación, habida cuenta de que D. Vicente no puede conocer por sí mismo si existía alguna posibilidad de seguir otro tratamiento, o antes bien, se había producido la estabilización definitiva de sus lesiones, como viene exigiendo la jurisprudencia.

---

<sup>9</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 326/2020, de 22 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

Así, considera que la Audiencia yerra en su fundamentación jurídica, al confundir el *dies a quo* del cómputo del plazo previsto en el art. 1968.2º CC con la controversia legal relativa al momento en que se alcanza realmente la estabilidad lesional definitiva, y a partir de la cual debe delimitarse la incapacidad temporal y las secuelas producidas, y por consiguiente, la correlativa traducción económica, todo ello previo paso por la actividad probatoria de un proceso judicial.

Es decir, resulta posible que la fijación del día de corte (así se define el momento a que acabamos de hacer referencia) sólo se establezca tras la valoración del proceso evolutivo de las lesiones sufridas dentro de un procedimiento judicial, en el que cada parte aporte las pruebas periciales que estime oportunas.

En consecuencia, puede fijarse el día de corte, a efectos indemnizatorios, con anterioridad al alta médica, pues sólo mediante consultas de control es posible determinar si el estado de las lesiones es constante, de manera que ya no responden a los tratamientos recibidos, adquiriendo en ese instante la condición de secuelas. En todo caso, considera el Supremo que esta discusión atañe al alcance efectivo del daño padecido, pero no al momento en el que empieza a correr la prescripción, que coincide con el alta médica.

Asimismo, señala el Tribunal que, por mucho que la fijación de la fecha de alta respondiera a motivos de agenda, D. Vicente no actuó en ninguna ocasión con la intención de prolongar dicho período, razón por la cual no puede imputársele ningún comportamiento tendente a alargar el plazo para poder ejercitar acciones judiciales.

En esta línea, termina la fundamentación jurídica el Alto Tribunal recalcando que la jurisprudencia en la materia pretende proteger el derecho del perjudicado a ser resarcido de forma íntegra en aquellos casos en los que no ha podido conocer el alcance de las lesiones soportadas hasta la fecha del alta médica, por razones que de ningún modo son imputables al mismo.

En base a los fundamentos de derecho que acabamos de reseñar, resuelve el Tribunal Supremo el asunto litigioso como sigue:

*“Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:*

*1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia de fecha 25 de mayo de 2017, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 709/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 648/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vélez-Málaga.*

*2.º- Casar la sentencia recurrida, que se deja sin efecto, y devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que, con carácter preferente, resuelva dicho recurso, si bien con respeto a lo ya decidido por esta sala en lo relativo a la inexistencia de la prescripción de la acción deducida.*

*3.º- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación y se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.*

*Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.*

*Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.*

*Así se acuerda y firma.”.*

Para concluir, realizaremos un análisis crítico de la sentencia que se ha estado desgranando hasta el momento.

Salvo mejor entender, se trata de una sentencia que sigue y consolida la doctrina jurisprudencial que venía manteniendo el Tribunal Supremo en materia del cómputo del plazo de prescripción previsto en el artículo 1968.2º del Código Civil para las acciones que tienen como finalidad exigir responsabilidad civil extracontractual derivada de las lesiones corporales que se han ocasionado al perjudicado.

En este sentido, y por lo que se refiere a la cuestión relativa a si debe considerarse que el instituto de la prescripción constituye una noción meramente fáctica, o por el contrario, presenta además tintes de corte jurídico, debemos posicionarnos a favor de lo resuelto por el Tribunal Supremo, que como acabamos de señalar, considera que dicha institución presenta una doble dimensión fáctico-jurídica. No debe olvidarse que este componente jurídico es el que permite al Tribunal Supremo revisar en casación sentencias en las que lo que se discute son cuestiones relacionadas con la

apreciación de la prescripción, pues de ser una cuestión exclusivamente fáctica, su conocimiento correspondería en exclusiva a los juzgados, y en su caso, a las audiencias provinciales, sin tener acceso a la casación.

De esta manera, si bien es cierto que sobre este punto existe reiterada jurisprudencia, no deja de llamar la atención la forma en la que se ha construido, pues en las últimas sentencias el Alto Tribunal ofrece una escasa justificación al respecto. Por ejemplo, en las SSTS 326/2020, objeto de estudio, y 74/2019, de 5 de febrero, se limita a citar lo establecido en la STS 134/2012, de 29 de febrero (que, repite, con idéntica literalidad, lo recogido en la STS 896/2011, de 12 de diciembre):

*“La jurisprudencia declara constantemente (STS de 27 de mayo de 2009, RC n.º 2933/2003) que la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones es función que corresponde en principio a la Sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación. Sin embargo, el hecho de que la apreciación del instituto de la prescripción presente, junto al tal aspecto fáctico, una dimensión eminentemente jurídica, ha permitido a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables”<sup>10</sup>.*

Por su parte, la STS 355/2009, de 27 de mayo, recoge en su FJ 5º la siguiente consideración:

*“Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones corresponde a la Sala de instancia, en cuanto está estrechamente ligado a la apreciación de los hechos que entra dentro de sus facultades exclusivas, y sólo es susceptible de ser revisado en casación cuando incurra en un error de Derecho.”<sup>11</sup>.*

---

<sup>10</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 134/2012, de 29 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

<sup>11</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 355/2009, de 27 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

En esta última sentencia, que es el fundamento de las mencionadas con anterioridad, se determina que el inicio del cómputo del plazo de prescripción es revisable en casación siempre que la sentencia recurrida haya incurrido – o mejor dicho, se entienda que ha incurrido – en un error de derecho, exponiéndose para ese concreto caso enjuiciado por qué existían dudas de derecho que justificaban el acceso a casación.

Es cierto que, a nuestro juicio, el hecho de que el Tribunal Supremo no haya acreditado en demasía en sus últimas sentencias las razones que llevan a considerar que existen dudas de derecho a la hora de establecer el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción previsto en el art. 1968.2º CC no implica de ninguna manera que se haya convertido en un criterio objetivado, pues el propio Tribunal reconoce que es una cuestión de la que en principio debe conocer la sala de instancia, y ciertamente se trata de un precepto que puede originar, según el caso mucha ambigüedad:

*“Prescriben por el transcurso de un año: [...]*

*2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado.”.*

Así, la frase *“desde que lo supo el agraviado”* ha tenido que ser objeto de interpretación en innumerables sentencias del Tribunal Supremo – y por supuesto de instancias inferiores –, como ocurre por ejemplo en el presente caso: no se discute ni la fecha de finalización del tratamiento rehabilitador ni la fecha de alta, sino cuándo debe entenderse que D. Vicente conoció el alcance de sus lesiones, y por ende, puede considerarse iniciado el plazo, de conformidad con la normativa y la jurisprudencia, los cuales representan aspectos evidentemente jurídicos.

En otro orden de cosas, y con carácter previo al análisis del objeto principal de la controversia, queremos partir de que, desde nuestro punto de vista, el instituto de la prescripción tiene como fin último garantizar el principio de seguridad jurídica, entendida como *“la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, como una expectativa razonablemente fundada del*

*ciudadano sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho*<sup>12</sup>. De este modo, lo que pretende evitarse es dejar abierta indefinidamente la posibilidad de interponer una reclamación, presumiéndose por motivos de seguridad jurídica que se ha abandonado el ejercicio de aquellas acciones a que se tenía derecho.

Esto implica que la prescripción debe ser interpretada de manera restrictiva, por cuanto no está conectada con un principio de estricta justicia, eso sí, sin que de tal interpretación pueda pretenderse una derogación de la institución a través de la interpretación de los tribunales. En este sentido se ha manifestado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo (por todas, la STS 340/2010, de 24 de mayo, citada en la sentencia objeto de análisis, o la STS 326/2019, de 6 de junio):

*“Es cierto que la prescripción ha de ser interpretada restrictivamente por tener su fundamento en razones de seguridad jurídica y no de justicia material, pero también lo es que es doctrina reiterada de esta Sala la que señala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico. El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción.”*<sup>13</sup>.

Establecido esto, ya estamos en grado de proceder al estudio de la cuestión esencial objeto del litigio, a saber, en qué momento debe fijarse el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción previsto en el artículo 1968.2º del Código Civil para las acciones que tienen como finalidad exigir responsabilidad extracontractual por las lesiones sufridas.

---

<sup>12</sup> Domínguez Martínez, M<sup>a</sup> Pilar. Fundamento de la prescripción de la acción de responsabilidad civil y la inseguridad en la determinación del día inicial del cómputo. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 16, 2016, p. 164.

<sup>13</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 326/2019, de 6 de junio de 2019. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

Por su parte, comienza el Tribunal su fundamentación jurídica sentando dos premisas: por un lado, que no es posible conocer el alcance de los daños sufridos en el momento en el que son causados; y por otro, que el inicio del cómputo del plazo para ejercitar acciones sólo debe comenzar una vez que se conocen definitivamente los perjuicios padecidos, ya que sólo en ese instante se cuenta con la información necesaria para ejercitarlas (en igual sentido, STS 414/2004, de 27 de mayo).

Posteriormente, aplica estas dos premisas al asunto enjuiciado, estableciendo que el día en que debe comenzar el cómputo del plazo de un año previsto en el art. 1968.2º CC en los casos en que los perjuicios se correspondan con lesiones corporales debe ser fijado en el momento del alta médica, pues es “[...] *el momento en que se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos que han de incluirse en la indemnización.*”<sup>14</sup>.

Desde esta posición no puede sino compartirse la postura sostenida por el Supremo. Efectivamente, a nuestros ojos, la tesis mantenida por la Audiencia Provincial por la que se considera que el *dies a quo* debe fijarse en la fecha en la que acaba el tratamiento rehabilitador, y no en la fecha del alta, por no haberse seguido ningún otro tratamiento curativo tras la finalización del primero, resulta desacertada, y ello por varias razones.

Ante todo, como ya hemos indicado y atendiendo a la doctrina jurisprudencial, el cómputo del plazo para ejercitar cualquier acción sólo debe iniciarse cuando el perjudicado cuenta con los suficientes elementos de juicio para plantear la misma. De esta manera, resulta evidente que, a la fecha de finalización del tratamiento rehabilitador, 15 de marzo de 2012, D. Vicente carecía de la información suficiente para interponer una demanda, pues le era imposible saber si con posterioridad a la cita de control fijada para el día 7 de mayo de 2012 se le prescribiría un nuevo tratamiento o, antes bien, se le daría el alta por no existir ninguna posibilidad de continuar el proceso de curación de sus lesiones.

---

<sup>14</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 326/2020, *Op. Cit.*

Es decir, no es hasta el momento en que el servicio de traumatología, con los conocimientos médicos especializados necesarios, le prescribe el alta, cuando D. Vicente está en grado de conocer el alcance de las lesiones que le ha ocasionado el accidente, que, al declararse estabilizadas, se concretan definitivamente como secuelas. En esta misma línea se ha venido manifestando el Tribunal Supremo en ocasiones anteriores (por ejemplo, SSTS 368/2009, de 20 de mayo y 326/2019, de 6 de junio):

*“Respecto al día inicial para el cómputo del plazo de prescripción tiene declarado la sala que la prescripción de la acción, en supuestos como el que se enjuicia, para reclamar por secuelas se inicia con la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados, pues hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas. El conocimiento del daño sufrido que ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción lo tiene el perjudicado al producirse el alta, en la medida que en esta fecha se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos que han de incluirse en la indemnización.”<sup>15</sup>.*

Así, debe hacerse especial hincapié en una distinción que resulta capital para resolver el asunto litigioso: una cosa es el momento en que las lesiones se declaren estabilizadas, porque se considera que ya no cabe posibilidad alguna de mejoría y así se le comunique al perjudicado; y otra muy distinta el momento en el que estén realmente estabilizadas.

En otras palabras, es posible que los facultativos decidan prescribir al perjudicado una serie de tratamientos complementarios que finalmente no den resultado alguno. Sin embargo, este extremo es imposible de conocer con antelación incluso para los propios médicos tratantes, que sólo podrán comprobar tal estancamiento mediante revisiones ulteriores acerca del resultado de los tratamientos prescritos. En ese caso, las lesiones se declararán estabilizadas en la fecha del alta médica, sin perjuicio de que en realidad se haya alcanzado la estabilidad lesional al finalizar el último tratamiento que produjo una mejoría en las lesiones del paciente.

---

<sup>15</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 326/2019, *Op. Cit.*

Esto último se encuentra en la base de la diferenciación que realiza posteriormente el Tribunal Supremo entre la fecha de alta, que se correspondería con el momento en que se comunica al paciente la estabilidad de las lesiones; y el día de corte, que es la denominación que se otorga a la fecha en que se fija la incapacidad temporal y las secuelas a efectos indemnizatorios, y que se identifica con el momento en el que se alcanza efectivamente la estabilidad lesional, en muchos casos, tras una compleja valoración judicial de la evolución de los daños sufridos.

En definitiva, de establecerse el día de corte como *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción del art. 1968.2º del Código Civil, se crearía no ya sólo un estado de incertidumbre e inseguridad jurídica inasumible para el perjudicado, como sostiene el Alto Tribunal en la sentencia estudiada, sino que también, a nuestro juicio, se estaría yendo en contra del principio de justicia material, al favorecer dicha incertidumbre a los agentes causantes del daño, en tanto que los perjudicados verían prescribir su derecho en un espacio de tiempo menor sin estar justificado, al no poder contar con la información médica suficiente para ejercitar las acciones a las que tienen derecho.

De hecho, el propio Tribunal Supremo sostuvo una postura similar en su STS 10/2013, de 21 de enero, al considerar que la doctrina de fijar el día inicial del cómputo en la fecha de alta médica

*“[...] obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento.”<sup>16</sup>.*

Para concluir, es por todo ello que consideramos acertada la decisión de fijar el día inicial del cómputo en la fecha del alta médica, eso sí, siempre que no concurra un claro ánimo dilatorio en la sanación de las lesiones o en la fijación de dicha fecha por parte del perjudicado, logrando así postergar el inicio del cómputo del plazo prescriptivo.

---

<sup>16</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 10/2013, de 21 de enero. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 31/2017, DE 19 DE**  
**ENERO**

Órgano	Tribunal Supremo
Sala	Sala 1ª, de lo Civil
Tipo de resolución	Sentencia
Número de resolución	31/2017
Fecha	19/01/2017
Procedimiento	Casación
Número de recurso	1222/2015
Ponente	Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana
Componentes del Tribunal	D. José Antonio Seijas Quintana  No figuran los componentes en el encabezamiento

En esta cuestión será objeto de análisis la Sentencia del Tribunal Supremo nº 31/2017, de 19 de enero, habiendo sido ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

Por lo que se refiere al objeto procesal del que trae causa la referida sentencia, el mismo versa sobre la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en el marco de un proceso de divorcio. Más concretamente, la cuestión a resolver por el Tribunal Supremo se centraba en si resulta posible atribuir dichos derechos por tiempo indefinido al cónyuge en cuya compañía queden los hijos mayores de edad que padecen algún tipo de discapacidad, cuando éste no sea el titular de la vivienda, en base a una posible equiparación entre los hijos mayores con discapacidad y los menores de edad.

Así las cosas, el caso objeto del litigio tiene su origen en el año 2013, cuando la representación procesal de D.<sup>a</sup> Esperanza interpuso demanda de juicio de divorcio contra D. Alfonso. Fruto de este matrimonio habían nacido dos hijos: Eduardo, menor de edad a la fecha de interposición de la demanda, pero mayor de edad a la fecha en la que el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Quart de Poblet hubo de conocer del asunto; y Rosana, mayor de edad, pero que sufría una discapacidad - no reconocida judicial ni administrativamente - derivada de su esquizofrenia, la cual le impedía vivir de forma independiente sin la ayuda de un tercero.

En la demanda D.<sup>a</sup> Esperanza solicitaba, entre otras cosas, la disolución del matrimonio y del régimen económico matrimonial; la patria potestad compartida entre ambos progenitores sobre los hijos, si bien la guarda y custodia de los mismos debía recaer en la madre, estableciéndose un régimen de visitas libre entre Eduardo y Rosana, y su padre. Por otra parte, también reclamaba la atribución del domicilio familiar para sí misma, una pensión de alimentos de 250 euros por cada uno de los hijos, y por último, una pensión compensatoria vitalicia por importe de 300 euros mensuales.

Por su parte, la procuradora de D. Alfonso se opuso a la demanda, suplicando de igual modo la disolución del matrimonio y de su régimen económico, y la patria potestad compartida. Ahora bien, frente a su cónyuge, D. Alfonso solicitaba para sí la guarda y custodia de su hijo Eduardo, así como la atribución de la vivienda familiar, cuya titularidad le correspondía con carácter privativo.

Realizados los trámites procesales correspondientes, con fecha 3 de octubre de 2013 el juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Quart de Poblet dictó sentencia parcialmente estimatoria en la que se acordaba, fundamentalmente:

- a) La disolución del matrimonio por divorcio.
- b) La atribución del uso y disfrute de la residencia habitual de la familia a D.<sup>a</sup> Esperanza por un período de tres años, por entender que representaba el interés más necesitado de protección, siendo la esposa quien corriera en este período con los gastos de suministro del inmueble; no así con los gastos inherentes a la propiedad, que debían ser abonados por D. Alfonso.

- c) Una pensión de alimentos a cargo de D. Alfonso en la cantidad de 140 euros por cada uno de los hijos, que debían ser abonados a D.<sup>a</sup> Esperanza.
- d) La denegación de la pensión compensatoria a la mujer.

Contra esta sentencia fueron interpuestos sendos recursos de apelación por las representaciones procesales de D.<sup>a</sup> Esperanza y D. Alfonso, los cuales fueron desestimados íntegramente por sentencia de 9 de marzo de 2015 dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, confirmando así la sentencia recaída en primera instancia. En ella se recalca particularmente que el hecho de que el inmueble donde radique el domicilio familiar sea privativo de uno de los cónyuges no implica que su uso no pueda ser concedido al otro, eso sí, siempre que tal facultad esté sometida a un límite temporal.

Por último, frente a la sentencia dictada en apelación, la procuradora de D.<sup>a</sup> Esperanza interpuso recurso de casación solicitando el uso y disfrute del domicilio familiar por tiempo indefinido, alegando la vulneración del artículo 96.1 del Código Civil. En el citado recurso, alegaba que la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia resultaba contraria a la doctrina jurisprudencial emanada de la propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Una vez expuestos tanto el objeto procesal como los antecedentes de hecho, es menester reseñar los fundamentos de derecho considerados por el Tribunal Supremo y que llevaron al mismo a desestimar el recurso de casación, confirmando en su totalidad la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. Tales argumentos giran en torno a la posible equiparación entre hijos menores y mayores con discapacidad a efectos de considerar sus intereses como los más necesitados de protección, el concepto de persona con discapacidad y el alcance de la protección que se otorga a éstas en los procedimientos de crisis matrimonial, todo lo cual se pone en conexión con la atribución de la vivienda familiar al cónyuge que no es el titular de la misma.

En primer lugar, la Sala comienza destacando que, frente a lo aducido por la recurrente, no se ha pronunciado con anterioridad en relación con el derecho de uso de la residencia familiar a favor de los hijos mayores de edad con discapacidad.

Así, apunta que la cuestión sobre la que se pronunció se refería al derecho de alimentos que puede ser reconocido a estos descendientes (SSTS 372/2014, de 7 de julio y 430/2015, de 17 de julio). En estas sentencias se establece que los alimentos reconocidos a un hijo mayor de edad con discapacidad reconocida - aunque no declarada judicialmente - debían tener la misma consideración que los debidos a los hijos menores siempre que estos carecieran de recursos y siguieran conviviendo en el domicilio familiar.

Por otro lado, señala el Tribunal Supremo que la STS 325/2012, de 30 de mayo parte de un supuesto de hecho distinto del que ahora es objeto de controversia, toda vez que, en la sentencia alegada en el recurso, el litigio se plantea respecto de una persona incapacitada judicialmente; y en el supuesto actual no existe ni incapacitación judicial ni resolución administrativa reconociendo la discapacidad de Rosana.

Aclaradas estas diferencias, continúa la Sala aduciendo que, pese a que no existe ningún tipo de reconocimiento de esta discapacidad, el concepto de persona con discapacidad recogido en el artículo 1 de la Convención de Nueva York de 2006 - y en el artículo 25 del Código Penal - no exige para que se otorgue tal consideración que medie resolución judicial ni administrativa que la declare:

*“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”.*

En esta misma línea, sostiene que el art. 96 CC regula el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los menores y del cónyuge en cuya compañía queden como una medida de tuición del interés de los primeros, por constituir el interés más necesitado de protección; y que, en base a la Convención de Nueva York y a la jurisprudencia recogida en la STS 325/2012, de 30 de mayo, se produce a efectos de esta protección una equiparación entre hijos menores y mayores incapacitados.

No obstante lo anterior, recalca el Alto Tribunal que de la protección ofrecida por la Convención no es posible entender que exista una regulación especial al margen de la que ordena el divorcio, de forma que, aun suponiendo el párrafo 1º del artículo 96 CC una medida de protección tanto del interés del menor como del interés de la

persona mayor de edad incapacitada, en ningún caso puede erigirse como una medida de duración indefinida y con vocación expropiatoria.

Esto es, dicho precepto vincula el cese de la atribución del domicilio familiar a que se alcance por los hijos la mayoría de edad; y una vez alcanzada se estará ante una situación de igualdad entre ambos progenitores, regulada en el párrafo 3º del artículo 96 del Código Civil, en la cual se atribuirá el uso y disfrute del inmueble a aquel cuyo interés se revele como el más necesitado de protección, *“por el tiempo que prudencialmente se fije”*<sup>17</sup>.

La falta de establecimiento de un límite temporal no quedaría amparada por el art. 96 CC, y en consecuencia, tampoco podría entenderse justificada una medida limitativa del derecho de propiedad que lo vaciase totalmente de contenido como sería la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular de la misma mientras dure la discapacidad del hijo mayor de edad.

A mayores, resalta el Tribunal Supremo que, pese a que en determinados supuestos exista una equiparación entre el interés de los menores y los mayores incapacitados, no son equiparables en toda situación, puesto que el interés de la persona con discapacidad pretende su integración socio-económica y no una asistencia de todo orden (como se establece en la STS 372/2014, de 7 de julio). Además, la equiparación realizada en las sentencias antes referidas, relativas a la prestación de alimentos, perseguía este interés, no en todo caso sino siempre que el alimentante pudiera atender dichas necesidades.

En definitiva, entiende el Tribunal que el hecho de proteger los intereses más vulnerables no implica que siempre deban imponerse restricciones al uso del domicilio familiar, cuando existen medidas tuitivas menos limitativas cual es la obligación de alimentos. De este modo, considera suficiente la atribución del uso y disfrute de la vivienda a D.<sup>a</sup> Esperanza y Rosana por un plazo de tres años, transcurridos los cuales las necesidades de Rosana deberán ser satisfechas mediante la obligación de alimentos que pesa sobre ambos cónyuges en atención a los medios de que dispongan.

---

<sup>17</sup> Artículo 96 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Como no puede ser de otro modo, la Sentencia culmina con el fallo, cuya parte dispositiva dispone lo siguiente:

*“Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido:*

*Desestimar el recurso de casación formulado por doña Esperanza contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia -Sección 10.ª- de fecha 9 de marzo de 2015 , con expresa imposición de las costas a la recurrente. Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de la Sala.*

*Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.*

*Así se acuerda y firma.”.*

Por último, corresponde realizar un comentario crítico de la sentencia que acaba de ser objeto de estudio.

Salvo mejor entender, nos encontramos ante una sentencia que recoge casuismo relevante, si bien es complicado que pueda sentar las bases para construir una nueva línea jurisprudencial, habida cuenta del calado del cambio legislativo que, como veremos, se ha producido en la materia.

La razón de que se pueda hablar de casuismo relevante deriva del hecho de que en la sentencia analizada se está resolviendo una controversia muy específica, a saber, comprobar si resulta posible privar prácticamente de contenido al derecho de propiedad en base a una posible equiparación entre los hijos mayores de edad con discapacidad y los hijos menores a efectos de que su interés sea considerado como el más necesitado de protección, y en consecuencia, atribuir la vivienda por tiempo indefinido al progenitor en cuya compañía queden, no siendo éste el titular del inmueble.

Con carácter previo a realizar el examen de la cuestión principal, corresponde adelantar que con fecha 3 de junio de 2021 se publicó una modificación del artículo 96 del Código Civil (en adelante, nuevo art. 96 CC), con motivo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las

personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que entró en vigor el 3 de septiembre de 2021, y a la que posteriormente haremos una sucinta referencia. No obstante, para realizar el estudio crítico de la sentencia partiremos de la normativa que se encontraba vigente con anterioridad, ya que, como no puede ser de otra forma, fue la que se aplicó para resolver el litigio.

Ahora sí, entrando en la materia, conviene empezar recalcando que el párrafo 1º del art. 96 CC vigente en el momento en que sucedieron los hechos establecía lo siguiente:

*“En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.”.*

A este respecto, ha sido la jurisprudencia la que ha interpretado que el precepto pretende la protección de los menores, al considerarlo como el interés más necesitado de protección (por todas, STS 236/2011, de 14 de abril o STS 451/2011, de 21 de junio). Sin perjuicio de lo anterior, en la STS 325/2012, de 30 de mayo, lo que se hace es incluir a los hijos incapacitados bajo el amparo del citado artículo con base, entre otras cosas, en la Convención de Nueva York:

*“Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.”<sup>18</sup>.*

---

<sup>18</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 325/2012, de 30 de mayo. Ponente: Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.

En esta última sentencia, la STS 325/2012, se trata un asunto similar al que es objeto del litigio en la resolución analizada: versa sobre un matrimonio que tuvo dos hijos y que se encuentra separado – que no divorciado – por resolución judicial, en el que el marido interpone una demanda de modificación de medidas solicitando que cese la obligación de dar alimentos a su esposa, así como la cesación del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de la misma y de su hijo mayor de edad, incapacitado judicialmente y con la patria potestad rehabilitada a favor de la madre.

Este derecho de uso y disfrute le había sido reconocido años atrás en otra sentencia del juzgado de primera instancia a la esposa, por convivir aún el hijo con ella en el domicilio familiar, y siendo éste ya mayor de edad. Cabe destacar en este punto que cuando le fue reconocido el derecho, el hijo no había sido aún incapacitado judicialmente.

Así las cosas, el caso fue resuelto por las instancias inferiores extinguiendo tanto la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a favor de la madre y del hijo incapacitado – que ya venían disfrutando desde hacía 25 años –, como el derecho de alimentos que tenía la primera. Empero, el Alto Tribunal, al resolver el recurso de casación interpuesto por la esposa, aunque confirmó lo relativo al derecho de alimentos por entender que su situación económica había mejorado, revocó el pronunciamiento de la audiencia provincial en lo atinente al uso y disfrute de la vivienda al considerar que, dada la interpretación ya expuesta del art. 96 CC:

*“[...] al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación, de 3 diciembre 2010.”<sup>19</sup>.*

Como se puede comprobar, en el caso enjuiciado en la STS 325/2012 no se declara que los hijos con discapacidad deban ser equiparados a los hijos menores de edad, como sostiene D.<sup>a</sup> Esperanza, sino que se declara que los hijos incapacitados judicialmente deben equipararse a los menores de edad a efectos de garantizarles la

---

<sup>19</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 325/2012, *Op. Cit.*

protección concedida por el art. 96 CC, siendo esta la razón que lleva a decir al Supremo, a nuestro juicio acertadamente, que nunca se había pronunciado acerca del derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores con discapacidad.

Dicho de otro modo, lo que viene a resaltar el Tribunal Supremo es la diferencia entre incapacidad de derecho y discapacidad de hecho, la cual reviste una importancia capital en el plano jurídico, y ello porque la incapacitación judicial se constituye como un mecanismo tuitivo de los derechos personales y patrimoniales de las personas a las que se declara incapaces, y todo ello tras un procedimiento judicial que cumple con todas las garantías exigidas y reguladas por ley, siendo además el juez la única persona facultada para conocer de la solicitud de incapacidad. En este sentido, resulta muy ilustrativa la literalidad del antiguo art. 199 CC:

*“Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.”.*

Por otro lado, existen diferentes grados de incapacidad, los cuales respondían a los diferentes límites a la capacidad de obrar que podía establecer el juez en la sentencia que pusiera fin al proceso de capacidad, tal y como regulaba el ya derogado artículo 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

*“La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.”.*

Además, la incapacitación judicial es un proceso reversible, de forma que en el caso de que sobrevinieran nuevas circunstancias, podría instarse un nuevo proceso cuyo objeto fuera dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.

De este modo, al no haber promovido ni D. Alfonso ni D.<sup>a</sup> Esperanza la incapacidad judicial de su hija Rosana, resulta imposible conocer el grado de incapacidad que presenta, pues ni siquiera existe una resolución administrativa declarando la discapacidad. Esto es muy relevante, pues dependiendo del grado de incapacidad que le fuera otorgado, podría ser más conveniente tomar uno u otro tipo de medidas.

Por ejemplo, si a una persona sólo se le hubiera declarado incapaz para disponer de bienes de cierto valor, no parece adecuado que como consecuencia de su incapacitación se hubiera optado por tomar alguna medida relativa al uso y disfrute del domicilio familiar, ya que podría llevar una vida prácticamente independiente. Por el contrario, si se le reconoce una incapacidad total, tendría una situación similar a un menor de edad, y por ende, es más probable que se adoptase alguna medida como la de mantener en el uso y disfrute de la vivienda familiar al progenitor que conviva con él.

Es por ello que el Tribunal Supremo aduce que no es posible amparar bajo la protección del art. 96 CC a personas con discapacidad de hecho, ya que supondría otorgar los derechos previstos para personas incapacitadas judicialmente que viven una situación de crisis matrimonial a personas que se presume que padecen una discapacidad, pero sin contar con todas las garantías legales que ofrece un proceso de incapacitación judicial.

A nuestro juicio, resulta acertada la decisión del Tribunal de no equiparar a las personas con discapacidad de hecho a las personas incapacitadas judicialmente a efectos de esta protección. Y ello porque, como ya se ha apuntado, la incapacitación judicial es un proceso reversible que admite su modificación siempre que sobrevenga un cambio en las circunstancias que llevaron a la misma, lo cual no ocurre en el caso de una discapacidad de hecho, ya que, para demostrar un cambio de las circunstancias, en realidad habría que promover un procedimiento de incapacitación judicial. En consecuencia, de admitirse la interpretación efectuada en la STS 325/2012 para el caso que nos ocupa, en la práctica lo que se estaría haciendo es conceder un usufructo vitalicio a D.<sup>a</sup> Esperanza.

Además, a pesar de que el artículo 1 de la Convención de Nueva York prescinda de la necesidad de que medie resolución judicial para conceder a una persona la condición de discapaz, no es posible entender, como así argumenta el Supremo, que el artículo 12 del mismo texto permita establecer una regulación al margen de la regulación propia de la separación y el divorcio, pues nada se dice al respecto.

En definitiva, lo que deberían haber hecho D. Alfonso y D.<sup>a</sup> Esperanza es promover un procedimiento para incapacitar a Rosana, ya que según se dice en la sentencia, es incapaz de vivir sola y necesita a un tercero que la controle; y sólo en ese caso, una vez que uno de los progenitores tuviera la patria potestad de Rosana rehabilitada, podría pretenderse que se concediera la protección ofrecida en la STS 325/2012.

Ahora bien, realizadas estas reflexiones, a nuestro parecer tampoco resulta admisible la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en la STS 325/2012, pues viene a conceder de forma indefinida el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar al cónyuge no titular que tiene la patria potestad prorrogada, lo cual choca frontalmente no sólo contra el derecho a la propiedad previsto en el artículo 33 de la Constitución Española, sino contra la propia regulación contenida en el antiguo art. 96 CC.

De hecho, en nuestra opinión, el propio Tribunal Supremo se aparta de dicha postura en la sentencia analizada, lo cual nos parece muy conveniente, puesto que, partiendo de que es posible atribuir la vivienda al progenitor no titular de la misma y de la equiparación referida entre menores de edad y mayores incapacitados, no puede olvidarse que para el caso de los primeros existe en todo caso un límite temporal a tal atribución, cual es la mayoría de edad.

A partir de ese momento, se pasa a estar en una situación de equilibrio entre ambos progenitores en la que, según el párrafo tercero del art. 96 CC, será posible atribuir el uso y disfrute del inmueble al cónyuge no titular siempre que su interés sea el más necesitado de protección, y siempre *“por el tiempo que prudencialmente se fije”*.

Es decir, teniendo en cuenta que existe un límite temporal en la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar tanto si existen hijos menores, como si no hay hijos o estos son mayores de edad, no parece posible argumentar para el caso de los hijos mayores que sufren algún tipo de discapacidad una restricción del derecho de propiedad del cónyuge titular de tal calibre que lo haga irreconocible.

En definitiva, en nuestra opinión el error del Tribunal radica en que ha intentado ocultar en la fundamentación jurídica realizada en la STS 31/2017 la postura mantenida en la STS 325/2012, de forma que, en vez de apartarse de la misma, ha pretendido iniciar una nueva línea jurisprudencial *ex novo*.

Sin embargo, al margen de lo ahora expuesto, consideramos que el Tribunal Supremo ha realizado una fundamentación jurídico-material acertada para considerar que no cabe privar de contenido un derecho constitucionalmente protegido como el derecho de propiedad en base a la protección del interés de los hijos mayores que se encuentren incapacitados, pues existen medidas menos gravosas para supuestos extremos en los que ni el cónyuge no titular ni la persona discapacitada dispusieran de recursos. Por ejemplo, la pensión de alimentos que puede reconocerse a favor del hijo, y que en el caso de los hijos mayores con discapacidad tendrá como finalidad la integración de su capacidad de obrar a través de una protección especial atendiendo a su grado de discapacidad.

Para terminar, haremos una breve referencia a la nueva redacción del artículo 96 del Código Civil, modificado con ocasión de la Ley 8/2021, relativa al apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica:

*“1. En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes.*

*A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.*

*Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI de este Libro, relativo a los alimentos entre parientes.*

*[...]*

*2. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. [...]*'.

Como puede comprobarse, la redacción actual del artículo 96 del Código Civil ofrece una solución muy similar a la que se ha defendido desde esta posición y a la mantenida por el Tribunal Supremo en la STS 31/2017.

De esta forma, en la actual regulación se deja claro que, con independencia de que existan hijos menores de edad cuya situación de discapacidad se prevea que va a continuar tras la mayoría de edad, o hijos mayores de edad en la misma situación al tiempo de producirse el divorcio – quedando ambos equiparados a efectos de la protección concedida por el precepto–, en todo caso la atribución del uso y disfrute de la vivienda habitual al cónyuge en cuya compañía queden estará sometida a un plazo temporal, y una vez finalizado éste, se atenderán las necesidades de los mismos a través del derecho de alimentos regulado en los artículos 142 y siguientes del Código Civil.

Esto permite, al menos plantear, el hecho de que en multitud de ocasiones la doctrina jurisprudencial se adapta más rápido a los cambios de la realidad social que la legislación. Así, parece muy probable que la STS 31/2017 objeto de estudio fuera un anticipo del cambio legislativo que estaba por llegar en materia de discapacidad.

**AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA Nº**  
**511/2020, DE 9 DE DICIEMBRE**

Órgano	Audiencia Provincial
Sede	Barcelona
Sección	Sección 18ª, Civil
Tipo de resolución	Auto
Número de resolución	511/2020
Fecha	09/12/2020
Procedimiento	Apelación
Número de recurso	766/2020
Ponente	D.ª Myriam Sambola Cabrer
Componentes del Tribunal	D.ª Myriam Sambola Cabrer  D.ª Ana Mª García Esquiús  D.ª Dolors Viñas Maestre

Para finalizar con el estudio de las resoluciones judiciales, se procederá a analizar el auto nº 511/2020, de 9 de diciembre, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, lo cual rompe con la línea de las sentencias del Tribunal Supremo que hemos venido examinando hasta ahora.

No obstante, realizaremos el análisis siguiendo la misma estructura que en los casos anteriores. De esta forma, comenzaremos por el objeto procesal del auto, que se encuentra relacionado con el tratamiento jurídico-procesal que debe darse a la existencia de un pacto previo de sometimiento a mediación para solucionar un conflicto, cuando para ello se acude directamente a la vía jurisdiccional, sin haber intentado tal procedimiento de mediación.

Por lo que se refiere a los antecedentes de hecho del caso, nos encontramos con que D.<sup>a</sup> Clara interpuso demanda de modificación de medidas ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia e Instrucción nº 1 de Berga contra su ex cónyuge, D. Jacobo, el cual, una vez emplazado, planteó un incidente de declinatoria de jurisdicción.

La razón por la que planteó la declinatoria era que en la sentencia de divorcio se había aprobado un convenio regulador, encontrándose recogida en el mismo una cláusula preventiva de mediación por la que tanto D.<sup>a</sup> Clara como D. Jacobo se obligaban a someter cualquier tipo de controversia relacionada con la interpretación o aplicación del convenio a mediación. Además, en esta misma cláusula se establecía que la demanda interpuesta por cualquiera de ellos sin probar que se hubiera intentado previamente la mediación podría “*ser exceptcionada de falta de jurisdicción mediante declinatoria*”<sup>20</sup>, lo cual, además, serviría para ponderar, a efectos de una condena en costas, la temeridad mostrada por la parte demandante.

Por otra parte, en el Plan de Parentalidad, que es un documento en el que se precisan los compromisos de ambos progenitores respecto a la guarda, cuidado y educación de los hijos, se regulaba la forma de actuar para resolver los eventuales conflictos que pudieran surgir, disponiéndose que para el caso de que D. Jacobo y D.<sup>a</sup> Clara no se pusieran de acuerdo acerca de alguno de los aspectos recogidos en el plan, deberían someterse a la decisión arbitral de los Servicios de Mediación Familiar del municipio en el que residieran los hijos.

Con todo, D.<sup>a</sup> Clara se opuso alegando que las cláusulas arriba mencionadas no resultaban de aplicación, por considerar que estaban referidas, respectivamente, a la plasmación del acuerdo de modificación de medidas previamente alcanzado por los progenitores por parte de los servicios de mediación y a las discrepancias parentales que requerían ser resueltas por un árbitro.

Así las cosas, el Juzgado de Primera Instancia de Berga estimó mediante auto la declinatoria interpuesta por apreciar la falta de jurisdicción, acordando el sobreseimiento del proceso.

---

<sup>20</sup> Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18<sup>a</sup>). Auto núm. 511/2020, de 12 de diciembre. Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María José Pérez Tormo.

Finalmente, contra dicho auto interpuso D.<sup>a</sup> Clara recurso de apelación, por considerar infringido el artículo 1281 del Código Civil, el cual fue admitido a trámite, y fue resuelto por el auto que ahora es objeto de examen.

Expuestos los hechos de los que proviene el litigio, seguidamente pasamos a enunciar los fundamentos de derecho empleados por la Audiencia Provincial de Barcelona para resolverlo, los cuales difieren de los empleados por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Berga.

En este sentido, la Audiencia comienza señalando que el incidente de declinatoria es, efectivamente, el mecanismo que debe emplearse para denunciar la falta de jurisdicción por sumisión, lo cual aparece regulado en el artículo 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ahora bien, apunta que cuando la declinatoria se plantea como consecuencia de la existencia de un pacto previo de sometimiento a mediación, lo que ocurre no es que el juez no tenga jurisdicción, sino que concurre única y exclusivamente un impedimento de procedibilidad. Aduce que esto se debe a que el mediador no tiene potestad jurisdiccional alguna, de forma que el juez ante el que se plantea la demanda es competente, pero no puede conocer de la misma por haber decidido las partes someterse con anterioridad al mecanismo de mediación.

De esta manera, considera, al igual que el auto recurrido, que la intención de los cónyuges al firmar el convenio regulador es clara y por tanto no cabe apreciar infracción del art. 1281 CC, el cual recoge el principio *in claris non fit interpretatio*. En consecuencia, puesto que en una de las cláusulas del convenio se recoge la sumisión expresa de D. Jacobo y D.<sup>a</sup> Clara a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, Ley de Mediación o LMC), ésta resulta de aplicación, y así, en el párrafo tercero de su artículo 10.2 se establece que:

*“El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.”.*

En definitiva, puesto que D.<sup>a</sup> Clara no ha intentado previamente acudir a mediación, concurre un óbice procesal que impide que los tribunales puedan conocer de la demanda interpuesta, por lo que corresponde desestimar el recurso, eso sí, señala, sin imposición de costas.

El auto finaliza con la parte dispositiva, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“Que desestimando el recurso de apelación deducido por la Procuradora Berta Jorba Pámies, en nombre y representación de Clara contra el auto de fecha 23/01/2020 dictado por el Juzgado de 1ª instancia e instrucción 1 de Berga en sede de procedimiento de Modificación de medidas supuesto contencioso 86/2019 de que el presente rollo dimanara debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución, precisando únicamente que no cabe apreciar falta de jurisdicción sino óbice procesal en los términos expuestos en la fundamentación, todo ello sin imposición de costas.*

*Contra esta resolución no cabe recurso alguno.*

*Lo acordamos y firmamos.”.*

Por último, y como ya viene siendo costumbre, realizaremos un estudio crítico del auto que ha sido objeto de análisis.

Salvo mejor entender, el auto dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona constituye un buen ejemplo del auge y del apoyo legal que ha obtenido el instituto de la mediación en la última década, como mecanismo alternativo de resolución de controversias, en tanto que se impide a los tribunales conocer de la demanda de D.<sup>a</sup> Clara por no haber intentado previamente la mediación, según estaba acordado. Sin embargo, es cierto que apenas existen resoluciones judiciales sobre esta materia.

Para una mejor comprensión del conflicto, debe partirse de la noción de mediación, recogiendo una definición legal en el propio artículo 1 de la Ley 5/2012:

*“Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.”.*

De este concepto pueden inferirse los principios que la inspiran, y que aparecen regulados en los artículos 6 a 9 del mismo texto legal, a saber, voluntariedad y libre disposición (art. 6 LMC), igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores (art. 7 LMC), neutralidad (art. 8 LMC) y confidencialidad (art. 9 LMC).

En este sentido, adquiere especial relevancia para el caso enjuiciado el principio de voluntariedad y libre disposición, base de la regulación, y que como no puede ser de otro modo, implica que la mediación tiene carácter voluntario, de manera que son las partes las que tienen que decidir libremente el inicio del procedimiento.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta la regulación contenida en el apartado 2 del artículo 6 de la Ley de Mediación, cuyo tenor literal dispone que:

*“Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.”.*

Este precepto, que obliga a las partes a intentar la mediación de buena fe si media un pacto previo de sumisión a este mecanismo, no choca con el principio de voluntariedad al que acabamos de hacer referencia, pues, en efecto, siguen siendo las partes las que deciden acudir voluntariamente a mediación. Lo que ocurre en este caso es que ese elemento volitivo se manifiesta con carácter previo a que surja la necesidad de acudir efectivamente al procedimiento de mediación, concretamente en el momento en que se formaliza un pacto entre las partes, que tiene naturaleza contractual, en el sentido de que supone *“un acuerdo de voluntades otorgado por dos o más personas con capacidad para ello que se obligan en su virtud”*<sup>21</sup>, y cuyo objeto es someter las eventuales desavenencias que afloran entre ellas a mediación.

Por ende, el efecto jurídico que produce este acuerdo es facultar a las partes para exigirse recíprocamente la obligación de intentar la mediación, extremo éste que además aparece recogido expresamente en el artículo 10.2 de la Ley de Mediación:

---

<sup>21</sup> Barona Vilar, S.: Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 373 y ss.

*“Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.*

*Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto [...].*

*El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.”.*

Por otra parte, según podemos observar, ya en la Ley de Mediación se establece que es la declinatoria el instrumento pertinente para denunciar que, existiendo un pacto de sumisión a mediación, no se ha intentado la misma, y en consecuencia, no pueden conocer los órganos judiciales del conflicto en cuestión. Esto mismo aparece igualmente recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en sus artículos 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos:

*“El demandado podrá denunciar mediante declinatoria [...] la falta de jurisdicción [...] por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia”<sup>22</sup>.*

*“Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta [...] a árbitros o a mediadores [...]”<sup>23</sup>.*

Como puede comprobarse, al igual que consideraba el auto recurrido, en la Ley de Enjuiciamiento Civil se habla de denunciar la falta de jurisdicción por haberse sometido la controversia a mediación. Sin embargo, el auto que resuelve la apelación corrige esta interpretación señalando que, en realidad, el pacto de sometimiento constituye un impedimento de procedibilidad, pero en ningún caso implica que el

---

<sup>22</sup> Artículo 39 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>23</sup> Artículo 63.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

tribunal competente carezca de jurisdicción, y ello porque los mediadores o instituciones de mediación no pueden ser catalogados como órganos jurisdiccionales ni tienen atribuidas funciones de esa naturaleza.

Lo cierto es que en la doctrina de las audiencias provinciales pueden encontrarse ambas interpretaciones:

- Por un lado, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia citó la fundamentación realizada por la Audiencia de Barcelona para justificar que la existencia de un pacto de sumisión a mediación implica exclusivamente un óbice procesal, no así la falta de jurisdicción.

*“Resulta de aplicación, por su semejanza al caso que se nos somete, lo resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de diciembre de 2020”<sup>24</sup>.*

- Por otro, si bien es cierto que no analiza el tema en profundidad, encontramos la postura mantenida por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid:

*“El sometimiento a mediación únicamente tiene el efecto jurídico previsto en el artículo 63 LEC sobre declinatoria. El sometimiento de la cuestión a mediadores no da lugar a la desestimación de la demanda sino a la declaración de falta de jurisdicción. En efecto dispone el citado artículo que se podrá proponer declinatoria por corresponder el conocimiento de la demanda a mediadores. Ahora bien ello sucederá cuando así se haya alcanzado por las partes el compromiso de someter a mediación las controversias, pacto de mediación al que se refiere el artículo 6 LCM [...]”<sup>25</sup>.*

A nuestro juicio, resulta más acertada la postura que considera al pacto de sometimiento como un óbice procesal, en tanto que, ciertamente, y como señala la Audiencia de Barcelona, los mediadores no tienen encomendada función

---

<sup>24</sup> Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª). Auto núm. 49/2021, de 24 de febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Lara Romero.

<sup>25</sup> Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª). Sentencia núm. 43/2021, de 8 de febrero. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Luisa María Hernán-Pérez Merino.

jurisdiccional alguna. Así, su principal tarea consiste en promover el entendimiento entre las partes para que éstas por sí mismas alcancen un acuerdo.

Asimismo, especial importancia reviste respecto de su calificación jurídica la cuestión del alcance de la obligatoriedad de la mediación en caso de que exista un pacto de sometimiento previo. En este sentido, debe remarcarse que el compromiso de sumisión a mediación alcanza exclusivamente a la fase inicial de la misma, precisamente, por la prevalencia del principio de voluntariedad, que comporta, más allá de cuanto se ha expuesto, que *“nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”*<sup>26</sup>.

En otras palabras, es perfectamente posible que cualquiera de las partes decida apartarse del procedimiento de mediación una vez se haya iniciado la misma, incluso, tras haber acudido a la sesión informativa, quedando, en su caso, expedita la vía judicial para interponer la demanda. De esto último cabe inferir que, en todo caso, el impedimento de acceso a la jurisdicción por la existencia de un pacto de sometimiento es una medida de carácter temporal, pues una vez intentada la mediación, si una de las partes no desea continuar con ella, desaparece el óbice procesal y ya podrá interponerse la demanda ante el juez competente.

A todo ello cabe añadir que, teniendo en cuenta los hechos declarados probados en el auto, en ningún caso D.<sup>a</sup> Clara podría acudir a la vía jurisdiccional, puesto que en el Plan de Parentalidad se encontraba incluido un convenio arbitral por el cual:

*“En caso de no llegar a algún acuerdo sobre alguna decisión que se haya de tomar con relación a lo indicado en este plan se someterán a la decisión arbitral de los Servicios de Mediación Familiar del Municipio en que en ese momento concreto residan los hijos. Igualmente, se acudirá a dichos Servicios de Mediación Familiar si, en vistas de mejorar este Plan a lo largo de los años o por circunstancias sobrevenidas, acordaran modificarlo, a fin y efecto de que quede constancia de dichas modificaciones”.*

---

<sup>26</sup> Artículo 6.3. de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

A estos efectos, debe estarse a lo establecido en el artículo 11.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en lo sucesivo, Ley de Arbitraje o LA):

*“El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda”.*

Es decir, puesto que ambos progenitores habían acordado someter a arbitraje sus discrepancias en relación con la guarda, cuidado y educación de sus hijos (materias que se regulan en el Plan de Parentalidad establecido en sentencia), D.<sup>a</sup> Clara no debería presentar una demanda de modificación de medidas que afecte a estos aspectos, por corresponder su conocimiento a los árbitros de los Servicios de Mediación Familiar en el que residan sus hijos.

En caso de que promoviera la demanda, D. Jacobo podría, al igual que en el caso del pacto de sumisión a mediación, plantear la declinatoria. La diferencia con el primer supuesto es que, a nuestro parecer, sí sería correcto considerar que concurre la falta de jurisdicción del juez ante el que se hubiera interpuesto, y ello por varias razones:

- Si bien es cierto que estamos ante un medio alternativo de resolución de controversias al que es voluntario acudir – en este caso, a través del convenio arbitral – y que los árbitros no son órganos jurisdiccionales, no es menos cierto que, aun sin tener potestad jurisdiccional, se encuentran facultados por ley para tomar una decisión que ponga fin al conflicto existente entre las partes, asimilándose así a las funciones de naturaleza jurisdiccional.

Además, esta decisión, denominada laudo, tiene efectos de cosa juzgada material al igual que una sentencia, y no puede ser revisada en cuanto al fondo por ningún órgano judicial; idea ésta que queda confirmada por el propio Tribunal Constitucional en su STC 17/2021, en la que se revocaba una sentencia del TSJ de Madrid por considerar que los tribunales sólo pueden controlar las garantías procesales del arbitraje, no pudiendo en ningún caso servir como una segunda instancia en la cual se entre al fondo de los laudos arbitrales:

*“El posible control judicial del laudo y su conformidad con el orden público no puede traer como consecuencia que el órgano judicial supla al tribunal arbitral en su función de aplicación del derecho.”.*

*“Tampoco es una segunda instancia revisora de los hechos y los derechos aplicados en el laudo, ni un mecanismo de control de la correcta aplicación de la jurisprudencia. Por consiguiente, debe subrayarse una vez más que si la resolución arbitral no puede tacharse de arbitraria, ilógica, absurda o irracional, no cabe declarar su nulidad amparándose en la noción de orden público.”<sup>27</sup>.*

- Además, al contrario de lo que ocurre en el proceso de mediación, no es posible que una de las partes, unilateralmente, decida abandonar el procedimiento de arbitraje y acuda a la vía judicial ex art. 11 LA, no tratándose, por tanto, de una medida temporal.

En definitiva, son estas pues, las razones que nos llevan a compartir las consideraciones efectuadas por la Audiencia Provincial de Barcelona.

---

<sup>27</sup> Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 17/2021 de 15 de febrero. Ponente: Excm. Sra. D.ª María Luisa Balaguer Callejón.



# Resolución de supuestos prácticos

**Línea práctica Civil-Mercantil**

## **CASO PRÁCTICO 1**

Efigenia recibe en su Despacho a Macarena Torres y Gastón Sherig, matrimonio español que vive en Madrid. Gastón ha recibido una demanda de reclamación de filiación extramatrimonial de una relación que tuvo hace treinta años con una compañera de Universidad, Rose Lavingnon de origen británico. Además, Gastón y Macarena no pueden tener hijos pues Gastón desde hace diez años sufre stress y ansiedad a causa de su trabajo como arquitecto. Precisamente Macarena está en tratamiento de fertilización pues Gastón había procedido nada más casarse en el año 1992 a hacer una donación a un Banco de Semen en España para contribuir a la mejora de la sociedad. Macarena quiere aconsejarse para utilizar técnicas de reproducción asistida.

### **1. ¿Qué normativa rige la reproducción asistida en España?**

El punto de partida de las técnicas de reproducción asistida podría situarse en 1978, cuando fue concebido el primer bebé fuera del cuerpo de la madre gracias a la técnica de la fecundación *in vitro*<sup>28</sup>.

Sin embargo, no fue hasta 1988 cuando se dictó en España la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Este texto legal presentaba severas deficiencias técnicas, habida cuenta de lo reciente de la materia. Además, presentaba un contenido de carácter eminentemente administrativo-sanitario, si bien también se recogían normas de carácter civil referidas a la donación de gametos, a los consentimientos que debían prestarse para la utilización de las diferentes técnicas, así como todo lo relativo a la filiación de los nacidos a través de las mismas.

Contra esta ley fue interpuesto un recurso de inconstitucionalidad que fue resuelto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 116/1999, de 17 de junio, en la cual se afirmó la constitucionalidad de la mayor parte del contenido de la misma. Esta sentencia sigue siendo relevante en la actualidad, ya que la ley que actualmente regula la materia mantiene vigentes muchos de los preceptos que fueron considerados constitucionales por el Tribunal Constitucional.

---

<sup>28</sup> Los pasos gigantes que ha dado la fertilización *in vitro* desde el primer bebé probeta (25 de julio de 2015). BBC News.

Más tarde, esta ley fue modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida; reforma que vino propiciada no sólo por las lagunas y ambigüedades que presentaba la ley anterior, sino también por la necesidad de evitar que el número de embriones congelados en España siguiera incrementándose. En esta línea, esta ley limitó las posibilidades de crio-conservación de preembriones, si bien consintió que se siguiera investigando con los que ya existían en el momento en que se promulgó.

Finalmente, tanto la Ley 35/1988 como la Ley 45/2003 quedaron derogadas por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA), que se encuentra vigente en la actualidad, y que será analizada en las siguientes líneas con mayor detenimiento.

Esta ley presenta un planteamiento de corte más permisivo hacia las técnicas de reproducción asistida, similar al que inspiró la derogada Ley 35/1988, caminando en sentido opuesto a las limitaciones impuestas por la Ley 45/2003 en relación con el número de ovocitos que podían fecundarse (célula germinal femenina que da lugar al óvulo), y aumentando las posibilidades de experimentación con preembriones.

Así, en el artículo 1 LTRHA, sobre su objeto y ámbito de aplicación, se establece que la ley tiene un triple objeto: i) la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente; ii) regular la aplicación de las mismas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético; y la ordenación de los casos y condiciones de uso de gametos y preembriones humanos crioconservados.

Este mismo precepto recoge el concepto de preembrión, de importancia capital en la materia, en los siguientes términos:

*“A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.”<sup>29</sup>.*

---

<sup>29</sup> Artículo 1.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Por su parte, su artículo 2, por remisión al anexo de la propia LTRHA, concreta cuáles son las técnicas de reproducción humana asistida que se consideran acreditadas científica y clínicamente, y que definiremos a continuación para una mejor comprensión de la materia<sup>30</sup>:

- La inseminación artificial: se da cuando los gametos masculinos son introducidos en la vagina de la mujer a través de medios artificiales, buscando que sea allí donde se produzca la fecundación.
- Fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones. La fecundación *in vitro* implica que la fecundación se produce fuera del cuerpo de la mujer a través de la manipulación de los gametos en un laboratorio.

Además, a estos efectos debe hacerse una distinción: en el caso de que se empleen gametos propios del marido o persona que consiente la fecundación hablaríamos de fecundación homóloga; mientras que la fecundación heteróloga supone el empleo de gametos masculinos procedentes del donante.

- Transferencia intratubárica de gametos: es una técnica poco frecuente. Es un procedimiento por el que se introducen óvulos recolectados de los ovarios en un tubo junto con los espermatozoides del varón. Posteriormente, se introducen en las trompas de Falopio a través de una laparoscopia buscando que se desplacen al útero para que tenga lugar la fecundación<sup>31</sup>.

En los artículos 3 y 4 de la LTRHA se recogen las condiciones personales que se requieren para poder aplicar dichas técnicas, incluyendo una serie de deberes de información, asesoramiento y documentación en relación con las mismas que deberán proporcionarse en todo caso a quienes deseen recurrir a ellas, así como los centros autorizados para ello por la autoridad sanitaria.

---

<sup>30</sup> Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2016). Acciones de filiación. Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. En C. Martínez de Aguirre Aldaz (Coord.), Curso de Derecho Civil, Volumen IV (pp. 368-369). Madrid: Edisofer.

<sup>31</sup> Cigna (16 de junio de 2021). Transferencia intratubárica de gametos y de cigotos (GIFT y ZIFT) para la esterilidad.

Por su parte, el Capítulo II (arts. 5-10) de la Ley centra su atención en la regulación de los donantes y los contratos de donación, los consentimientos que deben prestarse, y lo más importante, las relaciones de filiación, siendo los preceptos con más trascendencia del texto legal.

El artículo 5, que recoge la cuestión relativa a los donantes y a los contratos de donación, hace especial hincapié en que la donación de gametos y preembriones tiene carácter gratuito, sin perjuicio de que se puedan compensar las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales.

Más allá de esto, conviene resaltar lo que se refiere al anonimato del donante, previsto en su apartado 5. En este sentido, se establece que *“La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes”*, todo ello sin perjuicio de que los hijos puedan obtener información general del donante que no incluya su identidad. Sin embargo, hay una excepción:

*“En circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.”<sup>32</sup>.*

En el artículo 6 LTRHA se recogen algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento de dichas técnicas, siendo evidentemente el más importante el de la mujer usuaria, pero disponiendo el apartado 3 una regla relativa al consentimiento del marido y que tendrá su relevancia respecto de la filiación:

*“Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.”.*

---

<sup>32</sup> Artículo 5.5 párrafo 3º de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Posteriormente, encontramos los artículos 7-10, que recogen las reglas en materia de filiación. A este respecto se establece que la filiación de los nacidos a través de técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, sin perjuicio de las especificaciones realizadas por la propia LTRHA<sup>33</sup>.

Importancia capital presenta la norma recogida en el artículo 8.1 LTRHA, el cual establece lo siguiente:

*“Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”.*

Esto implica que, si media consentimiento del marido, el nacido se considera hijo suyo con independencia de si estamos ante una fecundación homóloga o heteróloga; regla complementada con el apartado 3 del mismo precepto, que dispone que la revelación de la identidad del donante en ningún caso puede implicar la determinación legal de la filiación.

Finalmente, el artículo 9 recoge las reglas de filiación para los casos de premoriencia del marido; y el artículo 10, la prohibición y filiación en casos de gestación por sustitución. Esta última cuestión será analizada con detalle en la última pregunta del caso práctico planteado.

En otro orden de cosas, los Capítulos III-VII recogen una serie de normas que presentan un carácter no tanto de corte civil sino más bien de tipo administrativo-sanitario, por lo que nos detendremos menos en ellas:

- El Capítulo III (arts. 11-13) recoge todo lo referido a la crioconservación y otras técnicas auxiliares de las de reproducción asistida, permitiendo la crioconservación de semen durante la vida del varón donante y la utilización de ovocitos para la fecundación previa aprobación de la autoridad sanitaria; así como la aplicación de técnicas como el diagnóstico preimplantacional para prevenir enfermedades hereditarias.

---

<sup>33</sup> Artículo 7.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Merece la pena destacar las diversas posibilidades de uso de los preembriones, semen y ovocitos crioconservados que permite la TRLHA:

- a) *“Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.*
- b) *La donación con fines reproductivos.*
- c) *La donación con fines de investigación.*
- d) *El cese de su conservación sin otra utilización.”*<sup>34</sup>.

- El Capítulo IV (artículos 14-16) está destinado a regular el alcance de las posibilidades de investigación y experimentación con los gametos y preembriones. A tal efecto, permite la utilización independiente de gametos con fines investigadores, pero regula de manera detallada los requisitos para poder experimentar con preembriones, a saber, contar con el consentimiento escrito de la pareja, que el embrión no se haya desarrollado *in vitro* más de 14 días tras la fecundación, etc.
- El Capítulo V (arts. 17-19) se encarga de ordenar todo lo atinente a los centros sanitarios y equipos biomédicos que lleven a cabo las técnicas de reproducción asistida o las labores de investigación, exigiendo especiales condiciones de capacitación en su personal, así como auditorías periódicas.
- Los Capítulos VI (artículo 20) y VII (arts. 21-23) regulan, respectivamente, la estructura y funciones Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida; y los registros nacionales en materia de reproducción asistida.

La comisión se define como *“órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan.”*<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Artículo 11.4 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>35</sup> Artículo 20.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Asimismo, se prevé un Registro nacional de donantes, en el que se inscribirán con las debidas garantías de confidencialidad a los donantes de gametos y preembriones; y un Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida, destinados a publicar datos relacionados con estas técnicas como por ejemplo su tasa de éxito.

Termina el articulado, sin perjuicio de las correspondientes disposiciones derogatorias (recordemos que deroga las Leyes 35/1988 y 45/2003), adicionales y finales, con el Capítulo VIII que recoge el régimen de infracciones y sanciones, conforme a una gradación en leves, graves y muy graves.

2. **Redacte sucintamente una Demanda de reclamación de filiación extramatrimonial.**
3. **Rose Lavingnon pide en la demanda de filiación una prueba anticipada de reconocimiento de paternidad. Proceda a redactar esta solicitud de prueba anticipada.**

#### **AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE MADRID**

**D. ALBERTO LÓPEZ MARTÍN**, Procurador de los Tribunales, colegiado n.º 345, en nombre y representación de **D. JAMES LAVINGNON**, mayor de edad, soltero, con NIF 26453975H y domicilio en la Avenida del Mediterráneo nº 5, 6º F, 28040-Madrid, y cuyas demás circunstancias personales constan en la escritura de poder que acompaño como **Documento n.º 1**, asistido por el Letrado **D. CARLOS ALVAREZ PESQUERA**, colegiado n.º 103.979 del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que, por medio del presente escrito, formulo **DEMANDA DE JUICIO VERBAL EJERCITANDO ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD NO MATRIMONIAL, conforme al art. 133.1 del CC**, contra **D. GASTÓN SHERIG**, mayor de edad, casado, con domicilio en la ciudad de Madrid, calle José Ortega y Gasset nº 7, 1º B y NIF 12349721G.

Se basa la presente demanda en los siguientes,

## HECHOS

**PRIMERO.-** La presente reclamación de filiación que ejercita mi mandante en su propio nombre, tiene su origen en las relaciones que en su momento mantuvieron doña Rose Lavingnon, madre del actor, y el demandado, don Gastón Sherig.

**SEGUNDO.-** Don Gastón Sherig y Dña. Rose Lavingnon se conocieron en septiembre del año 1989, cuando doña Rose se trasladó a España con una beca Erasmus para estudiar el último curso de arquitectura en la Universidad Complutense de Madrid, donde estudiaba también arquitectura don Gastón.

D.<sup>a</sup> Rose y D. Gastón se hicieron amigos y pasados unos meses iniciaron una relación sentimental, trasladándose don Gastón en el mes de febrero de 1990 a vivir con la actora en el piso que ésta tenía alquilado en Madrid y que compartía con una compañera, también británica, llamada Victoria Grant.

Se acompañan como **Documentos n.º 2 a 15**, fotografías en que ambos aparecen juntos, solos y con amigos, que testificarán en el momento procesal oportuno.

**TERCERO.-** En el mes de junio de 1990, tanto doña Rose como don Gastón finalizaron la carrera de arquitectura y dada la relación sentimental que en ese momento mantenían, doña Rose decidió realizar unas prácticas en un estudio de arquitectura en Madrid con el fin de permanecer en España, pensando en la posibilidad de poder desarrollar su carrera profesional en este país. Por su parte, Don Gastón se incorporó al estudio de arquitectura familiar, fundado por su abuelo, continuando la relación sentimental que ambos mantenían.

**CUARTO.-** En el mes de enero de 1991, doña Rose descubre que está embarazada, y aunque no había sido algo premeditado, tampoco piensa que les va a causar ningún trastorno, ya que convivían juntos desde hacía tiempo y ambos habían finalizado su carrera.

Una vez comunicada la noticia al demandado, éste le dice que, aunque no era el mejor momento, ya que ambos empezaban a desarrollar sus respectivas carreras profesionales, no pasaba nada y que será “nuestro hijo”, aunque le propone esperar un par de meses para notificarlo a las familias de ambos.

Durante este tiempo don Gastón acompaña a doña Rose al médico y a la realización de las pruebas oportunas para el seguimiento del embarazo.

Se acompañan informes médicos y dos ecografías realizadas en los meses de febrero y marzo de 1991 como **Documentos n.º 16 a 25**.

**QUINTO.-** En el mes de marzo de 1991, don Gastón y doña Rose, y dado que a ésta ya se le comienza a notar el embarazo, toda vez que se encuentra en su cuarto mes, deciden notificar a sus respectivas familias la noticia del embarazo, noticia que no es bien acogida por ninguna de las partes.

La familia de don Gastón piensa que son demasiado jóvenes y que primero se tendrían que haber labrado una carrera profesional; y la familia de doña Rose no está de acuerdo en que ésta se quede a vivir en Madrid y desarrolle allí su vida personal y profesional.

Tanto Gastón como Rose se enfrentan a sus familias y continúan con su relación sentimental al margen de este tema.

Dada la nueva situación, la pareja decide alquilar una nueva vivienda en Madrid para poder criar juntos a su hijo. Don Gastón le propone a su pareja casarse, pero ella dice que prefiere esperar a que nazca su hijo y después ya formalizarán jurídicamente su relación.

Se acompañan como **Documentos n.º 26 a 40** fotografías de la pareja solos y con amigos, donde se puede ver el embarazo de doña Rose y la vivienda que ambos compartían.

**SEXTO.-** Durante los dos meses siguientes, la relación de la pareja se va deteriorando rápidamente debido al estrés de la situación, la nueva vivienda y el enfrentamiento con las familias.

A esto hay que añadir el hecho de que don Gastón cada vez está más implicado en el trabajo y pasa menos horas en casa y doña Rose se siente sola y extranjera en un país que no es el suyo y su trabajo no avanza, ya que continúa siendo la becaria y sus padres le presionan para que vuelva a casa y que crie allí a su hijo.

**SEPTIMO.-** En el mes de mayo de 1991, un amigo de doña Rose le llama desde Escocia y le dice que un grupo compuesto por cuatro arquitectos jóvenes han decidido montar un estudio de arquitectura en esa zona y que dado su expediente académico y su experiencia como becaria durante este tiempo, han pensado en ella para que se convierta en la quinta socia y que habría que poner únicamente un pequeño capital cada uno de ellos. En ese momento doña Rose le comenta que le agradece el ofrecimiento pero que su idea es permanecer en Madrid junto a Gastón y su hijo y desarrollar aquí su carrera.

Transcurrida una semana desde esta conversación, el abuelo de don Gastón le propone a éste hacer un curso de tres meses sobre la nueva concepción de la arquitectura en una prestigiosa escuela de Berlín, ya que entiende que es una oportunidad única el poder acceder a esa escuela. Don Gastón le contesta que no se compromete a nada y que previamente lo tiene que hablar con su pareja.

Doña Rose en un principio se opone a esta idea, ya que se encuentra al principio de su sexto mes de embarazo y no quiere quedarse sola, aunque entiende que es una buena oportunidad para Gastón, por lo que al final ambos deciden que éste se vaya a Berlín, toda vez que sólo son dos meses.

**OCTAVO.-** A finales de junio de 1991 los padres de doña Rose se trasladan a Madrid a pasar las vacaciones junto a su hija y estar con ella unos días.

Una vez en Madrid, descubren que su hija acaba de dejar las prácticas en el estudio de arquitectura dado el avanzado estado de gestación, 7 meses, que le dificultaba acudir a las diferentes obras, y como Gastón aún tardará más de un mes en volver, le proponen que durante este tiempo vuelva con ellos a Inglaterra para dar a luz y espere allí a que vuelva Gastón y así pueda descansar y ver de nuevo a sus amigos.

Rose se opone a esta idea porque se encuentra en un estado de gestación muy avanzado y no quiere ponerse en peligro ella ni a su hijo.

**NOVENO.-** El día 20 de julio de 1.991 Rose sufre una caída y a consecuencia de ello es ingresada en el hospital donde le provocan el parto, por existir peligro para la vida del niño.

Ante esta noticia Gastón regresa a Madrid y cuando acude al hospital a visitar a Rose y a su hijo, Rose le dice que durante este tiempo los únicos que se han ocupado de ella han sido sus padres y que tiene intención de regresar con ellos y su hijo a Londres, ya que ha entendido que son muy diferentes y su relación no va a ninguna parte, y que por delante de ella y su hijo siempre va a estar el trabajo de Gastón en el estudio familiar.

Gastón trata de convencer a Rose, pero ésta ha tomado ya la decisión de volver a Londres en cuanto madre e hijo puedan viajar y además ha inscrito en el Registro Civil a su hijo como madre soltera. Como consecuencia de estos hechos, Gastón se enfada y no vuelve al hospital.

Rose y el pequeño vuelven a Londres con sus padres, un mes después del nacimiento, y sin haber tenido relación alguna con Gastón durante ese tiempo.

Se acompañan como **Documentos n.º 41 a 56** fotografías de Rose y el recién nacido en el hospital de Madrid y en el piso que compartía con Gastón en Madrid. Y como **Documento n.º 57** certificado de nacimiento de mi mandante.

**DECIMO.-** Una vez que Rose regresa a Londres, Gastón recapacita y comienza a llamarle a casa de sus padres para solucionar las cosas, y ésta le informa de que está pensando seriamente en la posibilidad de aceptar la oferta que le hizo su amigo y ser socia del nuevo estudio de arquitectura y le dice que podría intentar que él también participara de este nuevo proyecto lejos de la familia de los dos, pero Gastón le dice que su sitio está en el estudio de arquitectura familiar.

Las llamadas de teléfono se van distanciando en el tiempo, ya que lo único que hacen es discutir.

**DECIMO PRIMERO.-** Ante esta situación, Rose se traslada a Edimburgo con su hijo para abrir su estudio de arquitectura con sus colegas y donde continúa viviendo en la actualidad. Mi mandante se ha criado únicamente con su madre.

Gastón rehízo su vida y se casó con su actual esposa, doña Macarena Torres, sin haber tenido ningún contacto durante estos 30 años con su hijo.

**DECIMO SEGUNDO.-** A finales del año 2020, por un tema de trabajo, mi mandante se traslada durante un año a Madrid y decide ir a visitar a don Gastón, ya que su madre, ante la insistencia de James, ha terminado por contarle quien es su padre.

Cuando el actor llama a don Gastón, éste le dice que no tiene interés alguno en conocerle, ya que durante treinta años le han dejado al margen y por tanto las cosas deben seguir así, toda vez que él en su momento hizo todo lo posible por estar juntos y sin embargo ni su madre ni él han tenido ningún interés en formar parte de su vida y ahora ya es tarde.

Ante esta situación, mi mandante se ha visto obligado a interponer la presente demanda en reclamación de la filiación no matrimonial para que, tras realizarse las oportunas pruebas biológicas, y demás pruebas testificales y documentales que se admitan, se declare, en su caso, la paternidad de don Gastón, con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes,

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**I.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** Corresponde al órgano de la jurisdicción civil al que me dirijo en virtud del artículo 4 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 36 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Y, además, conforme al 22 quáter de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La competencia objetiva corresponde a los Juzgados de Primera Instancia conforme al artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es territorialmente competente el Juzgado al que me dirijo, en virtud del artículo 50.1 de la citada norma legal, por ser el del domicilio del demandado.

**II.- CAPACIDAD:** Mi mandante está capacitado para el presente procedimiento, a tenor de los artículos 6 y 7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por ser persona física y hallarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles, sin que concurra causa alguna que le inhabilite para ello.

**III.- LEGITIMACIÓN:**

**Activa:** El actor está legitimado activamente conforme al artículo 10 de la LEC y al art. 133.1 CC, que actualmente señala: *"La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida."*

**Pasiva:** Procede dirigir la presente acción contra D. Gastón, en virtud de lo establecido en el art. 766 de la LEC: *"En los procesos a que se refiere este Capítulo serán parte demandada, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne ésta. Si cualquiera de ellos hubiere fallecido, serán parte demandada sus herederos."*

**IV.- POSTULACIÓN:** El demandante litiga representado por Procurador y asistido de Abogado, conforme exige el artículo 750.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

**V.- PROCEDIMIENTO:** Dispone el artículo 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se aplicarán las disposiciones del Título I del Libro IV de dicha norma a los procesos de filiación, paternidad y maternidad.

Y el artículo 753 señala que los procesos a que se refiere el citado Título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, con las especialidades en él contenidas:

*"2. En la celebración de la vista de juicio verbal en estos procesos y de la comparecencia a que se refiere el artículo 711 de la presente ley, una vez practicadas las pruebas el Tribunal permitirá a las partes formular oralmente sus conclusiones, siendo de aplicación a tal fin lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 433."*

Conforme a la LEC arts. 764 y concordantes: *"Podrá pedirse de los tribunales la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil"*.

**VII.- FONDO DEL ASUNTO:** Dispone el artículo 764.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que podrá pedirse de los tribunales la determinación legal de la filiación en los casos previstos en la legislación civil.

ARTÍCULO 39.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: *"Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad"*.

ARTÍCULO 108 DEL CÓDIGO CIVIL: *"La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial"*

#### **EFFECTOS DE LA FILIACIÓN:**

- ARTÍCULO 109 DEL CÓDIGO CIVIL: *"La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley"*.

- ARTÍCULO 112 DEL CÓDIGO CIVIL: *"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 aquellos y la Ley no dispusiere lo contrario"*.

#### **DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL**

- ARTÍCULO 120.3º DEL CÓDIGO CIVIL: *"La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: (...) 3º Por sentencia firme"*.

#### **PRUEBA DE LA FILIACIÓN:**

- ARTÍCULO 113 DEL CÓDIGO CIVIL: *"La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado."*

*No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria".*

ARTÍCULO 114 DEL CÓDIGO CIVIL: *"Los asientos de filiación podrán ser rectificadas conforme a la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de lo especialmente dispuesto en el presente título sobre acciones de impugnación".*

ARTÍCULO 133.1 DEL CÓDIGO CIVIL: *"La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida."*

### **VIII.- ESPECIALIDADES EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA:**

ARTÍCULO 767 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: En cuanto a las especialidades en materia de procedimiento y prueba, establece la LEC en su art. 767 que: *"1. En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.*

*2. En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.*

*3. Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.*

*4. La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios."*

En relación con la aportación de un principio de prueba para la admisión de la demanda, y con la documental aportada con este escrito de demanda, con los núm. 2 al 55, esta parte entiende que se da cumplida respuesta a dicho mandato legal.

En todo caso, en el momento procesal oportuno se acreditará mediante pruebas testificales, documentales y pruebas periciales biológicas, comparando ADN, la veracidad de cuanto se relata en el cuerpo del presente escrito, y que evidencian la existencia de relaciones entre la madre de mi mandante y D. Gastón Sherig en la época de la concepción.

**IX.- REGISTRO CIVIL:** El testimonio de la Sentencia firme por la que se declare que mi mandante James Lavingnon es hijo no matrimonial de don Gastón Sherig deberá remitirse al Registro Civil para que se practique su oportuna inscripción registral, conforme al artículo 82 del Reglamento del Registro Civil.

**X.- COSTAS:** Conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberán ser impuestas al demandado.

Por lo expuesto,

**SUPlico AL JUZGADO:** Que teniendo por presentado este escrito, con los documentos y copias que se acompañan, se sirva admitirlo, y teniéndome por parte en la representación de **D. JAMES LAVINGNON**, tenga por formulada **DEMANDA DE JUICIO VERBAL EN RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN PATERNA NO MATRIMONIAL** contra **D. GASTÓN SHERIG** y, seguido el juicio por sus trámites legales, dicte sentencia en su día por la que:

- A) Declare** que D. Gastón Sherig es el padre biológico de don James Lavingnon
- B) Declare** que los apellidos de James son Lavingnon Sherig.
- C) Ordene** la rectificación en el Registro Civil de la inscripción de nacimiento de don James Lavingnon, en el sentido de que.
  - C1)** Se haga constar que el padre de James Lavingnon es Gastón Sherig, casado, de nacionalidad española y domicilio en Madrid.
  - C2)** Se haga constar que el primer apellido seguirá siendo Lavingnon y el segundo Sherig.
- D) Con expresa imposición de costas al demandado, si se opusiera a esta demanda.**

Es justicia que solicito en Madrid a 6 de octubre de 2021.

**OTROSI DIGO PRIMERO.-** Que desde este momento, y a los efectos procesales oportunos, se solicita el recibimiento a prueba. A tal efecto se dejan designados los archivos de cuantas entidades públicas o privadas puedan tener relación con la presente litis, y en especial, los de: Registro Civil de Madrid, Hospital Universitario 12 de Octubre, Centro de Salud del barrio del Pilar de Madrid, Facebook España, S.A., D. Gastón Sherig, Instituto Nacional de la Seguridad Social.

**SUPLICO AL JUZGADO,** tenga por hecha tal manifestación a los efectos pertinentes, y por designados los archivos que se mencionan.

**SEGUNDO OTROSÍ DIGO:** Que con el fin de determinar la paternidad de don Gastón Sherig y conforme a lo previsto en los artículos 294 y 767.2 de la LEC, esta parte solicita como prueba anticipada la práctica de la siguiente:

**PRUEBA PERICIAL MÉDICO-LEGAL.-** Siendo necesario para determinar si D. Gastón Sherig es el padre de don James Lavingnon la realización de **prueba biológica**, esta parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 339.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solicita se proceda por el Juzgado a librar oficio al Instituto Nacional de Toxicología, o caso de no estar conforme el demandado con la práctica por dicho organismo de la referida prueba, a designar un perito, a fin de que realice todas aquéllas pruebas pertinentes en las personas del demandante y del demandado para determinar que D. Gastón Sherig es el padre biológico de don James Lavingnon.

**SUPLICO AL JUZGADO:** Tenga por solicitada la prueba indicada, la admita y provea lo necesario para su práctica.

**TERCER OTROSÍ DIGO.-** Que de acuerdo con lo preceptuado en el Art. 231 de la L.E.C., esta parte deja constancia de su voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la citada Ley, interesando desde este mismo momento, que se le pongan de manifiesto los posibles defectos en que pudiera haber incurrido en la preparación e interposición del presente escrito, es por lo que

**SUPLICO AL JUZGADO** que tenga por hecha la anterior manifestación a los posibles efectos oportunos de subsanación de errores.

Es de justicia que reitero en lugar y fecha *ut supra* indicado.

Firma electrónica Abogado

Firma electrónica Procurador

D. Carlos Álvarez Pesquera

D. Alberto López Martín

Col. n.º: 103.979

Col. n.º: 345

- 4. En su desesperación por no tener hijos Macarena quiere aconsejarse de la legalidad de lo que ha oído sobre “vientre de alquiler” pues tanto ella como su marido Gastón son católicos, pero firmemente quieren tener hijos. Macarena tiene en la actualidad 50 años y un embarazo sea en reproducción asistida le ocasiona un riesgo a su salud. ¿Qué le puede aconsejar desde la perspectiva legal española?**

La gestación subrogada o gestación por sustitución, también conocida como vientre de alquiler, es una técnica de reproducción asistida por la que una pareja o un varón que desean tener un hijo llegan a un acuerdo con otra mujer para que ésta, de manera voluntaria, ceda su capacidad gestante para llevar a cabo el embarazo, y una vez haya nacido el bebé, se lo entregue a las personas que convinieron con ella, renunciando a la filiación materna del nacido en su favor.

Cabe destacar que pueden distinguirse dos tipos de gestación subrogada en función de la relación genética existente entre la mujer gestante y el bebé:

- Por un lado, encontramos la gestación por sustitución parcial, en la que el espermatozoide proviene del varón que solicita la subrogación, pero es la mujer que lleva a cabo la gestación la que aporta su óvulo, engendrándose el bebé a través de la fecundación *in vitro*. En este caso, existe evidentemente una vinculación genética entre la mujer gestante y el bebé nacido.
- Por otro, está la gestación subrogada total, en la que tanto el gameto masculino como el gameto femenino provienen de personas distintas a la madre gestacional, de manera que no existe ningún tipo de relación genética con el bebé.

En ambos casos, pueden plantearse diferentes posibilidades en relación con la procedencia del gameto masculino, pudiendo provenir del varón que solicita el vientre de alquiler, o por el contrario, de un donante anónimo. Esta posibilidad puede darse igualmente respecto del óvulo, si bien por razones evidentes, sólo en el segundo supuesto.

Establecido esto, corresponde analizar su regulación en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. A este respecto, la única referencia que aparece en este texto legal es la contenida en su artículo 10, el cual transcribimos a continuación:

*“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

*2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*

*3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”.*

De este modo, en principio, la gestación subrogada es ilegal en España, ya que todos aquellos contratos en los que se pacte se considerarán nulos de pleno derecho, determinándose la filiación materna a favor de la madre gestante, ex art. 10.2 LTRHA.

Por ende, en ningún caso se determinará la misma a favor de la mujer que solicitaba la subrogación, que en este caso sería Macarena, y ello con independencia de si aportó o no el óvulo.

Ahora bien, esto último debe entenderse sin perjuicio de la eventual acción de reclamación de la paternidad que podría ejercitar Gastón, en caso de que fuera el padre biológico (por haberse empleado sus espermatozoides para la fecundación), de conformidad con las reglas dispuestas en el Código Civil (concretamente, para la filiación matrimonial), y en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

*“A falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo”<sup>36</sup>.*

A fin de acreditar la filiación paterna, podría emplear todo tipo de pruebas, incluidas las biológicas, tal y como se establece en el artículo 767.2 de la LEC.

No obstante, pese a que la Ley 14/2006 era y es clara al respecto – el precepto no ha sufrido ninguna modificación desde su entrada en vigor –, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en lo sucesivo, DGRN) en su Resolución de 18 de febrero de 2009 abrió una vía de entrada a la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico<sup>37</sup>.

Antes de analizar el supuesto y las consecuencias que se han derivado del mismo, conviene recordar que según el artículo 115 del Código Civil:

*“La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente:*

*1.º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres.*

*2.º Por sentencia firme.”.*

Volviendo a la Resolución objeto de controversia, en la misma se solventaba un caso en el que dos hombres de nacionalidad española que se encontraban casados habían celebrado un contrato de gestación subrogada con una mujer en Estados Unidos, de manera que, tras nacer los bebés, intentaron inscribirlos en el Registro Civil consular. No obstante, el encargado del Registro denegó la inscripción fundamentando su decisión en el art. 10.1 LTRHA. Contra esta decisión se interpuso un recurso que fue estimado por la DGRN, aceptando la inscripción de los niños nacidos por esta técnica como hijos de los dos varones solicitantes, entre otros motivos, por entender que era la mejor forma de salvaguardar el interés superior del menor:

*“El interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la*

---

<sup>36</sup> Artículo 132 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

<sup>37</sup> Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2016). *Op. Cit.* p. 375.

*certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Ello vulnera el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989*<sup>38</sup>.

Esto implicaba, en definitiva, otorgar validez a lo que a nuestros ojos cabría reconocer como un fraude de ley.

Esta Resolución de la DGRN fue impugnada por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, el cual estimó el recurso, dejando sin efecto la inscripción de los menores en el Registro Civil; sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia, y posteriormente, por el Tribunal Supremo en su Sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014, siendo hasta la fecha la única sentencia dictada por el Alto Tribunal en materia de gestación subrogada. Por su enorme relevancia, a continuación, mostraremos de manera sintetizada los argumentos empleados por el Supremo para denegar la inscripción:

- Por una parte, el Tribunal Supremo establece que las normas aplicables a la gestación por sustitución, como es el art. 10 LTRHA, son parte integrante del orden público internacional español.

En consecuencia, puesto que el acceso de la filiación pretendida por los recurrentes al Registro Civil es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución, no cabe sino entender que *“la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.”*<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 18 de febrero de 2009.

<sup>39</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

- Por otra, en lo atinente al interés superior del menor, si bien reconoce que se le deberá otorgar una *consideración primordial*<sup>40</sup>, apunta que ello “*no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación del mismo*”<sup>41</sup>, razón por la cual entiende que la protección al menor no puede conseguirse aceptando las consecuencias del contrato de gestación subrogada tal y como hicieron las autoridades americanas, por estar permitido expresamente en su legislación el contrato de gestación por sustitución, así como que la filiación se determine a favor de las personas que realizan el encargo.

En consecuencia, en cumplimiento de la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entiende que si el núcleo familiar existe realmente “*si los menores tienen relaciones familiares "de facto" con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.*”<sup>42</sup>.

Desde entonces, han sido numerosas las sentencias de tribunales menores que se han ido sucediendo aplicando la fundamentación jurídica realizada por el Alto Tribunal en esta sentencia (por todas, SAP de Les Illes Balears 207/2021, de 27 de abril:

“*En suma, la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en dichas resoluciones, si bien establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación subrogada en nuestro ordenamiento, admite que en cumplimiento del principio de superior interés del menor debe protegerse el núcleo familiar en el que se encuentra integrado, siempre que sea adecuado para el niño y no suponga para él algún peligro, y ello a través de los cauces previstos en el ordenamiento, como son la reclamación de la filiación por el padre biológico, la adopción y, en algunos supuestos, el acogimiento familiar.*”<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

<sup>41</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 835/2013, *Op. Cit.*

<sup>42</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 835/2013, *Op. Cit.*

<sup>43</sup> Audiencia Provincial de Las Islas Baleares (Sección 4ª). Sentencia núm. 207/2021, de 27 de abril.

No obstante lo anterior, el día 5 de octubre de 2010, fecha en la que, si bien no había recaído la STS 835/2013, de 6 de febrero, sí se había dictado la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia denegando la inscripción, la DGRN emitió una instrucción en la que, si bien es cierto que establecía exigentes requisitos formales que dificultaban la inscripción de los niños nacidos fuera de España como consecuencia de contratos de gestación por sustitución, no es menos cierto que cumpliéndose tales condiciones admitía dicha inscripción.

En este sentido, las condiciones exigidas por la DGRN para la inscripción de los bebés nacidos a través de esta técnica eran las siguientes:

- Presentar, junto a la solicitud de inscripción, *“la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.”*<sup>44</sup>. Además, dicha resolución judicial habría de ser objeto de exequátur, debiendo aportarse el auto judicial que pusiera fin a este procedimiento.
- En el caso de que la resolución judicial extranjera viniera de un procedimiento extranjero análogo al español de jurisdicción voluntaria, antes de realizar la inscripción, el encargado del Registro Civil debería realizar un control incidental acerca de si tal resolución podría ser reconocida en España.
- Finalmente, dispone que *“En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.”*<sup>45</sup>, siendo esto lo que ocurría en el supuesto enjuiciado en la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014.

De esta forma, en aplicación de esta instrucción, la DGRN ha seguido acordando la inscripción en el Registro Civil de niños nacidos fuera de España a través de la gestación por sustitución, ya que considera que *“la Instrucción de 5 de octubre de 2010 no ha quedado afectada en su validez y eficacia por la doctrina que emana de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, habida cuenta de que en*

---

<sup>44</sup> Dirección General de los Registros y del Notariado. Instrucción de 5 de octubre de 2010. Boletín Oficial del Estado, 7 de octubre de 2010, núm. 243, pp. 84803 a 84805.

<sup>45</sup> Dirección General de los Registros y del Notariado. Instrucción de 5 de octubre de 2010, *Op. Cit.*

*la resolución anulada de 2009 se había ordenado la inscripción de un nacimiento y filiación resultante de un contrato de gestación por sustitución con base exclusivamente en la certificación del registro civil extranjero que, por su propio limitado contenido, no permite desplegar el control sobre todos los extremos a los que se refiere la directriz primera de la citada instrucción para salvaguardar los intereses tanto del hijo como de la madre gestante. Ello supone que la doctrina del Tribunal Supremo no puede extrapolarse miméticamente a un supuesto distinto, como es el caso en que la solicitud de inscripción de nacimiento y filiación resultante de una gestación por sustitución se sustente en una sentencia judicial firme por la que se declara la filiación que se pretende inscribir.”<sup>46</sup>*

En definitiva, tanto la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida como la jurisprudencia establecen que los contratos de gestación por sustitución son ilegales. No obstante, Macarena tendría como opción para inscribir al niño nacido a través de esta técnica la vía de entrada abierta por la Dirección General de los Registros y del Notariado, siempre que cumpla con los requisitos a los que hemos hecho referencia a la hora de analizar su Instrucción de 5 de octubre de 2010.

---

<sup>46</sup> Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 3 de noviembre de 2017.

## CASO PRÁCTICO 2

El día 6 de octubre de 2020 doña Guadalupe y don Carlos se encontraban celebrando su boda en Los Corralejos, en la localidad de Alcorcón (Madrid). Por esta celebración, se habían comprometido a abonar la cantidad de 10.000 euros una vez acabada la fiesta, habiendo entregado ya 3.000 euros en concepto de señal.

María Asunción Herranz Casillas, de 25 años de edad, era una de las invitadas, que resbaló en una de las rampas de acceso al banquete, sufriendo una doble fractura de cubito y radio. La joven tuvo que ser intervenida quirúrgicamente, permaneciendo dos días hospitalizada. Esta lesión tardó en sanar dos meses en total. El perito don Alberto Martín Sánchez ha cuantificado en 12.000 euros las lesiones sufridas.

Al parecer, algunos de los presentes, entre ellos doña Sofía Prieto y don Lucas Solís, habían observado una sustancia resbaladiza en la rampa y habían avisado al encargado unos veinte minutos antes del desenlace.

**1. Señale si existe una responsabilidad contractual, y una responsabilidad extracontractual, por hecho propio y/o por hecho ajeno. ¿Bajo qué presupuestos?**

En primer lugar, podríamos definir la responsabilidad civil como aquella obligación que se genera con el objetivo último de resarcir las consecuencias lesivas que una determinada conducta, propia o ajena, ocasiona sobre los bienes, derechos o intereses de otra persona, ya sea física o jurídica.

En este sentido, y en lo atinente al origen de dicha responsabilidad, debe prestarse especial atención a lo regulado en el artículo 1089 del Código Civil, cuyo tenor literal dispone que:

*“Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.*

De este precepto cabe inferir que existen dos tipos de responsabilidad civil: una responsabilidad civil contractual, por un lado, y una responsabilidad civil extracontractual, también denominada aquiliana, por otro.

Por lo que se refiere a la responsabilidad civil contractual, debe señalarse que ésta encuentra su fundamento en el incumplimiento de una obligación surgida de un contrato. En otras palabras, el hecho que provoca el nacimiento de la responsabilidad es la vulneración de una obligación previamente pactada entre las partes, ya que según reza el artículo 1091 del Código Civil:

*“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.”.*

Este tipo de responsabilidad se encuentra regulado en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, los cuales exigen la indemnización de los daños y perjuicios causados a quienes *“en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.”*<sup>47</sup>.

De este conjunto de preceptos pueden extraerse los elementos que han de concurrir para que surja este tipo de responsabilidad:

- a) Como primer presupuesto se requiere la existencia de una relación jurídica o contrato previo entre las partes.
- b) Dicho contrato o relación jurídica previa debe ser incumplido por una de las partes contratantes, bien completamente, bien de manera parcial en alguna de sus obligaciones.
- c) En lo referido al citado incumplimiento, este debe producirse de forma dolosa, esto es, con conocimiento y voluntad de incumplir el pacto; o de forma culposa, lo cual implica que la parte incumplidora desarrolla una conducta carente de la necesaria diligencia y previsión.

A este respecto, cabe destacar lo regulado por el art. 1104 del Código Civil, que establece que:

---

<sup>47</sup> Artículo 1101 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

*“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.”.*

Como regla general, y dado que las obligaciones no suelen expresar la diligencia que debe mostrarse para su cumplimiento, se exige la que correspondería a un buen padre de familia<sup>48</sup>. Ahora bien, en ocasiones, sobre todo en el ámbito de los servicios profesionales – entre los que se encuentra la abogacía o la medicina – se exige una diligencia mayor, que implica que todo profesional cualificado deberá adecuar su actuación a la *lex artis*, o lo que es lo mismo, al conjunto de pautas de actuación establecidos por el colectivo profesional correspondiente como criterio general del buen hacer profesional<sup>49</sup>.

- d) Además, debe existir un nexo o relación de causalidad entre la conducta desarrollada y el resultado perjudicial producido.
- e) Finalmente, debe haberse producido efectivamente un daño o perjuicio reparable y cuantificable económicamente. En este sentido, según indica el art. 1106 del Código Civil, la indemnización de daños y perjuicios derivada de la responsabilidad civil contractual comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, esto es, *“no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor [...]”*<sup>50</sup>.

Esta cuestión será tratada, por su similitud, con mayor profundidad con motivo del análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual.

Todos estos presupuestos se han ido recogiendo en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, siendo especialmente ilustrativas al efecto las consideraciones efectuadas en el FJ 2º de la STS 1129/2007, de 31 de octubre (mantenidas igualmente, entre otras muchas, en el FJ 4º de la STS 1135/2008, de 22 de diciembre, o en el FJ 3º de la STS 6/2009, de 12 de enero):

---

<sup>48</sup> Artículo 1104, párrafo 2º, del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

<sup>49</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 495/2006, de 23 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

<sup>50</sup> Artículo 1106 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

*“En efecto, la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo -el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 del Código Civil -y otro subjetivo- la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe-.”<sup>51</sup>.*

En base a cuanto hasta ahora expuesto, debe descartarse la posibilidad de que D.<sup>a</sup> María Asunción Herranz reclame una indemnización por daños y perjuicios con base en la responsabilidad civil de tipo contractual asumida por la entidad Los Corralejos, S.L. a la hora de celebrar la boda de D.<sup>a</sup> Guadalupe y D. Carlos, ya que el primero de los presupuestos requeridos para que se deba responder por este concepto es la existencia de una relación jurídica o contrato entre las partes, o lo que es lo mismo, que la parte que reclama la indemnización haya sido una de las partes intervinientes en la contratación, tal y como se desprende de los artículos 1091 y 1101 del Código Civil previamente citados.

No obstante, en el supuesto planteado, las partes contratantes – y quienes podrían reclamar una indemnización por daños y perjuicios con base en un incumplimiento de las obligaciones contractuales del otro – fueron, por un lado, D.<sup>a</sup> Guadalupe y D. Carlos, que se comprometieron a entregar un precio cierto de 10.000 euros; y por otro, la mercantil Los Corralejos, S.L., que se obligó a cambio a encargarse de la organización y celebración de su boda.

En definitiva, puesto que D.<sup>a</sup> María Asunción fue la persona que sufrió las lesiones y no fue parte contratante, sino un tercero perjudicado, no cabe sino descartar la existencia de responsabilidad civil contractual por parte Los Corralejos, S.L.

---

<sup>51</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1129/2007, de 31 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Establecido esto, a continuación, pasaremos a analizar si es posible apreciar la existencia de responsabilidad civil extracontractual, distinguiendo si la misma puede catalogarse como responsabilidad por hecho propio y/o por hecho ajeno.

Al contrario que la responsabilidad contractual, la responsabilidad de tipo extracontractual tiene su origen no en la existencia de un acuerdo de voluntades que resulta incumplido, sino en la vulneración de un deber genérico de conducta, a saber, el de no causar daño a otro (*alterum non laedere*), o lo que es lo mismo, no lesionar los bienes, derechos o intereses de un tercero.

En lo atinente a la regulación de la responsabilidad civil extracontractual, ésta se encuentra recogida en el Capítulo II del Título XVI del Libro IV del Código Civil (artículos 1902 y siguientes).

Comenzaremos estudiando la responsabilidad extracontractual por hechos propios, que parte del art. 1902 CC, el cual se erige en fundamento legal esencial en la materia, ya que del mismo pueden extraerse todos los presupuestos que deben concurrir para que surja este tipo de responsabilidad:

*“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”.*

Partiendo del mismo, podemos identificar los siguientes elementos:

- a) En primer lugar, debe llevarse a cabo una conducta voluntaria, ya sea activa (*facere*) u omisiva (*non facere*). Además, tal comportamiento ha de suponer una conducta antijurídica, entendida como la infracción del deber general de diligencia exigible, no en el cumplimiento de una obligación previamente pactada sino a la hora de evitar la producción de un daño a un tercero como consecuencia del comportamiento llevado a cabo.

Así las cosas, debemos remitirnos nuevamente a lo preceptuado en el art. 1104 del Código Civil para la responsabilidad civil contractual, al cual nos referimos con anterioridad. Esto implica, en definitiva, que con carácter general las personas deberán mostrar en sus conductas una diligencia media, salvo que se esté ante

determinadas actividades o profesiones que exijan un deber de atención incrementado, cumpliendo con la *lex artis* de la profesión de que se trate.

Ahora bien, en ocasiones, para que se genere una responsabilidad civil extracontractual será suficiente con crear una situación de riesgo, sin necesidad que se desarrolle un comportamiento poco diligente.

De la misma forma que para la responsabilidad contractual, se requiere la producción de un daño, que podría ser definido como “*todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes, ya en su propiedad, o en su patrimonio, y del cual haya de responder otro.*”<sup>52</sup>. En resumen, de no existir o no poderse acreditar la producción de un daño, no será posible apreciar la existencia de responsabilidad civil extracontractual – ni contractual –.

Ahora bien, el art. 1902 CC hace referencia a que “*el agente dañador está obligado a reparar el daño causado.*”<sup>53</sup>, lo cual, en principio, parece querer garantizar la reparación total del mismo. En este sentido, los daños ocasionados a las víctimas pueden ser de distintos tipos, que, como ahora se verá, pueden concurrir simultáneamente según los casos:

- Daños patrimoniales: Son aquellos que afectan a bienes o derechos susceptibles directamente de ser valorados económicamente, esto es, bienes o derechos de naturaleza patrimonial. Estos, a su vez, pueden subdividirse en dos tipos:
  - Daños materiales: implican un perjuicio económico. Estos daños incluyen tanto el daño emergente como el lucro cesante, ex art. 1106 CC, que, pese a estar, como ya tuvimos ocasión de ver, en sede de materia de responsabilidad civil contractual, resulta igualmente de aplicación a la responsabilidad civil extracontractual según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

---

<sup>52</sup> de la Asunción Rodríguez, M. T.: “Daños y perjuicios”, en Enciclopedia Jurídica. LA LEY (Grupo Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2008-2009, vol. 7, pág. 3632.

<sup>53</sup> Monterroso Casado, E. Responsabilidad civil y seguro. Apuntes de Práctica Procesal Civil. Madrid, Ediciones CEF, 2019.

El problema reside en acreditar, como exige la jurisprudencia, el lucro cesante, ya que sólo es posible incluir en esta idea “*los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber recibido, sin incluir, los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna*”<sup>54</sup>.

- Daños corporales: se refieren a los menoscabos de la integridad física y psíquica de las personas.
- Daños morales: este tipo de perjuicios tienen carácter extrapatrimonial, y recogen todo padecimiento o sufrimiento psíquico que sufra la víctima. Aunque actualmente se admite sin problemas su resarcimiento, en un principio no eran admitidos por la jurisprudencia por no ser valorables económicamente.

Este tipo de daños resulta complicado de valorar, porque no existen baremos más allá del existente en materia de accidentes de tráfico ni tampoco existe consenso en la jurisprudencia.

- b) Debe existir una relación de causalidad entre el daño ocasionado y el hecho que lo produjo, esto es, un nexo causal entre la conducta activa u omisiva y el daño generado. Este presupuesto es igualmente exigido a la hora de apreciar la existencia de responsabilidad contractual.
- c) Por último, es necesario que se pueda imputar el resultado dañoso a un sujeto, o lo que es lo mismo, el elemento de culpabilidad. Este presupuesto da lugar a dos sistemas de responsabilidad distintos, que explicamos brevemente.

Por una parte, en el sistema de responsabilidad subjetiva, es la culpa o falta de la diligencia debida en el comportamiento desarrollado el criterio de imputación del resultado perjudicial a una persona determinada. En consecuencia, será el perjudicado quien deba probar tanto la negligencia mostrada en la conducta como su nexo causal con el resultado dañoso.

---

<sup>54</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 713/2010, de 15 de noviembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Por otra, en el sistema objetivo, que parte generalmente de la creación de una situación de riesgo o de un daño previsible, el criterio de imputación de la responsabilidad no es la culpabilidad, sino el mero hecho de llevar a cabo esa conducta que provoque un riesgo y que exista el ya analizado nexo causal. En este caso, la víctima simplemente deberá probar la relación de causalidad, debiendo probar el agente dañador que concurrió bien culpa de la víctima, bien una situación de fuerza mayor.

Expuestos los presupuestos generales de la responsabilidad civil extracontractual por hechos propios, pasamos ahora a analizar la responsabilidad extracontractual por hechos ajenos, cuyo precepto paradigmático es el art. 1903 del Código Civil, el cual comienza estableciendo que:

*“La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.”.*

Aunque existen diferentes casos dentro de esta responsabilidad, a los efectos que aquí interesan, destaca la responsabilidad de los empresarios por los hechos cometidos por sus empleados en el ejercicio de sus funciones:

*“Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.”.*

En otro orden de cosas, tanto doctrina como jurisprudencia han venido considerando que su fundamento radicaba en la propia culpa de la persona declarada responsable, y no en la de la persona que desarrollaba la conducta, presumiendo que concurría bien una culpa *in vigilando*, o lo que es lo mismo, la falta de control debido sobre la persona dependiente; bien una culpa *in eligendo*, por no haber elegido con la debida cautela a sus servidores<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 457/2003, de 16 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez

Asimismo, otro sector ha entendido que se trata de una forma de distribuir el coste indemnizatorio, permitiendo la ley imputar la responsabilidad a personas que se presume que tienen mayor patrimonio o que habrán podido concertar un seguro.

Tomando como base cuanto expuesto hasta ahora, pueden inferirse una serie de consecuencias:

- a) Debe existir una relación de dependencia entre el autor de la conducta y la persona declarada responsable.
- b) Deben concurrir en el autor material todos los elementos analizados para la responsabilidad extracontractual por hechos propios.
- c) El art. 1903 implica la inversión de la carga de la prueba hacia la persona declarada responsable, siendo una regla deducida de numerosas decisiones judiciales<sup>56</sup>.

Una vez analizados todos los requisitos que deben concurrir para que exista una responsabilidad civil de tipo extracontractual, corresponde aplicar el análisis al supuesto planteado.

Así, por un lado, sería posible apreciar la existencia de responsabilidad civil extracontractual por hecho propio en la persona del encargado, ya que éste era el máximo responsable de garantizar la correcta organización del evento, coordinando a todo el personal que se encontraba bajo su dirección (camareros, servicio de limpieza, cocineros, etc.) en aras de que la celebración se desarrollase con normalidad y conforme a las indicaciones recibidas de sus superiores en la empresa; y ello porque en su conducta se cumplen todos los presupuestos que hemos explicado previamente:

- 1) En este caso, la conducta desarrollada por el encargado se corresponde con un no hacer, un comportamiento omisivo, que se produce cuando los invitados D.<sup>a</sup> Sofía y D. Lucas le avisan de que habían observado una sustancia resbaladiza en la rampa de entrada, y éste no actúa en consecuencia para evitar que tanto invitados como personal a su servicio puedan sufrir alguna lesión (por ejemplo, avisando al servicio de limpieza o indicando con un cartel que el suelo estaba húmedo).

---

<sup>56</sup> Díez-Picazo, L. Gullón Ballesteros, A. Sistema de Derecho Civil. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005. Vol. II.

No plantea dudas el hecho de que este comportamiento supone una clara infracción del deber más elemental de diligencia exigible, con el cual podría evitarse la producción de un daño a un tercero, pues no sólo tiene un cargo de responsabilidad en la organización del evento, sino que además fue avisado por dos invitados del peligro existente.

- 2) Tampoco plantea problemas la exigencia de que se haya producido efectivamente un daño, que en este caso son las lesiones sufridas por D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Asunción, y que han sido acreditadas y cuantificadas por el perito D. Alberto Martín en 12.000 euros – supondremos que dentro de esta cantidad se incluyen tanto los daños corporales, es decir, la fractura de cúbito y radio; como los daños morales derivados de la lesión producida –.
- 3) Por lo que se refiere al nexo causal entre la conducta desarrollada y el resultado dañoso producido, D.<sup>a</sup> María Asunción debería probar que la causa de la caída y su doble fractura, esto es, el resultado perjudicial, fue la sustancia resbaladiza que había sobre la rampa de acceso, y que no fue ni advertida ni limpiada a causa de la conducta omisiva del encargado de Los Corralejos, S.L.

Este extremo es realmente importante, pues por ejemplo en la STS 859/2006, de 11 de septiembre, se desestima un recurso de casación en un supuesto análogo al analizado por considerar el Tribunal Supremo que no había quedado acreditado que la caída del cliente se hubiera producido por el estado resbaladizo del suelo a consecuencia de los restos de comida y bebida:

*“[...] no estando probada la causa de la caída, no es posible imputar el resultado lesivo a una acción u omisión negligente del propietario del establecimiento o sus empleados. La necesidad de quedar acreditado el nexo causal entre la acción u omisión y el resultado lesivo es exigida reiteradamente por la doctrina de la Sala.”<sup>57</sup>.*

---

<sup>57</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 859/2006, de 11 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

- 4) Finalmente, por lo que se refiere al elemento de la culpabilidad, será necesario poder imputar el resultado dañoso al encargado del establecimiento, en este caso, siguiendo el sistema de responsabilidad subjetiva. La razón de que nos encontremos ante una responsabilidad subjetiva reside en el hecho de que el criterio de imputación del resultado producido al encargado será el de la negligencia mostrada en su actuación, al no poner todos los medios a su alcance para evitar el resultado perjudicial que finalmente se produjo, mostrando en su actuar una completa falta de diligencia.

Así, en estos casos, no rige el sistema de responsabilidad objetiva, tal y como se señala en la SAP de Alicante 254/2003, de 19 de mayo:

*“La prueba de la existencia de un factor generador del daño corre a cargo de la parte demandante, pues un restaurante, discoteca, supermercado o comercio no es una fuente de daños ni implica alguna suerte de elemento peligroso capaz de producir una situación de riesgo que permita hacer entrar en juego lo que la doctrina llama responsabilidad por riesgo en la interpretación del artículo 1902 del Código Civil, para presumir la culpa o negligencia en quien lo crea y se aprovecha de las ventajas que le proporciona [...]”<sup>58</sup>.*

En este sentido, conviene señalar que será también D.<sup>a</sup> María Asunción quien deberá probar la falta de diligencia existente en el comportamiento omisivo mostrado por el encargado, aunque no parece que pueda suponer un inconveniente habiendo sido avisado por otros invitados y teniendo en cuenta la responsabilidad de su cargo.

Por otro lado, también sería posible apreciar la concurrencia de una responsabilidad extracontractual por hecho ajeno en la mercantil Los Corralejos, S.L., ya que se cumple con todos los presupuestos exigidos por la jurisprudencia y el art. 1903 del Código Civil:

---

<sup>58</sup> Audiencia Provincial de Alicante (Sección 7ª). Sentencia núm. 254/2003, de 19 de mayo. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Teófilo Jiménez Morago.

- 1) Resulta evidente que existe una relación de dependencia entre la sociedad y el encargado, autor de la conducta y que presta sus servicios a la misma a través de un contrato laboral.
- 2) Como acabamos de analizar, concurren en el encargado, como autor material del comportamiento, todos los elementos necesarios para que exista una responsabilidad extracontractual por hechos propios.
- 3) Para evitar ser declarada responsable por hecho ajeno, la mercantil Los Corralejos, S.L., a través de su representante, deberá probar que tomó todas las medidas exigibles que estaban a su alcance para evitar el daño. Ahora bien, si bien es cierto que el párrafo final del art. 1903 CC señala que *“La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”*, éste ha sido aplicado de manera muy restrictiva, por no decir que en la práctica judicial *“se exige rigurosamente la prueba de descargo”* (Díez-Picazo, 2005).

No obstante, y para terminar, debe recalcar que en este supuesto, la sociedad tiene respecto del encargado del establecimiento el derecho de repetición que le concede el primer párrafo del art. 1904 CC, de forma que podría reclamarle la cantidad que se fijara en concepto de indemnización en un procedimiento judicial, y que en este caso podría alcanzar los 12.000 euros.

*“El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho.”*

## **2. Indique los sujetos que podrían ser demandados, fundamentando los motivos jurídicamente.**

La respuesta a esta cuestión ha sido en parte anticipada en el análisis expuesto en el apartado anterior, por cuanto que los sujetos que podrían ser demandados por D.<sup>a</sup> María Asunción como perjudicada son aquellos en quienes concurren todos los presupuestos para que pese sobre ellos una responsabilidad civil de tipo extracontractual.

Igualmente, para el caso de que la mercantil Los Corralejos, S.L. hubiera contratado un seguro de responsabilidad civil, también podría demandarse a la entidad aseguradora correspondiente, aunque sólo en lo que a la indemnización se refiere.

De esta manera, la primera de las opciones que tiene D.<sup>a</sup> María Asunción sería promover una demanda en reclamación de responsabilidad civil extracontractual – por hechos propios – e indemnización contra el encargado de Los Corralejos, S.L., ya que sobre el mismo concurren todos los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para ser declarado responsable, a saber, desarrolló una conducta omisiva carente de la diligencia debida, que fue la causa de las lesiones producidas, y es posible imputarle esta responsabilidad fruto de la negligencia mostrada en su comportamiento.

No cabe duda de que sobre el encargado del establecimiento pesa una responsabilidad civil directa, que es aquella que recae sobre la persona causante del daño, y en consecuencia puede ser demandado directamente, ya que fue el autor material de la conducta omisiva y poco diligente por la que se produjeron las lesiones.

Asimismo, D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Asunción tendría también la opción de interponer una demanda en reclamación de responsabilidad civil extracontractual (por hecho ajeno) e indemnización contra Los Corralejos, S.L., y ello porque como ya hemos visto se cumplen en ella de igual modo los requisitos de este tipo de responsabilidad – relación de dependencia con respecto al encargado y cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad por hechos propios en la persona del autor material –.

Empero, en este supuesto se plantea una duda razonable: ¿podría la perjudicada demandar directamente a la sociedad, o debería demandar en primer lugar al encargado y subsidiariamente a la empresa?

Pues bien, fruto de la interpretación que ha venido realizando la jurisprudencia, que como indicábamos viene considerando que el fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno radica en la propia culpa de la persona declarada responsable – ya sea culpa *in vigilando* o *in eligendo* –, y no en la culpa del autor material de la conducta perjudicial, la responsabilidad civil por hecho ajeno se constituye igualmente como responsabilidad civil directa, de manera que la perjudicada podrá dirigirse directamente contra Los Corralejos, S.L. sin necesidad de demandar previamente al encargado.

En esta línea se ha manifestado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones (por todas, STS 405/1999, de 8 de mayo, o STS 764/2001, de 9 de julio):

*“La jurisprudencia de esta Sala ha declarado uniforme y reiteradamente, que la empresa responda en virtud de lo dispuesto en el art. 1903, párrafo 4.º CC, del daño causado a terceros por sus trabajadores en virtud de una culpa «in vigilando» o «in eligendo», siempre que el trabajador esté sometido a las órdenes, o instrucciones de dicha empresa, o vigilancia de su actividad laboral, y que tal responsabilidad es directa, no subsidiaria de la del trabajador.”<sup>59</sup>.*

Además, conviene resaltar que la responsabilidad de la empresa por los hechos cometidos por sus dependientes en el ejercicio de sus funciones no sólo es directa, sino también solidaria con la responsabilidad por hechos propios del dependiente.

Por otra parte, D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Asunción podría demandar, en cuanto a la indemnización, a la entidad aseguradora con la que la compañía hubiera contratado el seguro de responsabilidad civil, todo ello de conformidad con el artículo 73 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS), cuyo tenor literal establece que:

*“Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.”.*

Además, ex art. 76 LCS, y al igual que ocurría con la sociedad, D.<sup>a</sup> María Asunción tendría acción directa contra la aseguradora, que respondería solidariamente con la empresa por la indemnización que en su caso se estableciera:

*“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.”.*

---

<sup>59</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 764/2001, de 9 de julio. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

Para finalizar, podríamos decir que la mejor estrategia procesal que podría emplear D.<sup>a</sup> María Asunción para obtener la satisfacción de sus pretensiones sería la de demandar solidariamente tanto al encargado como a la mercantil Los Corralejos, S.L. en reclamación de responsabilidad civil extracontractual e indemnización; así como a la entidad aseguradora, aunque a esta solamente en cuanto a la indemnización.

**3. ¿Cuál sería el plazo de prescripción de la acción para reclamar por las lesiones sufridas? Señale la fecha exacta hasta la que se podría presentar una demanda.**

El plazo de prescripción de la acción que tiene D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Asunción para reclamar por los daños sufridos con base en la responsabilidad civil extracontractual del encargado y/o de la mercantil Los Corralejos, S.L. es de un año y se encuentra regulado en el artículo 1968. 2º del Código Civil, el cual dispone que:

*“Prescriben por el transcurso de un año:*

*2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado.”.*

Este precepto debe ser analizado a la luz de la jurisprudencia, ya que la interpretación de la frase *“desde que lo supo el agraviado”* puede diferir en buena medida de lo que cabría inferir mediante una interpretación literal.

Así, existe ya reiterada jurisprudencia (por todas, STS 528/2013, de 4 de septiembre, o STS 336/2011, de 19 de mayo) en la que se interpreta el criterio general de que el conocimiento del daño sufrido ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción:

*“La jurisprudencia de esta Sala al interpretar este precepto parte del criterio general de que el conocimiento del daño sufrido ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción. Y así, en supuestos de responsabilidad por daños causados con ocasión de la circulación de vehículos de motor, entiende que “por regla general, el conocimiento del daño sufrido que ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción lo tiene el perjudicado al producirse el alta definitiva, en la medida que en esta fecha se declaran estabilizadas las*

*lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos objeto de indemnización [...].*

*Esta doctrina es coherente con la que impone interpretar restrictivamente la prescripción, al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho [...], y obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento.”<sup>60</sup>.*

En esta misma línea, la STS 326/2020, de 22 de junio, indicaba que:

*“Sin embargo, el perjudicado, que no es técnico en medicina, sólo adquiere constancia del efectivo daño corporal sufrido al recibir el alta. Es, a partir de ese momento, cuando se inicia el plazo de la prescripción, siendo cuestión distinta la discusión del efectivo alcance del daño padecido.”<sup>61</sup>.*

De esta forma, tomaremos como *dies a quo* del plazo de prescripción el día 6 de diciembre de 2020, fecha que supondremos que es la del alta definitiva, habida cuenta de que se nos dice que D.<sup>a</sup> María Asunción tardó en sanar totalmente dos meses desde que se produjo el suceso, el cual ocurrió en fecha 6 de octubre de 2020, y es probable que siguiera un proceso de rehabilitación

Por lo que se refiere al *dies ad quem*, o día en que finaliza el plazo para interponer la demanda, debemos estar a lo preceptuado por el artículo 5 del Código Civil, cuyo tenor literal establece que:

*“1 Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. [...]*

---

<sup>60</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 528/2013, de 4 de septiembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

<sup>61</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 326/2020, *Op. Cit.*

*2. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles.”.*

Es decir, puesto que los plazos fijados por años se habrán de computar de fecha a fecha, el último día del plazo para interponer la demanda es el día 6 de diciembre de 2021. A esto cabe añadir que, al estar ante un plazo sustantivo – aquellos que las normas sustantivas asignan para el ejercicio de una determinada acción –, y no ante un plazo procesal, no puede aplicarse el día de gracia previsto en el artículo 135 LEC.

**4. Señale si es posible una compensación de créditos entre la cantidad adeudada de la celebración y la indemnización por las lesiones.**

La compensación de créditos se encuentra regulada en los artículos 1195 y siguientes del Código Civil, delimitándose el concepto de la misma propio artículo 1195, bajo la siguiente literalidad:

*“Tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra.”.*

Por otra parte, el art. 1196 CC es el encargado de regular los presupuestos que deben concurrir para que pueda tener lugar la compensación:

- a) Que dos personas sean recíprocamente deudoras y acreedoras la una de la otra, y además lo sean de forma principal.
- b) Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero (o siendo cosas, sean de la misma especie y calidad).
- c) Que ambas estén vencidas, y además sean líquidas y exigibles.
- d) Que no haya contienda promovida por terceros sobre tales créditos que haya sido notificada al deudor.

Partiendo de los preceptos citados, y sin necesidad de realizar un análisis minucioso de la cuestión, puede decirse con seguridad que no es posible que opere la compensación de créditos entre la cantidad adeudada por la boda y la indemnización debida por las lesiones, y ello porque cada una de las cantidades es debida en el marco de relaciones jurídicas distintas.

De esta manera, la cantidad adeudada por la boda se encuentra en el marco de la relación jurídica existente entre D.<sup>a</sup> Guadalupe y D. Carlos, y el dueño del establecimiento Los Corralejos, siendo los primeros la parte deudora, y el segundo la parte acreedora. Por otro lado, la cantidad debida en concepto de indemnización es debida en el marco de una relación jurídica en la que el empresario actuaría como deudor, y D.<sup>a</sup> María Asunción como acreedora. Así, no cabe aplicar la figura de la compensación porque no concurre el requisito de reciprocidad de acreedor y deudor.

Pero es que, además, y salvo que se reconociera toda la responsabilidad por parte del empresario, para que la indemnización por lesiones sea efectivamente debida, debería haber recaído una sentencia condenando al dueño del establecimiento a pagar los 12.000 euros (o el importe que se estime) en concepto de indemnización a D.<sup>a</sup> María Asunción, pues mientras tanto, el crédito de esta última tendría el carácter de "litigioso", y no podría ser considerado ni vencido, ni líquido, ni exigible.

**5. Redacte la correspondiente demanda de reclamación por las lesiones sufridas.**

**AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE ALCORCÓN**

**D<sup>a</sup> ANA FERNÁNDEZ ARIAS**, procuradora de los tribunales, colegiado n.º 789, en nombre y representación de **D<sup>a</sup> MARÍA ASUNCIÓN HERRANZ CASILLAS**, mayor de edad, soltera, vecina de Alcorcón, con domicilio en la calle Vega, nº 6, y DNI 71893657P, según acredito mediante escritura de poder que acompaño a la presente como **Documento n.º 1**, bajo la dirección del abogado D. CARLOS ALVAREZ PESQUERA, colegiado n.º 103.979 del ICAM ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho, DIGO:

Que por medio del presente escrito formulo DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO en reclamación de responsabilidad civil extracontractual e indemnización contra **D. JAVIER SANZ PÉREZ**, encargado de la sociedad Los Corralejos, S.L.; contra la entidad mercantil **LOS CORRALEJOS, S.L.**, en la persona de su legal representante, con domicilio en la finca Los Corralejos, Carretera Madrid Km, 125, Alcorcón, Madrid y CIF B28457897; y contra la entidad Aseguradora **ALIANZA INTERNACIONAL, S.A.**, en cuanto a la indemnización, con CIF A28457897, domiciliada en la calle Gran Vía, Bajo 34, Alcorcón, Madrid.

La demanda se basa en los siguientes:

## HECHOS

**PRIMERO.-** Que, con fecha 6 de octubre de 2020, mi mandante, doña Asunción Herranz, se encontraba en la boda de sus amigos doña Guadalupe y don Carlos, celebrada en el restaurante “Los Corralejos”.

Durante la celebración, dos de los invitados a la boda, D.<sup>a</sup> Sofía Prieto y D. Lucas Solís, observaron que había una sustancia resbaladiza en una de las rampas de acceso al banquete, comunicándose al encargado del restaurante, D. Javier Sanz Pérez, para que tomase las medidas oportunas.

**SEGUNDO.-** Que, mi mandante, al entrar en el salón del banquete, resbaló por la existencia de la referida sustancia resbaladiza y cayó al suelo, viéndose obligada a llamar a los servicios del SAMUR, habida cuenta de que le era imposible mover el brazo sin sentir un agudo dolor al hacerlo.

Se acompaña como documentación a efectos probatorios:

- Fotografías tomadas por los invitados a la boda de la sustancia resbaladiza que se encontraba sobre la rampa de acceso al banquete, **como Documento n.º 2;**
- Grabaciones en las que se aprecia el momento de la caída de mi mandante, **como Documento n.º 3;**

Como consecuencia de dicha caída, mi mandante tuvo que ser intervenida quirúrgicamente, debiendo permanecer dos días hospitalizada, y tardando en sanar de las lesiones sufridas dos meses desde la fecha en que se produjo el accidente.

Se acompaña a efectos probatorios la siguiente documentación:

- Informe emitido por el Hospital Universitario de La Paz, en el cual permaneció hospitalizada mi mandante, donde consta la intervención quirúrgica y los días de hospitalización, **como Documento n.º 4;**
- Informe emitido por los servicios del SAMUR que atendieron a D.<sup>a</sup> Asunción, **como Documento n.º 5;**

- Partes de baja laboral emitidos por el centro de salud de mi mandante, **como Documento n.º 6.**

**TERCERO.-** Que, con el objetivo de acreditar cuantos hechos se acaban de exponer, se ha realizado un informe pericial por D. Alberto Martín Sánchez.

En este informe se indica que el accidente sufrido por mi cliente se produjo efectivamente en la rampa de acceso al banquete como consecuencia de la existencia de una sustancia resbaladiza sobre la misma.

Asimismo, se recoge con detalle cómo mi mandante hubo de ser intervenida quirúrgicamente apenas dos horas más tarde de que los servicios del SAMUR la entregaran a los servicios de urgencias del Hospital Universitario de La Paz, debido a la gravedad de las lesiones que presentaba.

Señala el perito que, como consecuencia de la intervención quirúrgica, mi mandante debió permanecer hospitalizada durante dos días, ya que necesitaba mantenerse bajo atención médica constante. Al finalizar el período de hospitalización, le fue prescrito a mi mandante por el facultativo que la atendió un tratamiento rehabilitador de dos semanas para recuperar la movilidad y el tono muscular en el brazo afectado, una vez que tanto cúbito como radio hubieran soldado.

Dicho tratamiento pudo iniciarse el día 23 de noviembre de 2020, y finalizó el día 6 de diciembre de 2020, fecha en la cual recibió el alta médica por parte de los servicios del Hospital Universitario de La Paz.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, el perito D. Alberto Martín Sánchez cifra los daños y perjuicios ocasionados a mi mandante a causa del accidente en la cantidad de 12.000 euros, que es la que se reclama, en los que se incluyen tanto los días de hospitalización como el tratamiento rehabilitador recibido y los días de curación de las lesiones sufridas.

Se aporta el informe pericial emitido por don Alberto Martín Sánchez, como **Documento n.º 7.**

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes:

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**I.- JURISDICCION Y COMPETENCIA.**- Es competente la jurisdicción civil, con arreglo a lo establecido en los arts. 9.2 y 21.1 de la LOPJ.

La competencia corresponde al Juzgado que nos dirigimos, pues es el domicilio de los demandados.

**II.- CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN.**- Las partes ostentan la capacidad procesal necesaria conforme a lo establecido en los arts. 6 y ss. de la LEC.

La legitimación activa corresponde a mi representada, en su condición de perjudicada.

La legitimación pasiva corresponde:

- A don Javier Sanz Pérez, encargado del restaurante “Los Corralejos”, en virtud del artículo 1902 del Código Civil, como autor y responsable directo del daño por no haber limpiado la sustancia resbaladiza
- A la entidad mercantil LOS CORRALEJOS, S.L., en la persona de su legal representante, por ser la empresa en la que prestaba sus servicios el autor de los hechos y haberse producido éstos mientras prestaba sus servicios, siendo responsable solidaria de conformidad con el artículo 1903 CC;
- Finalmente, a la entidad aseguradora ALIANZA INTERNACIONAL S.A. respecto a la indemnización, en base al seguro de responsabilidad civil que tiene contratado con la misma la compañía LOS CORRALEJOS, S.L.

**III.- POSTULACIÓN.**- Está representada la actora por la procuradora que suscribe, habilitado para ejercer en el territorio del Juzgado al que nos dirigimos, y asimismo asistido del letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, tal y como exigen los arts. 23 y 31 de la LEC.

**IV.- PROCEDIMIENTO.**- El art. 249.2 de la LEC, señala que se decidirán por la vía del procedimiento ordinario todas las demandas cuya cuantía exceda de 6.000 euros (Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre), como es el caso.

**V.- CUANTÍA.-** La cuantía de la presente litis de acuerdo con el art. 252.1.ª De la LEC, asciende a 12.000 €

**VI.- FONDO DEL ASUNTO.-** Resultan de aplicación los arts.1902, 1903 y 1968 del Código Civil; así como los artículos 18, 19, 20, 73 y 76 de la Ley del Contrato de Seguro.

El artículo 1902 establece que *“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”* y el 1903 dispone que *“esta obligación, no solo es exigible por los actos u omisiones propias, sino por los de aquellas personas que se debe responder”*. En este caso en concreto, el mismo precepto señala que el dueño o director de un establecimiento ha de responder de los *“perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuviera empleados, o con ocasión de sus funciones”*.

En definitiva, se dan todos los elementos necesarios para poder atribuir la responsabilidad a la mercantil LOS CORRALEJOS, S.L., en cuyo restaurante se celebró la boda de D.ª Guadalupe y D. Carlos, por la caída sufrida por mi mandante:

1.- La acción u omisión culposa o negligente de un empleado del titular, al existir una sustancia resbaladiza en la rampa de acceso al banquete y no haber procedido a su retirada, aun conociendo su existencia al haber sido advertido por dos de los invitados.

2.- La existencia de un daño corporal o material sufrido por la perjudicada, al haber sufrido una caída dentro del recinto “Los Corralejos”, y a consecuencia de la caída, una fractura de cúbito y radio.

3.- La relación de causa-efecto entre dicha acción u omisión culposa y negligente y el daño producido: el daño corporal sufrido por mi representada se debe a la conducta negligente del encargado, al no haber limpiado el líquido resbaladizo la rampa de acceso al banquete.

En definitiva, se ha producido un daño a mi mandante como consecuencia de una acción negligente de un empleado del restaurante “Los Corrales”, siendo obligación del dueño del establecimiento mantener sus instalaciones en las debidas condiciones de seguridad.

Resulta igualmente responsable, únicamente en cuanto a la indemnización, la Compañía Aseguradora, ya que de conformidad con el artículo 73 LCS *“Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga [...] a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho.”*, pudiendo ser demandada directamente en atención a lo dispuesto en el art. 76 LCS: *“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar”*.

Estos preceptos se complementan con lo establecido en los artículos 18 y 19 del mismo texto legal, los cuales establecen que *“El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo”* (art. 18 LCS); *“El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”* (art. 19 LCS), lo cual no ocurre en nuestro caso.

Asimismo, pudiera llegar a resultar de aplicación el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, que recoge para el caso de que la Aseguradora incurriese en mora la imposición del interés legal incrementado en un 50% desde la fecha del siniestro, sin que transcurridos dos años desde el mismo dicho interés pueda ser inferior al 20%.

Finalmente, interesa a esta parte destacar que se ejercita esta acción de reclamación de responsabilidad civil extracontractual e indemnización dentro del plazo de un año establecido en el art. 1968 CC.

**VII.- COSTAS.-** Es preceptiva la condena en costas a los demandados, conforme a lo dispuesto en los arts. 394 y 395 de la LEC.

Por lo expuesto,

**SUPLICO AL JUZGADO**, que teniendo por presentado este escrito de demanda con los documentos que se acompañan y copias de todo ello, se sirva admitirlo, y por formulada DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO en reclamación de responsabilidad civil extracontractual e indemnización, por los daños causados a D. <sup>a</sup> MARÍA ASUNCIÓN HERRANZ CASILLAS, contra don **JAVIER SANZ PÉREZ**, encargado del restaurante Los Corralejos, la entidad mercantil **LOS CORRALEJOS, S.L.**, y la Aseguradora **ALIANZA INTERNACIONAL. S.A.** en cuanto a la indemnización; y después de cumplidos los demás trámites procesales, se dicte en su día Sentencia en la que se declare la responsabilidad extracontractual de D. Javier Sanz Pérez y la entidad mercantil LOS CORRALEJOS, S.L., y como consecuencia de ello se condene a los demandados solidariamente al pago de la cantidad de DOCE MIL EUROS (12.000 euros) en concepto de indemnización por los daños sufridos, declarando responsable igualmente respecto a ésta a la compañía aseguradora, con carácter solidario, todo ello con expresa imposición de costas a los demandados.

Es justicia que solicito en Alorcón a 22 de septiembre de 2021.

**OTROSI DIGO PRIMERO.-** Que desde este momento, y a los efectos procesales oportunos, se solicita el recibimiento a prueba. A tal efecto se dejan designados los archivos de cuantas entidades públicas o privadas puedan tener relación con la presente litis, y en especial, los de: Los Corralejos, S.L., Alianza Internacional, S.A., D. Carlos Muñoz Gómez, D.<sup>a</sup> Guadalupe Gutiérrez Gil, Hospital Universitario de la Paz, Sámur-Protección Civil, Prosegur, S.A., CyA Asesores, S.L., Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social.

**SUPLICO AL JUZGADO**, tenga por hecha tal manifestación a los efectos pertinentes, y por designados los archivos que se mencionan.

**OTROSI DIGO SEGUNDO.-** Que debido a la necesidad de acreditar los extremos concernientes a la relación existente entre los codemandados, y puesto que esta parte no tiene acceso directo a ellos, estando en su poder, es por lo que al amparo de lo dispuesto en los artículos 328 y 329, y siguientes concordantes, de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, **SOLICITO** se acuerden las siguientes pruebas para que sean aportadas con al menos quince días de antelación a la celebración de la audiencia previa dando inmediato traslado a esta parte en cuanto sean aportados, para su estudio y análisis:

- Al demandado LOS CORRALEJOS, S.L.
  - o El contrato de trabajo celebrado con D. Javier Sanz Pérez, para que se demuestre la relación laboral existente entre ellos.
  - o El contrato de seguro de responsabilidad civil concertado con la compañía aseguradora ALIANZA INTERNACIONAL, S.A.
  - o El contrato celebrado con don Carlos Muñoz Gómez y doña Guadalupe Gutiérrez Gil.
  - o Las grabaciones de las cámaras de seguridad del restaurante “Los Corralejos” correspondientes al momento en que se celebró la boda.
  - o La comunicación a la Entidad Aseguradora dando parte del accidente sufrido por D.ª María Asunción Herranz Casillas.
- Al demandado ALIANZA INTERNACIONAL, S.A.
  - o El contrato de seguro de responsabilidad civil celebrado con la mercantil LOS CORRALEJOS, S.L.
  - o La comunicación recibida de la mercantil LOS CORRALEJOS, S.L. dando parte del accidente sufrido por D.ª María Asunción Herranz Casillas.
- Al demandado D. Javier Sanz Pérez
  - o El contrato de trabajo celebrado con la entidad mercantil LOS CORRALEJOS, S.L., para que se demuestre la relación laboral existente entre ellos.
  - o La nómina correspondiente al mes del siniestro.

**OTROSI DIGO TERCERO.-** Que esta parte quiere dejar constancia de que con la presente demanda aporta informe pericial de fecha 13 de septiembre de 2021 realizado por el perito médico D. Alberto Martín Sánchez.

**SUPLICO AL JUZGADO** tenga hecha la anterior manifestación a los efectos oportunos

**OTROSI DIGO CUARTO.-** Que de acuerdo con lo preceptuado en el Art. 231 de la L.E.C., esta parte deja constancia de su voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la citada Ley, interesando desde este mismo momento, que se le pongan de manifiesto los posibles defectos en que pudiera haber incurrido en la preparación e interposición del presente escrito, es por lo que

**SUPLICO AL JUZGADO** que tenga por hecha la anterior manifestación a los posibles efectos oportunos de subsanación de errores.

Es de justicia que reitero en lugar y fecha *ut supra* indicado.

Firma electrónica Abogado          Firma electrónica Procuradora

D. Carlos Álvarez Pesquera          D.<sup>a</sup> Ana Fernández Arias

Col. n.º: 103.979                          Col. n.º: 789

## **6. Realice un escrito de proposición de prueba.**

Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Alcorcón

Autos: 324/21

Demandante: Dña. M.<sup>a</sup> Asunción Herranz Casillas

**NOTA DE PRUEBA de D.<sup>a</sup> María Asunción Herranz Casillas, que consistirá en:**

**1.- Interrogatorio de:**

- D. Javier Sanz Pérez, encargado del restaurante “Los Corralejos”, demandado en el presente procedimiento, con NIF 71173229D, quien deberá ser citado en el domicilio del restaurante “Los Corralejos”.

- D. Julio Medina López, legal representante de la entidad mercantil LOS CORRALEJOS, S.L., con domicilio en la finca Los Corralejos, Carretera Madrid Km, 125 y NIF 12895443H.

**2.- Documental**, consistente en que se tenga por reproducida la acompañada a nuestro escrito de demanda como **Documentos n.º 2, 3, 4, 5 y 6**.

**3.- Más documental**, Que se emita atento oficio a la mercantil PROSEGUR, S.A. con domicilio en C/ Ribera de Loira, 63, para que, por quien corresponda, aporte las grabaciones de las cámaras instaladas en el Restaurante “Los Corralejos” del día 6 de octubre de 2020 entre las 10:00 y las 14:00.

**4.- Pericial**: a fin de que el perito D. Alberto Martín Sánchez con número de colegiado 12.376 del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid, se ratifique en su informe médico-pericial, de fecha 13 de septiembre de 2021, obrante como **Documento n.º 7** de los aportados en nuestro escrito de demanda y conteste a cuantas cuestiones sean de interés.

**5.- Testifical**, a fin de que sean interrogados como testigos las siguientes personas, que deberán ser citados por este Juzgado en el domicilio indicado:

- D<sup>a</sup>. Sofía Prieto Martín, con domicilio en el Paseo de Juan Carlos I, N.º 29, 3º D, Madrid, invitada a la citada boda y que presenció los hechos. Solicitamos sea citada judicialmente en el domicilio indicado.
- D. Lucas Solís Mateo, con domicilio en la Calle Gabilondo, N.º 21, 2º C, Madrid, invitado de la citada boda y que presenció los hechos. Solicitamos sea citado judicialmente en el domicilio indicado.
- D<sup>a</sup>. Guadalupe Gutiérrez Gil, con domicilio en la Calle Serrano, N.º 32, 5º E, Madrid, novia de la boda a la que la perjudicada asistió de invitada y que presenció los hechos.

Es justicia que solicito en Alcorcón, a 22 de septiembre de 2021.

## **CASO PRÁCTICO 3**

Fengjuan, Rovino, Raquel, abogados deciden constituir un Despacho Profesional Internacional en Madrid en el año 2021, mediante la creación de una Sociedad Limitada profesional.

Además, van a incorporar los servicios de Güntar, Rechtsanwalt (abogado alemán) en Frankfurt (Alemania). Unido a los servicios de Fengjuan, abogada española nacida en Shenzhen (China). Fengjuan, es designada Mediadora en un procedimiento ante el Centro de Mediación Español de Cámara España con fecha 12 de enero de 2020.

Discusiones en el planteamiento de la Sociedad Limitada Profesional, retrasan su constitución y estando en trámites de crear el Despacho deciden acudir a un abogado más veterano para resolver sus dudas.

- 1. ¿Cuáles son los requisitos para la creación de una Sociedad Limitada Profesional según el Consejo General de la Abogacía Española, qué además esta sociedad tendrá su domicilio social en Madrid y tendrá la colaboración de un Abogado Alemán?**

Antes de entrar al fondo de la cuestión comenzaremos realizando un breve exordio. Actualmente, existe una gran diversidad de normas que ordenan aspectos relacionados con la abogacía. Sin embargo, la regulación esencial de la profesión se encuentra recogida en el Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (en lo sucesivo, EGAE o RD 135/2021), en vigor desde el 1 de julio de 2021, y que sustituye al Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (en adelante, antiguo EGAE o RD 658/2001).

Según se establece en el artículo 1.1 del RD 135/2021:

*“La Abogacía es una profesión libre e independiente, que asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas. [...]”.*

Partiendo de esta definición, puede decirse que, siendo la abogacía una profesión liberal e independiente, la misma admite ser ejercida de múltiples formas, distinguiéndose principalmente entre el ejercicio individual y el ejercicio colectivo. Esta materia aparece regulada en el Título III (arts. 35 y ss.) del EGAE.

A este respecto, el ejercicio individual puede subdividirse en dos categorías:

- Por cuenta propia (art. 35 RD 135/2021): se refiere a aquel en el que el titular del despacho presta sus servicios directamente al cliente, mediante una organización muy simple, asumiendo la dirección y la responsabilidad derivada de los asuntos que le sean encargados.
- Por cuenta ajena (arts. 37-39 EGAE): en este caso el abogado presta sus servicios para otra persona o entidad, bien en régimen de relación laboral común (cuando el empleador es cualquier tipo de empresario), bien bajo una relación laboral especial (prestando sus servicios a un despacho de abogados, ya sea individual o colectivo).

Por su parte, el ejercicio colectivo consiste en *“la unión de diversos abogados con el fin de cooperar profesionalmente mediante el empleo conjunto de los recursos para responder las demandas del mercado a través de una estructura más sólida y eficiente”*<sup>62</sup>. Éste, a su vez, puede desintegrarse en:

- Ejercicio colectivo de la abogacía (arts. 40-42 RD 135/2021): esta forma será analizada de manera individualizada más adelante, por ser donde se encuadra el ejercicio exclusivo de la abogacía a través de una Sociedad Limitada Profesional, figura que pretende utilizarse en el supuesto planteado.
- Ejercicio en régimen de colaboración multiprofesional: esta modalidad, regulada en el artículo 43 del EGAE, implica la asociación de los profesionales de la abogacía con otros profesionales liberales no incompatibles, empleando cualquiera de las formas jurídicas permitidas por el ordenamiento.

---

<sup>62</sup> Fernández León, Óscar (2020). Formas de ejercicio y asociación. En Fundación Mutuality Abogacía (Coord.), La organización profesional básica del abogado, p. 21. Fundación Mutuality Abogacía, Madrid.

Una vez expuestas las diversas modalidades del ejercicio profesional, nos centraremos en el ejercicio colectivo de la abogacía, previsto en los artículos 40, 41 y 42 del Estatuto General de la Abogacía Española.

En este sentido, el art. 40.1 RD 135/2021 dispone lo siguiente:

*“Los profesionales de la Abogacía podrán ejercer la Abogacía colectivamente mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en Derecho. Cuando se cree una sociedad que tenga por objeto el ejercicio en común de la Abogacía, esta deberá constituirse como sociedad profesional, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, y demás normativa estatal o autonómica que corresponda, resultándole de aplicación las previsiones específicas de este Estatuto y de los particulares de cada Colegio.”.*

De este precepto se desprende que el ejercicio colectivo de la abogacía podrá realizarse bien en forma societaria, en cuyo caso será obligatorio que la compañía se constituya como sociedad profesional (art. 41 EGAE); bien en forma no societaria (art. 42 EGAE), si bien en ambos casos pueden identificarse algunos rasgos comunes:

- La agrupación de abogados o la sociedad profesional tendrán que tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la abogacía, debiendo estar compuestas únicamente por abogados en ejercicio (sin perjuicio de otro tipo de personal laboral, como servicios de limpieza, secretaría, pasantes, etc.).
- En todo caso, atendiendo al art. 47 EGAE, debe garantizarse la independencia de los abogados que formen parte del colectivo, como principio rector de la profesión cualquiera que sea la forma bajo la que se ejerza.
- Todos los miembros de la agrupación están sometidos al deber y derecho de secreto profesional, tal y como aparece previsto en el art. 22.4 EGAE:

*“El profesional de la Abogacía deberá hacer respetar el secreto profesional a sus colaboradores y asociados, así como al personal correspondiente y demás personas que cooperen con él en su actividad profesional”.*

Sentadas las bases de la cuestión que se nos plantea, corresponde dar una noción de lo que debe entenderse por “sociedad profesional”, ya que es el tipo de sociedad que debe constituirse habida cuenta de que la abogacía es una actividad profesional. Esta definición aparece recogida en el artículo 1.1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (en lo sucesivo, Ley 2/2007 o LSP), en los siguientes términos:

*“Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley.*

*A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.*

*A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente.”.*

Además, tal y como se señala en su artículo 2, el objeto social de estas sociedades profesionales podrá ser únicamente el ejercicio en común de actividades profesionales, sin perjuicio de que se puedan ejercer varias de ellas a la vez, adquiriendo entonces la consideración de sociedades multidisciplinarias ex art. 3 LSP. En este sentido, los derechos y obligaciones de la actividad profesional se imputarán a la sociedad, y no a sus miembros por individual, según establece el artículo 5 del mismo texto legal.

Cabe destacar que quedan fuera de este ámbito otro tipo de agrupaciones a las que es habitual recurrir en el ejercicio colectivo de la abogacía, como pueden ser las sociedades de medios, cuyo objetivo es distribuir los costes entre sus miembros mediante la puesta de una infraestructura y una serie de medios en común; o las sociedades de participación de ganancias, en la que los profesionales se agrupan a fin de repartirse los beneficios de la entidad.

Ahora bien, una sociedad profesional no es en sí misma una forma societaria determinada, sino que es más bien un tipo de sociedad al margen de la forma social adoptada, y que implica un régimen jurídico particular. En este sentido, los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Ley 2/2007 disponen que:

*“Las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en esta Ley.*

*Las sociedades profesionales se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada.”*

Además, el artículo 41.1 del Estatuto General de la Abogacía Española señala, en la línea del artículo 40.1 previamente citado, que *“las sociedades profesionales que se constituyan para el ejercicio de la Abogacía se regirán por lo dispuesto en la legislación reguladora de las sociedades profesionales, por sus normas de desarrollo, por la normativa autonómica que, en su caso, sea aplicable, por el presente Estatuto y por los Estatutos particulares de cada Colegio de la Abogacía.”*

Todo esto supone que para establecer los requisitos exigidos para la constitución de una Sociedad Limitada Profesional cuyo único objeto sea el ejercicio de la abogacía debe estarse a la Ley de Sociedades Profesionales, al Estatuto General de la Abogacía Española, y finalmente, al Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC). A continuación, pasamos a exponerlos de forma ordenada:

- 1) En primer lugar, debe firmarse el acto constitutivo, previsto en el artículo 19 de la LSC. Este es en realidad el contrato en el que se recoge el acuerdo de los fundadores, Fengjuan, Rovino y Raquel, de constituir la sociedad. En el caso de las sociedades profesionales, suele hablarse del contrato de sociedad profesional, según aparece recogido en el art. 7.1 LSP.
- 2) Posteriormente, deberán obtener del Registro Mercantil el certificado negativo de denominación social, para acreditar que el nombre elegido no se corresponde con el de otra sociedad en activo; y abrir una cuenta bancaria con un mínimo de 3.000

euros, recabando el certificado del ingreso de la entidad bancaria, ya que el art. 4 LSC exige un capital mínimo de 3.000 euros para las sociedades limitadas.

- 3) Asimismo, Fengjuan, Rovino y Raquel deberán redactar los estatutos de la sociedad, que es el documento que contiene la estructura, funcionamiento interno de la sociedad, etc., y que funciona como una especie de norma propia de la misma, teniendo naturaleza contractual. Su contenido mínimo se recoge en el art. 23 LSC, y abarca aspectos como la denominación de la sociedad; el objeto social, con especificación de las actividades; el domicilio social; el capital; el modo de deliberar y tomar los acuerdos; etc.
- 4) El acto constitutivo deberá formalizarse en escritura pública, la cual deberá ser otorgada por todos los socios fundadores según se desprende del artículo 21 del RDL 1/2010, siendo en este punto donde deben aportarse al notario los certificados previamente recabados.

El contenido mínimo de toda escritura pública de constitución se refleja en el art. 22 LSC, si bien en el art. 7 de la Ley de Sociedades Profesionales se prevén una serie de particularidades para este tipo de entidades. Así, la escritura de constitución de una sociedad limitada profesional deberá contener, al menos<sup>63</sup>:

- a. La identidad de los otorgantes, expresando si son o no socios profesionales.

Los socios profesionales son otra singularidad de las sociedades profesionales, regulándose este aspecto en el artículo 4 de la LSP. Este precepto dispone que ostentan tal condición aquellas personas físicas que reúnan las condiciones para ejercer la actividad profesional a la que se dedica la sociedad y que la ejerzan en el seno de la misma; así como las sociedades profesionales inscritas en el colegio correspondiente que participen a su vez en otra sociedad profesional.

Esto es relevante porque la Ley de Sociedades Profesionales exige que las tres cuartas partes del capital y de los derechos de voto, así como del órgano de administración, pertenezcan a socios profesionales, no planteando ningún problema ya que Fengjuan, Rovino y Raquel son abogados en ejercicio.

---

<sup>63</sup> Artículo 7 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales. Artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

- b. Las aportaciones realizadas por cada uno de los socios, y la numeración de las participaciones que se les atribuyan a cambio.
  - c. Los estatutos de la sociedad limitada profesional previamente redactados.
  - d. El Colegio Profesional al que pertenecen los otorgantes y su número de colegiado, así como su habilitación actual para el ejercicio de la profesión.
  - e. Deberá señalarse que su objeto social está constituido por el ejercicio de la abogacía.
  - f. La identificación de las personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación, expresando la condición de socio profesional o no de cada una de ellas.
- 5) Una vez se tiene la escritura, y con carácter previo a su inscripción en el Registro Mercantil, habrá de solicitarse a la Agencia Tributaria el NIF provisional de la sociedad.
- 6) Según se establece en los arts. 20 de la Ley de Sociedades de Capital y 8 de la Ley de Sociedades Profesionales, la escritura pública de constitución deberá inscribirse en el Registro Mercantil, adquiriendo desde ese momento personalidad jurídica propia, y pudiendo solicitarse ya el NIF definitivo.

Esta inscripción deberá recoger la denominación y el domicilio social, además de todos los extremos a los que hicimos referencia para la escritura de constitución, incluyendo la fecha y reseña de la misma, así como el notario autorizante.

El tema de la denominación social se regula en el artículo 6 de la LSP, y al margen de que se haya optado por una denominación objetiva o subjetiva, en la misma deberá figurar la expresión “profesional” junto a la indicación de la forma social.

- 7) Igualmente, la sociedad fundada por Fengjuan, Rovino y Raquel deberá inscribirse en el Registro de Sociedades Profesionales del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, por ser el colegio profesional en el que la nueva sociedad tiene su domicilio social; y todo ello a los efectos de que el ICAM pueda ejercer válidamente sus competencias, del mismo modo que con el resto de abogados colegiados.

A este respecto, será el registrador mercantil el que deberá comunicar de oficio al Registro de Sociedades Profesionales la práctica de las inscripciones, para sean también objeto de inscripción en este último, finalizando así el procedimiento de creación de una sociedad limitada profesional.

Conviene apuntar que, en virtud del art. 46 EGAE, el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid deberá remitir los datos registrales de la nueva sociedad al Registro Estatal de sociedades profesionales, creado por el Consejo General de la Abogacía Española, si bien esto queda al margen del proceso constitutivo.

En otro orden de ideas, debe destacarse que el hecho de que la nueva sociedad limitada profesional vaya a contar con la colaboración de un abogado alemán (“Rechtsanwalt”) no implica ninguna alteración en lo que al procedimiento de constitución de la misma se refiere.

En este sentido, puesto que se habla de “colaboración”, entendemos que no media entre Güntar y la nueva sociedad ningún tipo de relación laboral, sino que estamos ante una relación de colaboración profesional análoga a la que marca el artículo 36 del EGAE, si bien la contraparte del profesional extranjero no es un abogado titular de un despacho individual, sino una sociedad limitada profesional.

*“1. El ejercicio de la Abogacía por cuenta propia en régimen de colaboración profesional deberá pactarse por escrito, fijando las condiciones, duración, alcance y régimen económico de la colaboración.*

*2. El profesional de la Abogacía colaborador, que actuará con plena independencia y libertad, deberá conocer la identidad del cliente, respecto de quien deberá cumplir todos sus deberes deontológicos.”.*

En consecuencia, supondremos que Günter necesitará estar habilitado para el ejercicio permanente de la profesión de abogado en España, no pudiendo ejercer directamente ya que sólo tiene un título profesional obtenido en otro Estado Miembro de la Unión Europea. Para ello, Güntar tiene dos posibilidades<sup>64</sup>:

---

<sup>64</sup> Villarreal Suárez de Cepeda, P., Monterroso Casado, E. Deontología y normativa profesional. Régimen jurídico del abogado. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2019.

- El reconocimiento del título de origen (Directiva 2006/100/CE)

Para obtener el reconocimiento de la cualificación obtenida en Alemania, Güntar deberá superar la prueba de aptitud para acceder a la profesión de abogado en España, y en su caso, si el Ministerio de Justicia lo considera oportuno, realizar un período de prácticas de tres años como máximo.

Una vez superada la prueba, Güntar deberá colegiarse en el ICAM por ser donde establecerá su domicilio profesional para colaborar con la nueva sociedad. Hecho esto, tendrá la misma consideración a efectos de derechos y obligaciones que un abogado español y utilizarán el título profesional español de “abogado”

- El establecimiento permanente (Directiva 98/5/CE)

Esta vía permite a los abogados extranjeros colegiados en países de la UE ejercer la profesión de forma permanente en España a través de la colegiación, de igual manera que en el supuesto anterior, en el colegio de abogados del lugar en el que establezca su domicilio profesional, es decir, el Colegio de Abogados de Madrid.

No obstante, con este método no serán considerados abogados españoles en sentido estricto, sino asimilados, esto es, abogados de otros países de la UE que pueden ejercer en España, pero que en su título deberán reflejar el de su colegio de abogados de origen, en este supuesto, *rechtsanwalt* por venir de Alemania.

Amén de esto, con esta segunda vía de acceso se tiene limitado el ejercicio de la abogacía en España, toda vez que al abogado alemán no tendría total capacidad de ejercer, al encontrarse limitado el ejercicio en la defensa procesal. Más concretamente, las funciones que puede desarrollar se circunscriben a prestar asesoramiento jurídico en materia de Derecho alemán, Derecho Comunitario, Internacional y español.

Así, para cualquier actividad relativa a la defensa de un cliente, siempre que por la legislación española sea obligatoria la intervención de un abogado para actuar ante juzgados y tribunales, o ante cualquier organismo público que tenga funciones y fines jurisdiccionales, deberá actuar por medio de un abogado español.

- 2. Van a incorporar en los estatutos de la Sociedad Limitada Profesional una Cláusula de resolución de controversias en la cual incorporan la negociación y la mediación: proceda a redactarla.**

## **CLÁUSULA MULTIESCALONADA DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

### 1. Resolución de controversias

Toda controversia o conflicto de naturaleza societaria, entre la sociedad y los socios, entre los órganos de administración de la sociedad, cualquiera que sea su configuración estatutaria y los socios, o entre cualquiera de los anteriores (en adelante, "la Controversia"), se resolverá de acuerdo con los procedimientos establecidos a continuación, que serán los primeros a los que deba acudir, con carácter preceptivo, para la resolución de dicha Controversia.

#### 1.1 Negociación

Los sujetos en conflicto harán todo lo que esté en su mano para llegar a una solución de la Controversia razonable, equitativa y mutuamente acordada.

A tal fin, el sujeto que muestre su desacuerdo notificará por escrito al resto de sujetos en conflicto el objeto de la Controversia, la cual deberá incluir una propuesta de resolución (en lo sucesivo denominada "Primera Notificación").

Dentro de los 10 días siguientes a la recepción de la Primera Notificación, los sujetos receptores notificarán por escrito al sujeto en desacuerdo si aceptan o no el contenido de la propuesta de la Primera Notificación y, en caso de no aceptarla, la notificación deberá incluir una nueva propuesta de resolución (en adelante denominada "Segunda Notificación").

Pasados 5 días desde la recepción de la Segunda Notificación, el sujeto en desacuerdo deberá notificar por escrito al resto de sujetos en conflicto si acepta o no el contenido de la misma (en lo sucesivo, "Tercera Notificación"). En caso de no aceptarla, y en el plazo de 5 días desde la fecha de recepción de la Tercera Notificación, deberá celebrarse al menos una reunión en la que participen todos los socios, profesionales o no, y todos los miembros del Consejo de Administración, para negociar y llegar a una solución de la controversia.

## 1.2 Mediación

En el supuesto de que no se alcance un acuerdo sobre la Controversia dentro de los 10 días posteriores a su última reunión, los sujetos en conflicto se comprometen a someter la Controversia al mecanismo de la mediación, encomendándose la administración de la misma al Centro Español de Mediación, de acuerdo con sus Estatutos y Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de mediación. El idioma de la mediación será el español. El lugar de la mediación será la villa de Madrid.

En todo caso, deberá intentarse la mediación por los sujetos en conflicto conforme a lo establecido en el párrafo precedente antes de acudir al arbitraje, a la vía jurisdiccional o a cualquier otro método alternativo de resolución de controversias.

### **3. ¿En qué medida puede afectarles para la redacción de la cláusula de resolución de controversias, si entra en vigor el Anteproyecto de ley de Medidas de Eficiencia Procesal del servicio público de justicia?**

Con fecha 15 de diciembre de 2020 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (en lo sucesivo, el Anteproyecto), cuyo objetivo es hacer frente al conjunto de insuficiencias estructurales que padece desde hace décadas el sistema de justicia español, no sólo como consecuencia de la falta de recursos de que adolece, sino también por la carente eficiencia de las soluciones que han ido tratando de reforzar a la Administración de Justicia como servicio público<sup>65</sup>. Este Anteproyecto se encuentra vertebrado en tres pilares bien diferenciados:

- El primero de ellos, y en el que nos centraremos por ser el que interesa a nuestros efectos, se encuentra referido al refuerzo de los denominados “medios adecuados de solución de controversias” (en adelante, MASC);

---

<sup>65</sup> Aprobado el informe a la Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia por el CGPJ (23 de julio de 2021). El Derecho – Lefebvre.

- El segundo, se concentra en la reforma de las leyes procesales, ampliando el ámbito del juicio verbal, potenciando las sentencias orales en algunos procedimientos, etc.;
- El último de ellos pretende el fortalecimiento de la transformación digital en el ámbito de la administración de justicia, introduciendo sistemas identificación y autenticación que permitirán realizar una serie de trámites telemáticamente, evitando así el desplazamiento a las sedes judiciales.

Enfocándonos ya en los medios adecuados de solución de controversias, estos son definidos en el artículo 1.1 del Anteproyecto, en términos muy similares a los ya establecidos por la doctrina:

*“Se entiende por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negocial a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de un tercero neutral.”.*

Sin embargo, partiendo de un concepto que ya resulta familiar, el cambio de mayor calaje que pretende introducir el Anteproyecto se recoge en el apartado 3 del mismo artículo 1, el cual dispone lo siguiente:

*“En el orden jurisdiccional civil, con carácter general, se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias para que sea admisible la demanda. Para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones sobre dicho objeto pudieran variar.*

*Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negocial no tipificada legalmente pero que cumpla lo previsto en el apartado anterior [...]. Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negocial se desarrolle directamente por las partes asistidas de sus abogados cuando su intervención sea preceptiva.”.*

Es decir, el Anteproyecto impone en el orden civil la obligación de acudir a uno de los medios adecuados de solución de controversias con carácter previo a la interposición de la demanda, de manera que el intento de solución negociada del conflicto se configura como un presupuesto de procedibilidad.

Ahora bien, esta exigencia no afecta a todos los asuntos que deban ventilarse ante los órganos del orden jurisdiccional civil, sino que, más concretamente, las disposiciones del Título relativo a los MASC se aplican a los asuntos civiles y mercantiles, con exclusión de los asuntos de naturaleza concursal ex art. 3 del Anteproyecto. Además, cabe destacar que las partes no podrán acudir a estos medios para resolver las controversias que afecten a derechos y obligaciones que no tengan carácter dispositivo, amén de que evidentemente el acuerdo alcanzado a través de los mismos no podrá resultar contrario a la ley, a la buena fe ni al orden público.

Habida cuenta de que el acudir a uno de los MASC se configura como un requisito de procedibilidad, resulta imprescindible poder acreditarlo, extremo que aparece regulado en el artículo 7 del Anteproyecto. Este establece que la actividad negocial deberá ser recogida documentalmente:

- En el caso de que no haya intervenido un tercero neutral, bastará un documento firmado por ambas partes en el que se recoja su identidad, fecha, objeto de la controversia, parte que formuló la propuesta.... En su defecto, será suficiente con cualquier documento que pruebe que la parte requerida ha recibido la propuesta.
- Si hubiera mediado un tercero neutral gestionando la negociación, este deberá emitir un documento que contenga los extremos a los que acabamos de hacer referencia, dejando constancia si la parte requerida no hubiese comparecido a la negociación.

Acreditado el intento de negociación, sin que este haya finalizado con éxito, *“las partes deberán formular la demanda dentro del plazo de tres meses a contar, respectivamente, desde la fecha de recepción de la propuesta por la parte requerida o, en su caso, desde la fecha de terminación del proceso de negociación sin acuerdo, para que pueda entenderse cumplido el requisito de procedibilidad.”*<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Artículo 4.2 del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia.

Sentado esto, conviene plantearse cuáles son los medios adecuados de resolución de controversias a los que hace referencia el Anteproyecto, recogidos en sus artículos 11 y siguientes:

- Mediación: se remite a la regulación establecida por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sin prever una regulación concreta al respecto.
- Negociación directa: no tiene regulación específica, encontrándose en esta categoría cualquier tipo de negociación entre las partes que pueda acreditarse conforme al art. 7 del Anteproyecto.
- Negociación a través de los abogados de las partes: similar al supuesto anterior, sólo que las partes negocian asistidas por sus abogados.
- Conciliación privada (arts. 12 y 13): una de las partes o ambas de mutuo acuerdo pueden requerir a una persona especializada en la materia sobre la que pesa la controversia para que gestione la negociación entre las partes, buscando que estas alcancen un acuerdo satisfactorio.
- Oferta vinculante confidencial (art. 14): se trata de una oferta que presenta una de las partes a la otra con el objetivo de poner fin al conflicto, quedando obligada a cumplir la obligación asumida en caso de que la parte destinataria la acepte.
- Opinión de experto independiente (art. 15): en este caso, las partes pueden designar de mutuo acuerdo a un experto independiente para que emita una opinión no vinculante acerca de la cuestión sobre la que recae la controversia.

Además, a todos estos supuestos resulta de aplicación lo dispuesto en su artículo 6:

*“El proceso de negociación y la documentación utilizada en el mismo son confidenciales, salvo la información relativa a si las partes acudieron o no al intento de negociación previa y al objeto de la controversia. La obligación de confidencialidad se extiende a las partes intervinientes y, en su caso, al tercero neutral que intervenga, que quedará sujeto al deber y derecho de secreto profesional, de modo que ninguno de ellos podrá revelar la información que hubieran podido obtener derivada del proceso de negociación.”.*

Finalmente, el artículo 10 del Anteproyecto establece que el acuerdo alcanzado tendrá valor de cosa juzgada para las partes, no pudiéndose interponer una demanda con el mismo objeto, sin perjuicio de que para que sirva como título ejecutivo deba ser elevado a escritura pública u homologado judicialmente.

Una vez establecidas las bases de la regulación del Anteproyecto respecto de los medios adecuados de solución de controversias, ya estamos en grado de poder afirmar que el mismo no tendría apenas efectos sobre la cláusula de resolución de controversias incorporada a los estatutos sociales de la sociedad limitada profesional.

Esto se debe a que con la redacción que se ha dado a la citada cláusula ya se estaría dando cumplimiento a lo dispuesto en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia, puesto que la cláusula ya exigía a las partes en conflicto acudir en primer lugar a la negociación de buena fe; y en caso de no alcanzarse un acuerdo en dicha negociación, se les obligaba acudir a mediación de conformidad con lo previsto en la Ley 5/2012, ley a la que también se remite el Anteproyecto a la hora de referirse a la mediación como uno más de los medios adecuados de solución de conflictos.

En tal caso, podría ser conveniente incluir una serie de referencias al Anteproyecto dentro de la cláusula multiescalonada de resolución de controversias, como, por ejemplo:

- Una relativa a que la controversia deberá intentar resolverse de acuerdo con los procedimientos previstos en dicha cláusula *en cumplimiento de la Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia*;
- Otra referida a que el acuerdo alcanzado, bien en el procedimiento de negociación de buena fe, bien en el procedimiento de mediación desarrollado conforme a las disposiciones de la Ley 5/2012, tendrá efectos de cosa juzgada, sin perjuicio de que para servir como título ejecutivo deba elevarse a escritura pública u homologarse judicialmente.
- También puede hacerse referencia a los requisitos de formalización del acuerdo, remitiéndose al artículo 9 del Anteproyecto.

- Finalmente, puede incluirse una mención relativa a que en el caso de no alcanzarse un acuerdo a través de los procedimientos establecidos en la cláusula, quedará expedita la vía judicial dentro del plazo de tres meses recogido en el artículo 4.2 del Anteproyecto.

#### **4. ¿Qué procedimientos puede desarrollar el Centro de Mediación Español de Cámara España? ¿Qué diferencias existen entre el Centro de Mediación MedialCAM y el Centro de Mediación Español de Cámara España?**

Según se recoge en el artículo 1 de los Estatutos del Centro Español de Mediación (en adelante, los Estatutos), éste se constituye como una institución de mediación independiente, incardinada en la Cámara de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, que cuenta con su propio Reglamento.

En este sentido, el Centro se encuentra únicamente facultado para desarrollar el procedimiento de mediación, incluyéndose en este sentido todas las funciones que ello conlleva, a saber, la administración del proceso, la preservación de los principios de independencia, transparencia y eficiencia; el nombramiento de los mediadores según su propio Reglamento, la fijación de los gastos y honorarios del procedimiento, etc.<sup>67</sup>.

Ahora bien, en el mismo artículo 2 de los Estatutos se prevén una serie de funciones que, estando relacionadas con este mecanismo alternativo de resolución de conflictos, van más allá de su administración, destacando las siguientes:

- Labores de fomento y difusión de la mediación y otros métodos alternativos de resolución de controversias;
- el establecimiento de relaciones institucionales con otras asociaciones de mediación;

---

<sup>67</sup> Artículo 2 de los Estatutos del Centro Español de Mediación.

- la preparación de informes y propuestas en materia de mediación para los poderes públicos, etc.

Es cierto que la Corte Española de Arbitraje y el Centro Proveedor de resolución de conflictos sobre dominios se encuentran igualmente adscritos a la Cámara de Comercio de España, si bien son instituciones diferenciadas del Centro de Mediación Español, y en consecuencia, no puede entenderse que el Centro pueda desarrollar otros procedimientos que no sean el de mediación.

En otro orden de cosas, en el Reglamento del Centro Español de Mediación (en lo sucesivo, el Reglamento), se prevén una serie de normas que resultan de aplicación a todos aquellos procedimientos de mediación que sean administrados por el propio Centro, tal y como se dispone en su artículo 1.

Muchas de estas normas resultan complementarias a las reglas dispositivas que se encuentran previstas en la Ley de Mediación, o vienen a modificar algunos aspectos recogidos en esta última. Sirva como ejemplo a este respecto la correlación existente entre el artículo 7.1 del Reglamento y el artículo 13.5 de la Ley 5/2012:

*Artículo 7.1 del Reglamento: “El mediador debe ser y permanecer durante la mediación independiente e imparcial, y no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.”.*

*Art: 13.5 LMed: “Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:*

*a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes. [...]*

*En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.”.*

Como puede observarse, ambas normas exigen en todo caso la imparcialidad del mediador, si bien difieren en que el primero impide sin excepción el nombramiento como tal de una persona que tenga una relación de carácter personal, contractual o empresarial con una de las partes.

No obstante, también existen multitud de normas del Reglamento que en parte sustituyen y en parte amplían las disposiciones de la Ley de Mediación, como por ejemplo todo lo que tiene que ver con el inicio del procedimiento una vez recibida la solicitud de mediación, previsto en los artículos 9 y 10 del Reglamento del Centro, ya que los mismos regulan en detalle todos los trámites y plazos que deben observarse a la hora de iniciar el procedimiento ante el Centro.

Asimismo, también existen preceptos del Reglamento que regulan algunas cuestiones que no aparecen previstas en la Ley 5/2012, como podrían ser las relativas al cómputo de los plazos en el procedimiento de mediación (artículo 4 del Reglamento).

Establecido esto, a continuación, pasamos a comentar brevemente las diferencias existentes entre MedialCAM y el Centro de Mediación Español.

El Centro de Resolución de Conflictos MedialCAM es una institución creada en el seno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid que, aun dependiendo de su Junta de Gobierno, goza de autonomía funcional para el cumplimiento de sus funciones, entre las cuales se encuentra la administración de “*procedimientos relativos a medios adecuados, no jurisdiccionales, de solución de controversias (ADR-MASC)*”.<sup>68</sup>.

De hecho, una importante diferencia entre MedialCAM y el Centro Español de Mediación reside en este último aspecto, es decir, en el relativo a los procedimientos que es posible desarrollar ante uno u otro organismo. Así, mientras que el Centro solamente estaba facultado para administrar el procedimiento de mediación ex artículo 2 de sus Estatutos, MedialCAM está habilitado para desarrollar y administrar diversos mecanismos alternativos de resolución de controversias, entre los que se encuentran:

---

<sup>68</sup> Artículo 1 de los Estatutos del Centro de Resolución de Conflictos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid - MedialCAM

- La mediación, coincidiendo en este punto con el Centro Español de Mediación.
- La negociación asistida, entendida como un mecanismo en el que un tercero neutral proporciona diferentes alternativas o plantea distintos escenarios a tomar en consideración por las partes para que, sin imponer ninguna esas opciones, sean las propias partes las que valoren cada una de las posibilidades de este modo resolver el conflicto.
- La conciliación: este proceso autocompositivo pretende evitar el inicio de un pleito o la continuación de uno ya comenzado a través de la intervención de un tercero que propondrá diversas soluciones a las partes con el fin de que lleguen a un acuerdo. Es muy similar a la negociación asistida, sólo que se encuentra enmarcado dentro de un procedimiento judicial.

A estos efectos, resulta clarificador el artículo 3 de los Estatutos de MedialCAM, el cual señala que entre sus actividades se encuentran:

*“La mediación en cualquier controversia o conflicto cuando le sea solicitada o exista pacto de sumisión expresa a mediación. [...]*

*Análisis, asesoramiento y gestión de los conflictos a través de la negociación, el derecho colaborativo y otros sistemas de resolución de conflictos a instituciones, empresas y organismos y población en general. [...]*

*La administración de procesos ADR-MASC y las mediaciones que, libre y voluntariamente, le sometan o le soliciten personas, físicas o jurídicas, para una resolución de sus conflictos.”.*

No obstante, ambas instituciones tienen otro tipo de funciones similares como el fomento de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, la colaboración y preparación de propuestas relacionados con estos métodos para entes públicos y privados, etc.

Por otro lado, el Centro de Resolución de Conflictos MedialCAM no cuenta con un reglamento propio – o al menos, público – como sí tiene el Centro Español de Mediación, siendo éste bastante detallado. Así, MedialCAM se regula únicamente por lo dispuesto en sus Estatutos y en la legislación aplicable.

Por último, un aspecto al que conviene hacer referencia es el que se refiere a las personas que pueden ejercer como mediador en uno y otro organismo. A tal efecto, el Centro de Resolución de Conflictos MedialCAM exige que los mediadores que lleven a cabo el procedimiento sean abogados colegiados en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid<sup>69</sup>; mientras que el Centro Español de Mediación únicamente exige que los mediadores cumplan con los requisitos exigidos en la legislación vigente para llevar a cabo la mediación<sup>70</sup>, de forma que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Mediación:

*“1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.*

*2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.”.*

---

<sup>69</sup> Artículo 7.1º de los Estatutos del Centro de Resolución de Conflictos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid - MedialCAM

<sup>70</sup> Artículo 7.7 de los Estatutos del Centro Español de Mediación.

## CASO PRÁCTICO 4

Federica Castagnola, Empresaria Española tiene una empresa familiar, sociedad limitada CastañaCastagnola S.L constituida en el año 2000 por su Padre Jesús Contanaro Castaño. Hoy su hija Federica está procediendo a renovar la marca que creó su padre para que su empresa sea distintiva frente a sus competidores. En el año 2000 su padre creó la marca nacional ante la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) “CastagnolaFede” y ahora su hija acude a su Despacho a resolver sus dudas pues el registro OEPM no le inscriben la Marca pues hay una Marca EUIPO “Castagna”

### **1. ¿Cuál es el Procedimiento de creación de una marca nacional española?**

Del mismo modo que se ha venido haciendo con ocasión de los supuestos previamente analizados, comenzaremos con una sucinta introducción a la materia. Las marcas constituyen una manifestación de los derechos propiedad industrial, que se erigen como unos derechos de uso o explotación exclusiva por parte del titular de los mismos. Más concretamente, son, junto con el nombre comercial, una de las modalidades de signos distintivos, que son aquellos cuyo principal objetivo es identificar y distinguir, bien a las empresas (nombre comercial), bien a los productos y servicios (marcas), de otras empresas, productos o servicios.

La regulación de las marcas se encuentra contenida principalmente en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en adelante, LM) y en el Real Decreto 687/2002, de 12 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en lo sucesivo, RD 687/2002).

Dentro de la citada normativa, el concepto de marca aparece recogido en el art. 4 LM, cuyo tenor literal dispone lo siguiente:

*“Podrán constituir marcas todos los signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos, a condición de que tales signos sean apropiados para:*

*a) distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y*

*b) ser representados en el Registro de Marcas de manera tal que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular.”.*

Destaca la mención expresa que se hace de los sonidos, dado que con anterioridad a la reforma que entró en vigor en 2019, sólo eran susceptibles de ser calificados como marca aquellos signos que fueran susceptibles de representación gráfica.

Establecido esto, conviene recalcar que, para disfrutar de la protección conferida por el derecho de marca en España, esto es, crear jurídicamente una marca nacional española, no basta con establecer alguno de los signos que según el art. 4 LM pueden constituir marca, sino que tal y como señala el art. 2.1 de la referida ley, *“el derecho de propiedad sobre la marca [...] se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente Ley”*. Cuestión ésta ya anticipada por su art. 1 al reseñar que tanto la solicitud como la concesión y demás actos que afecten a la marca deberán inscribirse en el Registro de Marcas, cuya gestión corresponde a la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM).

Antes de continuar con la exposición de la cuestión principal, se hará una breve síntesis para delimitar el concepto de la OEPM y del Registro de Marcas, incluyendo una referencia a su regulación, funciones, etc.

Según la definición del propio organismo:

*“La Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) es un Organismo Autónomo de la Administración General del Estado – concretamente, adscrito al Ministerio de Industria y Energía – que impulsa y apoya el desarrollo tecnológico y económico otorgando protección jurídica a las distintas modalidades de propiedad industrial mediante la concesión de patentes y modelos de utilidad (invenciones); diseños industriales (creaciones de forma); marcas y nombres comerciales (signos distintivos) [...]”<sup>71</sup>.*

---

<sup>71</sup> Oficina Española de Patentes y Marcas (2021). Objetivos y funciones.

La regulación del mismo se encuentra contenida en el Real Decreto 1270/1997, de 24 de julio, por el que se regula la Oficina Española de Patentes y Marcas, el cual se encarga de definir su naturaleza, fines, funciones, estructura, etc.

En este sentido, la finalidad de la OEPM es *“la realización de la actividad administrativa que corresponde al Estado en materia de propiedad industrial, conforme a la legislación y convenios internacionales vigentes, y será el instrumento de la política tecnológica en este campo.”*<sup>72</sup>.

En consecuencia, y para cumplir con su misión, a la OEPM le han sido asignadas una serie de funciones, reseñadas en el artículo 3 del citado Real Decreto, y entre las que cabe destacar las siguientes:

- Conceder los distintos títulos de propiedad industrial, previo examen de las solicitudes que le son planteadas.
- Representar a España en el plano internacional, por ejemplo, en organizaciones internacionales relacionadas con la materia.
- Prestar servicios de información relacionados con las diversas modalidades de protección de la propiedad industrial, concedidas tanto por la OEPM como otros organismos internacionales.

Por su parte, el Registro de Marcas, único en todo el territorio nacional, es una lista que recoge a todas las marcas que han sido válidamente registradas, cuya publicación y actualización corresponde a la Oficina Española de Patentes y Marcas. En este sentido, debe destacarse que el Registro de Marcas no es una institución, como sí lo es, por ejemplo, el Registro de la Propiedad Intelectual.

Establecido esto, estamos en grado de continuar con la exposición del procedimiento que debe seguirse para crear una marca nacional española, atendiendo tanto a la Ley como al Reglamento de Marcas. Conviene resaltar que, en realidad, lo que se hace en el reglamento es desarrollar de forma pormenorizada los aspectos más técnicos y documentales relacionados con cada una de las fases del procedimiento de registro

---

<sup>72</sup> Real Decreto 1270/1997, de 24 de julio, por el que se regula la Oficina Española de Patentes y Marcas. 30 de agosto de 1997, núm. 208. Artículo 2.

(presentación de la solicitud, examen de forma y licitud de la misma, examen de fondo, etcétera).

Como indicábamos, en primer lugar, es necesario establecer como tal un signo que cumpla los requisitos regulados en el artículo 4 de la Ley de Marcas.

Una vez hecho esto, deberá procederse a solicitar el registro de la marca ante el Registro de Marcas, puesto que de conformidad con el art. 2.1 LM, el registro tiene carácter constitutivo, esto es, no existe derecho de propiedad sobre la marca hasta que esta no ha sido válidamente registrada:

*“El derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente Ley.”.*

Por el término “registro válidamente efectuado” ha de entenderse:

- Por un lado, que no se está incurriendo en ninguna de las prohibiciones de registro que establecen los artículos 5 y 6 de la LM, que tienen, respectivamente, carácter absoluto y relativo.

Las prohibiciones de carácter absoluto (art. 5 LM) son aquellas en las que en ningún caso cabe conceder la inscripción, y que por lo general están relacionadas con supuestos en los que la marca no cumple con las finalidades de diferenciación que tiene atribuidas. Por su parte, las prohibiciones relativas (art. 6 LM) se refieren a casos en los que la marca que se pretende inscribir presenta identidad con otra marca anterior, con un nombre o denominación social que identifique a otra persona, etc., en cuyo caso sólo se podrá proceder a la inscripción si media la autorización del titular de la marca anterior.

- Por otro, hace referencia a que se sigan las disposiciones del Título III de la LM, atinente a la solicitud y al procedimiento de registro.

Antes de entrar a analizar el proceso, resulta conveniente señalar que según el art. 3 LM, están legitimados para obtener el registro tanto las personas físicas como jurídicas, incluidas las entidades de derecho público.

Entrando en materia, de conformidad con el artículo 11 de la Ley de Marcas, la solicitud de registro debe presentarse, con carácter general y en castellano, ante el órgano de la Comunidad Autónoma donde el solicitante tenga su domicilio o un establecimiento industrial o comercial, la cual será remitida a la OEPM en los cinco días siguientes a su recepción.

Esta solicitud debe cumplir con el contenido establecido en el art. 12 LM, desarrollado en el art. 1 RD 687/2002. El contenido mínimo puede reconducirse a los siguientes elementos:

- la petición del registro de marca,
- la información que identifique al solicitante (nombre, dirección, nacionalidad...),
- la representación de la marca que cumpla las condiciones exigidas por los artículos 4 de la Ley de Marcas y 2 del Real Decreto 687/2002 (que básicamente recoge los mecanismos, electrónicos y manuales, mediante los cuales debe procederse a reproducir la marca que se recogerá en la solicitud).
- y la enumeración de los productos y servicios respecto de los cuales se pretende inscribir la marca.

Al margen de lo anterior, deberá satisfacerse una tasa de cuantía variable en atención a la clase de productos y servicios de que se trate.

En este punto debemos comentar lo relativo a la fecha de presentación de la solicitud, regulado en el art. 13 LM. Dicho precepto establece que, con carácter general, aquella será *“la del momento en que el órgano competente, conforme a lo previsto en el artículo 11, reciba los documentos que contengan los elementos establecidos en el apartado 1 del artículo 12.”*.

Una vez presentada la solicitud, el órgano competente para conocer de la solicitud examinará los requisitos de admisibilidad y forma de la misma previstos en los artículos que acabamos de indicar, concediendo un plazo para subsanar las irregularidades que se observen.

En caso de no existir defectos o una vez subsanados, el órgano de la comunidad autónoma remitirá la solicitud a la Oficina Española de Patentes y Marcas, para que, según marca el art. 18 LM, proceda a publicarla en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial (BOPI), abriéndose el plazo de 2 meses que marca el art. 17 RD 687/2002, durante el cual aquellos terceros que se consideren perjudicados pueden oponerse al registro.

El Boletín Oficial de la Propiedad Industrial constituye el medio de comunicación oficial de todos aquellos actos administrativos, tales como solicitudes, notificaciones y resoluciones, que afectan a las diferentes manifestaciones de la propiedad industrial. En consecuencia, este diario se encuentra dividido en tres tomos:

- El primero está dedicado a las marcas y otros signos distintivos, como los nombres comerciales. De este modo, será aquí donde se inscriba la marca Castaño de Fedes.
- El segundo registra los anuncios relativos a las invenciones.
- El tercero, por su parte, recoge todo lo que relacionado con los diseños industriales.

Es decir, el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial es el equivalente al Boletín Oficial del Estado, sólo que el primero se refiere a las patentes, marcas, diseños industriales...; y el segundo se encuentra dedicado a la publicación de leyes, disposiciones reglamentarias y otros actos cuya inserción sea obligatoria. En este punto, queremos puntualizar que no existe Boletín Oficial de la Propiedad Intelectual debido a que las funciones de publicidad de los actos que afectan a estos derechos se realiza directamente a través del Registro de la Propiedad Intelectual, que es la institución registral pública y oficial que tiene por objeto la inscripción o anotación de los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras, actuaciones o producciones protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual.

Volviendo a la cuestión principal, si no se presenta oposición alguna al registro y la OEPM considera que no existe ningún defecto ni de forma ni de fondo, ésta última registrará la marca, en cuyo caso publicará un anuncio de registro en el BOPI y expedirá el título de registro de la marca.

A partir de este momento, el titular gozará plenamente de los derechos de uso y explotación exclusiva conferidos por el derecho de marca, ahora sí, válidamente registrado.

**2. Desde la posición procesal de Federica: ¿Cuál es la estrategia procesal a seguir para que pueda ser inscrita su Marca, qué recursos administrativos debe interponer?**

En el caso objeto de estudio, D.<sup>a</sup> Federica acude a la Oficina Española de Patentes y Marcas a renovar el registro de la marca nacional creada por su padre en el año 2000, “CastañolaFede”. En este sentido, conviene recordar que según el art. 31 LM, el registro de una marca se concede por un período de 10 años, pudiéndose renovar por sucesivos plazos de igual duración mediante solicitud ante la propia OEPM o ante los respectivos órganos de la comunidad autónoma a los que hemos hecho referencia en el apartado anterior. En caso de no procederse a renovar la marca, la propia Oficina declarará la caducidad siguiendo lo dispuesto en el art. 54.3.a) LM, lo cual supone que cesan todos los efectos derivados del derecho de marca desde ese momento.

No obstante, volviendo a la cuestión que nos ocupa, la Oficina Española deniega la renovación del registro de la marca debido a que existe una marca europea registrada en la Oficina de la Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), “Castagna”. Esto es, en base a los datos que se proporcionan, podemos inferir que la OEPM deniega la inscripción en aplicación de la prohibición de carácter relativo recogida en el art. 6.1b) en conexión con el art. 6.2.a), ambos de la Ley de Marcas:

*“1. No podrán registrarse como marcas los signos: [...]*

*b) Que, por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior.*

*2. Por marcas anteriores se entenderá a los efectos del apartado 1:*

*a) Las marcas registradas cuya solicitud de registro tenga una fecha de presentación o de prioridad anterior a la de la solicitud objeto de examen, y que pertenezcan a las siguientes categorías: [...] iii) marcas de la Unión Europea.”.*

La Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) es una agencia descentralizada de la Unión Europea que se encarga de ofrecer protección en materia de derechos de propiedad intelectual, tanto a empresas como a personas físicas, ya sean de la UE, ya sean de países terceros; es decir, vendría a ser la OEPM a nivel europeo. Cabe destacar que en el ámbito europeo y mundial la propiedad intelectual abarca el concepto de propiedad industrial, pues según la definición de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual:

*“La propiedad intelectual (PI) se refiere a las creaciones del intelecto: desde las obras de arte hasta las invenciones, los programas informáticos, las marcas y otros signos comerciales.”<sup>73</sup>.*

Continuando con el caso, se partirá de una serie de premisas habida cuenta de la limitación que presentan los datos que se proporcionan:

- Ambas marcas designan los mismos productos o servicios, pues de no ser así no debería denegarse la inscripción, por no incurrirse en la referida prohibición.

Merece la pena destacar que esta misma prohibición también aparece regulada en el art. 8.1a) en conexión con el art. 8.2.a).ii) del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (en lo sucesivo, el Reglamento Europeo de Marcas).

- La marca “CastañolaFede” no fue renovada antes de que transcurriera el plazo de 10 años, de forma que la misma caducó, perdiendo los derechos de protección - y consiguientemente de antigüedad - que confiere una marca registrada.

---

<sup>73</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2020). ¿Qué es la propiedad intelectual?

- Con posterioridad a la caducidad de la marca “CastagñolaFede”, se registró una marca europea ante la Oficina Europea, “Castagna”. Partimos de esta premisa porque si se hubiera solicitado la inscripción de la marca “Castagna” con anterioridad a la caducidad de la marca nacional española, dicha inscripción debería haber sido denegada por la EUIPO al existir una marca anterior registrada en un Estado miembro.
- El fundamento jurídico principal de los recursos que interponga D<sup>a</sup> Federica girará en torno a la inexistencia de riesgo de confusión o asociación entre ambas marcas por parte del público.

De este modo, frente a la resolución que deniega la renovación de la inscripción de su marca, atendiendo al art. 27 LM podrán interponerse los recursos establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC o Ley 39/2015). En realidad, el precepto hace referencia a la ya derogada Ley 30/1992, lo cual resulta curioso teniendo en cuenta que el mismo fue reformado en diciembre de 2018.

Este texto legal, en su art. 112, dispone que contra las resoluciones dictadas por la Administración se podrán interponer los recursos de alzada y de reposición:

*“Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición [...]”.*

La interposición de uno u otro no depende de la elección del recurrente sino del tipo de resolución que se recurra. Así, mientras que los recursos de alzada deberán presentarse contra resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa, el recurso de reposición, que tiene carácter potestativo, se interpondrá contra los actos administrativos que sí ponen fin a la vía administrativa.

A estos efectos, es necesario recalcar que la Oficina Española de Patentes y Marcas presenta una estructura compuesta por diferentes órganos, siendo el Departamento de signos distintivos el que tiene la competencia relativa al reconocimiento y

mantenimiento de la protección registral que se otorga a las marcas, tanto nacionales como internacionales. Por lo tanto, ha de ser este departamento el que dictó la resolución por la que se deniega la inscripción de la marca.

Teniendo en cuenta que la resolución denegatoria de la inscripción no pone fin a la vía administrativa, por no encuadrarse en ninguno de los supuestos que ponen fin a la misma según el art. 114 LPAC, D.<sup>a</sup> Federica deberá interponer el recurso de alzada, regulado en los arts. 121 y 122 LPAC, ante el Director de la OEPM, por ser este el superior jerárquico del Departamento de Signos Distintivos y por tanto el órgano competente para conocer y resolver los recursos que se interpongan contra las resoluciones dictadas en los expedientes de las distintas modalidades de Propiedad Industrial. Ahora bien, este recurso también puede interponerse contra el órgano que dictó el acto que se impugna, esto es, contra el Departamento de signos distintivos, el cual deberá remitirlo al Director para que resuelva.

El recurso de alzada deberá interponerse en el plazo de un mes, a contar desde que fue notificada a D.<sup>a</sup> Federica la resolución que denegaba la inscripción de su marca en el registro, teniendo el Director de la Oficina un plazo de tres meses para resolverlo.

Su interposición exige el pago de la tasa de recurso, que será de 88,09 euros y sólo será devuelta si éste se estima totalmente y se aprecia una indebida aplicación de la normativa por parte de la Oficina Española.

Si transcurrido el plazo de tres meses el Director de la OEPM no ha dictado resolución alguna, podrá entenderse desestimado el recurso de alzada. Conviene señalar que contra la resolución de la alzada no cabrá interponer recurso administrativo, debiendo acudir a la vía judicial, que analizamos en el siguiente apartado.

### **3. Y si desestiman su recurso administrativo: ¿Qué recursos nacionales o comunitarios debe interponer?**

Como acabamos de señalar, el recurso de alzada puede ser desestimado bien mediante resolución expresa, bien mediante el transcurso del plazo de 3 meses sin que recaiga resolución, en cuyo caso estaríamos ante la desestimación por acto presunto, es decir, por silencio administrativo.

En cualquiera de los dos casos, siguiendo lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en lo sucesivo, LJCA o Ley 29/1998), D.<sup>a</sup> Federica podrá interponer recurso contencioso-administrativo:

*“El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente [...] al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.”.*

Ahora bien, si el acto no fuera expreso, no existirá plazo alguno durante el cual es posible recurrir, pues el Tribunal Constitucional declaró nulo el plazo de 6 meses recogido en el artículo 46 en su STC 52/2014, existiendo plazo indefinido para recurrir:

*“Los arts. 42 a 44 LPC fueron modificados por la Ley 4/1999 teniendo a la vista el régimen legal de impugnación de los “actos presuntos” establecido en el art. 46.1 LJCA, precepto que no fue derogado ni modificado con ocasión o como consecuencia de dicha reforma. Por tanto, habida cuenta de que, primero, el inciso segundo del art. 46.1 LJCA que regula el plazo de impugnación del “acto presunto” subsiste inalterado; segundo, que tras la reforma de 1999 de la Ley 30/1992 en los supuestos de silencio negativo ya no existe acto administrativo alguno finalizador del procedimiento (art. 43.2 LPC), ni un acto administrativo denominado “presunto” basado en una ficción legal como se desprendía de la redacción originaria de la Ley 30/1992, y tercero, que la Administración sigue estando obligada a resolver expresamente, sin vinculación al sentido negativo del silencio, el inciso segundo del art. 46.1 LJCA ha dejado de ser aplicable a dicho supuesto. En otras palabras, se puede entender que, a la luz de la reforma de 1999 de la Ley 30/1992, la impugnación jurisdiccional de las desestimaciones por silencio no está sujeta al plazo de caducidad previsto en el art. 46.1 LJCA.”<sup>74</sup>.*

---

<sup>74</sup> Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 52/2014 de 10 de abril. Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Adela Asua Batarrita.

Dejando esto de lado, dicho recurso deberá presentarse ante el Tribunal Superior de Justicia, pues la Oficina Española de Patentes y Marcas forma parte de la Administración General del Estado - como organismo adscrito al Ministerio de Industria, Energía y Turismo - y según el art. 10.1i) LJCA serán estos tribunales los encargados de conocer en única instancia los recursos que se deduzcan en relación las resoluciones dictadas por órganos de la AGE cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Secretario de Estado en materia de propiedades especiales.

En concreto, habrá de interponerlo ante el TSJ de Madrid, por ser donde la OEPM tiene su sede, conforme al art. 14 Primera de la Ley 29/1998, que establece que:

*“Con carácter general, será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado.”.*

En otro orden de cosas, cabe destacar que no es posible interponer un recurso ante la Oficina Europea de la Propiedad Intelectual, puesto que dicha posibilidad sólo está prevista contra las resoluciones emitidas por las diferentes instancias de decisión de la propia EUIPO, ex art. 66 del Reglamento (UE) 2017/1001. Es decir, D.<sup>a</sup> Federica podría haber interpuesto un recurso ante la EUIPO, por ejemplo, si hubiera solicitado ante la misma la inscripción de CastañolaFede como marca europea y se lo hubieran denegado.

**4. Su Padre quiere transmitir la Empresa entre sus hijos: Federica, Marta, Alonso, para ello acude a su Despacho pues quieren elaborar un Protocolo Familiar donde incorporen una cláusula de resolución de controversias escalonada. ¿Qué le puede aconsejar en la creación y redacción del Protocolo Familiar y de la Cláusula escalonada de resolución de controversias?**

Los protocolos familiares encuentran un muy escaso apoyo legal en nuestro ordenamiento jurídico, fruto de su origen anglosajón, encontrándose la principal referencia normativa en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (en lo sucesivo, RD 171/2007).

En el art. 2.1 del citado Real Decreto se recoge un concepto de protocolo familiar:

*“A los efectos de este real decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad.”.*

Estas sociedades no cotizadas en las que todos o varios de los socios tienen vínculos familiares entre sí son las conocidas como empresas familiares. En éstas, al margen del objetivo clásico y fundamental de maximizar el beneficio, existe otra finalidad de mucha relevancia, a saber, mantener los valores familiares que inspiran la empresa.

A este respecto, los protocolos familiares, que no dejan de ser un mecanismo a través del cual la familia establece las normas por las que se regirá la empresa, se erigen en la mejor forma de protegerlos, pues mediante su cumplimiento se busca que dichos valores continúen formando parte de la empresa generación tras generación.

Ahora bien, cabe plantearse cuál es la eficacia jurídica de estos protocolos familiares. En este sentido, el contenido puede subdividirse en contenido metajurídico, el cual tiene mero carácter programático; o jurídico, el cual tiene naturaleza contractual, y por ende es susceptible de crear derechos y obligaciones a los firmantes, eso sí, siempre que no contravenga las normas imperativas del ordenamiento ni el orden público. Es dentro de este último concepto donde se enmarcaría una cláusula de resolución escalonada de conflictos.

Ahora bien, el hecho de que gocen de eficacia contractual implica que vinculan *inter partes*, no siendo oponibles ni a la sociedad ni a terceros ajenos al protocolo familiar. En esta línea, el artículo 29 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital dispone que *“Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad”*, lo cual se aplica con independencia de que el protocolo sea inscrito en el Registro Mercantil.

Por otro lado, a la hora de elaborar un protocolo familiar es necesario tener en cuenta que su contenido debe estar coordinado con el respectivo de los estatutos sociales, pues los mismos se aplican con carácter preferente respecto de los posibles protocolos familiares. Esto supone que las normas contenidas en el protocolo familiar deberán ser compatibles con las recogidas en los estatutos, o lo que es lo mismo, podrán ser idénticas a las del estatuto, remitirse al mismo, o tener un contenido que, aun no siendo idéntico, no contravenga el estatuto.

En relación con ello, y puesto que derivan del principio de autonomía de la voluntad, pueden tener un contenido muy heterogéneo. No obstante, muchos protocolos familiares comparten una estructura similar. En este sentido, a continuación, procederemos a reseñar algunas cuestiones fundamentales que suelen establecerse en la mayoría de protocolos familiares, incluyendo algún ejemplo de la forma en que las mismas pueden quedar reguladas, aunque en todo caso depende de las particularidades de la familia y de la empresa<sup>75</sup>:

- Valores: es habitual que muchos protocolos comiencen por establecer los valores inspiradores del mismo, lo cual implica exigir a los miembros de la familia el compromiso de cumplir con ellos en sus actuaciones. Algunos de los valores que aparecen con más frecuencia son los de profesionalidad, honestidad, responsabilidad, garantizar el sustento de los miembros de la familia, etc.
- Estructura de propiedad de la empresa: en este apartado se suelen recoger cuestiones relacionadas con la Junta General de Accionistas, tales como las personas que pueden asistir (por ejemplo, a mayores de los socios de 1ª y 2ª generación, que asistan los cónyuges de estos), las mayorías necesarias para la toma de decisiones o el alcance del derecho de información.

En este punto suele incluirse una referencia a los dividendos de la empresa, pudiéndose establecer un dividendo mínimo, así como los principios que deben inspirar su reparto, por ejemplo, permitir la viabilidad a largo plazo de la empresa.

---

<sup>75</sup> Datos obtenidos del análisis y contraste de diferentes protocolos familiares elaborados para empresas familiares de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

- Régimen de transmisión de participaciones: esta cuestión tiene una importancia capital en todos los protocolos familiares, ya que la sucesión empresarial – ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, es una de las mayores fuentes de conflicto en una empresa familiar.

A estos efectos, suele recomendarse establecer un mecanismo de protección de la entrada de socios ajenos a la familia no deseados por las distintas ramas familiares, por ejemplo, reconociéndose la libre transmisión de participaciones entre ascendientes y descendientes, pero, fuera de ese caso, estableciéndose un derecho de adquisición preferente para los miembros de la misma rama familiar, la propia sociedad o los miembros de otra rama.

- Consejo de administración: aquí se regulan aspectos relacionados con su composición, retribución de consejeros, etc. Suele recomendarse que esté compuesto por miembros que representen a cada una de las ramas, así como por un profesional independiente que ejerza funciones de asesor.
- Cuestiones instrumentales: en este punto se regulan cuestiones de lo más variado. Por ejemplo, se establece la duración del protocolo, y pueden recogerse cláusulas por las que se obligue a los miembros de las siguientes generaciones familiares a casarse en separación de bienes.

Un aspecto esencial en este punto son las cláusulas que regulan las fórmulas para resolver los conflictos que surjan en el seno de la empresa, entre las que se encuadran las cláusulas escalonadas de resolución de controversias, y que comentamos ahora con más detenimiento.

De este modo, es posible incluir una cláusula de resolución escalonada de conflictos que vincule y despliegue sus efectos sobre Federica, Marta, Alonso y su padre.

En este sentido, lo más recomendable es que el primer escalón esté constituido por el compromiso de acudir a mediación, ya que permite intentar una solución autocompositiva del conflicto, esto es, que sea solucionado por los propios miembros de la familia con la ayuda del mediador. No obstante, no debe olvidarse que la mediación está regida por el principio de voluntariedad y libre disposición, por lo que, aunque exista este pacto de sometimiento, tan sólo será obligatorio intentarla, ex

artículo 6.2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles:

*“Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.”.*

En un segundo escalón podrían plantearse dos opciones: bien acudir a la jurisdicción ordinaria, bien acudir a arbitraje. En ambos casos, la controversia será resuelta por un tercero, cuya decisión será vinculante para las partes en conflicto – de hecho, el laudo tiene efectos de cosa juzgada de igual modo que una sentencia judicial. Sin embargo, la vía del arbitraje puede presentar mayores ventajas frente a la judicial, debido a que el procedimiento arbitral es más ágil que el procedimiento judicial, no se requieren tantas formalidades como en este último, es más económico; y además es confidencial, al contrario que los procedimientos judiciales, que son públicos, de forma que se garantiza en mayor medida que el conflicto quede en el seno de la familia.

A mayores, podríamos aconsejarles establecer cláusulas penales para el caso de que se diera un posible incumplimiento a la hora de acudir a los medios de resolución de conflictos que hayan decidido establecer, toda vez que, aunque es posible acudir a la vía judicial a reclamar una indemnización de daños y perjuicios (pues recordemos que el contenido jurídico tiene carácter contractual), estos resultan muy difíciles de cuantificar, y a través de la cláusula penal podría favorecerse el cumplimiento de las medidas previstas en el protocolo familiar.

Otra posibilidad para reforzar el buen fin del protocolo familiar en toda su extensión, sería la de incorporar dentro del contenido de los estatutos sociales cláusulas de prestación accesoria para los socios consistentes en observar y estar a lo dispuesto en dicho protocolo, de manera que estuviera recogido en un documento de alcance societario, cuya inobservancia podría llegar a derivar en la exclusión del socio incumplidor.

Para terminar, no debemos dejar de recordar que según el art. 3 RD 171/2007, el órgano de administración podrá publicar en la página web de la sociedad y/o en el Registro Mercantil el protocolo familiar, al efecto de otorgarle una mayor publicidad, que, si bien no implicará que sea oponible frente a la sociedad o frente a terceros, por no quedar amparada por los principios registrales, sí incentivará una mayor confianza por parte de terceros que mantengan relaciones con la sociedad.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. BIBLIOGRAFÍA

Barona Vilar, S.: Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Berrocal Lanzarot, A. I. Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, enero 2007.

Bote García, M<sup>a</sup> T. Protección de la propiedad industrial e intelectual. Apuntes de Práctica Procesal Mercantil y Comunitaria. Madrid, Ediciones CEF, 2019.

Crespo Lorenzo, E. Gestación subrogada: enfoque legal y estado actual en España. Madrid: Noticias Jurídicas, 2019. Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/13944-gestacion-subrogada:-enfoque-legal-y-estado-actual-en-espana/>

De la Asunción Rodríguez, M. T. Daños y perjuicios. Enciclopedia Jurídica. Las Rozas (Madrid), LA LEY (Grupo Wolters Kluwer), 2009.

Díez-Picazo, L., Gullón Ballesteros, A. Sistema de Derecho Civil. 9<sup>a</sup> ed. Madrid: Tecnos, 2005. Vol. II.

Domínguez Martínez, M.<sup>a</sup> P. "Fundamento de la prescripción de la acción de responsabilidad civil y la inseguridad en la determinación del día inicial del cómputo". *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 16, 2016.

Escudero Herrera, C. La mediación en el ordenamiento jurídico español. Apuntes de Conciliación, Mediación y Arbitraje. Madrid, Ediciones CEF, 2019.

Fernández León, O. (2020). Formas de ejercicio y asociación. En Fundación Mutualidad Abogacía (Coord.), La organización profesional básica del abogado, pp. 8-24. Madrid, Fundación Mutualidad Abogacía.

Llorens Espada, J. El daño como fenómeno jurídicamente calificable. Barcelona: vLex, 2016. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/682054889>

- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2016). Acciones de filiación. Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. En C. Martínez de Aguirre Aldaz (Coord.), *Curso de Derecho Civil, Volumen IV* (pp. 187-222). Madrid: Edisofer.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2016). El parentesco. La obligación legal de alimentos. En C. Martínez de Aguirre Aldaz (Coord.), *Curso de Derecho Civil, Volumen IV* (pp. 37-52). Madrid: Edisofer.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2016). Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio. En C. Martínez de Aguirre Aldaz (Coord.), *Curso de Derecho Civil, Volumen IV* (pp. 187-222). Madrid: Edisofer.
- Martínez García, M.<sup>a</sup> L., Bote García, M.<sup>a</sup> T. Sociedades Mercantiles (I). Caracteres Generales. La colaboración entre profesionales y empresas: una revisión de las figuras específicas. Apuntes de Práctica Procesal Mercantil y Comunitaria. Madrid, Ediciones CEF, 2019.
- Méndez Tojo, R. "Límites temporales a la pensión compensatoria: análisis jurisprudencial". *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre 2019. Madrid, LA LEY (Grupo Wolters Kluwer).
- Monterroso Casado, E. Gestión y resolución de conflictos a través de alternativas extrajudiciales. Apuntes de Conciliación, Mediación y Arbitraje. Madrid, Ediciones CEF, 2019.
- Monterroso Casado, E. Responsabilidad civil y seguro. Apuntes de Práctica Procesal Civil. Madrid, Ediciones CEF, 2019.
- Toda & Nel-lo abogados (28 de junio de 2021). ¿Presentación telemática de demandas en días inhábiles? Disponible en: <https://www.todanelo.com/es/actualidad-juridica/presentacion-telematica-de-demandas-en-dias-inhabiles>
- Villarreal Suárez de Cepeda, P., Monterroso Casado, E. Deontología y normativa profesional. Régimen jurídico del abogado. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2019.

## **2. NORMATIVA**

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Boletín Oficial del Estado, 31 de diciembre de 1990, núm. 313, pp. 38897 a 38904.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Boletín oficial del Estado, 30 de marzo de 2007, núm. 96, pp. 20648 a 20659.

Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea L 154, 16 de junio de 2017, pp. 1-99.

Directiva (CEE) 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 77, 16 de febrero de 1998, pp. 36-43.

Directiva (UE) 2006/100/CE del Consejo de 20 de noviembre de 2006 por la que se adaptan determinadas directivas en el ámbito de la libre circulación de personas, con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumanía. Diario Oficial de la Unión Europea L 363, 20 de diciembre de 2006, pp. 141-237.

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1988, núm. 282, pp. 33373 a 33378.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Boletín oficial del Estado, 14 de julio de 1998, núm. 167, pp. 23516 a 23551.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín oficial del Estado, 8 de enero de 2000, núm. 7, pp. 575 a 728.

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. Boletín oficial del Estado, 8 de diciembre de 2001, núm. 294, pp. 45579 a 45603.

Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Boletín Oficial del Estado, 22 de noviembre de 2003, núm. 280, pp. 41458 a 41463.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Boletín Oficial del Estado, 26 de diciembre de 2003, núm. 309, pp. 46097 a 46109.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Boletín Oficial del Estado, 27 de mayo de 2006, núm. 126, pp. 19947 a 19956.

Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales. Boletín Oficial del Estado, 16 de marzo de 2007, núm. 65, pp. 11246 a 11251.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 2007, núm. 161, pp.58472 a 58594.

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Boletín oficial del Estado, 7 de julio de 2012, núm. 162, pp. 49224 a 49242.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín oficial del Estado, 2 de octubre de 2015, núm. 236, pp. 89343 a 89410.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín oficial del Estado, 3 de junio de 2021, núm. 132, pp. 67.789 a 67.856.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil [Internet]. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Real Decreto 1270/1997, de 24 de julio, por el que se regula la Oficina Española de Patentes y Marcas. Boletín Oficial del Estado, 30 de agosto de 1997, núm. 208, pp. 26024 a 26028.

Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. Boletín Oficial del Estado, 24 de marzo de 2021, núm. 71, pp. 33597 a 33649.

Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre, por el que se procede a la conversión a euros de las cuantías establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 27 de diciembre de 2001, núm. 310, pp. 49708 a 49709.

Real Decreto 687/2002, de 12 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas. Boletín Oficial del Estado, 13 de julio de 2002, núm. 167, pp. 25653 a 25671.

Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. Boletín Oficial del Estado, 18 de noviembre de 2006, núm 276, pp. 40550 a 40556.

Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. Boletín Oficial del Estado, 16 de marzo de 2007, núm. 65, pp. 11254 a 11257.

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. Boletín Oficial del Estado, 10 de julio de 2001, núm 164, pp. 24913 a 24932.

Reglamento y Estatutos del Centro Español de Mediación. Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España. 18 de junio de 2020.

Estatutos del Centro de Resolución de Conflictos MedialCAM. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. 11 de octubre de 2016.

### **3. JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS**

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 116/1999, de 17 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo García Manzano.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 52/2014 de fecha 10 de abril.  
Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Adela Asua Batarrita.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 17/2021 de 15 de febrero. Ponente:  
Excma. Sra. D.<sup>a</sup> María Luisa Balaguer Callejón.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 405/1999, de 8 de mayo.  
Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 764/2001, de 9 de julio. Ponente:  
Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 457/2003, de 16 de mayo.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 414/2004, de 27 de mayo.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 43/2005, de 10 de febrero.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 495/2006, de 23 de mayo.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 859/2006, de 11 de septiembre.  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 429/2007, de 17 de abril.  
Ponente. Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1129/2007, de 31 de octubre.  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1032/2008, de 30 de octubre.  
Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 1135/2008, de 22 de diciembre.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 6/2009, de 12 de enero. Ponente:  
Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 355/2009, de 27 de mayo.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 864/2009, de 19 de enero de  
2010. Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 340/2010, de 24 de mayo.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 713/2010, de 15 de noviembre.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 236/2011, de 14 de abril.  
Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 402/2011, de 14 de junio.  
Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 451/2011, de 21 de junio.  
Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 896/2011, de 12 de diciembre.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 134/2012, de 29 de febrero.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 325/2012, de 30 de mayo.  
Ponente: Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 10/2013, de 21 de enero.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 528/2013, de 4 de septiembre.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 162/2014, de 26 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 372/2014, de 7 de julio. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 430/2015, de 17 de julio. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 345/2016, de 24 de mayo. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 31/2017, de 19 de enero. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 538/2017, de 2 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 545/2017, de 6 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 153/2018, de 15 de marzo. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 183/2018, de 4 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 32/2019, de 17 de enero. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 74/2019, de 5 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 326/2019, de 6 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 86/2020, de 6 de febrero.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 326/2020, de 22 de junio.  
Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 644/2020, de 30 de noviembre.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Audiencia Provincial de Alicante (Sección 7ª). Sentencia núm. 254/2003, de 19 de mayo.  
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Teófilo Jiménez Morago.

Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª). Sentencia núm. 314/2007, de 22 de junio.  
Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas.

Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª). Sentencia núm. 287/2020, de 20 de noviembre.  
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Auto núm. 511/2020, de 12 de diciembre.  
Ponente: Ilma. Sra. D.ª María José Pérez Tormo.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª). Sentencia núm. 43/2021, de 8 de febrero.  
Ponente: Ilma. Sra. D.ª Luisa María Hernán-Pérez Merino

Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6ª). Auto núm. 49/2021, de 24 de febrero.  
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Lara Romero.

Audiencia Provincial de Las Islas Baleares (Sección 4ª). Sentencia núm. 207/2021, de 27 de abril.  
Ponente: Ilmo. Sr. D. Álvaro Latorre López.

Dirección General de los Registros y del Notariado. Instrucción de 5 de octubre de 2010. Boletín Oficial del Estado, 7 de octubre de 2010, núm. 243, pp. 84803 a 84805.

Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 18 de febrero de 2009.

Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 3 de noviembre de 2017.

#### 4. PÁGINAS WEB

Aprobado el informe a la Ley de medidas de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia por el CGPJ (23 de julio de 2021). El Derecho – Lefebvre. Disponible en: <https://elderecho.com/aprobado-el-informe-a-la-ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-servicio-publico-de-justicia-por-el-cgpj>

Boletín Oficial de la Propiedad Industrial (2021). Disponible en: <https://sede.oepm.gob.es/bopiweb/descargaPublicaciones/formBusqueda.action>

Cámara de Comercio, Industria, Navegación y Servicios de España (2021). Centro Español de Mediación. Disponible en: <https://www.camara.es/arbitraje-y-mediacion/servicio-de-mediacion-de-las-camaras-de-comercio>

Cigna (16 de junio de 2021). Transferencia intratubárica de gametos y de cigotos (GIFT y ZIFT) para la esterilidad. Disponible en: <https://www.cigna.com/es-us/individuals-families/health-wellness/hw/temas-de-salud/transferencia-intratubrica-de-gametos-y-de-hw202763>

Guías jurídicas. (Sin fecha). Responsabilidad contractual. Madrid: Wolters Kluwer. Disponible en: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTcwNDtbLUouLM\\_DxblwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAZ3N9\\_jUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTcwNDtbLUouLM_DxblwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAZ3N9_jUAAAA=WKE)

Guías jurídicas. (Sin fecha). Responsabilidad por el hecho ajeno. Madrid: Wolters Kluwer. Disponible en: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTA3NjtbLUouLM\\_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoANco0aTUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTA3NjtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoANco0aTUAAAA=WKE)

Iberley – Colex (2016). Responsabilidad contractual y extracontractual. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/responsabilidad-contractual-extracontractual-60139>

Iberley – Colex (2021). La responsabilidad civil. Disponible en:  
<https://www.iberley.es/temas/responsabilidad-civil-60138>

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (2021). MedialCAM. Disponible en:  
[https://mediacion.icam.es/web3/cache/P\\_MED\\_medialCAM.html](https://mediacion.icam.es/web3/cache/P_MED_medialCAM.html)

Instituto de Estudios Cajasol (2021). Procedimiento para la creación de una sociedad limitada. Disponible en: <https://institutocajasol.com/como-crear-una-sociedad-limitada/>

Los pasos gigantes que ha dado la fertilización in vitro desde el primer bebé probeta (25 de julio de 2015). BBC News. Disponible en:  
[https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/07/150724\\_ciencia\\_finde\\_fertilizacion\\_in\\_vitro\\_avances\\_wbm](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/07/150724_ciencia_finde_fertilizacion_in_vitro_avances_wbm)

Oficina Española de Patentes y Marcas (2021). Objetivos y funciones. Disponible en:  
[https://www.oepm.es/es/sobre\\_oepm/quienes\\_somos/objetivos\\_funciones/index.html](https://www.oepm.es/es/sobre_oepm/quienes_somos/objetivos_funciones/index.html)

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2020). ¿Qué es la propiedad intelectual? Disponible en:  
<https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=4528>

Presidencia del Gobierno (2020). Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Disponible en:  
<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/151220-justicia.aspx>

Protocolos familiares elaborados para empresas familiares de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Registro de la Propiedad Intelectual (2021). Propiedad intelectual. Disponible en:  
<https://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/areas/propiedadintelectual/mc/rpi/que-es/fines-rpi.html>