

Revista de Jurisprudencia es una publicación en formato digital, quincenal, que apuesta por la innovación y evolución tecnológica. Cada número incluye dos Tribunas de actualidad con las firmas más destacadas, un Foro Abierto coordinado por relevantes miembros de la carrera judicial y una Respuesta de los Tribunales, además de Reseñas de Jurisprudencia, de Doctrina Administrativa y Novedades Legislativas. Todo ello con la posibilidad de acceder a los documentos de la base de datos de El Derecho, citados en los textos mencionados.

Sumario

TRIBUNA	2
La gestación por sustitución	2
El recurso contencioso-administrativo per saltum en materia tributaria	16
FORO ABIERTO	20
Efectos del despido nulo en la relación laboral especial de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar	20
RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES	27
La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena prisión y el pronóstico de peligrosidad criminal	27
RESEÑA DE JURISPRUDENCIA	30
Presunción de ganancialidad del dinero aportado al plan de pensiones privativo de uno de los cónyuges	30
Concesión de préstamo participativo a empresa en concurso considerada prevaricación y malversación	31
Aplicación de reducción de jornada a funcionario público con hijo afectado de cáncer	34
Descartada la nulidad del despido sin causa acordado durante la pandemia	36
Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en litigio sin especial complejidad	38
Regla empresarial de neutralidad indumentaria no constitutiva de discriminación directa	40
NORMATIVA MÁS RELEVANTE DEL PERIODO (28/10/2022 A 11/11/2022)	42
DOCTRINA ADMINISTRATIVA	43
Aplicación a las empresas comercializadoras de gas natural del IVA reducido en la refacturación a clientes	43

La gestación por sustitución

Por: D. Antonio Aznar Domingo

Doctor en Derecho. PhD City University Los Ángeles (California, USA). Abogado

Por: Dña. Nuria Ayala Plasencia

Graduada en Derecho, Universidad de La Laguna (España)

RESUMEN

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción, que se lleva a cabo mediante un contrato oneroso o gratuito, a través del cual, una mujer gestará a un bebé con el fin de entregarlo a una pareja (homosexual o heterosexual) o a personas solteras, para cumplir sus deseos de ser padres y/o madres. En la mayoría de los casos, para conseguir tal fin hay una contraprestación entre las partes, y por supuesto, tras el alumbramiento, la madre gestante, deberá renunciar a sus deberes y derechos propios de la maternidad. Esta técnica en España es nula de pleno derecho y por ello, todas las personas que desean formar una familia terminan acudiendo a un país extranjero para cumplirlo. Al realizar esta técnica, fomentan lo que se llama el "turismo reproductivo", una práctica comercial totalmente lucrativa y desequilibrada entre las partes, pues tenemos unas partes con un gran poder adquisitivo, frente a mujeres, que en su mayoría están en una situación socioeconómica bastante vulnerable respecto a la otra parte. Tras realizar esta práctica, vuelven a España con la intención de inscribir la filiación a su favor, encontrándose con la negativa del Ministerio Fiscal y del Tribunal Supremo, hecho el cual, terminan lesionando el "interés superior del menor", poniendo a nuestro ordenamiento jurídico en una "encrucijada" en la que tendrá que decidir si velar por el respeto de nuestras normas, o proteger al menor de cualquier indefensión que incluso nuestro ordenamiento jurídico, le pudiera causar.

Palabras clave: gestación, contrato, madre gestante, maternidad, "turismo reproductivo", filiación, interés superior del menor.

ABSTRACT

Surrogacy is a reproduction practice, which is carried out by means of an onerous or free contract, through which a woman consents to gestate a baby in order to deliver it to a couple (homosexual or heterosexual) or someone who is single, to fulfill their wishes to become fathers and/or mothers. In most cases, to achieve this purpose there is a consideration between the parties, and of course, after the birth, the surrogate mother must renounce her duties and rights of motherhood. In Spain, this practice is null and void and therefore, all people who want to start a family decide to move to another country where such practice is legal. By carrying out this practice, they promote what is called "reproductive tourism", a totally lucrative and unbalanced commercial practice, since we have some parties with great purchasing power, compared to women, who are mostly in a quite vulnerable socioeconomic situation regarding the other party. After carrying out this practice, they return to Spain with the intention of registering the filiation in their favor, encountering the refusal of the Public Prosecutor's Office and the Supreme Court, a fact which ends up harming the "best interest of the minor", putting our legal system at a "crossroads" in which you will have to decide whether to ensure respect for our rules, or protect the minor from any defenselessness that even our legal system could cause.

Key Words: surrogacy, contract, surrogate mother, motherhood, reproductive tourism, filiation, interest of the minor.

I. Introducción

La gestación por sustitución, también denominada maternidad portadora, suplente, sustituta o de encargo [1], es una forma de reproducción humana. Se lleva a cabo por un contrato jurídico a través del cual una mujer (la madre gestante), mediando una cierta contraprestación económica, se someterá a ser el "vientre de alquiler" para gestar a un bebé, y después del parto entregarlo a unos padres que podrán ser, o no, los padres biológicos [2], cediendo los derechos filiales [3], pues como veremos la madre gestante renunciará a su maternidad deducida desde el alumbramiento. En definitiva, a la mujer gestante se le implantará un embrión (a no ser que se fecunde su propio óvulo) para que lo geste y dé a luz finalmente al bebé. Posteriormente será otra mujer, otro hombre, una pareja matrimonial, de hecho, heterosexual u homosexual [4], los reconocidos a nivel jurídico y social, como padres de ese bebé.

Podemos deducir, varios sujetos implicados. Primeramente, nos encontramos con la madre gestante, esta mujer será la que geste al embrión en su cuerpo, y la que entregará el bebé a los padres comitentes, siendo imprescindible, que renuncie a los derechos y deberes propios de la maternidad. La gestación puede darse de dos maneras: bien porque se implanta en ella un embrión obtenido mediante la unión de gametos de donantes o de los propios padres comitentes, o bien, porque es su propio óvulo el fecundado con material genético del padre comitente o de un donante ajeno [5].

De ello obtenemos la segunda figura, los padres comitentes. Serán los que aparte de aportar, o no, el material biológico para la gestación, aporten la retribución económica. Estos serán los padres jurídicos una vez se haya producido el parto y después de la renuncia de los derechos de la madre gestante para cualquier tipo de reclamación de maternidad sobre el menor. Luego tenemos a los intermediarios, normalmente son agencias que se encargan de tramitar todo el contrato, buscan a la madre gestante, la contactan con los padres comitente, realizan el contrato, se encargan a su vez de los trámites médicos y económico. Se llevan buena parte de la remuneración. Y, por último, tenemos a los donantes del material genético [6], aunque no en todos los casos están presentes, pues dependerá de si los padres comitentes aportan o no el material biológico.

Puede ser de manera altruista, siendo así un contrato gratuito, por el que una mujer, probablemente con vínculos como parentescos o amistad, decida someterse a una gestación de esta índole, recibiendo algún tipo de compensación económica [7] en vez de una contraprestación. Por el contrario, en los contratos onerosos, sí se van a fijar unos precios por la prestación del servicio. Tal y como menciona la SAP Valencia 23 noviembre 2011 -EDJ 2011/280304-: "consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden apostar o no sus gametos" [8].

Muchas personas recurren a esta técnica por diversos motivos, algunos de ellos son: las mujeres que por alguna enfermedad han perdido el útero, o aquellas parejas que son estériles, otras porque forma una pareja homosexual, por el nivel de tardío que supone la adopción, por motivos de estética (pues hay mujeres que no quieren padecer los riesgos que supone el embarazo o las consecuencias físicas de éste). E inclusive para aquellos hombres sin pareja que quieren formar una familia [9]. Pueden darse varias modalidades:

- La pareja que contrata aporta el óvulo y el espermatozoide, recibiendo así la madre gestante el embrión para que lo gesté en su útero y posteriormente dé a luz. A esta modalidad se le denomina, sustitución estacional, pues los gametos femeninos y masculinos, dando posteriormente lugar al embrión, son introducidos en el útero de la madre gestante [10].
- Si fuese una mujer sola la que lleva a cabo el contrato, puede aportar su óvulo fecundado por una persona ajena.
- Otro caso es la aportación del material biológico por parte de la madre gestante, siendo su óvulo fecundado por el padre comitente o por un tercero (el donante que explicamos anteriormente). Por lo tanto, en este caso tenemos a la madre gestante que además será la madre genética. A esta modalidad, en la que la madre gestante aporta, así como su óvulo para la fecundación, su útero para la gestación, y los gametos masculinos son aportados por el padre comitente, se le denomina, gestación tradicional o genética [11].
- Que el material genético sea donado en su totalidad por personas ajenas (los donantes), siendo la madre gestante la que simplemente preste su útero para la gestación. Tendremos aquí, unos padres genéticos, una madre gestante y los padres y/o madres legales [12].

Por lo tanto, se puede observar como la figura materna se trifurca en varios caminos, por un lado, la madre genética (la que aporta el material biológico), por otro lado, la madre gestante (la que gesta) y, por último, la madre jurídica o legal (a la que se le atribuye la función jurídico-social de madre) [13]. Ello acarrea un gran problema a nivel jurídico en nuestro país, especialmente en cuanto a la maternidad, pues *"mater semper certa est"*, es decir, la madre siempre es cierta, y ello es así porque la maternidad se determina por el parto. De la misma manera, la paternidad acarrearán ciertas controversias jurídicas, según la implicación del material genético en esta técnica de reproducción, pero todo ello será materia de investigación en los epígrafes posteriores.

La doctrina no considera que, deba tratarse de la misma manera la donación de óvulos o de espermatozoides y la gestación por sustitución, puesto que la gestación por sustitución es algo palpable, visible, porque no es algo completamente anónimo como la donación de material genético [14], que además es sin ánimo de lucro. Pues, aunque exista algún tipo de contraprestación, el material genético no se va a alquilar, ni comprar, ni vender, directamente se donan y ello no se puede asemejar, a lo que supone la práctica de la maternidad subrogada, ya que, aunque sea de manera altruista (siempre se termina pagando un cierto dinero por las circunstancias que puedan derivarse, como por ejemplo que la madre gestante deje de trabajar un período de tiempo para guardar reposo) hay una contraprestación económica. El útero no se va a donar, se va a "alquilar", y es por ello por lo que buena parte de la doctrina considera que se vulnera la dignidad de la mujer gestante, pues se va a comercializar e instrumentalizar su cuerpo, su útero y dependiendo de qué casos su salud, al igual que se atentaría contra la dignidad del bebé, tratándolo como un objeto, deseo de los padres comitentes [15].

Con todo lo que conlleva este tipo de técnica de reproducción, hay mucha controversia por motivos éticos, sociales, científicos, religiosos y jurídicos, que veremos a lo largo de este trabajo.

II. La problemática de la inscripción de los niños y niñas nacidos mediante esta técnica en España

La forma de gestión de esta técnica de reproducción es muy diferente según el lugar en el que nos encontremos. Algunos países sí que la admiten de lleno, otros solo la admiten en caso de que se realice de forma altruista, y en países como España esta técnica es totalmente nula de pleno derecho, pues contradice las normas jurídicas internas y plantea grandes conflictos morales, éticos y sociales [16]. Esta prohibición expresa lleva a que las familias españolas acudan a lugares (como por ejemplo Ucrania, México, India, etc.) en los que sí es legal para cumplir con sus deseos de ser padres, fomentando el "turismo reproductivo".

Vamos a partir de la base de que este negocio jurídico, como muchísimos otros, se lleva a cabo mediante la realización de un contrato. Como sabemos, un contrato es un acuerdo voluntario entre al menos dos partes, que genera obligaciones entre ambas partes, lo podemos observar en el art.1089 CC -EDL 1889/1- [17]. La base de los contratos es entre otras cosas, la libertad plena de las partes en obligarse, propio del principio de la autonomía de la voluntad. Debemos analizar los requisitos recogidos en el art.1261 CC, que serán: el consentimiento (el cual no debe ser viciado ni por error, violencia, intimidación o dolo), el objeto (las obligaciones que aceptan las partes contraer) y la causa. En concreto, en los contratos de gestación por sustitución, y en España, se tambalea el segundo de los requisitos, el objeto, pues este debe ser posible, determinado, lícito, que no sea contrario a la moral ni al orden público, y que no sea considerado como una *"res extra commercium"* conforme el art.1271, que hace referencia a los bienes que no pueden ser objeto de un contrato por hallarse fuera del comercio de los hombres. Este precepto engloba, por ejemplo, los órganos humanos, y lo que nos atañe, las personas. Por lo tanto, según el Código Civil, no se pueden llevar a cabo contratos en los que el objeto del mismo sea una persona, no se puede comercializar con seres humanos. El contrato de gestación por sustitución, es nulo por vulnerar principios tan básicos como la ilicitud de la causa, reconocida en el art.1275 CC, por carecer de objeto, art.1261.2, y por vulnerar el principio de indisponibilidad del cuerpo humano propio del art.10.1 CE -EDL 1978/3879- [18], produciendo todo ello, una nulidad de pleno derecho, absoluta, erga omnes y definitiva, pues vulnera por completo lo reconocido en el art.1255, va en contra de las leyes, la moral y el orden público [19].

De la misma manera tenemos la prohibición expresa del art.10.1 L 14/2006, de 26 mayo -EDL 2006/58980-, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que establece: *"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"* [20].

Todo ello debemos ponerlo de manifiesto conforme a la indisponibilidad de las normas sobre filiación y estado civil, las cuales como sabemos son imperativas y de ius cogens, siendo inalcanzables a la voluntad de las partes. Por lo que, un contrato de gestación por sustitución atenta dichas normas, tiene como finalidad modificarlas, en concreto las que versan sobre las relaciones paternofiliales y maternofiliales, ya que como hemos visto, las figuras de la filiación se ven claramente diferenciadas entre varias personas, originando a su vez, entre otros casos, la renuncia por parte de la madre gestante (que es la reconocida por nuestra legislación como madre porque la madre es cierta por el parto, pues el alumbramiento es el hecho al que se atiende para constituir a la madre gestante como madre biológica conforme al art.10.2 LTRHA -EDL 2006/58980- aunque sus óvulos no sean los suyos). Debido a todo ello, conforme a nuestras normas, la madre biológica no tendría ni que entregar al bebé después del parto, ni renunciar a su maternidad, pudiendo inclusive reclamar su maternidad en el caso de haberlo entregado, ni indemnizar a los padres comitentes, ocurriendo también a la inversa, pues de no ser lícito este tipo de contrato, los padres comitentes pueden renunciar del contrato, y no cumplir con el pago previsto, quedando la madre gestante en una situación de indefensión, y a no ser que sea un caso altruista, cuando una mujer se presta a esto, en muchas ocasiones se encuentra ante una situación de exclusión social o de pobreza [21].

A nivel internacional conocemos de dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que van a tener una gran repercusión en nuestro país. La primera sobre el caso *Mennesson c. Francia* (demanda 65192/11) -EDJ 2014/95656- y en el caso *Labassee c. Francia* (demanda 65941/11) -EDJ 2014/95681- [22], unos padres que acudieron a la gestación por sustitución en Estados Unidos, y luego las autoridades francesas negaron la inscripción, porque de la misma manera que ocurre en España, incumplían con el ordenamiento interno. En este caso se usaron gametos masculinos de los padres comitentes, y una donación de óvulos para la fecundación. Las niñas fueron registradas como hijas de los comitentes, por parte de las autoridades extranjeras, pero cuando quisieron realizar la inscripción del nacimiento en su país de origen, se encontraron con la negativa por parte del registro civil francés pues se vulneraba el art.16 del Código Civil francés, por ir en contra del orden público. Ante esto, como veremos a continuación el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), se pronunció alegando el art.8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos -EDL 1979/3822- [23], y el interés superior del niño del art.3 del Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño -EDL 1989/16179-, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 [24].

La segunda sentencia es el caso, *Paradiso y Campanelli contra Italia* -EDJ 2015/2586-, un matrimonio italiano acude a esta técnica en Rusia y también se encuentran con una serie de negativas a la hora de inscribir al niño en el país de origen de los padres comitentes, a pesar del consentimiento formal de la madre sustituta reconociendo al matrimonio como padre y madre del niño y del registro como tal en la Oficina de Registro de Moscú. Las autoridades italianas incoaron consecuencias penales para el matrimonio. Además, después de realizar unas pruebas de ADN y comprobar que no existía entre los padres y el niño un vínculo de sangre, pusieron al niño bajo la tutela

de los servicios sociales del país y lo entregaron a una familia de acogida, después de haber estado con este matrimonio seis meses, y finalmente fue adoptado por otra familia.

Ante esta situación, el TEDH (en fecha 26 de junio de 2014), alega que se está vulnerando el art.8 CEDH [25], pues alegaban que, al no atribuirse la filiación a esos menores, se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar que recoge el precepto, además negando esa inscripción, y encima en el último caso apartando al niño de sus padres, con los que ya había convivido, dejan a los menores en una situación de incertidumbre jurídica. A pesar de que el TEDH da "carta blanca" a los diferentes Estados para regularizar la materia (prohibirlo expresamente, prohibirlo con una serie de particularidades o regularlo y admitir esta técnica), se debe priorizar el interés superior del menor por encima de la prohibición de la gestación por sustitución, pues se trata de aspectos relativos a la existencia o identidad del individuo [26], así como las relaciones paternofiliales y maternofiliales. En opinión de Flores Rodríguez: "desde una perspectiva jurídica material, al rechazar el establecimiento de un vínculo, doble o simple, de filiación con el padre o los padres de intención, salvo el biológico cuando es posible respecto de uno de ellos, se genera una situación de desamparo, lo que, de facto, origina la desprotección jurídica del menor" [27]. En definitiva, se tiene que dar prioridad al interés superior del menor antes que a las normas del ordenamiento jurídico interno de los diferentes países, si esto supone para el menor una situación de indefensión e incertidumbre jurídica.

Un papel importante en toda esta problemática es el de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (anteriormente DGRN). Una de sus resoluciones más importantes y de gran trascendencia es la Instrucción del 18 de febrero de 2009. En esta resolución admitieron la pretensión de un matrimonio homosexual, que había recurrido a esta técnica de reproducción en California, un Estado de EE.UU. que sí permite la gestación por sustitución. Tras el nacimiento de los menores aportaron un certificado de nacimiento otorgado por las autoridades californianas, en el que constaban la paternidad del matrimonio. La Dirección General, centró su atención en la comprobación de ese documento público autorizado por autoridades extranjeras, pues buscaban una equivalencia a las funciones de las autoridades españolas (conforme a los art.81 a 85 del Registro Civil [28]). La Dirección General considera que el quid de la cuestión está en comprobar que la certificación registral extranjera no produce efectos contrarios al orden público internacional español, considerando que, si la filiación a favor de dos varones o de dos mujeres en caso de adopción está permitirla, no hacerlo en este caso supondría una discriminación. Además, dejar a los menores sin filiación inscrita vulneraría el interés superior del menor. Por lo que la Dirección General considera que en el caso concreto no cabe la aplicación del art.10.1 LTRHA -EDL 2006/58980-, pues el foco de atención no está en determinar una filiación, sino si una filiación ya determinada puede acceder al registro [29], pues dejar si efectos la inscripción en sí misma, supondría una vulneración del art.3 del Convenio de Derechos del Niño -EDL 1989/16179- (garantizando que el niño quede a cargo y bajo los cuidados, de aquellas personas que han accedido a ser sus padres [30]).

Esta resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia el 15 de septiembre de 2010 [31], pues consideraba que los artículos alegados por la Dirección General (recordem-EDL 1989/16179- artículos 81 y 85) no eran del todo precisos si por el contra se ponía de manifiesto lo estipulado en el art.23 LRC -EDL 2011/136363- [32], que estipula: "También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española", por lo que el encargado del Registro debía examinar si esa certificación extranjera, vulnera una ley española como lo es la L 14/2006 -EDL 2006/58980-. La Sentencia señala: "el art.10 establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución con independencia de que medie o no precio, es verdad, tal como argumenta el abogado del estado, que la declaración de nulidad del contrato no lleva aparejada en dicho texto legal sanción administrativa alguna ni la celebración del mismo tiene trascendencia penal pero ello no implica que no tenga trascendencia jurídica alguna, no ya la celebración en sí mismo, sino su resultado, los hijos nacidos por gestación de sustitución, expresamente establece la ley, que su filiación será determinada por el parto, es decir que la filiación del menor así engendrado se otorga por disposición de la ley a la madre que lo ha dado a luz, o que supone que la ley española prohíbe expresamente que la filiación en casos de gestación por sustitución no se inscriba a favor de persona que lo ha parido, en conclusión la legislación española prohíbe la gestación por sustitución y puesto que el encargado del registro civil consular debe conforme al art.23 LRC -EDL 2011/136363- examinar la legalidad conforme a la Ley española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, al estar prohibida en España la gestación por sustitución debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada" [33].

La Sentencia recalca también el interés superior del menor, no de la misma manera en la que lo hace la Dirección General (cuando estipulan que la no inscripción de los niños, dejándolos sin filiación inscrita, vulneraría tal interés), sino alegando, que "el fin no justifica los medios, pues el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia (...) pero la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a este ordenamiento jurídico" [34], considera que tal concordancia debe llevarse a cabo de conformidad con lo que nuestro ordenamiento jurídico aporta.

La sentencia no alega eso por considerar un motivo de peso el que sean una pareja de varones, de hecho, plasman que las consecuencias del contrato de gestación por sustitución serían las mismas en este caso, como en el supuesto de una pareja entre dos mujeres, entre hombre y mujer, o de un hombre y una mujer solos, la consecuencia final es la misma, denegar la inscripción.

La sentencia dejó sin efectos la inscripción, pues consideraba que atentaba contra el principio de jerarquía normativa del art.9.3 CE -EDL 1978/3879-, por intentar aplicar los art.81 y 85 del Reglamento del Registro Civil -EDL 1958/100-, y no el 23 la Ley del Registro Civil -EDL 2011/136363- [35].

Un año después de la Instrucción del 18 de febrero del 2009, la Dirección General vuelve a manifestarse mediante la Instrucción del 5 de octubre del 2010. En esta Instrucción admite la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. De la misma manera que la anterior resolución vuelve a pronunciarse a favor del interés superior del menor: "Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España" [36].

La Dirección General aboga por aprobar este tipo de contratos en aras de proteger el interés superior del menor siempre y cuando también exista una resolución judicial extranjera favorable que permita inscribir a unos de los padres comitentes como padre biológico, permitiendo así la filiación (art.10.3 LTRHA -EDL 2006/58980-), si dicha filiación se determina jurídicamente a un progenitor español. Hay doctrina que está en contra de esta aceptación porque básicamente favorece el "turismo reproductivo" (fin último que intenta evitar precisamente el precepto legal citado en este párrafo, al que acudirán principalmente españoles con un poder adquisitivo notorio para poder hacer frente a los costos de esta técnica), así como el hecho de suponer fraude de ley [37], pues las personas se dirigen a un país extranjero, para llevar una práctica inadmitida en nuestro país, para luego una vez esta ha sido realizada, acogerse a las normas de nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, cuando las personas recurren a estas prácticas se está llevando a cabo una infracción total del principio de jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico, vulnerando el sistema de fuentes consagrado en el art.9.3 CE -EDL 1978/3879-, así como el art.1.2 CC -EDL 1889/1-.

Esta Instrucción también supuso un antes y un después ante la concepción de esta técnica, porque la Dirección General propuso una estructura para este tipo de contrato de gestación por sustitución, que se fundamentaba en una serie de principios [38]:

- Por un lado, capacidad de obrar plena y consentimiento voluntario de las partes intervinientes: la resolución en su apartado 3.d, así como en su exposición de motivos, menciona que debe haber una capacidad jurídica y de obrar por parte de la madre gestante de forma plena, que el consentimiento que se preste debe ser libre, voluntario y que no induzca a error, no puede mediar ni dolo ni violencia. Además, mencionan que se debe verificar en este tipo de contratos que no hay un trasfondo de tráfico de menores [39].
- La Instrucción reconoce la facultad de revocación del consentimiento, siempre que sea conforme a lo dispuesto en el apartado 3.e de la dicha Instrucción: "Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado". [40]
- La Instrucción cumpliendo con el art.7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 -EDL 1989/16179- [41], reconoce la posibilidad a que los niños y niñas nacidos mediante esta técnica reproductiva puedan conocer su origen biológico. La exposición de motivos también es clara en cuanto a lo siguiente: "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" [42].

- Algo clave de esta Instrucción es que establece que será necesario que uno de los progenitores sea de nacionalidad española, para consagrar de tal manera la filiación derivada de la gestación por sustitución, relacionándolo con el art.10.3 LTRHA -EDL 2006/58980-. Así mismo, a ojos de la Instrucción, solo será necesario que la resolución judicial extranjera determine jurídicamente la filiación del nacido, siempre que se realice en países donde la gestación por sustitución está permitida, para así poder determinar la filiación, sin que el material genético sea necesariamente de los padres comitentes [43].

Posteriormente dio lugar la sentencia de la AP Valencia del 23 noviembre 2011 -EDJ 2011/280304-, contra la Instrucción de la Dirección General de 5 de octubre de 2010. Esta sentencia, al igual que la que dictó el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia en el 2010, alega que los art.81 y 85 RRC -EDL 1958/100- no pueden ser invocados para contrariar el principio de jerarquía normativa conforme al art.9.3 CE -EDL 1978/3879- [44]. La sentencia hace hincapié en la L 54/2007, de 28 diciembre de Adopción -EDL 2007/222582-, mencionando su art.23: "En ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España. Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho sustantivo español" [45]. Es especialmente curioso, como esta sentencia considera a la L 14/2006-EDL 2006/58980- una ley policía, ya que la pone en relación con lo manifestado en el art.9.1 Rgto. 593/2008, sobre relaciones contractuales -EDL 2008/96468-, pues este estipula: "Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento". [46]

La SAP Valencia de 2011 -EDJ 2011/280304- coincide de la misma manera con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en que realmente no hay una intención de discriminación en concreto a esos dos varones por el hecho de constituir un matrimonio homosexual, de la misma manera que si fuese un matrimonio de dos mujeres que acudiesen a esta técnica de reproducción. Distinto sería si una de esas mujeres fuese la madre biológica y determinada por el parto, siendo de aplicación el art.7.3 L 14/2006 -EDL 2006/58980-: "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge". Realmente no estamos ante un acto de discriminación, sino ante un supuesto de hecho diferente [47].

También la Sentencia, comenta que el principio del interés superior del menor no puede usarse como un comodín para aprovechar la oportunidad de ir en contra de nuestro ordenamiento, e incumplir con lo establecido en el art.10 LTRHA -EDL 2006/58980-. Pero sí es verdad, que en casos así, dejar a los menores sin esa inscripción puede dejarlos en una situación de indefensión, pues consideran que de acuerdo con el Convenio sobre los Derechos del Niño -EDL 1989/16179-, en su art.3: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño [48]", los convenios que se lleven a cabo preservarán a los menores, pero su satisfacción no puede suponer la intención de infringir nuestra ley [49]. La sentencia menciona, que el interés del menor también se preserva evitando que la vida humana sea objeto de comercio [50].

Posteriormente, se interpone un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, la STS 835/2013, de 6 febrero 2014 -EDJ 2014/7037- [51]. El motivo del recurso tuvo su fundamento en el art.14 CE -EDL 1978/3879-, en cuanto se alegaba una vulneración del principio de igualdad relacionado con la discriminación que ocurría al denegar la filiación por naturaleza a favor del matrimonio, así como el ya mencionado interés superior del menor. Asimismo, alegaban que el reconocimiento de la filiación en este caso no vulnera el orden público internacional español, pues no se pretende validar y ejecutar un contrato de gestación por sustitución en España, sino acceder a inscribir la filiación en el Registro Civil español. El Tribunal Supremo mantuvo siempre la misma postura, pues el contrato de gestación por sustitución es contrario a los intereses del orden público español, incide directamente en la normativa civil en materia de familia, en cuanto a la filiación, como una vulneración a la dignidad de las personas, y el interés del menor visto desde la idea de que no es excusa para realizar una "huida" de nuestra normativa, pues ello conlleva a la mercantilización del menor como un objeto, un encargo, violando la dignidad de la madre gestante y del menor, por lo que el Tribunal Supremo considera imposible disociar el contrato de gestación de la filiación del mismo [52]. Alega que el cauce para el reconocimiento es el art.23 LRC -EDL 2011/136363-, hay una vulneración total sobre el art.10 LTRHA -EDL 2006/58980-, pues la pareja se desplaza a California por no ser esta técnica admitida en España, propiciando un fraude de ley. Por ende, determina conforme al art.10 de la ya mencionada ley, que la filiación materna va a quedar siempre determinada por el parto, aceptando la posibilidad del ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad con respecto al padre biológico (art.10.3 LTRHA). Por supuesto la sentencia también hizo mención al nivel de pobreza en el que se encuentran muchas mujeres que acceden a esta práctica, mercantilizando con su cuerpo para contribuir al deseo de personas con elevados recursos económicos, que las dejan por supuesto en una situación de vulnerabilidad y explotación [53].

El Tribunal Supremo entiende que hay que atender a cuestiones puramente de derechos fundamentales y principios constitucionales, para poner un límite a la hora del reconocimiento de las decisiones extranjeras, recalando de esa manera la dignidad de la mujer gestante y del niño [54]. El Alto Tribunal vuelve a pronunciarse sobre lo relativo a la discriminación por tratarse de un matrimonio homosexual entre dos varones, a lo que responde alegando que la decisión no gira entorno a que el matrimonio sea formado por dos hombres, sino que simplemente, ni más ni menos, ha habido un contrato de gestación por sustitución.

Por último, en cuanto al interés superior del menor, el Tribunal Supremo entiende que éste no puede ser utilizado para contrariar lo que nuestras normas establecen, sino en caso de laguna jurídica, hecho que evidentemente no ocurre con este caso, puesto que hay un artículo plasmado en una ley, que expresamente prohíbe la concepción de este contrato en nuestro país. Incluso menciona que el reconocer la filiación a personas, que han evadido de esa manera nuestras normas, atenta contra la dignidad del menor y fomenta el tráfico mercantil, que tiene por objeto un ser humano. Aunque sí es cierto que el Tribunal reconoce, que denegar el reconocimiento de esa certificación registral de California, supondría una desprotección para esos menores, por lo que tienen en cuenta ciertas consideraciones. Por un lado, se pone de manifiesto el art.7.1 de la Convención de Derechos del Niño -EDL 1989/16179- [55], así como, si el menor está integrado en un núcleo familiar, se debe buscar una solución que proteja ese vínculo ya existente, solicitando al Ministerio Fiscal que realice todas las posibles acciones para determinar la correcta filiación de los menores [56].

Hay discusión doctrinal en cuanto a esta Sentencia puesto que, de la misma manera que hay doctrina de acuerdo, hay otra rama de la doctrina que ve un claro inconveniente, en cuanto a la filiación. La filiación sólo será admitida conforme a los padres comitentes fuera de España, pues en nuestro país será la madre gestante la reconocida como madre legal, suponiendo entre otras cosas, que esos menores no obtengan la nacionalidad española. Como consecuencia directa, la madre gestante será reconocida, ello implicaría una vulneración del contrato, como además una perturbación a su anonimato. Así mismo consideran que la filiación ha sido determinada por una autoridad extranjera, y conforme al art.81 RRC -EDL 1958/100-, el principio de igualdad y el del interés del menor, no se estaría vulnerando el art.10 LTRHA -EDL 2006/58980-. También consideran, amparándose en el voto particular propio de la sentencia que, lo que se considera nulo es el contrato de gestación por sustitución, el cual, no se ha celebrado en España, pues proviene de un país que sí lo permite. Para ello se menciona la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, de 10 de marzo de 2012, pues lo que somete a valoración ya no es tanto la legalidad de ese contrato, expresamente prohibido en nuestro país, sino el reconocimiento de una decisión extranjera, válida y legal. En cuanto a la dignidad de las personas, puede haber discrepancia, pues estas personas se han sometido a ese contrato de manera libre, voluntaria e intencional [57].

De la misma manera, hay discusión doctrinal sobre las decisiones tomadas por la Dirección General en cuanto a la Instrucción de 5 de octubre del 2010. Hay autores consideran que la Instrucción no hace un "uso inteligente y coherente de las normas de Derecho internacional privado ya vigentes en el sistema jurídico español", así como que tampoco respeta el principio de jerarquía normativa [58].

La negativa por parte de ciertos países sobre esta técnica de reproducción, así como la gran facilidad que tenemos para encontrar información y la distribución de esta por los medios de comunicación, más sumado al deseo de ser padre, fomenta lo que se conoce como turismo reproductivo, una vía para conseguir ese fin, en el que se sumergen los padres con un alto poder adquisitivo para poder trasladarse de su país de origen a otro en el que se regule de manera positiva esta técnica de

reproducción, y llevar a cabo el contrato en sí mismo, para ya posteriormente volver a su país de origen. Como ya vemos, las contrariedades son innumerables, pues recordando lo pronunciado por parte del TEDH (meses después la sentencia del Tribunal Supremo), la decisión tomada por este fue vinculante para España, siendo contraria al fallo de la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente mencionado, y por ello, el Ministerio de Justicia español, dictó una Circular (un mes después de la decisión del TEDH), por la que obligaba al Registro a inscribir a los niños nacidos por gestación por sustitución [59].

En resumen, en cuanto a la posibilidad (a pesar de la última palabra del Tribunal Supremo) que tienen los ciudadanos españoles, de inscribir a los niños y niñas nacidos por gestación por sustitución, se debe destacar el art.9 de la Ley del Registro Civil -EDL 2011/136363- [60] y de la misma manera, el art.41 del Reglamento del Registro Civil -EDL 1958/100- [61] y en especial atención a la Instrucción de la DGRN (por entonces) 5 de octubre de 2010 (en remisión a su vez a la Instrucción del 18 de febrero de 2019), a la hora de la inscripción de los menores nacidos por esta técnica, será de aplicación los siguientes requisitos:

- Resolución dictada por el tribunal competente: *"Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores [62]".* Pues bien, será necesaria la resolución de ese tribunal extranjero competente que determine la filiación, para asegurar que el contrato, como la integridad de la madre gestante, se ha adecuado a las normas del país en donde se realizó la técnica. Supone un requisito *"sine que non"* para verificar que no ha habido un trasfondo de tráfico internacional de menores [63].
- Auto judicial concediendo el exequátur: *"Salvo que resultará aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur [64]".* Si la resolución judicial extranjera, se ha llevado a cabo por un procedimiento similar a uno de jurisdicción voluntaria no será requisito necesario acudir al procedimiento de exequátur, bastando con el reconocimiento incidental [65], en ese caso se deberá tener en cuenta tal y como menciona la Instrucción:
 - a) *"La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.*
 - b) *Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*
 - c) *Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.*
 - d) *Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.*
 - *Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado".* [66]

Remitiéndonos a lo ya dispuesto por la STS 835/2013, de 6 febrero 2014 -EDJ 2014/7037-, no podemos en base a una resolución judicial extranjera, realizar la inscripción en España, puesto es contraria a nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de que quiera protegerse el interés superior del menor, y de conformidad con el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, la jurisprudencia concuerda en que (y así lo pone de manifiesto en la STS 277/2022 de 31 marzo -EDJ 2022/529933- sobre la misma materia) el deseo de ser padre y madre, no puede realizarse a toda costa, vulnerando los derechos de las demás personas, en cuanto a la mercantilización del cuerpo de la madre gestante, y en cuanto a la cosificación del menor fruto de esta práctica. Como vemos, la opinión del TEDH, la opinión de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, así como la opinión del Tribunal Supremo, no es equiparada, y esta incertidumbre hace que sea complicado una opinión congruente y definitiva sobre el tema, que no perjudique a ninguna de las partes que se ven afectadas.

III. Jurisprudencia y últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la materia

Ya hemos visto las diferentes opiniones que se mantienen, y ello no ha sido menos en los últimos años, pues a pensar que la jurisprudencia mantiene la ilegalidad de esta práctica y la nulidad de estos contratos, debemos verlo también a través de otra vertiente, que es la protección del interés superior del menor.

Con el paso del tiempo, ha habido más pronunciamientos respecto al tema. Uno con especial interés, es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 91/2019 del 31 de enero del 2019 [67], pues en esta resolución, se ve cómo aplican la normativa de la adopción como posible solución. Una niña nacida en Kiev (Ucrania), tras esta práctica, estaba inscrita en el registro consular español en Kiev como hija, del padre comitente y de la madre gestante. El *quid* de la cuestión viene, cuando la mujer del padre comitente (con el consentimiento de este y de la madre gestante) pretende adoptar a la menor. Ante esta petición, el Ministerio Fiscal le deniega la petición por falta de legitimación, conforme a lo estipulado en el art.175.3. 1º CC -EDL 1889/1- [68], y es que en la partida del registro civil ucraniana del lugar de nacimiento (Kiev) consta que la solicitante es la madre de la menor, y que, para poder haber llevado a cabo la adopción, debería haber recurrido esa inscripción.

Ante esta negativa por parte del Ministerio Fiscal, la mujer interpone un recurso de apelación, alegando que en España ella no es la madre al no estar permitida en nuestro país la gestación por sustitución, y que el cauce para poder solucionar este conflicto de la manera más efectiva (de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TEDH), es la adopción, y conforme al art.10.2 LTRHA -EDL 2006/58980-, que establece que la maternidad se determina por el parto, la madre adoptante alega que al ella no ser la madre biológica, no es su hija, y por tanto no tendría por qué ser de aplicación el art.175.3.1º CC -EDL 1889/1- que impide la adopción a un descendiente, pues no hay lazo biológico ninguno.

Es por ello que el Tribunal considera que a pesar de que el contrato de gestación por sustitución es contrario al orden jurídico español (recordando lo que se dictó en la resolución 835/2013 -EDJ 2014/7037-), ello no es óbice para que no pueda adoptar a la menor, ya que, cumple con todos los requisitos, pues es mayor de 25 años, tiene entre 16 años más y 45 años menos con la menor, la menor no está emancipada, hay consentimiento tanto de la madre gestante como del marido de la solicitante (padre de la menor), seis semanas después del parto, un documento fehaciente, cumpliendo ya no solo con los requisitos de los art.175, 176 y 177 CC -EDL 1889/1- en materia de adopción, sino también con el art.37.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria -EDL 2015/109914-, cumpliéndose así los presupuestos formales idóneos para la prosperidad de la adopción.

Y a pesar de que el Tribunal considera que no puede incumplirse y vulnerarse de tal manera el ordenamiento jurídico español, se debe atender al interés superior del menor, de la misma manera que se hizo en la STS 835/2013 -EDJ 2014/7037-, pues se considera un deber preponderante llevarlo a cabo para evitar a toda costa un perjuicio para el menor, de conformidad así mismo con el art.8 del Convenio del Niño -EDL 1989/16179-, priorizando el bien estar del menor si ya existe un vínculo y una integración familiar, y es así como el Tribunal accede a la adopción de la menor por parte de la solicitante, alegando encima que el propio art.10 LTRHA -EDL 2006/58980- en su apartado tercero, prevé otras vías para garantizarle una posible familia al menor.

Y así de la misma manera, se han ido pronunciado diferentes órganos jurisdiccionales, como por ejemplo la Audiencia Provincial de León el 21 de diciembre de 2021, en la SAP 370/2020 -EDJ 2020/813152- [69]. Y es que también una mujer quiso adoptar a tres menores nacidos a través de la gestación por sustitución, estando inscritos en Kiev como hijos de su cónyuge y de la madre gestante. Nuevamente el Ministerio Fiscal se opuso firmemente a ello, alegando además de la vulneración al art.10 LTRHA -EDL 2006/58980-, la vulneración al art.23 LRC -EDL 2011/136363- [70], y por ello incluso se debe declarar nulo, la inscripción conforme al padre, pues, además, falta del asentimiento de la madre biológica puesto que se aporta una traducción de un acto, pero no se aporta el acto original y firmado por la madre biológica de los menores. Por lo tanto, partiendo de la base de que tal contrato es nulo de pleno derecho, alegan también que la solicitante no tiene legitimación conforme al art.176 CC -EDL 1889/1- [71] y no se acredita de manera fehaciente el asentimiento de la madre biológica. El padre podría ir por la vía del art.10.3 LTRHA para el reconocimiento de

la paternidad.

Por lo tanto, vemos que ya las cuestiones no giran en cuanto a la nulidad del contrato de gestación por sustitución, sino en revisar que se cumplan indiscutiblemente los requisitos necesarios para la adopción, y este caso, por supuesto, no fue menos. Se presentó el documento en el que la madre biológica acepta libre y voluntariamente, que se adopte a los menores, se presentan las inscripciones del nacimiento de los menores que se llevaron a cabo en el Registro Civil Consular de Kiev, el certificado de matrimonio de la pareja, inclusive las pruebas biológicas que acreditan el porcentaje de probabilidad que había en cuanto a que el padre fuese realmente el padre biológico. Por ello, y conforme a los art.113, 136, 137 y 138 CC -EDL 1889/1- [72], al no haber sido impugnada la filiación paterna por ninguna vía, se declara la paternidad del padre.

La Audiencia Provincial entiende que el contrato es contrario a nuestro ordenamiento jurídico, que atenta derechos fundamentales (como la integridad física y moral), se vulnera la dignidad de la mujer gestante, así como cosifican su cuerpo, y se aprovechan de su vulnerabilidad económica, se comercializa con los menores, y es una técnica, a la que solo pueden acceder parejas con suficiente poder adquisitivo como para sufragar los gastos que conlleva. Pero a pesar de ello, y tal cual hemos venido exponiendo a lo largo del trabajo, reiterando las palabras del Tribunal Supremo en otras ocasiones, se debe velar por el interés del menor, en base al art.24.2 de la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea -EDL 2000/94313-[73], a pesar de ser un principio usado como "tabla rasa" frente a cualquier perturbación de cualquiera, como es el caso, pues esas personas con alto nivel adquisitivo, se valdrán de su poder para cumplir sus deseos, llevando al juzgado a encontrarse entre la espada y la pared, en cuanto a la toma de decisión teniendo el interés superior del menor como principio primordial, a pesar de estar delante de un contrato completamente contrario a nuestras normas.

Por lo tanto, la sentencia para evitar una desprotección del menor, y entendiendo que existen vínculos biológicos con el padre y que los niños formaban parte del núcleo familiar "de facto", entiende que concurren los requisitos para la adopción por parte de la mujer del padre. Es importante analizar cuáles son en este caso, esos requisitos que deben darse para poder llevar a cabo la adopción:

- Art.176.2. 2º CC -EDL 1889/1-: Debe iniciarse tras la propuesta previa a la Entidad Pública, a no ser que sea hija del cónyuge o de la persona unida al adoptante, por relación de afectividad
- Art.175 CC -EDL 1889/1-: Que la persona tenga más de 25 años, y que entre el adoptante y adoptado haya una diferencia de 16 años más y 45 años menos. Y que los menores no se encuentren emancipados.
- Art.177.2 CC -EDL 1889/1-: Que haya consentimiento del cónyuge del adoptante y de la madre legal (en este último caso, que el consentimiento se haya prestado seis semanas después del parto.
- Y la concurrencia de los documentos fehacientes oportunos.

El último pronunciamiento que tenemos por parte del Tribunal Supremo es la sentencia 1153/2022 del 31 de marzo del 2022 [74]. La sentencia pone como antecedente que la madre comitente se trasladó hasta el Estado de Tabasco, México, para acudir a esta técnica de reproducción, solicitando después del nacimiento del menor la inscripción del menor en el Registro Civil. Realmente el pleito versa en una demanda que interpone el padre de la madre comitente, para la determinación legal de la filiación materna de su hija, por posesión de estado respecto del menor nacido por maternidad subrogada, de conformidad con el art.131 CC -EDL 1889/1- [75], y para ello, aportan además el contrato que se llevó a cabo, en el que a continuación, veremos algunas cláusulas que fueron de aplicación:

- Todos los embriones o cualquier otro material genético es propiedad de la madre comitente.
- Después de la madre gestante entregar al niño, y renunciar a todos sus derechos (declarando y aceptando que no es madre ni legal, ni natural, ni jurídica, ni biológica del niño) que le otorga el simple hecho del parto, esta deberá colaborar con la madre comitente para realizar todas las acciones y procedimientos legales enfocado en determinar a la madre comitente como madre legal del niño.
- Como ya hemos visto en la introducción, la madre comitente se va a apoyar en una agencia para que sea el enlace entre ella y la madre gestante.
- La madre gestante no podrá tener ningún tipo, ni pretender tener ningún tipo de relación con el niño.
- Madre gestante desde el momento en el que firma el contrato, renunciará a todos sus derechos de confidencialidad médica y psicológica, pues tales datos serán compartidos con la madre comitente. La madre comitente estará presente en todas las citas médicas, inclusive podrá hablar directamente con el médico.
- La madre gestante aceptará someterse a tantas transferencias embrionarias que sean necesarias, a no ser que el médico especialista determine que la madre sustituta no es apta para continuar con más intentos. Aceptará también tomar todos los medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones, vía oral, por inyección o intravaginal, según determina el médico especialista.
- La madre gestante deberá informar semanalmente a la futura madre de todas las pruebas, resultados, y citas médicas relativas al embarazo.
- Se establecen una serie de prohibiciones: no fumará tabaco ni cualquier otra sustancia, de la misma manera que tampoco podrá ingerir bebidas alcohólicas, bebidas energéticas, bebidas con cafeína, no podrá tener relaciones sexuales, no tomará tampoco medicamentos naturales sin el consentimiento del médico, no comerá ni carne ni pescado crudo, etc.
- La gestante se someterá a prueba al azar sin previo aviso para comprobar que no ha incumplido ninguna de las prohibiciones anteriores.
- Se abstendrá la madre gestante de participar en cualquier actividad ocupación o empleo que pueda afectar negativamente al embarazo.
- La gestante no podrá salir de México, ni de la ciudad donde reside, ni cambiar de domicilio. A partir de la semana treinta, la madre gestante no podrá alejarse a más de 50 millas del hospital elegido para el nacimiento.
- En caso de que sufriende cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal, la madre comitente tiene derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar la vida del feto.
- Desde el momento en el que inicie las labores del parto, la madre gestante informará a la madre comitente.
- Si por algún casual tuviese que hacerse una cesárea la madre sustituta estará de acuerdo.
- La entrega del niño a la futura madre será inmediatamente después del parto, aceptando la madre gestante colocar al menor el nombre y apellidos de la madre comitente.
- La madre comitente renunciará a tomar decisiones médicas después del nacimiento.
- La futura madre podrá cancelar el embarazo cuando peligre la vida de la madre sustituta.
- La madre gestante reconocer haber sido informada médicamente y psicológicamente de los riesgos derivados del proceso antes, durante, y después de la entrega del niño, incluido la muerte, la pérdida del órgano reproductor, depresión, problemas de fertilidad en un futuro, etc. liberando a la madre comitente de cualquier responsabilidad civil o penal asociada a estos riesgos

El Juzgado de Primera Instancia consideró en un primer momento que se estaba vulnerando el art.10 LTRHA -EDL 2006/58980-, recordando además que la maternidad viene determinada por el parto, y que no se podía utilizar el interés superior del menor para contrariar la ley, sino para poder solventar todas las posibles lagunas jurídicas que pudiesen darse, siendo por todo ello, un contrato nulo de pleno derecho. Ante ello, tanto el demandante como su hija recurrieron en apelación, alegando la aplicación de los art.9.1 y 9.4 CC -EDL 1889/1-.

El Ministerio Fiscal se apuso alegando la infracción del art.10 LTRHA -EDL 2006/58980- que integra el orden público internacional español, y que reconocer una filiación conforme a una ley extranjera vulnerando nuestras normas, supone una huida al ordenamiento jurídico español. Sin embargo, la Audiencia Provincial consideró que la madre gestante (así como la madre y el padre de esta) tenía un buen trabajo bien remunerado, satisfacía las necesidades educativas y de atención del menor, y que no había razón para no considerarla madre del niño. La Audiencia Provincial consideró que, en este caso, debe ser necesario por el bien del menor considerar su filiación con respecto a la madre comitente, al ella llevar a cabo su papel como madre, incluso los padres de ésta reconocen al niño como su nieto, a pesar de que no puede ser aplicable el art.175.1 CC -EDL 1889/1- (por la diferencia de edad existente entre la madre y el menor), ni el art.176.2, ni siquiera el acogimiento familiar.

Ante esta decisión el Ministerio Fiscal interpone un recurso de casación, cuyo motivo único es la infracción del último inciso del art.131 CC -EDL 1889/1- [76], en relación con el art.10 LTRHA -EDL 2006/58980-. Hacen alusión a la sentencia 835/2013, de 6 febrero 2014 -EDJ 2014/7037-, alegando la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor, sin que este interés se deba usar como carta blanca para contradecir nuestro ordenamiento. Ante ello la parte recurrida, alega que nulidad que recoge el art.10 LTRHA se debe aplicar cuando estos contratos se llevan a cabo en España, pero no cuando se realizan en el extranjero. Sobre esto el Tribunal alega que será de aplicación el art.9.4 CC [77], y que lo que no puede hacer es interesar la aplicación del Derecho español a su conveniencia, así que, dada la naturaleza del litigio, la normativa española será la que se aplicará.

La sentencia recuerda lo que estipula el art.35 de la Convención sobre los Derechos del Niño -EDL 1989/16179- [78], y considera la gestación por sustitución una auténtica vulneración a tal precepto, pues equipara una venta o trata de menores, ya que media una remuneración (la contraprestación que otorgan los padres comitentes a la madre gestante para lograr tal fin), el propio intercambio de esa contraprestación a cambio del bebé, y el pago como tal. Por lo tanto, esto atenta directamente contra la dignidad e integridad moral del niño. De esta manera, el Tribunal considera que tanto la madre, como el niño, no son tratados como personas, sino como objetos despojados de dignidad propia, y de derechos fundamentales (pues en las cláusulas del contrato de este caso, vemos como por ejemplo, la madre renuncia a sus derechos de intimidad y confidencialidad médica, se fija los hábitos que debe realizar en ese estado y los que no, se llega a incluso limitar su libertad ambulatoria), el bebé es cosificado de tal manera que es directamente el objeto del contrato, y es evidente que una mujer (en la grandísima mayoría de las situaciones) si se somete a ese "trato inhumano", es por el fruto de su vulnerabilidad económica y social [79]. España es parte de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, siendo así aplicable el art.6 [80].

La nueva Sentencia del Tribunal Supremo, recuerda lo que ya se expuso de manifiesto en la del 6 de febrero (835/2013) -EDJ 2014/7037-: *"los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios a nuestro orden público. No se trata solamente de que el art.8 CEDH -EDL 1979/3822- no garantice el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar, pues el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia (sentencia de 24 de enero de 2017, caso Paradiso y Campanelli, apartado 141 -EDJ 2015/2586-). Es que, como concluye el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. Un contrato de gestación por sustitución como el que es objeto de este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio"*. El Comité de Bioética de España, considera que: *"la lógica perversa de un mercado que tenga por objeto la gestación subrogada de niños favorece que estos contratos se celebren y ejecuten cada vez con más frecuencia en aquellos Estados en los que se otorgan mayores prerrogativas a los comitentes y, correlativamente, se acentúe la vulneración de la autonomía personal, la integridad física y moral y, en definitiva, la dignidad de la mujer gestante"*.

El Tribunal Supremo se muestra contundente al considerar la gestación por sustitución un acto que en sí mismo vulnera ya no solo el art.10 LTRHA -EDL 2006/58980-, sino los propios derechos que ampara nuestra Constitución, siendo nulo de pleno derecho este tipo de contratos.

En cuanto a la publicidad de las agencias que hacen de intermediadoras, se considera que dicha publicidad es ilícita conforme al art.3.1 de la Ley General de Publicidad -EDL 1988/13332-, pues se vulnera de una manera descarada la dignidad de las personas y los derechos recogidos en nuestra Constitución. Y esto lo vemos, porque son las propias agencias las que llevan a cabo convenciones para dar información, o simplemente con hacer un "clic" se pueden encontrar numerosas noticias de famosos que han acudido a esta práctica.

Todo ello conlleva a que tales contratos se terminen realizando igualmente y los niños entren sin problema en España, integrados completamente en el núcleo familiar, y por tanto, y reiterando lo que ya se puso de manifiesto en la Sentencia 835/2013 -EDJ 2014/7037-, desde que esos lazos paterno o materno filiales existan, deberán protegerse, pues así lo exige el interés superior del menor. De esa manera al padre comitente le corresponde instar la aplicación del apartado 3 del art.10 LTRHA -EDL 2006/58980-, y la madre comitente irá por la vía de la adopción. Pese a ello, a ojos de la normativa española, y de la doctrina casi mayoritaria, los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho.

IV. La filiación

Las normas sobre filiación son normas relativas al estado civil, y por ende son normas características por su naturaleza imperativa, por lo tanto, son personalísimas e intransferibles. Es por ello por lo que la renuncia a la filiación materna por parte de la madre gestante supone evidentemente la nulidad del contrato de gestación por sustitución, y ya no solamente este hecho sobre la filiación, sino en general todas las cláusulas que tiene el contrato en sí mismo (ello conforme con lo que estipula el art.6.3 y 1255 CC -EDL 1889/1-) [81]. La LTRHA, sí que prevé la paternidad o maternidad por deseo, en todo lo relativo a la inseminación o fecundación artificial en parejas infértiles, pero no en cuanto a la maternidad subrogada [82].

Como ya explicamos anteriormente, la gestación por sustitución en cuanto a la maternidad se trifurca, y en cuanto a la paternidad, dependiendo del caso, se puede bifurcar. Como veremos a continuación poder determinar la maternidad y paternidad en un país como el nuestro en el que la madre es cierta por el parto porque habrá múltiples variaciones, según estemos ante una mujer gestante casada, soltera, si hay un vínculo biológico, si los padres han aportado el material genético o no, etc. En definitiva, diversas contrariedades que por supuesto van en contra nuestro ordenamiento jurídico.

I. En cuanto a la filiación materna

En nuestra legislación la maternidad, es algo palpable y visible, puesto que es el parto la prueba de esa constitución, de manera que se atiende a la expresión de *"mater semper certa est"*, pues la madre es cierta porque lo determina el parto [83]. Nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, no distingue, ni tiene en cuenta de cuál de "las madres" provenga el material biológico, de la madre intencional, o de la madre gestante, es concluyente por tanto en considerar el hecho del parto como referente para la determinación de la filiación materna [84]. Además, también se tiene en cuenta desde un punto de vista dogmático, en cuanto a la relación espiritual y emotiva que se produce entre la madre gestante y el bebé durante el embarazo, pues, se le va a considerar madre ya no solamente por la plena certeza que produce el embarazo, posteriormente manifestándose por el alumbramiento, sino también por la relación psicofísica que se va a producir entre ambos [85].

Como ya mencioné anteriormente debido a las técnicas de reproducción asistida en la figura de la maternidad podemos encontrar tres enfoques diferentes [86]:

- La maternidad genética → concurre con la aportación del material biológico de una mujer.
- La maternidad de gestación → es la madre que gesta al feto.
- La maternidad jurídica → aquella mujer que se atribuye las funciones jurídico-sociales de madre.

Como sabemos en base al art.10.2 LTRHA -EDL 2006/58980-, la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, precepto que entra en conflicto con buena parte de la doctrina al entender, que no se puede equiparar la maternidad con la gestación, pues por mucho que una mujer sea madre porque se encarga de las labores de la gestación y del alumbramiento, la realidad es que la voluntad de querer ser madre proviene de otra mujer, que podrá o no prestar los gametos femeninos. Otra parte de la doctrina entiende que nuestra legislación, a la hora de determinar la maternidad en función al parto, consigue asegurar el sistema frente a quienes pretendan saltarse la ley para cumplir sus deseos. Como posible solución para la declaración de la maternidad la doctrina, plantea la posibilidad de la adopción por parte de la madre comitente, tras el consentimiento de la madre gestante y el cumplimiento de los requisitos exigidos por nuestra ley en materia de adopción (art.175 y siguientes CC -EDL 1889/1-) [87].

Por tanto, como conclusión sobre la determinación de la maternidad, la madre conforme al art.10.2 LTRHA -EDL 2006/58980-: *"la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto"*, será la que dé a luz tras la gestación, ello de manera concluyente, independientemente de si la madre gestante

aportó el material genético, si provenía de una donante, o si era el propio gameto de la madre gestante.

II. En cuanto a la filiación paterna

Del art.10.3 LTRHA -EDL 2006/58980-: *“queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”,* deducimos que se le reserva la posibilidad al padre biológico para la reclamación de la paternidad. Ello conforma la regla general, pero pueden darse una serie de problemas. Está claro que, si el gameto masculino proviene del padre comitente, se le permite la acción de reclamación de paternidad, acción la cual le queda privada en el caso de que el gameto masculino provenga de un donante (tal y como lo dispone el art.8.3 LTRHA) [88].

Atendiendo a la determinación de la paternidad, es necesario diferenciar, el caso en el que la mujer gestante esté casada, y el caso contrario de que no esté casada.

Si la mujer gestante está casada, dándose el caso de estar ante un tipo de fecundación heteróloga (es decir cuando se emplean gametos masculinos procedentes del comitente o de donantes), pueden darse dos supuestos: o bien que el marido de la madre gestante preste su consentimiento (se debe prestar consentimiento conforme al art.6.2 LTRHA -EDL 2006/58980- [89]) inscribiéndose el hijo como matrimonial (conforme al art.166 CC -EDL 1889/1- [90]), o bien que el marido de la madre gestante no preste el consentimiento, inscribiéndose el hijo como no matrimonial y facultando al padre comitente para poder reclamar que se determine la paternidad en su favor conforme a las reglas del Código Civil [91].

Aportación material biológico X

Mujer gestante	Marido	Padre comitente	Donante
X		X	

La filiación quedará determinada en favor de la madre gestante y de su marido, como hijo matrimonial si este consintiera, impidiendo al padre comitente reclamar su paternidad. O será determinada como hijo no matrimonial si no consintiera el marido, facultado la oportunidad de determinar la filiación en favor del padre comitente. El hijo podría impugnar la filiación paterna matrimonial y reclamar la filiación biológica extramatrimonial [92], según lo dispuesto en el art.133 CC -EDL 1889/1- [93].

Otro supuesto sería que el gameto masculino fuese aportado por un donante [94]. En ese caso, aunque el marido de la mujer gestante consintiese la fecundación (inscribiéndose como hijo matrimonial), o no consintiese la fecundación (inscribiéndose como hijo no matrimonial), el padre comitente no va a tener la posibilidad de reclamar la filiación, puesto que no hay ningún vínculo genético.

Mujer gestante	Marido	Padre comitente	Donante
X			X

Si se llevase a cabo una fecundación homóloga [95] (esta se produce cuando la fecundación se lleva a cabo por el material biológico del marido de la madre gestante y de ella misma), tampoco podrá en ningún caso el padre comitente reclamar la filiación, puesto que el hijo está inscrito como un hijo matrimonial.

Mujer gestante	Marido	Padre comitente	Donante
X	X		

Si la madre gestante no estuviese casada hay que distinguir tres supuestos [96]. Primeramente, la posibilidad de que el gameto masculino sea del padre comitente, en este caso la filiación paterna se hará conforme al padre comitente, pero no en cuanto a la madre comitente, porque recordemos que la filiación de la maternidad la determina el parto y por tanto quedará el hijo como un hijo no matrimonial entre la madre gestante y el padre comitente (quedando en un tercer plano como una persona ajena la madre comitente).

Mujer gestante	Madre comitente	Padre comitente	Donante
X		X	

Otro supuesto es que el gameto masculino fuese aportado por un donante, la filiación paterna podrá determinarse respecto al padre comitente, de acuerdo con los art.8.2 LTRHA -EDL 2006/58980-: *“se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del art.44 L 20/2011, de 21 julio, del Registro Civil -EDL 2011/136363- el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad* [97].

Mujer gestante	Madre comitente	Padre comitente	Donante
X			X

Y el último caso es que, tanto la madre comitente como el padre comitente hayan aportado el material biológico.

Mujer gestante	Madre comitente	Padre comitente	Donante
	X	X	

Se determinará la filiación paterna conforme al padre comitente, pero la materna se determina conforme la madre gestante, el hijo será considerado como un hijo no matrimonial, y la madre intencional, no podrá ser considerada madre legal a ninguno de los efectos [98].

Por lo tanto y en cuanto a las parejas heterosexuales, la madre gestante va a ser a la que se le determine la filiación materna, puesto que cumple con lo establecido en el art.10.2 LTRHA -EDL 2006/58980-. Al padre comitente se le determinará la filiación paterna (art.10.3 LTRHA), siempre y cuando aporte el material biológico y la madre gestante no esté casada (porque si estuviese casada dependería del consentimiento para la fecundación del marido, cabiendo la posibilidad de ejercitar la reclamación de la paternidad si el marido no consintiese la fecundación y fuese su material genético), o proviniendo el material genético de un donante, se atenderá al art.8.2 LTRHA. En los casos en los que efectivamente, la filiación pudiese determinarse a favor del padre comitente, siempre estaremos ante un caso de filiación no matrimonial, entre la madre gestante y el padre comitente.

Ahora en cuanto a las parejas homosexuales, hay que hacer también una distinción entre parejas homosexuales formada por mujeres, y parejas homosexuales formadas por hombres. Partiendo de la base de la prohibición de las técnicas de reproducción genética derivada de una mujer femenina que viene establecida en el art.26.2.c.6º LTRHA -EDL 2006/58980-, normalmente no necesitan acudir a este tipo de contratos, puesto que, si una de las mujeres se quedase embarazada, la otra mujer tendrá la posibilidad de determinar la filiación a su favor, conforme al art.7.3 LTRHA -EDL 2006/58980- y 176.2. 2º CC -EDL 1889/1- [99].

Cuando hablamos de parejas homosexuales de hombres, hay que partir también de la prohibición que se regula en el art.26.2. c.5º LTRHA -EDL 2006/58980-. Pero si igualmente se llevase a cabo el contrato de gestación por sustitución, entre un miembro de la pareja homosexual y la mujer gestante, se podrá determinar la filiación sobre este conforme a la expresión "*pater is quem sanquinis demonstrant*", produciéndose posteriormente un proceso de adopción, por parte del otro miembro de la pareja homosexual, siempre que la madre gestante estuviese conforme (de acuerdo con los art.176.2. 2º y 177.2. 2º CC -EDL 1889/1- [100]).

V. Conclusiones

PRIMERA- Como hemos visto, la gestación por sustitución es una técnica de reproducción, que se lleva a cabo por medio de un contrato a través del cual, los padres comitentes acuden a unas agencias especializadas en la materia, para ponerlos en contacto con una mujer (la futura madre gestante) y realizar la práctica como tal (implantando el embrión en su útero, utilizando su material genético o el de un donante), a cambio de una remuneración. Al ser un acto nulo de pleno derecho en nuestro país, las parejas comitentes con un elevado poder adquisitivo viajarán a un país extranjero para realizar la práctica. A la hora de volver a España y determinar la filiación a su favor, el Ministerio Fiscal y el Tribunal Supremo niegan tal inscripción al vulnerar nuestra normativa interna. Aparte de la infracción al art.10.1 LTRHA -EDL 2006/58980-, su causa como contrato es ilícita (art.1275 CC -EDL 1889/1-), carecer de objeto (art.1261.2 CC), vulnerar el principio de jerarquía normativa (art.9.3 CE -EDL 1978/3879-) y el principio de indisponibilidad del cuerpo humano (art.10.1 CE), vulnera por completo lo reconocido en el art.1255 CC, pues va en contra de las leyes, la moral y el orden público. Por todos estos motivos y por la indebida inaplicación del art.23 LRC -EDL 1957/53-, se restringe la posibilidad de la determinación de la filiación en favor de los padres comitentes. Pese a todas estas restricciones, es una práctica que, debido a la publicidad ilícita que se lleva a cabo por dichas agencias, se sigue realizando, y con la intención de proteger al menor conforme al Convenio sobre los derechos del Niño -EDL 1989/16179-, y al principio del interés superior del menor, en nuestro país se termina fallando a favor de la determinación de la filiación con respecto a los padres comitentes tras la realización de esta práctica, pues prima más la protección del menor para evitar su indefensión, que la restricción de sus derechos para cumplir con la normativa interna.

SEGUNDA- Tras el alumbramiento, la filiación conforme al art.10.2 LTRHA -EDL 2006/58980- quedará determinada a favor de la madre gestante, independientemente de que el material genético provenga de la madre comitente. En cuanto a la paternidad, atenderemos a si la madre gestante está casada y al consentimiento de su marido, inscribiéndose en ese caso el hijo como un hijo matrimonial entre ellos, sin poder el padre comitente reclamar la filiación a su favor (a no ser que el hijo en un momento posterior lo haga). Sólo si el marido de la madre gestante rehusara de la determinación a su favor del menor, o si la madre gestante estuviese soltera, se podrá inscribir la filiación a favor del padre comitente, tal y como lo estipula el art.10.3 LTRHA. A su vez, también se determinará a favor del padre comitente, si el gameto masculino es aportado por un donante, de conformidad con el art.8.2. Lo que tenemos que tener claro, es que nunca, se declarará la filiación a favor de la madre comitente, constituyéndose siempre como un hijo no matrimonial, entre el padre comitente y la madre gestante.

TERCERA- Debemos mencionar los motivos por lo que, ya no solo una parte doctrinal está de acuerdo con la realización de esta práctica, pues como dije al principio de este trabajo, es un tema que influye tanto a nivel jurídico, como a nivel ético, científico e inclusive religioso, y es por ello, que también buena parte de la sociedad se muestra conforme con la realización de esta técnica de reproducción. La parte doctrinal que se muestra conforme con esta práctica alega que la gestación por sustitución es un medio para cumplir con el deseo de formar una familia para todas aquellas personas que se puedan ver inmersas en los estereotipos sociales en cuanto a la infertilidad (tanto de los hombres como de las mujeres), y ya no solo a personas que forme una pareja heterosexual con problemas de fertilidad, también a cumplir con el deseo de parejas homosexuales, transgéneros y familias monoparentales [101]. También nos parece importante mencionar que es un deseo, no un derecho, por lo que no deberíamos considerarlo un motivo suficientemente válido para llevarlo a cabo, pues realizando una ponderación, con el objetivo de cumplir ese deseo se vulnerarán derechos fundamentales de terceras personas. Como sabemos, tenemos métodos como la adopción para conseguir formar una familia, porque a pesar de que esos niños y niñas no tengan nuestro mismo ADN, son personas que ya están aquí, que, por circunstancias de la vida, no tienen ni familia, ni un hogar. En 2020 fueron adoptados 542 niños y niñas, a nivel nacional [102] (podría ser una cifra aún mayor si ampliásemos horizontes y pensáramos a nivel internacional), por lo que ¿Para qué recurrir a esta técnica, cuando ya hay personas que necesitan de una familia? ¿Es motivo suficiente para vulnerar derechos fundamentales?

CUARTA- Ya hemos visto durante la realización de este trabajo la cantidad de derechos fundamentales que se ven mermados. En la última sentencia del Tribunal Supremo [103], vemos vulneraciones a derechos como la protección de datos, pues desde que la madre gestante firma el contrato, renunciará a todos sus derechos de confidencialidad médica y psicológica, ya que, los padres comitentes podrán estar presente en sus consultas médicas. Se establecen una serie de limitaciones en cuanto al estilo de vida que deberá llevar, no podrá beber alcohol, ni café, ni fumar, realizarse perforaciones, no podrá tener relaciones sexuales, etc. Se verá limitado también su derecho a la libertad ambulatoria, pues no podrá viajar fuera de país durante el embarazo, y deberá vivir a unos ciertos metros cerca del lugar en el que dará a luz. Los padres comitentes podrán inclusive decidir, en el caso de que la madre gestante sufra algún accidente, mantenerla con vida hasta decidir qué puede ocurrir con el bebé. Con las prácticas de gestación subrogada, se está comercializando con el bebé, pues es el objeto del contrato, y realmente si pretendemos atender y velar por el interés superior del menor, llevar a cabo una práctica que buena parte de la doctrina, que se muestra contraria a la gestación por sustitución, asemeja a un tráfico de personas, vulnera por sí misma el interés superior del menor.

QUINTA- Vivimos en un mundo, en una sociedad, donde hay innumerables desigualdades, de clase, de género y de raza, que nos posicionan en estatus diferentes, y por ello debemos tener la responsabilidad moral, si ostentamos una clase social mucho más privilegiada que desgraciadamente otro sector social, de respetar sus derechos de la misma manera que se respetan los nuestros. Pues como se dan en muchísimos supuestos de gestación por sustitución, mayoritariamente cuando una mujer, se presta (teniendo en cuenta las consecuencias físicas, psicológicas y emocionales que ello causa, que ocasiona el desprenderse de un bebé que se ha gestado) a ser un "vientre de alquiler", tiene que ver con la situación de vulnerabilidad socioeconómica en la que se encuentra. Por tanto, realmente esas mujeres no actúan libremente, ni siquiera pensando en el acto "altruista" que van a llevar a cabo, van a actuar movidas por sus necesidades, estando realmente ante un consentimiento viciado, tal cual lo expresa así el Comité de Bioética de España [104]. Por lo que, aprovecharse de esa situación, solo fomenta la asimetría que se da entre las partes de ese contrato, todo quedará a voluntad de los padres comitentes y viéndose restringidos sus derechos, a la par que la instrumentalización, despersonalizando, mercantilización y cosificación del cuerpo y del útero de la mujer gestante (pues se le someten a pruebas de fertilidad, se le introducen hormonas, se lleva a cabo la implantación embrionaria, después de las labores del parto debe renunciar a sus derechos propios de la maternidad). Y es por ello, por lo que debemos tener la responsabilidad moral, de salvaguardar sus derechos como los nuestros, no siendo viable ni la legalización, ni la idea de que, no respetar su voluntad de someterse a esta práctica es un acto paternalista (porque si lo pensamos detenidamente, sería más bien un acto machista el seguir obteniendo beneficios de la mercantilización del cuerpo de la mujer), porque por mucho que se regule, se legalice, la explotación hacia el cuerpo femenino seguirá existiendo, tenemos que dotar de recursos y de seguridad a aquellas mujeres que se vean desprovistas de sus derechos, así como evitar que cualquier persona llegue a esa situación de vulnerabilidad.

Bibliografía

- ABELLÁN F. y SÁNCHEZ-CARO J.: *Bioética y ley en reproducción humana asistida*, Ed. Comares, Granada, 2009.
- CALVO CARAVACA, AF., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", 2011, Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3727376&orden=314076&info=link>.
- CIENFUEGOS SALGADO, D. y ROJAS VENEGAS, B.: *El dilema de la concepción humana asistida: Análisis de la gestación por sustitución o maternidad subrogada*, 1ra ed., Ed. Tirant lo Blanch, México, 2021.

- CORREA DA SILVA, W.: *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2021.
- FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Gestación por sustitución", en AA. VV. (TAMAYO HAYA, S., Dir.): *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Ed. Comares, Granada, 2015.
- FERRER VANRELL, M.^a P.: "Gestación por sustitución", en AA.VV. (LLEDÓ YAGÜE, F., Dir. OCHOA MARIETA, C., Dir. MONJE BALMASEDA, O., Coor.): *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.
- GARCÍA AMEZ, J.: "Problemas de la asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la reproducción. Apropósito del fenómeno Turismo Reproductivo", en AA.VV. (SUÁREZ LLANOS, L., Coor.): *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos. Derechos de los menores y maternidad por sustitución*, 1ra ed., Ed. Tirant lo Blanch, España, 2019. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413132136>.
- GARCÍA PÉREZ, C.L.: "Gestación por sustitución", en AA.VV. (COBACHO GÓMEZ, J.A., Dir. INIESTA DELGADO, J.J., Coor.): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. 1ra ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007.
- LUCAS ESTEVE, A.: *La Gestación por Sustitución*, 1ra ed., Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2019.
- MONGE PÉREZ, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España*, Ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.
- PÉREZ FUENTES, G. M.^a, CANTORAL DOMÍNGUEZ, K, y RODRÍQUEZ COLLADO, M.C.: *La maternidad subrogada*, 1ra ed., Ed. Tirant lo Blanch, México, 2017. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/show/9788491690320>.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a O.: "Maternidades y paternidades escindidas: Una nueva cultura de la reproducción", en AA.VV. (TAMAYO HAYA, S., Dir.): *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Ed. Comares, Granada, 2015.
- VELA SÁNCHEZ, A.J.: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Ed. Comares, Granada, 2012.

Webgrafía

- "Filiación de los nacidos mediante gestación subrogada o por sustitución", Iberley, 2022. Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ScgaQwxcQEJ:https://www.iberley.es/temas/filiacion-nacidos-mediante-gestacion-subrogada-sustitucion-66038+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es>.
- FLORES RODRÍGUEZ, J.: "Ventre de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa", 2014. Disponible en: <https://docplayer.es/5515535-Vientres-de-alquiler-mas-cerca-de-su-reconocimiento-legal-en-europa-jesus-flores-rodriguez.html> (en fecha de 7 julio 2014).
- LAMM, E.: "Gestación por sustitución". Indret. Revista Para El Análisis Del Derecho, 2012. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3994926&orden=355136&info=link>.
- LEONSEGUI GUILLOT, R.A.: "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo". BFD: Boletín De La Facultad De Derecho De La UNED, núm. 7, 1994. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=175448&orden=211694&info=link>.

Resoluciones e instrucciones.

- Resoluciones:
 - SJPI (Procedimiento Civil) 15 septiembre 2010 (rec. núm. 193/2010).
 - SAP Valencia 23 noviembre 2011 (rec. núm. 826/2011) -EDJ 2011/280304-.
 - STS (Sala de lo Civil) 6 febrero 2014 (rec. núm. 835/2013) -EDJ 2014/7037-.
 - STS (Sala de lo Civil) 31 marzo 2022 (rec. núm. 1153/2022).
 - Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (nº 65192/11) -EDJ 2014/95656- y caso Labassee c. France (nº 65941/11), de 26 junio 2014.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Paradiso y Campanelli c. Italia (25358/12) -EDJ 2015/2586-.
- Instrucciones:
 - Instrucción del 18 febrero 2009.
 - Instrucción de 5 octubre 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.
 - Instrucción de 18 febrero 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Notas:

[1] VELA SÁNCHEZ, A.J.: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Ed. Comares, Granada, 2012, pág. 13.

[2] LUCAS ESTEVE, A.: *La Gestación por Sustitución*, 1ra ed., Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2019, pág. 28. Disponible en <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413133737>.

[3] CIENFUEGOS SALGADO, D. y ROJAS VENEGAS, B.: *El dilema de la concepción humana asistida: Análisis de la gestación por sustitución o maternidad subrogada*, 1ra ed., Ed. Tirant lo Blanch, México, 2021, pág. 68. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413552866>.

[4] Pues ya, desde el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en sus respectivos art.8 -EDL 1979/3822-: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia" y 14: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación", y los consagrado a su vez en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en sus art.7 -EDL 2000/94313-: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia", 9: "Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio", 20: "Todas las personas son iguales ante la ley" y 21: "Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual", se le reconocen estos derechos de la misma manera que a una madre/padre soltera o soltero, a una pareja heterosexual, se le reconoce a una pareja homosexual.

[5] LUCAS ESTEVE, A.: *La Gestación por Sustitución*, 1ra ed., Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2019, pág. 29. Disponible en <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413133737>.

[6] *Ibidem*.

[7] P.ej.: Si la madre gestante por el propio embarazo tuviese que dejar de trabajar y dejase de percibir su salario, pues se le daría una compensación por el dinero que ha dejado de generar en el periodo de embarazo.

[8] SAP Valencia 23 noviembre 2011 (rec. núm. 826/2011) -EDJ 2011/280304-.

[9] LUCAS ESTEVE, A.: *óp. cit.*, pág. 30. Disponible en <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbt.ull.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413133737>.

[10] CIENFUEGOS SALGADO, D. y ROJAS VENEGAS, B.: *El dilema de la concepción humana asistida: Análisis de la gestación por sustitución o maternidad subrogada*, 1ra

ed., Ed. Tirant lo Blanch, México, 2021, pág. 67. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbtck.ull.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413552866?showPage=1>.

[11] CIENFUEGOS SALGADO, D. y ROJAS VENEGAS, B.: *óp. cit.*, pág. 67. Disponible en: <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbtck.ull.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413552866?showPage=1>.

[12] VELA SÁNCHEZ, A.J.: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Ed. Comares, Granada, 2012, págs. 16 y 17.

[13] *Ídem*, pág. 18.

[14] Recordemos que, la Ley de Reproducción Asistida, conforme a lo dispuesto en el art.5.5, la donación de gametos y preembriones, además de ser un contrato gratuito, es anónimo, garantizándose la confidencialidad.

[15] SÁNCHEZ MATÍNEZ, M^º O.: "Maternidades y paternidades escindidas: Una nueva cultura de la reproducción", en AA.VV. (TAMAYO HAYA, S., Dir.): *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Ed. Comares, Granada, 2015, págs. 118 y 119.

[16] LUCAS ESTEVE, A.: *óp. cit.*, pág. 23. Disponible en <https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbtck.ull.es/cloudLibrary/ebook/show/9788413133737>.

[17] Real Decreto de 24 julio 1889 por el que se publica en Código Civil (en adelante CC).

[18] Constitución Española (en adelante CE).

[19] VELA SÁNCHEZ, A.J.: *op. cit.*, págs. 3 y 41.

[20] L 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida -EDL 2006/58980- (en adelante LTRHA).

[21] VELA SÁNCHEZ, A.J.: *óp. cit.*, págs. 44 a 46.

[22] Igualmente contamos con más ejemplos de sentencias sobre esta materia como pueden ser: Caso Foulon y Bouvet vs Francia, Caso Laboire vs Francia, Caso Valdís Fjölfnisdóttir and other vs Iceland.

[23] Art.8 Convenio Europeo de Derechos Humano -EDL 1979/3822-: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

[24] Art.3 Convención sobre los Derechos del Niño -EDL 1989/16179-: "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada".

[25] Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

[26] FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Gestación por sustitución", en AA. VV. (TAMAYO HAYA, S., Dir.): *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Ed. Comares, Granada, 2015, pág. 157.

[27] FLORES RODRÍGUEZ, J.: "Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa", 2014. Disponible en <https://docplayer.es/5515535-Vientres-de-alquiler-mas-cerca-de-su-reconocimiento-legal-en-europa-jesus-flores-rodriguez.html> (en fecha de 7 julio 2014).

[28] Decreto de 14 noviembre 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

[29] VELA SÁNCHEZ, A.J.: *óp. cit.*, págs. 49 a 51.

[30] SÁNCHEZ MATÍNEZ, M^º O.: "Maternidades y paternidades escindidas: Una nueva cultura de la reproducción", en AA.VV. (TAMAYO HAYA, S., Dir.): *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Ed. Comares, Granada, 2015, pág. 127.

[31] SJPI (Procedimiento Civil) 15 septiembre 2010 (rec. núm. 193/2010).

[32] Ley 8 junio 1957 sobre el Registro Civil.

[33] SJPI (Procedimiento Civil) 15 septiembre 2010 (rec. núm. 193/2010).

[34] SJPI (Procedimiento Civil) 15 septiembre 2010 (rec. núm. 193/2010).

[35] FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Gestación por sustitución", en AA.VV. (TAMAYO HAYA, S., Dir.): *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Ed. Comares, Granada, 2015, pág. 146.

[36] Instrucción 5 octubre 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

[37] VELA SÁNCHEZ, A.J.: *óp. cit.*, pág. 55.

[38] VELA SÁNCHEZ, A.J.: *óp. cit.*, págs. 57 a 59.

[39] Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Exposición de motivos: "La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores". Apartado 3.d: "Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente".

[40] *Ídem*.

[41] Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, art.7.1 -EDL 1989/16179-: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

[42] Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

[43] Instrucción de 5 de octubre de 2010, *óp. cit.*: "La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido".

[44] SAP Valencia 23 noviembre 2011 (rec. núm. 826/2011) -EDJ 2011/280304-.

[45] L 54/2007, de 28 diciembre, de Adopción internacional -EDL 2007/222582-.

[46] Rgto. (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008 -EDL 2008/96468-, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

[47] VELA SÁNCHEZ, A.J.: *óp. cit.*, págs. 60 a 62.

[48] Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 -EDL 1989/16179-.

[49] VELA SÁNCHEZ, A.J.: *óp. cit.*, págs. 62 y 63.

[50] SAP Valencia 23 noviembre 2011 (rec. núm. 826/2011) -EDJ 2011/280304-.

[51] STS (Sala de lo Civil) 6 febrero 2014 (rec. núm. 835/2013) -EDJ 2014/7037-.

[52] CORREA DA SILVA, W.: *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2021, pág. 151.

[53] *Ídem*, pág. 152.

[54] STS (Sala de lo Civil) 6 febrero 2014 (rec. núm. 835/2013) -EDJ 2014/7037-: "No es posible que la certificación registral californiana acceda al Registro Civil español, puesto que ello vulnera el orden público internacional español. Considera el TS que no basta para que una certificación extranjera pueda acceder al Registro Civil español con que la certificación sea regular y auténtica, sino que, además, conforme al art.23 LRC -EDL 1957/53-, no debe haber duda sobre la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española. Legalidad que el TS rehúye en identificar con un precepto concreto, cuando hubiera podido hacerlo (art.10 Ley de reproducción humana asistida -EDL 2006/58980-), sino que opta por dotar de contenido al concepto más etéreo (y por ello también más discutido) del orden público internacional, que en este caso considera que no puede ser atenuado por la vinculación estrecha del caso con España, aludiendo a la dignidad de la mujer gestante y del niño como eslabones fundamentales del mismo, denostando la mercantilización de la gestación y la filiación, insinuando incluso la creación de una especie de «ciudadanía censitaria» conformada por quienes tienen medios suficientes para poder acceder a este tipo de gestación/filiación".

[55] Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, art.7.1 -EDL 1989/16179-: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

[56] SÁNCHEZ MATÍNEZ, Mª O.: *óp. cit.*, págs. 129 y 130 -EDL 1989/16179-.

[57] FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: *óp. cit.*, págs. 150 a 152.

[58] CALVO CARAVACA, AF., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: "Notas Críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", 2011, pág. 260. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3727376&orden=314076&info=link>.

[59] FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: *óp. cit.*, pág. 158.

[60] L 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil -EDL 2011/136363-, art.9: "En el Registro Civil constarán los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español. Igualmente, se inscribirán los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español".

[61] Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, art.41 -EDL 1958/100-: "Dentro del Ministerio de Justicia, compete a la Dirección General de los Registros y del Notariado la dirección e inspección de los servicios del Registro Civil. En general, le corresponde cumplir y hacer cumplir la Ley, el Reglamento, preparar las propuestas de cuantas disposiciones en la materia hayan de revestir forma de Orden o Real Decreto e informar sobre las cuestiones propias del Registro Civil. Será oído el Ministerio de Asuntos Exteriores sobre las peculiaridades del servicio de libros e impresos en cuanto a los Registros Civiles en el extranjero".

[62] Instrucción 5 octubre 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

[63] "Filiación de los nacidos mediante gestación subrogada o por sustitución", Iberley, 2022. Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ScgaQwwxcQEJ:https://www.iberley.es/temas/filiacion-nacidos-mediante-gestacion-subrogada-sustitucion-66038+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es> (fecha de última revisión: 6 de abril de 2022).

[64] Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

[65] "Filiación de los nacidos mediante gestación subrogada o por sustitución", Iberley, 2022. Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ScgaQwwxcQEJ:https://www.iberley.es/temas/filiacion-nacidos-mediante-gestacion-subrogada-sustitucion-66038+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es> (fecha de última revisión: 6 de abril de 2022).

[66] Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

[67] SAP Murcia 31 enero 2019 (rec. núm. 91/2019) -EDJ 2019/512625-.

- [68] Art.175.1. 3º CC -EDL 1889/1-: "No puede adoptarse: A un descendiente".
- [69] SAP León 21 diciembre 2021 (rec. núm. 370/2020) -EDJ 2020/813152-.
- [70] Art.23 LRC -EDL 2011/136363-: "Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Los asientos se realizarán en lengua castellana o en la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma en que radique el Registro Civil, según la lengua en que esté redactado el documento o en que se realice la manifestación. Si el documento es bilingüe, se realizarán en la lengua indicada por quien lo presente al Registro. Todo ello, siempre que la legislación lingüística de la Comunidad Autónoma prevea la posibilidad de redacción de los asientos de los registros públicos en idioma cooficial distinto del castellano".
- [71] Art. 176 CC -EDL 1889/1-: "Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta".
- [72] Art. 113 CC -EDL 1889/1-: "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. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria".
- [73] Art.24.2 Carta de Derechos Fundamentales de la UE -EDL 2000/94313-: "En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial".
- [74] STS (Sala de lo Civil) 31 marzo 2022 (rec. núm. 1153/2022).
- [75] Art. 131 CC -EDL 1889/1-: "Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado".
- [76] Art. 131 CC -EDL 1889/1-: "Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. **Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada**". (se acentúa el inciso del precepto que alega el MF).
- [77] Art. 9.4 CC -EDL 1889/1-: "La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5".
- [78] Art.35 Convención sobre los Derechos del Niño -EDL 1989/16179-: "Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma".
- [79] A esto mismo se refiere también el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015, cuando dice: "[La Unión Europea] Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos".
- [80] Art. 6 Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer".
- [81] GARCÍA PÉREZ, C.L.: "Gestación por sustitución", en AA.VV. (COBACHO GÓMEZ, J.A., Dir. INIESTA DELGADO, J.J., Coord.): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. 1ra ed., Ed Aranzadi, Pamplona, 2007, págs. 380 y 381.
- [82] *Ídem*, pág. 384.
- [83] LUCAS ESTEVE, A.: *óp. cit.*, pág. 284.
- [84] FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: *óp. cit.*, pág. 138.
- [85] VELA SÁNCHEZ, A.J.: *óp. cit.*, págs. 31 y 32.
- [86] MONGE PÉREZ, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, págs. 319 y 320.
- [87] MONGE PÉREZ, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, págs. 323 a 327.
- [88] *Ídem*, pág. 354.
- [89] Art.6.3 LTRHA -EDL 2006/58980-: "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".
- [90] Art.116 CC -EDL 1889/1-: "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".
- [91] FERRER VANRELL, M.ª P.: "Gestación por sustitución", en AA.VV. (LLEDÓ YAGÜE, F., Dir. OCHOA MARIETA, C., Dir. MONJE BALMASEDA, O., Coord.): *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (L 14/2006, de 26 mayo -EDL 2006/58980-), Ed. Dykinson, Madrid, 2007, págs. 163 y 164.
- [92] MONGE PÉREZ, M.: *óp. cit.*, pág. 356.
- [93] Art.133 CC -EDL 1889/1-: "La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida".
- [94] FERRER VANRELL, M.ª P.: "Gestación por sustitución", en AA.VV. (LLEDÓ YAGÜE, F., Dir. OCHOA MARIETA, C., Dir. MONJE BALMASEDA, O., Coord.): *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (Ley 14/2006, de 26 de mayo -EDL 2006/58980-), Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 164.
- [95] *Ibidem*.

[96] *Ibidem*.

[97] Art. 8.2 L 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida -EDL 2006/58980-.

[98] FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Gestación por sustitución", en AA.VV. (TAMAYO HAYA, S., Dir.): *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Ed. Comares, Granada, 2015, pág.138.

[99] FERRER VANRELL, M.ª. P.: *óp. cit.*, pág. 165.

[100] *Ídem* págs. 165 y 166.

[101] CORREA DA SILVA, W.: *óp. cit.*, págs. 23 a 26.

[102] FERNÁNDEZ, R.: "Adopciones nacionales: menores adoptados en España 2013-2020". Disponible en: <https://es.statista.com/estadisticas/956941/adopciones-nacionales-menores-adoptados-en-espana/> (fecha de última consulta 8 de noviembre de 2021).

[103] STS (Sala de lo Civil) 31 marzo 2022 (rec. núm. 1153/2022).

[104] CORREA DA SILVA, W.: *óp. cit.*, págs. 29 a 41.

El recurso contencioso-administrativo per saltum en materia tributaria

Por: D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Antiguo magistrado del Tribunal Supremo. Socio de Cuatrecasas

I. Introducción. Los fundamentos (materiales y jurídicos) del recurso *per saltum*

1. La tutela judicial de los ciudadanos en materia tributaria dista en no pocas ocasiones de ser efectiva, fundamentalmente por dos razones: (i) la desesperante lentitud en obtener una respuesta definitiva y (ii) el escaso seguimiento que los operadores jurídicos públicos (administraciones fiscales, tribunales económico-administrativos y órganos jurisdiccionales) hacen de los criterios interpretativos sentados por quien constitucional y legalmente tiene encomendada la tarea (el Tribunal Supremo).
2. Atendidas las causas de ese déficit, son dos los tipos de medidas que deberían ser adoptadas: las enderezadas a acortar los tiempos de resolución y las destinadas a homogeneizar los criterios y a otorgar fuerza vinculante a los pronunciamientos interpretativos del Alto Tribunal. En las próximas líneas voy a centrarme en el análisis de una de las medidas que podrían coadyuvar al primer empeño, ya presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: *el recurso contencioso-administrativo per saltum*.
3. Esta modalidad de impugnación, que habilita para acudir directamente a la vía contencioso-administrativo con el objeto de cuestionar un acto procedente de la Administración tributaria, constituye un expediente útil para evitar el "peregrinaje jurisdiccional" en aquellos casos en los que la pretensión no pueda ser satisfecha en la vía de recurso administrativo o económico-administrativo, porque el único fundamento de la pretensión sea (i) la inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley que da cobertura al acto administrativo discutido o (ii) la oposición al Derecho de la Unión Europea de la norma interna o de la práctica administrativa o judicial en que aquel acto se ampara.
4. A diferencia de los jueces y tribunales, que no están ciegamente vinculados a los reglamentos y que pueden inaplicarlos cuando vulneren la Constitución, una ley o un reglamento de superior rango (art.6 LOPJ -EDL 1985/8754-), [1] los órganos administrativos de gestión e inspección y los de revisión económico-administrativa, incluido el Tribunal Económico-administrativo Central (TEAC), están positivamente vinculados a los productos de la potestad reglamentaria, sin que puedan juzgarlos o soslayarlos en un caso concreto (principio de "inderogabilidad singular" de los reglamentos -art.37.1 LPAC -EDL 2015/166690- [2]). De modo que, si en un recurso administrativo o en una reclamación económico-administrativa se impugna un acto singular con fundamento en que la norma reglamentaria que le da cobertura infringe una norma de superior rango, la respuesta no será otra que la desestimación de la acción (o su inadmisión) porque el órgano administrativo de revisión no puede satisfacer la pretensión. En otras palabras, la acción dirigida a obtener la anulación del acto recurrido con tal fundamento está condenada al fracaso, incluso antes de nacer, desde la propia configuración normativa del cauce de revisión.
5. Tampoco, con toda obviedad, pueden las Administraciones públicas juzgar la Ley, separarse de ella o dejarla inaplicada. Recuértese que están plenamente sometidas a la Ley y al Derecho con arreglo al art.103.1 CE de 1978 -EDL 1978/3879-. [3] En este aspecto, comparten sometimiento con los jueces y tribunales, que también se encuentran subordinados a la Ley (art.117.1 CE), [4] a ella y sólo a ella, y en primer lugar a la Ley constitucional (art.9.1 CE). [5]
6. Pero los jueces y tribunales disponen de la herramienta de la cuestión de inconstitucionalidad para conciliar su doble sujeción a la Ley y a la Constitución. [6] Mediante ella pueden plantear al Tribunal Constitucional sus dudas sobre la constitucionalidad de la norma legal de cuya validez dependa el fallo que están llamados a adoptar, al objeto de que se pronuncie sobre el particular y, si ha lugar, declare su nulidad. Una vez producido el juicio sobre la constitucionalidad de la norma legal, el máximo intérprete de la Constitución devuelve el dominio del pleito al juez remitente, para que resuelva el litigio en consecuencia.
7. Por el contrario, la Administraciones públicas carecen de esa facultad. Ante la Ley deben someterse sin discusión alguna, ni siquiera pueden dirigirse al Tribunal Constitucional para que se pronuncie. Por lo tanto, todo recurso administrativo o económico-administrativo sustentado exclusivamente en la inconstitucionalidad de la norma legal que ampara al acto de aplicación de los tributos impugnado resultará manifiestamente inútil e ineficaz para obtener el resultado querido. Ante tal planteamiento, al órgano llamado a resolver la impugnación no le queda otra opción que desestimarla (o inadmitirla), al carecer de competencia para pronunciarse sobre los fundamentos de la pretensión o preguntar a quien sí puede hacerlo, incluso en el hipotético caso de que los comparta.
8. De otra parte, si el recurso administrativo o la reclamación económico-administrativa se sustenta en la infracción de una norma del ordenamiento jurídico de la Unión Europea que deba ser interpretada o cuya validez proceda ser cuestionada, en la medida en que los órganos de aplicación de los tributos, como los de revisión, no pueden plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) cuestiones prejudiciales, tanto de interpretación como de validez, se originaría una situación igual de frustrante que la ya expuesta, pues el recurso administrativo o la reclamación económico-administrativa nacerían muertos; nunca podrían ser estimados con fundamento en tal razón, puesto que en su seno jamás se obtendría, ni siquiera a título prejudicial, la respuesta interpretativa o de validez que reclama la decisión.
9. Ciertamente, en el pasado, los órganos económicos-administrativos han planteado al TJUE alguna cuestión prejudicial, pero la situación ha cambiado en la actualidad. En este punto, se debe tener particularmente en cuenta que la Gran Sala del TJUE, en sentencia de 21 enero 2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17) -EDJ 2020/500447-, ha negado legitimación a los "tribunales" económicos administrativos para plantear cuestiones prejudiciales, pues no son órganos jurisdiccionales en el sentido del art.267 TFUE -EDL 1957/52- [7], por no reunir el requisito de independencia que la jurisprudencia comunitaria exige para considerar "jurisdiccional" a un órgano nacional a los efectos de establecer el diálogo prejudicial entre los jueces nacionales y el TJUE. [8]
10. En estas situaciones, en las que se conoce de antemano la imposibilidad material de que la pretensión sea satisfecha, debiendo ser desestimada para que el recurrente o reclamante se dirija al órgano jurisdiccional competente y que, en cada caso, se encuentra habilitado para controlar la legalidad de un reglamento, plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional o remitir una cuestión prejudicial al TJUE, debería reconocer al interesado el derecho a acudir directamente a la vía jurisdiccional sin forzarle a consumir el tiempo necesario para agotar unas vías administrativa y económico-administrativa que resultan manifiestamente improcedentes para obtener el resultado querido.

II. El reconocimiento por el Tribunal Supremo del recurso *per saltum* en los supuestos de ilegalidad del reglamento o de inconstitucionalidad de la norma legal que da cobertura al acto de aplicación de los tributos

11. La doctrina y la justificación normativa para el recurso *per saltum* ya ha sido construida por el STS 21 mayo 2018 (RC 113/2017, ES:TS:2018:2054) -EDJ 2018/91000-, en relación con un recurso contencioso-administrativo en el ámbito de la tributación local.
12. Un contribuyente, sin interponer el previo y preceptivo recurso de reposición, acudió directamente a la vía jurisdiccional porque, sustentándose su pretensión exclusivamente en la inconstitucionalidad de la regulación del Impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana contenida en el art.107 TRLHL -EDL 2004/2992-, [9] [10] dicho recurso administrativo resultaba un remedio manifiestamente improcedente. El recurso contencioso-administrativo fue rechazado *in limine litis* por falta de agotamiento de la vía administrativa previa.
13. Interpuesto recurso de casación, fue estimado en la referida sentencia, que fijó como doctrina jurisprudencial que «[c]uando se discute exclusivamente la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que dan cobertura a los actos de aplicación de los tributos y restantes ingresos de Derecho Público de las entidades

locales, cuestión respecto de la que éstas carecen de competencia para pronunciarse o para proponerla a quien tiene competencia para ello, quedando constreñidas a aplicar la norma legal de que se trate, no resulta obligatorio interponer, como presupuesto de procedibilidad del ulterior recurso contencioso-administrativo, el correspondiente recurso administrativo previsto como preceptivo».

14. El sustento constitucional de esta construcción jurisprudencial se encuentra en la efectividad del derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE -EDL 1978/3879-).

15. Afirma el Tribunal Supremo en esa sentencia que el establecimiento de recursos en vía administrativa, manifestación de la "autotutela declarativa", así como la consideración del agotamiento de dichos recursos como presupuesto procesal para la viabilidad de la impugnación jurisdiccional de los actos y disposiciones de las Administraciones Públicas (art.106.1 CE -EDL 1978/3879-), constituyen una legítima opción del legislador, pero no resultan una exigencia ineludible del Poder Constituyente. Ninguna tacha de constitucionalidad cabría oponer a un diseño legal en el que se prescindiera de la revisión en vía administrativa de los actos y disposiciones emanados de las Administraciones públicas.

16. Ahora bien, dado que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal y dado que el legislador ha optado porque, en virtud de la autotutela declarativa, antes de impetrar la protección judicial, los administrados interpongan los recursos administrativos que determine la ley con el fin de solventar el litigio ante la propia Administración, cuya interposición constituye presupuesto para la admisión de la posterior acción jurisdiccional, cabe preguntarse por la legitimidad constitucional de exigir la interposición de un recurso que resulta manifiestamente improcedente para alcanzar ese objetivo, esto es, para zanjar la discordia en la vía administrativa en virtud de la autotutela declarativa.

17. En otras palabras, el diseño de una vía de recursos administrativos previa al ejercicio de la acción jurisdiccional es una decisión del legislador ordinario que no deriva directamente de la Constitución (en términos constitucionales, es indiferente), pero que, en la medida en que así se disponga, se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental de configuración legal. Siendo todo ello así, se ha de dudar del ajuste al contenido esencial del mencionado derecho fundamental de una interpretación de los recursos administrativos preceptivos que los convierta en un "peaje" que ineluctablemente deban pagar los administrados antes de solicitar la tutela judicial (art.24.1 CE -EDL 1978/3879-) y hacerse efectivo el control que demanda el art.106.1 CE, incluso en situaciones en las que, notoriamente, el recurso administrativo no puede dar satisfacción bajo ninguna circunstancia a la pretensión del recurrente. Así ocurre cuando el único fundamento de la impugnación es la ilegalidad de la norma reglamentaria que da cobertura al acto impugnado, la inconstitucionalidad de la ley que hace lo propio o la oposición al Derecho de la Unión Europea de la norma -legal o reglamentaria- de que se trate.

18. El Tribunal Supremo recuerda en esa sentencia que el establecimiento de un sistema de recursos preceptivos, previos a ejercicio de la acción jurisdiccional, se justifica en brindar a la Administración autora de un acto o de una disposición la posibilidad de satisfacer la pretensión del administrado afectado y que los discute, sin necesidad de acudir a la jurisdicción. Por lo tanto, la exigencia de la interposición de un recurso en vía administrativa que se revelara abiertamente improcedente para el éxito de la pretensión resultaría desproporcionada y vulneradora del derecho a obtener la tutela judicial efectiva.

19. Para el Alto Tribunal, la plenitud de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (art.24.1 CE -EDL 1978/3879-) es incompatible con demoras impuestas por la interposición de recursos administrativos ostensiblemente ineficaces e inútiles para alcanzar el fin que los justifica.

20. La sentencia se refiere exclusivamente a supuestos de impugnación de actos tributarios locales cuya norma de cobertura se considere inconstitucional, pero su argumentación resulta perfectamente extrapolable a los supuestos de impugnación de actos administrativos, tributarios o no, dictados por cualquier Administración, en los que únicamente se invoque la ilegalidad o la inconstitucionalidad de las normas que los fundamentan.

III. El Tribunal Supremo aparentemente se desdice y no reconoce el recurso contencioso-administrativo *per saltum* cuando se invoque la vulneración del Derecho de la Unión Europea

21. En sentencia de 16 noviembre 2021 (RC 2871/2020, ES:TS:2021:4371) -EDJ 2021/760180-, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en relación con la cuestión de si resulta preciso agotar la vía económico-administrativa previa con anterioridad a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la decisión sobre el fondo del asunto, a los efectos de constatar la adecuación de una determinada actuación tributaria al Derecho de la Unión Europea, dependa exclusivamente de una concreta decisión sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión.

22. Razona el Tribunal Supremo en esta sentencia que será necesario agotar la vía administrativa previa (reclamación económica administrativa, incluida), aun cuando la decisión sobre el fondo del asunto dependa exclusivamente de la interpretación del Derecho de la Unión Europea, porque corresponde a los tribunales económico-administrativos garantizar su correcta aplicación en los términos que se derivan de la jurisprudencia del TJUE.

23. Esta conclusión es vasalla de la jurisprudencia del propio TJUE, conforme a la que las autoridades nacionales competentes (en su conjunto, no sólo las judiciales) están obligadas a garantizar la aplicación del Derecho de la Unión al adoptar sus resoluciones e inaplicar, si fuere menester, las normas del ordenamiento jurídico interno que resulten contrarias a las disposiciones del Derecho de la Unión dotadas de efecto directo. Así lo recordó el TJUE en relación con los tribunales económico-administrativos en el apartado 78 de la citada sentencia *Banco de Santander*, reiterando su jurisprudencia al respecto, en particular, la sentencia 22 junio 1989, Costanzo (103/88, EU:C:1989:256, apartados 30 a 33) -EDJ 1989/18770-.

24. En otras palabras, al adoptar sus actos, las Administraciones públicas, en su condición de poder público interno, no se encuentran sin más "constreñidas a aplicar" el Derecho nacional ni deben someterse sin discusión alguna a sus dictados, pues tienen la obligación de "garantizar la aplicación del Derecho de la Unión", a través, entre otros, de los mecanismos que enuncia el propio TJUE en la sentencia *Banco de Santander*, como el de la inaplicación -en determinadas circunstancias- de las disposiciones nacionales contrarias al Derecho de la Unión o, más allá de los explícitamente apuntados por la referida sentencia, a través del "principio de interpretación conforme".

25. Si ello es así, concluye el Tribunal Supremo, la vía administrativa previa y la económico-administrativa no se relevan notoriamente improcedentes para alcanzar el objetivo del recurrente, pues los órganos de la Administración activa y los económico-administrativos están positivamente obligados a, en su caso, desplazar la norma interna y aplicar la disposición del Derecho de la Unión de que se trate, que goza de primacía y de efecto directo.

26. En mi opinión, este pronunciamiento del Tribunal Supremo es consecuencia de un exceso del TJUE en la sentencia *Banco de Santander* que, siguiendo la línea que abrió en la sentencia *Cozanzo*, al tiempo de negar a los órganos económico-administrativos la posibilidad de remitirle reenvíos prejudiciales por no ser órganos jurisdiccionales al carecer de la nota de la independencia, les habilita (y obliga) a interpretar por su propia autoridad el Derecho de la Unión, incluso a juzgar su validez, algo que no puede hacer en ningún caso un tribunal de justicia independiente que resuelva en última instancia, forzado a utilizar el instrumento del art.267 TFUE -EDL 1957/52-, obligación que sólo le cabe eludir, siempre y cuando la cuestión sea de interpretación (en las de validez la obligación nunca decae), si se dan las estrictas condiciones señaladas en la doctrina CILFIT. [11] Todo lo cual no deja de ser en cierto modo contradictorio: se les considera inhábiles para la tarea menor (preguntar, vía cuestión prejudicial, a quien, con excepciones muy contadas, tiene el monopolio de interpretación del Derecho de la Unión), pero se les fuerza a llevar a cabo la mayor (interpretar por sí la regla comunitaria y, en el caso de que consideren que la norma nacional se opone a ella, soslayar esta última, dando efectividad a aquella primera).

27. En mi opinión, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 noviembre 2021 -EDJ 2021/760180- es doctrinaria en exceso y desconoce la realidad del funcionamiento de la vía económico-administrativa cuando se plantean cuestiones atinentes al Derecho de la Unión Europea, casos en los que la respuesta del órgano económico-administrativo era, como norma general, la inadmisión de la reclamación por falta de competencia del órgano revisor, salvo que el TJUE hubiese ya establecido la interpretación de la disposición comunitaria. [12]

28. No obstante, en una reciente resolución de 11 julio 2022 (reclamación 3686/2020) -EDD 2022/26844-, siguiendo la pauta marcada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de noviembre de 2021 -EDJ 2021/760180-, el TEAC ha resuelto que, teniendo los tribunales económico-administrativos el deber de pronunciarse sobre la posible vulneración del Derecho de la Unión por las normas nacionales, no cabe la inadmisión de una reclamación basándose en la falta de competencia para decidir sobre la adecuación de la norma nacional al Derecho de la Unión.

29. Ahora bien, esta resolución no resuelve la aporía inherente al hecho de que, obligados a resolver la reclamación (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2021 -EDJ 2021/760180-), no puedan dirigirse al TJUE planteándole una cuestión prejudicial (sentencia del TJUE *Banco de Santander*). En la mayoría de los supuestos, salvo aquellos en los que se den las condiciones CILFIT, para saber si la norma interna se opone a la comunitaria resultará imprescindible conocer el alcance de esta última, tarea para la que el único órgano competente es el TJUE, cuya intervención los órganos económico-administrativos no pueden recabar. Dado que, como ha resuelto el TEAC en la reciente resolución de 2022, en tales situaciones no pueden inadmitir la reclamación, deberán resolver aquella oposición mediante un entendimiento propio de la disposición de la Unión comprometida, entendimiento que puede desembocar en dos escenarios distintos.

30. El primero consiste en que, si la reclamación es estimada por considerarse que la norma interna se opone al Derecho de la Unión, el reclamante no impugnará la decisión económico-administrativa y funcionará en el sistema doméstico español un entendimiento de la norma comunitaria no establecido por el TJUE con el riesgo de romper la uniformidad en la interpretación y en la aplicación del ordenamiento jurídico de la Unión, razón de ser del mecanismo prejudicial.

31. En el segundo escenario (caso de que la reclamación sea desestimada porque el órgano de revisión entienda que la disposición del Derecho de la Unión, según él la interpreta, no se opone a la norma nacional que da cobertura al acto administrativo reclamado) la discusión continuará con la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo, en cuyo devenir jurisdiccional algún tribunal de justicia (el que resuelva el asunto en última instancia -art.267 TFUE -EDL 1957/52-, tercer párrafo-) estará obligado a dirigirse a título prejudicial al TJUE para preguntarle sobre la interpretación del Derecho de la Unión, con lo que la fijada por el órgano económico-administrativo tendrá carácter interino y sobre ella penderá siempre la espada de Damocles de su caducidad.

32. Se obliga así al administrado a transitar un camino preclusivo e inhábil para resolver la cuestión, con los costes temporales y de otro orden que ello comporta, cerrándole la posibilidad de que, desde el inicio, pueda dirigirse a un órgano que, por ser jurisdiccional, resulte competente para dirigirse al TJUE a fin de que éste suministre la respuesta exegética imprescindible para zanjar la contienda.

33. Al obligar a los interesados a recorrer una vía, la económico-administrativa, que consume varios años y que se sabe de antemano inútil a la luz del criterio sentado por el TJUE en la sentencia *Banco de Santander*, la interpretación contenida en la STS 16 noviembre 2021 -EDJ 2021/760180-, seguida por el TEAC en la resolución de 11 julio 2022 -EDD 2022/26844-, bien pudiera contradecir el principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, conforme al que las normas procesales nacionales no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, para cuya valoración se deben tomar en consideración, entre otros criterios, el "buen desarrollo del procedimiento", [13] que mal se compadece con la obligación de encauzarse por una vía de reclamación que, con toda normalidad, se demora durante varios años (entre 2 y 5) y que se sabe inútil para el objetivo perseguido.

34. Además, reconociendo el recurso contencioso-administrativo *per saltum* para los casos en los que el fundamento exclusivo de la pretensión sea la inconstitucionalidad de la norma legal o la ilegalidad de la disposición reglamentaria que otorga cobertura al acto impugnado, y no en los supuestos en los que ese exclusivo fundamento radique en la oposición al Derecho de la Unión Europea, creo que el Tribunal Supremo desconoce otro de los principios nucleares del "Derecho procesal comunitario": el principio de equivalencia. Con arreglo a este último principio, las normas que se aplican para el ejercicio de los derechos fundados en el ordenamiento jurídico de la Unión no deben ser distintas de las que se toman en consideración cuando se trata de hacer valer los derechos que encuentran sustento en el ordenamiento doméstico. [14]

35. En el estado actual de nuestra jurisprudencia, existe un recurso contencioso-administrativo *per saltum* en los casos en los que se invoca la inconstitucionalidad o la ilegalidad interna de la norma que da cobertura al acto recurrido, aliviando al contribuyente que lo recurre de la obligación de transitar un largo camino que no lleva a ninguna parte y que se sabe inútil, peregrinaje que debe, sin embargo, afrontar si su impugnación se sustenta en la infracción del Derecho de la Unión. Creo que no es la mejor forma de que el Reino de España cumpla con las exigencias que el principio de equivalencia le impone desde su incorporación a la Unión.

Notas:

[1] LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial -EDL 1985/8754- (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985): *Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.*

[2] L 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas -EDL 2015/166690- (BOE núm. 236, de 2 de octubre): *Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas procedan de un órgano de igual o superior jerarquía al que dictó la disposición general.*

[3] *La Administración Pública [...] actúa [...] con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*

[4] *La justicia [...] se administra [...] por Jueces y Magistrados [...] sometidos únicamente al imperio de la ley.*

[5] *Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.*

[6] *Vid., por todas, las STC 17/1981 -EDJ 1981/17- (ES:TC:1981:17, FJ 1º) y 94/1986 -EDJ 1986/94- (ES:TC:1986:94, FJ 2º).*

[7] *Versión consolidada en el DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010, p. 47.*

[8] *En realidad, los órganos económico-administrativos no han hecho un uso muy intenso de la herramienta prejudicial durante el tiempo en que se encontraban habilitados para ello. La primera ocasión fue en 1991. El TEAC planteó dos cuestiones prejudiciales (asuntos acumulados C-260/91 y C-261/91), resueltas en la sentencia de 1 de julio de 1993, *Diversint e Iberlacta* (EU:C:1993:136). La segunda oportunidad la brindó el conocido asunto *Gabalfa* y otros (asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98), cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Económico-administrativo Regional de Cataluña y solventadas en la sentencia de 21 de marzo de 2000 (EU:C:2000:145). La siguiente ocasión fue la que dio lugar a la sentencia *Banco de Santander*. Existe un cuarto reenvío prejudicial (asuntos C-694/18 a C-697/18), *Ente Público Radio Televisión Madrid* y otros, cuestiones prejudiciales dirigidas también por el TEAC que, a la vista de la jurisprudencia *Banco de Santander*, fue archivado mediante auto de 11 de marzo de 2020 (EU:C:2020:418), tras manifestar el órgano remitidor que no mantenía sus peticiones de decisión prejudicial. Así pues, cuatro reenvíos prejudiciales procedentes de órganos de revisión económico-administrativa desde que España se incorporó a las entonces Comunidades Europeas el 1 de enero de 1986.*

[9] Aprobado por el RDLeg 2/2004, de 5 marzo -EDL 2004/2992- (BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2004).

[10] *La STC 182/2021, de 26 de octubre -EDJ 2021/722069- (ES:TC:2021:182) ha declarado incondicionalmente inconstitucionales y nulos los apartados 1, segundo párrafo, 2.a) y 4 de dicho precepto porque el sistema objetivo y obligatorio que establecen para la determinación de la base imponible del mencionado tributo es contrario al principio de capacidad económica del art.31.1 CE -EDL 1978/3879-. Ya lo había dicho con anterioridad, para los casos en los que quedaban sometidas a gravamen situaciones de inexistencia de incremento del valor (STC 26/2017, de 16 de febrero -EDJ 2017/5783-, ES:TC:2017:26) o en los que la cuota tributaria a satisfacer era superior al incremento patrimonial realmente obtenido por el contribuyente (STC 126/2019, de 31 de octubre -EDJ 2019/722724-, ES:TS:2019:126).*

[11] STJUE 6 octubre 1982 (C-283/81, EU:C:1982:335) -[EDJ 1982/11559](#)-.

[12] *V.gr., la resolución del TEAC de 8 marzo 2018 (3888/2016, FD 5º) -[EDD 2018/18276](#)-.*

[13] STJUE 6 octubre 1982 (C-283/81, EU:C:1982:335) -[EDJ 1982/11559](#)-.

[14] *V.gr., la resolución del TEAC de 8 marzo 2018 (3888/2016 -[EDD 2018/18276](#)-, FD 5º).*

Efectos del despido nulo en la relación laboral especial de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar

Por: D. Francisco Javier Lluch Corell

Presidente de la Sala de lo Social del TSJ Comunidad Valenciana

En el Boletín Oficial del Estado del día 8 de septiembre de 2022 se publicó el RDL 16/2022, de 6 septiembre -EDL 2022/30162-, para la mejora de las condiciones de trabajo y Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar, cuyo objetivo -así se declara en el primer párrafo de la exposición de motivos- es equiparar las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras del hogar familiar a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, descartando aquella diferencias que no solo no responden a razones justificadas, sino que además sitúan a ese colectivo de personas trabajadoras en una situación de desventaja particular y que, por tanto, pueden resultar discriminatorias.

De entre las muchas novedades que se introducen en este Real Decreto-ley que afectan a esta relación laboral especial, nos queremos centrar en un aspecto que afecta a la extinción del contrato de trabajo.

En el apartado tres del artículo quinto de la norma en cuestión, se acuerda la modificación del art.11 RD 1620/2011, de 14 noviembre -EDL 2011/255449-, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. De modo que se da una nueva redacción a ese precepto cuyo apartado 1 dice, ahora, lo siguiente: "La relación laboral de carácter especial del hogar familiar podrá extinguirse por las causas establecidas en el art.49.1 ET -EDL 2015/182832-, aplicándose la normativa laboral común, salvo en lo que resulta incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación".

Lo que se pregunta a los expertos de este foro, es que nos den su opinión sobre si la salvedad que contiene este último inciso supone que no se aplique a esta relación laboral la previsión contenida en el apartado 6 art.55 ET -EDL 2015/182832-, que dispone que el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión del trabajador, con el abono de los salarios dejados de percibir.

Hay que tener en cuenta que según el art.55.5 en su párrafo primero, es nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Pero, también, que en la propia exposición de motivos del RDL 16/2022 -EDL 2022/30162- se reconoce como particularidad relevante en este tipo de actividad laboral el hecho de que la prestación de servicios se produce en el ámbito privado, si bien, pese a ello, no parece que la norma contenga una previsión específica para los casos en que pudiera declararse la nulidad del despido.

D. Juan Martínez
Moya
Magistrado de la Sala
de lo Social del TSJ
Murcia

1. La cuestión planteada está ceñida en determinar si la declaración de nulidad de la decisión extintiva realizada por la empleadora debe comportar "ope legis" -esto es automáticamente, porque está prevista en la ley-, la readmisión de la persona empleada en el hogar familiar, o bien esta consecuencia "resulta incompatible con las peculiaridades del carácter especial de esta relación" tal y como dispone, a modo de salvedad, el inciso último del art.11 RD 1620/2011, de 14 noviembre -EDL 2011/255449-, en la nueva versión dada por el RDL 16/2022, de 6 septiembre -EDL 2022/30162-.

2. Para resolver la duda planteada, la propia Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) ofrece bases normativas seguras y coherentes para ello. Es ante todo una problemática ejecutiva de un despido ilícito, en la vertiente de nulidad. No es tanto un problema de declaración de nulidad como de ejecución. Como razonaremos más detenidamente, si la extinción de esta relación laboral especial ha producido una lesión constitucional en los derechos la persona trabajadora en el hogar familiar, la consecuencia, pura y simplemente, es la prevista en la ley para estos supuestos: la readmisión. No puede ser otra. Lo contrario sería hacer una interpretación extensiva de esa estricta "excepción de incompatibilidad" referida en la nueva versión del art.11 -EDL 2011/222121- contraria a los derechos que la ley confiere a los trabajadores en caso de despido nulo. Una limitación que se traduzca en excluir la readmisión obligatoria en estos casos incidiría en el contenido esencial del derecho constitucional que ha sido conculcado en lo que afecta a su modo de reparación. De admitirse tal clase de limitación, ésta debería concretarse expresamente en normativa de rango adecuado, y no consta que sea así. Cosa diferente es que la sede natural de resolución de estos conflictos -insistimos- no se encuentre en la fase de declaración sino en la de ejecución.

3. Desde un plano teórico, doctrina autorizada (Ríos Salmerón, Bartolomé. Ejecución provisional y definitiva del despido págs. 111 y ss. en Estudios sobre el despido, Homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar, Universidad Complutense de Madrid, 1996-), ha venido señalado que las respuestas que las legislaciones han dado a la ejecución del despido ilícito es producto de una evolución. En un primer momento, el dogma la incoercibilidad a las condenas de hacer, como es la de readmitir al despedido, tenían su solución a través de una reparación por equivalente (la indemnización). En un segundo estadio, se establecieron medidas indirectas dirigidas a doblegar la voluntad del rebelde empleador a fin de que readmita. A tal efecto se empezaron a incorporar técnicas legislativas dirigidas a imponer multas, establecer mecanismos de opción entre reincorporar al trabajador o sufrir presión económica sobre los bienes. También las legislaciones occidentales dispusieron medidas directas con las que perseguir la readmisión, si bien unas eran de máxima intensidad (manu militari) y otras medidas de intensidad media que reconducirían a reavivar y perpetuar el contrato en la posición de crédito del trabajador, mediante el pago de salarios y cobertura de seguridad social durante ese periodo.

3. Trasladados estos esquemas teóricos a la realidad del ordenamiento jurídico español y al problema que se nos plantea podemos extraer las siguientes conclusiones:

(1ª) Como punto de partida, resulta indubitado e incuestionable, el pronunciamiento de declaración de nulidad de un despido en la relación laboral de carácter especial de personas trabajadoras al servicio del hogar familiar cuando haya tenido por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Por tanto, que el pronunciamiento de nulidad no está excluido para la extinción por lesión constitucional de derechos en esta relación laboral especial. De ello hay ejemplos patentes en la jurisprudencia, que oscilan: (a) desde el clásico supuesto normal que confirma la declaración que en la relación laboral especial de personas empleadas del hogar, hay despido tácito y no dimisión de la persona trabajadora, cuando se ha producido la baja en la seguridad social sin comunicación ni formalidad alguna, estableciendo como consecuencias las propias del despido improcedente al disponer expresamente la opción entre la readmisión de la demandante con abono de los salarios dejados de percibir, o el abono de la correspondiente indemnización. STS (Social) 14 febrero 2022 -EDJ 2022/509871- (ECLI:ES:TS: 2022:579); (b) a la STS 11 enero de 2022 -EDJ 2022/501069- (ECLI:ES:TS: 2022:61) que afirma que la extinción del contrato de trabajo de una empleada al servicio del hogar familiar que está embarazada es nula, aunque la empleadora desconozca la situación de embarazo; si bien esta sentencia se queda

en la declaración de nulidad y nada dice sobre obligatoriedad de la readmisión al no ser objeto del proceso.

(2º) Un paso más viene dado por la interesante del STSJ Andalucía/Sevilla STSJ, Social sección 1 de 14 julio 2022 -EDJ 2022/694408- (ECLI:ES:TSJAND:2022:9801) que afirma, con rotundidad y sin ambages, que “una extinción unilateral discriminatoria por embarazo tiene una sola consecuencia: la readmisión obligatoria”; y “aplica la regla de inalienabilidad ante extinciones unilaterales discriminatorias o que vulneren derechos fundamentales en las que a pesar de que el ofensor u ofendida estén dispuestos a pagar una cantidad no cabe consentir que se ejecute su voluntad”. Precisa que procede la “aplicación del art.55.6 ET -EDL 2015/182832- sin excepción”, aduciendo razones socio-laborales y de mercado al indicar que “se debe superar el nominalismo de la regulación del servicio doméstico pues nos encontramos ante un amplio mercado, muy eficiente (un elevado porcentaje, el 14,4%, de nuestros hogares cuenta con servicio doméstico prestado de forma regular) en que los empresarios son un enorme número de ciudadanos normales y corrientes que no pueden negar su condición de empleadores y sin que podamos compartir las falacias del preámbulo de la norma que cualquier lector no avisado puede pensar que el servicio doméstico no forma parte de la economía de mercado. Como si no se prestase a cambio de una contraprestación económica, en su mayor parte monetaria; es una obviedad que las empleadas domésticas no trabajan por placer ni amor al arte, y aún menos por devoción a sus empleadores”. Al tiempo que crítica, calificando de falaces, lo que se dice en el preámbulo de la norma cuando “se recurre al subterfugio de dotar al hogar de un “titular” cuando, en nuestra práctica jurisdiccional, para identificar al empleador hay que acudir al concepto general de empresario laboral, definido en el ET” (...) y a “la apelación a la confianza (que) es otra falacia que no puede justificar la excepcionalidad del régimen pues los activos de los hogares suelen ser menos valiosos que los de las empresas y, en la regulación del mercado de trabajo no se opta por dar importancia la confianza salvo en el ámbito de los contratos de dirección, en el resto esa variable carece de escaso protagonismo en la regulación laboral”.

Adviértase que las afirmaciones de esta sentencia cobran mayor valor y mérito al haberse hecho con antelación a la reciente reforma producida en el RDL 16/2022, de 6 septiembre -EDL 2022/30162-, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. En su preámbulo puede leerse que: “[...] El art.11 es objeto de una intensa remodelación por la cual se eliminan la mayoría de las diferencias que existían con anterioridad y que hacían que la protección frente al despido sin causa fuera muy inferior a la establecida para el resto de las personas trabajadoras por cuenta ajena. (...) [S]e pone de manifiesto en reiteradas sentencias de nuestros Tribunales internos que las personas al servicio del hogar familiar disfrutaban de una tutela de derechos fundamentales muy inferior a la que se prevé en la relación laboral común. [...] La inaplicación en el caso de desistimiento del principio de nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, cuya finalidad es la de proporcionar una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, es prueba palpable de ello”. Y también había un mandato para llevar a cabo una progresiva equiparación del bagaje jurídico de esta relación laboral especial con las causas de extinción del art.49 ET -EDL 2015/182832- para la relación laboral común (disposición adicional 2ª apartado 2 en el RD 1620/2011, de 14 noviembre -EDL 2011/255449-). Con todo, en el RDL 16/2022, de 6 septiembre -EDL 2022/30162- se recuerda que “[...] [h]ay, ciertamente, peculiaridades relevantes en este tipo de actividad laboral derivadas de que la persona empleadora no tiene entidad empresarial, de que la prestación de servicios se produce en un ámbito privado, de la alta variabilidad en las jornadas (desde el tiempo parcial muy reducido a la jornada completa), de la pluralidad, en determinados supuestos, de personas empleadoras y de otras circunstancias. Son factores que, sin duda, deben ser tenidos en cuenta en la configuración de la normativa aplicable a las personas que desarrollan esta actividad en la medida en que tengan una incidencia real en la prestación de los servicios”.

(4º) Se acepte o no esta tesis sobre “readmisión obligatoria incondicionada” hasta sus últimas consecuencias (esto es impidiendo la vinculación de alegaciones referidas a peticiones de la trabajadora o de acuerdos previos como postula la citada sentencia TSJ Andalucía/Sevilla STSJ, Social 14 julio 2022 -EDJ 2022/694408- (ECLI:ES:TSJAND:2022:9801), que puede encontrar asidero en el ámbito de la irrenunciabilidad de derechos (art.3.5 ET -EDL 2015/182832-), es evidente que ese pronunciamiento se hace en el momento declarativo (proceso de declaración) y de solicitarse su cumplimiento, en principio, ha de ser ejecutado en sus propios términos. Ahora bien, ese pronunciamiento resulta perfectamente escindible de lo que pueda ser objeto de ulterior ejecución si se producen incidencias.

(5º) En efecto, en ejecución de esa decisión las medidas directas orientadas a la readmisión forzosa se mantienen y se encauzarán por el trámite de los incidentes en los términos regulados, tanto si de ejecución provisional se trata (art.297 LRJS -EDL 2011/222121-) o cuando para el supuesto de una ejecución de sentencia firme de despido (art.282.1 b). Llegados a este momento de la ejecución no cabe incurrir en confusiones, ni terminológicas ni conceptuales. Una cosa es lo que acontece en el proceso de declaración -la certeza del derecho controvertido (que el despido es nulo, lo que comporta ope legis la readmisión y pagos de salarios de trámite, y por supuesto el pronunciamiento sobre “readmisión obligatoria”)- y otra, conceptualmente diferente es lo que va a decidirse sobre una pretensión ejecutiva o de eficacia judicial. En el momento ejecutivo estamos en el terreno de lo incidental lo que supone un quehacer judicial adicional que se caracteriza por su intercurencia: se allegará en un proceso incurso la ejecución de la sentencia en sus propios términos, interesando el cumplimiento de la readmisión que no se ha logrado voluntariamente. En el proceso de declaración, la pretensión del empleado de hogar quedó satisfecha mediante el enjuiciamiento de las cuestiones planteadas con respecto a la vulneración de prohibiciones constitucionales y conductas discriminatorias y vulneradoras de derechos fundamentales, y en principio, ha de ejecutarse en sus propios términos (art.282.1 b) LRJS en caso de firmeza del pronunciamiento).

(6º) Lo que no se puede impedir es que tras esa declaración judicial de nulidad de la extinción que comporta “la adquisición del derecho a la readmisión” es que pueda acontecer, tanto por razones de dogmática jurídica (la incoercibilidad de las obligaciones de hacer) como legales (la LRJS porque regula estas situaciones), lo siguiente: (a) que las partes lleguen en ejecución a un pacto, lo que sería válido siempre y cuando no encubriera una pura y simple renuncia del trabajador (sino que sea en favor del trabajador) y cuya transacción no exceda de los límites del art.246 LRJS -EDL 2011/222121-; (b) que pueda aplicarse, llegado el caso durante la ejecución, las previsiones del art.286 LRJS sobre imposibilidad de readmisión del trabajador. Y ello a través de una doble vía, con consecuencias comunes (auto de extinción de la relación laboral con abono de indemnizaciones, salarios de trámite en los términos del art.281.2 LRJS): (1) Por una parte, porque se invoquen causas que “material o legalmente” hagan imposible la readmisión. Cabría conjeturar que se pudieran alegar hechos que aludan a la “excepción doméstica”. Así sucede en el campo de la protección de datos donde el ámbito doméstico es un lugar bien específico y singular pues “[...] ciertamente en el hogar familiar su titular y quienes con él conviven ejercen derechos fundamentales de especial importancia y reforzada tutela” (cfr. STS Social 22 julio 2022 -EDJ 2022/645949- (ECLI:ES:TS:2022:3160). En todo caso, estos hechos deberán ser alegados y, en su caso, acreditados por la parte empleadora, y el juez resolverá lo que proceda. (2) O, por otra parte, porque en ejecución, la persona trabajadora que tiene derecho a la readmisión obligatoria exprese su opción -su voluntad- por extinguir la relación laboral, aplicando analógicamente la previsión contenida en el apartado 2 art.286 LRJS -EDL 2011/222121- para los supuestos de acoso o violencia de género.

D. Jesús Sánchez Andrada
Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal

El art.11.1 RD 1620/2011, de 14 noviembre -EDL 2011/255449-, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, en su redacción inicial, establecía que la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguiría conforme a lo previsto en el presente real decreto y en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, excepto por las causas señaladas en las letras h), i) y l) del apartado 1 de dicho artículo, que no resultan compatibles con la naturaleza de la misma.

El RDL 16/2022, de 6 septiembre -EDL 2022/30162-, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, (convalidado en la sesión plenaria del día 6 de octubre 2022, se acordó su tramitación como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia, BCG, Serie D, núm. 511, de 6 octubre 2022), indica en su preámbulo que el art.11 es objeto de una intensa remodelación por la cual se eliminan la mayoría de las diferencias que existían con anterioridad y que hacían que la protección frente al despido sin causa fuera muy inferior a la establecida para el resto de las personas trabajadoras por cuenta ajena, se elimina la figura del desistimiento y como se pone de manifiesto en reiteradas sentencias de nuestros Tribunales internos, las personas al servicio del hogar familiar disfrutaban de una tutela de derechos fundamentales muy inferior a la que se prevé en la relación laboral común. La inaplicación en el caso de desistimiento del principio de nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, cuya finalidad es la de proporcionar una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, es prueba palpable de ello.

Por ello el presente real decreto-ley modifica el art.11 RD 1620/2011, de 14 noviembre -EDL 2011/255449-, para que la extinción, sin perjuicio de las causas comunes previstas en el Estatuto de los Trabajadores, solo pueda producirse por causa justificada en atención a las particularidades de la relación laboral en el hogar, describiendo el precepto, de un lado, las concretas situaciones que habilitarían esta forma especial de extinción y asegurando, de otro lado, que la decisión extintiva ha sido adoptada por la persona empleadora en base a unas circunstancias valorables objetivamente. Así por razón de lo anterior, se recogen como causas que pueden justificar la extinción y sujetas al régimen jurídico previsto en el citado precepto, la disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de su gastos por circunstancia sobrevenida, como por ejemplo la pérdida del trabajo o la declaración de incapacidad para el trabajo de la persona empleadora; la modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescindiera de la persona trabajadora del hogar, como podrían ser, entre otras, la asunción de las citadas tareas por entidad pública o el cambio en las necesidades de cuidado de algún miembro de la unidad familiar; así como el comportamiento de la persona trabajadora que fundamenta de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

En la nueva redacción del art.11.1 -EDL 2011/255449-, se establece que la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar podrá extinguirse por las causas establecidas en el art.49.1 ET -EDL 2015/182832-, aplicándose la normativa laboral común "salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación", por lo que se suprimen las referencias a las causas de despido por fuerza mayor, despido colectivo y causas objetivas, aunque por otro lado se mantengan, por la referencia general a las causas del apartado 1 art.49 ET.

El resto del antiguo articulado, se sustituye por otro, en que, apartado 2, se precisan dos causas de extinción, objetivas, disminución de los ingresos de la unidad familiar y modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar, así como, otra general, que parece sustitutiva del desistimiento, el comportamiento de la persona trabajadora que fundamenta de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora, para a continuación establecer los requisitos de forma de estas extinciones contractuales, iguales a las reguladas en la anterior redacción, para el desistimiento, comunicar por escrito a la persona empleada del hogar, debiendo constar de modo claro e inequívoco la voluntad de la persona empleadora de dar por finalizada la relación laboral y la causa por la que se adopta dicha decisión, simultáneamente a la comunicación deberá poner a disposición de la persona trabajadora una indemnización, en cuantía equivalente al salario correspondiente a doce días por año de servicio con el límite de seis mensualidades y preaviso, de veinte días, desde la comunicación extintiva, si la prestación de servicios hubiera superado la duración de un año y de siete días, en otro caso, teniendo derecho durante el período de preaviso, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo, pudiendo sustituir el empleador, el preaviso, por una indemnización equivalente a los salarios de dicho período, ahora bien, tales requisitos que pudieran entenderse adecuados cuando la extinción viniera provocada por la disminución de los ingresos y modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar, en los cuales el nuevo proceso de extinción pudiera parecer adecuado, no parece serlo, desde un punto de vista razonable, la tercera causa extintiva, el comportamiento de la persona trabajadora que fundamenta de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza, salvo si entendemos, como antes se indicó que esta causa viene a sustituir al desistimiento anterior, indicando finalmente que se presumirá que la persona empleadora ha optado por la aplicación del régimen extintivo del despido regulado en el Estatuto de los Trabajadores, presunción no aplicable por la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización, sin perjuicio de la obligación de la persona empleadora de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta.

En el precepto anterior, ninguna referencia se hacía a los efectos de un posible despido nulo, ni tampoco en el actual, ahora bien, el texto anterior, el art.11.2 -EDL 2011/255449-, establecía que el despido disciplinario del trabajador se producirá, mediante notificación escrita, por las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Ello no obstante, y para el caso de que la jurisdicción competente declare el despido improcedente, las indemnizaciones, que se abonarán íntegramente en metálico, serán equivalentes al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades. En la redacción actual se omite tal referencia, como hemos indicado, remitiéndose exclusivamente a las causas de extinción del art.49.1 ET -EDL 2015/182832-, sin referencia alguna, por tanto, a la calificación del despido, con reenvío al régimen extintivo del despido regulado en el Estatuto de los Trabajadores, tanto si la decisión extintiva es de despido, como si se incumplen los requisitos establecidos por las otras causas de extinción que se establecen, en el art.11.2, referido.

En el art.3.b), del anterior texto, se establecía que con carácter supletorio, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación, será de aplicación la normativa laboral común, lo que ha sido recogido en la modificación actual, sin que se haga ya referencia a que expresamente no será de aplicación el art.33 ET -EDL 2015/182832-.

Pues bien, la exclusión de la referencia al despido nulo, en la legislación anterior de esta relación laboral especial, no ha sido óbice para que los Juzgados y Tribunales aceptaran su posibilidad y así, la STS IV núm. 77, de 29 enero 2020, rec. 2401/2017 -EDJ 2020/512236-, aunque se refiere tan solo al pago de los salarios de tramitación, declara que se considera más correcto, en caso de nulidad del despido de una trabajadora al servicio del hogar familiar, el pago de los mismos hasta el día en que se notifica la sentencia de suplicación que declara la nulidad, razonando que tal solución se funda en que el art.55.5.b) ET -EDL 2015/182832- establece la nulidad del despido de la mujer embarazada, para seguidamente en su número 6 disponer que la declaración de nulidad obliga a la readmisión de la trabajadora con abono de los salarios de tramitación, mandato que reitera el art.113 LJS -EDL 2011/222121- para los mismos supuestos de declaración de nulidad, como no podía ser menos, dado lo dispuesto en el art.10 LO 3/2007, de 22 marzo -EDL 2007/12678-, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, aunque precisa que conviene destacar que en el presente recurso sólo se cuestiona el alcance de los salarios de tramitación a pagar por la empleadora, sin que se susciten otras cuestiones. En la STS IV, núm. 1, de 11 enero 2022, rec. 2099/2019 -EDJ 2022/501069-, aunque referida a la extinción del período de prueba, declara que "a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se le aplican supletoriamente, de conformidad con los art.3 b) y 11.1 RD 1620/2011 -EDL 2011/255449-, las normas de despido del ET. El art.11.1 RD 1620/2011 menciona expresamente al art.49 ET, sin excluir su letra k), sobre "despido del trabajador." Y, en los preceptos de despido del trabajador, el art.55.5 b) ET (en los mismos términos el art.53.4 b) ET) dispone la nulidad objetiva del despido de "las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del período de suspensión a que se refiere la letra a)".

En consecuencia, desde la perspectiva de las normas reguladoras del despido de una empleada de hogar (los art.3 b) y 11.1 RD 1620/2011 conducen, en definitiva, a la aplicación del art.55.5.b) ET), la protección objetiva del embarazo también ha de aplicarse al despido de la trabajadora al servicio del hogar familiar embarazada.

En ambos supuestos no se pronuncian las sentencias, dado que no se cuestiona, los efectos de la declaración de nulidad, lo que si han hecho múltiples sentencias de Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia y no todas con el mismo criterio.

La STSJ Andalucía, Sala Social de Sevilla, núm. 2012, de 21 junio 2018, rec. 1470/2017 -EDJ 2018/558361-, examinando las consecuencias de la nulidad del despido cuando se trata de un empleado de hogar, dado el tipo sui generis de relación que se produce entre quien presta un servicio en el hogar de una familia y los que viven en ella, relación que claramente es de "especial confianza" siendo difícil entender que el empleador de un hogar familiar quiera, después de haber sido despedido el empleado, volver a readmitirlo y soportar esta situación en un ámbito fundamentalmente íntimo como lo es el hogar familiar, indica que los Tribunales Superiores de Justicia han mantenido una solución unánime, considerando que la índole de los bienes jurídicos en juego imponen que, visto que el RD 1620/2011, de 14 noviembre -EDL 2011/255449-, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no contempla el supuesto de despido nulo en este ámbito, cualquiera que sea el tratamiento que se otorgue a estos supuestos, no habría la opción de la readmisión forzosa. La cuestión sobre la que los Tribunales discrepan se centra en determinar si la solución aplicable sería la indemnización prevista para el despido improcedente en el RD 1620/2011 (20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades) o la prevista en el art.56.1 ET -EDL 2015/182832- (33 días de salario por año de servicio con un límite de 20 mensualidades), siendo asimismo unánimes los Tribunales en la consideración de añadir a ello una indemnización adicional, que salvo en el caso de que se solicite expresamente una cuantía concreta, deberá coincidir con los salarios dejados de percibir. Existen sentencias en ambos sentidos. Aceptando la tesis de la indemnización prevista para el despido improcedente en el RD 1620/2011 (20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades) podemos citar las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León de 25-2-2013 -EDJ 2013/16359- y Andalucía con sede en Málaga de 29-11-2017 -EDJ 2017/321411-. Por su parte, con la tesis de la aplicación del régimen común del art.56 ET (33 días de salario por año de servicio con un límite de 20 mensualidades), se sitúan las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid 26-9-2016 -EDJ 2016/206492-, Cataluña de 8-4-2013 -EDJ 2013/91091- y 15-1-2013 -EDJ 2013/24533- y País Vasco de 20-10-2015 -EDJ 2015/230087-, entre otras, concluyendo en el mismo sentido que estas, que la falta de previsión del despido nulo en la normativa especial de empleados de hogar (RD 1620/2011, de 14 noviembre), nos lleva a aplicar la legislación común, por el carácter supletorio expresamente previsto en aquella, siguiéndose por tanto las directrices del art.56 ET para el cálculo de la indemnización.

Alguna sentencia discordante, también, STSJ Andalucía, Sala Social Sevilla, núm. 2108, de 14 julio 2022, rec. 3149/2020 -EDJ 2022/694408-, sobre desistimiento, tras conocer el embarazo de la empleada de hogar, con cita de la STS 11 enero 2022, rec. 2099/2019 -EDJ 2022/501069-, ya comentada, viene a resolver que la aplicación del art. 11 RD 1620/2011 -EDL 2011/255449- no excluye la del citado art.55.5.b) ET -EDL 2015/182832- que dispone la nulidad objetiva del despido de "las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del periodo de suspensión a que se refiere la letra a)" y por tanto el despido de la trabajadora al servicio del hogar familiar embarazada. Se produce una antinomia entre el art.11 RD 1620/2011 y el art.55.6 en relación con el art.55.5.b) ET, el primero no contempla la nulidad de la decisión de extinguir de estas empleadas y el ET sí. Tras el RDL 6/2019 -EDL 2019/6200- la regla solo puede ser la del art.55.6 ET, dada la calificación del art.55.5.b) ET. A igual conclusión llegaríamos si aplicamos el art.6.2 CC -EDL 1889/1-. El carácter de derecho fundamental a la no discriminación, en este caso por razón de sexo en cuanto la demandante es una mujer embarazada, es un argumento para distinguir los casos en los que debe contabilizarse en la valoración de si aumenta el bienestar total limitar la autonomía privada y por tanto no cabe alienar un derecho reconocido por el art.55.6 ET, rechazando incluso, que se puede llegar a un pacto económico compensatorio, por el despido, indicando que debemos aplicar la regla de inalienabilidad ante extinciones unilaterales discriminatorias o que vulneren derechos fundamentales en las que a pesar de que el ofensor u ofendida estén dispuestos a pagar (o recibir) una cantidad no cabe consentir que se ejecute su voluntad. La intervención colectiva vía normativa fija unos criterios de responsabilidad y de valoración dadas las imperfecciones propias del modelo de mercado y por ello, el ordenamiento jurídico, por motivos de orden público, declara la inalienabilidad de las titularidades de los individuos. Se prohíben determinadas transacciones (y, por lo tanto, el juego del mercado) porque colectivamente se consideran intolerables, al margen de la utilidad, que no eficiencia, que tales operaciones pudieran acarrear.

Al igual que se ha resuelto con carácter de casi generalidad que las consecuencias del despido nulo de una empleada de hogar, en casos de embarazo, por discriminación, extensible a cualquier otro derecho fundamental, art.55.5 ET -EDL 2015/182832-, no impone la obligación de readmitir a la trabajadora, por las circunstancias específicas en las que se desenvuelve esta relación, manteniéndose en la anterior regulación que con carácter supletorio, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación, será de aplicación la normativa laboral común, art.3.b) y en la nueva, también, el mismo precepto tal redacción se mantiene y en el art.11.2, que la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar podrá extinguirse por las causas establecidas en el art.49.1 ET, aplicándose la normativa laboral común salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación.

Por ello, ahora debemos concluir que inmodificada la norma en el sentido indicado, la salvedad que contiene este último inciso no supone variación alguna respecto al anterior, por lo que no resultará aplicable la previsión contenida en el apartado 6 del art.55 ET -EDL 2015/182832-, en cuanto a que el despido nulo de las/os, empleadas/os del hogar, sujetos a esta relación laboral especial, no tendrá el efecto de la readmisión del trabajador, con el abono de los salarios dejados de percibir, sino tan solo a la indemnización establecida en el art.56 ET, más otra complementaria, por la violación del derecho fundamental, que salvo en el caso de que se solicite expresamente una cuantía concreta, deberá coincidir con los salarios dejados de percibir.

Dña. Teresa-Pilar Blanco Pertegaz
Magistrado de la Sala de lo Social del TSJ Comunidad Valenciana

La posibilidad de declarar nulo el despido de la persona empleada del hogar no se puede negar de acuerdo con lo establecido en el art.11 RD 1620/2011, de 14 noviembre -EDL 2011/255449-, tanto en su redacción anterior a la reforma introducida por el RDL 16/2022, de 6 septiembre -EDL 2022/30162-, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, como en la redacción dada por el indicado Real Decreto-ley. En este sentido se ha manifestado la reciente STS 11 enero 2022 (RO): STS 61/2022-ECLI:ES:TS:2022:61), Sentencia: 1/2022 Recurso: 2099/2019 -EDJ 2022/501069-, en la que se dilucida la calificación del despido de una empleada del hogar embarazada que tiene lugar en fecha anterior a la reforma del art.11 RD 1620/2011 y en la que se dice que dicho despido se ha de calificar como nulo por cuanto que "a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se le aplican supletoriamente, de conformidad con los art.3 b) y 11.1 RD 1620/2011 menciona expresamente al art.49 ET -EDL 2015/182832-, sin excluir su letra k), sobre "despido del trabajador."

Y, en los preceptos de despido del trabajador, el art.55.5 b) ET -EDL 2015/182832- (en los mismos términos el art.53.4 b) ET dispone la nulidad objetiva del despido de "las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del periodo de suspensión a que se refiere la letra a)".

Y declarada la nulidad del despido de la persona empleada del hogar las consecuencias de dicha declaración no pueden ser otras que las previstas en el apartado 5 art.55 ET -EDL 2015/182832- y en el art.113 LRJS -EDL 2011/222121- es decir, la readmisión inmediata de la

persona trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir y ello tanto porque el RD 1620/2011 -EDL 2011/255449-, no prevé otras consecuencias legales distintas para el despido nulo como porque el art.3.b RD 1620/2011 en la redacción dada por la indicada reforma, establece la aplicación con carácter supletorio de la normativa laboral común si bien en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación y, a su vez, el art.11.1 RD 1620/2011 prevé la aplicación de la normativa laboral común a las causas de extinción previstas en el art.49.1, salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades del carácter especial de esta relación. Para excluir del régimen laboral de empleados de hogar la aplicación de las consecuencias legales que establece la normativa laboral común para el despido nulo el legislador o bien tendría que haber previsto otras consecuencias distintas o bien haber excluido la declaración de nulidad para el despido de las personas empleadas del hogar. Como no ha optado por ninguna de dichas opciones no hay fundamento legal para excluir del despido nulo de las personas empleadas del hogar las consecuencias legales establecidas por la normativa laboral común para dicha calificación del despido. Pero es que además la conclusión expuesta viene avalada por la perspectiva de género que como indica la sentencia del Tribunal Supremo antes reseñada, ha de presidir la interpretación y aplicación de las normas (art.4 y 15 LO 3/2007, de 22 marzo -EDL 2007/12678-, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), habiendo procedido la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a aplicar este criterio de interpretación de la perspectiva de género a partir de la STS 21 diciembre 2009 (Pleno, rcud 201/2009) -EDJ 2009/327336-, entre otras, en las SSTS 864/2018, 26 septiembre 2018 -EDJ 2018/613534- (rcud 1352/2017), 778/2019, 13 noviembre 2019 (rec. 75/2018) -EDJ 2019/734462-, 815/2019, 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018, Pleno) -EDJ 2019/784053-, 79/2020, 29 de enero de 2020 (rcud 3097/2017, Pleno) -EDJ 2020/510355-, 115/2020, 6 febrero 2020 (rcud 3801/2017) -EDJ 2020/507527-, 129/2020, 21 septiembre 2020 -EDJ 2020/685167- y 580/2020, 2 julio 2020 (rcud 201/2018) -EDJ 2020/592979-.

Por último, cabe destacar que a la conclusión expuesta no se puede oponer que el desenvolvimiento de la prestación de servicios en el hogar familiar exige una mayor confianza del empleador en la persona empleada del hogar que en una relación laboral ordinaria ya que si la pérdida de confianza se ha acreditado y es muy grave el despido de la persona empleada del hogar se ha de declarar procedente. El problema vendría cuando la pérdida de confianza derivase de una falta leve o grave, que no muy grave, y se alegase y acreditase la vulneración de derechos fundamentales o la persona empleada del hogar se encontrase en alguno de los supuestos de los apartados a), b) y c) del art.55.5 ET -EDL 2015/182832- en que la declaración de nulidad viene determinada por la concurrencia de tener suspendido el contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el art.45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos o se trate de trabajadoras embarazadas o de personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del art.37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el art.46.3; o se trate de las trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual por el ejercicio de derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral o se trate de personas trabajadoras que se hayan reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el art.45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento. ¿Qué sucede en esos supuestos si se produce el despido y no se declara procedente, pero se acredita la pérdida de confianza? Pues que pese a la pérdida de confianza el despido se daría que declarar nulo, tal y como se haría en la relación laboral ordinaria cuando la pérdida de confianza no deriva de una infracción muy grave ya que lo contrario vulneraría igualmente lo previsto en el art.10 L 3/2007 -EDL 2007/9733-, de igualdad entre hombres y mujeres, al ser el colectivo de mujeres el que mayoritariamente presta servicios en dicho sector de actividad y se las estaría tratando de manera diferente en una situación jurídica que debería comportar los mismos efectos que conlleva para las relaciones laborales ordinarias en supuestos de despidos de trabajadores por cuenta ajena derivados de nulidad.

D. Rubén López-Tames Iglesias
Magistrado TSJ Cantabria

La relación laboral, de carácter especial, del servicio del hogar familiar, podrá extinguirse, según la reciente modificación del RD 1620/2011 -EDL 2011/255449-, a través del RDL 16/2022, de 6 septiembre -EDL 2022/30162-, por las causas establecidas en el art.49.1 ET -EDL 2015/182832-, y se aplica la normativa laboral común salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación.

La relación laboral de carácter especial podrá extinguirse específicamente por alguna de las siguientes causas, siempre que estén justificadas:

- Disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida.
- Modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescindan de la persona trabajadora del hogar.
- El comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

La decisión de extinguir el contrato deberá comunicarse por escrito a la persona empleada del hogar y debe constar de modo claro e inequívoco la voluntad de la persona empleadora de dar por finalizada la relación laboral y la causa por la que se adopta dicha decisión.

Simultáneamente a la comunicación de la extinción, la persona empleadora deberá poner a disposición de la persona trabajadora una indemnización, en cuantía equivalente al salario correspondiente a doce días por año de servicio con el límite de seis mensualidades.

Es cierto que con esta nueva regulación desaparece la figura del desistimiento, que permitía el despido sin causa y, por tanto, sin las garantías del despido para tales situaciones.

El desistimiento, entendido ya como una institución de excepción, venía regulado en el art.11.3 RD 1620/2011 -EDL 2011/255449- y permitía de modo unilateral, mediante el pago de una indemnización y sin alegación de causa, acometer el "rompimiento brusco", en el sentido de inopinado, del contrato. Se trataba una figura presente únicamente en la regulación del trabajo doméstico y en el régimen especial de alta dirección.

Por lo tanto, a partir de ahora se deberán acreditar los motivos que puedan dar lugar a la finalización del contrato, extendiendo así la protección frente al despido, incluyendo el despido nulo

Es lógico que así se entienda, ya que en este colectivo existe, como siempre se ha dicho, un déficit de tutela en los casos de discriminación y un incremento de la precariedad y vulnerabilidad. Son muchas y reiteradas sentencias las que han entendido que las personas al servicio del hogar familiar disfrutaban de una tutela de derechos fundamentales muy inferior a la que se establece en la relación laboral común.

La inaplicación, en el caso de desistimiento, del principio de nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, cuya finalidad es la de proporcionar una tutela más intensa que la ordinaria frente a la discriminación, era la manifestación más palpable.

Por esta razón, ya existía una interpretación restrictiva del desistimiento que no impedía la calificación del despido como nulo. Resuelve en este sentido la STS 11-1-22, Rec 2099/19 -EDJ 2022/501069-, la calificación que merece la extinción del contrato de trabajo de la empleada al

servicio del hogar familiar que se encontraba embarazada en el momento de la extinción, sin que la empleadora conociera esa situación de embarazo.

En el caso se negó en sede judicial que la extinción del contrato fuera un desistimiento del RD 1620/2011 art.11.3 -EDL 2011/255449-, porque la empleadora incumplió el requisito formal de la alusión expresa al desistimiento como causa extintiva y el requisito procedimental de la inmediata puesta a disposición de la indemnización reglamentaria, lo que comportó la calificación de la extinción del contrato como despido, y atendiendo al estado de gravedad de la trabajadora se calificó como nulo.

La sentencia acude a la aplicación supletoria de las reglas comunes del ET sobre el despido nulo a la citada relación laboral especial, de conformidad con el RD 1620/2011, art.3.b) y 11.1 -EDL 2011/255449-, que mencionan expresamente el ET art.49 -EDL 2015/182832-, sin excluir su letra k) sobre el despido del trabajador.

Sin embargo, de las consecuencias de la nulidad del despido fijadas por la sentencia recurrida (no readmisión y abono de indemnización de 33 días de la regulación común), no se ocupa la Sala IV, al haber sido consentidas por las partes contendientes.

Es cierto que el RD 1620/2011 -EDL 2011/255449-, en la redacción actual, sigue sin contemplar la posible calificación como nulo del despido en el caso de que se realice por motivos discriminatorios, con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o concurra alguno de los supuestos y numerados en el art.55.5 apartados a), b) y c) del Estatuto de los trabajadores -EDL 2015/182832-.

Según el art.55.5 ET -EDL 2015/182832-, es nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Considerando que, en la inmensa mayoría de los casos, se trata de mujeres, el art.10 LO 3/2007, de 22 marzo -EDL 2007/12678- para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Norma transversal que debe aplicarse como tal a la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, señala las consecuencias que tienen siempre las conductas discriminatorias cuando afirma que serán consideradas nulas y sin efecto. De tal manera que dicha calificación también debe imponerse cuando el despido de una empleada de hogar responda a motivos o causas que puedan subsumirse dentro de los parámetros de nulidad.

Sin embargo, el hecho de que, en la propia Exposición de Motivos del RDL 16/2022 -EDL 2022/30162-, se reconoce como particularidad relevante, en este tipo de actividad laboral, que la prestación de servicios se produce en el ámbito privado, impide la readmisión obligatoria aunque se parta de la normativa laboral cuando el despido se califica como nulo. De tal modo "que se aplica la normativa laboral común salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación".

Por ello, el despido nulo habrá de resolverse con la indemnización superior (33 días) y la adicional derivada de la vulneración de derechos fundamentales en vez de la que el art.11.2 RD 1620/2011 -EDL 2011/255449-, en su redacción vigente, establece para la extinción por causas objetivas: se abonará "una indemnización, en cuantía equivalente al salario correspondiente a doce días por año de servicio con el límite de seis mensualidades".

Las peculiaridades derivadas del carácter especial de la relación no solo sirven ahora en materia extintiva, para modalizar las causas de extinción y, más en concreto, la basada en la confianza, "fiducia": "El comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora" sino que excluyen las consecuencias naturales de la nulidad, dado el singular ámbito concernido, es decir, impiden la readmisión obligatoria.

La salvedad que contiene este último inciso: "incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación", supone la inaplicación a esta relación laboral de la previsión contenida en el apartado 6 art.55 ET -EDL 2015/182832-, que dispone que el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión del trabajador, con el abono de los salarios dejados de percibir.

Es cierto que pudiera pensarse que las especialidades que siempre se predicen de esta relación laboral, como relación "intuitu personae" o relación basada en la confianza, no pueden llegar a justificar la privación a este tipo de trabajadores de la tutela de sus derechos fundamentales en los términos que contempla la legislación general.

No podemos olvidar tampoco que, tratándose en la inmensa mayoría de los casos de mujeres, podría acudirse en ocasiones a la aplicación e interpretación del Derecho con perspectiva de género (LO 3/2007 -EDL 2007/12678- art.4 y 15 y RDL 6/2019 -EDL 2019/6200-).

Pero los efectos no han de ser la readmisión inmediata del trabajador con el abono de los salarios dejados de percibir art.55.6 ET -EDL 2015/182832-. Ya en el pasado, incluso reciente, algunos tribunales, pese a calificar el despido como nulo, optaron por no condenar al empleador a la readmisión, al entender que esto suponía entrar en colisión con otros derechos fundamentales y, en concreto, con el derecho a la intimidad personal y familiar. Por ejemplo, entre otras, la STSJ Cataluña 7 julio 2022, recurso 1345/2022 -EDJ 2022/673584- y STSJ Galicia 13 octubre 2020, recurso 2632/2020 -EDJ 2020/705154-.

Lo que impide esta relación laboral especial, y así se desprende del Real Decreto que la regula, es reponer al trabajador así despedido en su puesto de trabajo, ya que entraría en colisión con el derecho a la intimidad personal y familiar e incluso con la inviolabilidad del domicilio.

En la relación especial de los empleados de hogar, al realizarse un trabajo en el domicilio familiar del empleador, debe prevalecer el derecho a la intimidad personal y familiar, de modo que no puede permanecer en el mismo contra la voluntad de su titular. No sería difícil imaginar el número de situaciones conflictivas (alimentación, cuidado de niños, objetos valiosos, etc.) que pudieran darse en la práctica si se optara por tal readmisión obligatoria.

La consecuencia entonces ha de ser la indemnización extintiva superior y la indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales.

D. Ignacio Moreno González-Aller
Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

En virtud del apartado tres del artículo quinto del RDL 16/2022, de 6 septiembre -EDL 2022/30162-, para la mejora de las condiciones de trabajo y Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar, se modifica el art.11 RD 1620/2011, de 14 noviembre -EDL 2011/255449-, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, cuyo apartado 1 pasa a tener esta redacción: "La relación laboral de carácter especial del hogar familiar podrá extinguirse por las causas establecidas en el art.49.1 ET -EDL 2015/182832-, aplicándose la normativa laboral común, salvo en lo que resulta incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación".

La STJUE 24 febrero 2022, asunto C 389/20 -EDJ 2022/508837-, ha establecido con rotundidad que no son compatibles con el ordenamiento de la Unión Europea las normas (en el caso que examinaba las de la Seguridad Social con relación a la prestación por desempleo) que sitúen a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Al hilo de esta modificación normativa la cuestión que centra el debate estriba en determinar si ello supone que no se aplique a esta relación laboral especial la previsión contenida en el apartado 6 art.55 ET -EDL 2015/182832- según la cual el despido nulo y, por tanto, el que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, tendrá el efecto de la readmisión del trabajador, con el abono de los salarios dejados de percibir.

Comenzaremos el abordaje de la cuestión señalando que, a la vista de la exposición de motivos del RDL 16/2022, de 6 septiembre -EDL 2022/30162-, ya el RD 1620/2011, de 14 noviembre -EDL 2011/255449-, reformó el marco de peculiaridades aplicables a las personas trabajadoras del hogar, y lo hizo desde la perspectiva de conjugar el mantenimiento de las diferencias, allí donde estas encuentran una justificación objetiva y razonable, con la reducción o eliminación de aquellas, cuando se comprenda que su razón de ser ya no encuentra por más tiempo motivo, de manera que se logre una progresiva equiparación del bagaje jurídico de esta relación laboral especial con la común.

Los trabajadores y trabajadoras domésticos no pueden tener así un nivel de protección inferior ni un trato menos favorable que el resto de las personas trabajadoras, pero ello no significa no existan peculiaridades relevantes en este tipo de actividad laboral derivadas de que la persona empleadora no tiene entidad empresarial, de que la prestación de servicios se produce en un ámbito privado en el que hay que respetar el derecho a la intimidad personal y la inviolabilidad del domicilio, (art.18 de nuestra Constitución -EDL 1978/3879-), pues ciertamente en el hogar familiar su titular y quienes con él conviven ejercen derechos fundamentales de especial importancia y reforzada tutela (STS, 4ª, nº 692/2022, de 22 julio, Rec. 701/2021 -EDJ 2022/645949-), de que existe una alta variabilidad en las jornadas (desde el tiempo parcial muy reducido a la jornada completa), de la pluralidad, en determinados supuestos, de personas empleadoras y de otras circunstancias.

Cuando el despido de una empleada del hogar obedece a un móvil discriminatorio, por razón de sexo, debido a su estado de embarazo, que es lamentablemente un supuesto recurrente, la decisión extintiva en cuestión ha de declararse indefectiblemente de nula, como, sin duda, sucedería si afectara a quien mantiene una relación laboral ordinaria o común. Concurren en tal caso dos derechos fundamentales en conflicto: de un lado, el atinente a la proscripción de toda suerte de trato discriminatorio, más aún cuando su causa proviene de un hecho natural como el embarazo de la mujer; y de otro, el referido a la intimidad personal y familiar de los integrantes del hogar, que, por la razón que fuere, ven rota en un determinado momento la relación de confianza que mantenían con quien habitualmente acude a su domicilio para la prestación de tareas de índole doméstica.

Pues bien, a nuestro modo de ver, y alineándonos con los criterios mantenidos por la emblemática STSJ Madrid, Sección 1ª, de 24 noviembre 2008, Rec. 4191/2008 -EDJ 2008/309456-, ante este conflicto de derechos fundamentales debe prevalecer, al menos en lo que toca al alcance y efectos del reproche que merece el despido discriminatorio, el de la intimidad personal y familiar, precisamente por el sacrificio tan desmesurado que supondría para los integrantes del hogar familiar tener que admitir en ámbito tan privado e íntimo la presencia física de una persona extraña al núcleo familiar una vez quebrada la confianza anteriormente existente, obligación que, ni siquiera judicialmente, parece pueda imponerse a nadie. Si la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas se revela como una de las reglas básicas para su correcta exégesis, no parece que las consecuencias legales que conlleva la declaración de nulidad del despido, tal como dispone el art.55.6 ET -EDL 2015/182832- en relación con el 113 LRJS -EDL 2011/222121-, y siempre que la prestación laboral de servicios tenga lugar en el ámbito del hogar familiar, pueda reputarse de respetuosa con aquella regla interpretativa, llevando, si bien se mira, a situaciones absurdas y contrarias, muchas veces, a lo que se entiende por convivencia pacífica y armoniosa en el lugar de empleo.

Los efectos jurídicos de la declaración de despido nulo de la empleada del hogar deberán ser atemperados o, si se prefiere, modalizados en atención al derecho, también fundamental, a la intimidad personal y familiar que protege a quienes conviven en el hogar familiar, mas únicamente a efectos formales o declarativos, dotando sin embargo a esta declaración, para no dejar desprotegida a la empleada del hogar que ha visto vulnerado su derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, de las consecuencias propias del despido improcedente, como única forma de salvaguardar también el derecho a la intimidad de los componentes de la unidad familiar, con abono de la indemnización de despido calculada conforme a los parámetros del art.56.1 ET -EDL 2015/182832- así como con los salarios de trámite desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia que declara la nulidad del despido (STS 4ª 29 enero 2020, Rec. 2401/2017 -EDJ 2020/512236-). Al no ser posible la readmisión en un supuesto de despido nulo por la configuración de la especial relación de empleada de hogar, ello ha de suplirse con la extinción indemnizada, pero ha de producirse el otro efecto esencial del despido nulo como es el devengo de los salarios de tramitación (STSJ País Vasco 12 junio 2018, Rec. 1028/2018 -EDJ 2018/539234-). La indemnización en caso de nulidad del despido ha de suponer obviamente una respuesta jurídica de mayor entidad que la simple declaración de improcedencia, pero ello ha de encauzarse a través del respeto a los derechos fundamentales referidos que excluyen la imposición forzosa de una convivencia como técnica indemnizatoria (STSJ Madrid, Sección 3ª, 20 noviembre 2018, Rec. 170/2018 -EDJ 2018/714318-).

En corolario, somos de la opinión de que la reforma del apartado 1 art.11 del RD 1620/2011, de 14 noviembre -EDL 2011/255449-, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, ha de entenderse en clave de que el despido nulo y, por tanto, el que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, no puede tener el efecto de la readmisión obligada del trabajador, sino que ha de modularse o atemperarse en razón a la especificidad o particularidad de que la prestación de servicios se produce en un ámbito privado en el que hay que respetar el derecho a la intimidad personal y la inviolabilidad del domicilio, por lo que los efectos de la nulidad deberán suplirse con la extinción indemnizada y con el otro efecto esencial del despido nulo, cual es el devengo de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la sentencia que lo declara nulo.

La revocación de la suspensión de la ejecución de la pena prisión y el pronóstico de peligrosidad criminal

Por: Dña. Gemma Gallego

Magistrada de la Audiencia Provincial de Madrid

Si con anterioridad a la reforma de la suspensión de las penas privativas de libertad acometida por LO 1/2015 de 30 marzo -EDL 2015/32370- tal beneficio quedaba exclusivamente condicionado a que el penado no "delinquiera" en el plazo de suspensión que hubiera dispuesto el Juez o Tribunal competente para la ejecución de dicha pena, pues el Código preveía (art.84.1 CP -EDL 1995/16398-) como consecuencia automática e imperativa, la revocación de la suspensión, el art. 86.1.a) CP introducido en la reforma, supuso una trascendente modificación de forma que, aun manteniendo la revocación como regla general ante la comisión de un nuevo delito por el penado durante el plazo de suspensión, sustituyó la genérica expresión *delinquir* por haber sido "condenado", exigiendo no solo el dictado de una sentencia firme durante el periodo de suspensión, sino que añadió en dicho precepto que el delito cometido habría de "poner de manifiesto que la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida".

Es sabido que la suspensión de la ejecución de las penas de prisión, es considerada por la doctrina como una "segunda oportunidad" para el penado, de evitar las consecuencias perniciosas que pudieran derivarse de su ingreso en prisión; y que su concesión tiene como presupuesto la comprobación por parte de los tribunales, de que su ejecución no es necesaria de cara a la comisión en el futuro de nuevos delitos. Tal facultad discrecional atiende por ello a los efectos que pudieran esperarse tanto del cumplimiento como del no cumplimiento de la privación de libertad, valorando las circunstancias de los hechos y del penado, y su conducta anterior al delito mediante la constatación de los antecedentes penales; sin que, conforme al art.80.2.1ª CP -EDL 1995/16398- la existencia de otras condenas anteriores por delitos leves o imprudentes, deba impedir su concesión.

En este punto surge la cuestión que ha suscitado el debate en doctrina y jurisprudencia y que hoy se plantea.

Una vez concedida tal suspensión, el precepto estudiado que desarrolla la revocación del beneficio, nada dice sobre si, la condena por la comisión de cualesquiera delito leve durante el plazo de suspensión, debería determinar su revocación; lo que resultaría ciertamente paradójico cuando su concurrencia, como hemos dicho, no impide la concesión.

Dos líneas jurisprudenciales se distinguen a la hora de responder a tal cuestión cuya solución, en todo caso, impone atender al "añadido" legal del "pronóstico de peligrosidad criminal" que cobra así una ineludible trascendencia; cuyo análisis y más expresivos pronunciamientos judiciales se extractan a continuación.

LA COMISIÓN DE DELITOS LEVES NO REVOCA LA SUSPENSIÓN CONCEDIDA

EDJ 2018/690986. AAP Almería, sec 2ª, 7-6-18, núm 313/2018, rec 402/18. Pte.: García Laraña, Rafael

En el presente caso, la hoja penal actualizada de la acusada pone de manifiesto que la posterior condena a la recurrente tras la notificación del beneficio concedido fue dictada por delito leve. Considera la Sala que, si bien el precepto aplicable no distingue en su literalidad entre delitos y delitos leves, ya que el art.86.1.a) se refiere a la comisión de delito durante el plazo de suspensión, tampoco debe desconocerse que, de acuerdo con lo establecido en el apartado XXXI de la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 de reforma del Código Penal -EDL 2015/32370-: "La reforma supone la derogación completa del Libro III del Código Penal, de forma que desaparece la infracción penal constitutiva de falta. Ello exige adecuar un gran número de artículos que hacen referencia a la dualidad delito o falta, simplemente para eliminar esa mención a las faltas penales. De ahí la extensión de la reforma que se acomete, que en muchos casos consiste en una mera adecuación de la regulación a la supresión del sistema dualista, como sucede con buena parte de los artículos de la parte general del Código Penal..", lo que supone que debamos interpretar que el delito leve a tales efectos se posiciona como la antigua falta en el derecho penal, y de tal manera no entra en la previsión del art.86 CP -EDL 1995/16398- a los efectos de revocación de suspensión de condena, si se produce una condena por delito leve estando vigente la suspensión acordada en la condena anterior por delito. Por tanto, considera la Sala que la suspensión de la ejecución de la pena concedida por el anterior delito no ha perdido su finalidad y su razón de ser por la posterior condena por delito leve, sin verse afectada por dicha condena dentro del plazo de suspensión.

EDJ 2019/646998. AAP Barcelona, sec 22ª, 27-6-19, núm 356/2019, rec 243/19. Pte.: García Esteban, Mariano David

la revocación de la suspensión, hoy regulada en el art.86 CP -EDL 1995/16398-, ya no depende únicamente de la comisión de un delito posterior, sino de que tal delito, por su naturaleza, ponga de manifiesto que la expectativa rehabilitadora que justificó la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, ha quedado frustrada, tal y como dijimos en nuestro Auto de 19 diciembre 2018 (ROJ: AAP B 9929/2018-ECLI:ES:APB:2018:9929 A) "Certament l' art.86.1.a) CP no exclou els delictes lleus dels que poden produir la revocació de la suspensió, però això no permet equiparar mecànicament, a aquests efectes, els delictes lleus als delictes greus o menys greus, entre altres coses perquè el propi legislador els desequipara a l'hora de fixar les condicions per a la suspensió de l'execució, establint que " no es tindran en compte les anteriors condemnes per delictes lleus" (art.80.2.1.a CP)". En tal sentido, es cierto que el Sr. Julio ha cometido un delito leve de amenazas (Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 2 Hospitalet de Llobregat de fecha 20 de diciembre de 2018 por hechos de 30 de septiembre de 2018 a la pena de 60 días de multa), y, por tanto, delito cometido en el periodo de suspensión que le había sido concedido en Auto de 20 abril 2018 (notificado el 24/04/2018) conforme se desprende de su hoja histórico penal incorporada en la pieza remitida.

Sin embargo, según se desprende de ello, entendemos que tal delito no revela que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida pues aun tratándose de un delito de similar naturaleza al que fue condenado (este delito de amenazas en el ámbito familiar; aquél, delito de amenazas) se trata, de un lado, de un solo y único delito de este tipo, de otro, de delito de carácter leve. No se puede desconocer, por otro lado, que, aunque es cierto que el delito se comete ciertamente en el periodo de suspensión que le había sido concedido (3 años), sin embargo, se produce (como apunta su representación Letrada) 3 años y 7 meses después de los hechos que generaron la ejecutoria. D todo ello, por tanto, no se deduce desde una perspectiva de proporcionalidad que exige la interpretación del precepto en su nueva configuración dada por LO 1/2015 -EDL 2015/32370-, que se haya producido un quebranto manifiesto de la expectativa en que se fundó la concesión de la suspensión.

EDJ 2019/735375. AAP Guadalajara, sec 1ª, 14-10-19, núm 263/2019, rec 464/19. Pte.: Mayor Rodrigo, María Elena

...atendiendo a las circunstancias concurrentes en el presente supuesto, en definitiva, el penado ingresaría en prisión más de 13 años después de cometer los hechos por los que se le impuso la pena que se pretende ejecutar y, si bien la comisión de dos nuevos delitos en noviembre de 2014 y enero de 2015 evidenció que las expectativas de rehabilitación no se habían satisfecho en el recurrente, dado que han transcurrido más de 4 años desde ese momento, sin que conste la comisión de un nuevo delito; que no estamos ante delitos homogéneos, que nunca podrían fundar una reincidencia; que el recurrente se encuentra trabajando, con ocupaciones temporales; y que la duración de la pena es corta, se concluye que no se trató de un incumplimiento grave y es procedente aplicar la nueva regulación del apartado 2 del art.86 CP -EDL

1995/16398-, que establece que para el caso de que el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no fuera grave o reiterado, se permite al Juez imponer nuevas prohibiciones, deberes o condiciones o modificar las impuestas o incluso prorrogar el plazo de suspensión.

Es por ello por lo que procede modificar el sentido de la resolución recurrida, y procede estimar el recurso, dejando sin efecto la resolución recurrida y la revocación de la suspensión de la pena acordada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Guadalajara con fecha 29 de octubre de 2018, sin perjuicio de lo que pueda acordarse, de acuerdo con lo dispuesto en el art.86.2 CP -EDL 1995/16398- y 87, en orden a la remisión o no de la pena impuesta.

EDJ 2019/855929. AAP Madrid, sec 29ª, 26-12-19, núm 933/2019, rec 1528/19. Pte.: Casado López, Lourdes

El recurrente, al solicitar que se establezcan nuevas prohibiciones o ampliación de plazo, incurre en un error interpretativo del art.86 CP -EDL 1995/16398-, habida cuenta que el mismo, en su segundo apartado, establece, "*Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá: a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas. b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.*" Es decir, estas dos alternativas están previstas para el caso de incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones, no para el caso de que el penado delinca en el periodo de suspensión, que es el supuesto ante el que nos hallamos.

Cuando el penado delinque en el periodo de suspensión, el Código Penal solo ofrece dos alternativas, revocar la suspensión si se estima que el delito cometido en el plazo de suspensión pone de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida o no revocarla.

Partiendo de estas premisas y examinando la ejecutoria se observa que la pena que le fue suspendida le fue impuesta por un delito de hurto en grado de tentativa cometido el 20 de mayo de 2015. El auto por el que se le concedió la suspensión por dos años, es de 26 de diciembre de 2017. El 14 de febrero de 2018 cometió un delito leve de hurto, por el que fue condenado el 8 de enero de 2019.

De lo expuesto anteriormente se desprende que el auto recurrido ha de ser revocado, pues la comisión de un delito leve de hurto, entiende esta Sala que no implica que la expectativa en que se fundó la suspensión no se ha cumplido. Hay que tener en cuenta que la pena de multa impuesta por ésta última sentencia ha sido ya cumplida con fecha 21 de junio de 2019 y que no ha vuelto a cometer delito alguno, en los últimos casi dos años.

EDJ 2021/888854. AAP Tarragona, sec 4ª, 29-11-21, núm 747/2021, rec 665/21. Pte.: Revuelta Muñoz, Francisco José

Resulta claro el contenido del art.86 CP -EDL 1995/16398- en el que establece la revocación como uno de los efectos derivados de que el condenado incumpla de forma grave y reiterada las condiciones, prohibiciones o deberes impuestos o anudados a la suspensión en su día acordada. Resulta evidente el cambio de criterio por parte del legislador, por cuanto anteriormente a la reforma operada por la LO 1/2015 -EDL 2015/32370- el mismo anudaba la revocación preceptiva si el penado delinquía nuevamente durante el periodo que está vigente la suspensión de la pena. Ahora no basta con delinquir nuevamente, sino que resulta necesario un incumplimiento grave y reiterado y que tal delito ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la suspensión ya no puede ser mantenida.

En el presente caso, la Sala, entrando sobre el fondo de la cuestión planteada, debe manifestar que no compartimos la decisión revocatoria adoptada. En primer lugar, tal y como fundamenta el juzgador de instancia el acusado ha cometido un nuevo hecho delictivo durante el periodo de garantía y ha sido condenado por sentencia firme por ello. Ahora bien, por tal hecho delictivo el hoy apelante no ha cumplido la pena de prisión de un año impuesta en la medida en que se acordó suspender la misma a pesar de tener un antecedente anterior que es el de la presente ejecutoria. Si bien la nueva condena recae sobre unos hechos delictivos de la misma naturaleza, y de una mayor gravedad atendiendo a la calificación y pena impuesta, no es menos cierto que el juzgado ha considerado que el mismo es merecedor del beneficio suspensivo como mejor vía para conseguir su reinserción social. Ante tal decisión, y en este caso en que la pena objeto de cumplimiento en la presente ejecutoria es de muy corta duración, 4 meses, resultaría incongruente que el apelante ingresara en prisión en cumplimiento de la misma, siendo coherente mantener dicha hoja de ruta suspensiva concedida por el juzgado de lo penal. No obstante, consideramos que si procede la agravación de las condiciones suspensivas fijadas en la sentencia de conformidad con lo previsto en el citado art.86 CP -EDL 1995/16398-, extendiendo el plazo de garantía hasta tres años, con las mismas condiciones inicialmente fijadas para dicha suspensión.

LA COMISIÓN DE DELITOS LEVES REVOCA LA SUSPENSIÓN CONCEDIDA

EDJ 2017/102701. AAP Burgos, sec 1ª, 2-5-17, núm 292/2017, rec 222/17. Pte.: Carballera Simón, Luis Antonio

como acertadamente argumenta el Ministerio Fiscal en su informe de 30 de marzo de 2017, la interpretación del art.86.1 CP -EDL 1995/16398- reformado por LO 1/2015 -EDL 2015/32370- que pretende hacer valer el recurrente no sólo va más allá de la letra del citado artículo, sino que contradice su espíritu. En efecto, el precepto citado establece que la revocación se producirá cuando se ha cometido un nuevo delito durante el plazo de suspensión, pero no hace depender la revocación de la entidad y gravedad del delito, pues puede mantenerse la suspensión incluso aunque el nuevo delito sea grave, sino en virtud de una condición añadida y desconocida en la legislación anterior, esto es, que pueda mantenerse la expectativa en que se fundó la decisión de suspensión. Y resulta evidente que una persona que comete con reiteración delitos, aunque sean de carácter leve, durante el plazo de suspensión, está demostrando con su comportamiento que la expectativa que se tenía con la concesión de la suspensión ha sido defraudada, y parece de sentido común que la comisión de estos delitos provoque la revocación de la suspensión. En este sentido, coincidimos con el Ministerio Fiscal cuando apunta que resultaría absurdo que, sin que la ley lo estableciera, pudiera revocarse una suspensión por cometer un solo hurto de 401 euros, y por el contrario esta posibilidad estuviera vedada por cometer diez delitos de 399 €, cada uno. En suma, como señala la juzgadora de lo penal en el auto que resuelve el recurso de reforma previo, la expectativa en que se fundamentó la suspensión ya no puede ser mantenida, por cuanto apenas un mes después de cometer el primer delito leve, volvió a cometer un nuevo delito leve de estafa, de manera que la comisión de dos delitos leves durante el periodo de suspensión evidencian una dinámica delictiva y un fracaso del beneficio de suspensión, al quedar totalmente defraudada la expectativa de que no cometería más delito y, en realidad, la comisión de dos delitos leves ha materializado un riesgo de reiteración delictiva. Como señala también la juzgadora de instancia, la Jurisprudencia tiene declarado que "*salta a la vista que el legislador ha distinguido expresamente los delitos leves cuando ha querido hacerlo (por ejemplo, en el mismo ámbito de suspensión de la pena, en el art.80.2.1ª -EDL 1995/16398-), y de ahí se infiere que cuando no se realiza distinción es porque no ha querido-hacerlo*".

EDJ 2019/526114. AAP La Rioja, sec 1ª, 12-2-19, núm 44/2019, rec 203/18. Pte.: Aramendía Ojer, María del Puy

(...) la penada ha cometido un nuevo delito en el periodo de suspensión, un delito leve continuado de hurto. El art.86 CP -EDL 1995/16398- tras la LO 1/2015 de 30 marzo -EDL 2015/32370-, no exige que el nuevo delito perpetrado sea grave. Puede ser por lo tanto una condena por delito leve, si ello pone de manifiesto, atendidas las circunstancias concurrentes, que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, que es lo que concurre en el presente caso, pues la penada en el periodo de suspensión ha incumplido con la condición impuesta de pago de la responsabilidad civil, y ha cometido un nuevo delito contra el patrimonio ajeno, circunstancias que ponen de manifiesto que la suspensión de la pena ninguna utilidad tiene en orden a la consecución de los fines de rehabilitación o reinserción social de la penada.

EDJ 2020/637333. AAP Salamanca, sec 1ª, 23-6-20, núm 211/2020, rec 2/20. Pte.: Vega Bravo, José Antonio

(...) el legislador sí tiene en cuenta la diferencia entre delitos leves y el resto de los delitos a la hora de definir el concepto de delincuente primario, pero, sin embargo, no tiene en cuenta esa distinción a la hora de establecer el requisito negativo para la revocación de la suspensión de la pena, la comisión de delitos durante el plazo que haya sido fijado para el mantenimiento de la suspensión. A juicio de esta sala la razón de este diferente tratamiento legal de los delitos leves no es otra que la propia finalidad de la institución de la suspensión de la pena, que como hemos dicho, e insistimos, no es otra que evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad siempre

que se cumpla la condición de que la trayectoria del reo ofrezca garantías de no volver a delinquir. Por consiguiente, lo esencial es que nos hallemos ante una pena corta privativa de libertad donde la tendencia del legislador es evitar su cumplimiento. Ahora bien, para ello el propio legislador tiene en cuenta el otro requisito o finalidad esencial de la pena, el de la prevención especial, en el sentido de que la trayectoria del delincuente ofrezca garantías de que no va a volver a delinquir. De modo que, por tanto, desde el punto de vista de la prevención especial una tal pena corta privativa de libertad cuyo cumplimiento debe en principio evitarse por sus efectos negativos sobre la prevención especial de los delincuentes, en el caso concreto no aparece como necesaria porque la trayectoria del reo permite hacer el juicio de pronóstico de que no va a volver a delinquir. Y es aquí donde cobra especial relieve la comisión durante el periodo la suspensión de un delito, sea o no leve. Porque si la comisión de un nuevo delito no leve durante el periodo de la suspensión por sí misma, de manera automática, no puede determinar la revocación de la suspensión, sino que el juez ha de razonar que esa comisión de un nuevo delito ha dado al traste con el juicio de pronóstico de que el delincuente por su trayectoria permite concluir que no va a delinquir, con mayor razón aún, cuando se trata de la comisión de un delito leve no puede afirmarse que automáticamente tal comisión dé lugar a la revocación de la suspensión de la pena. Sino que debe analizarse de qué delito leve se trata, en orden a determinar que, en efecto, su comisión permite concluir que el juicio de pronóstico de que el delincuente no necesita el cumplimiento de la pena corta privativa de libertad, porque por su trayectoria podemos creer que no va a delinquir y que por consiguiente no necesita el cumplimiento de la pena para su reinserción social, o sea para los fines de la prevención especial. A este respecto, en el caso presente nos encontramos con que el reo que ha sido condenado por dos delitos, uno leve contra el patrimonio y otro no leve de conducción sin carnet. Unido a ello las circunstancias personales y sociales del reo, empresario que pese a su formal insolvencia nada ha hecho para hacer frente a la responsabilidad civil de la presente ejecutoria, la Sala considera que con el mantenimiento de la suspensión no se evitará ya la reiteración delictiva y procede pues confirmar la revocación de la suspensión de la pena.

EDJ 2021/615069. AAP Guipúzcoa, sec 1ª, 26-3-21, núm 226/2021, rec 1063/21. Pte.: Maeso Ventureira, Augusto

El art.86.1 a) CP -EDL 1995/16398-, en la redacción dada al mismo por la LO 1/2015, de 30-3 -EDL 2015/32370-, de modificación del Código Penal, estipula que el juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado sea condenado por un delito cometido durante el periodo de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no pueda ser mantenida.

Este precepto introduce un elemento valorativo que en la regulación anterior no existía: la necesidad de que, constatada la comisión de un delito durante el plazo de suspensión, el juez o tribunal delimite si tal comisión pone de manifiesto "que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida". Es decir: que la revocación únicamente está justificada cuando al dato de la comisión del delito durante el plazo de suspensión se le añade la inferencia de que el modelo de inejecución condicionado ya no es un marco jurídico idóneo para neutralizar el riesgo de reincidencia que se pretendía contener con el mismo.

En resoluciones que venimos dictando desde la entrada en vigor de la reforma, venimos estableciendo que uno de los elementos que deben valorarse para decidir si procede o no la revocación de la suspensión es si el nuevo delito cometido constituye un injusto de naturaleza o circunstancias iguales al primero cometido y si responde a un mismo riesgo criminógeno. Otros elementos que pueden tener relevancia con la nueva regulación son la gravedad del nuevo delito por el que ha sido condenado el reo, el número de delitos cometidos en el plazo de suspensión, el momento del plazo de suspensión en que han sido cometidos, si existen anteriores penas impuestas, cumplidas o no, si éstas penas fueron o no privativas de libertad, si el penado se encuentra en prisión por otras causas, así como si la suspensión acordada es la primera que se concedió al reo, o si ya se acordó anteriormente la inejecución de otras condenas a penas privativas de libertad, pues en este último caso se mostraría que dicha inejecución no fue eficaz para evitar la comisión de nuevos delitos.

II.- En el presente caso el nuevo delito cometido es de quebrantamiento de condena; en particular de la pena de prohibición de acercamiento que se impuso al penado en la propia sentencia que se dictó en la presente causa. Además, dicha prohibición se fijó como una condición específica de la suspensión que se concedió. Por tanto, el nuevo delito cometido muestra una clara vulneración de las condiciones de la suspensión acordada en la presente causa: tanto de la general de no delinquir, como de la específica de no hacerlo vulnerando la prohibición de acercamiento que se impuso. Muestra que el mensaje judicial no ha sido interiorizado por el penado y, con ello, que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no pueda ser mantenida.

STS 1ª, 21/09/2022. Rec. 250/2020. Ponente: Parra Lucán, Dª María de los Angeles

Presunción de ganancialidad del dinero aportado al plan de pensiones privativo de uno de los cónyuges

[Ver Jurisprudencia al completo](#)

"...1. El único motivo del recurso de casación admitido denuncia la infracción del art. 1361 CC (EDL 1889/1) en cuanto a la titularidad de las aportaciones de la sociedad de gananciales para la constitución del plan de pensiones del esposo.

En el desarrollo del recurso se señala que la infracción del art. 1361 CC es conexas con lo dispuesto en el art. 1346.5 CC, que considera privativos los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona. Explica que no discute que el plan de pensiones sea privativo del marido, pero que las aportaciones se hicieron con dinero ganancial, por lo que ahora en la liquidación procede hacer un reembolso a favor de la sociedad. Razona que, de acuerdo con la jurisprudencia, se debe presumir la ganancialidad del dinero salvo prueba en contrario y que de la prueba practicada no se puede inferir en modo alguno que las aportaciones al plan de pensiones fueran de carácter privativo. Añade que, además, en el caso, ha quedado acreditado que las aportaciones se hicieron con dividendos de la mercantil de la que era socio el marido.

La recurrente solicita que se case la sentencia recurrida y se declare la deuda del esposo con la sociedad por las aportaciones gananciales hechas a su plan privativo de pensiones.

2. En su escrito de oposición al recurso, el esposo recurrido niega que se haya infringido el art. 1361 CC porque, de una parte, la propia recurrente admite que el plan es privativo, por lo que no puede jugar la presunción de ganancialidad y, de otra, porque la recurrente debió probar que las aportaciones se hicieron con bienes gananciales, lo que como valora la sentencia de la Audiencia, no ha hecho.

3. Por lo que decimos a continuación, el recurso va a ser estimado.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Estimación del recurso de casación

1. En el caso que juzgamos la naturaleza privativa del plan de pensiones no es discutida por las partes y es reconocida por la sentencia recurrida. Ahora en casación solo debemos dar respuesta a la cuestión referida a la procedencia del reconocimiento de una partida del activo consistente en un crédito a favor de la comunidad y contra el esposo por las cantidades aportadas a su plan de pensiones durante la vigencia del régimen económico de gananciales.

2. Debemos prescindir de los argumentos utilizados por la recurrente acerca de que ha quedado probado que las aportaciones se hicieron con dividendos de la mercantil inglesa de la que era socio el marido. En este momento, por la vía del recurso de casación y al amparo de un motivo que denuncia infracción del art. 1361 CC, es improcedente alegar que está probado que las aportaciones se hicieron con cargo a dividendos de la mercantil. En primer lugar, porque en tal caso no tendría sentido plantear el juego de la presunción de ganancialidad del dinero ni la aplicación del art. 1361 CC, ya que los dividendos serían gananciales. En segundo lugar porque, partiendo de que la documental que justificaría las aportaciones realizadas por la mercantil al plan consiste en unos documentos en inglés, no oportunamente traducidos, y en unos correos que, si bien estaban traducidos, no consta quién los envía ni su razón de conocimiento de los datos que refieren, la Audiencia considera que no ha quedado acreditado que la mercantil efectuara las aportaciones al plan, y menos con cargo a dividendos sociales, como pretendía la esposa; pero tampoco con otros fondos, como argumenta ahora el marido en su escrito de oposición al recurso de casación.

3. La jurisprudencia, en la doctrina contenida en las sentencias citadas por la recurrente, ha insistido en el rigor de la presunción de ganancialidad contenida en el art. 1361 CC declarando que para desvirtuarla no basta la prueba indiciaria, sino que es precisa una prueba expresa y cumplida (...).

En el caso, la Audiencia admite que, partiendo de la naturaleza privativa del plan, debería reconocerse un crédito a favor de la sociedad por las aportaciones hechas con dinero ganancial durante la vigencia del régimen económico. La razón por la que la Audiencia rechaza en este caso el reconocimiento del crédito es que no considera acreditado que las aportaciones se hicieran con dinero ganancial.

Este razonamiento es contrario a la presunción de ganancialidad que establece el art. 1361 CC, conforme a la cual la prueba del carácter privativo del dinero incumbe al que lo alegue cuando se trate de una cuestión controvertida entre las partes. No es la esposa quien debe probar que las aportaciones se hicieron con dinero ganancial, sino que es el esposo quien debe probar que no se hicieron con dinero ganancial.

Puesto que la razón por la que decide la sentencia recurrida infringe el art. 1361 CC y es contraria a la doctrina de la sala, estimamos el recurso de casación y casamos la sentencia en el único extremo de declarar que debe incluirse en el activo del inventario un crédito contra el esposo por las aportaciones realizadas a su plan privativo de pensiones durante la vigencia del régimen económico de gananciales..."

STS 2ª, 14/10/2022. Rec. 5157/2020. Ponente: Lamela Díaz, Dª Carmen

Concesión de préstamo participativo a empresa en concurso considerada prevaricación y malversación

[Ver Jurisprudencia al completo](#)

"...3. En síntesis, son elementos integrantes del delito de prevaricación del art. 404 CP (EDL 1995/16398) por el que viene condenado el recurrente:

- 1) La condición funcionarial del sujeto activo;
- 2) El dictado de una resolución administrativa de carácter decisorio;
- 3) Que tal resolución sea contraria a Derecho;
- 4) Que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la inobservancia de trámites esenciales del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;
- 5) Que ocasione un resultado materialmente injusto;
- 6) Que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Respecto al delito de malversación, el art. 432 CP, en su redacción anterior a la reforma operada por LO 1/2015, por el que ha sido condenado el recurrente, sancionaba a la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (STS núm. 172/2006 y STS núm. 132/2010), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (STS 749/2008). En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga.

(...)

Concurren así los elementos integrantes del delito de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación por el que el recurrente ha sido condenado.

En relación al delito de prevaricación:

- 1) El acusado tenía la condición de funcionario público. Señalábamos en la sentencia núm. 546/2019, de 31 de octubre, que "La cualidad de autoridad o funcionario público del agente es un concepto suministrado por el artículo 24 del Código Penal, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública. Conforme expresábamos en la sentencia núm. 296/2018, de 8 de febrero, con referencia expresa a la sentencia núm. 166/2014, de 28 de febrero, a efectos penales, "el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo. Es un concepto marcadamente funcional. Precisa de dos presupuestos: el nombramiento por autoridad competente y la participación en el desempeño de funciones públicas.

(...)

El hecho probado deja constancia del carácter público de INVERCARIA. Igualmente describe que mediante resolución de fecha 14 de febrero de 2005, D. Ambrosio fue nombrado Presidente y Consejero Delegado por un periodo de cinco años, ejerciendo dichas funciones desde el 28 de marzo de 2005 hasta el 2 de junio de 2010.

Sostiene el recurrente que INVERCARIA estaba desprovista ex lege de cualquier potestad administrativa, y en sus relaciones con terceros se regía por el Derecho Privado, por lo que no le eran aplicables las normas que rigen el derecho administrativo.

Frente a ello, la sentencia dictada por la Audiencia expone de forma minuciosa y detallada las consideraciones fácticas y legales, las que expresamente procede ahora remitirnos, que le llevan a concluir que "INVERCARIA puede ser calificada en cuanto a su forma jurídica, como una entidad de derecho privado, cuyos funcionamiento y relaciones jurídicas con terceros tienen esta característica. Pero, al ser una empresa que participa en el ejercicio de funciones públicas, como lo son las actividades de fomento en iniciativas públicas y privadas, deberá ajustarse a los principios propios de la actividad administrativa, particularmente en el sometimiento a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad, lo que afecta y determina a todas aquellas resoluciones que se adopten por la misma, máxime cuando dispone para desarrollar tal actividad inversora de un capital íntegramente público."

No hay duda de que INVERCARIA era una empresa con participación pública. ...

(...)

En consecuencia, nos recuerda esta Sentencia para afirmar la tipicidad en el delito de prevaricación, este no refiere de modo expreso a las resoluciones administrativas, sino a resoluciones arbitrarias dictadas en un asunto administrativo, es decir, a resoluciones en el sentido de actos decisorios adoptados sobre el fondo de un asunto y de carácter ejecutivo, que se han dictado de modo arbitrario por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos o autoridades en el sentido amplio prevenido en el Código Penal, en un asunto que cuando afecta a caudales públicos y está condicionado por principios administrativos, como los de publicidad y concurrencia, puede calificarse a estos efectos como administrativo. (...)

(...)

El Derecho Penal -concluye la Sentencia 149/2005- no se ajusta estrictamente a los conceptos administrativos en este ámbito, como lo acredita el concepto propio de funcionario o autoridad a efectos penales. Concepto que determina precisamente al sujeto activo del delito de prevaricación. Cuando se trata de una actividad de naturaleza pública que se oculta tras el velo de una sociedad puramente instrumental dirigida por quienes ostentan una cualidad pública y que maneja fondos exclusivamente públicos, el valor constitucional de la interdicción de la arbitrariedad debe hacerse respetar en todo caso, y en consecuencia las resoluciones arbitrarias que se adopten en este ámbito pueden ser constitutivas, si concurren los requisitos para ello, del delito de prevaricación."

- 2) La resolución adoptada era, de forma notoria, contraria a Derecho, ya que la misma fue adoptada con total y absoluta ausencia del más mínimo o escueto procedimiento, y sin soporte documental alguno. Ya hemos señalado cómo el Tribunal pone de relieve que ni siquiera se observó el Plan de Actuación aprobado por el

Consejo de Administración el 28 de noviembre de 2005, que establecía los requisitos previos a la concesión. Aun cuando no fuera vinculante, al menos con carácter orientativo establecía unas directrices mínimas a seguir, que fueron desconocidas por el recurrente, quien simplemente no observó procedimiento alguno para cerciorarse de la conveniencia y viabilidad del préstamo. Además, era contraria a los estatutos de la sociedad. El que INVERCARIA fuera una sociedad de riesgo no implicaba que no se debieran adoptar las mínimas precauciones en la concesión de créditos. La decisión se adoptó sin petición formal expresa, sin análisis técnico financiero y sin adoptar los trámites y estudios previos que eran necesarios.

3) Ocasiónó un resultado materialmente injusto, aprobándose la concesión de un préstamo que no era procedente.

4) La resolución fue adoptada por el recurrente conociendo que actuaba en contra del derecho, a sabiendas de su injusticia.

No cabe apreciar error de tipo. El Tribunal ha excluido, conforme a lo ya expresado en el fundamento anterior, que la decisión del recurrente pudiera haber sido adoptada con base a la documentación obrante en la Agencia IDEA en el expediente tramitado en la concesión del aval, o confiado en la concesión del citado aval cuyo expediente tampoco consta que fuera requerido por INVERCARIA. Debe destacarse también en este punto que previamente a solicitar el préstamo, Aceitunas Tatis SL, no había obtenido financiación en otras entidades de crédito pese al aval que decía tener, lo que refleja cuál era su efectiva situación económica.

Tampoco se aprecia que concurra en su actuar error de prohibición. Conforme reiterada doctrina de esta Sala, no basta con alegar la existencia del error. El error ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho. Cuando esta información se presenta como de fácil acceso, no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia (SS núm. 1219/2004, de 10 de diciembre; 163/2005, de 10 de febrero; 698/2006, de 26 de junio y 24/2010, de 4 de marzo). La apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error (SS. 898/2014, de 22 de diciembre y 684/2014, de 21 de octubre).

(...)

Sin embargo, como explica el Tribunal, el recurrente prescindió de toda valoración y análisis sobre la decisión adoptada. El Sr. Ambrosio "decidió dar un préstamo a un tercero sin llevar a cabo ninguna actuación tendente a comprobar la situación real de la empresa que solicitaba la financiación, ni su capacidad económica, ni la viabilidad de llevar a cabo algún tipo de proyecto que fuese acorde con la finalidad para la que se le habían hecho entrega de capital sin comprobar tampoco en forma alguna que las cantidades entregadas, se hubiesen aplicado a algún destino directamente relacionado con algún proyecto de interés público, como podía ser el desarrollo empresarial en un sentido amplio.

Las circunstancias y condiciones en las que ha quedado acreditado que se hizo entrega de la suma de 100.000 € a Aceitunas Tatis S.L., demuestran la nula posibilidad de recuperar el dinero entregado, habiendo sido una decisión arbitraria llevada a cabo por el Presidente de la entidad Invercaria, a instancia de la administradora de la entidad beneficiaria (...). Como destaca también el Tribunal el préstamo se concedió (...) por criterio exclusivo del Presidente de la entidad que así estimó oportuno, pero en unas condiciones y circunstancias totalmente arbitrarias. Siendo así porque no valoró si la empresa que solicitaba el dinero, estaba de los parámetros exigidos por la propia finalidad de Invercaria; ya ésta no tiene previsto en sus Estatutos invertir dinero público en empresas que se encuentren en situación de crisis, en empresas que no tienen capacidad ni viabilidad económica aparente.

No se realizó mínima evaluación al respecto, para hacer buen uso del público que se invertía." Conforme a ello, concluye el Tribunal afirmando de manera racional que " (...) esta forma de actuar resulta contraria no sólo a la normativa administrativa, que rechaza cualquier actuación arbitraria ajena a la finalidad del órgano analizado, sino que también iría en contra de cualquier actuación responsable dentro del ámbito de la contratación mercantil, pues cualquier sociedad mercantil gestiona su dinero o el dinero de la empresa, con criterios mínimos y básicos de control, análisis, evaluación y decisión, pero no tiene cabida como algo razonable la mera decisión arbitraria de quien tiene capacidad para ello porque en tal caso sería objeto de su reproche correspondiente por parte del Consejo de administración de la entidad".

En definitiva, por su condición de Presidente y Consejero Delegado, a quien competía en exclusiva la concesión del préstamo, no podía concluir racionalmente en la conveniencia del préstamo, sin ningún tipo de análisis previo, sin conocer la capacidad y situación económica de la empresa concesionaria, el destino que se iba a dar al dinero entregado, y sin comprobar que su inversión estaba relacionada con algún proyecto de interés público previsto en sus estatutos.

Igualmente, como anticipábamos, los hechos son constitutivos de un delito de malversación.

Como ya se ha dejado constancia, el Sr. Ambrosio tenía la consideración de funcionario público, y tenía a su disposición fondos públicos, siendo de su exclusiva competencia la concesión del préstamo. Decidió dar un préstamo a Aceitunas Tatis SL, sin comprobar mínimamente ex ante su situación económica y contable, la viabilidad para acometer un proyecto o proyectos acordes con la finalidad del préstamo que se concedía, y ex post si el dinero recibido por Aceitunas Tatis SL había sido invertido en algún proyecto de interés público.

Como consecuencia de ello se ocasionó un perjuicio para las arcas públicas. Como era de esperar, el préstamo no fue restituido, ni el principal ni los intereses, habiendo ocasionado un perjuicio al erario público que asciende a 100.000 euros de principal y 8.732,22 euros de intereses.

De esta forma, se produjo un apartamiento definitivo del caudal público del patrimonio público. El pago realizado no cumplió una finalidad pública. Fue el resultado de una decisión arbitraria por parte del Sr. Ambrosio, disponiendo del dinero público como si fuera propio.

Ambos delitos, prevaricación y malversación, se encuentran en relación de concurso medial. La antijuridicidad de la conducta desplegada no se agota en la prevaricación, sino que constituye también un delito de malversación. Como expresábamos en la STS 277/2015, de 3 de junio, con cita expresa de la sentencia núm. 18/2014, de 23 de enero "Cuando la malversación va rodeada de actos administrativos injustos se detecta un plus de antijuridicidad: A la acción afectante del patrimonio público, se une otra que lesiona la confianza en las resoluciones administrativas. Malversar confiriendo al acto apariencia de legalidad mediante espurias resoluciones administrativas es más grave que la simple malversación (vid STS 149/2015, de 11 de marzo y STS 394/2014, de 7 de mayo)".

(...)

Conforme a lo expuesto, es evidente que Tribunal de instancia ha constatado la existencia de pruebas válidas, sometidas a contradicción y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditado que la acusada participó de forma consciente, activa, eficaz y decisiva en la actividad por la que ha sido condenada; pruebas que además han sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a criterios lógicos y razonables, constando en la sentencia el razonamiento lógico de la convicción alcanzada por el Tribunal.

2. La Sra. Olga ha sido condenada como inductora de los delitos de prevaricación y malversación.

Es pacífico en doctrina y jurisprudencia que cabe perfectamente la participación en el delito especial de aquella persona que, conforme al art. 28 CP (EDL 1995/16398), contribuya de manera esencial a la ejecución de una acción propia de funcionario, interviniendo de este modo y con él en un único y el mismo delito, de forma que la actuación de uno y otro queda cubierta por el mismo título de imputación.

Ahora bien, la participación del extraneus, al no ser el destinatario directo del reproche penal, no infringe frontalmente la norma, sino colabora con sus actos a la infracción, de ahí que el art. 65. 3º CP (EDL 1995/16398) admita la posibilidad de que le sea impuesta una pena menor que la del autor material del hecho.

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 646/2021, de 16 de julio, "el sujeto que no es funcionario público (extraneus) puede ser partícipe en un delito de prevaricación cometida por funcionario (intraneus) ya sea en la condición de inductor o de cooperador necesario (...).

El reproche penal a título de partícipe en el hecho del autor requiere que quien así actúa no sólo persiga la realización del hecho delictivo, sino que, además, debe tener intención de participar, en el sentido de colaborar en el hecho delictivo de otro. El partícipe ha de actuar dolosamente, por lo que su aportación al delito requiere sea realizada con conocimiento de que su aportación presta la ayuda necesaria al autor para la realización del hecho delictivo. Es por ello que doctrinalmente se ha considerado la exigencia de un "doble dolo" en el partícipe, dirigido a favorecer el hecho y que va dirigida a ayudar a la realización del hecho por el autor."

(...)

El Tribunal pone asimismo de relieve las condiciones personales de la Sra. Olga, empresaria y administradora general de Aceitunas Tatis, quien como tal y como cualquier empresario con su trayectoria de gestión y petición de préstamos, debía conocer la imposibilidad de obtención de un préstamo en las condiciones en el que fue efectuado el que ha sido objeto de análisis en el presente procedimiento.

De esta forma señala el Tribunal que "resulta poco creíble que asumiera como normal obtener un préstamo de una entidad que gestiona dinero público sin formular siquiera una petición expresa al respecto, sin presentar documentación previa sobre la situación económica de la empresa, sobre su proyecto de inversión, sin documentación alguna que sustente esta decisión en definitiva.

Entendemos que en un caso como éste no cabe hablar de que existiera una mera sospecha sobre lo irregular de la concesión obtenida, sino que resulta la arbitrariedad de la misma, y por ello lo injustificado e injusto de su concesión.

Es una actuación la de la acusada, que resulta relevante pues da inicio a la concesión y la materializa en la forma descrita.

Todo ello sin voluntad ni posibilidad de devolución del capital recibido, pues la acusada mejor que nadie sabía y conocía la crítica situación de su empresa y las nulas posibilidades de restituir lo que se estaba recibiendo con tal condición.

Todo lo cual corrobora las bases de su responsabilidad por estos hechos."

Igualmente, el Tribunal expone los elementos que le llevan de forma racional a afirmar la actuación inductora de la acusada en la concesión del préstamo.

Comienza afirmando que fue la acusada quien creó el dolo en el autor principal, mediante un influjo psíquico idóneo, bastante y causal, directamente encaminado a la realización de la acción delictiva expresada en el apartado de hechos probados. Resultaría absurdo estimar que el Sr. Ambrosio, por iniciativa propia, realizase una ilegalidad en beneficio exclusivo de la Sra. Olga, sin influjo psíquico eficiente por parte de ésta.

(...)

Finalmente, aun cuando el Tribunal no ha llegado a conocer si existía relación previa y de qué clase entre ambos acusados, conforme reiterada jurisprudencia de esta Sala de la que la Audiencia se hace eco, no es preciso, dado el carácter clandestino e íntimo que reviste la inducción, que quede determinada la forma concreta en cómo se indujo o el momento exacto en que se hizo. Basta que existan indicios bastantes de esa determinación al delito de modo que el hecho no pueda explicarse de otra manera.

De esta manera, la sentencia atribuye a la acusada la iniciativa en la petición del préstamo, acudiendo por decisión propia y sin cita previa a la sede de INVERCARIA donde, ello no obstante, fue recibida inmediatamente por su presidente. Consiguió que, sin procedimiento alguno, le fuera concedido un préstamo de 100.000 euros para un proyecto inexistente o inasumible, apareciendo de esta forma su conducta como participación por cooperación necesaria en el hecho del autor, ya que su aportación revela un dominio del hecho y supone una aportación causal, además de integrar el núcleo de la realización de la conducta típica. Como expresa el Tribunal, no cabe otra hipótesis factible que la que fue Olga, con su solicitud informal a Ambrosio cuya condición de Presidente y Consejero Delegado de la empresa pública INVERCARIA conocía, la que incidió sobre el proceso de convicción de éste, de forma eficaz y suficiente, consiguiendo que autorizara a favor de Aceitunas Tatis SL la concesión de un préstamo participativo que le beneficiaba directamente, sin solicitud formal previa, sin presentarse los documentos necesarios para el análisis de la operación, y sin cumplir los trámites necesarios para verificar el estudio previo de la inversión en aras a determinar su procedencia. Resulta así incuestionable que coadyuvó consciente y deliberadamente en la actuación delictiva del otro acusado, lo que justifica su condena...".

STS 3ª, 20/10/2022. Rec. 3974/2020. Ponente: Pico Lorenzo, Dª Celsa

Aunque no esté hospitalizado y esté escolarizado

Aplicación de reducción de jornada a funcionario público con hijo afectado de cáncer

[Ver Jurisprudencia al completo](#)

"...Aduce vulneración del artículo 49. e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril Estatuto Básico del Empleado Público (EDL 2007/17612).

Expone las circunstancias de la menor, DIRECCION000, con DIRECCION001 y DIRECCION002, con un grado de discapacidad reconocida del 69%, con baremo de movilidad positivo de dificultad, calificándose como una enfermedad extremadamente grave

También reproduce párrafos de la STS de 3 de junio de 2020, dictada en el recurso de casación 78/2018, y de su doctrina cuando indica que:

"[I]a Sala entiende que el art. 49 e) EBEP resulta de aplicación en aquellos supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor, pero si es necesario un cuidado directo, continuo y permanente, aunque el menor se encuentre escolarizado".

Recalcan que su situación físico-psíquica es muy delicada, como se demuestra en el informe de evaluación psicológica emitido por el centro escolar especial al que acude la menor, de octubre de 2018 aportado a los autos.

También el informe de 24 de octubre de 2018 del Servicio de Psiquiatría del HOSPITAL000 recoge la necesidad de una atención continua y permanente de sus progenitores para la realización de todas las actividades de la vida diaria "junto con el apoyo" del equipo psicopedagógico especializado del Centro Escolar:

"...Su capacidad de autonomía está gravemente limitada requiriendo apoyo, supervisión y cuidado directo, continuo y permanente por figuras parentales para la realización de todas las actividades de la vida diaria junto con apoyo psicopedagógico especializado en el centro escolar".

Es decir, el hecho de que la menor esté escolarizada en un centro escolar, en el que existan terapeutas y profesionales especializados no dispensa de la atención permanente y la colaboración de los padres con aquellos; teniendo que acudir los padres, en muchas ocasiones no solo a sesiones de formación e información impartidas por aquellos profesionales, sino también a auxiliarles durante el horario escolar, como a recoger a la menor del centro ante el menor inconveniente. A las dificultades añadidas durante la estancia de la menor en el centro escolar se suma el hecho de que no existe una ruta de autobús para llevar a la menor al centro escolar especial; de tal forma que, diariamente, el desplazamiento hacia y desde el centro debe ser realizado por los propios progenitores (lo que no siempre es compatible con la jornada laboral de aquellos).

CUARTO.- La oposición de la Comunidad de Madrid.

Centrado el debate, la cuestión que realmente se plantea es si el cuidado directo, continuo y permanente, puede ser interpretado de forma compatible con la escolarización del menor.

No ignora que la sentencia de 3 de junio de 2020 ha expresado la posición de esta Sala, en los siguientes términos:

"La Sala entiende que el art. 49 e) EBEP resulta de aplicación en aquellos supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor, pero si es necesario un cuidado directo, continuo y permanente, aunque el menor se encuentre escolarizado. "

Es decir, la escolarización no es óbice para la concesión del permiso, pero siempre que resulte necesario un cuidado directo, continuo y permanente.

La utilización por legislador de tres adjetivos para caracterizar las condiciones del cuidado que apuntan a la misma necesidad es revelador de la intención de restringir estos permisos a los casos en los que realmente se debe desplegar una atención muy intensa y cercana.

(...)

La doctrina de esta Sala en la sentencia de 3 de junio de 2020 (recurso de casación 78/2018).

En sus fundamentos jurídicos Quinto y Sexto:

"QUINTO.- Normas legales y reglamentarias a interpretar.

i) Art. 49 e) Ley 7/2007, de 12 de abril Estatuto Básico del empleado Público. (análogo al precepto del Real Decreto Ley 5/2015)

"e) Permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave: el funcionario tendrá derecho, siempre que ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquélla, percibiendo las retribuciones íntegras con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas o carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente acreditado por el informe del servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma o, en su caso, de la entidad sanitaria concertada correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, por el mismo sujeto y hecho causante, las circunstancias necesarias para tener derecho a este permiso o, en su caso, puedan tener la condición de beneficiarios de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que les sea de aplicación, el funcionario tendrá derecho a la percepción de las retribuciones íntegras durante el tiempo que dure la reducción de su jornada de trabajo, siempre que el otro progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, sin perjuicio del derecho a la reducción de jornada que le corresponda, no cobre sus retribuciones íntegras en virtud de este permiso o como beneficiario de la prestación establecida para este fin en el Régimen de la Seguridad Social que le sea de aplicación. En caso contrario, sólo se tendrá derecho a la reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones. Asimismo, en el supuesto de que ambos presten servicios en el mismo órgano o entidad, ésta podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones fundadas en el correcto funcionamiento del servicio. Reglamentariamente se establecerán las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas."

ii) Art. 2.1. RD 1148/2011, de 29 de julio (EDL 2011/146850)

"Se considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave".

(...)

Aspectos esenciales para resolver el recurso.

En la STS de 3 de junio de 2020 (recurso de casación 78/2018), se dijo en su FJ SÉPTIMO:

"De la prueba documental aportada por la demandante en instancia se colige que la Comisión del Empleo Público (Secretaría de Estado de las Administraciones Públicas, Dirección General de la Función Pública del entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) tras recomendación del Defensor del Pueblo de 14 de enero de 2013 examinó la aplicación del permiso previsto en el art. 49, letra e) del EBEP. Es decir, el permiso relativo al cuidado de hijo menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave en sesión de 8 de mayo de 2013 - es decir una vez dictado el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio-. Se acordó que en el desarrollo reglamentario del EBEP se concretasen los supuestos en los que es aplicable, sin que se exija sistemáticamente que el ingreso hospitalario prolongado y la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente sean circunstancias que hayan de darse simultáneamente además de otras cuestiones como los criterios para la valoración de los documentos que se aporten.

No ha habido tal desarrollo reglamentario. Ni estatal que había sido Recomendado por el Defensor del Pueblo en 2013, ni, en el caso de autos, autonómico, aunque el art. 107 n) de la Ley 4/2011, de 10 de marzo del Empleo Público de Castilla La Mancha contiene la siguiente previsión al igual que el art. 49 e), letra e) EBEP: "Reglamentariamente se establecerán las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas."

Sin embargo, entendemos que el redactado del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, art. 2.1. y su extenso Anexo si sirve de orientación interpretativa a efectos de comprender cuál es la situación protegida ante la omisión reglamentaria en el ámbito de la Función Pública, fuere la estatal, fuere la autonómica.

No olvidemos que la Comisión del Empleo Público ya interesó en 8 de mayo de 2013 la necesaria concreción reglamentaria de los supuestos del art. 49 e) EBEP y su omisión no puede conducir a una interpretación literal cuando la laguna puede ser cubierta mediante otra norma con un fin similar.

Es notorio que los centros docentes públicos españoles suelen carecer de personal sanitario para atender necesidades sanitarias de carácter permanente o que requieran una atención sanitaria continuada en el tiempo. Sin perjuicio de que pueda haber excepciones como la enjuiciada por esta Sala y Sección en su reciente STS de 21 de febrero de 2019, casación 1814/2016."

No consta previsión en la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid. Sí tiene conocimiento esta Sala (dada su publicación en el BOCM de 12 de mayo de 2021) del acuerdo de 28 de abril de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba expresa y formalmente el acuerdo de 21 de abril de 2021, de la Mesa Sectorial del Personal Funcionario de Administración y Servicios, sobre condiciones de trabajo del personal funcionario de Administración y Servicios de la Comunidad de Madrid (2021-2024).

Y cuyo artículo 58.5 dice:

"5. El personal funcionario que tenga a su cargo un hijo al que se le haya reconocido legalmente un grado II o III de dependencia, tendrá derecho a una reducción de jornada de trabajo de hasta un veinte por ciento, para facilitar su atención.

La distribución de la reducción de jornada se realizará de mutuo acuerdo, preferentemente en la parte de horario flexible, cuando lo haya. También podrá disfrutarse mediante su acumulación en días completos."

Cuyo ámbito de aplicación viene recogido en el artículo 1:

"1. El presente acuerdo será de aplicación al personal funcionario de administración y servicios de la Administración General de la Comunidad de Madrid, sus organismos autónomos y resto de entes a los que hace referencia el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre (EDL 1990/15043), reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, siempre que según su ley de creación les resulte aplicable dicha normativa.

(...)

Y reproduce la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, de 30 de octubre de 2013:

"TERCERO.- Es evidente, por otro lado, que la asistencia del menor al centro especial indicado no equivale a una escolarización normal, sino que constituye una ayuda específica o tiempo de descanso de los padres respecto al cuidado continuo en domicilio que requiere el menor, de forma que, si no existiera esa posibilidad, no sería suficiente a los progenitores una reducción de jornada, sino que al menos uno de ellos debería abandonar su relación laboral, que es precisamente lo que pretende evitar la prestación litigiosa " (el subrayado es del Juzgado).

Como quiera que la situación no evolucionará ostensiblemente durante los años venideros; el presente derecho se podrá mantener, por el recurrente o su esposa (no simultáneamente) hasta la mayoría de edad de aquella."

(...)

La respuesta a la cuestión de interés casacional.

La respuesta debe ser la misma ya declarada en la sentencia de 3 de junio de 2020, recurso de casación n.º 78/2018, en el sentido que la Sala entiende que el artículo 49 e) del Estatuto Básico del Empleado Público resulta de aplicación en aquellos supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor, pero sí es necesario un cuidado directo, continuo y permanente, aunque el menor se encuentre escolarizado...".

STS 4º Pleno, 19/10/2022. Rec. 2206/2021. Ponente: Sempere Navarro, D. Antonio Vicente

Es improcedente

Descartada la nulidad del despido sin causa acordado durante la pandemia

[Ver Jurisprudencia al completo](#)

"...Alcance del artículo 2º del RDL 9/2020 (EDL 2020/7728) .

Sobre cuanto hemos expuesto vamos a abordar ya frontalmente el tema suscitado: la calificación de un despido que ha desconocido la previsión del artículo 2º del RDL 9/2020 sin que esté en juego la vulneración de derecho fundamental especial, aunque respecto de esto último volveremos de inmediato.

1. Recapitulación.

El artículo 2º del RDL 9/2020 ha querido que las dificultades empresariales generadoras de causas ETOP o de fuerza mayor asociadas a la pandemia se encaucen por la vía suspensiva ("ERTE") y no por la extintiva. Del tenor literal de dicho precepto se desprende, y en eso coinciden las sentencias sujetas a comparación, que el legislador no especifica la calificación que merece el despido objetivo (o colectivo) que contradiga tal norma. La sentencia impugnada sostiene que estaríamos ante un despido efectuado en fraude de ley, desconocedor de regla prohibitiva, por lo que debe calificarse como nulo.

Nuestra doctrina viene asignando al órgano judicial la tarea de calificar el despido a la vista de la pretensión formulada en la demanda y de los hechos acreditados. Ya hace tiempo que puede considerarse consolidada la idea de que resulta necesaria la previa indicación legal de que el despido es nulo para que proceda esa calificación, sin que sea posible reconducir a tal categoría los identificados como fraudulentos (salvo indicación legal al efecto).

(...)

2. Las normas de emergencia aplicables no inciden en la calificación del despido.

A) El transcrito artículo segundo del RDL 9/2020 dispone que las causas de crisis empresarial (ETOP o fuerza mayor) derivadas de la pandemia "no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido".

Esa prescripción ha sido identificada como una prohibición de despedir por la sentencia recurrida ("nos encontramos con la aplicación de previsiones de derecho imperativo y de prohibición"). No es ese el alcance que debe darse a la norma. Lo que contiene es una destipificación, una neutralización de causas extintivas. Problemas referidos al normal funcionamiento de la empresa que, de no existir la norma, encajarían en el despido objetivo o colectivo, sin embargo, quedan ayunos de ese cauce. Dificultades empresariales que podrían justificar, en condiciones de normalidad, una extinción ajustada a Derecho ya no pueden alcanzar esa legitimación. Tal es el sentido y la consecuencia del precepto en cuestión. Como si desapareciera de nuestro ordenamiento la apertura legal que en el artículo 49 ET (EDL 2015/182832) y concordantes contemplan esa posibilidad de ajuste laboral.

La magra formulación legislativa no prohíbe la extinción contractual, sino que retira la cobertura del despido por dificultades empresariales.

B) El cumplimiento cabal de lo preceptuado en el artículo 2º del RDL 9/2020 (EDL 2020/7728) comporta que las causas ETOP o de fuerza mayor que posibilitaban la suspensión contractual a través del ERTE carecen de virtualidad.

Puesto que la empresa ha invocado razones genéricas, además de conectadas con la pandemia, nos encontramos ante supuesto en que la terminación del contrato queda sin causa válida y, además, choca con la prescripción del repetido artículo 2º. El silencio legislativo sobre la calificación del despido es lo que nos aboca a proyectar sobre el supuesto las construcciones generales sobre la materia.

Ni el legislador ha establecido una verdadera prohibición ni, lo que resulta decisivo, ha proclamado la nulidad de los despidos desconocedoras de su deseada pervivencia de la relación laboral a través del cauce suspensivo (arts. 22 y 23 del RDL 8/2020).

C) Tampoco puede confundirse la regla aquí examinada con la exigencia de mantenimiento del empleo para las empresas acogidas a los ERTes asociados a la pandemia. La empresa no ha puesto en marcha un ERTE y desconocido luego su deber de mantener el nivel de empleo, sino que ha orillado aquella figura suspensiva mediante la instrumentación de la extinción enjuiciada.

D) Las múltiples reformas que los RRDDL 8 y 9/2020 han experimentado, omiten la precisión sobre las consecuencias de que se desconociera la regla del reseñado artículo 2º. Ello, pese a la evidente duda que se generaba desde su promulgación y a la existencia de la acrisolada línea jurisprudencial que hemos recordado (apartado 2 del Fundamento Cuarto). En consecuencia, ese silencio legislativo solo puede abocar a la aplicación de las previsiones generales acerca de qué sucede cuando una extinción contractual acordada por el empleador carece de encaje en las diversas aperturas del artículo 49.1 ET (EDL 2015/182832).

El precepto pretende impedir que la empresa extinga válidamente un contrato por causas objetivas relacionadas con la pandemia que podrían haber motivado la suspensión del contrato o la reducción de jornada a través de los mecanismos de flexibilidad interna dispuestos en la normativa excepcional COVID-19 (ERTes de los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020). El legislador no ha anudado la nulidad al desconocimiento de la norma, pese a disponer de múltiples ocasiones para ello.

La ausencia de causa acreditada, sea cual fuere la invocada por el empresario (o incluso en ausencia de cualquiera), reconduce el supuesto al despido improcedente. Por descontado, salvo que existiera vulneración de derechos fundamentales.

2. La vulneración de derechos fundamentales.

Los artículos 53.4 ET (EDL 2015/182832) y 122.4 LRJS (EDL 2011/222121) califican como nulo el despido que "se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador". Sin duda alguna, es el resorte que deberíamos activar en caso de haberse aportado indicios de ello sin que la empresa los hubiera contrarrestado.

La sentencia recurrida sostiene que el bloque normativo de emergencia ha colocado la protección del empleo frente a la pandemia en un rango electivo similar al de la protección de los derechos fundamentales, por lo que la nulidad surge cuando se vulnera la previsión del artículo 2º en estudio. Son varias las razones que nos llevan a censurar esa apreciación:

Primera.- Que un Real Decreto-Ley pueda alterar el contorno de los derechos fundamentales y libertades públicas en su contenido esencial resulta inviable, pues se precisa a tal efecto de una Ley Orgánica (art. 81.1 CE).

Segunda.- Que el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) alcance la dimensión de derecho fundamental es algo que solo está al alcance del propio constituyente.

Tercera.- Los artículos 35 (derecho al trabajo) y 38 (libertad de empresa) de la Ley Fundamental aparecen integrados en la misma Sección del Capítulo Segundo del Título I de la Norma Fundamental. En consecuencia, no parece viable que entre ellos se produzca una impropia alteración de rango o de protección, sin perjuicio de que el legislador vaya dando preponderancia a uno u otro a medida que adopta sus decisiones.

Cuarta.- Que el estado de alarma (art. 116.2 CE) afectase a determinados derechos fundamentales y libertades públicas (RD 463/2020) o que el mismo fuese declarado parcialmente inconstitucional (STC 148/2021); o que la pandemia generase evidente afectación del derecho a la integridad física y a la vida (art. 15 CE) no significa que cualquier comportamiento ilegal relacionado con aquel vulnere esos derechos fundamentales

Quinta.- El trabajador no ha invocado, directa o indirectamente, la vulneración de derecho fundamental alguno como causa de su pretensión de que el despido sea considerado como nulo.

3. El artículo 2º del RDL 9/2020 no contiene una prohibición.

El artículo 6.3 CC (EDL 1889/1) establece la nulidad "de pleno derecho" respecto de los actos contrarios a las normas prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto.

Son las normas laborales sustantivas y procesales las que se vienen encargando de establecer la tipología valorativa de los despidos y sus consecuencias.

Además, conviene insistir en la apuntada idea de que el RDL 9/2020 no contiene una verdadera interdicción del despido, sino una temporal restricción de su procedencia; durante ese tramo cronológico, por así decirlo, ha quedado suspendida la vigencia de los preceptos sobre las referidas causas de despido objetivo, colectivo o por fuerza mayor.

Tal restricción es la consecuencia de que "no se podrán entender como justificativas" de la extinción las expuestas causas. Así las cosas, si el empleador activa una extinción por causa imposible lo que surge es un despido acausal. Los despidos sin causa justificada, con arreglo a nuestra doctrina, son reconducibles a la calificación como improcedentes.

Solo si la norma asigna la nulidad expresamente, como sucede cuando la extinción comporta la elusión de las normas sobre despido colectivo [art. 122.2.b LRJS (EDL 2011/222121)], es cuando hay que activar esa calificación.

Por tanto: ni estamos ante una verdadera prohibición de despedir, ni los efectos de desconocer un mandato normativo son los de la teoría general del negocio jurídico, sino los específicos del despido, ni en el caso se ha eludido el mecanismo del despido colectivo.

4. La eventual conducta fraudulenta de la empresa no desemboca necesariamente en la nulidad del despido.

Expone la sentencia recurrida que al encontrarnos ante un despido fraudulento, lo que procede es aplicar las consecuencias previstas en la norma eludida y ello desemboca en la nulidad.

Sin embargo, como queda expuesto más arriba, las consecuencias de que un despido aparezca ante los ojos del juzgador como carente de causa no es (en la actualidad) la de su nulidad, sino la improcedencia. Ni el abuso de derecho, ni el fraude de ley desembocan en la calificación acogida por la Sala de suplicación recurrida, no porque ello fuese exigible desde alguna perspectiva suprallegal sino, sencillamente, porque es el deseo de las Leyes (tanto sustantivas cuanto adjetivas) que desde tiempo atrás vienen ocupándose del tema.

Con arreglo a la doctrina jurisprudencial expuesta, cuando el despido carece de causa debe considerarse improcedente. Esa es, al cabo, la regulación de la que estaría intentando huir la empresa al articular un despido como el ahora enjuiciado. Como sostiene la sentencia de instancia (Fundamento Primero, apartado 2.A), aunque pudiera obviarse el tratamiento común que conduce a la declaración de improcedencia y fuese aplicable el CC, no procedería nulidad porque ni el fraude de ley ni el abuso de derecho la imponen: en caso de fraude se aplica la norma eludida (declaración de improcedencia al no estar justificada la extinción), en caso de abuso de derecho se abona la indemnización (la de improcedencia), en caso de nulidad prevalece el efecto de la norma especial (el ET y la LRJS).

5. Al quedar el despido sin causa justificada debe considerarse improcedente.

Puesto que la normativa de emergencia examinada no altera las premisas para calificar los despidos carentes de causa (anterior apartado 2) y nuestra doctrina viene calificando como improcedentes los de tal índole (Fundamento Cuarto, apartado 2) la conclusión aparece nítida: estamos ante un despido improcedente.

(...)

Resolución.

1. Unificación doctrinal.

Armonizando la dispar interpretación de las normas aplicadas, en especial del artículo 2º del RDL 9/2020, debemos concluir que el despido desconociendo su admonición no debe calificarse como nulo, salvo que exista algún dato específico que así lo justifique (vulneración de un derecho fundamental, elusión de las normas procedimentales sobre despido colectivo, concurrencia de una circunstancia subjetiva generadora de especial tutela).

Ni la referida norma contiene una verdadera prohibición, ni las consecuencias de que haya un despido fraudulento comportan su nulidad, salvo que exista previsión normativa expresa (como sucede en el caso de elusión del mecanismo del despido colectivo). Del mismo modo, tampoco el acudimiento al ERTe aparece como una verdadera obligación.

La calificación del despido como nulo no es asumible porque las previsiones sobre el tema (tanto del ET cuanto de la LRJS) ignoran el supuesto de fraude (salvo en despidos "por goteo" que eluden el procedimiento de la extinción colectiva). Nos encontramos ante una extinción sin causa y su enfoque ha de ser el propio de la legislación laboral vigente tanto por la especialidad de este sector del ordenamiento cuanto por la propia remisión del artículo 6.3 CC (calificando como nulos los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas "salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención"), al margen de que propiamente no concurra su presupuesto aplicativo...".

STC 1ª, 10/10/2022. Rec. 8133/2021. Ponente: Montalbán Huertas, Dª Inmaculada

Demora por motivos estructurales y sobrecarga de trabajo

Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en litigio sin especial complejidad

[Ver Jurisprudencia al completo](#)

"...Como recordamos en dichas resoluciones, para determinar si nos encontramos o no ante una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas [art. 24.2 CE (EDL 1978/3879)], hemos de acudir a las pautas que ofrece nuestra doctrina constitucional, habida cuenta de que estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado ("dilaciones indebidas") que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si esta puede considerarse justificada, por cuanto "no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando" (STC 153/2005, de 6 de junio, FJ 2), sin que, por otra parte, el derecho fundamental referido pueda identificarse con un derecho al riguroso cumplimiento de los plazos procesales, configurándose a partir de la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad (STC 142/2010, de 21 de diciembre, FJ 3).

Partiendo de esta premisa hemos venido sosteniendo, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma (STEDH de 20 de diciembre de 2016, asunto Ruiz-Villar c. España), que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son: (i) la complejidad del litigio; (ii) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; (iii) el interés que arriesga el demandante de amparo; (iv) su conducta procesal; y (v) la conducta de las autoridades (...).

En relación, con el primero de los criterios, este tribunal ha considerado que carecen de complejidad -a efectos de justificar unos plazos de resolución extraordinariamente superiores a los legalmente marcados- la impugnación de una orden administrativa de expulsión de territorio nacional (SSTC 76/2016, de 25 de abril; 77/2016, de 25 de abril; 89/2016 de 9 de mayo, y 103/2016, de 16 de junio, entre otras), la impugnación de una denegación administrativa de asilo (STC 142/2010, de 21 de diciembre), la reversión de una expropiación de vivienda (STC 20/1999, de 22 de febrero), la resolución de un contrato de compraventa (STC 7/1995, de 10 de enero), la impugnación de una decisión administrativa de cese en determinado cargo de un funcionario del cuerpo general administrativo de la Administración del Estado (STC 129/2016, de 18 de julio, o una demanda por despido (STC 125/1999, de 28 de junio).

De esta enumeración de casos, en los que el tribunal ha apreciado la existencia de vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se desprende claramente que el hecho de que el interés que arriesga el demandante en el litigio no resulte significativamente relevante no es óbice para apreciar la citada vulneración. Así sucede también en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha apreciado la existencia de vulneración del derecho a un plazo razonable [art. 6.1 CEDH (EDL 1979/3822)] en un caso en que lo debatido era el pago de los gastos de reparación de un muro medianero.

En cuanto a los márgenes ordinarios de duración de los litigios, este tribunal ha apreciado la existencia de dilaciones indebidas -vulneradoras del derecho fundamental consagrado en el art. 24.2 CE- en supuestos en que entre la fecha de interposición de la demanda ante la jurisdicción ordinaria y la fecha del señalamiento para vista habían mediado los siguientes plazos: dos años y seis meses (STC 54/2014, de 10 de abril), dos años y tres meses (STC 99/2014, de 23 de junio), un año y once meses (STC 129/2016, de 18 de julio), un año y seis meses (STC 142/2010, de 21 de diciembre) y un año y tres meses (STC 89/2016 de 9 de mayo).

En cuanto al último de los criterios indicados, actuación de las autoridades, este tribunal se ha pronunciado de manera ya reiterada en el sentido de que el hecho de que la demora denunciada se deba a motivos estructurales, no imputables directamente al órgano judicial, no impide apreciar la vulneración del derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas, pues esta situación no altera su naturaleza injustificada, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias.

Como afirmamos en la ya citada STC 54/2014 (EDJ 2014/65798), por referencia a la doctrina contenida en la STC 142/2010, de 21 de diciembre (EDJ 2010/279573), "por más que los retrasos experimentados en el procedimiento hubiesen sido consecuencia de deficiencias estructurales u organizativas de los órganos judiciales o del abrumador trabajo que sobre ellos pesa, esta hipotética situación orgánica, si bien pudiera excluir de responsabilidad a las personas intervinientes en el procedimiento, de ningún modo altera el carácter injustificado del retraso. Y es que el elevado número de asuntos de que conozca el órgano jurisdiccional ante el que se tramitaba el pleito no legitima el retraso en resolver, ni todo ello limita el derecho fundamental de los ciudadanos para reaccionar frente a tal retraso, puesto que no es posible restringir el alcance y contenido de ese derecho (dado el lugar que la recta y eficaz administración de justicia ocupa en una sociedad democrática) en función de circunstancias ajenas a los afectados por las dilaciones. Por el contrario, es exigible que jueces y tribunales cumplan su función jurisdiccional, garantizando la libertad, la justicia y la seguridad, con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, lo que lleva implícita la necesidad de que el Estado provea la dotación a los órganos judiciales de los medios personales y materiales precisos para el correcto desarrollo de las funciones que el ordenamiento les encomienda".

En el ámbito europeo destaca, en el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, que proclama en su art. 6.1 que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída [...] dentro de un plazo razonable". En el marco del Derecho de la Unión Europea, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), de 7 de diciembre de 2000 (EDL 2000/94313), en su versión adaptada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, lo reconoce en su art. 47 en términos idénticos a los del art. 6.1 CEDH. Son normas jurídicas que contienen un derecho y una obligación cuyo objetivo es impedir que se haga realidad en el ámbito judicial la conocida frase que "nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía".

Este es también el criterio seguido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En su sentencia asunto Unión Alimentaria Sanders c. España, de 7 de julio de 1989, afirmó que el carácter estructural de las dilaciones no puede privar a los ciudadanos de su derecho al respeto del plazo razonable (§§ 38 y 42); y en su sentencia asunto Lenaerts c. Bélgica (§ 18), de 11 de marzo de 2004, razonó que el art. 6.1 del CEDH obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del "derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable" (FJ 6).

4. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL AL CASO CONCRETO

Atendiendo a los referidos criterios, podemos afirmar que en el caso sometido a examen se ha producido una dilación indebida proscrita por el art. 24.2 CE, pues:

- (i) El asunto planteado, como se dice en la demanda, no revestía una especial complejidad, al tratarse de una simple reclamación de cantidad derivada del eventual incumplimiento de unos compromisos laborales previos. Teniendo en cuenta la materia, no parece razonable que su señalamiento y resolución se difieran en el tiempo en unos plazos tan extraordinariamente dilatados: tres años y cinco meses en el primero de los señalamientos, y casi dos años en el señalamiento "anticipado".
- (ii) Tanto el primero de los señalamientos como el segundo de ellos, (señalamiento "anticipado"), se encuentran dentro de los rangos temporales que han servido de base a este tribunal para declarar la existencia de una dilación indebida en casos anteriores, siendo, además, ambos plazos claramente superiores a los tiempos medios de resolución de asuntos equivalentes por los juzgados de lo social de toda España, tiempo medio que se situaba en el año 2021, en que fue interpuesta la demanda, en

catorce meses y medio de acuerdo con la estadística publicada por el Consejo General del Poder Judicial relativa a la actividad de los órganos judiciales. Por consiguiente, cabe apreciar que el presente caso se inscribe también en lo que nuestra doctrina ha calificado como demora constitutiva de una dilación indebida.

(iii) El interés que arriesga el recurrente en el pleito es el de obtener una resolución judicial que determine si le corresponde percibir una indemnización por la negativa de la Universidad de Sevilla a formalizar el contrato postdoctoral que había aceptado suscribir con el hoy recurrente de amparo -hasta entonces vinculado a la universidad por un contrato predoctoral- una vez presentada oficialmente su tesis doctoral. Se trata, en definitiva, de una reclamación de cantidad que puede tener un impacto muy significativo en la vida del recurrente en amparo, teniendo en cuenta que la negativa de formalización del contrato postdoctoral implica, de entrada, que el recurrente se quede en situación de desempleo y sin la que hasta entonces venía siendo su fuente de ingresos (contrato predoctoral de formación).

iv) Ha de excluirse que la conducta del demandante merezca reproche alguno, dado que, además de no haber propiciado el retraso en cuestión, ha denunciado ante el órgano judicial la concurrencia de las supuestas dilaciones, utilizando cuantos remedios legales se hallaban a su disposición para denunciar el retraso y solicitar que se corrigiera, tanto frente a la resolución que acordó el primer señalamiento, como frente a la resolución que acordó el segundo señalamiento "anticipado".

(v) El único motivo aducido por el órgano judicial para justificar esa dilación consiste en la sobrecarga de trabajo permanente o estructural a la que ha de hacer frente y la carencia de los medios personales y materiales necesarios para sacarla adelante en unos plazos razonables. Como ya se ha indicado extensamente, no cabe aceptar esta razón como causa suficiente para neutralizar la lesión al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; pues esta situación no altera su naturaleza injustificada, según reiterada jurisprudencia de este tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en tanto que el ciudadano es ajeno a esas circunstancias.

Por todo lo anterior, cabe concluir que se ha vulnerado en este caso el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del recurrente (art. 24.2 CE); y en consecuencia, se declara la nulidad del decreto de 13 de julio de 2021 y de las dos resoluciones que desestimaron los recursos de reposición y revisión formulados contra el mismo. Conforme a lo solicitado por el recurrente, se acuerda que el Juzgado de lo Social núm. 11 de Sevilla proceda a efectuar un nuevo señalamiento que resulte respetuoso con el derecho fundamental lesionado...".

STJUE 2ª, 13/10/2022. Asunto C-344/20

Por razón de religión o convicción

Regla empresarial de neutralidad indumentaria no constitutiva de discriminación directa

[Ver Jurisprudencia al completo](#)

"...La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, 2, apartado 2, letra a), y 8, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 2000, L 303, p. 16) (EDL 2000/90175).

2

Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre L.F., demandante en el litigio principal, y S.C.R.L., demandada en el litigio principal, que es una sociedad cooperativa de responsabilidad limitada cuya actividad principal consiste en el arrendamiento y la explotación de viviendas sociales, en relación con la falta de toma en consideración de la candidatura espontánea de la demandante en el litigio principal para obtener unas prácticas, debido a la negativa de esta a respetar la prohibición impuesta por S.C.R.L. a sus empleados de manifestar sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, en particular, a través de la forma de vestir.

(...)

Mediante su tercera cuestión prejudicial, que procede examinar en segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una disposición de un reglamento laboral de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean, constituye, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa «por motivos de religión o convicciones», en el sentido de dicha Directiva.

31

Para responder a esta cuestión, procede recordar que, ciertamente, el Tribunal de Justicia ha declarado que una norma interna de una empresa que solo prohíbe llevar signos vistosos y de gran tamaño de convicciones religiosas o filosóficas puede constituir una discriminación directa, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, en los casos en que dicho criterio esté indisolublemente ligado a una o varias religiones o convicciones determinadas (...).

32

No obstante, en el presente asunto, la cuestión planteada al Tribunal de Justicia se refiere a una norma que prohíbe no el uso de signos vistosos y de gran tamaño, sino el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo.

33

Pues bien, el Tribunal de Justicia también ha declarado reiteradamente que el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una norma interna de una empresa privada que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa «por motivos de religión o convicciones», en el sentido de dicha disposición, si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos (...).

34

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado que, dado que toda persona puede profesar una religión o tener convicciones religiosas, filosóficas o espirituales, tal norma, siempre que se aplique de manera general e indiferenciada, no establece una diferencia de trato basada en un criterio indisolublemente ligado a la religión o a esas convicciones (...).

35

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Justicia recordó que el derecho a la libertad de conciencia y de religión, reconocido en el artículo 10, apartado 1, de la Carta y que forma parte del contexto pertinente para interpretar la Directiva 2000/78, corresponde al derecho garantizado en el artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, apartado 3, de la Carta, tiene el mismo sentido y alcance que él (sentencia de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handel, C-804/18 y C-341/19, EU:C:2021:594, apartado 48). Pues bien, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, tal como viene protegido por el artículo 9 de ese Convenio, constituye «uno de los pilares de una "sociedad democrática" en el sentido de dicho Convenio» y es «en su dimensión religiosa, uno de los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida» y «un bien preciado para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes», que contribuye al «pluralismo -conquistado con duro esfuerzo a lo largo de los siglos-, consustancial a tal sociedad» (TEDH, sentencia de 15 de febrero de 2001, Dahlab c. Suiza, CE:ECHR:2001:0215DEC004239398).

36

A este respecto, procede añadir que de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que no se alega que S.C.R.L. no haya aplicado el reglamento laboral controvertido en el litigio principal de manera general e indiferenciada o que la demandante en el litigio principal haya sido tratada de manera diferente a cualquier otro trabajador que haya manifestado su religión o sus convicciones religiosas o filosóficas mediante el uso visible de signos, de prendas de vestir o de cualquier otro modo.

37

También se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que una norma interna como la controvertida en el litigio principal puede constituir una diferencia de trato indirectamente basada en la religión o las convicciones, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78, si se demuestra, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas (...).

No obstante, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78, tal diferencia de trato no constituirá una discriminación indirecta, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de dicha Directiva, si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios.

39

En cuanto al requisito de la existencia de una finalidad legítima, puede considerarse legítima la voluntad de un empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado. En efecto, el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario solo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, supuestamente, van a estar en contacto con sus clientes (...).

40

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha precisado asimismo que la mera voluntad de un empresario de llevar adelante un régimen de neutralidad, aunque constituya, en sí, una finalidad legítima, no es suficiente, por sí sola, para justificar objetivamente una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, ya que el carácter objetivo de tal justificación solo puede determinarse ante una necesidad real de ese empresario, necesidad que incumbe a este demostrar (...).

41

Esta interpretación se inspira en el deseo de fomentar por principio la tolerancia, el respeto y la aceptación de un mayor grado de diversidad y de evitar que el establecimiento de una política de neutralidad en el seno de la empresa se use indebidamente en perjuicio de trabajadores que observen preceptos religiosos que les exigen vestirse de un determinado modo.

42

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una disposición de un reglamento laboral de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, del tipo que sean, no constituye, respecto de los trabajadores que pretenden ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa «por motivos de religión o convicciones» en el sentido de dicha Directiva, siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada...".

NORMATIVA MÁS RELEVANTE DEL PERIODO (28/10/2022 A 11/11/2022)

BOE 264/2022 de 3 de Noviembre de 2022

[Ver Novedad Legislativa al completo](#)

Trascendencia y finalidad

En necesario que, entre las funciones atribuidas a la Dirección General de Ordenación del Juego en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, órgano de la administración que asume el objeto, funciones y competencias de la Comisión Nacional de Juego, se introduzca ahora una mención expresa a una nueva función que tenga por finalidad reforzar la capacidad de evaluación de la autoridad reguladora a la hora de contrastar la eficacia de las medidas sobre juego responsable o seguro exigibles a los operadores a consecuencia de los distintos desarrollos regulatorios que se dirigen a fortalecer la protección de los grupos en riesgo.

Ámbito material

A fin de que las autoridades competentes puedan disponer de las herramientas adecuadas en la lucha contra el fraude y manipulación de las competiciones recientemente ha entrado en vigor la modificación de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, operada mediante la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, que ha introducido, entre las funciones de la Dirección General de Ordenación del Juego, la de colaborar con las autoridades competentes en la prevención y la lucha contra el fraude y la manipulación de las competiciones deportivas.

El refuerzo de esta función de colaboración hace conveniente introducir en la propia Ley 13/2011, de 27 de mayo, una referencia expresa al instrumento técnico en el que los diversos actores interesados en la erradicación de estos fenómenos comparten información, denominado Servicio de investigación global del mercado de apuestas.

Por otra parte, los desarrollos económicos acaecidos desde la promulgación de la Directiva (UE) 2019/2161, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, requieren el desarrollo adicional de determinados preceptos del **título IV del libro primero del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios** y otras leyes complementarias, en aras de garantizar la consecución de los fines perseguidos por la Directiva, así como el nivel óptimo de protección de las personas consumidoras que impone el artículo 51 de la Constitución española.

Por tanto, se modifican tanto el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias como el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en virtud del cual se aprobó el mismo.

También se modifica el anexo I del texto refundido para garantizar la transposición completa de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión.

Vigencia

La presente norma entrará en vigor el 4 de noviembre de 2022.

DGT, Consulta nº V2140/2022, de 11/10/2022

Aplicación a las empresas comercializadoras de gas natural del IVA reducido en la refacturación a clientes

[Ver Doctrina Administrativa al completo](#)

"...La consultante, asociación nacional de las empresas del sector gasista español

CUESTIÓN PLANTEADA

Tipo impositivo aplicable en el Impuesto sobre el Valor Añadido a las facturas expedidas por las empresas comercializadas de gas natural de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-ley 17/2022, de 20 de septiembre (EDL 2022/31521), por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la energía, en la aplicación del régimen retributivo a las instalaciones de cogeneración y se reduce temporalmente el tipo del Impuesto sobre el Valor Añadido aplicable a las entregas, importaciones y adquisiciones intracomunitarias de determinados combustibles. En particular, con los conceptos incluidos en las facturas expedidas por las entidades comercializadoras de gas.

CONTESTACIÓN COMPLETA

(...)

Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5.º uno de la citada Ley 37/1992 (EDL 1992/17907), se reputarán empresarios o profesionales, a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido:

"a) Las personas o entidades que realicen las actividades empresariales o profesionales definidas en el apartado siguiente de este artículo".

No obstante, no tendrán la consideración de empresarios o profesionales quienes realicen exclusivamente entregas de bienes o prestaciones de servicios a título gratuito, sin perjuicio de lo establecido en la letra siguiente.

b) Las sociedades mercantiles, salvo prueba en contrario.

(...)"

En este sentido, el apartado dos, de este artículo 5, establece que "son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

En particular, tienen esta consideración las actividades extractivas, de fabricación, comercio y prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras y el ejercicio de profesiones liberales y artísticas."

En consecuencia, las empresas comercializadoras de gas natural a las que se refiere la cuestión planteada por la presente consulta tienen la condición de empresarios o profesionales y estarán sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido las entregas de bienes y prestaciones de servicios que en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional realice en el territorio de aplicación del Impuesto.

(...)

4.- En este sentido, con el objeto de dar respuesta a la situación generada por el incremento de los precios del gas natural, dentro de los límites de la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre de 2006 (EDL 2006/310570), y de forma excepcional y transitoria, se ha establecido la rebaja del 21 por ciento al 5 por ciento en el tipo impositivo del Impuesto sobre el Valor Añadido aplicable al suministro de gas natural en virtud del Real Decreto-ley 17/2022, de 20 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la energía, en la aplicación del régimen retributivo a las instalaciones de cogeneración y se reduce temporalmente el tipo del Impuesto sobre el Valor Añadido aplicable a las entregas, importaciones y adquisiciones intracomunitarias de determinados combustibles.

En concreto, su artículo 5 dispone que:

"Artículo 5. Tipo del Impuesto sobre el Valor Añadido aplicable temporalmente a las entregas, importaciones y adquisiciones intracomunitarias de gas natural.

Con efectos desde el 1 de octubre de 2022 y vigencia hasta el 31 de diciembre de 2022, se aplicará el tipo del 5 por ciento del Impuesto sobre el Valor Añadido a las entregas, importaciones y adquisiciones intracomunitarias de gas natural."

Por lo que respecta al alcance de dicha medida, hay que tener en cuenta que la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 17/2022 dispone que dicha reducción del tipo impositivo en el Impuesto sobre el Valor Añadido "recae sobre todos los componentes de la factura de las entregas de gas natural, con el objeto de minorar su importe."

5.- Por otra parte, el contenido de las facturas a expedir por las empresas comercializadoras de gas natural, sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, aprobado por el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre (BOE del 1 de diciembre), se regula en el artículo 53 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre (EDL 2002/54625), por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, en redacción dada por el Real Decreto 1085/2015, de 4 de diciembre, de fomento de los Biocarburantes (BOE de 5 de diciembre).

Dicho artículo dispone lo siguiente:

"Artículo 53. Contenido de las facturas.

(...)

De acuerdo con el apartado cuarto del artículo transcrito, las empresas comercializadoras pueden, y de hecho, es la práctica habitual en el sector, incluir en la factura correspondiente a sus suministros de gas natural, una serie de servicios relacionados con el suministro de gas natural, distintos al propio suministro, y que estarían facturando a sus clientes por cuenta del distribuidor, por lo que será necesario precisar si a estos conceptos también les sería de aplicación el tipo reducido del 5 por ciento del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Dichos conceptos son, fundamentalmente, los denominados revisión meteorológica del equipo, comprobación del contador y/o lectura, canon IRC, canon finca, derechos de acometida, derechos de alta, gastos de inspección periódica y obligatoria tanto de la instalación receptora individual así como de la instalación receptora comunitaria, descuento por interrupción del suministro así como reapertura del suministro.

6.- Por su parte el artículo 11 de la misma Ley 37/1992 señala que a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido se entenderá por prestación de servicios toda operación sujeta al citado tributo que de acuerdo con la Ley no tenga la consideración de entrega de bienes, en particular, en su apartado dos.15º, se señala, que tendrán dicha consideración de prestación de servicios:

"15º. Las operaciones de mediación y las de agencia o comisión cuando el agente o comisionista actúe en nombre ajeno. Cuando actúe en nombre propio y medie en una prestación de servicios se entenderá que ha recibido y prestado por sí mismo los correspondientes servicios."

No obstante lo anterior, en el supuesto considerado, a falta de otros elementos de prueba, parece deducirse que las empresas comercializadoras de gas natural se limitan a refacturar a sus clientes en nombre propio una serie de servicios y conceptos, previamente facturados a las mismas por las entidades distribuidoras.

En este sentido y por lo que respecta a la refacturación de gastos es necesario distinguir cuando ésta se refiere única y exclusivamente a un gasto soportado por el sujeto pasivo que se refactura a su cliente o, por el contrario, la refacturación del gasto se realiza en el marco de una entrega de bienes o de una prestación de servicios respecto de los que podría tener la consideración de accesorio.

Para el primero de los supuestos (refacturación de un único gasto independiente) es criterio de este Centro directivo recogido, entre otras, en la contestación vinculante de 13 de junio de 2017 con número de referencia V1503-17, que la refacturación de gastos es una prestación de servicios sujeta y no exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido, por la que deberá repercutirse el correspondiente Impuesto al tipo impositivo general del 21 por ciento.

(...)

De esta forma, a efectos de determinar la base imponible de los gastos que van a ser objeto de refacturación, habrá de estarse a las cláusulas contractuales establecidas o, en otro caso, a lo que ambas partes pacten libremente y en particular, si dicha base imponible incluye, en su caso, el importe del propio Impuesto sobre el Valor Añadido que gravó la entrega del bien o del servicio que se refactura.

En todo caso, sobre dicha base imponible se deberá repercutir el Impuesto sobre el Valor Añadido al tipo general del 21 por ciento, de conformidad con lo establecido en los artículos 88 y 90 de la Ley 37/1992.

7.- No obstante, cuando la refacturación de un gasto se realiza en el marco de una entrega de bienes o de una prestación de servicios con la que guarden relación pero que sean distintas del propio gasto refacturado, cabe plantearse si los mismos constituyen una única operación o por el contrario se trata de operaciones autónomas e independientes.

En este sentido, es criterio reiterado de este Centro directivo derivado de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifestado que cuando una operación está constituida por un conjunto de elementos y de actos, procede tomar en consideración todas las circunstancias en las que se desarrolla la operación en cuestión, para determinar, por una parte, si se trata de dos o más prestaciones distintas o de una prestación única.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, en determinadas circunstancias, varias prestaciones formalmente distintas, deben considerarse como una operación única cuando no son independientes (...).

El Tribunal de Justicia ha declarado que se trata de una prestación única, en particular, en el caso de que deba considerarse que uno o varios elementos constituyen la prestación principal, mientras que, a la inversa, uno o varios elementos deben ser considerados como una o varias prestaciones accesorias que comparten el tratamiento fiscal de la prestación principal.

De esta forma, con independencia de que se facture por un precio único o se desglose el importe correspondiente a los distintos elementos, una prestación debe ser considerada accesorio de una prestación principal cuando no constituye para la clientela un fin en sí, sino el medio de disfrutar en las mejores condiciones del servicio principal del prestador.

A mayor abundamiento el Tribunal de Justicia en su sentencia Wojskowa Agencja, asunto C-42/14, de 16 de abril de 2015, analizó si la facturación de gastos de suministros (electricidad, calefacción o agua entre otros) en un contrato de arrendamiento constituye una operación única a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.

(...)

De acuerdo con lo anterior, cuando los gastos refacturados formen parte de una prestación de servicios o entrega de bienes que constituye una prestación o entrega única para su destinatario, los gastos refacturados serán accesorios de la prestación principal y recibirán el mismo tratamiento en el Impuesto sobre el Valor Añadido que la prestación o entrega principal.

Por el contrario, cuando los gastos refacturados no formen parte de una prestación de servicios o entrega de bienes en los términos señalados, los mismos constituirán prestaciones independientes y seguirán el tratamiento general en el Impuesto analizado en el punto anterior de esta contestación.

8.- Por otra parte, cabe destacar que este Centro directivo ya se ha pronunciado, de forma reiterada, sobre la aplicación del tipo impositivo reducido del 10 por ciento (actualmente el 5 por ciento) a los componentes de la factura eléctrica que también son objeto de regulación específica en el ámbito de la referida Dirección General de Política Energética y Minas, en el siguiente sentido, por todas, la contestación vinculante de 2 de julio de 2021, número V2006-21:

(...)

9.- Analizado todo lo anterior, y descendiendo al supuesto objeto de consulta, de la información aportada y a falta de otros elementos de prueba, la refacturación operada por las comercializadoras de gas natural se realiza en el ámbito de la operación principal que es la entrega de gas natural realizada a favor de los clientes, siendo todos y cada uno de los conceptos refacturados indispensables para el correcto suministro y cuantificación del propio suministro de gas natural, guardando una relación directa con el mismo.

En virtud de lo anterior, a la refacturación de los conceptos objeto de consulta les será de aplicación el mismo tratamiento a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido que resulta de aplicación al suministro de gas natural, esto es, el tipo impositivo reducido del 5 por ciento en virtud de lo establecido en el artículo 5 del señalado Real Decreto-ley 17/2022, de 20 de septiembre (EDL 2022/31521).

Por el contrario, en caso que en la factura a expedir por las comercializadoras de gas natural se documenten otras prestaciones de servicios distintas del propio suministro de gas natural y los conceptos anteriores, tales como servicios de mantenimiento, vigilancia, o servicios de urgencia, entre otros, que no guarden relación directa con el suministro de gas natural, los mismos deberán tributar al tipo general del Impuesto sobre el Valor Añadido del 21 por ciento o, en su caso, al tipo impositivo correspondiente a la naturaleza del bien o servicio que se incluya en la factura, tal como ya se pronunció este Centro directivo en términos similares en relación con el suministro de energía eléctrica.

Asimismo, la facturación que se realice por parte de las distribuidoras a los comercializadores por los conceptos analizados, que posteriormente serán objeto de refacturación, no les será de aplicación el tipo reducido del 5 por ciento del Impuesto sobre el Valor Añadido en el supuesto de que no se realicen en el marco de una operación de entrega de gas natural con respecto a la cual pudiera predicarse su accesoriidad en las condiciones señaladas...".