

ÍNDICE

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Cosas, bienes y animales* (Tribuna)..... 2-7

BUSTOS MORENO, Y., *La responsabilidad civil en los espacios controlados de pruebas (regulatory sandboxes) sobre movilidad aérea urbana y la futura Ley de Movilidad Sostenible (Civil liability in controlled test spaces [regulatory sandboxes] about urban air mobility and the future Sustainable Mobility Law)*..... 8-49

CASTELLS SOMOZA, C., *Bulos virtuales, daños reales: la responsabilidad civil por desinformación a través de las nuevas tecnologías (Virtual hoaxes, real damages: civil liability for misinformation via new technologies)*..... 50-88

MINERO ALEJANDRE, G., *Estudio de las singularidades de la acción de deslinde y caracterización respecto de otras acciones cercanas (Study of the singularities of the action to define property lines and differences with other related actions)*..... 89-133

MÚRTULA LAFUENTE, V., *Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad (The enforceability of surrogacy agreement in comparative law and in the proposals for regulation in Spain: about the consent of the surrogate mother and its revocability)*..... 134-190

GARCÍA VICENTE, J. R., *Crónica jurisprudencial (II): enero – abril 2022*..... 191-210

COSAS, BIENES Y ANIMALES

RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

Cómo citar / Citation

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2022).
Cosas, bienes y animales (Tribuna)
Cuadernos de Derecho Privado, 2, pp. 2-7
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.15>

Resumen

La Ley 17/2021 introduce treinta y una modificaciones en el Código Civil, además de una en la Ley Hipotecaria y tres en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aras del reconocimiento de los animales como “seres vivos dotados de sensibilidad”, siguiendo el ejemplo de otros ordenamientos. La Ley se presenta como un cambio radical en la consideración jurídica de los animales, si bien probablemente hubiera sido suficiente la regla contenida en el nuevo artículo 333.bis.1 Código Civil, además de las disposiciones específicas en los casos de crisis familiares. La sensibilidad social de cada momento y lugar en relación con los animales tendría que haberse previsto como condicionante de su protección.

Abstract

Law 17/2021 introduces thirty-one amendments to the Civil Code, as well as one to the Mortgage Law and three to the Civil Procedure Law, in order to recognise animals as "living beings endowed with sentience", following the example of other legal systems. The Law is presented as a radical change in the legal consideration of animals, although the rule contained in the new article 333.bis.1 of the Civil Code would probably have been sufficient, in addition to the specific provisions in cases of family crisis. The social sensitivity of each time and place in relation to animals should have been foreseen as a conditioning factor for their protection.

La Ley 17/2021 introduce treinta y una modificaciones en el Código Civil, además de una en la Ley Hipotecaria y tres en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aras del reconocimiento de los animales como «*seres vivos dotados de sensibilidad*». Como reza el nuevo artículo 333 bis, después de que el artículo 333 –nuevo también- nos diga que, aunque no puedan ser considerados como bienes muebles (desaparece pues la categoría de los bienes muebles *semovientes*), sí que pueden ser objeto de apropiación, precisando que ello será «con las limitaciones que se establezcan en las leyes». Limitaciones tan evidentes que es prescindible su mención – cabe comentar-, como ocurre siempre con la

propiedad (y con cualquier derecho). De ahí que el artículo 348 dijera ya –y siga diciendo después de modificado por esta Ley- que *«la propiedad es el derecho de gozar y disponer [...], sin más limitaciones que las establecidas en las leyes»*.

La Ley se presenta como un cambio radical en la consideración jurídica de los animales. Hasta ahora la protección de los mismos correspondía al Derecho administrativo y al Derecho penal. Ahora el legislador ha creído llegado el momento de atribuirles un lugar propio en el Código Civil, en reconocimiento de su naturaleza: no son cosas ni bienes comunes; pueden ser bienes, pero especiales.

Expresión de dicha protección administrativa son la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal (BOE 25.4), y la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, *para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio* (BOE 8.11), dotadas ambas de un régimen común de infracciones y sanciones para garantizar su cumplimiento.

Expresión de la protección penal son los arts. 334 a 336 del Código Penal, relativos a los delitos contra la fauna, y, muy especialmente, los arts. 337 y 337.bis CP, que sancionan el maltrato y el abandono de los animales.

En el ejercicio de cualquier derecho o en la solución de cualquier conflicto que afecte a los animales habrá de tenerse en cuenta esa cualidad de seres sintientes – *«principio que ha de presidir la interpretación de todo el ordenamiento»* se dice en el Preámbulo de la Ley-, cuyo bienestar debe quedar asegurado *«conforme a las características de cada especie y respetando las limitaciones establecidas en ésta y las demás normas vigentes»* (art. 333.bis.2). Pero a nadie se le puede ocultar el alcance de esas limitaciones legales, teniendo en cuenta que la mayoría de los animales cuidados o capturados por los seres humanos tienen como destino el de ser transformados en alimento para nosotros; alcance todavía más contradictorio con la manifestación que encabeza el artículo, antes transcrita –*«son seres vivos dotados de sensibilidad»*-, si se tiene en cuenta la utilización de los animales para la experimentación, en cuya programación se incluye frecuentemente el sufrimiento de los mismos, seguido de su sacrificio. No es tremendismo, sino simple descripción de la realidad. No en vano el mencionado artículo

337 del Código Penal se refiere a quien «maltrate *injustificadamente*» a los animales que protege.

Con esta iniciativa el legislador acompasa nuestro ordenamiento a los estándares propiciados desde foros internacionales, y ya adoptados por nuestros vecinos franceses o portugueses, entre otros. En efecto, el Código Civil francés y el Código Civil portugués proclaman que «*los animales son seres vivos dotados de sensibilidad*» (art. 515-14 y art. 201 B, respectivamente). A ello se hace referencia en el Preámbulo de la Ley.

Entre los foros internacionales aludidos destaca –también mencionado en el Preámbulo de la Ley– la Unión Europea, cuyo Tratado de Funcionamiento establece que «*Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional*» (art. 13).

A pesar del respaldo que los mencionados foros internacionales y que el Derecho comparado brindan a nuestro legislador, cabe cuestionar la necesidad de esta Ley 17/2021, a excepción de lo que se dirá sobre los conflictos matrimoniales, ya que fuera de esos supuestos quizá habría bastado con modificar el art. 333 en los términos en los que se hace en el art. 311-1 de la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, en el que, después de considerar como bienes todas las cosas corporales o incorporeales susceptibles de apropiación (apartado 1) y de recoger la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles (apartado 2), se añade que «*El régimen jurídico de los bienes es aplicable a los animales en la medida en que sea compatible con su naturaleza y con las disposiciones destinadas a su protección*» (apartado 3).

Obsérvese que esta regla del art. 311-1.3 de la *Propuesta de Código Civil* es la que recoge de inmediato el nuevo art. 333 *bis*.1, después de proclamar que los animales son seres vivos dotados de sensibilidad: «*Solo les será aplicable el régimen jurídico de*

los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección». En rigor lo primero sobra en la medida en que no es necesario proclamar la evidencia, además de chocar abruptamente con los destinos que proporcionamos a la mayoría de los animales, a los que me he referido.

Quizá habría que extender esa compatibilidad a su contraste con la sensibilidad social de cada momento y lugar, ya que es en ella donde reside en verdad el reconocimiento de los animales como seres sensibles. La sensibilidad que apreciamos en ellos no es sino reflejo de nuestra sensibilidad. De lo que resultaría como regla general que *«El régimen jurídico de los bienes es aplicable a los animales en la medida en que sea compatible con su naturaleza, con las disposiciones destinadas a su protección y con la sensibilidad social»* (apartado 3).

Dentro de ese nuevo punto de vista que se adopta para abordar el tratamiento jurídico de los animales adquieren un lugar preferente los animales de compañía, a cuyo favor se establece un deber general con respecto a su salud tanto física como psíquica, que recae especialmente sobre sus propietarios, o sobre sus convivientes, o sobre sus cuidadores (art. 333 *bis*. 3 y 4), y que debe ser atendido en todos los conflictos que puedan afectarles. Ellos son en verdad los principales beneficiarios del cambio que se pretende.

El Convenio Europeo sobre Protección de los animales de compañía, de 13 noviembre de 1987, ratificado por España (23.6.2017 – BOE 11.10), parte de reconocer que *«el hombre tiene la obligación moral de respetar a todas las criaturas vivas, [...] las especiales relaciones existentes entre el hombre y los animales de compañía»*, cuya contribución a la *«calidad de vida y su consiguiente valor para la sociedad»* reconoce también (Preámbulo). Establece que *«nadie deberá infligir innecesariamente dolor, sufrimiento o angustia»*, ni *«abandonar a un animal de compañía»*, y que *«toda persona que tenga un animal de compañía o que haya aceptado ocuparse de él será responsable de su salud y bienestar»*, *«deberá procurarle alojamiento, cuidados y atención que tengan en cuenta sus necesidades etológicas, de conformidad con su especie y raza»*, y, *«en particular, proporcionarle, en cantidad suficiente, el alimento y el agua que requiera»*, *«oportunidades de ejercicio adecuadas»*, y *«tomar las medidas razonables para impedir que se escape»*.

No es casualidad que la suerte de los animales de compañía nos preocupe especialmente puesto que lógicamente nuestra sensibilidad con respecto a ellos es mucho mayor que la que nos merecen los demás animales. Es la prueba más clara de que la sensibilidad que atribuimos a los animales se corresponde con la sensibilidad que nos inspiran, que no puede ser la misma para el animal con el que convivimos que para los demás. Forman parte de nuestras vidas y consecuentemente las afectan cuando nuestros problemas o conflictos les alcanzan. De ahí que el legislador haya considerado oportuno atribuir expresamente una indemnización por daño moral a quienes convivan con el animal de compañía en los casos de lesión grave o muerte del mismo.

No cabe deducir del nuevo artículo 465 la caracterización de los animales de compañía por *«la costumbre de volver a casa del poseedor»*, a pesar de que lo confuso de su redacción podría propiciarla, ya que en verdad el precepto se sirve de ella solo para asimilarles los animales domesticados: se asimilan a los animales de compañía cuando conservan esa costumbre. Por otra parte, resulta obvio que no todos los animales de compañía tienen la costumbre de volver a casa. Baste con pensar en los pájaros enjaulados. No aportando esta Ley 17/2021 una definición, procede acudir a la que proporciona el mencionado Convenio Europeo en su artículo 1º: *«Se entenderá por animal de compañía todo aquel que sea tenido o esté destinado a ser tenido por el hombre, en particular en su propia vivienda, para que le sirva de esparcimiento y le haga compañía»*. Definición distinta, pero compatible con la que asume la Ley 8/2003, de sanidad animal, a sus propios efectos: *«los animales que tenga en su poder el hombre, siempre que su tenencia no tenga como destino su consumo o el aprovechamiento de sus producciones, o no se lleve a cabo, en general, con fines comerciales o lucrativos»* (art. 3.3).

Es obvio que cuando la compañía del animal resulta cuestionada ello afecte de forma muy directa a quien disfrute de la misma. Y así ocurre en las crisis matrimoniales, en las que adquiere relevancia la determinación de cuál de los cónyuges conservará la custodia del animal de compañía. Lo que frecuentemente es origen de un conflicto añadido, en ocasiones intenso, habida cuenta de la concurrencia de hostilidad entre los cónyuges que se separan y lazos de afectividad intensos de los mismos con el perro o el gato (los supuestos más frecuentes en nuestra realidad social) de la familia. De ahí que se haya considerado oportuno abordar la regulación de estos conflictos. Las modificaciones

introducidas para estas situaciones en los arts. 90, 91, 94 *bis* y 103 contemplan el destino y el cuidado de los animales de compañía teniendo siempre en cuenta expresamente el bienestar de los mismos, equiparado a tales efectos con el interés de los miembros de la familia. Bienestar no siempre fácil de apreciar para poder decidir sobre la opción preferible en cada caso, habida cuenta de lo variada que es la fauna que puede servir de compañía a las personas. Piénsese de nuevo en los pájaros, en los peces, en los hurones, conejos, cobayas, en las tortugas, en los hamster.

Dentro del escenario de crisis familiar «*se apreciará también*», a los efectos de considerar improcedente la guarda conjunta de los hijos, «*la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar al cónyuge o a los hijos*» (art. 92.7).

Cabe reiterar las dudas sobre la oportunidad de las numerosas modificaciones que introduce esta Ley 17/2021 fuera de la regla general antes mencionada, que condiciona la aplicación a los animales del régimen jurídico de los bienes y de las cosas a la compatibilidad del mismo con su naturaleza y con las normas que los protegen, fuera de las referidas a los conflictos que les afectan directamente en las crisis matrimoniales.

Juicio en el que cabe abundar en vista de las dudas que suscitan en cuanto a su oportunidad (por encontrar ya solución en otras normas civiles, administrativas o penales –arts. 333 *bis*. 3 y 4, 499, 611, 914 *bis*) o acierto (arts. 404, 612, 1864) los cambios sustantivos introducidos en supuestos concretos.

Hay que tener en cuenta que la mayoría de las treinta y una modificaciones del Código son formales: tal es el caso, por ejemplo, de las que introducen una referencia expresa a los animales, junto a la mención de las cosas o bienes (arts. 348, 430, 431, 432, 437, 438, 460, 1346, 1485), o la que cambia *animales fieros* por *animales salvajes o silvestres* (art. 465), o *rapacidad de animales dañinos* por *depredación de otros animales* (art. 499).

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS ESPACIOS CONTROLADOS DE
PRUEBAS (*REGULATORY SANDBOXES*) SOBRE MOVILIDAD AÉREA
URBANA Y LA FUTURA LEY DE MOVILIDAD SOSTENIBLE¹**

*Civil liability in controlled test spaces (regulatory sandboxes) about urban air mobility
and the future Sustainable Mobility Law*

YOLANDA BUSTOS MORENO
bustos@ua.es
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Alicante

Cómo citar/Citation

Bustos Moreno, Y. (2022).

La responsabilidad civil en los espacios controlados de pruebas (*regulatory sandboxes*) sobre
movilidad aérea urbana y la futura Ley de movilidad sostenible.

Cuadernos de Derecho Privado, 2, pp. 8-49

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.16>

(Recepción: 7/03/2022; aceptación tras revisión: 27/04/2022; publicación: 30/04/2022)

Resumen:

La nueva política comunitaria de impulso a la movilidad urbana inteligente y automatizada, particularmente, la implementación del *U-Space* está convirtiéndose en una realidad merced a los avances de tecnologías emergentes como la inteligencia artificial. Estos novedosos medios de transporte requieren probar sus funcionalidades a fin de garantizar que alcanzan los suficientes estándares de seguridad a través de los “espacios controlados de pruebas”, conocidos como *regulatory sandboxes*. Esto implica integrar adecuadamente los dictados de la futura Ley de Movilidad Sostenible con la regulación ya vigente aplicable a los marcos normativos sectoriales sobre transporte. El éxito del despegue de los *regulatory sandboxes* dependerá de que vengan sustentados bajo la premisa de un régimen de responsabilidad civil claramente delimitado, objeto principal de este estudio en lo referente al espacio aéreo.

Palabras clave

Espacios controlados de pruebas; movilidad aérea urbana; inteligencia artificial; responsabilidad civil.

Abstract:

This work analyses the European Union’s (EU) policy to promote intelligent and automated urban mobility, particularly focusing on the implementation of the *U-Space*.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto PID2020-116185GB-100 "La irrupción de la inteligencia artificial en el Derecho de Daños y su adaptación a las nuevas tecnologías", MICINN, IPs. J. A. Moreno Martínez y P. Femenía López, en el que la autora participa como miembro del equipo investigador.

Automated urban mobility is becoming a reality through recent advancements in emerging technologies, such as artificial intelligence. These developments require the testing of functionalities to ensure they meet safety standards. For this purpose, recent regulations have centred on "controlled testing spaces", known as the regulatory sandboxes. The success of the sandbox will mainly depend on whether provision is made for it in clearly defined civil liability legislation. This requires an optimal integration of Spain's future Sustainable Mobility Law into the legal system that deals with different transport types.

Keywords:

Regulatory sandboxes; urban air mobility; artificial intelligence; civil liability.

SUMARIO

I. LA POLÍTICA REGULATORIA EN MOVILIDAD SOSTENIBLE E INTELIGENTE. I.1. El nuevo derecho a la movilidad. I.2. La Política comunitaria en Movilidad Sostenible e Inteligente. I.3. La Estrategia de Movilidad Inteligente en España. La futura Ley de Movilidad Sostenible. I.4 La movilidad aérea urbana y *U-Space*. II. ESPACIOS CONTROLADOS DE PRUEBAS O *REGULATORY SANDBOXES* PARA PROYECTOS PILOTO DE MOVILIDAD. II.1. Delimitación conceptual. II.2. Proyectos experimentales en materia de movilidad aérea urbana. III. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA MOVILIDAD AÉREA URBANA. III.1. Estado de la cuestión en el ámbito comunitario y español. III.2. *Regulatory Sandbox* en el marco comunitario sobre inteligencia artificial. IV. LA APLICACIÓN COORDINADA DE LA FUTURA LEY DE MOVILIDAD SOSTENIBLE CON LA NORMATIVA ESPECIAL SOBRE SEGURIDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL AÉREA. IV.1. Estado de la cuestión. IV.2. El aprendizaje normativo proactivo. Las propuestas conjuntas de regulación en la futura Ley de Movilidad Sostenible. V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LOS ESPACIOS CONTROLADOS DE PRUEBAS PREVISTA EN LA FUTURA LEY DE MOVILIDAD SOSTENIBLE. V.1. La evaluación y valoración de los riesgos. V.2. Agentes implicados en el desarrollo de las pruebas. V.3. Criterios y presupuestos de responsabilidad civil. Los daños causados a los "participantes" y a "terceros ajenos" en las pruebas sobre movilidad aérea urbana. V.4. Las garantías financieras y el seguro de responsabilidad civil. *Bibliografía*.

I. LA POLÍTICA REGULATORIA EN MOVILIDAD SOSTENIBLE E INTELIGENTE

I.1. El nuevo derecho a la movilidad

La automatización del transporte y la logística está adquiriendo tal dimensión e impacto que se ha generado una necesidad intrínseca para desarrollar el nuevo *derecho a la movilidad*. Se considera que los poderes públicos están obligados a regularlo y a

salvaguardarlo como un medio para el ejercicio de otros derechos. Se trata de la finalidad prevista en el Anteproyecto de Ley de Movilidad Sostenible, que el Consejo de Ministros aprobó, en primera vuelta, el 1 de marzo de 2022², en adelante, ALMS³. El art. 4.2 ALMS establece que: “Las administraciones públicas deberán facilitar el derecho a la movilidad en los términos establecidos en la ley, a través de un sistema de movilidad, definido como un conjunto de infraestructuras, modos de transporte y servicios que faciliten los desplazamientos de las personas y el transporte de las mercancías”. En la exposición de motivos del ALMS se determinan las dos posibles acepciones del *sistema de movilidad*, al declarar que el derecho a la movilidad no debe limitarse al acceso al transporte público ni a una visión centrada en las infraestructuras, sino que se deben utilizar todos los mecanismos e instrumentos disponibles para permitir satisfacer las necesidades de movilidad de los ciudadanos y ciudadanas sin necesidad de disponer de un vehículo privado motorizado, y con un uso eficiente de los recursos públicos. En esta segunda concepción, se integraría la protección de la movilidad urbana y, entre estos medios, la de carácter aéreo.

Por su parte, la ONU presentó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, como una oportunidad para que los países pudieran emprender un camino dirigido a mejorar la vida de todos, con un futuro sostenible. Entre los objetivos que recoge dicho Texto, si bien no se incluye el *derecho a la movilidad*, se entiende que la movilidad sostenible resulta imprescindible para poder avanzar en la consecución de la mayoría de dichos objetivos⁴.

² En virtud de la reciente fecha en que el Texto se ha puesto a disposición públicamente, los comentarios e interpretación vertidos en este trabajo sobre el ALMS deben considerarse como un inevitable análisis somero e incipiente. A partir de esta fecha se inicia el trámite de consultas y audiencia pública, previsto hasta el 13 de abril. Una vez que se remita a las Cortes el Proyecto de Ley, para su tramitación parlamentaria, el objetivo comprometido con la Comisión Europea en cumplimiento de los hitos y objetivos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), es que la Ley quede aprobada antes de finalizar 2023, según se informa en la web oficial del MITMA, <https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/campanas-de-publicidad/ley-de-movilidad-sostenible-y-financiacion-del-transporte>.

³ Que a su vez se apoya en el Informe del Parlamento europeo sobre movilidad urbana sostenible de 2014 (2014/2242): “la movilidad no es un fin en sí mismo, sino que debería ser un derecho para todos...”. El Título Preliminar establece los objetivos y fines de la futura Ley, define los conceptos que se utilizan en la misma, reconoce la movilidad como un derecho colectivo y la necesidad de que las administraciones faciliten el ejercicio de este derecho, y establece los principios rectores de las administraciones públicas en esta labor. No obstante, como expresamente se recoge, se trata de un título con un contenido *programático* relevante que debe inspirar la adaptación de otras normativas vinculadas al ámbito de la movilidad. En particular, el Sistema Nacional de Movilidad Sostenible se concibe como un instrumento para facilitar el ejercicio del derecho a la movilidad, como el elemento necesario para poder ejercer otros derechos constitucionales, tal y como se destaca en el apartado I de la exposición de motivos.

⁴ ALMS, Exposición de Motivos, ap. II.

De las líneas que anteceden, puede advertirse la tendencia actual de preferencia a favor del término *movilidad* en lugar de *transporte*. Desde el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (MITMA) se indica que no existe actualmente una definición única de la movilidad, ni está taxativamente establecida su diferencia con el concepto de transporte, pero sí que existe un cierto grado de consenso a nivel internacional en considerar que la movilidad se centra en las personas y la satisfacción de sus necesidades de desplazamiento, mientras que el transporte, en el que se incluyen los vehículos, los servicios y las infraestructuras, se erige como el instrumento necesario para permitir los desplazamientos en aras al desarrollo de la movilidad y el abastecimiento de la población⁵.

I.2. La Política comunitaria en Movilidad Sostenible e Inteligente

Existe una larga tradición en el seno de la Unión Europea, en torno a la relevancia del sector del transporte en general, que se remonta a etapas previas al Tratado de Roma. Pese a las posibles dudas iniciales sobre la inclusión del transporte marítimo y aéreo en la *política común de transportes*, tras la STJCE de 22 de mayo de 1985, los diferentes programas de actuación en este ámbito se han venido centrando en la mejora de la seguridad y la organización del mercado en su triple tipología de los transportes terrestre, aéreo y marítimo⁶. Aún con todo, de todas estas modalidades, el medio aéreo ocupa

En particular, para el “ODS-7 Energía asequible y no contaminante”, ya que el transporte es responsable del 29% de los gases de efecto invernadero, para el “ODS-9 Industria, innovación e infraestructura”, ya que el derecho a la movilidad sostenible requiere la disposición de infraestructuras resilientes, y el “ODS-11 Ciudades y comunidades sostenibles”, que engloba, entre otras cuestiones, la necesidad de mejorar la seguridad vial y disponer de un sistema de transporte público. Pero además, esta ley se alinea con el ODS-3 “Salud y bienestar”, el ODS-10 “Reducción de las desigualdades” o el ODS-13 “Acción por el clima”, al buscar una movilidad de calidad, sostenible, responsable con el medioambiente que redunde en la calidad de vida, bienestar y ofrecer oportunidades a los ciudadanos y las ciudadanas al asegurar su derecho a la movilidad y tangencialmente con los ODS 12, 14 y 15, referidos a “Producción y Consumos Sostenibles” (por el uso racional de materiales), “Vida Submarina” (por el impacto de la actividad de transporte marítimo y las infraestructuras asociada) y “Vida de los Ecosistema Terrestres” (por la ocupación del territorio, el efecto barrera y colisiones aéreas y atropellos de fauna).

⁵ Observaciones vertidas en la exposición de motivos del ALMS, ap. I. En el art. 2.1 del ALMS se aportan las definiciones de “medio de transporte”, “medio motorizado”, “medio no motorizado”, “modo de transporte”. A su vez, se distingue en el mismo precepto dentro de la *movilidad* entre la de carácter “activa”, “inclusiva”, “obligada”, “sostenible”, distintos “planes de movilidad” y el “nodo logístico”.

⁶ La base jurídica de la UE es el artículo 100, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De conformidad con el artículo 4, apartado 2, del Tratado, la competencia compartida entre la UE y los Estados miembros se aplica en el ámbito del transporte. Además, el artículo 114 del TFUE proporciona una base jurídica para las medidas de armonización relativas al mercado interior de la UE, como se recoge en la *Drone strategy 2.0 for Europe to foster sustainable and smart mobility, Roadmap – Ares* (2021) 3664195, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13046-A-Drone-strategy-20-for-Europe-to-foster-sustainable-and-smart-mobility_en. Más ampliamente sobre esta evolución, Gómez Díaz (2021: 1-14)

actualmente un lugar privilegiado en lo concerniente al impulso comunitario regulatorio prestado y visible a través de un vasto marco normativo, de directo y obligado cumplimiento, tal como iremos dando cuenta a lo largo de este trabajo.

Por su parte, la Comisión Europea en su Comunicación de mayo de 2018, inició su andadura: «Hacia una movilidad automatizada: estrategia de la UE para la movilidad del futuro»⁷. El Parlamento europeo acogió favorablemente esta nueva directriz en su Resolución de 15 de enero de 2019 sobre conducción autónoma⁸. En este texto, dicha Institución comunitaria resaltó los esfuerzos de la Comisión y los Estados miembros en esta materia, decidiendo apoyar el planteamiento por el que la UE debía asumir el liderazgo mundial en lo concerniente al despliegue de sistemas seguros de movilidad automatizada, tanto en cuanto a sistemas de transporte inteligentes cooperativos como al desarrollo de los vehículos “autónomos”. Por tal motivo, instaba a dichos entes públicos a abanderar políticas al respecto.

Posteriormente, el 11 de diciembre de 2020, la Comisión presentó la Comunicación titulada «Estrategia de movilidad sostenible e inteligente: encauzar el transporte europeo de cara al futuro» (en adelante, CEM)⁹. Su objetivo es situar a la UE en la senda para la creación del sistema de movilidad sostenible, inteligente y resiliente del futuro e introducir los cambios fundamentales necesarios para alcanzar los objetivos del Pacto Verde Europeo (“*European Green Deal*”)¹⁰, afirmaciones que asimismo se confirman en las Conclusiones del Consejo sobre la Estrategia de Movilidad Sostenible e Inteligente de la Comisión¹¹.

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0283>.

⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2019, sobre la conducción autónoma en los transportes europeos, (2018/2089(INI); en adelante, Resolución del Parlamento Europeo sobre conducción autónoma, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019IP0005&from=EN>.

⁹ Comunicación de la Comisión «Estrategia de movilidad sostenible e inteligente: encauzar el transporte europeo de cara al futuro» (ST 14012/20 + ADD 1), disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0789>.

¹⁰ El Pacto Verde Europeo presentado por la Comisión Europea en diciembre de 2019 (COM/2019/640 final) como respuesta a los desafíos climáticos y medioambientales, establece la necesidad de acelerar la transición a una movilidad sostenible e inteligente. Concretamente, indica que “lograr un transporte sostenible significa que los usuarios sean lo primero y que se les faciliten alternativas a sus hábitos actuales de movilidad más abordables, accesibles, sanas y limpias”, como se recoge en la exposición de motivos del Anteproyecto de LMS.

¹¹ Conclusiones del Consejo sobre la Estrategia de Movilidad Sostenible e Inteligente de la Comisión, Informe de la Secretaría General del Consejo, n. 86252/21, disponible en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8824-2021-INIT/es/pdf>

Al abrigo de dicha intención, y en el ámbito de la logística multimodal, la CEM se refiere a la planificación de la movilidad urbana sostenible, englobando “la dimensión del transporte de mercancías a través de planes específicos de logística urbana sostenible. Dichos planes acelerarán el despliegue de las soluciones de emisión cero ya disponibles, como por ejemplo bicicletas de reparto, entregas automatizadas y drones (aeronaves no tripuladas¹²), y un uso mejor de las vías navegables interiores hasta las ciudades”¹³. Además, en la CEM se enuncia la necesidad de minorar los accidentes y la congestión de tráfico, y reducir los costes externos de los repartos de mercancías considerablemente en aumento con el crecimiento del comercio electrónico¹⁴.

A su vez, contamos con el Reglamento (UE) 2021/694 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2021 por el que se establece el Programa Europa Digital (en adelante, Reglamento (UE) 2021/694, Programa Europa Digital)¹⁵. Este Texto comunitario incluye dentro del objetivo específico quinto (“despliegue y mejor uso de la capacidad digital e interoperabilidad”), los proyectos de interés común sobre las áreas de interés público relacionados con la conducción conectada automatizada, los conceptos de movilidad inteligente y los sistemas de aeronaves no tripuladas. Por último, y como continuidad de esta estrategia comunitaria de impulso a la movilidad urbana, cabe citar el *Drone strategy 2.0 for Europe to foster sustainable and smart mobility* cuyo objetivo principal es seguir desarrollando la estrategia de drones de la UE a la luz del Pacto Verde Europeo, la Estrategia de Movilidad Inteligente y Sostenible, la Estrategia Digital y otras políticas de la Unión¹⁶.

1.3. La Estrategia de Movilidad Inteligente en España. La futura Ley de Movilidad Sostenible

En consonancia con la política comunitaria expuesta de impulso a la logística multimodal y movilidad sostenible, desde el plano español, la denominada *movilidad inteligente* constituye uno de los ejes principales dentro de la Estrategia de Movilidad

¹² *Rectius* debería indicar “sistemas de aeronaves no tripuladas”.

¹³ Ap. 41 CEM.

¹⁴ Como atinadamente se advierte en el Ap. 41 CEM, “la logística multimodal debe formar parte de esta transformación, dentro de las zonas urbanas y fuera de ellas. El crecimiento del comercio electrónico ha modificado significativamente los hábitos de consumo, pero deben tenerse en cuenta los costes externos de millones de entregas, incluida la reducción de los trayectos sin carga e innecesarios”.

¹⁵ Este Reglamento UE deroga la Decisión (UE) 2015/2240, por un período de siete años, a fin de adaptar su duración a la del marco financiero plurianual establecido en el Reglamento (UE)

¹⁶ Disponible en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13046-A-Drone-strategy-20-for-Europe-to-foster-sustainable-and-smart-mobility_en

Segura, Sostenible y Conectada 2030, aprobada por Consejo de Ministros el 10 de diciembre de 2021¹⁷. De los nueve ejes en los que se estructura dicha política, nos detendremos en analizar el eje 5 “Movilidad Inteligente” que parte de los principios de “neutralidad tecnológica”, la regulación “*future-proof*” y, como entendemos, se concibe la tecnología para servir de herramienta, pero no como fin en sí mismo¹⁸.

Centrándonos en el apartado dedicado al impulso del “Uso de Drones”, destacamos las medidas destinadas a continuar trabajando para *flexibilizar y agilizar las autorizaciones* para el vuelo de drones, *facilitar pruebas y ensayos* para proyectos de innovación en el ámbito de los drones, el plan para el despliegue y operación de la infraestructura común para la *implantación* del *U-Space*¹⁹, medidas tendentes al desarrollo de proyectos para la potenciación del uso de drones en las ciudades y el plan para la protección de aeropuertos contra el uso malintencionado de drones. En directa conexión con los objetivos descritos, otro campo de actuación es el destinado al “Fomento de la Investigación, Desarrollo e Innovación en Movilidad”, donde se despliegan medidas para promover acciones de impulso a startups y desarrollos innovadores en materia de movilidad y la creación de un “sandbox” regulatorio.

Pues bien, la *Urban Air Mobility* (UAM) que se enmarca dentro de la Estrategia Digital de Europa y de la política de Ciudades Inteligentes (*Smart Cities*) –plasmada en España en el Plan Nacional de Ciudades Inteligentes–, aporta a dicha política un transporte sostenible y alternativo en las grandes ciudades, dirigido a la disminución de la congestión del tráfico rodado, así como un acceso más rápido a determinados lugares y la reducción de las emisiones de carbono²⁰. En efecto, el pasado mes de marzo el Gobierno aprobó el Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE) Aeroespacial dirigido a fortalecer las capacidades del ámbito aeroespacial e impulsar la transición ecológica y digital en el sector a través de la I+D+I²¹.

¹⁷ <https://esmovilidad.mitma.es/ejes-estrategicos/movilidad-inteligente>

¹⁸ En general, el término “*future-proof*” se refiere a la capacidad de algo para seguir teniendo valor en un futuro distante, que el artículo no se vuelva obsoleto, fuente <https://en.wikipedia.org/wiki/Future-proof>.

¹⁹ Respecto a la próxima implantación en España, puede consultarse <https://www.europapress.es/turismo/transportes/aeropuertos/noticia-enaire-invierte-mas-13-millones-euros-plataforma-gestion-automatizada-digital-drones-20210826134510.html>.

²⁰ Como sintetiza Gilmartín (2020).

²¹ En España, el aeroespacial es un sector estratégico que supone casi el 1,2 % del PIB nacional y el 5,4 % del PIB industrial. El PERTE Aeroespacial prevé movilizar cerca de 4.533 millones de euros entre 2021 y 2025, con una contribución del sector público de alrededor de 2.193 millones de euros y una inversión privada de cerca de 2.340 millones, fuente: <https://www.ciencia.gob.es/Noticias/2022/Marzo/El-Gobierno->

Por último y como hito más trascendente desde el punto de vista jurídico, cabe señalar que la Estrategia en Movilidad Inteligente del MITMA cuenta con el principal apoyo de un próximo instrumento normativo, como es la Ley de Movilidad Sostenible, cuyo Anteproyecto se hizo público el 18 de febrero de 2022 (ALMS). Dicha previsión legislativa de ámbito estatal, va a ser objeto de nuestra atención en lo referente a la regulación de los “espacios controlados de pruebas” o *sandbox* regulatorio en materia de movilidad aérea urbana, en los casos en los que se pudiera haber irrogado un daño en dicho entorno.

I.4. La movilidad aérea urbana y *U-Space*

La movilidad aérea urbana (UAM), viene a entenderse como un nuevo sistema de transporte aéreo seguro, protegido y más sostenible para pasajeros y carga en entornos urbanos, siendo además habilitado por nuevas tecnologías e integrado en sistemas de transporte multimodal. Desde la perspectiva de la movilidad logística, o el transporte en zonas despobladas y/o de difícil acceso, los drones (*rectius*, sistemas de aeronaves no tripuladas o UAS) servirán de gran ayuda, ya entregando mercancías o mediante vuelos de emergencia o médicos, entre otras muchas funcionalidades.

El desarrollo de los UAS para tales aplicaciones se encuentra más avanzado que el propio transporte de personas, a través de las aeronaves eléctricas de despegue y aterrizaje vertical (eVTOL²²). A tal efecto, se planea la necesidad de construir la infraestructura adecuada de vertipuertos y estaciones de entrega para drones²³. Igualmente, se apuesta por el transporte aéreo desde aeronaves de gran tamaño con emisión cero, y de esperada comercialización para el año 2035, si bien es previsible que el resto de medios de movilidad aérea automatizada pueda desplegarse con anterioridad.

aprueba-el-PERTE-Aeroespacial--que-prev--movilizar-cerca-de-4.500-M--para-impulsar-la-I-D-I-en-el-sector-aeron-utico-y-del-espacio.html

²² El término en inglés “*vertical take-off and landing*” se abrevia VTOL. Con relación a los eVTOL, cuando los VTOL son eléctricos, se afirma que una de sus principales utilidades es poder abarcar misiones de rescate o desplazamientos rápidos de un lugar a otro donde los aviones normales no pueden llegar y las distancias son demasiado largas para un helicóptero tradicional, <https://www.xataka.com/vehiculos/este-evtol-avion-electrico-capaz-despegar-aterrizar-vertical-demuestra-video>

²³ El 24 de marzo de 2022 EASA ha emitido una guía que contiene las primeras especificaciones de diseño para vertipuertos a nivel mundial, y está previsto una próxima elaboración de los requisitos reglamentarios para garantizar las operaciones de vertipuerto seguros (RMT.230), *Prototype Technical Specifications for the Design of VFR Vertiports for Operation with Manned VTOL-Capable Aircraft Certified in the Enhanced Category* (PTS-VPT-DSN), disponible en <https://www.easa.europa.eu/document-library/general-publications/prototype-technical-design-specifications-vertiports>

Por lo tanto, a medio plazo, el transporte se pretende que se realice mediante aeronaves eléctricas de despegue y aterrizaje vertical, pilotadas a distancia o con piloto a bordo. Se espera que 340 millones de personas vivan en ciudades de la UE y experimenten la UAM para 2030. En concreto, se prevé que las operaciones comerciales en las ciudades de la UE comiencen alrededor de 2025 con la entrega de mercancías mediante drones, así como el transporte de pasajeros mediante aeronaves no pilotadas²⁴. De igual forma para el año 2030, la estimación en cuanto al impacto económico es la creación de 90.000 puestos de trabajo, y que la UE acapare el 31% del mercado mundial (posicionándose como líder del mismo), y en función de ello, con las pretensiones de alcanzar una movilidad más segura, rápida y limpia²⁵.

Dicha revolución tecnológica se ha programado a través del denominado *U-Space*. Se trata de la futura plataforma de gestión automatizada del tráfico aéreo de baja altura. La implementación de este complejo sistema de ordenación de la navegación aérea cuenta con un cuerpo normativo europeo que, próximamente, comenzará a aplicarse a través del Reglamento de ejecución (UE) 2021/664, de la Comisión de 22 de abril de 2021 sobre un marco regulador para el *U-Space* (en adelante, Reglamento (UE) 2021/664), junto a otros instrumentos legales. Al amparo de este nuevo cuerpo normativo comunitario, se permitirá gestionar de forma eficiente el gran volumen de aeronaves no tripuladas civiles más allá del alcance de la vista (BVLOS: *Beyond Visual Line of Sight*), compartiendo el espacio aéreo con las aeronaves tripuladas. A tal efecto, se establecerán “espacios aéreos *U-Space*”, en cuanto zonas geográficas de UAS designadas por los Estados miembros, en las que solo se permitirá que se lleven a cabo operaciones de drones con el apoyo de los servicios de *U-Space* (art. 2.1)²⁶.

Pero todavía resulta necesario alcanzar la validación de estos medios de movilidad aéreos, verificar su rentabilidad, aceptación y confianza por parte de la sociedad²⁷.

²⁴ Según los pronósticos recogidos en el Ap. 9 CEM, cuyo documento también se refiere a las aeronaves propulsadas por hidrógeno, vehículos aéreos personales eléctricos y al transporte acuático eléctrico, Ap. 64 CEM y en el informe aportado por EASA disponible en <https://www.easa.europa.eu/what-is-uam>.

²⁵ Se considera que sería una movilidad *más segura*, en la medida que existirá menor riesgo de verse implicado en un accidente mortal en taxi aéreo vs transporte por carretera; *más rápida* por cuanto se estima de 15 a 40 minutos reducidos en promedio durante un viaje estándar en la ciudad y más del 70 % de ahorro de tiempo para entregas médicas o de emergencia y, finalmente, *más limpia* al no existir emisiones locales de CO2 por propulsión eléctrica, información obtenida de <https://www.easa.europa.eu/what-is-uam>.

²⁶ Sobre esta plataforma tecnológica, puede consultarse Dheu y Emanuilov (2021: 1 – 28); Díaz Díaz (2021: 101-120).

²⁷ En el estudio se realizó por EASA, junto con la consultora *McKinsey & Company* y *Arup Sound Lab* entre noviembre de 2020 y abril de 2021. EASA, sobre el nivel de aceptación de la UAM por parte de los ciudadanos europeos, se apreció una actitud positiva inicial hacia este nuevo modo de transporte aéreo de

Mientras tanto, como instrumentos de impulso de los objetivos mencionados, y previo a la implantación y desarrollo de este mercado y de *U-Space*, entendemos imprescindible experimentar con proyectos piloto a partir de espacios controlados de pruebas o *sandboxes*, que en ciertos casos podría incluso ser obligatorio, en los términos que se analizan en el siguiente capítulo.

II. ESPACIOS CONTROLADOS DE PRUEBAS O *REGULATORY SANDBOXES* PARA PROYECTOS PILOTO DE MOVILIDAD

II.1. Delimitación conceptual

En efecto, la fiabilidad de estas nuevas formas de movilidad parece adecuado que se experimenten previamente en *entornos controlados de pruebas*, antes de su puesta en circulación o, más bien, puesta en servicio. Contamos con la experiencia, todavía joven, en el campo de las tecnofinanzas que están siendo canalizadas en España a través de la Ley 7/2020 de 13 de noviembre, *para la transformación digital del sistema financiero* (en adelante, Ley 7/2020)²⁸, siguiendo la estela de otras regulaciones en Europa como Reino Unido (la primera en ponerlo en práctica)²⁹ o Austria³⁰. Igualmente se contemplan los “bancos de pruebas regulatorios” en el Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica, a fin de facilitar la investigación e innovación en el ámbito del sector eléctrico³¹. También se han previsto en el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley

mercancías y pasajeros en entornos urbanos. No obstante, se demandó el mismo nivel de seguridad, que el alcanzado en el transporte convencional de pasajeros con tripulación. En concreto, se destaca en el Informe que: “si el transporte de pasajeros UAM alcanza el mismo nivel de seguridad que la aviación dentro de la UE en 2018 (0,01 muertes por mil millones de pasajeros-kilómetro), entonces sería aproximadamente 1.500 veces más seguro sobre la base de pasajero-kilómetro que transporte por carretera”, *Study on the societal acceptance of Urban Air Mobility in Europe May 2021*, p. 6 <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/uam-short-report.pdf>

²⁸ Se piensa en su aplicación con relación a la inteligencia artificial y el *machine learning* a la gestión de riesgos de las entidades financieras, en el uso del industrial *internet of things* para canalizar la inversión hacia activos sostenibles, o en el de la tecnología *blockchain* para agilizar los pagos de prestaciones públicas o para la verificación de identidad en la lucha contra ilícitos financieros, SAUGAR (2020). En la *web* del Banco de España, se puede consultar toda la evolución de los *sandboxes* conforme a la Ley 7/2020. Actualmente, nos encontramos en la 3ª cohorte, https://www.bde.es/bde/es/secciones/servicios/Instituciones_fi/sandbox/sandbox.html.

²⁹ La UK *Financial Conduct Authority* (FCA) puso en marcha su *sandbox* en 2016 y ya ha apoyado a más de 700 empresas en el sector financiero. Para más información al respecto, Truby *et al* (2021, 10).

³⁰ En el caso de Austria, se ha tratado de una reforma a la *Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz* aprobada el 7 de julio de 2020, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/II_00193/index.shtml

³¹ Se introduce una disposición adicional vigésima tercera en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, *del Sector Eléctrico*, como habilitación *en blanco* al Gobierno para dicho fin, art. 4 del RD-Ley 23/2020.

14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación de 25 de febrero de 2022 los “bancos de pruebas regulatorios” para el ámbito de aplicación de la misma³².

Desde el campo de la movilidad urbana, se pretende testar en escenarios reales pero supervisados, conforme a un protocolo debidamente legalizado, y “vigilado” por la Administración, en los términos que pasamos a exponer previstos en el capítulo I del Título V del ALMS. Además, los resultados alcanzados al término de estos proyectos y la experiencia obtenida, se prevé que sean empleados como una innovadora herramienta legislativa en el sentido que expondremos en el capítulo IV de este trabajo.

Asimismo, cabe añadir que dentro del proceso legislativo de conformación de la futura *Artificial Intelligence Act* (AIA), se ha introducido el concepto de *regulatory sandbox*³³. Se propone definir como aquel marco que aporta un contexto estructurado para la experimentación en un entorno digital o real, mediante la prueba de tecnologías, productos, servicios o enfoques innovadores, en un plazo y sector determinado, bajo supervisión regulatoria y velando para la aplicación de las garantías adecuadas³⁴.

Cuando se trata de proyectos piloto sobre movilidad, objeto principal de este estudio, resultará necesario partir de la regulación propuesta en el ALMS. En el art. 2.2. c) de dicho Texto, se entiende por *espacio controlado de pruebas* el “conjunto de disposiciones que amparan la realización controlada y delimitada de pruebas de un proyecto piloto de movilidad que, sin constituir actividad de transporte o movilidad, se registrará bajo las condiciones del protocolo de admisión y de acuerdo con los límites establecidos en el mismo, todo ello de acuerdo con el marco de la presente ley”. Por lo tanto, tales actuaciones han de ser recogidas en el *protocolo*. A su vez, este instrumento se define como el “documento que contiene los términos y condiciones, tanto técnicos como normativos, conforme a los que se realizarán las pruebas, las limitaciones a las que estará sujeto el desarrollo del proyecto y cualquier otro aspecto relevante para el proyecto

³² Mediante la adición de una nueva disposición adicional trigésima primera de la Ley 14/2011, BOCG 25-2-2022, N. 121/0000092 file:///C:/Users/Yolanda/Google%20Drive/DRONES/EVA/ley%20ciencia.PDF

³³ El art. 53 de la AIA define el *regulatory sandbox* como “a controlled environment that facilitates the development, testing and validation of innovative AI systems for a limited time before their placement on the market or putting into service pursuant to a specific plan”, Véase también la definición aportada por Attrey *et al.*, 2020: 8. Al *regulatory sandbox* en el marco comunitario sobre IA, nos referiremos con más detalle en el capítulo III del trabajo.

³⁴ Enmienda 59 propuesta al art. 3.1 punto 44 e (nuevo) de la futura *Artificial Intelligence Act*, formulada por A. Voss, *Draft Opinion 2-3-22 JURI-PA-719827_EN*, on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)).

piloto propuesto por el promotor y aceptado o incluido por la Comisión”. Debe precisarse asimismo que el referido documento habrá de ser suscrito entre el promotor y la Oficina (art. 2.2.i)³⁵.

Para que estos ensayos sean aprobados, deben referirse a *proyectos sobre innovación en movilidad*. El art. 2.2. j) los define como: el “conjunto de pruebas experimentales de un proyecto de innovación en movilidad que se realiza de forma supervisada, sujetas a las condiciones acordadas en el protocolo y de conformidad con lo previsto en el capítulo I del Título V de esta ley”³⁶. Se entiende por *prueba*: “cada uno de los ensayos de alcance limitado, según lo previsto en el protocolo”, art. 2.2. l). El inicio de las pruebas deberá dar comienzo en el plazo de seis meses, tras firmarse el protocolo y recabar el consentimiento informado, según determina el art. 68 ALMS. Interesa precisar asimismo que los proyectos aportan innovación en movilidad, cuando “pueden dar lugar a nuevos modelos de negocio, aplicaciones, procesos o productos para la prestación de servicios de movilidad y otros servicios complementarios y no encuentran cobertura en el marco regulatorio vigente o entran en conflicto con éste”, art. 2.2. d).

Sin embargo, desde el perfil propio de la movilidad aérea urbana, consideramos que las iniciativas no se van a solicitar en cuanto se carezca de normativa propia (o la existente contradiga el nuevo servicio), sino más bien, respetando el marco regulador básicamente comunitario, se podrá tener la oportunidad de *desarrollar dicha regulación* a través de la experiencia aportada en *regulatory sandboxes*, dentro del margen habilitado a los Estados miembros, como sería la delimitación de las zonas *U-Space* o probar la implantación de los nuevos sistemas de taxis aéreos o del reparto de paquetería a través de drones³⁷.

³⁵ Se entiende por Oficina, la Oficina Gestora del espacio controlado de pruebas, que es: “la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana asumirá las funciones de esta Oficina incluidas en el capítulo I del Título V de esta ley”. El funcionamiento de esta Oficina se regulará reglamentariamente art. 2.2. e) y f).

³⁶ A su vez, se contemplan los *proyectos de interés general* que se definen en el art. 2.2.k) ALMS como aquellos: “proyectos piloto iniciados de oficio por las autoridades competentes o en cuya participación se encuentren interesadas por afectar al interés general. La posibilidad de que existan proyectos de interés general que se acojan a lo dispuesto en esta ley no prejuzga la realización de otras pruebas o actuaciones con características propias por parte de las autoridades competentes”.

³⁷ Véase a este respecto como el Ayuntamiento de Madrid ya ha previsto la creación de una comisión de movilidad aérea urbana para tal fin, disposición adicional segunda de la Ordenanza 10/2021, de 13 de septiembre de 2021 También se podría aprovechar la experiencia que aporten los resultados de estos proyectos de movilidad para *adaptar* la normativa existente sobre responsabilidad contractual o extracontractual existente sobre aviación tripulada.

El art. 64.3 ALMS delimita los aspectos para que la Comisión de Expertos³⁸ pueda valorar la *innovación* de un proyecto piloto, entre los que se incluyen los que suponen “un beneficio para los usuarios de los servicios relacionados con la movilidad, en términos de calidad, disponibilidad, reducción de costes o seguridad en su acepción global, que incluye la seguridad operacional, la seguridad contra actos ilícitos, la seguridad sanitaria y la ciberseguridad”³⁹, art. 79, b) ALMS.

Asimismo, en estos marcos de experimentación reviste especial trascendencia la actuación de la *Autoridad de supervisión* que se delimita como la “Administración, ente u organismo que, por razón de la materia y el ámbito de actuación del proyecto admitido al espacio controlado de pruebas, esté encargada de llevar a cabo el seguimiento y supervisión de las pruebas integrantes del proyecto de innovación de acuerdo con el protocolo y lo contenido en el capítulo I del Título V”, art. 2.2.a) ALMS. No obstante, como se infiere del mismo inciso, podría existir en el caso en cuestión más de una autoridad de supervisión en cada proyecto, dependiendo de cuál sea la Administración que impulse dicho proyecto, atendiendo también al ámbito competencial y territorial en el que se desarrolla y dependiendo del tipo de transporte afectado. A su vez, cabría que la autoridad de supervisión designara a “una o a varias personas para que lleven a cabo el seguimiento de las pruebas que integran el proyecto piloto”, art. 73.1 ALMS.

Respecto a los intervinientes directamente en el protocolo, se distingue entre el *participante* y el *promotor*. El art. 2.2.g) define al primero de ellos como: “cualquier persona física o jurídica ajena al promotor que es destinataria de la prueba, por cuanto obtiene un beneficio o asume un riesgo en relación con un proyecto piloto de innovación en movilidad o una o varias pruebas del proyecto”. La característica que determina al “participante” es muy genérica: la obtención de un beneficio o asunción de un riesgo. El

³⁸ El art. 2.2.b) determina que la Comisión de Expertos en Movilidad (“Comisión de Expertos”) sea aquel “grupo de expertos en movilidad y transportes seleccionados, en función de las características de cada proyecto, por la Oficina de una lista de expertos que ejercerá las funciones previstas en el Capítulo I del Título V de esta ley”.

³⁹ La cursiva es nuestra a los efectos de resaltar la preocupación que existe por los ataques cibernéticos, ante el riesgo de hackear los drones. Sobre ciberseguridad, véase el documento informativo realizado dentro de la comisión asesora de UAS de AESA (CAUAS), por el subgrupo de trabajo 1.3, acerca de los requisitos y especificaciones de “*Security*” con los que debería cumplir el equipo básico de un sistema UAS para garantizar la continuidad de los enlaces de comunicaciones, especialmente ante casos de interferencia deliberada. Actualmente es una de las referencias fundamentales en el documento que verá la luz en breve sobre SORA de la iniciativa JARUS: https://www.seguridadaerea.gob.es/sites/default/files/Doc.1.3_02_Rev%205_Requisitos_Security_Equipo_basico_comunicaciones_RPAS_5617_ESP_REV.pdf. Respecto a los ciberataques y su relación con el aseguramiento, nos remitimos a lo recogido en el epígrafe V.4.

apartado h) del art. 71.3 ALMS contiene el concepto de *promotor*, entendiendo por el mismo cualquier persona física o jurídica, pública o privada, con domicilio dentro o fuera de la Unión Europea, que sea *responsable del desarrollo de un proyecto piloto* conforme a lo previsto en el capítulo I del Título V de esta ley⁴⁰. A pesar de referirse el ALMS en todo momento en singular a la figura del promotor⁴¹, la realidad continuará ofreciendo experiencias de consorcios público-privados⁴² o asociaciones comerciales, como actualmente viene ya ocurriendo en los proyectos experimentales del sector de la aviación que expondremos en el siguiente apartado⁴³.

En oposición a estos sujetos expuestos quedaría el “tercero ajeno al espacio de pruebas” (art. 71.3 ALMS) o “tercero no participante en las pruebas” (art. 67.4 ALMS) que, sin embargo, no se define en este articulado. Consideramos que su delimitación habrá de realizarse por exclusión, es decir, toda persona que no sea ni participante, ni promotor, ni persona nombrada por la autoridad supervisora para llevar a cabo el seguimiento de las pruebas. A estos sujetos nos referiremos especialmente en el capítulo V de este trabajo, cuando pudieran resultar dañados durante la ejecución de un proyecto de movilidad.

II.2. Proyectos experimentales en materia de movilidad aérea urbana

Aunque existen diversos campos tecnológicos donde parece adecuado implantar la experimentación amparada en un marco legal a través de los “*espacios controlados de pruebas*”, el sector aéreo se presenta como uno de los más idóneos en el momento actual de desarrollo innovador por el que se está apostando vigorosamente⁴⁴. Se puede tratar de la prueba de soluciones tecnológicas y operativas, antes de su puesta en circulación (o más bien puesta en servicio) por parte de la industria aeronáutica, u ofrecerse como servicio público. Al mismo tiempo, podrán consistir en proyectos en torno a la previa implantación de *U-Space* en máximas condiciones de fiabilidad⁴⁵. Entonces, ya no

⁴⁰ La cursiva es nuestra para resaltar que se trata del responsable último de la ejecución del proyecto innovador en movilidad.

⁴¹ El protocolo se “suscribirá entre el promotor y la Oficina” determina el art. 67.2 ALMS. El art. 2.2 e) establece que la Oficina Gestora del espacio controlado de pruebas (“Oficina”) es: “la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana asumirá las funciones de esta Oficina incluidas en el capítulo I del Título V de esta ley”.

⁴² Sirva como ejemplo, https://www.enaire.es/es_ES/2021_02_24/ndp_enaire_airbus.

⁴³ En el proyecto de la AIA, se afirma que los *regulatory sandboxes* serán muy bien recibidos por parte de asociaciones de empresas, ap. 3.1 *Explanatory memorandum*.

⁴⁴ Cuyos datos hemos recogido en el ap. I.4.

⁴⁵ Efectivamente, en el sector de la aviación (como en los Centros de Excelencia de AESA o Departamento de Innovación y Sostenibilidad de Aena) ha despertado especial interés la propuesta del ALMS en torno a los *sandboxes* regulatorios, para determinados productos y servicios aeronáuticos, como se ha expuesto

implicarían la prueba de pilotaje de un dron aislado controlado por un operador privado, sino de una compleja plataforma automatizada donde confluirán el vuelo masivo y simultáneo de drones.

Entre las experiencias aportadas en otros países, podemos destacar EE.UU. En octubre de 2017 se anunciaron las iniciativas llevadas a cabo por parte de la FAA (*United States Federal Aviation Administration*), con gobiernos locales y participantes del sector privado a fin de crear la base para un nuevo marco regulatorio con el que conseguir una mayor integración y segura de los drones en el espacio aéreo nacional⁴⁶. En el Reino Unido, a partir de 2019 se ha puesto en marcha un macro proyecto *Innovation Hub Future Air Mobility Regulatory Challenge*, en cuyo entorno se piensan probar los riesgos de las operaciones BVLOS y los sistemas de *Detect and Avoid* (DAA) a través de un consorcio con colaboración público y privada (*CAA Innovation Hub*)⁴⁷. Recientemente, se ha anunciado que ya han completado el Concepto de Operaciones (CONOPS) para UAM (*Urban Air Mobility* - movilidad aérea urbana) y se preparan para dar forma al futuro de los vuelos de eVTOL en Londres y el resto del Reino Unido⁴⁸. Actualmente, se están realizando vuelos experimentales en París, con motivo de los juegos olímpicos en 2024⁴⁹.

Asimismo, la participación española viene adquiriendo cierto peso también en proyectos europeos donde se ha apostado intensamente por la investigación, desarrollo e innovación I+D+i a fin de lograr la integración del tráfico de drones en nuestro espacio aéreo con el resto de aeronaves, mediante aplicaciones que ayudarán a gestionar la UAM

recientemente: <https://web.icam.es/events/seccion-de-derecho-aeronautico-y-espacial-sandbox-regulatorio-hacia-la-innovacion-en-la-aviacion/>

⁴⁶ Se ha tratado del *Unmanned Aircraft System Integration Pilot Program* para probar aplicaciones de seguridad (safety) en UAVs <https://www.faa.gov/newsroom/ustransportation-secretary-elaine-l-chao-announces-unmanned-aircraft-systems-integration?newsId=22755>. Sobre las aportaciones conseguidas en dicho *sandbox*, véase Attrey, A et al (2020: p. 10).

⁴⁷ Entre las compañías que se han unido a este consorcio, destacan *Eve, NATS, Heathrow Airport, London City Airport, Skyports, Atech, Volocopter, and Vertical Aerospace*, and developed the project in partnership with the UK Civil Aviation Authority (CAA). Los roles y *responsibilities* entre los participantes (*innovation Advisors*, CAA y consorcio) quedan claramente delimitadas en la guía sobre el *regulatory sandbox*, ap. 8, [https://publicapps.caa.co.uk/docs/33/Future%20Flight%20Challenge%20Sandbox%20Guidance%20\(CA P2130\).pdf](https://publicapps.caa.co.uk/docs/33/Future%20Flight%20Challenge%20Sandbox%20Guidance%20(CA%20P2130).pdf); [https://eveairmobility.com/uk-consortium-completes-urban-air-mobility-concept-of-operations-for-the-civil-aviation-authority/#:~:text=Led%20by%20Eve%2C%20the%20UK,UK%20Civil%20Aviation%20Authority%20\(CAA\);](https://eveairmobility.com/uk-consortium-completes-urban-air-mobility-concept-of-operations-for-the-civil-aviation-authority/#:~:text=Led%20by%20Eve%2C%20the%20UK,UK%20Civil%20Aviation%20Authority%20(CAA);) https://publicapps.caa.co.uk/docs/33/CAP1827_sandbox_brief_v2.pdf; <https://publicapps.caa.co.uk/docs/33/CAP1923FutureAirMobilityRegulatoryChallenge.pdf>.

⁴⁸ El CONOPS se desarrolló como un estudio de caso centrado en Londres, transportando pasajeros dentro de una red de vertipuertos desde el aeropuerto de *Heathrow* hasta el aeropuerto de la ciudad de Londres. Noticia publicada el 22 de marzo de 2022 en <https://www.unmannedairspace.info/emerging-regulations/uk-consortium-completes-urban-air-mobility-concept-of-operations-for-uk-caa/>.

⁴⁹ <https://evtol.com/news/volocopter-paris-air-forum-evtol-demo/>.

al entregar paquetería, el funcionamiento de taxis aéreos en ciudades, la vigilancia policial, servicios de emergencias o reparto de medicamentos⁵⁰. El mecanismo se comienza a articular a través de los centros de excelencia, como el de drones de AESA⁵¹ o mediante la colaboración público-privada en proyectos tecnológicos, algunos de gran calado y carácter europeo⁵². En concreto, podemos señalar ciertas iniciativas que están surgiendo de parte de entidades públicas como ENAIRE (gestor nacional de la navegación aérea y proveedor oficial de la información aeronáutica en España) dentro del Plan de Acción Nacional de Despliegue de *U-Space* del MITMA⁵³, estableciendo protocolos generales con comunidades autónomas para realizar proyectos conjuntos que contribuyan al desarrollo digital y tecnológico en la prestación de servicios aeronáuticos⁵⁴, ayuntamientos⁵⁵, así como universidades con demostraciones reales en los propios campus (v.gr. proyectos europeos como el FF2020, que ya ha puesto en

⁵⁰ Quintanilla García et al. (2021). Con carácter transfronterizo, destaca el proyecto SAFIR Med <https://www.safir-med.eu/use-of-german-U-Space-sandbox-experience>. Es destacable también el primer vuelo de transporte urbano en Europa con el dron de carga pesada (100 kg. de carga útil) realizada por *FlyingBasket*, *Leonardo* y *Poste italiane*, proveedor de servicios postales italiano, <https://flyingbasket.com/first-urban-transport-flight-in-europe-heavy-payload-cargo-drone-fb3/>; Cejuela Martín, M. (2022) “FlyingBasket Drone Urban Operation – Challenges & Lesson Learned, <https://www.eventbrite.es/e/entradas-2da-jornada-sobre-el-futuro-de-la-movilidad-aerea-avanzada-293005767137>.”

⁵¹ AESA acaba de dar a conocer su “Centro de Excelencia de drones” con la finalidad de apostar por un desarrollo seguro del *U-Space*, 30/04/2022, mediante la investigación y desarrollo de sistemas jerárquicos automatizados para la definición de volúmenes de espacio aéreo y autorizaciones de sobrevuelo para las aeronaves no tripuladas; el desarrollo de interfaces ATM/UTM para el intercambio de mensajes e información entre los ANSP españoles. Además, se pretende ahondar en la definición y desarrollo del concepto de “reconfiguración dinámica del espacio aéreo” o modificación temporal del mismo para adaptarse a los cambios a corto plazo en la demanda de tráfico tripulado, <https://infodron.es/id/2022/02/03/opinion-centro-excelencia-drones-trabaja-desarrollo-seguro-ospace.php>.

⁵² Como el proyecto europeo H2020 AMU-LED, que involucra a 17 compañías e instituciones de Europa y Estados Unidos. Está previsto la demostración de un taxi aéreo en septiembre de 2022 en Santiago de Compostela, <https://itg.es/taxi-aereo-no-tripulado-galicia-2022-amuled-h2020/>.

⁵³ En coordinación con la DGAC y AESA. Destacan los proyectos DOMUS (fue el 1º en 2019), CORUS-XUAM (con vuelos de prueba también en el *sandbox* del aeropuerto de *Pointoise*) o Uspace4UAM realizados en distintos puntos de la geografía nacional como Castelfells, Santiago de Compostela o Villacarillo. Información obtenida de <https://www.europapress.es/turismo/transportes/aeropuertos/noticia-enaire-invierte-mas-13-millones-euros-plataforma-gestion-automatizada-digital-drones-20210826134510.html>.

⁵⁴ Resolución de 21 de febrero de 2022, por la que se publica el Protocolo general de actuación entre la Generalitat Valenciana, a través de la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital y ENAIRE, para el fomento del I+D+i, DOGV n. 9284, 23/02/2022.

en el ámbito aeroespacial en España [2022/1439] Con relación a la colaboración entre ENAIRE y el Gobierno de Navarra a este respecto, puede consultarse https://www.enaire.es/es_ES/2021_09_10/ndp_enaire-gobierno-navarra-firman-protocolo.

⁵⁵ Cabe mencionar interesantes iniciativas de varios municipios españoles como Madrid, Benidorm o Zaragoza. Respecto a esta última ciudad, puede consultarse en <https://actualidad aeroespacial.com/zaragoza-y-la-empresa-china-ehang-desarrollaran-drones-para-viajeros-y-logistica>.

marcha las demostraciones en el *High Tech Campus Eindhoven* (HTCE)⁵⁶ o el proyecto *Bubbles* en la Universidad Politécnica de Valencia⁵⁷. El rol que asumirían los coordinadores de estos proyectos -siguiendo las definiciones expuestas del ALMS- entendemos que sería el de promotores, en cuanto tractores y en régimen de conciertos con las empresas asociadas⁵⁸.

III. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA MOVILIDAD AÉREA URBANA

III.1. Marco comunitario sobre inteligencia artificial en movilidad aérea urbana

Entre la regulación comunitaria en proceso de elaboración más destacada sobre IA, sin duda, se encuentra el futuro Reglamento (UE) sobre Inteligencia Artificial (en adelante, AIA)⁵⁹. Un gran elenco de cuestiones plantea esta Propuesta legislativa de indudable interés para los juristas, como la delimitación de las actividades o sectores de “alto” o “bajo riesgo”⁶⁰. En función de esta caracterización, se planea asignar un diferente criterio de imputación, bien de carácter objetivo o por negligencia⁶¹. Se considera que todos los UAS son de “alto riesgo” (por emplear sistemas de IA) en el Anexo del Proyecto de Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos 2020/2014⁶², lo que no resulta exacto a

⁵⁶ Con distintas finalidades como añadir valor a la seguridad en el campus a través de *real-time sensors*, a través de tecnología 5G, con demostraciones también en la ciudad de Zaragoza, <https://5ghub.nl/en/2021/09/09/a-groundbreaking-journey-through-the-blue-sky-flying-forward/>.

⁵⁷ Se trata del primer vuelo simultáneo y en enjambre de varios drones, monitorizado en tiempo real en una extensión de 15 km. Cuadrados. Se presentó una nueva plataforma capaz de evitar colisiones en el espacio aéreo, donde la UPV coordinó el ejercicio y participaron representantes de la policía local, bomberos, guardia civil, Agencia valenciana de Seguridad y Respuesta a las Emergencias (*Avsre*), empresas especializadas del sector y operadores propios de la UPV, https://www.infodron.es/id/2022/04/15/noticia-valencia-presencia-primer-vuelo-grupo-varios-drones-europa.html?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=infodron; <https://www.euronews.com/next/2022/04/14/spain-hosts-mass-drone-flight-tests-to-prepare-for-a-future-where-unmanned-aircraft-rule-t>. Respecto a otros medios de transporte, cabe destacar el proyecto piloto de “bus autónomo” que ya circula por el entorno de la Universidad Autónoma de Madrid, información disponible en <https://www.comunidad.madrid/noticias/2021/09/20/recuperamos-servicio-primer-autobus-autonomo-campus-universidad-autonoma>

⁵⁸ Ya se están realizando iniciativas en Valencia, Zaragoza o A Coruña. Véase la noticia publicada en: <https://fly-news.es/aviacion-comercial/aeropuertos/las-nuevas-tecnologias-cambian-paradigma-del-control-aereo/>

⁵⁹ *Proposal For A Regulation Of The European Parliament And Of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act- AIA) And Amending Certain Union Legislative Acts*, 21.4.2021, COM (2021) 206 final, 2021/0106 (COD).

⁶⁰ Siendo conocedores de estas problemáticas, no procede analizar las mismas en este trabajo, en la medida que excedería del objeto principal que estamos abordando.

⁶¹ Codagnone et al. (2022: 57-58).

⁶² (INL) 27.4.2020 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de IA, ponente A. Voss,

la vista de la normativa *ad hoc*, de carácter básicamente comunitario que clasifica a los UAS y la evaluación de riesgos aplicable a los drones.

Por ello, entendemos acertada la remisión tácita que el art. 2.2. de la AIA realiza al marco regulatorio sobre UAS, en concreto al Reglamento (UE) base 2018/1139⁶³ al declarar que, entre la regulación comunitaria que regula ciertos sistemas de IA de alto riesgo, como el señalado, sólo se aplicará el art. 84 de la propuesta de AIA, referido a la evaluación y revisión del listado del Anexo III⁶⁴ sobre los sistemas de alto riesgo⁶⁵.

Podría pensarse que la implantación de *U-Space* caería dentro de los sectores con más riesgo, dado que no se trata de que los drones vuelen aisladamente en categoría abierta (la de menor riesgo), aunque se trabaja para que no resulte de ese modo peligroso⁶⁶. Recordemos que *U-Space* es una compleja y altamente automatizada plataforma donde podrían confluír cientos de drones operando al mismo tiempo, por lo que deberá estar dotada de sistemas inteligentes de ordenación del tráfico aéreo y los drones con identificación remota (*remote ID*) así como tecnología *detect and avoid* para evitar colisiones entre aeronaves⁶⁷.

Por su parte, EASA ha establecido una “hoja de ruta” sobre el proceso de experimentación e implantación de la IA en la aviación, distinguiendo tres niveles en

⁶³ Reglamento (UE) 2018/1139 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2018, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2111/2005, (CE) n.º 1008/2008, (UE) n.º 996/2010, (CE) n.º 376/2014 y las Directivas 2014/30/UE y 2014/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan los Reglamentos (CE) n.º 552/2004 y (CE) n.º 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CEE) n.º 3922/91 del Consejo (DO L 212 de 22.8.2018). En lo sucesivo, Reglamento 2018/1139.

⁶⁴ En la versión de 21 de abril de 2021, no se incluyen expresamente los drones en el listado de sistemas de IA de “alto riesgo”, sino que se refiere a la gestión y funcionamiento de infraestructuras esenciales, explicitando el tráfico rodado. De otro modo, sí incluye el Reglamento (UE) 2018/1139 entre la lista de legislación de armonización de la Unión basada en el nuevo marco legislativo, sección B, ap. 7, “en la medida en la que afecte al diseño, la producción y la comercialización de aeronaves contemplados en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), cuando se refiera a aeronaves no tripuladas y sus motores, hélices, componentes y equipos para controlarlas a distancia”.

⁶⁵ Al mismo tiempo, propone la modificación de los arts. 17.3, 19, 43, 47, 57 y 58 del Reglamento (UE) 2018/1139, con relación a sistemas de IA que sean componentes de seguridad en el sentido de la AIA, considerando (29).

⁶⁶ Cuando se trata de un solo dron volando en categoría abierta, se diferencia por subcategorías en función del riesgo (A1, A2 y A3) o categoría específica en escenarios estándar (STS), que son vuelos de bajo riesgo por estar controlado el área en tierra. En el contexto de *U-Space*, si cada dron vuela por su corredor y el análisis de riesgos es bajo (para el volumen operacional por parte del operador conforme a SORA o *Specific Operations Risk Assessment* con SAIL I o II, y respecto a los corredores por parte del proveedor de servicios *U-Space*, a través de MEDUSA o *Methodology for the U-Space Safety Assessment*), no tendríamos que estar hablando de sistema de “alto riesgo”. Más ampliamente sobre estas clasificaciones, así como la evaluación y valoración de los riesgos, nos remitimos al apartado V.1, en particular nota 102.

⁶⁷ Al respecto, puede consultarse Csernatoni y Lavallée (2020).

función del grado de asistencia a las personas⁶⁸. En efecto, las tecnologías de IA permiten que las aeronaves alcancen un mayor grado de automatización y ampliar sus funcionalidades. Comienzan a resultar muy útiles para ciertas utilidades, como control de incendios nocturnos, vigilancia perimetral u operaciones de mantenimiento industrial, incluso para sustituir los fuegos artificiales tradicionales con led de colores. Serán autorizadas cuando el análisis de riesgos aeronáuticos resulte razonable, a corto plazo podrían permitirse para áreas industriales, como parques eólicos marinos, plantas fotovoltaicas o conductos en una cementera, pero no de momento en espacios urbanos.

La *autonomation* en las aeronaves se distingue hasta 5 *levels*. Únicamente en el nivel 5, o grado de automatización total, podrían operar de forma “totalmente autónomas”, en cuanto cabría que decidieran sobre el destino y la ruta, así como para poder tomar el control sobre el aire. No obstante, de momento, parece que no va a permitirse en el ámbito civil y en espacios no segregados (art. 4 RD 2017/1036). Todo ello, con independencia de que el marco comunitario aplicable *ad hoc*, como nuestra legislación interna ya haya incorporado en sus articulados el concepto de aeronaves *autónomas* formalmente, entendemos que únicamente como operaciones *autorizables* (art. 11 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, en adelante, LNA, a través del RD-L 26/2020, de 7 de julio⁶⁹ y art. 3.30 Reglamento 2018/1139).

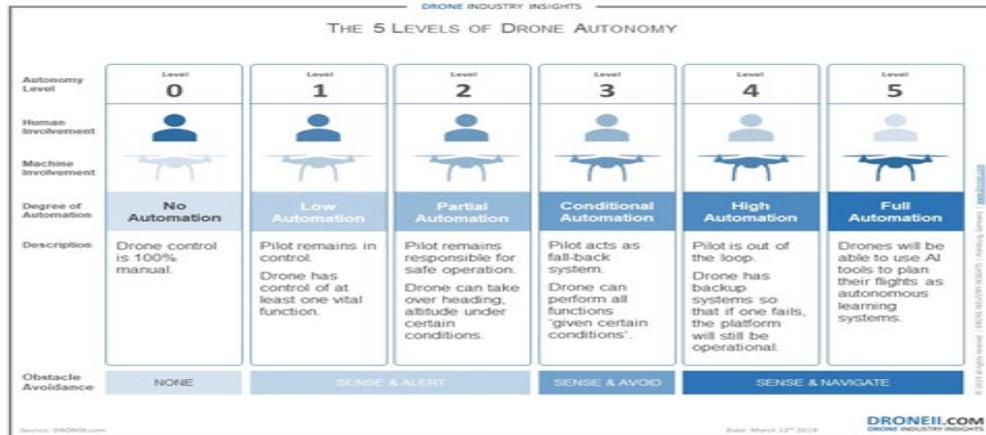
Actualmente, *ex lege*, los UAS necesitan ser conducidos materialmente por los pilotos a distancia o, “cuando la aeronave no tripulada vuele automáticamente, mediante la supervisión de su rumbo y siendo capaz de intervenir y cambiar de rumbo en cualquier momento”, si funcionan con instrucciones pre-programadas (arts. 3.31 Reglamento 2018/1139 y 3.27 Reglamento 2019/945⁷⁰). A su vez, deben ser apoyados por los

⁶⁸ En el campo UTM, la primera guía ha estado disponible en 2021 para respaldar las primeras aplicaciones de *U-Space* y drones automatizados/semiautónomos. Se trata del EASA *Concept Paper: First usable guidance for Level 1 machine learning applications - Issue 01*, 20-12-2021.. En esta fase inicial ya publicada, se pretende que la AI/ML (nivel 1) sirva como asistencia humana. Se prevé una segunda guía sobre el nivel 2 (colaboración entre humanos y máquinas) en 2022 y el nivel 3 (autonomía de las máquinas) en 2024. Seguirá una fase de consolidación, que prevé la finalización de la política de AI/ML de EASA para 2028. Se considera que estos documentos respecto a la hoja de ruta sobre IA, deben estar alineados en la medida de lo posible con las diferentes hojas de ruta de la industria, EASA *Artificial Intelligence Roadmap 1.0, February 2020 V.1.0; Learning Assurance for Neural Networks*, 31-3-2020; <https://www.easa.europa.eu/domains/research-innovation/ai>; <https://www.easa.europa.eu/downloads/134357/en>

⁶⁹ Art. 11 LNA: “Se entiende por aeronave: a) (...) b) Cualquier máquina no tripulada que pueda sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones de la misma contra la superficie de la tierra y opere o esté diseñada para operar de forma autónoma o para ser pilotada a distancia sin un piloto a bordo”. Sobre la diferenciación entre *automation/ autonomy*, Bustos Moreno (2021: 892-895).

⁷⁰ Reglamento Delegado (UE) 2019/945 de la Comisión, de 12 de marzo de 2019, sobre los sistemas.

observadores de la aeronave o del espacio aéreo, según las circunstancias del vuelo (BVLOS, más allá del alcance visual)⁷¹.



<https://droneii.com/project/drone-autonomy-levels>

III.2. Regulatory Sandbox en materia de inteligencia artificial

Desde el ámbito más general de la movilidad urbana (no sólo aérea), la Comisión europea en la CEM (ap.69) declaró que la IA se está volviendo fundamental para la automatización del transporte en todos los modos y los componentes y tecnologías digitales, ocupando un lugar central en ellos, a través de los programas Horizonte Europa (que sustituye al Horizonte 2020)⁷² y Europa Digital. En este contexto, afirmó que prestaría apoyo a los centros de ensayo y experimentación dedicados a la IA para la movilidad inteligente en el marco del programa Europa Digital, así como un compromiso de aportar un conjunto de recomendaciones para facilitar los ensayos y pruebas de las tecnologías y soluciones de movilidad emergentes en la UE (“bancos de pruebas de la movilidad europea”)⁷³.

Por su parte, el Reglamento (UE) 2021/694, Programa Europa Digital, en el contexto de su propósito de “favorecer el despliegue y mejor uso de la capacidad digital

de aeronaves no tripuladas y los operadores de terceros países de sistemas de aeronaves no tripuladas, en lo sucesivo, Reglamento 2019/945.

⁷¹ Como se explica en la infografía insertada en el texto de Radovic (2019). Sobre los niveles de control de autonomía, es decir, en función de las tareas que se permita al dron que decida por sí mismo, sin influencia externa, Dalamkidis, siguiendo la clasificación de Clough, distingue hasta 10, donde 0 es el vehículo pilotado remotamente, y 10 sería el *Fully autonomous*, (2015: 88); Bustos Moreno (2021: 891-893, 935-936)

⁷² Véase al respecto, EASA.2021.HVP.25 Proyecto Horizon Europe: Piloto y ATCO Aeromedical Fitness; EASA.2021.HVP.23 Proyecto Horizon Europe: Operaciones con tripulación mínima ampliada – Operaciones con un solo piloto – Marco de evaluación de riesgos de seguridad 03 de noviembre de 2021.

⁷³ Al mismo tiempo que crear una “*New Mobility Tech Group*”, Anexo CEM ap. 48

e interoperabilidad en áreas de interés público relacionadas con la conducción conectada automatizada, las aeronaves no tripuladas y los conceptos de movilidad inteligente”, sienta como objetivo específico la IA “para que, entre otras medidas, refuerce y ponga en red instalaciones de ensayo y experimentación de IA en los Estados miembros con una dotación de 2061956000 €” (art. 9.2.b).

Cabe destacar que la futura AIA dedica cierta atención a los *AI regulatory sandboxes*, en particular los arts. 53 a 55. A este respecto, en el *Draft Opinion* publicado recientemente (dos de marzo de 2022) sobre la AIA⁷⁴, se amplía la regulación al efecto y se invita a los Estados Miembros a que legislen al respecto, a fin de favorecer la innovación. Además, se enfatiza el papel que estos bancos de pruebas pueden desempeñar para minimizar los riesgos que ciertas aplicaciones basadas en IA pueden conllevar, especialmente, las calificadas de “alto riesgo”⁷⁵. Asimismo, en la AIA se declara la responsabilidad de los *participants* en caso de irrogarse daños a terceros como consecuencia de la experimentación en el entorno del *sandbox*, remitiéndose al efecto a las legislaciones nacionales (art. 53.4)⁷⁶.

Entre otros supuestos de experimentación ya en ejecución, podemos citar el *sandbox* italiano sobre lanzaderas autónomas en carretera, proyecto SHOW, con *Turis Transport Group* (GTT), financiado por el programa europeo HORIZON2020, que tiene como objetivo apoyar la transición hacia un transporte urbano de conducción autónoma eficaz y sostenible⁷⁷. Al mismo tiempo, se parte del *Piano Strategico Nazionale AAM* (2021-2030) para el desarrollo de la Movilidad Aérea Avanzada (AAM) con la finalidad, entre otros objetivos, de avanzar en procesos de certificación de sistemas basados en *Machine Learning*⁷⁸. Por último, podemos citar el interesante programa WP4 (FF2020),

⁷⁴ *Draft Opinion* Voss, A., 2-3-22, citada en la nota 34.

⁷⁵ Sobre la necesidad de coordinación con las futuras iniciativas en diferentes Estados miembros de la UE, Codagnone *et al.* (2022: 57).

⁷⁶ Cabe señalar que se debate doctrinalmente el régimen de imputabilidad más apropiado de responsabilidad civil en el ámbito de los *sandboxes* en aplicaciones de IA, a los efectos de encontrar el adecuado equilibrio entre los distintos intereses en juego: participantes, promotores y posibles terceros dañados a consecuencia de dichas pruebas, como detalladamente exponen, Truby, J., *et al.* (2021: 1-29).

⁷⁷ Se trata de la primera experimentación italiana de una flota de lanzaderas autónomas en la carretera, gracias al programa “*Sperimentazione in Italia*”. Este *sandbox* regulatorio permitirá a las *startups*, empresas, universidades y centros de investigación experimentar con proyectos innovadores. mediante una excepción temporal a la normativa vigente. La primera fase será sin pasajeros a bordo de lanzaderas autónomas, la segunda, prevista para mayo de 2022, posibilitará la experimentación real con ciudadanos, <https://www.ecodallecitta.it/mobilita-e-innovazione-via-libera-alla-prima-sperimentazione-in-italia-di-navette-a-guida-autonoma-su-strada%EF%BF%BC/>

⁷⁸ <https://www.enac.gov.it/pubblicazioni/piano-strategico-nazionale-aam-2021-2030-per-lo-sviluppo-della-mobilita-aerea-avanzata-in-italia>.

desarrollado en la Universidad de *Masstricht* donde se trabaja para que la regulación existente para UAS sea interpretable y ejecutable por drones⁷⁹.

IV. LA APLICACIÓN COORDINADA DE LA FUTURA LEY DE MOVILIDAD SOSTENIBLE CON LA NORMATIVA ESPECIAL SOBRE SEGURIDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL AÉREA

IV.1. Estado de la cuestión

Retomando el análisis de la futura Ley de Movilidad Sostenible, en lo referente a los espacios controlados de pruebas, nos parece conveniente plantear las posibles normas aplicables en el ámbito del desarrollo de los proyectos sobre innovación en movilidad, en la medida que, en ocasiones, se llega a pensar que se trataría de un marco idóneo donde se podría “desregular” o “flexibilizar” la aplicación rígida de ciertos requisitos legales de obligado cumplimiento. Sin embargo, dicha interpretación sería evidentemente errónea e injustificada respecto a la seguridad aérea, en su doble acepción de *security* y *safety*⁸⁰. Tampoco cabría que los destinatarios de las normas que establecen las *responsibilities* y, en su caso, la *liability* al irrogarse daños en el ámbito del *sandbox*, pudieran decidir acerca de su aplicación. Si cabría, por el contrario, simplificar determinados trámites administrativos a fin de agilizar las operaciones durante la ejecución de un proyecto de movilidad, como reducir el número de horas de vuelo que normalmente se exigirían fuera del banco de pruebas.

Como a su vez advierte el ALMS, desde el punto de vista de la seguridad (y añadimos también las cuestiones en torno a la responsabilidad, ya sea civil, sancionadora, penal o la propia patrimonial de la Administración), cada tipología de vehículo cuenta con un marco regulatorio *sectorial*, tanto a nivel europeo como, en ocasiones, a nivel nacional, que *debe cumplirse imperativamente*⁸¹. Ante un posible conflicto de normas,

⁷⁹ A tal efecto, se realizan pruebas de simulación en las que la regulación, directivas y estándares son mapeadas a ontologías y reglas programables, y el sistema computacional resultante es testado en un *living-lab*. Dicho *living-lab* sirve para testar y evaluar si el comportamiento de los drones que incorporan dicho sistema computacional consigue el cumplimiento legal en términos de seguridad y operabilidad que rigen los espacios aéreos que sobrevuelan. El “*living lab*” consta de unas zonas de aeropuerto, una base militar fronteriza, una zona urbana, entre otros espacios, donde se realizan las pruebas conforme se va desarrollando y mejorando el sistema, proyecto explicado en: <https://www.ff2020.eu/interviews/gijs-van-dijk-of-maastricht-university-explains-why-public-values-and-human-input-remain-crucial/>.

⁸⁰ Sobre esta diferenciación tan empleada en materia de navegación aérea, puede consultarse Bustos Moreno (2021: 933).

⁸¹ Ap. X de la EM del ALMS. El texto marcado en cursiva es nuestro. Por su parte, en la enmienda propuesta al art. 53.1 AIA se añade el texto indicado en cursiva: “This shall take place under the direct supervision and guidance by the *respective national* competent authorities with a view to *identify risks to health and*

con rango de Ley, debería priorizarse el ALMS, en cuanto *lex specialis*, sin embargo, la legislación básica (*v.gr.* Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público*), así como el resto de leyes reguladoras de ciertos aspectos sobre seguridad o responsabilidad (en sus distintas vertientes), tendrán que aplicarse coordinadamente con esta futura Ley especial en materia de innovación.

Con tal finalidad, entendemos, se recoge expresamente que “no es objeto de esta ley regular el funcionamiento de los vehículos ni sus condiciones de seguridad”⁸². De hecho, se declara en el art. 73 ALMS la responsabilidad exclusiva del promotor por el cumplimiento de lo contemplado en esta ley *y demás normativa aplicable*, en los términos recogidos en el protocolo de pruebas. Además, el informe de evaluación emitido por la autoridad de supervisión comprobará, entre otros aspectos, “el análisis del proyecto en el marco regulatorio”, art. 75.3.c) ALMS. Por todo ello, siempre encontrará cobertura en este contexto la regulación imperativa aplicable a cada medio de transporte, con independencia de que estamos hablando en términos de investigación e innovación en movilidad⁸³.

El capítulo II rubricado “vehículo automatizado”, comienza con una precisión legal de carácter *programático*⁸⁴ aplicable a cualquier tipo de vehículo automatizado, tal como los denomina el ALMS⁸⁵. En función de ello, su alcance se despliega tanto sobre el espacio aéreo -de ahí que los drones se les califica de *aero-nave* (aunque también son “vehículos” en la acepción aportada por la RAE), como sobre los vehículos que discurran por carretera, vías (trenes) o agua (embarcaciones náuticas autónomas). Así, el art. 80

safety and fundamental rights, test mitigation measures for identified risks, demonstrate prevention of these risks and otherwise ensuring compliance with the requirements of this Regulation and, where relevant, other Union and Member States legislation supervised within the sandbox”, Draft Opinion Voss, A. 2-3-22, citada en la nota 34. Asimismo, el art. 53.4 AIA remite a la legislación nacional en tema de responsabilidad civil en el marco de los espacios controlados de prueba.

⁸² El art. 78 ALMS, referido al principio de proporcionalidad y prohibición de trato discriminatorio, indica que “las autoridades deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir las medidas de seguridad y control administrativo menos restrictivas para el pleno desarrollo del proyecto piloto presentado por el promotor, debiendo motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen”.

⁸³ En concreto, el ALMS indica que los proyectos sin constituir actividad de transporte o movilidad (art. 2.2.c), y aunque “no encuentren cobertura en el marco regulatorio vigente” (art. 2.2.d) o entren en conflicto con éste.

⁸⁴ No está de más recordar que la disposición programática es aquella que “no contiene proposiciones imperativas ni establece mecanismos suficientes para asegurar su aplicación, sino que se limita a formular un programa de actuación, criterios u orientaciones de política legislativa, o a declarar derechos cuya consagración definitiva, dotando a las normas declarativas de eficacia plena, se deja a la intervención posterior del legislador secundario”, <https://dpej.rae.es/lema/norma-program%C3%A1tica>.

⁸⁵ Aunque, en el seno de su articulado, art. 2.3 ALMS, segrega el concepto de “vehículo automatizado” para referirse a los vehículos a motor en vías públicas o de uso común referidos en el Cap. II del T. V.

ALMS se refiere a una serie de principios de actuación de las administraciones públicas para conseguir la introducción progresiva de los “vehículos automatizados” en el sistema de transportes. El art. 80 a) ALMS se refiere a la “seguridad física de la movilidad y seguridad frente a ataques a través de sistemas informáticos y ciberseguridad” y en su inciso d) a “la protección de los derechos de las personas en el desarrollo de esta tecnología y de los datos...”⁸⁶.

El resto del capítulo II, Título V, se refiere específicamente a la conducción automatizada por carretera. A partir de dicho articulado, la ley sienta las bases para regular la futura operación de los vehículos automatizados de pasajeros y mercancías en vías públicas. Simultáneamente, la ley promueve la realización de pruebas de esta tecnología y establece la obligación respecto a los órganos competentes en la regulación del transporte por carretera, al adecuar su normativa a este tipo de vehículos, tal como se recoge en la exposición de motivos, ap. X. Igualmente, el ALMS integra unas definiciones que precisa que *sólo son aplicables a los vehículos a motor en vías públicas o de uso común* (capítulo II Título V), como sistema de conducción automatizada (ADS), tarea de conducción dinámica (DDT), dominio de diseño operativo (ODD) y vehículo altamente o totalmente automatizado.

Mayor complejidad entendemos que plantea la regulación propuesta sobre responsabilidad de los agentes implicados con referencia a los proyectos de innovación en movilidad en el ALMS. En la práctica, se van a generar una variedad de situaciones posibles, en cuanto a la adopción de los roles de “participante” u “promotor”. Se pone en manos del contenido aprobado del “proyecto”, la determinación de las obligaciones entre las partes y el régimen de responsabilidades, especialmente delicado cuando existan concausas al producirse daños a terceros “ajenos al espacio de pruebas”, en su relación con los regímenes específicos de los distintos medios de transporte ya existentes. Todo ello unido a la posible concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, en su actividad supervisora o, por ejemplo, como proveedora de los servicios de gestión de tráfico aéreo (o de información aeronáutica en el nuevo *U-Space*), cuestiones sobre las que pasamos a ocuparnos *infra* respecto a la movilidad aérea⁸⁷.

⁸⁶ Nos parece adecuada la remisión, podríamos denominar como “tácita” al completo cuerpo normativo sobre protección de datos y seguridad en el ámbito de la navegación aérea. Recordemos que el término “seguridad” dispone de una doble acepción en lengua inglesa, al distinguirse entre los términos *Safety* y *Security*, como ya explicamos en su momento, *vid.* nota 80.

⁸⁷ En los apartados V.2 y V.3.

III.1. El aprendizaje normativo proactivo. Las propuestas conjuntas de regulación en la futura Ley de Movilidad Sostenible

En las Conclusiones del Consejo de la UE sobre los *Regulatory Sandboxes* ante los retos disruptivos en la era digital, publicado en el DOUE el 23 de diciembre de 2020⁸⁸, se destaca que los espacios controlados de pruebas pueden brindar la oportunidad de potenciar la regulación mediante un *aprendizaje normativo proactivo*, propiciando que los reguladores adquieran un mayor conocimiento normativo y detecten los mejores medios para regular las innovaciones, a partir de ensayos con datos reales, especialmente en su fase más incipiente, ap. 10⁸⁹.

Por medio de estas iniciativas, se trata de potenciar la innovación regulatoria a través de propuestas surgidas tras la finalización de los proyectos autorizados y supervisados por las autoridades correspondientes, y donde la Administración cabría que “adopte, en su caso, las modificaciones normativas que resulten necesarias”, según se expresa en la propia exposición de motivos del ALMS⁹⁰. Teniendo en cuenta los mecanismos legales que existen para elaborar textos prelegislativos y de carácter reglamentario, el art. 76.1 ALMS dispone que: “La propuesta conjunta de regulación podrá consistir en una regulación nueva, en una propuesta de calificación de la actividad en el marco regulatorio vigente, la propuesta de modificación de la normativa vigente o cualquier otra iniciativa legislativa que se considere oportuna”⁹¹. Consideramos que

⁸⁸ *Council Conclusions on Regulatory Sandbox and Experimentation Clauses as tools for an innovation-friendly, future-proof and resilient regulatory framework that masters disruptive challenges in the digital age*, C 447/1

⁸⁹ Ap. 10. Como también se recoge en la exposición de motivos del ALMS para justificar el objetivo de la futura Ley. Sobre esta concepción que entiende el derecho como una actividad o práctica social, en el sentido de “un sistema de fines que trate de ofrecer soluciones dinámicas a la complejidad social”, en lugar de una concepción normativista del derecho, Saugar (2020) siguiendo a M. Atienza en *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Madrid, ed. Trotta, 2020.

⁹⁰ Sobre esta función de iniciativa normativa, continúa el ALMS afirmando que “se trata de un conjunto de disposiciones cuyo objetivo es que del resultado de los proyectos que se prueben en el espacio controlado de pruebas se obtenga una *propuesta normativa conjunta* entre el promotor de la prueba y las administraciones involucradas en su desarrollo y control que garantice que la *regulación incorpore la visión práctica* de los operadores del mercado, resultando de todo ello una evidente utilidad y que *no sea percibido como un impedimento u obstáculo al ejercicio de la actividad empresarial*”. La cursiva introducida es nuestra.

⁹¹ En materia de navegación aérea, en pocas ocasiones se ha optado por reformas de la LNA a través de leyes en sentido estricto en materia de drones y responsabilidad civil, así como su aseguramiento (a excepción de la Ley 18/2014, de 15 de octubre), ni se ha recurrido a la Comisión General de Codificación para que elabore propuestas al respecto. Más bien se ha “actualizado” la LNA a través de la habilitación normativa al Gobierno para adaptar la LNA o regular los drones, a través de Reales Decretos (v.gr. RD 1036/2017 o 37/2001). Por cierto, cabe mencionar que, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 26/2020, de 7 de julio para adaptar la normativa nacional al marco comunitario *ad hoc*, se encuentra en fase de proyecto un Real Decreto por el que se completa el régimen jurídico para la utilización civil de sistemas

cabría aprovechar la experiencia reguladora de AESA en cuanto entendemos que debería resultar la autoridad de supervisión en el proceso de realización de los proyectos y realización de las pruebas, y que quedara plasmada en la “propuesta conjunta de regulación”, tras la entrega de los informes finales de evaluación de un proyecto, arts. 76.1 ALMS.

En realidad, hay que reconocer que la regulación sobre movilidad urbana no puede permanecer estática, en un espacio temporal no muy extenso, máxime cuando con mayor intensidad cada vez más se va a calificar de “automatizada”, por su consustancial necesidad de implementar progresivamente tecnologías emergentes como *blockchain*, *IoT* o IA. Cabría pensar en realizar pruebas de producto (UAS o VTOL) y, una vez testeados sus *performances* y demostrados casos de uso (también *updates* o *upgrades*), pasar a realizar la experimentación, antes de su “puesta en servicio” (si hablamos del suministro de un sistema de IA antes de su primer uso, *ex art.* 3.11 AIA) o en el marco de la integración en *U-Space*. Además, en el caso concreto de esta plataforma, también podría emplearse el “*sandbox*” para el desarrollo de los Reglamentos, como el de ejecución (UE) 2021/665 que determina que las zonas geográficas de UAS serán designadas por los Estados miembros (art. 1) que, en el caso español, probablemente, se asigne a ENAIRE⁹². Podemos anotar que ya se está experimentando en Alemania para implementar las áreas *U-Space*⁹³. En definitiva, se trata de marcos normativos en constante evolución; así se afirma en la exposición de motivos del ALMS. Por ello, el objetivo del ALMS es provocar mejoras normativas, como término final de los espacios controlados de pruebas mediante la propuesta conjunta de regulación⁹⁴.

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LOS ESPACIOS CONTROLADOS DE PRUEBA PREVISTA EN LA FUTURA LEY DE MOVILIDAD SOSTENIBLE

de aeronaves no tripuladas, y se modifican diversas disposiciones aeronáuticas civiles. En cuanto al uso (o abuso) de los Decretos-Leyes, puede consultarse Bercovitz (2021).

⁹² Sobre los problemas que pueden surgir a la hora de exigir distintas obligaciones (*responsibilities*) entre los Estados miembros, véase la interesante reflexión que plantea Scott, B. (2021: 74-75)

⁹³ El gobierno alemán planea designar las primeras zonas *U-Space* en 2023, gracias a la información recopilada en las pruebas realizadas con el *sandbox* de Hamburgo con la colaboración de la empresa *Droniq GmbH* (en cuanto USSP o proveedor de servicios espaciales U) y DFS *Deutsch Flugsicherung*, proveedor de servicios de navegación aérea alemana en 2021, noticia disponible en <https://www.safir-med.eu/use-of-german-U-Space-sandbox-experience>.

⁹⁴ Art. 76.1 segundo párrafo: Véanse también los arts. 75 a 78 ALMS sobre los pasos a seguir tras la conclusión de las pruebas y finalizado el proyecto hasta la publicidad del resultado normativo del espacio controlado de pruebas.

Resultará inevitable que, a pesar de las cautelas previstas en el protocolo y de la supervisión por parte de las autoridades, se produzcan distintos tipos de daños -personales y/o patrimoniales- durante el desarrollo de las pruebas⁹⁵. Los afectados podrían ser el propio promotor (con perjuicios de carácter económico), además de los participantes en cuanto destinatarios de las pruebas, como también terceros ajenos a dicho espacio, en la medida que el entorno de desarrollo de las mismas es la movilidad y transporte en entornos reales no segregados (aunque sí controlados) como campus universitarios, playas, aeropuertos, incluso ciertos espacios urbanos o interurbanos⁹⁶.

V.1. La evaluación y valoración de los riesgos

A tal efecto, el proceso de *evaluación y valoración de los riesgos* en estas pruebas resultará de suma importancia para la delimitación de la responsabilidad del promotor, básicamente, al erigirse como principal agente responsable en estas actividades potencialmente dañosas, de acuerdo al art. 64.2 ALMS⁹⁷, aunque no siempre será el único responsable, como justificaremos en el siguiente apartado.

Efectivamente, sin perjuicio de la aplicación de la normativa sectorial según el medio de transporte de que se trate, el ALMS especifica claramente la trascendencia de realizar una evaluación y valoración de los riesgos de las pruebas y la viabilidad de las mismas (*v.gr.* respecto a las pruebas introducidas afectadas por un “método común de seguridad”, art. 67.3 ALMS)⁹⁸. Así, a la hora de presentar la solicitud, debe hacerse

⁹⁵ Así se relata que ocurrió en febrero de 2022 cuando un prototipo eVTOL se estrelló durante un vuelo de prueba cerca de las instalaciones del fabricante, en una zona rural sin tener que lamentar víctimas al ser pilotado de forma remota y sin pasajeros a bordo. Como se explicó por parte de *Joby Aviation*, “los programas de pruebas de vuelo experimentales están diseñados intencionalmente para determinar los límites del rendimiento de las aeronaves, y los accidentes son, lamentablemente, una posibilidad”, <https://www.hispaviacion.es/el-prototipo-evtol-de-joby-aviation-sufre-un-accidente-durante-una-prueba-de-vuelo/>

⁹⁶ De otro modo, en el ámbito de las *tecnofinanzas*, el art. 12 Ley 7/2020 sólo se refiere a la posible responsabilidad contractual, dado lo improbable de irrogarse daños a terceros. Incluso cabe realizar ensayos de alcance limitado sin participantes (art. 3 k). Los participantes se definen como cada uno de los *usuarios* que, después de haber firmado el documento informativo único previsto en dicha Ley, deciden participar en una o varias pruebas, art. 3 g). Para consultar un resumen de esta Ley, con relación a los *sandbox* financieros, véase Tapia Salinas (2021: 55-82).

⁹⁷ Art. 64.2 ALMS: Los proyectos deberán contener las medidas de seguridad adecuadas para los participantes, las infraestructuras y el sistema de transportes en general, pudiendo ser inadmitidos en caso de observarse que el proceso de evaluación y valoración de los riesgos de dichas pruebas, así como las medidas de seguridad contempladas para la gestión de dichos riesgos no son suficientes. El cumplimiento de estas condiciones de admisión deberá hacerse constar motivadamente en la solicitud de admisión de conformidad con lo previsto en el Artículo 65.

⁹⁸ Conforme dispone el art. 67.3 ALMS, en estos supuestos, habrá que establecer la evaluación y valoración de los riesgos, las medidas mitigadoras y la identificación de los responsables de aplicarlas. Por ejemplo, en el ámbito de la industria ferroviaria, los métodos comunes de seguridad (CSM-RA) constituyen un marco respecto a un proceso de gestión de riesgos europeo de obligado cumplimiento para este sector del

constar una memoria justificativa de las medidas de mitigación y/o control de riesgos (art. 65.3.a y b)⁹⁹. De igual forma, debe hacerse constar que el régimen de garantías contratado por el promotor para cubrir la responsabilidad de los participantes y terceros por el desarrollo de las pruebas (conforme al art. 71), precisará ser “proporcional a los posibles riesgos y daños ocasionados por el desarrollo del proyecto”, art. 67.2.f). Asimismo, se prevé un sistema específico de protección de los participantes (denominado en sentido genérico “garantías”), proporcionado al nivel de riesgo del proyecto, en materia de protección de datos y de los usuarios de servicios de transporte, *ex art.* 67.4 ALMS¹⁰⁰. Esta información deberá aportarse a todo participante en una prueba de un proyecto piloto autorizado en materia de movilidad, a la hora de firmar el consentimiento informado, art. 69.1 ALMS¹⁰¹.

En el marco de la movilidad aérea urbana, se está preparando el campo para escenarios realistas, donde se intenta que el riesgo asumido sea menor, que fuera del *sandbox*. Por ejemplo, planificando aerovías o corredores que sobrevuelen vías navegables, playas, zonas interurbanas o campus universitarios, opciones que comienzan a materializarse expuestas *supra* en el apartado II.2 de este estudio. Con probabilidad, el promotor, en cuanto responsable principal en el entorno de las pruebas, como explicamos a continuación (arts. 73.1 y 2.2 h) ALMS), debería también coordinarse con otros operadores del espacio aéreo ajenos al *sandbox* y prever (gestionando) posibles entradas de estos agentes externos y escenarios de emergencia que puedan producirse. Entendemos que, igualmente, habrá de ser responsable de controlar, mantener y utilizar las herramientas oportunas para proteger el escenario exterior a la zona de pruebas de posibles riesgos asociados. A tal efecto, cada aeronave implicada deberá de estar dotada

transporte, como se explica en el documento “¿Qué son y cuándo se aplican los *Common Safety Methods* o Métodos Comunes de Seguridad (CSM-RA)?”, 25.05.2020 <https://www.leedeo.es/l/que-son-los-common-safety-methods-csm-ra-metodos-comunes-de-seguridad/>

⁹⁹ El art. 62.3 ALMS dispone que: “En caso de que las pruebas introducidas se vean afectadas por un método común de seguridad para la evaluación y valoración de los riesgos, será necesario establecer dicha evaluación y valoración, las medidas mitigadoras y la identificación de los responsables de aplicarlas, así como las condiciones de uso en caso de ser necesarias”.

¹⁰⁰ Art. 67.4 ALMS: “En el protocolo se establecerán todas las cautelas necesarias para garantizar en cada prueba un sistema específico de protección de los participantes que sea proporcionado al nivel de riesgo del proyecto, conforme a los objetivos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos y protección de los usuarios de servicios de transporte. A tal efecto, el régimen de garantías podría incluir un seguro de responsabilidad civil, aval bancario, seguro de caución u otra equivalente, adecuada a la naturaleza del proyecto, de acuerdo con lo previsto en la sección 2ª del presente Capítulo”.

¹⁰¹ En concreto, la información ha de venir referida a la evaluación y valoración de los riesgos, así como las medidas mitigadoras, condiciones y restricciones de uso y los responsables de aplicar dichas medidas, como determina el art. 69.1 ALMS.

de sistemas y equipos integrados para que, de forma uniforme, aseguren la contención de todos los vehículos dentro del volumen del *sandbox*. El nivel de robustez debería ser el suficiente para evitar que la probabilidad de que cualquier aeronave abandone el volumen operacional sea inferior a 10⁻⁴ (SORA). En cualquier caso, se trataría de evitar sobrevolar por encima de concentración de personas (categoría certificada), aunque el transporte de mercancías peligrosas (como muestras de pruebas médicas infectadas) o el transporte de personas clasificaría el vuelo también en categoría certificada¹⁰².

IV.2. Agentes implicados en el desarrollo de las pruebas

El ALMS dedica un precepto central a regular la “responsabilidad”, como así rubrica al art. 71¹⁰³. Además, incluye en otros apartados ciertas previsiones legales. En

¹⁰² Los niveles de riesgo se fijan según la clasificación SORA (*specific operations risk assessment*), parámetro SAIL (*specific assurance and integrity level*). A partir de III, los requisitos son mucho más exigentes para todos los agentes implicados. Respecto a las fuentes reguladoras en la que se basa la determinación de los niveles de riesgo, podemos citar EASA, *Easy Acces Rules for Unmanned Aircraft Systems (Regulations)* (EU) 2019/947 and (EU) 2019/945, pp. 37-49, actualizada a través de *ED Decision 2020/022/R*, https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/explanatory_note_to_ed_decision_2020-022-r.docx_0.pdf; Véase también el NPA (Aviso de modificación propuesta) 2021-09 para modificar el art. 11 Reglamento 2019/947 y sus AMC (Medios aceptables de cumplimiento) /GM (material de orientación), así como el art. 40 del Reglamento 2019/945. Sobre la diferenciación entre los niveles de riesgo en función de las categorías operacionales que existen en materia de drones, nos remitimos a Bustos Moreno (2021: 897, 912-916). Respecto a la evaluación del riesgo en categoría específica usando el proceso SORA, o evaluaciones de riesgo predefinidas (PDRA), un escenario estándar o la certificación de LUC, claramente quedan explicadas en <https://flying-uas.com/es/mission-categories/specific-category/> (3-3-22). No obstante, en *U-Space*, el método que mide el nivel de riesgo se denomina MEDUSA o *Methodology for the U-Space Safety Assessment*, véase al respecto CORUS *U-Space Concept of Operations* SESAR UTM <https://www.sesarju.eu/sites/default/files/documents/u-space/CORUS%20ConOps%20vol2.pdf> (3-3-22).

¹⁰³ Art. 71 ALMS: “Responsabilidad.

1. Los daños personales o patrimoniales causados a los participantes como consecuencia del desarrollo de las pruebas, incluso los debidos a fallos técnicos o humanos, serán indemnizados por el promotor con arreglo al régimen de garantías que se haya establecido en el protocolo.

Las autoridades que intervengan durante el desarrollo de las pruebas no serán responsables de los posibles daños y perjuicios que pudieran originarse.

2. A los efectos de lo previsto en este artículo se presumirá, salvo prueba en contrario, que los daños y perjuicios que afecten a los participantes se han producido como consecuencia de su participación en la prueba.

No obstante, no serán resarcibles los eventuales daños y perjuicios que pudieran generar a los participantes la interrupción o la finalización de las pruebas por el promotor por los motivos previstos en el Artículo 74.

3. En el caso de daños ocasionados a terceros ajenos al espacio de pruebas que no estén cubiertos por el régimen de garantías previsto en el protocolo, si se acredita el cumplimiento del mismo y que el daño no resulta imputable exclusivamente al promotor o a la autoridad o autoridades de supervisión involucradas en la prueba, se presumirá la existencia de una concurrencia de culpas entre el promotor, la autoridad o autoridades de supervisión involucradas y, en su caso, el causante del daño. En este último caso, la responsabilidad será solidaria”.

los arts. 67.1.f)¹⁰⁴ y 73 ALMS¹⁰⁵ se contienen referencias parciales que nos ayudarán a interpretar las especialidades aplicables a los proyectos piloto de innovación en movilidad. La regulación prevista en el ALMS siempre deberá ponerse en conexión con los regímenes ya vigentes en cada uno de los medios de transporte de que se trate, sin perjuicio de afirmar que nuestro interés se centra en estos momentos en la experimentación de los entornos aéreos.

Partiendo de tales premisas, debe destacarse la intervención del *promotor* y el *participante* entre los sujetos intervinientes en las pruebas sobre innovación en movilidad previstas en el ALMS. En concreto, sobre el *promotor* se hace recaer la responsabilidad con referencia al cumplimiento de lo contemplado por la Ley (actualmente en fase de anteproyecto) y demás normativa aplicable, en los términos del protocolo de pruebas¹⁰⁶. A este respecto, se determina que es el responsable del desarrollo del proyecto, arts. 73.1 y 2.2 h) ALMS. Como indicamos previamente, los proyectos de innovación en movilidad aérea urbana, probablemente, giren en torno al proceso de implementación de *U-Space*. Por lo tanto, cabe pensar que el rol de “promotor” no recaiga necesariamente en una sola persona física o jurídica privada exclusivamente, sino más bien se planificará la oportunidad de actuación en régimen de consorcio.

¹⁰⁴ Art. 67.2. 2 ALMS: “En dicho protocolo, que se suscribirá entre el promotor y la Oficina, se establecerán los términos y condiciones conforme a los que se desarrollarán las pruebas del proyecto, las limitaciones a las que queda sujeta la actividad que se va a desarrollar en el espacio controlado de pruebas y cualquier otro aspecto relevante para su ejercicio, incluyendo, entre otras cuestiones: f): El régimen de garantías para cubrir su eventual responsabilidad conforme a lo previsto en el Artículo 71. En el protocolo se definirá, de acuerdo con las características de cada proyecto, la determinación del régimen de responsabilidades, y se analizará la inclusión en relación con dicho régimen, de un seguro de responsabilidad civil o cualquier otra garantía, como pudiera ser aval bancario, seguro de caución u otra equivalente, que sea proporcional a los posibles riesgos y daños ocasionados por el desarrollo del proyecto”.

¹⁰⁵ Artículo 73 ALMS: “Seguimiento de las pruebas.

1. La autoridad de supervisión que sea designada responsable del seguimiento de la prueba según lo previsto en el Artículo 66 de esta ley, si lo considera necesario, podrá designar a una o a varias personas para que lleven a cabo el seguimiento de las pruebas que integran el proyecto piloto. Ello se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 71 sobre la responsabilidad exclusiva del promotor por el cumplimiento de lo contemplado en esta ley y demás normativa aplicable, así como de los términos del protocolo de pruebas.

En caso de que se haya designado a más de una autoridad supervisora, todas ellas podrán, si lo consideran necesario, designar a una o varias personas para llevar a cabo un seguimiento más directo a efectos de lo previsto en este artículo.

2. Durante la realización de las pruebas se establecerá un diálogo continuo entre el promotor y la autoridad de supervisión, que podrá emitir indicaciones escritas a fin de cumplir con lo dispuesto en el protocolo y en esta ley. Asimismo, la autoridad de supervisión podrá instar modificaciones del protocolo mediante escrito motivado en el que se razone la necesidad de dichas modificaciones para el buen desarrollo de las pruebas y que, para hacerse efectivo, deberá contar con la conformidad del promotor”.

¹⁰⁶ De otro modo, como ya hemos señalado, en el proyecto de la AIA, los *participants* son los que asumen la responsabilidad en caso de irrogarse daños a terceros como resultado de la experimentación realizada en el espacio controlado de pruebas, art. 53.4.

Cuando el promotor sea el operador de la aeronave, se le considera el principal sujeto responsable en caso de irrogarse daños a terceros en la medida que asume el control o dirección de la navegación (técnica y legal), quien explota o utiliza uno o varios UAS (arts. 3.13 Reglamento 2018/1139; 2.2 Reglamento 2019/947; 3.4 Reglamento 2019/945). Ante los posibles riesgos por falta adecuada de identificación del operador, el legislador comunitario se ha ocupado de regular exhaustivamente la obligación de registro de los mismos y de sus pólizas de seguro de responsabilidad civil (arts. 56.7 Reglamento 2018/1139 y 14 Reglamento 2019/947)¹⁰⁷.

En cuanto que el promotor asume el riesgo del “*proyecto en innovación en movilidad*”, se declara, en distintos apartados del ALMS la imposibilidad de ser resarcido por el participante ante su desistimiento en las pruebas (art. 70.2 ALMS), ni tampoco por parte de la Administración o autoridad encargada de la supervisión ante “los daños o pérdidas patrimoniales resultantes de su participación en el espacio controlado de pruebas”, ex art. 71.5 ALMS.

La Administración se ocupará de la actuación *supervisora* (autoridad de supervisión ex art. 71.3 ALMS¹⁰⁸), pudiendo ser responsable por culpa *in vigilando*, como se ha pronunciado la jurisprudencia en ocasiones¹⁰⁹. Y a pesar de insertarse en el ALMS repetidamente la cláusula de estilo de “exclusión de su responsabilidad” (arts. 67.2.g) y 71.1 2º párrafo y apartado 5), que la doctrina administrativista viene considerando de carácter nula¹¹⁰. Asimismo, la Administración podría asumir el rol de promotor, como *autoridad interesada* en los proyectos de interés general (arts. 2.2.k y 65.1 ALMS¹¹¹), incluso ser responsable a nivel municipal, en cuanto a funciones atribuidas de ordenación urbanística en el propio ayuntamiento donde se estuvieran realizando las pruebas sobre movilidad, como ya hemos expuesto. Igualmente, debemos contar con la participación de ENAIRE¹¹² en cuanto a la necesaria provisión de los servicios de gestión e información

¹⁰⁷ Para una explicación detallada de la responsabilidad del operador de UAS, así como la de los pilotos a distancia y los observadores u otros agentes causantes de los daños, así como en caso de interferencias ilegales, nos remitimos a nuestra obra Bustos Moreno (2021: 932-942).

¹⁰⁸ Para consultar el texto del art. 71.3 ALMS, véase la nota 103.

¹⁰⁹ Existe jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial de la administración aplicando la *culpa in vigilando*, relacionada con supuestos de defectuosa “*inspección*”: STSJ Aragón 15-2-1999; STS 25-1-1992; STC 112/2018; SAN 24-6-2019, que comenta González Varas (2022: 42-43).

¹¹⁰ Entre otros, Martínez Gutiérrez (2012: 306-309).

¹¹¹ Art. 65.1. Las solicitudes de admisión al espacio controlado de pruebas se presentarán por los promotores o, en el caso de proyectos de interés general, a instancias de una autoridad interesada.

¹¹² ENAIRE es la Entidad Pública Empresarial gestora de la navegación aérea en España y el Sahara Occidental, certificado para la prestación de servicios de control de ruta, aproximación y aeródromo. Es decir, es el gestor nacional de la navegación aérea y proveedor oficial de la información aeronáutica en España. De otro modo AENA, pasó a ser sociedad mercantil por lo que, en caso de participación en estas

en materia de navegación aérea, trascendentales en el ámbito de *U-Space* y, por lo tanto, también cuando se desarrolle un proyecto de innovación en movilidad aérea urbana¹¹³.

Como persona distinta al promotor y destinataria de la prueba, se sitúa el *participante* que es quien decide intervenir en el proyecto a fin de obtener algún tipo de “beneficio o asume un riesgo” (dependiendo del tipo de ensayo), y se diferencia del *tercero ajeno* a las pruebas¹¹⁴. En cuanto persona “usuaria” ha de “manifestar expresamente su consentimiento para participar libremente en dicha prueba” *ex art. 69.1 ALMS*. A fin de que dicho consentimiento parta de un conocimiento previo de todos los extremos relevantes sobre el desarrollo del proyecto piloto, se especifica en dicho precepto el contenido del consentimiento informado. Por otro lado, el art. 71 declara, respecto al *derecho de desistimiento*, que: “1. En todo momento, un participante tendrá derecho a poner fin a su participación en una prueba conforme al régimen de desistimiento contemplado en el protocolo de pruebas”.

No obstante, la prestación del consentimiento no le va a impedir poder ser resarcido si se cumplen los presupuestos de la responsabilidad civil. ¿Cabría que el participe fuera el operador del dron o, con mayor seguridad, el usuario del futuro medio de transporte en fase experimental? Se barajan distintas hipótesis que, de momento, no pueden ser opciones reales hasta que se apruebe la futura Ley, se publiquen las convocatorias respectivas y se conozcan los incentivos económicos o ventajas en términos de I+D+i¹¹⁵. Piénsese, en un pasajero a bordo de aeronaves eléctricas (los denominados taxis aéreos), de momento, con (y más adelante “sin”) tripulación a bordo de los aparatos que terminan cayendo, provocando graves daños, incluso el fallecimiento de las víctimas. En cuanto que asume “*un riesgo en relación con un proyecto piloto de innovación en movilidad*”, habrá que estar al contenido del protocolo y a la aplicación

pruebas experimentales, se aplicaría el derecho privado para determinar su posible responsabilidad civil si pudiera resultar responsable, ya no de carácter patrimonial de la Administración, en virtud de la disp. Trans. 3º RDL 13/2010, y competente el orden jurisdiccional civil, como ya justifiqué en Álvarez Lata y Bustos Moreno (2014: 1009-1010)

¹¹³ Pensemos que el proveedor de servicios *U-Space* deberá realizar el análisis de riesgos de todos los corredores por donde vayan a volar los drones a través del método MEDUSA (*vid.* nota 102). Una explicación detallada de los distintos agentes implicados para aportar los servicios *U-Space*, en virtud del Reglamento de Ejecución (UE) 2021/664, puede encontrarse en Díaz Díaz (2021: 101-120). Con relación a la evolución legislativa previa, González Botija (2018: 375-397). Respecto a la posible responsabilidad de estos proveedores de servicios, véase Konert, A. y Kotliński, M. (2020).

¹¹⁴ Sobre el concepto de tercero perjudicado y persona no participante, en materia de drones y responsabilidad civil, véase Bustos Moreno (2021: 929-932). De los daños causados a los terceros ajenos al espacio de pruebas nos ocupamos en el epígrafe IV.3.

¹¹⁵ Cabría pensar en abonar costes de la demostración u otorgar horas de vuelo “gratis”, como se ha ofertado en el *sandbox* del Reino Unido.

del régimen general de responsabilidad (civil o patrimonial de la Administración, en caso de intervenir-coparticipar ésta en el *sandbox*), a los efectos de poder determinar su derecho de indemnización (*ex art. 71.1 y 4 ALMS*), en los términos que exponemos a continuación.

IV.3. Criterios y presupuestos de responsabilidad civil. Los daños causados a los “participantes” y a “terceros ajenos” en las pruebas sobre movilidad aérea urbana

Es posible que durante la ejecución de las pruebas que integren un proyecto sobre innovación en movilidad urbana, los participantes o terceros ajenos al mismo sufran algún daño, pese a haberse adoptado las medidas de mitigación y/o control de riesgos que exige el ALMS (art. 65.3.a y b) y la propia normativa sectorial, como hemos justificado¹¹⁶. Ante dicha hipótesis, el art. 71 ALMS dispone (en algunos puntos con una redacción que deberá pulirse, esperemos que durante su tramitación parlamentaria) acerca de los criterios y presupuestos, pensando, parece ser, en la más habitual responsabilidad civil del promotor, en cuanto sujeto privado¹¹⁷.

De una forma un tanto confusa, el art. 71.1 declara el derecho a la indemnización de los participantes por parte del promotor “con arreglo al régimen de garantías” establecido en el protocolo¹¹⁸. Se trata de la misma inexactitud recogida en el art. 71.3, con relación a la responsabilidad extracontractual, cuando se refiere a los daños “que no estén cubiertos por el régimen de garantías previsto en el protocolo”, como ya hemos justificado. Y es que no está de más precisar que no se debe confundir el mínimo de la cobertura aseguraticia preceptiva en los seguros de responsabilidad civil¹¹⁹, frente al techo indemnizatorio máximo previsto legalmente¹²⁰, como ocurre en materia de navegación aérea y UAS al aplicar el régimen de responsabilidad objetiva limitada¹²¹.

¹¹⁶ El art. 62.3 ALMS dispone que: “En caso de que las pruebas introducidas se vean afectadas por un método común de seguridad para la evaluación y valoración de los riesgos, será necesario establecer dicha evaluación y valoración, las medidas mitigadoras y la identificación de los responsables de aplicarlas, así como las condiciones de uso en caso de ser necesarias”.

¹¹⁷ No obstante, la Administración también podría responder, como hemos expuesto en el epígrafe anterior.

¹¹⁸ Ante dicha imprecisión reflejada en el texto, cabe recordar que el derecho a la indemnización de la totalidad de los daños cuantificados, es independiente de la cobertura contratada en la póliza, al respecto, véase el comentario realizado por Gómez Ligüerre, *CCJC*, 115/2021.

¹¹⁹ Si hablamos de daños a terceros producidos por UAS, donde existe obligación de asegurar la responsabilidad civil en virtud del art. 127 LNA, art. 26 c) RD 1036/2017 (220.000 DEG para UAS de menos de 20 kg) y art. 7 del Reglamento (UE) 785/2004 (750.000 DEG para UAS de 20 kg o más MMD).

¹²⁰ Como acertadamente advierte Medina Crespo, con motivo de la STS de 17 de mayo de 2019, del caso *Spanair*, 2019: 50.

¹²¹ En el primer nivel de responsabilidad extracontractual, la responsabilidad es de carácter limitada: hasta 500 kg. 220.000 MTOM, conforme al art. 119 LNA. Ya pusimos de relieve la falta de adaptación de este criterio a los posibles daños causados con drones, así como a las coberturas aseguraticias pensadas inicialmente solo para la aviación tripulada, como también en su momento realizara Guerrero Lebrón (2018: 23). Véase nuestra propuesta *de lege ferenda* que parte de la actual clasificación por categorías

Asimismo, en caso de daños a pasajeros en supuestos de actividades por riesgo, como es la navegación aérea, se aplica el criterio de plena indemnidad, en la que no existen límites indemnizatorios, que recientemente ha vuelto a recordar el TS en la sentencia de 21 de diciembre de 2021¹²².

En puridad, a nuestro entender, lo que se quiere indicar en el art. 71.1 ALMS es que la indemnización se definirá conforme al *régimen de responsabilidad* aplicable al proyecto concreto¹²³. Dentro de este contexto, de forma mucho más precisa, el art. 12 del Decreto-Ley portugués n. 67/2021, de 30 de julio remite expresamente al Código civil y otros regímenes aplicables¹²⁴. No obstante, los criterios y obligaciones legales impuestos en las disposiciones que amparan la realización controlada y delimitada de los espacios controlados de pruebas del ALMS, así como las características propias de cada proyecto, servirán para medir el nivel de diligencia exigido, conforme al riesgo asumido¹²⁵.

Respecto a los elementos objetivos de la responsabilidad, cabe precisar que, cuando se aborda en el art. 71.1 ALMS la responsabilidad civil del promotor del proyecto frente a los participantes en las pruebas, se declara de forma general que los daños previstos son los de carácter personal y patrimonial¹²⁶. En general, “*todos los daños derivados directamente de su participación*”, art. 71.4 ALMS, sin realizarse ninguna exclusión como por el contrario sí procede el art. 12.3 de la Ley 7/2020¹²⁷. El hecho

operacionales de la normativa UE, en Bustos Moreno (2021: 912-916, en particular, 912, nota 98). Hasta donde tenemos conocimiento, partiendo del último documento publicado sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se completa el régimen jurídico para la utilización civil de sistemas de aeronaves no tripuladas, no se ha corregido, a pesar de ser viable en virtud de la habilitación normativa prevista en la nueva disposición final 2ª de la LNA.

¹²² Respecto a la indemnización por muerte y lesiones corporales de los pasajeros causados en accidentes producido a bordo de una aeronave, en la última de las resoluciones dictadas con ocasión del accidente de la compañía aérea *Spanair*, RJ 2022/108. Si se realizaran pruebas con pasajeros, cabe precisar que en materia de transporte aéreo no siempre se percibe con claridad el régimen atributivo de responsabilidad del transportista aéreo por los daños causados a los pasajeros (contenido en el Convenio de Montreal y aplicable en el caso -por extenderlo al mismo- el Reglamento (UE) de 13 de mayo de 2002), frente al régimen valorativo cuantificador, donde se viene aplicando el Baremo de Tráfico, así lo aclaró Medina Crespo (2020: 50).

¹²³ Como explicamos *supra* respecto a la remisión expresa (y en ocasiones tácita) que realiza el ALMS a la normativa sectorial vigente.

¹²⁴ Normativa disponible en <https://www.ani.pt/en/knowledge-valorization/interface/free-zones-for-technology-framework-for-regulatory-andboxes/#:~:text=The%20Free%20Zones%20for%20Technology,manner%2C%20with%20the%20support%20and>.

¹²⁵ El último inciso del art. 71.3 ALMS indica: “*Sin perjuicio de lo anterior, en cada protocolo se establecerá de qué manera operará cada supuesto de responsabilidad*”.

¹²⁶ Salvo que se trate de aplicación de la responsabilidad patrimonial de la administración en virtud del carácter público del promotor.

¹²⁷ El inciso 4 del art. 71 ALMS está claramente inspirado en el art. 12.3 de la Ley 7/2020. En el ámbito financiero previsto por dicha Ley, se especifica además que “no se considerarán daños las pérdidas que deriven de la fluctuación de los mercados conforme a lo establecido para cada caso en el correspondiente protocolo”.

dañoso queda claramente delimitado: ha de proceder del “desarrollo de las pruebas” o en caso de provenir de la interrupción o finalización anticipada del proyecto, únicamente en ciertos supuestos que exponemos *infra* (art. 71.1. primer párrafo y 74.1). Las pruebas se definen como “cada uno de los ensayos de alcance limitado, según lo previsto en el protocolo”, art. 2.2.1) ALMS.

Cuando se trata de regular los *daños causados a los participantes* en las pruebas (art. 71.1 primer párrafo del ALMS), el criterio de imputación resulta ser, a nuestro entender, *cuasi-objetivo* o por riesgo, en función de la literalidad del art. 71.1 primer párrafo ALMS¹²⁸. En concreto, dicho precepto determina que los daños personales o patrimoniales causados a los participantes “incluso los debidos a fallos técnicos o humanos”¹²⁹ serán indemnizados por el promotor; se prejuzga consecuentemente que también responderá en caso de culpa o negligencia, sin perjuicio de la cobertura preventiva que hubiera contratado para cubrir su eventual responsabilidad; cuestiones que siempre deben ser delimitadas adecuadamente (responsabilidad *versus* aseguramiento), como se aborda en las sentencias del TS dictadas en el caso *Spanair* (*v.gr.* reciente STS 21 de diciembre de 2022¹³⁰).

Se parte de una presunción *iuris tantum* de causación de los daños y perjuicios provocados al participante por su participación en la prueba. No obstante, si los mismos se han irrogado al concurrir la hipótesis legal de *interrupción o finalización de las pruebas por el promotor*, por los motivos previstos en todo el art. 74 ALMS, se excluye su resarcimiento; formulación que requiere de cierta matización por nuestra parte¹³¹.

¹²⁸ Como la califica Tapia Hermida (2020: 16) con motivo de la similar redacción del art. 12.1 de la Ley 7/2020. Si bien, en dicho precepto se diferencia entre la posible imputación subjetiva o por culpa frente a la imputación *cuasi-objetiva* o por riesgo en el caso de “daños derivados de fallos técnicos o humanos durante el transcurso de las pruebas”. En cuanto a la normativa que posiblemente se aplicaría a pasajeros (participantes) dañados con relación a la responsabilidad del operador aéreo, Karner, E. y Koch, B.A. (2020: 91-92).

¹²⁹ Sobre este criterio de imputación en materia de drones, véase Bustos Moreno (2021: 936-949).

¹³⁰ RJ 2022/108.

¹³¹ Artículo 74. “Interrupción de las pruebas.

1. En cualquier momento del desarrollo de las pruebas, el proyecto piloto en su conjunto o cualquiera de las pruebas podrán ser interrumpidos o darse por finalizados motivadamente por la autoridad o autoridades de supervisión si se incumplen los términos y condiciones del protocolo que rige la prueba o cualquier otra norma o regulación aplicable que no haya sido excluida o limitada por el protocolo a los efectos del espacio controlado de pruebas. Asimismo, el proyecto piloto o cualquiera de las pruebas podrán interrumpirse o darse por finalizados motivadamente en caso de que la autoridad o autoridades de supervisión aprecien manifiestas deficiencias o eventuales riesgos para la seguridad del sistema de transportes y sus infraestructuras o la protección a los participantes o de los usuarios de otros servicios de transporte o movilidad.

En los supuestos previstos en el párrafo anterior, la resolución motivada de interrupción del proyecto piloto o de las pruebas pondrá fin a la vía administrativa.

A este respecto, entendemos que la remisión debe realizarse únicamente al apartado segundo del art. 74: cuando existieran “razones técnicas o por cualquier otro motivo justificado”, que es cuando verdaderamente no procedería la indemnización por fuerza mayor o caso fortuito. Tampoco serían indemnizables los eventuales daños y perjuicios que pudieran generar a los participantes cuando el proyecto piloto o cualquiera de las pruebas se hubieran interrumpido o las mismas se dieran por finalizadas motivadamente, esto es, “en caso de que la autoridad o autoridades de supervisión aprecien manifiestas deficiencias o eventuales riesgos para la seguridad del sistema de transportes y sus infraestructuras o la protección a los participantes o de los usuarios de otros servicios de transporte o movilidad”, como se extrae del segundo párrafo del art. 74.1 ALMS.

Por el contrario, el promotor sí debería compensar al sujeto participante, si los perjuicios derivados de la interrupción o finalización anticipada del proyecto piloto en su conjunto, o cualquiera de las pruebas (ordenada mediante resolución motivada de la autoridad), proviniesen de su *incumplimiento del protocolo* o si, a nuestro entender, apreciara la autoridad supervisora que las “manifiestas deficiencias o eventuales riesgos para la seguridad” fueran atribuibles al promotor, en cuanto responsable del proyecto, *ex art. 74.1 2º párrafo ALMS*.

En el caso de daños ocasionados a *terceros ajenos al espacio de pruebas*, la responsabilidad extracontractual (o patrimonial de la Administración) se puede ordenar en distintos escenarios o niveles, a la vista de la redacción del actual art. 71.3 ALMS¹³². En un primer momento, se parte de la presunción de causación de los daños a cargo del promotor, en cuanto responsable del proyecto, dado que asumirá el control último del cumplimiento de los términos del mismos (*vid.* también art. 73 ALMS). Claro está, siempre que se pueda determinar la relación de causalidad sobre su intervención en el hecho dañoso. Luego, habrá que estar al régimen de responsabilidad aplicable a cada promotor para conocer el criterio de imputabilidad. Dependerá de su carácter público o privado y, en este caso, del sector de transporte de que se trate, aunque no se desarrolle

2. Los promotores podrán interrumpir o dar por finalizados el proyecto piloto o cualquiera de las pruebas por razones técnicas o por cualquier otro motivo justificado que, comunicado a la Oficina y trasladado para su aprobación a la autoridad o autoridades de supervisión, impida su continuación o cuando, conforme a lo previsto en el protocolo, hayan alcanzado los objetivos fijados para dichas pruebas”.

¹³² Puede consultarse el texto del art. 71.3 ALMS en la nota 103.

una actividad o servicio de transporte como tal, sino de innovación en movilidad, interpretación que se desprende de los arts. 67.1.f), 71.3 1ª¹³³ y 71.3, *in fine*¹³⁴.

En el caso de la movilidad aérea urbana, cuando las circunstancias del hecho dañoso nos reenviaran a la LNA¹³⁵, se aplicaría en primer lugar un régimen de responsabilidad objetiva, limitada y con obligación de aseguramiento¹³⁶. Sin embargo, en un segundo estadio, si se puede probar la actuación culposa del agente, y el importe de los daños supera los límites indemnizatorios fijados legalmente, entonces, deberá indemnizarse la totalidad de los perjuicios, en función del criterio cuantitativo de valoración aplicable¹³⁷. Nos encontramos ante un criterio de imputación por riesgo, *ex art.* 1902 CC (sin llegar a exigir la culpa grave o dolo prevista en el art. 121 LNA), al amparo de la interpretación jurisprudencial elaborada en ciertos sectores como la navegación aérea¹³⁸. En este marco de actuación, defendemos la elevación proporcionada de los estándares de diligencia exigibles, en función de la categoría operacional que vuele la aeronave¹³⁹. Asimismo, si los daños se irrogan durante el desarrollo del *sandbox*, resultará crucial analizar el grado de incumplimiento del protocolo¹⁴⁰.

Por último, debemos referirnos a la hipótesis de concurrencia causal en el hecho dañoso. En los espacios controlados de pruebas, conforme al contenido del protocolo, cabe pensar que cada sujeto tiene sus propias atribuciones bien delimitadas. Sin embargo,

¹³³ Ya hemos anotado que se debería indicar en el art. 71.1 primera frase ALMS: daños ocasionados a terceros ajenos al espacio de pruebas que no estén cubiertos por el régimen de *responsabilidad* previsto en el protocolo, en lugar de como se expresa actualmente: “daños ocasionados a terceros ajenos al espacio de pruebas que no estén cubiertos por el régimen de garantías previsto en el protocolo”.

¹³⁴ Cuando determina que: “Sin perjuicio de lo anterior, en cada protocolo se establecerá de qué manera operará cada supuesto de responsabilidad”.

¹³⁵ No obstante, también cabría la aplicación del Convenio de Roma dependiendo de donde se hubiera registrado la aeronave. Sobre las diferencias entre ambos regímenes de responsabilidad en cuanto a las indemnizaciones que recibirían las víctimas, nos remitimos a Guerrero Lebrón (2018: 89).

¹³⁶ Ampliamente explicado en Bustos Moreno (2021: 906-916). Respecto al régimen aplicable en otros países, Karner y Koch (2020: 95-109).

¹³⁷ Como precisó acertadamente Medina Crespo con relación al comentario de la STS de 17 de mayo de 2019, 2020. Sobre los problemas relacionados con la prueba en materia de drones, nos remitimos a Bustos Moreno; Karner y Koch (2020: 35-36).

¹³⁸ Este criterio de imputación aplicado a los drones lo tratamos en Bustos Moreno 2021: 916-921.

¹³⁹ Bustos Moreno (2021: 912-917).

¹⁴⁰ La jurisprudencia ha establecido también el criterio de los estándares de seguridad exigibles, lo que significa que para que un daño resulte antijurídico deberá superar los estándares exigibles de seguridad, entre otras, STS de 29 de octubre de 1998, FJ 4º.

en la práctica, los daños causados probablemente deriven de un supuesto de *concausas*¹⁴¹, donde no resulte posible determinar el grado de participación de cada agente implicado¹⁴². Pensemos en una hipótesis en la que confluyen distintas circunstancias, como la inadecuada planificación urbana al señalar la zona de aterrizaje de un dron o incorrecta instalación provisional de un vertipuerto experimental por parte de la entidad municipal, unido a la defectuosa información meteorológica, o trazado del corredor en el que un dron termina colisionando con una aeronave tripulada (o impactando sobre la superficie), al fallar también algún componente o *software*¹⁴³. Recordemos que en el *sandbox* se trata también de experimentar productos que todavía no se encuentran puestos en circulación o, más exactamente, “puestos en servicio”.

En estos casos, mediante una especie de *cláusula residual de cierre*, finaliza el art. 71.3 ALMS estableciendo la responsabilidad solidaria expresa “entre el promotor, la autoridad o autoridades de supervisión involucradas y, en su caso, el causante del daño”¹⁴⁴. En defecto de dicha solución propuesta legalmente, cuando no es posible individualizar las respectivas responsabilidades, frente a estos sujetos responsables se aplicaría el criterio jurisprudencial consolidado de la “solidaridad impropia” u obligación *in solidum*, con notables diferencias respecto a la responsabilidad solidaria expresa, como es conocido.

V.4. Las garantías financieras y el seguro de responsabilidad civil

En varios apartados del ALMS se hace referencia a las *garantías* en el marco de los espacios controlados de pruebas, aunque no siempre se emplea con el mismo significado. Por un lado, se utiliza esta acepción de un modo genérico, en el sentido de alcanzar la seguridad o las cautelas a adoptar, así como conseguir un régimen de protección adecuado. Es el caso de la enumeración de uno de los principios rectores aplicables al espacio controlado de pruebas para la movilidad recogido en el art. 61.2

¹⁴¹ Más que entender una presunción de “conurrencia de culpas”, como expresa el art. 71.3 ALMS. La concurrencia de la *culpa de la víctima* es un factor de reducción (según la contribución causal de las conductas concurrentes en la producción del daño) o de exclusión de la cuantía indemnizatoria, por interrupción del nexo causal, como expusimos en Bustos Moreno (2021: 931).

¹⁴² A su vez, podríamos encontrarnos en el caso, ciertamente extraño, de imputabilidad exclusiva de otro agente en la causación del daño, distinto del participante o el promotor. Sobre la incertidumbre causal en materia de drones, Karner, E. y Koch, B.A. (2020: 35-36). Respecto a la interrupción del nexo causal en materia de navegación aérea y casos de fuerza mayor extrínseca/ intrínseca nos remitimos a Bustos Moreno (2003), y como obra de reciente publicación, Morsello, M.F. (2020: 184-191).

¹⁴³ Sobre la responsabilidad civil en caso de *mid-air collision* de drones y aviación tripulada, véase Bustos Moreno (2021: 926-929).

¹⁴⁴ El art. 33 LRJSP solo refiere en caso de fórmulas conjuntas de actuación entre varias administraciones pública, que resultará menos probable en el supuesto en los *sandboxes* regulatorios.

ALMS. Se determina en dicho precepto “la contribución a que la garantía del derecho a la movilidad sea efectiva” y la rúbrica de la sección 2º del Título V se refiere al “régimen de garantías y protección de los participantes” regulando cuestiones sobre consentimiento informado y desistimiento del participante (arts. 69 y 70), la norma sobre responsabilidad ya analizada (art. 71), la garantía de confidencialidad (art. 72) y las funciones de la autoridad de supervisión en el seguimiento, interrupción o finalización anticipada de las pruebas (arts. 73 y 74 ALMS¹⁴⁵).

De forma más exacta y en su sentido estricto, acertadamente el art. 67.1.f) distingue entre el régimen de responsabilidad, frente a las *garantías* que sirven para cubrir la eventual responsabilidad del promotor “conforme a lo previsto en el Artículo 71”¹⁴⁶. Sin embargo, como ya hemos explicado, el *seguro de responsabilidad civil* cuando el promotor sea un operador aéreo, se rige por sus propias normas¹⁴⁷. Las garantías financieras cubren la responsabilidad o el incumplimiento por parte del deudor causante de los perjuicios, una vez que el promotor (u otro sujeto responsable) deba indemnizar con arreglo a su régimen propio de responsabilidad. Por lo tanto, sugerimos que la redacción de los incisos primero y tercero del art. 71 ALMS se mejore durante la tramitación parlamentaria de la LMS, en la medida que actualmente confunde el régimen de responsabilidad con el régimen de garantías¹⁴⁸.

Bien es cierto que las coberturas específicas preventivas del riesgo asumido que el promotor debe contratar, no se llegan determinar en el art. 67.1.f) ALMS. Simplemente, en este precepto se enumeran algunas de las garantías posibles a incluir en el protocolo como el “seguro de responsabilidad civil o cualquier otra garantía, como pudiera ser aval bancario, seguro de caución u otra equivalente, que sea proporcional a los posibles riesgos y daños ocasionados por el desarrollo del proyecto”¹⁴⁹. No debemos olvidar que los proyectos de innovación en movilidad urbana pueden venir referidos a una amplitud de sectores (aéreo, ferroviario, automoción, entre otros), Por ello, entendemos que el Anteproyecto quiere indicar que, a los efectos de delimitar las concretas garantías, habrá

¹⁴⁵ Respecto a las causas de interrupción o finalización anticipada por incumplimiento del protocolo, nuevos riesgos, casos de fuerza mayor o caso fortuito, nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe anterior.

¹⁴⁶ Igualmente, se indica que dicha información ha de aportarse al participante, entre otros datos, a la hora de emitir su consentimiento informado respecto al espacio controlado de pruebas, art. 69.1 *in fine* ALMS.

¹⁴⁷ Cabe señalar que el seguro de responsabilidad civil no cubre los riesgos ante ataques cibernéticos. Existe un seguro específico para ello, el ciberseguro. Sobre esta modalidad de seguro, puede consultarse, Bergamasco *et al.* (2020).

¹⁴⁸ Como hemos justificado *infra*.

¹⁴⁹ Por su parte, la Ley 7/2020 completa el régimen de responsabilidad civil incluido en la misma, mediante la cobertura preventiva de diferentes garantías financieras. Se refiere el art. 13 de dicha Ley a la contratación por los promotores de “seguros, avales bancarios o fianzas”, entre otros posibles instrumentos.

que estar al correspondiente régimen específico de responsabilidad que resulte obligatorio en función del tipo de proyecto de que se trate. El art. 65.3.e) determina que la solicitud de admisión al espacio controlado de pruebas sí habrá de incluir un análisis al respecto, sobre la mejor fórmula que se ajuste a la naturaleza del proyecto.

En materia de *protección de datos* y protección de los usuarios de servicios de transporte, el art. 67.4 *in fine* ALMS indica que “podría incluir” tanto un seguro de responsabilidad civil o de caución, como aval bancario u otra garantía equivalente, sin llegar a determinar con precisión el régimen de garantías. Una vez más, interpretamos que existe una remisión tácita a la normativa sobre protección de datos y de protección de los usuarios de servicios de transporte que se pudieran ver afectados como consecuencia de la realización de estas pruebas de innovación en movilidad¹⁵⁰.

Por último, el ALMS termina considerando una infracción grave, el incumplimiento por parte del promotor de la contratación de un seguro de responsabilidad civil, aval bancario, seguro de caución u otra equivalente “en los casos requeridos”, y en materia de participación en el espacio controlado de pruebas para proyectos piloto de movilidad, arts. 101.c), 102.2.c) ALMS. La sanción en que podría incurrir el promotor oscilará entre una multa de 2.001,00 a 6.000,00 €, conforme dispone el art. 104 ALMS¹⁵¹.

Bibliografía

ÁLVAREZ LATA, N. y BUSTOS MORENO, Y. (2014): «Responsabilidad civil en el ámbito del transporte y la navegación aérea», en *Tratado de Responsabilidad Civil* (REGLERO CAMPOS, L.F. y BUSTO LAGO, J.M.), T. II, Cap. XVIII, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (5ª edic.) (pp. 996-1009).

ATTREY, A., LESHER, M. y LOMAX, C. (2020): «The role of in promoting flexibility and innovation in the digital age», *Going Digital Toolkit Policy Note*, N.2, <https://goingdigital.oecd.org/toolkitnot0s/the-role-of-sandboxes-in-promoting-flexibility-and-innovation-in-the-digital-age.pdf>. (15-2-2022).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2021): «A golpe de Decreto-Ley», *Cuadernos de Derecho Privado*, n. 1.

¹⁵⁰ En materia de navegación aérea, sobre la protección de datos, podemos citar nuestra obra Bustos Moreno (2021: 902-905). Véase también el art. 54 y la última enmienda propuesta de la AIA, *Draft Opinion*, Voss A., 2-3-22, citada en la nota 34.

¹⁵¹ La cuantía la multa se determinará en función de “la propia gravedad de la infracción, a la naturaleza de los daños y perjuicios causados y a la conducta anterior de los infractores”. A su vez, hay que tener en cuenta los arts. 33.11º y 44 LSA.

BERGAMASCO, F., CASSAR, P., R. y SCOTT, B. (2020): «Aviation Liability in Cases of Cyberattacks», *Ciberseguridad. Consideraciones legales clave para los sectores de la aviación*, Wolters Kluwer, Alph 2020.

BUSTOS MORENO, Y. (2003): *La responsabilidad civil en la navegación aérea. Los daños a terceros*, Dykinson, Madrid.

BUSTOS MORENO, Y. (2021): «La irrupción de los drones (sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la responsabilidad civil: El futuro de los UAS autónomos», Cap. 20, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón* (coord. por J. ATAZ LÓPEZ y J. A. COBACHO GÓMEZ), Vol. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021 (pp. 889-950).

CODAGNONE, I., LIVA, G. y RODRIGUEZ DE LAS HERAS, T (2022): «Identification and assessment of existing and draft EU legislation in the digital field», Study requested by the European Parliament - AIDA [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703345/IPOL_STU\(2022\)703345_\(5-2-2022\)](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703345/IPOL_STU(2022)703345_(5-2-2022)).

DALAMGKIDIS, K. (2015): «Classification of UAVs», *Handbook of Unmanned Aerial Vehicles*, K.P., Valavanis/Vachtsevanos, G.J., Springer 2015 (pp. 83-91).

DELGADO LARENA-AVELLANEDA, J. E. (2021): «El “Sandbox” español», *Criptoactivos: retos y desafíos normativos* (coord. por M. BARRIO ANDRÉS) (pp. 167-18).

DHEU, O. y EMANUILOV, I. (2021): «Flying High for AI? Perspectives on EASA’s Roadmap for AI in Aviation», *Air & Space Law*, núm. 46 (pp. 1 – 28).

DÍAZ DÍAZ, E. (2021): «Regulación europea del espacio aéreo U-Space», *Boletín Observatorio Jurídico Aeroespacial*, núm. 4, AEDAE (pp. 101-120).

GILMARTIN, R. (2020): «Aeronaves no tripuladas y aeromovilidad urbana», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 969/2020 (BIB 2021\1572).

GÓMEZ DIAZ, A. B. (2022): «La política del transporte en la UE (especial referencia al transporte ferroviario)», *Economist & Jurist* (1).

GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2021): “Seguro de responsabilidad civil, limitación de coberturas y responsabilidad de la aseguradora frente a terceros. Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del TS de 6 de julio de 2020 (RJ 2020\2296)”, *CCJC*, núm. 115.

GONZÁLEZ BOTIJA, F. (2018): *Los drones y el Derecho de la Unión Europea. Reglamento (UE) n. 2018/1139 y propuestas de EASA*, Ed. Atelier, Barcelona.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2022): *Responsabilidad patrimonial de la Administración*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor.

GUERRERO LEBRÓN, M^a J. (2018): «Nueva regulación para los drones: la responsabilidad civil y el seguro como cuestiones pendientes», *Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 89 (pp 1-29).

- KARNER, E. y KOCH, B.A. (2020): «Civil liability for Artificial Intelligence. A Comparative Overview of Current Tort Laws in Europe», *Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence, European Commission* (pp. 19-110).
- KONERT, A. y KOTLIŃSKI, M. (2020): «U-Space-Civil Liability for damages caused by Unmanned Aircraft», *Transportation Research Procedia* 51 (pp. 304-312).
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2012): «Servicio público electrónico y responsabilidad», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 155, 2012 (pp. 291-318).
- MEDINA CRESPO, M. (2019): «Sobre el alcance de la responsabilidad civil de una compañía aérea por los daños corporales causados a los pasajeros de un vuelo nacional. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 17 de mayo de 2019», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 70.
- MORSELLO, M.F. (2020): *Novos paradigmas do caso fortuito e da força maior à luz dos contratos de transporte*, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- QUINTANILLA GARCÍA, I.; VERA VÉLEZ, N.; ALCARAZ MARTÍNEZ, P.; VIDAL ULL, J. y FERNÁNDEZ GALLO, B. (2021): «A Quickly Deployed and UAS-Based Logistics Network for Delivery of Critical Medical Goods during Healthcare System Stress Periods: A Real Use Case in Valencia (Spain)», *Drones*. 2021; 5(1):13. <https://doi.org/10.3390/drones5010013>.
- RADOVIC, M. (2019): «Tech Talk-Unraveling 5 Levels of Drone Autonomy», *Dronelife.com*, March 11, 2019, autorizada por droneii.com <https://droneii.com/project/drone-autonomy-levels> (3-2-2022).
- SAUGAR, R. (2020); «¿Sabe usted lo que es un “sandbox”?», *invernia El Español*, 28 de noviembre de 2020, https://www.lespanol.com/invernia/opinion/20201128/sabe-usted-sandbox/538816114_12.html (28-2-2022).
- SCOTT, B. (2021): «Open Skies for Unmanned Aircraft in Europe: An Outlier or a New Approach?», *Air & Space Law*. 2021. 46 (1) (pp. 57 y ss.).
- TAPIA HERMIDA, A. (2020): «FINTECH: Comentario urgente de la Ley 7/2020 para la transformación digital del sistema financiero», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, n. 27 (pp. 30-48).
- TAPIA HERMIDA, A. (2021): «Digitalización financiera e innovadores de las tecnofinanzas en la Unión Europea y en España», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.161/2021 (pp. 55-82).
- TRUBY, J., BROWN, R., IBRAHIM, I. y PARELLADA, O. (2021): «A Sandbox Approach to Regulating High-Risk Artificial Intelligence Applications», *European Journal of Risk Regulation*, 1-29. doi:10.1017/err.2021.52.

BULOS VIRTUALES, DAÑOS REALES: LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DESINFORMACIÓN A TRAVÉS DE NUEVAS TECNOLOGÍAS

Virtual hoaxes, real damages: civil liability for misinformation via new technologies

CARLOS CASTELLS SOMOZA
carlos.castells@uam.es
Investigador Predoctoral FPI-UAM de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Cómo citar/Citation

Castells Somoza, C. (2022).

Bulos virtuales, daños reales: la responsabilidad civil por desinformación a través de nuevas tecnologías.

Cuadernos de Derecho Privado, 2, pp 50- 88

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.18>

(Recepción: 4/03/2022; aceptación tras revisión: 27/04/2022; publicación: 30/04/2022)

Resumen

El avance de las nuevas tecnologías y la sociedad de la información ha llevado aparejado un auge de la desinformación, al facilitar la creación y difusión de informaciones falsas por Internet que, a pesar de su origen virtual, pueden ocasionar daños muy reales. A falta de una regulación sistemática de este fenómeno, a lo largo de este trabajo analizaremos los distintos sujetos que intervienen en él y la posibilidad de exigirles responsabilidad civil por su conducta desinformativa, destacando los principales puntos de fricción y sugiriendo posibles mejoras que podrían introducirse a futuro.

Palabras clave

Desinformación; nuevas tecnologías; responsabilidad civil; causalidad; sociedad de la información.

Abstract

The advance of new technologies and the information society has been accompanied by a surge in disinformation, as they make it increasingly easier to create and disseminate false information on the Internet. Despite its virtual origins, the damages that disinformation can cause are very real. In the absence of a systematic regulation of this phenomenon, throughout the following pages we will analyze the different subjects that partake in it and how their conducts fit in the current Spanish civil liability regimes, highlighting the main points of friction and suggesting different improvements that could be implemented looking forward.

Key words

Disinformation; new technologies; civil liability; causation; information society.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DESINFORMACIÓN COMO CONDUCTA DAÑOSA Y SU IMPUTACIÓN SUBJETIVA. II.1. Desinformar: definición y caracterización jurídica. II.2. La creación de contenido desinformador. II.3. Los intermediarios de la desinformación; especial referencia a las redes sociales. II.4. La difusión de la desinformación: mera difusión y desinformación derivada. III. DAÑOS DE LA DESINFORMACIÓN. IV. EL NEXO DE CAUSALIDAD. IV.1. Intervención de otros sujetos: hecho de la víctima y del tercero. IV.1.1. Los sujetos de la responsabilidad civil por desinformación. IV.1.2. El agente desinformado desinformador. IV.1.3. Las redes sociales y otros prestadores de servicios de intermediación. IV.2. Dificultades probatorias: mecanismos de facilitación y flexibilización. V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. INTRODUCCIÓN

Estar bien informado a menudo es lo que marca la diferencia entre tomar una buena decisión o una mala. Solo quien conoce de forma exacta la situación a la que se enfrenta, la trayectoria de los acontecimientos, las opiniones de los expertos..., puede elegir de forma constante aquello que más conviene a sus intereses y evitar lo que le perjudica. En un mundo que cada vez nos exige tomar más decisiones, y a menudo sin darnos apenas tiempo para reflexionar, las nuevas tecnologías son un aliado imprescindible, pues nos permiten acceder a la vastísima fuente de información que es Internet y consultar, en cualquier momento y lugar, las experiencias y conocimientos de otras personas que los comparten en la red, muchas veces de manera altruista.

Por desgracia, por cada recurso genuinamente informativo parece que siempre hay otro cuyo objetivo es el contrario, enturbiando nuestras decisiones con datos sesgados, manipulados o directamente falsos. Consejos de salud ineficaces o incluso dañinos, trucos caseros que prometen resultados extraordinarios que en verdad son peligrosos, vídeos manipulados para desprestigiar a políticos o personalidades públicas... Esta desinformación puede llegar a ocasionar a sus destinatarios –o a terceras personas– daños materiales y morales, lesiones físicas e, incluso, la muerte. La pregunta que se plantea, pues, es qué repercusiones puede tener este fenómeno, si es que puede tener alguna, desde la perspectiva del Derecho de daños en nuestro país.

Nuestro ordenamiento no se ha ocupado del fenómeno de la desinformación de manera sistemática, más allá de los supuestos en que pueda afectar al derecho al honor de alguna persona, regulados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (BOE núm. 115, de 14/05/1982). No obstante, la información veraz aparece recogida en diversas

normas como un bien jurídico valioso para nuestro Estado de Derecho, desde la misma Constitución (art. 20.1.d CE) hasta la legislación sectorial que regula los medios de comunicación, los servicios de la sociedad de la información, la publicidad y la competencia, los derechos de los consumidores...

A sensu contrario, pues, cabe deducir que la desinformación constituye un fenómeno nocivo y antijurídico. Por consiguiente, aunque no haya una regulación específica de las responsabilidades que derivan de informaciones falsas o manipuladas, conviene analizar si es posible exigir las sobre la base del régimen general. Ese es precisamente el objeto de este trabajo. Para ello, en las páginas siguientes acotaremos el concepto de desinformación y los agentes que intervienen en ella, sus posibles víctimas y los daños que pueden sufrir, y los principales obstáculos que encuentra la reclamación de responsabilidad civil.

II. DESINFORMACIÓN COMO CONDUCTA DAÑOSA Y SU IMPUTACIÓN SUBJETIVA

II.1. Desinformar: definición y caracterización jurídica

Como punto de partida es preciso delimitar qué debe entenderse por «desinformación», cuestión nada baladí, pues en función de la interpretación de la que partamos el objeto de análisis de este trabajo será más o menos extenso.

Tomando como referencia la definición consagrada en el Diccionario de la Real Academia Española, desinformar consiste en «*dar información intencionadamente manipulada*». Sobre esta base, algunos autores sostienen que tal definición es insuficiente y exigen, además, que la finalidad de la manipulación sea «*minar la confianza pública, distorsionar los hechos, transmitir una determinada forma de percibir la realidad y explotar vulnerabilidades con el objetivo de desestabilizar*»¹. Pues bien, nosotros no solo no compartimos esta restricción, que nos parece de todo punto injustificada al excluir supuestos dignos de reproche (*e.gr.*, una página *web* de cocina que publica recetas llamativas con la intención de que se «viralicen» sin preocuparse de que sean seguras para el consumo²), sino que creemos que la definición del DRAE es demasiado estricta,

¹ Olmo y Romero, (2019).

² A título de ejemplo, en Internet se popularizaron recientemente las recetas de alimentos de un color negro intenso (helados, sándwiches...), cuyo tinte se obtiene a menudo con grandes dosis de carbón activado. Lo que a menudo no advierten quienes publican estas recetas es que el carbón activado ayuda a expulsar del organismo muchos componentes químicos, entre ellos la mayoría de medicamentos, algunos de los cuales pueden ser vitales para los comensales.

Por todos, un ejemplo de una de estas recetas, especialmente sangrante (pues no solo no advierte de los riesgos, sino que incluso sugiere algún beneficio para la salud de estos alimentos):

concretamente al exigir la intencionalidad de la manipulación para hablar de desinformación. Este requisito parece tener su origen en el idioma inglés, que dentro del género de la *wrong information* («información incorrecta») distingue entre *disinformation* («información falseada» o «intencionalmente manipulada») y *misinformation* («información errónea» o «accidentalmente manipulada»). En castellano, sin embargo, lo cierto es que el término «desinformación» se viene utilizando indistintamente para referirse a los tres fenómenos. Optar por esta definición amplia, aunque menos técnica y exacta, nos acerca más al significado usual de la palabra, y además presenta importantes ventajas al trasladarla al ámbito jurídico, pues facilita su análisis según el esquema clásico de la responsabilidad civil, separando la conducta («*dar información manipulada*») del título de imputación subjetiva y abriendo la puerta a la desinformación negligente, lo que resulta más congruente con nuestro ordenamiento civil que, como regla general (arts. 1101 y 1902 CC), considera dignas de reproche tanto las conductas dolosas como las culpables.

Sentado lo anterior, debemos apuntar que para que una información manipulada sea susceptible de generar responsabilidad civil es necesario que constituya una auténtica conducta dañosa. Debe tratarse, pues, de un acto producto de una voluntad humana, lo que excluye los hechos naturales y los actos humanos involuntarios³ (por ejemplo, si se corrompe el servidor en el que se almacena una web, de modo que la información cierta en su origen resulta deformada). Dentro de los actos humanos, no obstante, la ley admite la responsabilidad tanto por acciones como por omisiones (arts. 1088, 1099 y 1902 CC), lo que presenta algunos problemas. De Ángel Yágüez apunta aquí una posible distinción entre las omisiones relacionadas con una actividad, que son más fáciles de equiparar a una acción, y las omisiones simples u omisiones en sentido propio, que solo generan responsabilidad cuando se realizan con intención de dañar, «*cuando suponen el incumplimiento de un deber legal o negocial previo o cuando entran en contradicción con la «conducta normalmente exigible»*⁴. Traslado al ámbito de la desinformación, esto supone que no solo son susceptibles de generar responsabilidad los contenidos que incluyen datos falsos, sino también los que omiten información relevante, e incluso la ausencia misma de información puede ser relevante en ciertos casos⁵.

<https://www.innaturale.com/es/helado-negro-un-imprescindible-del-verano-en-nueva-york> (07.04.2022).

³ Díez-Picazo (2000: 287), Santos Briz (1984: 102-103), Yzquierdo Tolsada (2021: 159).

⁴ De Ángel Yágüez (2008: 220). Comparte su opinión Yzquierdo Tolsada (2021: 158-159).

⁵ Por ejemplo, una agencia de verificación de noticias que no confirma ni desmiente una información sobre la que ha sido consultada.

Por lo demás, se ha discutido si es necesario que la conducta sea antijurídica, y qué significaría esta antijuridicidad. Nos sumamos aquí a la opinión de quienes entienden que sí es necesaria, pero acogiendo una noción de antijuridicidad material que, por contraposición a la antijuridicidad formal, no consiste en contraponer el acto con el ordenamiento jurídico, sino en realizar un juicio valorativo y determinar si la actividad o su resultado son objetivamente indeseables⁶. Como ya se ha explicado, la información veraz y de calidad es un elemento fundamental en nuestras sociedades y un bien jurídico digno de protección, por lo que, en la medida en que la información manipulada daña este interés común, su creación o difusión puede considerarse antijurídica.

Por último, hay que destacar que la desinformación no es un fenómeno que se produce en el vacío, sino que (como todo acto de comunicación) requiere un emisor, un medio de transmisión y un receptor. En otras palabras: no basta con que un sujeto cree una información falsa o manipulada, sino que es necesario que la misma se publique en un medio accesible para otras personas, y a menudo requiere una labor de difusión por terceros. Por tanto, la desinformación comprende tres tipos de conductas: la de quien crea la desinformación, la de quien aporta los medios técnicos para alojarla y acceder a ella y la de quien la difunde.

II.2. La creación de contenido desinformador

La primera conducta, sin la cual en ningún caso puede haber desinformación, es la creación de un contenido manipulado para dar una impresión falsa de la realidad. Esta falsedad implica que se puede constatar una discrepancia entre la realidad y la percepción de la misma que se vierte en el contenido desinformador. Tal divergencia es especialmente evidente cuando se utilizan datos falsos; no obstante, como ya se ha dicho, ciertas omisiones también pueden crear una representación falsa de la realidad. Inspirándonos, pues, en la definición de actos de engaño del art. 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de *Competencia Desleal* (BOE núm. 10, de 11/01/1991; en adelante, «LCD»), creemos que también puede hablarse de desinformación cuando, siendo los datos ciertos en sí mismos, se presentan de alguna forma que induce a error o se omiten otros imprescindibles para darles contexto⁷.

⁶ Díez-Picazo (2000: 297-298). A una conclusión similar se puede llegar desde la tesis de la antijuridicidad formal si no se exige la vulneración de una norma concreta, sino del ordenamiento en su conjunto, y dentro de él se incluye el deber de *alterum non laedere*. Así, Busto Lago (1998: 67 y 99-109).

⁷ Un ejemplo: una teoría de la conspiración extendida en Internet acusa a Bill Gates de pretender un genocidio a través de la vacuna contra el Covid-19, lo que a menudo se “corroboran” enlazando un vídeo en el que afirma que «con nuevas vacunas podemos reducir [el ritmo de crecimiento de la población]». Sin

En cualquier caso, para poder hablar de falsa representación de la realidad es necesario que haya una realidad con la que contrastarla; los meros juicios de valor, pues, no constituyen desinformación, ya que, por muy equivocados que nos parezcan, no tienen un soporte fáctico para comprobar su veracidad. El problema es que a menudo la distinción entre información y opinión no se presenta con tanta claridad en la práctica: de un lado, las opiniones frecuentemente se apoyan en algún sustrato fáctico, y, de otro, es raro encontrar una información totalmente aséptica en la que el autor no vierta alguna valoración personal. Sobre esta distinción se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones, entre ellas la STC Pleno núm. 172/2020, de 19.11.2020 (RTC 2020\172, FD 7), que admite que «*el deslinde entre ambas libertades no siempre es nítido*» y afirma que, «*en los supuestos en que se mezclan elementos de una y otra significación debe atenderse al que aparezca como preponderante o predominante*». Esto implica que, por ejemplo, no se considerarán desinformación las manifestaciones de fe (ej.: oración como fuente de curación de enfermedades) o las creencias paranormales (ej.: conjuros, astrología), salvo que constituyan auténticos actos de engaño, en cuyo caso podrían constituir incluso un delito de estafa: STS Sala 2.^a núm. 831/2015, de 29.12.2015 (RJ 2015\5715). Aunque la doctrina del reportaje neutral se ha elaborado en torno a los profesionales de la información, lo cierto es que con el auge de las nuevas tecnologías en general –y de las redes sociales en particular– los usuarios pueden ejercer *de facto* funciones tradicionalmente propias de los periodistas, por lo que la misma puede trasladarse a los contenidos que estos crean y difunden en Internet. Así lo reconoce, de hecho, la recentísima STC Pleno núm. 8/2022, de 27.01.2022 (JUR 2022\69639, FD 1). Para concluir este punto debemos recordar que, aunque no es del todo pacífico, en general se entiende que las cláusulas generales de responsabilidad de nuestro ordenamiento (arts. 1101 y 1902 CC) se basan en la culpa⁸, y apuntar que la jurisprudencia europea ha descartado expresamente la aplicación del régimen de responsabilidad por servicios defectuosos a este tipo de supuestos [STJUE Sala 1.^a as. C-65/20, de 10.06.2021 (TJCE 2021\157)]. Así pues, para exigir responsabilidades es necesario que el daño sea

embargo, lo cierto es que dichas declaraciones se hicieron en el marco de una conferencia sobre cambio climático y sobrepoblación, y en su conjunto queda claro que no afirmó que hubiera un vínculo de causalidad directa entre la vacunación y el decrecimiento de la población (i.e., las vacunas matan), sino indirecto (i.e., las vacunas facilitan la supervivencia, lo que fomenta hábitos reproductivos más sostenibles).

⁸ Consideran que la responsabilidad contractual es objetiva, con distintos matices, autores tan destacados como Díez-Picazo (2008: 712-713 y 746), Jordano Fraga (1984: 153-155) o Pantaleón Prieto (1991: 1067-1069). Por el contrario, otra parte no menos relevante de la doctrina la califica de subjetiva: Badosa Coll (2015), Carrasco Perera (1989: 379-382), Montes Penadés (2007: 720-721), Rodríguez-Rosado Martínez-Echeverría (2014: 163-164, 2016:116-117) e Yzquierdo Tolsada (2001: 225).

subjetivamente imputable al agente desinformador por haber actuado de manera dolosa o culpable. Por supuesto, los deberes de diligencia variarán en función de las circunstancias concurrentes (como su madurez y desarrollo, sus condiciones personales o profesionales o su relación con el sujeto desinformado). De forma general, sin embargo, creemos conveniente traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libertad de información, condensada en la STC Sala 2.^a núm. 6/2020, de 27.01.2020 (RTC 2020\6, FD 3), de acuerdo con la cual el art. 20.1.a CE solo ampara las informaciones veraces, lo que exige, no que los datos sean siempre exactos o ciertos, sino que hayan sido «contrastados con la debida diligencia profesional». De este modo, el fenómeno de la desinformación generaría responsabilidad tanto por las informaciones incorrectas creadas dolosamente –incluyendo el dolo volitivo y el dolo eventual o cognitivo⁹– como por las generadas de forma negligente –faltando al deber de diligencia exigible, que dependerá de las concretas circunstancias del agente del daño¹⁰–, no así las que contienen errores o lapsus inocentes.

No obstante, debemos apuntar un matiz crucial, y es que la categorización de una desinformación como inocente no es inmutable en el tiempo. Así lo deducimos de la Ley 34/2002, de 11.07.2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12/07/2002; en adelante, «LSSI»), que, al regular la responsabilidad de ciertos prestadores de servicios de la sociedad de la información, dispone que solo se excluye mientras no tengan conocimiento efectivo de la ilicitud o lesividad de la información o cuando, una vez lo tengan, hayan actuado con diligencia para retirarla (arts. 15 a 17 LSSI). Si estos sujetos, que gozan de un régimen de responsabilidad privilegiado respecto del proveedor de contenidos, tienen tal deber de vigilancia prolongado en el tiempo, con más razón debería aplicarse también a aquel creador, de modo que si en algún momento cobra conciencia de que alguno de sus contenidos incluía errores o inexactitudes debería obrar con diligencia para rectificarlos. De no hacerlo así la desinformación dejaría de ser inocente y perdería su amparo constitucional, siendo posible entonces considerarla subjetivamente imputable al creador de contenidos y, por ende, continuar con el análisis de su responsabilidad.

⁹ *I. e.*, aquel en que el agente no tiene voluntad de dañar, pero es consciente de que con su conducta crea un grave riesgo de que se produzca un daño y asume esta posibilidad. *Vid.* Peña López (2002: 422-435), e Yzquierdo Tolsada (2021: 294-295).

¹⁰ *Vid.* Badosa Coll (2015), Díez-Picazo (2000: 357-359) y Peña López (2002: 442-446). En contra, López Richart (2020: 391-392), para quien no hay en principio una obligación de comprobar la licitud –y, por ende, veracidad– de los contenidos que se comparten en redes sociales.

II.3. Los intermediarios de la desinformación; especial referencia a las redes sociales

Muy pocos sujetos pueden operar en Internet de forma totalmente autónoma, con sus propias redes, servicios de acceso, servidores, etc. La inmensa mayoría de las personas solo puede navegar por la red mediante la colaboración de otros sujetos. Por tanto, para que haya desinformación por medio de nuevas tecnologías casi siempre será necesario que, además de crearse un contenido manipulado o falseado, otro sujeto se encargue de transportar los datos a través de su red de telecomunicaciones, de almacenarlos en sus servidores, de facilitar su circulación a petición de otros usuarios de Internet, etc.

La conducta de estos sujetos encaja en la definición de servicios de la sociedad de la información, que comprende, según el Anexo de la LSSI, «*todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario*», incluyendo de manera expresa los casos en que «los servicios no sean remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios»¹¹. Dentro de estos, no obstante, han de distinguirse dos categorías: de un lado, los servicios de intermediación, que la LSSI define como todo servicio «por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información», y, de otro, la provisión de contenidos, término construido por la doctrina que comprende cualquier labor de suministro de información o servicios a través de Internet, sean dichos contenidos producto de una elaboración propia del proveedor u obtenidos de tercero¹². La distinción es relevante, pues mientras que los segundos se ven sometidos sin más al régimen general de responsabilidades civiles, penales y administrativas, los intermediarios gozan en principio de una exención de responsabilidad, pues el daño solo les es subjetivamente imputable cuando concurren ciertas circunstancias legalmente tipificadas¹³.

La delimitación de los servicios de intermediación y su régimen de responsabilidad se contiene en los arts. 13 a 17 LSSI, que distinguen cuatro categorías:

¹¹ El requisito más problemático es probablemente el de la onerosidad. Sobre él se ha pronunciado la jurisprudencia europea en la STJUE Sala 3.ª as. C-484/14, de 15.09.2016 (TJCE 2016\255), en el sentido de que lo determinante es que la prestación se realice «normalmente a cambio de una remuneración», de modo que comprende todos los que forman parte de la actividad económica del prestador aunque sean remunerados de forma indirecta, en especial a través de la publicidad. En nuestra opinión, también deberían entenderse comprendidos los casos en que la prestación del servicio se realiza a título gratuito de manera excepcional, siempre que en general se preste de forma remunerada (*e. gr.*, pruebas gratuitas de periódicos en línea).

¹² Aparicio Vaquero (2008: 602).

¹³ Sobre las causas de exoneración de la LSSI y su vinculación con la imputación subjetiva, *vid.* Peguera Poch (2001), disponible en <<https://www.uoc.edu/in3/dt/20080/index.html>> (07.04.2022).

- 1) Servicios de conexión a la red: comprenden todas las actividades necesarias para conectarse a Internet, poniendo a disposición del cliente los medios necesarios al efecto, como los operadores de redes de telecomunicaciones¹⁴ y los proveedores de acceso. Quienes realizan estas funciones no responden por los datos ajenos transmitidos salvo de forma excepcional, pues no solo no tienen conocimiento ni control de la información que transmiten, siendo su intervención meramente técnica, automática y pasiva –considerando 42 de la Directiva 2000/31/CE, de 08.06.2000, sobre comercio electrónico (DOCE núm. 178, de 17.07.2000; en adelante, «DCE»)–, sino que además cualquier intento de intervención o vigilancia de las comunicaciones sería delictivo y lesivo de los derechos de sus usuarios (considerando 15 DCE). Se les ha comparado así a los servicios de correo postal, que no responden por los contenidos que transmiten¹⁵. Los únicos casos en que se contempla su responsabilidad son aquellos en que se exceden de aquel servicio técnico y pasivo que el legislador considera merecedor de protección, como sucede cuando los datos transmitidos no son ajenos sino propios, cuando modifican o seleccionan los datos transmitidos¹⁶...
- 2) Copia temporal de datos solicitados por los usuarios (*caching*): servicio consistente en el almacenamiento temporal de datos transmitidos a través de una red por un prestador de servicios de transmisión, a los solos efectos de hacer más eficaz la transmisión ulterior a otros usuarios que los soliciten. En la medida en que en este supuesto la intervención del intermediario no se limita a la transmisión de datos, sino que incluye su almacenamiento, se le impone un mayor nivel de diligencia que al anterior. Consecuentemente, los casos en que se le hace responsable del contenido transmitido son más amplios, incluyendo los casos en que haya modificado la información¹⁷, cuando no retire o imposibilite el acceso a

¹⁴ La terminología de la LSSI ha sido criticada por la doctrina, que advierte que en la normativa de telecomunicaciones hay una definición de «operador de telecomunicaciones» que puede provocar interferencias con la regulación de los servicios de la sociedad de la información, donde lo importante es la actividad ejecutada y no el hecho de tener o no una denominación subjetiva concreta. *Vid.* Peguera Poch (2007: 239).

¹⁵ Clemente Meoro y Cavanillas Múgica (2003: 89).

¹⁶ Por modificación debe entenderse únicamente la que afecta al contenido de la información transmitida (no las operaciones técnicas necesarias para la transmisión), mientras que por selección se ha entendido el ejercicio de funciones cuaseditoriales de elección positiva del contenido transmisible (no así el mero establecimiento de filtros que limiten el acceso a cierto tipo de materiales –elección negativa–, ej.: *spam*, pornografía infantil). En este sentido, Peguera Poch (2007: 247-248).

¹⁷ De nuevo, la modificación debe entenderse referida al contenido mismo, no a otras operaciones técnicas necesarias para el almacenamiento temporal. Sin embargo, se ha señalado que lo único relevante es que el prestador de servicios de intermediación haya modificado de alguna forma el contenido, aunque su

la información después de tener conocimiento efectivo de que el proveedor de contenidos la ha retirado (o de que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado su retirada), etc.

- 3) Alojamiento de datos (*hosting*): prestación consistente en permitir que una persona almacene unos datos en los servidores de otra. El ejemplo clásico es el alojamiento de páginas web, pues para la mayoría de los usuarios no tiene sentido económico tener un servidor propio (en suma, un ordenador permanentemente encendido y conectado a la red), sino que es más lógico utilizar los de otro sujeto a cambio de un precio; pero también se entiende que incluye otros supuestos, como los espacios de chat o foros de una página, los espacios reservados a opiniones de los usuarios en un sitio de comercio electrónico, descripción por el vendedor del producto que pone a subasta en una página, etc.¹⁸ Su exención de responsabilidad se vincula al conocimiento de la ilicitud o lesividad del contenido alojado.
- 4) Facilitación de enlaces e instrumentos de búsqueda: la última modalidad de servicio de intermediación, incluida por nuestro legislador apartándose de la DCE, se refiere a ciertos servicios que, aunque en teoría no son imprescindibles para acceder y navegar la red, en la práctica básicamente lo son. Se trata de los servicios de búsqueda –que permiten encontrar páginas que contengan determinada información solicitada por el usuario– y de facilitación de enlaces –que consiste en recopilar y poner a disposición del usuario vínculos a páginas web, sin que tenga que ser él quien memorice las direcciones URL–. Al igual que en el caso anterior, la imputabilidad se vincula al conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido enlazado.

De lo explicado resulta que tanto en los servicios de *caching* como en los de alojamiento, búsqueda y provisión de enlaces la imputación subjetiva se excluye en caso de ignorancia de la ilicitud o lesividad del contenido y, llegado el caso, si se procede a su pronta retirada. Por tanto, resulta conveniente hacer algunos apuntes al respecto:

- En primer lugar, en cuanto a qué se debe entender por ilicitud o lesividad, parece claro que tanto la DCE como la LSSI se redactaron pensando en contenidos que infringiesen

modificación no afecte a las partes en que se contiene la información perjudicial: Clemente Meoro y Cavanillas Múgica (2003: 92–93). El razonamiento es que en estos casos el prestador ha tenido control sobre la información y, en consecuencia, pudo evitar el daño.

¹⁸ Véase Peguera Poch (2007: 275-277).

derechos de autor (ej.: utilización sin permiso de obras musicales), constitutivos de delito en sí mismos (ej.: pornografía infantil) u otros similares. Sin embargo, la amplitud de estos términos, sumada a una interpretación sociológica y al valor fundamental que la información exacta –o, al menos, veraz– tiene para nuestras sociedades permite sostener, a nuestro juicio, que el contenido desinformador también debe quedar comprendido.

- En segundo lugar, respecto al grado de conocimiento que se requiere para responsabilizar al intermediario, parece que nuestra Ley exige en todo caso un «*conocimiento efectivo*». Esto es problemático, pues, como han denunciado algunos autores, supone una incongruencia con la DCE, que distingue entre la responsabilidad civil por daños y perjuicios –donde basta con que «tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito», es decir, un conocimiento indiciario o circunstancial– y las demás formas de responsabilidad –donde sí se requiere el conocimiento efectivo–¹⁹. No obstante, también se advierten ciertas tendencias jurisprudenciales a la flexibilización de la prueba del conocimiento efectivo que consideran cumplido este requisito si la ilicitud del contenido era patente (STS, Sala 1.ª, 72/2011 de 10.02.2011 [RJ 2011\313]), lo que parece acertado²⁰.
- En tercer lugar, por lo que se refiere a cuándo debe entenderse que el prestador de servicios conoce efectivamente la ilicitud de los datos, el legislador propone tres supuestos (alternativos): (i) que recaiga resolución de un órgano competente declarando la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o bloqueo del acceso o declarando la existencia de lesión (lógicamente, es necesario que el intermediador tenga conocimiento de tal resolución); (ii) que el prestador haya implantado, en virtud de acuerdos voluntarios, procedimientos de detección y retirada de contenidos²¹; o (iii) que concurren otros medios de conocimiento que puedan establecerse, debiendo

¹⁹ Vid. Clemente Meoro y Cavanillas Múgica (2003: 97-98), López Richart (2020: 401-402) y Peguera Poch (2007: 285-286, 2011: 259-260). De acuerdo con este último (apoyándose en el italiano P. Pallaro), es posible entender incluso que la DCE quiere distinguir la responsabilidad sancionadora y la responsabilidad civil, y que eliminar dicha distinción sería un caso de transposición incorrecta y contraria al Derecho de la Unión Europea.

Lo dicho solo se aplica respecto de los servicios de *caching* y de alojamiento, pues los de motor de búsqueda y provisión de enlaces no están regulados en la Directiva y, por tanto, nuestro legislador es libre de regularlos como desee. Sin embargo, la diferencia de trato no tiene mucho sentido, por lo que a modo de propuesta de *lege ferenda* convendría rebajar el nivel de conocimiento exigido en todos los casos.

²⁰ López Richart (2020: 410-415).

²¹ Así, el fallo de los sistemas de moderación implementados genera responsabilidad, según la STS Sala 1.ª núm. 297/2016, de 05.05.2016 (RJ 2016\2451).

entenderse que esto engloba tanto los que el legislador futuro pueda incluir como los que decida implantar el prestador del servicio²².

En cualquier caso, conviene advertir que la jurisprudencia ha entendido que se trata de una enumeración ejemplificativa o *numerus apertus*²³, admitiendo la existencia de otras circunstancias que pueden revelar el conocimiento efectivo –*vid.* las recientes SSTs, Sala 1.^a, 235/2020, de 02.06.2020 (RJ 2020\1541) y 226/2021, de 27.04.2021 (RJ 2021\1946)–. Muy en particular se ha discutido acerca de la notificación por los propios usuarios de Internet, habiendo quien entiende que tal medio no es suficiente sino en la medida en que el intermediario lo haya establecido así en su política de detección²⁴, y quien defiende que puede serlo siempre que se trate de una notificación particular fehaciente dotada de especial seriedad (burofax, requerimiento notarial...)²⁵. Partiendo de la consideración de que nuestro legislador ha transpuesto inadecuadamente la DCE, creemos conveniente al menos interpretar de forma extensiva el requisito del conocimiento efectivo, de modo que cualquier evento o circunstancia que permita al intermediador tener constancia de la ilicitud del contenido debe llevarle a ser responsable si no procede a retirarlo, sin necesidad de que la comunicación adopte una forma concreta o que haya establecido mecanismos para articular estas denuncias.

- En cuarto y último lugar, en cuanto al deber de «*prontitud*» en la retirada del contenido ilícito, baste advertir que no equivale a inmediatez o automaticidad. El prestador de servicios de intermediación goza de cierto margen de tiempo para proceder a la retirada, lo que se ha vinculado a la noción general de diligencia del art. 1104 CC²⁶.

A la luz de lo explicado, resulta evidente que la mayoría de los intermediarios de la desinformación se pueden reconducir a los distintos tipos de servicios de intermediación reconocidos en los arts. 14 a 17 LSSI y, por consiguiente, se benefician de su régimen privilegiado de responsabilidad. No obstante, hay algunos casos dudosos, de entre los cuales el más problemático es el de las redes sociales. Sirviéndonos del Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, por «*red social*» debe entenderse: «*Servicio de la sociedad de la información que ofrece a los usuarios una plataforma de comunicación a*

²² Aparicio Vaquero (2003: 105), Conde Bueso y Díez López (2003: 286) y Peguera Poch (2007: 297).

²³ Posibilidad defendida ya antes por un sector importante de la doctrina: Aparicio Vaquero (2003: 105), Busto Lago (2014: 663-664), Cavanillas Múgica (2007: 112-116), Clemente Meoro y Cavanillas Múgica (2003: 99) y Garrote Fernández-Díez (2004: 97-98).

²⁴ Aparicio Vaquero (2003: 105).

²⁵ Garrote Fernández-Díez (2004: 97-98).

²⁶ Conde Bueso y Díez López (2003: 286-287) y Villar Uríbarri (2003: 404-405).

través de Internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de comunidades con base en criterios comunes y permitiendo la comunicación de sus usuarios, de modo que pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o vídeos, permitiendo que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios de su grupo».

Se trata de una definición muy amplia que engloba un amplio catálogo de supuestos. En general, sin embargo, creemos que se pueden redirigir a dos categorías básicas: las «*redes sociales neutras*», que se limitan a prestar un soporte para el contenido de sus usuarios al que pueden acceder otros, como pueden ser aquellas centradas en la mensajería (ej.: *WhatsApp, Telegram, Messenger*), y las «*redes sociales activas*», que no solo alojan contenidos ajenos, sino que contribuyen a su difusión, generalmente mediante «*recomendaciones*» que ofrecen de forma automatizada a sus usuarios en función de otros contenidos que han consumido previamente o de sus datos personales –como la edad, sexo o ubicación–, entre otros.

La distinción es fundamental, pues, como se ha expuesto, los supuestos de exención de responsabilidad previstos en la DCE (transpuestos por la LSSI) se fundamentan básicamente en dos factores: la pasividad intrínseca a ciertos servicios de la sociedad de la información, sin los cuales no es posible acceder al entorno digital, pero que no crean un contenido propio; y la imposibilidad de controlar o supervisar la información que coadyuvan a transmitir, por su volumen y la automatización de su actividad. En nuestra opinión, estos no siempre concurren en el caso de las redes sociales activas²⁷.

Sirva como ejemplo el caso de *Facebook*, que tiene un algoritmo encargado de determinar qué noticias y publicaciones se muestran a los usuarios en su *feed*²⁸. Este algoritmo tiene en cuenta, entre otros factores, las «reacciones» («*me gusta*», «*me encanta*», «*jaja*», «*wow*», «*triste*» y «*enfadado*») que una publicación suscita entre los usuarios, decidiendo así si promocionarlo más o menos. Pues bien, a pesar de que los propios analistas de la empresa confirmaron que las publicaciones con un alto número de reacciones «triste» y «enfadado» eran muy propensas a contener *spam*, desinformación y, en general, contenidos peligrosos, Facebook no solo no tomó medidas para controlar

²⁷ Precisamente en relación con las redes sociales dice López Richart (2020: 395-401) que solo están exoneradas de responsabilidad mientras son neutras, y la neutralidad se quiebra si se promueven ciertos contenidos o se optimiza su presentación. En un sentido similar, Busto Lago se pregunta en abstracto si realmente son neutras –y, por ende, irresponsables– las páginas *web 2.0*: Busto Lago (2014: 736-737).

²⁸ Página principal de la red social a través de la cual el usuario puede ver los contenidos más recientes (fotografías, vídeos, textos...) subidos por personas a quienes tiene agregadas como «amigos», pero también otras publicaciones informativas, promocionales, etc., que la empresa recomienda al usuario.

su difusión, sino que decidió premiarlas en el algoritmo, de modo que ese tipo de reacciones se tenían más en cuenta a la hora de promocionar publicaciones que las otras cuatro, y ello porque este tipo de contenidos también eran susceptibles de generar más interacción de los usuarios²⁹. Incluso con múltiples advertencias de los riesgos y propuestas de ajustes por sus empleados, la compañía decidió ignorarlos en pro de su beneficio económico³⁰.

Casos como este demuestran que en ocasiones la actuación de las redes sociales no es la de meros espectadores que desconocen la lesividad de los contenidos que alojan, sino que intervienen como auténticos agentes de desinformación, por lo que debería ser posible exigirles responsabilidades como proveedores de contenidos, según el régimen general. Por desgracia, los términos de la DCE y la LSSI parecen obligar a considerar las redes sociales como meros intermediarios, y así se ha dicho, por ejemplo, respecto de *YouTube*³¹, *Twitter*³² o *Facebook*³³.

La solución debe venir de la mano del Derecho de la Unión Europea, al haber asumido competencias en la materia y uniformado su regulación; de hecho, la modernización de la DCE es una exigencia que viene de antiguo en la doctrina³⁴. A pesar de ello, entretanto sigue habiendo algunas medidas que nuestro legislador podría tomar. Primero, ha de recordarse que en lo relativo a la responsabilidad de los prestadores de servicios de *hosting* nuestra Ley diverge de la norma europea y exige el conocimiento efectivo para hacer responsable civilmente al prestador del servicio de alojamiento, siendo posible (e incluso obligatorio) rebajar el requisito al mero conocimiento indiciario³⁵, aumentando la diligencia exigible³⁶. Y, segundo, ha de insistirse asimismo que, aunque la DCE prohíbe

²⁹ Interacción crucial para la explotación económica de las redes sociales, pues permite a la empresa obtener más datos sobre sus usuarios; datos que luego puede vender, utilizar para construir perfiles de usuario más precisos (lo que redundaría en una publicidad más efectiva y mejor pagada), o monetizarlos de otras formas.

³⁰ Para más información sobre el caso, véase la siguiente noticia de El Confidencial: https://www.elespanol.com/omicrono/software/20211027/puntuacion-facebook-emojis-algoritmo-fomento-enfado-desinformacion/505199969_0.html (07.04.2022).

³¹ STJUE Gran Sala as. C-682/18 y C-683/18, de 22.06.2021 (TJCE 2021\161), AJM Madrid 7 448/2008, de 21.11.2008 (AC 2008\1974) y la subsiguiente SJM Madrid 7 289/2010, de 20.09.2010 (AC 2010\1462).

³² SAP Islas Baleares, Secc. 3ª, 124/2020, de 26.03.2020 (JUR 2020\154580).

³³ Implícitamente, STJUE Sala 1.ª as. C-18/18, de 03.10.2019 (TJCE 2019\215).

³⁴ Apenas dos años después de su publicación, ya pedía su reforma Busto Lago (2002: 4). En la misma línea, años después, Peguera Poch (2011: 256-268).

³⁵ En este sentido, la precitada STJUE de 22.06.2021 no solo incluye los casos en que la red social «*tiene conocimiento concreto*» de la ilicitud del contenido, sino también aquellos en que el operador «*sabe o debería saber que, de manera general, usuarios de su plataforma ponen ilegalmente a disposición del público, por medio de ella, contenidos protegidos, [y] se abstiene de aplicar las medidas técnicas apropiadas que cabe esperar de un operador normalmente diligente en su situación*».

³⁶ En esta línea, dice de Miguel Asensio (2011): «*resulta de gran importancia que el prestador de servicios [...] disponga también de un mecanismo de detección y retirada que permita que se pueda poner en su*

imponer a los prestadores de servicios de intermediación una obligación general de supervisión o de búsqueda activa de contenidos ilícitos (art. 15.1 DCE), no impide establecerla en supuestos específicos (considerando 47 DCE) ni imponerles deberes especiales de diligencia en la persecución de ciertas actividades ilícitas (considerando 48 DCE), ni les exonera del deber de colaborar con las autoridades cuando sean requeridas para ello (art. 15.2 DCE).

II.4. La difusión de la desinformación: mera difusión y desinformación derivada

La tercera conducta que conforma el fenómeno desinformativo es la difusión del contenido manipulado. Evidentemente, el propio proveedor de contenidos desinformativos será el primero en contribuir a difundir su mensaje. Sin embargo, no será el único que lo haga, sino que también pueden incurrir en esta conducta dañosa otras personas que contribuyen a extender la información manipulada por Internet.

Se produce aquí una particularidad del fenómeno desinformativo, y es que frecuentemente la víctima, una vez desinformada, procede también a difundir la desinformación entre sus círculos de amistad e influencia³⁷. En nuestra experiencia, esta difusión puede adoptar dos formas principales: la «*mera difusión*», cuando se limita a retransmitir el mensaje original (ej.: un familiar que nos envía un enlace a una publicación sobre la “*eficacia probada*” de un remedio peligroso), y la «*desinformación derivada*», cuando se crea un nuevo contenido desinformativo (ej.: un *influencer* que se graba a sí mismo quemando una bola de nieve para “demostrar” que la tormenta Filomena es un bulo, después de haber visto a otro hacer lo mismo). No obstante, la línea divisoria entre ambos conceptos no siempre es clara. Por ejemplo, si una personalidad pública retuitea constantemente enlaces a contenidos que “constatan” la eficacia de la hidroxiclороquina contra el Covid-19, cabe cuestionarse si sigue siendo un mero difusor o está creando un contenido nuevo, distinto de la suma de sus partes.

En este punto puede ser útil inspirarse en la doctrina del reportaje neutral –STC Sala 2.ª núm. 76/2002, de 08.04.2002 (RTC 2002\76)–, destinada a resolver conflictos entre la libertad de información y otros derechos, según la cual merecen distinto tratamiento quien se limita a dar una información presentándola como ajena y quien la asume como propia.

conocimiento la presencia de contenidos ilícitos [...]. La introducción de este tipo de mecanismos de detección y retirada, el seguimiento de los mismos y la rápida reacción ante la presencia de contenidos claramente ilegales resultan de gran importancia para acreditar una conducta diligente en el marco del artículo 16 LSSI».

³⁷ Resulta aquí muy apropiado el neologismo «viralizar» o «hacerse viral», pues la desinformación, al igual que un virus, se transmite entre los usuarios de Internet, replicándose y mutando a cada paso, y deja tras de sí graves secuelas que a menudo son difíciles (o incluso imposibles) de sanar completamente.

Una vez más, no obstante, se trata de una construcción que surge en el mundo de los profesionales de la información, por lo que para extenderla a otros sujetos –profesionales de otros ramos, familiares, amigos, etc.– es necesario introducir algunos matices. Así, para calificar un acto como mera difusión de desinformación deben darse dos requisitos:

- Identificación de la fuente; o, más ampliamente, que aparezca con claridad que quien transmite el contenido desinformativo no es autor del mismo. Este elemento es relevante porque se pretende que las informaciones queden «limitadas por la propia credibilidad de su autor» –SSTC Sala 1.^a núm. 41/1994, de 15.02.1994 (RTC 1994\41, FD 5) y núm. 53/3006, de 27.02.2006 (RTC 2006\53, FD 9)–, de modo que si quien las retransmite las avala y dota de mayor credibilidad de cualquier forma entrará en el terreno de la desinformación derivada.
- Tratamiento neutro; es decir, que no haya reelaboración del contenido por quien lo difunde, introduciendo comentarios y opiniones propios, parafraseando, etc. Este requisito se ha aplicado muy estrictamente a los profesionales de la información: por ejemplo, el mero montaje o composición puede quebrar la neutralidad –STS Sala 1.^a núm. 386/2016, de 07.06.2016 (RJ 2016\2343)–. No obstante, al trasladarlo a otros sujetos y contextos distintos del puramente informativo debe flexibilizarse en función de sus circunstancias personales y el contexto comunicativo.

Una vez delimitados ambos conceptos ha de analizarse la responsabilidad que puede surgir de cada caso. En cuanto a la mera difusión, parece que puede encajar dentro del concepto de «facilitación de enlaces» del art. 17 de la LSSI³⁸, de modo que la víctima que procede a difundir la desinformación –o «sujeto desinformado desinformativo»– puede quedar exenta de responsabilidad siempre que no tuviera conocimiento efectivo de la ilicitud de la información al tiempo de reenviarla y que, en cuanto lo descubra, proceda a retirar el enlace o, si no es posible, a advertir del error. Ha de señalarse, no obstante, que probablemente la LSSI estableció esta regla de exoneración pensando en casos en que el intermediario maneja un gran volumen de enlaces, generalmente de forma automatizada (ej.: Google), lo que le imposibilita controlar o supervisar su contenido³⁹. Cuanto menor

³⁸ Es cierto que los supuestos de irresponsabilidad de los arts. 13 y ss. LSSI, por la propia configuración de dicha Ley, se aplican solo a los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Es decir, que no podría considerarse facilitadores de enlaces a quienes realizan esta conducta a título gratuito (ej.: un familiar que nos reenvía una noticia falsa), a quienes no prestan el servicio a distancia (ej.: un amigo que, reunidos en persona, nos muestra en su móvil un vídeo desinformativo), etc. Sin embargo, se ha señalado (con razón) que esto es incongruente con el fundamento de las reglas de exclusión y que hay identidad de razón entre ambos supuestos, por lo que debería permitirse su extensión analógica. Así, Peguera Poch (2007: 217-218).

³⁹ Minero Alejandro (2017: 262-263).

sea el número y mayor sea la intervención humana en la selección de los enlaces, por tanto, más diligencia se podrá exigir en la comprobación de su contenido, restringiendo la excusa de no tener conocimiento efectivo⁴⁰.

Los casos de desinformación derivada, por el contrario, encajan en el concepto de provisión de contenidos y, por ende, quedan sujetos al régimen general de responsabilidad en los mismos términos que cualquier creador de contenido desinformativo⁴¹. Lo que habrá que estudiar, en este caso, es si su conducta excluye la responsabilidad del agente desinformador originario, o si aún es posible reclamársela en paralelo al sujeto desinformado desinformador.

III. DAÑOS DE LA DESINFORMACIÓN; ESPECIAL REFERENCIA A LA «DESINFORMACIÓN COMO RESULTADO»

La responsabilidad civil, como explica brillantemente Pantaleón, no tiene finalidad punitiva, sino indemnizatoria⁴². Por tanto, el daño se erige en elemento esencial del esquema de la responsabilidad civil. Como se dijo al comienzo de este trabajo, el legislador y la jurisprudencia se han ocupado hasta ahora casi en exclusiva de los daños que la desinformación puede acarrear sobre los derechos de la personalidad del individuo. No obstante, hay que tener en cuenta que nuestro ordenamiento se rige por un sistema abierto o de atipicidad, de modo que no solo puede exigirse responsabilidad en los casos previstos legalmente, sino siempre que una persona sufra un perjuicio⁴³. El problema, entonces, es determinar cuándo hay un daño.

Al respecto se han elaborado distintas teorías, imponiéndose en la práctica un concepto subjetivo o real-concreto que entiende el daño como cualquier atentado contra los intereses o atributos de una persona, sea en su esfera personal o patrimonial, siempre que reúna los requisitos legales para tener derecho a ser indemnizado⁴⁴. Partiendo de esta definición, se ha dicho que solo es resarcible el daño que es: (i) cierto o efectivo, tanto en su existencia como en su cuantía; (ii) evaluable económicamente; (iii) individualizado en

⁴⁰ Clemente Meoro y Cavanillas Múgica (2003: 99). Aunque los autores se refieren en este punto a la exención de responsabilidad del intermediario que realiza tareas de alojamiento de datos, dadas las similitudes entre los arts. 16 y 17 de la LSSI la misma afirmación puede extenderse al proveedor de enlaces.

⁴¹ Baste apuntar aquí que, para la mayoría de las personas, la desinformación derivada solo puede adoptar la forma de actos positivos o acciones. Sin embargo, no cabe descartar la posibilidad de que también se materialice a través de una omisión en relación con ciertos sujetos (ej.: las agencias de verificación o *fact-checking*, si no desmienten una información manipulada tras ser compelidas a ello).

⁴² Pantaleón Prieto (2015).

⁴³ En este sentido, Díez-Picazo y Ponce de León (2000: 298) y Vicente Domingo, 2014 (322-323).

⁴⁴ *Vid.* Díez-Picazo (2000: 312-314), Pantaleón Prieto (2015), Vicente Domingo (2014: 324-329) e Yzquierdo Tolsada (2021: 185-187).

relación con una persona; y (iv) antijurídico o ilícito, en el sentido de que el perjudicado no tenga el deber de soportarlo. Si concurren estos requisitos, el deber de reparación alcanza tanto a los daños patrimoniales como a los morales, y, dentro de los primeros, tanto al daño emergente como al lucro cesante.

Por tanto, los daños que puede ocasionar un contenido desinformador pueden llegar allá donde la imaginación alcance, sin perjuicio de los problemas que presenta el nexo de causalidad (al que nos referiremos luego). De este modo, junto a las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor también serían daños derivados de la desinformación las lesiones sufridas al aplicarse un remedio casero peligroso explicado en un periódico digital, la muerte de una persona que se niega a vacunarse tras ser convencida por foros de teóricos de la conspiración que creen que las vacunas son tóxicas, la destrucción de un teléfono móvil al introducirlo en el microondas para cargarlo tras ver un vídeo manipulado que “confirma” esta función, el sufrimiento psicológico, la frustración de un negocio o pérdida de un trabajo como consecuencia de una campaña de desprestigio... En definitiva, se trata de una cuestión casuística que dependerá de las circunstancias, por lo que no se pueden hacer afirmaciones generales en el ámbito de la desinformación. Sí que se puede apuntar, no obstante, que a nuestro parecer la desinformación por sí sola (o «*desinformación como resultado*») no constituye un daño indemnizable si no va acompañada de un daño concreto que el sujeto desinformado se ocasione a sí mismo o a un tercero al actuar en base a un conocimiento distorsionado adquirido. El derecho a la información debe considerarse como instrumental, tendente a garantizar la efectividad de otros derechos, por lo que su mera lesión que no se acompaña de algún daño concreto (material o moral) no debería ser indemnizada⁴⁵.

No obstante, a modo de *lege ferenda* convendría replantearse esta situación. La existencia de un entorno de información veraz y segura es un interés difuso, pero también de gran relevancia, cada día más, para la ciudadanía. Los contenidos manipulados, incluso si no llegan a causar daños concretos a una persona, minan la confianza que el público deposita en la información que circula por las redes, por lo que creemos conveniente perseguirlos también. Al mismo tiempo, sin embargo, aunque lo habitual es atribuir la

⁴⁵ En este sentido, en relación con la desinformación en el ámbito médico (consentimiento informado inexistente o deficiente), Macía Morillo (2020: 599-608). O, en el ámbito del Derecho medioambiental, reconoce Ruda González (2008: 78-89) que el daño ecológico puro, que no afecta a un individuo sino a la colectividad o medioambiente, no es indemnizable en el sistema actual. Además, ha de recordarse que la función del Derecho de daños no es punitiva sino resarcitoria [Pantaleón Prieto (2015)], por lo que por incorrecta que nos parezca una conducta desinformadora, si la misma no desemboca en un daño no debería generar un derecho indemnizatorio.

tutela de estos intereses colectivos y difusos a los poderes públicos⁴⁶, en este caso en concreto no parece que sean los más indicados para asumir esta labor de vigilancia y control, pues es evidente que se presta a abusos y suscita recelos⁴⁷. Por esta razón, parece preferible aprovechar iniciativas que ya han surgido en el sector privado, sobre todo las agencias de verificación o *fact-checking*, reconociéndoles la facultad de ejercitar acciones en beneficio de la comunidad contra los agentes de la desinformación, financiándolas y concediéndoles espacios para informar a la población de los bulos más peligrosos, aunque imponiéndoles paralelamente deberes reforzados de diligencia, auditorías y otros controles para evitar desviaciones de poder.

IV. EL NEXO DE CAUSALIDAD

Una vez abordados el acto, el daño y la imputación subjetiva, falta tratar el que probablemente sea el principal escollo de responsabilidad civil por desinformación: el nexo causal. Sin desviarnos mucho por los tortuosos derroteros de la dogmática, no podemos dejar de apuntar al menos la existencia de graves discrepancias en cuanto a su nomenclatura, contenido y sistemática, habiendo quienes hablan solo de causalidad (que se desdobra en causalidad material y jurídica)⁴⁸, quienes distinguen entre causalidad e imputación objetiva⁴⁹, quienes entienden que la causalidad es siempre normativa y no se puede distinguir entre causa material y jurídica⁵⁰, quienes consideran que la teoría de la imputación objetiva apenas supone una reubicación de elementos de la imputación subjetiva⁵¹, etc. No es este el momento ni el lugar para profundizar en estas cuestiones, por lo que nos limitaremos a seguir el esquema construido por la teoría de la imputación objetiva⁵², que está bastante extendido actualmente, con los oportunos apuntes y matices. Según esta teoría, para hablar de causalidad entre la desinformación y el daño es necesaria la suma de dos componentes: la causalidad *stricto sensu*, que pretende dilucidar desde una perspectiva puramente fáctica si el contenido desinformador intervino en la

⁴⁶ Véase Parra Lucán (2014^a: 863-865), Reglero Campos y Peña López (2011: 240).

⁴⁷ Sobre la pugna entre la necesidad de regular Internet, el posible abuso de poder y el derecho a la libertad de información y expresión al hilo de qué órganos deben ser competentes para requerir a los prestadores de servicios de intermediación la retirada de contenidos, Villar Urbarri (2003: 391-396).

⁴⁸ De Ángel Yáguez (2014: 54-55), De Cuevillas Matozzi (2000: 55-58 y 66-67).

⁴⁹ Pantaleón Prieto (1990: 1561-1562), Plaza Penadés (2016), Reglero Campos y Medina Alcoz (2014: 769-787).

⁵⁰ Medina Alcoz (2018: 12-16).

⁵¹ Reglero Campos (2014: 306 y 307) y Peña López (2011: 118-119). El primero parece valorar más positivamente esta reorganización del sistema y del test de previsibilidad-evitabilidad, mientras que el segundo se limita a reconocerle cierto mérito, sin considerarla un cambio revolucionario.

⁵² En concreto, seguiremos el esquema elaborado (principalmente) por Reglero Campos en el *Tratado de responsabilidad civil* que coordinó, sobre todo en el Capítulo V: Reglero Campos y Medina Alcoz (2014).

producción del resultado dañoso, y la imputación objetiva o causalidad jurídica, que analiza si aquella conducta reviste la entidad causal suficiente para ser considerada determinante del daño a efectos del ordenamiento. Es bastante pacífico que la primera se evalúa según la teoría de la *conditio sine qua non*, de modo que en cada caso habrá que comprobar si, de no haberse realizado la conducta desinformadora (creación del contenido, alojamiento y difusión), se habría materializado igualmente el daño; en caso negativo, la desinformación debe considerarse causa material del daño⁵³. Superado este requisito⁵⁴ es necesario, en segundo lugar, valorar si el daño es imputable objetivamente a la conducta enjuiciada, habiéndose elaborado al efecto una serie de criterios de sobra conocidos. Aunque su concreto número y contenido son discutidos, partiendo de los elaborados por Pantaleón Prieto⁵⁵ –riesgo general de la vida, prohibición de regreso, provocación, incremento del riesgo, fin de protección de la norma–, también se ha dicho que deben tenerse en cuenta las circunstancias preexistentes (ej., patologías de la víctima)⁵⁶, el criterio de la causa adecuada (reduciendo esta teoría de causalidad a criterio de imputación objetiva)⁵⁷ e, inspirándose en los PETL, la naturaleza y valor del bien jurídico lesionado (que se asocian a la diligencia exigible y previsibilidad del daño)⁵⁸.

Asimismo, también se han vinculado a la causalidad la fuerza mayor y el caso fortuito, construcciones basadas (principalmente) en el art. 1105 CC, según el cual nadie responde de los daños imprevisibles o inevitables⁵⁹. El concreto elemento diferencial entre ambas figuras es discutido, aunque a nuestro parecer la propuesta más sistemática es la de la interioridad o exterioridad del daño, de modo que el caso fortuito engloba los accidentes propios de la actividad en cuyo seno se produjo el daño, mientras que la fuerza

⁵³ Así lo entienden Reglero Campos y Medina Alcoz (2014: 774-775).

⁵⁴ Ha de decirse que el test de causalidad material no siempre es necesario para que haya responsabilidad, habiendo casos en que el daño es imputable objetivamente a un sujeto sin que se haya demostrado la causalidad empírica. Así, recoge Peña López (2011: 46-64) el caso de las omisiones (*ex nihilo nihil fit*), las conductas puramente intelectivas (ej.: órdenes, consejos de profesionales), la culpa anónima (miembro indeterminado de un grupo, ej.: accidentes de caza) y la responsabilidad por hecho ajeno. Por remisión, acoge estos casos De Ángel Yáguez (2014: 159-163). También prescinden de la causalidad material en las omisiones y en la culpa anónima Reglero Campos y Medina Alcoz (2014: 807-812 y 817-819).

⁵⁵ Pantaleón Prieto (1990: 1566-1591).

⁵⁶ Reglero Campos y Medina Alcoz (2014: 798). En relación con el caso concreto de la «predisposición constitucional de la víctima», Medina Villanueva (2017: 115-117) matiza que hay que valorar si el agente y/o el dañado conocían tal predisposición.

⁵⁷ En este sentido, Peña López (2011: 20, nota al pie 9). Algunos le dan un mayor protagonismo, entendiendo que la causalidad adecuada permite seleccionar los factores relevantes para, a continuación, comprobar si concurre algún criterio que excluya la imputación objetiva: De Ángel Yáguez (38-39 y 148-150) y Reglero Campos y Medina Alcoz (2014: 780-806).

⁵⁸ Peña López (2011: 101-104).

⁵⁹ Entre otros tantos, Blasco Gascó (2021: 412-413), Reglero Campos y Medina Alcoz (2014: 872-976) e Yzquierdo Tolsada (2021: 299 ss.).

mayor se refiere a riesgos ajenos a la misma; criterio que también ha sido refrendado por la jurisprudencia, tanto civil –STS Sala 1.ª núm. 3/2015, de 04.02.2015 (RJ 2015\2075)– como contencioso-administrativa –STS Sala 3.ª de 21.05.2008 (RJ 2008\2850)–. La principal ventaja de este criterio de distinción es que permite defender un concepto amplio de fuerza mayor (o, mejor, «causa ajena») que abarca cualquier evento externo a la actividad del autor del daño –no solo los sucesos o fenómenos naturales, sino también el hecho de un tercero y la conducta de la víctima– que interviene en el curso causal y desplaza la responsabilidad del agente originario⁶⁰.

Centrándonos en el fenómeno desinformador, la causalidad aparece claramente delimitada en aquellos (pocos) supuestos en que el mero contenido desinformador es dañino. Por ejemplo, si la desinformación consiste en atribuir a un sujeto hechos o calificativos que atentan contra su reputación o propia estima, o en utilizar su semejanza mediante un programa de creación de *deepfakes* para imputarle ciertas afirmaciones, es evidente el nexo causal (material y jurídico) entre el contenido desinformador y la lesión de los derechos al honor y a la propia imagen del tercero.

Lo habitual, sin embargo, es que la desinformación no sea lesiva *per se*, sino por la ulterior actuación de quienes se ven desinformados al verse expuestos a ella, que pueden causarse un daño a sí mismos o a otra persona. Los principales escollos que se proyectan en estos casos sobre la imputación objetiva son, por un lado, los que se derivan de la intervención de estos otros sujetos, y, por otro, las dificultades probatorias y de incertidumbre causal.

IV.1. Intervención de otros sujetos: hecho de la víctima y del tercero

En cuanto al primer grupo de problemas, relacionados con la intervención de actos u omisiones de otros agentes en la causación del daño, la principal dificultad que se presenta es cuándo su intervención interrumpe el título de imputación respecto del creador de desinformación («causa nueva») y cuándo, por el contrario, concurre con él de modo que el daño es imputable a ambos («concausa»)⁶¹.

Si el sujeto desinformado, actuando en base al conocimiento erróneo adquirido, se causa daño a sí mismo, habrá que valorar si hay «culpa» o «hecho de la víctima»,

⁶⁰ Medina Alcoz (2003: 91-98 y 140-144) e Yzquierdo Tolsada (2021: 229-235). También conectan el hecho del tercero y de la víctima con la causalidad Blasco Gascó (2021: 413), De Ángel Yágüez (2014: 47-48), De Cuevillas Matozzi (2000: 168-181), Medina Villanueva (2017: 49-56) y Reglero Campos y Medina Alcoz (2014: 916-958), aunque no lo consideran (en general) una manifestación de fuerza mayor o caso fortuito.

⁶¹ De Cuevillas Matozzi (2000: 121-125).

exclusivo o concurrente con la del agente desinformador. La opción por un término u otro depende en general de si se considera necesario que la conducta de la víctima sea culpable para desplazar la responsabilidad del agente del daño, aunque no siempre es así⁶². A nuestro parecer, al tratarse de un problema de causalidad no es imprescindible que la conducta de la víctima sea culpable para excluir la imputación objetiva respecto del agente desinformador: lo principal es determinar si este podía prever, con un elevado grado de certeza, que alguno de los consumidores de su contenido realizaría el acto dañoso en cuestión y asumió tal riesgo. En caso afirmativo no se puede decir que se haya producido un evento imprevisible o inevitable, ajeno a él y fuera de su ámbito de control, por lo que el nexo causal no debe entenderse cercenado⁶³. A estos efectos habrá que tener especialmente en cuenta, entre otros, el desarrollo intelectual del agente desinformador (ej.: menores de edad), su credibilidad (ej.: divulgadores científicos, humoristas), su propia conducta (ej.: si incita a otros a actuar de una determinada forma), el tamaño y la composición de su audiencia (ej.: personas fácilmente manipulables, como quienes apenas tienen formación, o que se hallan en una situación vulnerable, como los enfermos). Incluso es posible tomar en consideración la culpa de la víctima, en la medida en que las conductas diligentes son (en principio) más predecibles que las negligentes o dolosas, así como si el agente del daño actuó con ánimo de lucro, lo que permitiría exigirle una mayor diligencia⁶⁴.

Si, por el contrario, el sujeto desinformado no se causa un daño a sí mismo sino a otra persona, habrá que valorar qué influencia tiene su intervención («hecho del tercero») sobre la responsabilidad frente a la víctima, o sea, quien ha de responder: el agente desinformador, el sujeto desinformado o ambos. Respecto a la responsabilidad del agente desinformador, en la medida en que hemos subsumido el «hecho del tercero» dentro de

⁶² Quienes entienden que es necesaria la imputación subjetiva de la víctima suelen preferir hablar de «culpa de la víctima», que puede ser «culpa exclusiva de la víctima» o dar pie a la «conurrencia de culpas»; véase De Cuevillas Matozzi (143-147) y Reglero Campos y Medina Alcoz (2014: 948-950). Quienes, por el contrario, precinden de la imputación subjetiva suelen hablar de «hecho de la víctima»; véase De Ángel (2014: 47-48). No obstante, hay excepciones: por ejemplo M. Medina Alcoz habla de «culpa de la víctima» aunque no considera necesario que sea negligente o dolosa: Medina Alcoz (2003: 153-165); mientras que Medina Villanueva (2017: 85) habla de «culpa de la víctima» pero solo considera necesario que haya negligencia en casos de culpa concurrente (no exclusiva).

En cualquier caso, el término «compensación de culpas», aunque extendido, no es considerado correcto en general, siendo preferible hablar de «conurrencia de culpas» o de «causas»: entre otros, De Cuevillas Matozzi (2000: 121), Medina Alcoz (2003: 191), Reglero Campos y Medina Alcoz (2014: 948-950).

⁶³ Salvo cuando el daño que finalmente se manifiesta excede de lo que razonablemente cabía prever, en cuyo caso se suele entender que este exceso no es en principio imputable al agente del daño: Medina Alcoz (2003: 148), Medina Villanueva (2017: 115-117), Reglero Campos y Medina Alcoz (2014: 798).

⁶⁴ López Richart (2020: 391-392), STJUE Sala 2.^a as. C-160/15, de 08.09.2016 (TJCE 2016\254).

un concepto amplio de fuerza mayor o «causa ajena»⁶⁵, solo quedará exento si la intervención del segundo puede calificarse de imprevisible o inevitable en función de las concretas circunstancias del caso. A la inversa, respecto a la responsabilidad del sujeto desinformado que causa un daño a otro, podrá ser exonerado si su conducta vino provocada o determinada por la del agente dañoso, o si este tiene obligación de responder por él⁶⁶. En caso de que ninguno de los dos pueda eximirse de responsabilidad, ambos concurrirán a la reparación del daño en proporción a la aportación causal de cada uno a la producción de tal resultado⁶⁷.

Partiendo de estas consideraciones, a continuación analizaremos las principales hipótesis de concurrencia de causas en el fenómeno desinformador.

IV.1.1. Los sujetos de la responsabilidad civil por desinformación

Antes de entrar de lleno en nuestro análisis, creemos conveniente exponer sucintamente la nomenclatura que utilizaremos en los puntos siguientes, definiendo los distintos sujetos que intervienen en el fenómeno desinformador.

Desde la perspectiva activa, el principal sujeto es el «agente desinformador», concepto que engloba a todas las personas que participan activamente en el proceso de creación o difusión de una información manipulada. Junto a él, hablaremos de «agente material del daño» para referirnos a quien realiza la conducta que, desde una perspectiva fáctica, desemboca en la producción del daño. Y, por último, en la medida en que nuestro análisis se centra en la desinformación a través de las nuevas tecnologías, también habrá que tener en cuenta a los «prestadores de servicios de la sociedad de la información» como sujetos instrumentales del fenómeno desinformador, pues bajo ciertos supuestos se les puede hacer responsables del daño. Desde la perspectiva pasiva, por el contrario, podemos hablar en primer lugar de la «víctima» o «perjudicado» para referirnos a la persona que sufre un daño como consecuencia de la actuación de otra persona; y de «sujeto desinformado» para referirnos a quienes, expuestos al fenómeno desinformador, adquieren un conocimiento errado de la realidad y actúan en base a él.

Con unas definiciones tan amplias no debe extrañarnos que a menudo estas categorías se superpongan. Así, es posible que el sujeto desinformado, al actuar influido por la información manipulada, se ocasione un perjuicio a sí mismo («sujeto

⁶⁵ Yzquierdo Tolsada (2021: 299 ss.).

⁶⁶ De Cuevillas Matozzi (2000: 170-173), Reglero Campos y Medina Alcoz (916-920).

⁶⁷ Así lo afirman por ejemplo De Cuevillas Matozzi (2000: 148-149) y Medina Alcoz (2003: 194) respecto de la culpa de la víctima y, por la similitud de sus posiciones, puede extenderse esta conclusión al hecho del tercero.

desinformado víctima») o a un tercero («sujeto desinformado agente material del daño»), o a ambos («sujeto desinformado víctima y agente material del daño»); o que el agente desinformador sea a la vez agente material del daño (como sucede, por ejemplo, cuando la desinformación conlleva un atentado directo contra los derechos de la personalidad de un sujeto); o que el sujeto desinformado proceda a su vez a desinformar a otros sujetos («sujeto desinformado desinformador» o «sujeto desinformado intermedio» - «sujetos desinformados de segundo nivel» o «sujetos desinformados finales»). Esta es una de las principales dificultades del fenómeno desinformador desde el punto de vista de la causalidad, que resulta enturbiada por el hecho de que la desinformación no solo opera por exposición directa al material original, sino también por la actuación ulterior de quienes, habiendo asumido la información manipulada como cierta, proceden a difundirla.

IV.1.2. El agente desinformado desinformador

Uno de los casos más complicados de resolver desde el punto de vista de la causalidad es la introducción de uno o varios sujetos desinformados desinformadores, cada uno de los cuales se asemeja a un eslabón en una cadena de causalidad cada vez más larga. Al mismo tiempo, no obstante, se trata de un fenómeno harto frecuente, pues como ya se ha explicado la desinformación no suele agotarse en la creación de contenido, sino que es necesario que el mismo se difunda y alcance a otros usuarios de Internet, y para ello a menudo es inestimable la colaboración de la víctima desinformada que, una vez engañada, contribuye a la difusión del mensaje manipulado entre sus contactos. Pues bien, si a raíz de esta actividad de difusión el sujeto desinformado final se ocasiona un daño a sí mismo o a un tercero, cabe preguntarse por la responsabilidad del agente desinformado desinformador.

Resulta aquí relevante recuperar la clasificación que se ha hecho de las conductas de difusión, que, como se ha dicho, pueden adoptar dos formas: la «mera difusión», cuando se transmite el mensaje inalterado y de forma que aparece con claridad que quien lo retransmite no es su autor ni lo asume como propio; y la de «desinformación derivada», cuando la víctima desinformada procede a crear nuevos contenidos desinformadores y a distribuirlos como propios. Pues bien, quien limita su actuación a una mera difusión puede beneficiarse de la exención de responsabilidad prevista para el facilitador de enlaces, siempre que no tenga conocimiento efectivo de la manipulación del contenido enlazado (*vid. supra*). E, incluso si no fuera así, siempre que hubiera obrado con el mínimo de diligencia que le era exigible para comprobar la veracidad del contenido antes de

difundirlo ha de entenderse que no actuó de forma culpable y, por tanto, tampoco entonces se le pueden exigir responsabilidades. De quedar exento de responsabilidad el sujeto desinformado desinformador, la víctima solo podrá dirigir su reclamación contra el agente desinformador original, que en principio seguirá siendo responsable⁶⁸.

Cuando, por el contrario, su conducta constituye una auténtica «desinformación derivada», la situación es más complicada. En general puede afirmarse que el hecho de haber creado él mismo un nuevo contenido, en vez de limitarse a compartir el original, implica una mayor aportación causal y, por tanto, es más difícil que no se le impute objetivamente el resultado, por entero o en concurrencia con el agente originario. No obstante, sigue siendo necesario un análisis caso por caso, que puede revelar por ejemplo que su conducta vino predeterminada por la del agente desinformador original. Visto con un ejemplo: Marc, un *YouTuber* profesional cuyo público está principalmente compuesto por niños, sube un vídeo en el que finge consumir una pastilla de detergente; uno de esos seguidores, Juan, comparte el vídeo con sus amigos por *WhatsApp*, y les dice que él también lo ha hecho y no le ha pasado nada; y, finalmente, su amigo Miguel se convence y decide probarlo, sufriendo importantes lesiones. En este caso (enrevesado, pero no necesariamente disparatado⁶⁹), puede entenderse que la conducta de Juan, a pesar de ser un supuesto de desinformación derivada, venía determinada por la de Marc y, por tanto, solo a este se le pueden pedir responsabilidades.

IV.1.3. Las redes sociales y otros prestadores de servicios de intermediación

El segundo gran problema que debemos abordar desde la perspectiva de la causalidad es el encaje de las redes sociales y demás intermediarios en la causación del daño.

Hay que recordar que conforme a la LSSI (y la DCE) estos sujetos solo responden cuando concurren dos requisitos cumulativos: (i) que hayan incumplido sus deberes de diligencia en la detección y retirada de contenidos ilícitos, y (ii) que esta falta de

⁶⁸ Ha de advertirse, no obstante, que la exoneración del sujeto desinformado desinformador se basa en la falta de imputación subjetiva, no en la negación de la causalidad. Por tanto, el agente desinformador aún puede quedar exento de responsabilidad si prueba que la actuación del sujeto desinformado desinformador constituye una fuerza mayor imprevisible e inevitable para él (ej.: si estaba vinculado por un acuerdo de confidencialidad y lo quebrantó al proceder a la difusión), además de cualesquiera otros factores que pueden excluir la responsabilidad, como pueden ser la fuerza mayor o el caso fortuito, la causa exclusiva de la víctima o del tercero, o su inimputabilidad subjetiva.

⁶⁹ El reto viral de consumir –o simular consumir– pastillas de detergente fue un fenómeno en 2018: <https://www.lavanguardia.com/vida/20180117/4469279921/tide-pod-challenge.html> (07.04.2022). No nos parece tan inverosímil que un niño, en su afán de atención por parte de sus compañeros, mienta sobre haberlo intentado personalmente.

diligencia haya contribuido a la producción del daño. La duda que se plantea entonces es cuál debe ser el alcance de su responsabilidad.

Encontramos en este punto algunas similitudes entre la posición de los prestadores de servicios de intermediación con los supuestos que regula el art. 1903 CC, especialmente el del empresario en cuanto a los actos de sus auxiliares y dependientes. De confirmarse la aplicabilidad de este régimen, su responsabilidad alcanzaría a la totalidad del daño de forma directa y solidaria con el autor del contenido, sin perjuicio de la acción de regreso contra este en caso de pagar. Esto nos obliga a hacer una breve incursión en la denominada –con más o menos acierto, según distintos autores– «responsabilidad por hecho ajeno». La interpretación que hoy parece predominar es que se trata en realidad de una responsabilidad por hecho propio, generalmente una omisión, que permite emprender acciones contra quien, teniendo una posición preeminente de control o cuidado respecto de otro, o bien instigó o bien posibilitó la conducta dañosa de este sujeto dependiente de manera culpable (*culpa in eligendo, in vigilando o in educando*)⁷⁰. No se puede dejar de mencionar, sin embargo, la posición de quienes sostienen que es una auténtica responsabilidad por hecho ajeno de corte objetivo, donde la relación de dependencia opera como un criterio normativo para afirmar una causalidad que no existe en sentido fáctico⁷¹. La primera lectura, con todo, nos parece más fiel al texto de la norma y más satisfactoria en sus resultados.

Conviene aquí apuntar que la aplicación analógica de las reglas del art. 1903 CC a supuestos distintos es una cuestión controvertida en la doctrina⁷², y que incluso entre quienes la defienden es frecuente exigir que el nexo de dependencia aparezca claramente definido⁷³. El problema será entonces determinar cuándo hay o no dependencia. En este punto, es indudable que los creadores de contenidos digitales tienen una cierta subordinación respecto de los prestadores de servicios de intermediación, especialmente en el caso de las redes sociales, que muchas veces influyen en los contenidos que crean sus usuarios de internet (ej.: los creadores de contenidos profesionales se ven “coaccionados” a alterar los contenidos que publican para adaptarse a los cambios de

⁷⁰ En este sentido, Atienza Navarro (2021: 531-539), Gómez Calle (2014: 1053-1068) y Parra Lucán (2014b: 927-945), aunque las tres reconocen que la práctica jurisprudencial revela importantes tendencias objetivadoras. También comparte en líneas generales esta opinión Carrasco Perera (2020: 105-109), aunque prescinde de las ideas de *culpa in vigilando, in educando o in eligendo*, que no considera que aporten nada respecto de la culpa ordinaria del art. 1902 CC. Implícitamente, también parece acoger esta posición Blasco Gascó (2021: 400).

⁷¹ Peña López (2011: 53-60).

⁷² Véanse en este sentido Puig Brutau (1994: 631) y Roca Trías y Navarro Michel (2020: 175).

⁷³ Por todos, Gómez Calle (2014: 1071-1072).

estrategia de las plataformas o buscadores y que el algoritmo no los condene al ostracismo, lo que influye en su remuneración⁷⁴). Sin embargo, no parece que la intensidad de esta dependencia sea suficiente para equipararse a los casos previstos en el art. 1903 CC, de modo que, sin perjuicio de que nos parezca conveniente que el legislador lo establezca así a futuro, actualmente no nos parece que sea posible su aplicación analógica.

Por tanto, ha de entenderse que la responsabilidad de la red social (u otros intermediarios) deberá someterse también al régimen general del art. 1902 CC y, consecuentemente, será proporcional al peso de su aportación causal en la producción del daño, como sucedería con cualquier otro sujeto. A tal efecto habrá que valorar todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, debiendo advertir del peligro de pasar por alto la relevancia que tienen los algoritmos de recomendación de contenidos en la difusión de ideas en la sociedad virtual actual.

IV.2. Dificultades probatorias: mecanismos de facilitación y flexibilización

Junto con los problemas de concurrencia de causas, y en estrecha relación con ellos, debemos hacer referencia a las dificultades probatorias que se presentan con relación al nexo causal. En no pocas ocasiones será difícil determinar quién es el concreto causante del daño dentro de un grupo (por ejemplo, si el sujeto que se causa un daño a sí mismo fue desinformado por contenidos creados por varios agentes independientes⁷⁵), o no será posible saber con la certeza suficiente si una conducta es o no causa del daño. En la medida en que la carga de la prueba compete por regla general al perjudicado⁷⁶, puede resultar casi imposible que su reclamación prospere incluso en casos especialmente sangrantes y graves. Ante este problema, se han elaborado principalmente dos tipos de soluciones: la facilitación de la prueba y la flexibilización de la prueba.

⁷⁴ Véase la siguiente entrada de blog que detalla el funcionamiento del algoritmo de *YouTube*, así como sus objetivos de negocio han provocado cambios en la producción de contenido por sus usuarios a lo largo de los años: <https://blog.hootsuite.com/how-the-youtube-algorithm-works/> (07.04.2022). Este tipo de prácticas degeneran en contenidos desarrollados para satisfacer al algoritmo, a menudo a expensas de la propia calidad de aquellos. Por ejemplo, desde el punto de vista académico se ha apuntado a la degradación de la calidad de las noticias influida por el ritmo frenético de publicación y la búsqueda de interacción propios de los servicios digitales: Pauner Chulvi (2018: 298).

⁷⁵ Por supuesto, si los creadores de la desinformación actuaron de forma coordinada no habrá problema en hablar de coautoría, reclamándoles responsabilidades de forma solidaria: De Cuevillas Matozzi (2000: 223-270). Visto con un ejemplo, en 2014 varios usuarios de Internet se confabularon para extender por las redes un “anuncio” en el que se informaba de una característica del último modelo de *iPhone* que permitía cargarlo en el microondas, dando pie a que algunos usuarios dañaran sus teléfonos y microondas: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/moviles-dispositivos/iphone-ipad/20140922/54416229595/broma-anima-cargar-bateria-iphone-microondas.html> (07.04.2022). La responsabilidad de los bromistas, en su caso, sería en calidad de coautores.

⁷⁶ Reglero Campos y Medina Alcoz (2014: 819-825).

Los mecanismos de facilitación de la prueba pretenden influir sobre el estándar probatorio, rebajando los requisitos para considerar demostrada la causalidad (u otros elementos relevantes para el juicio). Una posibilidad son las presunciones, que permiten dar por probados hechos en base a unos indicios y reglas de experiencia, recogidas por el legislador (art. 385 LEC) o por el Juez (art. 386 LEC); de este modo, por ejemplo, podría establecerse que, por lo general, si se acredita que el sujeto desinformado tenía poco discernimiento puede darse por probada la causalidad entre el contenido desinformador y su actuación, pues tales sujetos son más influenciables. Otra posibilidad es la inversión de la carga de la prueba, que se apoya principalmente en el art. 217.7 LEC⁷⁷, el cual concede a los Jueces la facultad de atender a la disponibilidad y facilidad probatoria de cada parte a la hora de distribuir la carga de la prueba. Se establece así un sistema que pivota sobre la carga dinámica de la prueba, de modo que si ninguna de las partes puede demostrar tener razón más allá del estándar de prueba preponderante (que se suele identificar con el 50%) la incertidumbre debe resolverse en perjuicio de quien partía de una mejor posición para probar su postura⁷⁸. Esto es relevante para el caso que nos ocupa sobre todo en relación con las redes sociales, pues a menudo estarán en una mejor posición que el perjudicado para explicar el funcionamiento de sus algoritmos de recomendación y en qué medida influyeron estos en la circulación de un contenido desinformador (ej.: si el usuario buscó el contenido en cuestión o le fue sugerido por la plataforma).

Los mecanismos de flexibilización de la prueba, por el contrario, no pretenden influir sobre el estándar de prueba, sino sobre las consecuencias de la incertidumbre sobre la responsabilidad, vinculando el *quantum* de la indemnización imputable de cada sujeto a la probabilidad de que su conducta contribuyera a la producción del daño. Se propone superar así el sistema actual de reparación, que opera en términos binarios –si la prueba supera el 50% de convicción, se indemniza todo; si no, no hay indemnización ninguna–, e instaurar un modelo gradual que distribuye entre las partes las consecuencias de la incertidumbre. Nuestro ordenamiento contempla algunos supuestos aislados, como los accidentes cinegéticos, donde se responsabiliza solidariamente a todos los miembros de la partida si no consta quién es el autor material del daño (art. 33 de la Ley 1/1970, de 04.04.1970, *de Caza* [BOE núm. 82, de 06.04.1970]), por lo que la discusión en la

⁷⁷ Pérez Vallejo (2021: 642).

⁷⁸ Medina Alcoz (2018: 16-18).

doctrina es si es posible y/o deseable extender este sistema analógicamente para darle una aplicación general a cualquier caso de incertidumbre causal⁷⁹ o si, por el contrario, debe restringirse solo a algunos casos concretos⁸⁰. La segunda posición nos parece más prudente, dado el carácter a nuestro entender excepcional de aquellas reglas.

En la práctica se viene reconociendo la aplicación de dos mecanismos vinculados a estas teorías que pueden sernos útiles para afrontar los problemas de los daños derivados de la desinformación: la culpa anónima y la pérdida de oportunidad.

La culpa anónima o causalidad alternativa aborda el problema de la concurrencia a la causación de un daño de una pluralidad de agentes, cuando hay un elevado grado de convicción de que alguno de ellos causó el daño pero no es posible identificar cuál. En estos casos se entiende que el anonimato del causante no debe exonerarle de responsabilidad⁸¹, de modo que se opta por atribuir la responsabilidad a todos los miembros del grupo, por lo general de forma solidaria⁸². Una aplicación de la culpa anónima es la responsabilidad por cuota de mercado, que distribuye la indemnización entre los productores de un producto dañino en proporción a su peso en el mercado específico⁸³. Por su similitud con este supuesto creemos que, en el caso de que los contenidos desinformadores que pudieron desencadenar el daño se hayan distribuido a través de distintas redes sociales, sería buena idea responsabilizar a todas según esta regla, siendo recomendable que el legislador lo regule expresamente.

La pérdida de oportunidad, por otro lado, implica que cuando hay un cierto grado de seguridad de que si el agente hubiera actuado de otra forma no habría acaecido el daño, pero no la certeza necesaria según el estándar aplicable, podrán imponérsele responsabilidades en proporción al grado de certidumbre⁸⁴. Para justificar esta solución se suele decir que no se indemniza el daño real que finalmente se manifiesta, sino el valor de la posibilidad de haberlo evitado, truncada por la conducta del agente, aunque en algún caso la jurisprudencia ha reconocido que constituye un «*régimen especial de imputación*

⁷⁹ Medina Alcoz (2018: 42-44), Reglero Campos y Medina Alcoz (2014: 840-843). También creemos que se muestra partidario de esta posibilidad, aunque no expresamente, Peña López (2011: 62-64).

⁸⁰ Especialmente, De Vicente Domingo (1994: 42-43), y, de manera implícita, Gregoraci Fernández (2020: 817-818), con mención a Martín Casals y Solé Feliú.

⁸¹ Múrtula Lafuente (2006: 3-4).

⁸² Así lo señalan, por ejemplo, Blasco Gascó (2021: 400-402) y Domínguez Luelmo (2017: 261-263). En la jurisprudencia, *vid.* STS Sala 1.ª de 08.07.1988 (RJ 1988\5681).

⁸³ Medina Alcoz (2018: 10-11), Ruda González (2003: 1-4).

⁸⁴ Gallardo Castillo (2015: 36-39), Medina Alcoz (2018: 10-11), Pérez Vallejo (2021: 642-644), Reglero Campos y Medina Alcoz (2014: 830). También Asúa González (2020), al hilo de la STS Sala 2.ª núm. 831/2015, de 29.12.2015 (RJ 2015\5715).

probabilística que permite reparar en parte el daño» (STS, Sala 1.^a, 948/2011, de 16.01.2011 [RJ 2012\1784], FD 3). Así entendida, sería un mecanismo útil en el ámbito de la responsabilidad civil por desinformación, donde a menudo podrán hallarse indicios serios de causalidad pero será difícil probarla suficientemente.

Para concluir este apartado debemos resaltar que los mecanismos de facilitación y flexibilización de la prueba expuestos se refieren a la causalidad. No se ve alterada, por tanto, la naturaleza de la responsabilidad civil de los agentes del daño, de modo que aún será necesario probar el resto de requisitos y, especialmente, el título de imputación subjetiva del agente dañoso⁸⁵.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

El objetivo de este trabajo, como ya se advertía en la introducción, es determinar si se pueden exigir responsabilidades civiles por los daños derivados de la desinformación transmitida por medio de nuevas tecnologías. La pregunta, en apariencia sencilla, es sin embargo enormemente compleja, como creemos que ha quedado demostrado; y por eso la respuesta debe ser un ambiguo «depende». Depende, en primer lugar, de si el acto de desinformación se califica como un acto de creación, que es una modalidad de provisión de contenidos y, por tanto, se sujeta al régimen general de responsabilidad, o de difusión, que se beneficia de las exenciones de responsabilidad de la LSSI. También depende, en segundo lugar, de si se llega a materializar un daño concreto. No creemos que la mera «*desinformación como resultado*», aunque envenene el discurso público y mine la confianza en las herramientas de información, pueda generar responsabilidad civil en nuestro sistema actual. Depende asimismo, en tercer lugar, de si el nexo causal entre la desinformación y el daño aparece lo suficientemente definido como para poder exigir responsabilidades al autor de aquella. Cuantos más eslabones nos apartemos del autor del contenido desinformador, cuantos más actores intervengan y cuanto mayor sea el protagonismo de los sujetos desinformados (binomio mera difusión-desinformación derivada), más difícil será acreditar la cadena de causalidad precisa para exigir responsabilidades. Por último, y esto es crucial, depende también de que todos los elementos anteriores se puedan demostrar en el proceso civil, sin que el demandante goce por principio de presunciones o reglas específicas de inversión de la carga de la prueba a su favor.

Por tanto, podemos afirmar que hoy el Derecho de daños no es una herramienta

⁸⁵ Véase Asúa González (2020) y Pérez Vallejo (2021: 640).

eficiente para luchar contra la desinformación. No obstante, a futuro, y aquí es necesaria la intervención coordinada de nuestro legislador y del legislador europeo, hay importantes medidas que pueden tomarse para hacerlo más eficiente. Las mismas han sido desgranadas en su mayoría a lo largo del trabajo, pero para empezar sería conveniente regular de forma sistemática este fenómeno, dotándolo de un régimen propio que se adecúe a sus idiosincrasias.

En particular, creemos necesario reformar el régimen de responsabilidad de algunos supuestos intermediarios que en realidad contribuyen activamente a la desinformación, sobre todo las redes sociales, relajando los requisitos para responsabilizarlas e invirtiendo las reglas de carga de la prueba en algunos casos. Además, convendría imponerles ciertos deberes de diligencia en cuanto a la detección de contenidos desinformativos, tal vez incluso configurar su responsabilidad en términos similares a los que el art. 1903 CC prevé respecto del empresario por los actos de sus dependientes, asignándole una responsabilidad directa y solidaria pero con una posible acción de regreso contra él (asignándole así a la empresa el riesgo de insolvencia, en vez de a la víctima). También convendría objetivar en cierta medida su responsabilidad, atendiendo a los riesgos que generan sus algoritmos⁸⁶, y regular expresamente algunos mecanismos de flexibilización o facilitación de la prueba, tanto de la causalidad como de la culpabilidad de algunos de estos agentes.

Asimismo, debe darse un papel protagonista a las agencias de verificación u otras iniciativas privadas, aunque siempre con mecanismos de control para evitar abusos. A dichas agencias cabría encomendar, muy especialmente, la labor de reclamar ante los tribunales las responsabilidades que puedan surgir por «desinformación como resultado» (donde no hay daños concretos, sino a un interés difuso como es la exactitud y veracidad de las informaciones que consumimos). Pero también, dada la lentitud de la Justicia en nuestro país y el vertiginoso ritmo al que se transmite la información, podrían asumir algunas funciones de prevención: aunque en ningún caso cabe atribuirles el poder de ordenar la retirada de contenidos, pues es una forma de censura que requiere siempre intervención de un órgano judicial, sí que se les podrían conferir otro tipo de facultades

⁸⁶ En este punto las perspectivas son optimistas, pues existe una Propuesta de Reglamento de la UE que pretende regular la responsabilidad por el uso de inteligencia artificial. La propuesta pretende establecer un régimen omnicompreensivo –es decir, por todos los daños que puedan ocasionar– basado en la imputación de responsabilidad por gestión del riesgo, lo que se traduce en responsabilizar a quien se encuentra en la mejor posición para evitar el riesgo generado por el algoritmo que finalmente se materializa. En el caso de la desinformación, esto facilitaría reclamar responsabilidades a las redes sociales, que sin duda son las que tienen más control sobre dicho algoritmo.

menos invasivas (ej.: requerir a la red social para que advierta a sus usuarios de que un contenido al que pretenden acceder contiene informaciones probablemente falsas o manipuladas).

Finalmente, es necesaria una labor de educación y concienciación pública. Es frecuente oír que uno no puede creerse todo lo que encuentra en Internet, pero pocas veces asumimos nuestra responsabilidad en este fenómeno desinformativo generalizado. Todos hemos compartido con nuestros amigos un dato o noticia en Internet sin comprobar antes su veracidad, o hemos hecho una afirmación contundente en un foro público sin tener realmente pruebas que la sustenten. Todos hemos sido, en definitiva, agentes de la desinformación en algún momento. Para acabar con ella no solo tenemos que aprender a ser más escépticos y rigurosos con los contenidos que consumimos, sino también con los que creamos y compartimos en Internet. Y, en este punto, convendría que desde las instituciones del Estado se promovieran mensajes, políticas públicas e iniciativas en este sentido.

Bibliografía

APARICIO VAQUERO, J. P. (2003): «El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información», *RDNT* núm. 2/2003 (pp. 87–111).

APARICIO VAQUERO, J. P. (2008): «La protección de los usuarios consumidores en sus relaciones con los proveedores de contenidos y servicios en Internet», en COTINO HUESO, L. (coord.): *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant Lo Blanch, Valencia (pp. 601-642).

ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2020): «Incertidumbre causal y pérdida de oportunidad», *CCJC*, núm. 112 (pp. 207-226).

ATIENZA NAVARRO, M. L. (2021): «La responsabilidad civil por hecho ajeno», en CLEMENTE MEORO, M. E. (Coord.) y COBAS COBIELLA, M. E. (Dir.): *Derecho de daños*, T. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (pp. 531-563).

BADOSA COLL, F. (2015): «Artículo 1101: Daños y perjuicios de las obligaciones» y «Artículo 1103: Responsabilidad procedente de negligencia en las obligaciones», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., *et al.* (Dirs.): *Comentario del Código Civil*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (libro electrónico).

BLASCO GASCÓ, F. de P. (2021): «La relación de causalidad», en CLEMENTE MEORO, M. E. (Coord.) y COBAS COBIELLA, M. E. (Dir.): *Derecho de daños*, T. I, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (pp. 397-428).

- BUSTO LAGO, J. M. (1998): *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Tecnos, Madrid.
- BUSTO LAGO, J. M. (2002): «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 542 (pp. 1–6).
- BUSTO LAGO, J. M. (2014): «Capítulo XV. La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)», en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. (Coords.): *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, Aranzadi, Cizur Menor (5.ª ed.), (pp. 597-747).
- CARRASCO PERERA, Á. (1989): «Artículo 1101», en ALBALADEJO, M. (Dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, Vol. 1, EDERSA, Madrid (pp. 374-444).
- CARRASCO PERERA, Á. (2020): «Revisión conceptual de la imputación y prueba de la culpa aquiliana», en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Coord.): *Derecho de Daños 2020*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid (pp. 91-164).
- CAVANILLAS MÚGICA, S. (2007): «La responsabilidad civil en Internet», en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Ed. Dykinson, Madrid (pp. 103-129).
- CLEMENTE MEORO, M. E., y CAVANILLAS MÚGICA, S. (2003): *Responsabilidad civil y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Ed. Comares, Granada.
- CONDE BUESO, I., y DÍEZ LÓPEZ, I. (2003): «Artículos 13 y 16», en CREMADES GARCÍA, J. y GONZÁLEZ MONTES, J. L. (Coords.): *La nueva Ley de Internet (Comentarios a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico)*, Ed. La Ley, Madrid, (pp. 259-269 y 283-287).
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2008): «Capítulo III. Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (I). La conducta. La culpabilidad», en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, T. I, Ed. Bosch, Barcelona (2.ª ed.) (pp. 219-328).
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2014): *Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la «imputación objetiva» y otros extremos*, Ed. Civitas, Cizur Menor.
- DE CUEVILLAS MATOZZI, I. (2000): *La relación de causalidad en la órbita del*

Derecho de daños, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2011): *Derecho Privado de Internet (Estudios y Comentarios Legislativos Civitas)*, Ed. Civitas, Cizur Menor (4.^a ed.) (consultado en formato electrónico).

DÍEZ-PICAZO, L. (2000): *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid (2.^a ed.).

DÍEZ-PICAZO, L. (2008): *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. II, Ed. Civitas, Cizur Menor (6.^a ed.).

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2017): «Las relaciones entre los responsables del daño en casos de solidaridad impropia», en PRATS ALBENTOSA, R. y TOMÁS MARTÍNEZ, G. (Coords.): *Culpa y responsabilidad*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (pp. 259-285).

GALLARDO CASTILLO, M. J. (2015): «Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46 (pp. 35-66).

GARCÍA VICENTE, J. R., y LÓPEZ MAZA, S. (2015): «Artículo 65», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (2.^a ed.), (pp. 904-911).

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2004): «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P. Su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Intelectual», en *pe.I. (Revista de Propiedad Intelectual)*, núm. 16 (pp. 55-104).

GÓMEZ CALLE, E. (2014): «Capítulo VI. Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno», en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coords.): *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (5.^a ed.), (pp. 971-1104).

GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2020): «La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)», *ADC*, Vol. 73-2 (pp. 807-822).

JORDANO FRAGA, F. (1984): «Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código Civil español», *ADC*, Vol. 37-1 (pp. 109-155).

LÓPEZ RICHART, J. (2020): «La responsabilidad de las redes sociales y otros prestadores de servicios de alojamiento por los contenidos generados por sus usuarios», en HERRADOR GUARDIA, M. J. (coord.): *Derecho de Daños 2020*, Ed. Francis Lefebvre,

Madrid (pp. 377-442).

MACÍA MORILLO, A. (2020): «El daño derivado de la falta de información médica», en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Coord.): *Derecho de Daños 2020*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid (pp. 531-622).

MEDINA ALCOZ, L. (2018): «La equidistribución del coste de la incertidumbre causal en el Derecho de daños», *CEFLegal*, núm. 211-212 (pp. 5-48).

MEDINA ALCOZ, M. (2003): *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

MEDINA VILLANUEVA, J. E. (2017): *La culpa del dañado en la responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Comares, Granada.

MINERO ALEJANDRE, G. (2017): «Tobias Mcfadden contra Sony Music y otras sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de ponderación entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos a la protección de datos personales y de la intimidad, la libertad de empresa y la libertad de expresión e información», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21 (pp. 249-264).

MONTES PENADÉS, V. L. (2007): «La responsabilidad por dolo», en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Ed. Dykinson, Madrid (pp. 717-746).

MÚRTULA LAFUENTE, V. (2006): «Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil», *InDret*, 2/2006 (pp. 1-28).

OLMO Y ROMERO, J. L. (2019): «Desinformación: concepto y perspectivas», página web del Real Instituto Elcano. http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari41-2019-olmoromero-desinformacion-concepto-y-perspectivas (02.03.2021).

PANTALEÓN PRIETO, F. (1990): «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en APDC (Eds.): *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Ed. CEURA, Madrid (pp. 1561-1591).

PANTALEÓN PRIETO, F. (1991): «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, Vol. 44-3 (pp. 1019-1091).

PANTALEÓN PRIETO, F. (2015): «Artículo 1902: Responsabilidad extracontractual», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., et al. (Dirs.): *Comentario del Código Civil*, Ed. Aranzadi,

Cizur Menor (libro electrónico).

PARRA LUCÁN, M^a A. (2014.a): «Capítulo 27. La responsabilidad civil extracontractual», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (coord.): *Curso de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 2, Edisofer, Madrid (4.^a ed.) (pp. 859-876).

PARRA LUCÁN, M. A. (2014.b): «Capítulo 29. Responsabilidad por hecho ajeno», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (coord.): *Curso de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 2, Edisofer, Madrid (4.^a ed.), (pp. 927-945).

PAUNER CHULVI, C. (2018): «Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la Red», en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41 (pp. 297-318).

PEGUERA POCH, M. (2001): «Transcripción de la ponencia «La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet», *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet*, Barcelona, 22-23.11.2001. Disponible en <<https://www.uoc.edu/in3/dt/20080/index.html>> (07.04.2022).

PEGUERA POCH, M. (2007): *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet*, Ed. Comares, Granada.

PEGUERA POCH, M. (2011): «Sobre la necesidad de revisar el marco legal de exclusión de responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación», en COTINO HUESO, L. (coord.): *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia (pp. 256-268).

PEÑA LÓPEZ, F. (2002): *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002.

PEÑA LÓPEZ, F. (2011): *Dogma y Realidad del Derecho de Daños: Imputación Objetiva, Causalidad y Culpa en el Sistema Español y en los PETL*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

PÉREZ VALLEJO, A. M. (2021): «Incertidumbre causal y cálculo probabilístico del daño por pérdida de oportunidad», *RCDI*, núm. 783 (pp. 639-664).

PLAZA PENADÉS, J. (2016): «Artículo 1902» en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, F.J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.): *Código Civil Comentado*, Vol. IV, Aranzadi, Cizur Menor (2.^a ed.), (pp. 1454-1464).

PUIG BRUTAU, J. (1994): *Compendio de Derecho civil*, Vol. II, Bosch, Barcelona (2.^a ed.).

REGLERO CAMPOS, L. F. (2014): «Capítulo II. Los sistemas de responsabilidad civil»,

en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (coords.): *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (5.ª ed.), (pp. 66-263).

REGLERO CAMPOS, L. F., y PEÑA LÓPEZ, F. (2014): «Capítulo I. Conceptos generales y elementos de delimitación», en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (coords.): *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor (5.ª ed.), (pp. 265-315).

REGLERO CAMPOS, L. F., y MEDINA ALCOZ, L. (2014): «Capítulo V. El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor», en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. (Coords.): *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, Aranzadi, Cizur Menor (5.ª ed.) (pp. 767-970).

ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M. (2020): *Derecho de daños: textos y materiales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (8.ª ed.).

RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, B. (2014): «Los sistemas de responsabilidad contractual: entre la responsabilidad por culpa y la *strict liability*», *RDC*, Vol. 1, N.º 4 (pp. 155-187).

RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVERRÍA, B. (2016): «Artículo 1104», en CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, F.J., y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.): *Código Civil Comentado*, Ed. Civitas, Cizur Menor (2.ª ed.) (pp. 116-120).

RUDA GONZÁLEZ, A. (2003): «La responsabilidad por cuota de mercado a juicio», *InDret*, 3/2003 (pp. 1-34).

RUDA GONZÁLEZ, A. (2008): *El Daño Ecológico Puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor.

SANTOS BRIZ, J. (1984): «Artículo 1902», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. ALBALADEJO, Dir.), T. XXIV, EDESA, Madrid (1.ª ed.) (pp. 99-560).

VICENTE DOMINGO, E. (1994): *Daños corporales: tipología y valoración*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994.

VICENTE DOMINGO, E. (2014): «Capítulo III. El daño», en REGLERO CAMPOS, L. F., y BUSTO LAGO, J. M. (Coords.): *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (5.ª ed.), (pp. 317-462).

VILLAR URÍBARRI, J. M. (2003): «Capítulo V. El régimen jurídico de los prestadores

de servicios de la sociedad de la información», en MATEU DE ROS CEREZO, R. y LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, M. (coords.): *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, 1.ª ed., pp. 387-413.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2021.a): *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Ed. Dykinson, Madrid (2.ª ed.),

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2021.b): *Responsabilidad civil extracontractual: Parte general*, Ed. Dykinson, Madrid (7.ª ed.).

Relación jurisprudencial

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE Sala 3.ª as. C-484/14, de 15.09.2016 (TJCE 2016\255): onerosidad de los servicios de la sociedad de la información.

STJUE Sala 2.ª as. C-160/15, de 08.09.2016 (TJCE 2016\254): ánimo de lucro y diligencia en servicios de la sociedad de la información.

STJUE Sala 1.ª as. C-18/18, de 03.10.2019 (TJCE 2019\215): Facebook como prestador de servicios de intermediación.

STJUE Sala 1.ª as. C-65/20, de 10.06.2021 (TJCE 2021\157): régimen de responsabilidad por servicios defectuosos.

STJUE Gran Sala as. C-682/18 y C-683/18, de 22.06.2021 (TJCE 2021\161): YouTube como prestador de servicios de intermediación.

Tribunal Constitucional

STC Sala 1.ª 41/1994, de 15.02.1994 (RTC 1994\41): reportaje neutral.

STC Sala 2.ª 76/2002, de 08.04.2002 (RTC 2002\76): reportaje neutral.

STC Sala 1.ª 53/2006, de 27.02.2006 (RTC 2006\53): reportaje neutral.

STC Sala 2.ª 6/2020, de 27.01.2020 (RTC 2020\6): definición de información veraz.

STC Pleno 172/2020, de 19.11.2020 (RTC 2020\172): diferencia entre libertad de opinión e información.

STC Pleno 8/2022, de 27.01.2022 (JUR 2022\69639): diferencia entre libertad de opinión e información en el ámbito Internet.

Tribunal Supremo

STS Sala 1.ª de 08.07.1988 (RJ 1988\5681): autor indeterminado de un grupo y responsabilidad solidaria.

STS Sala 1.ª 72/2011, de 10.02.2011 (RJ 2011\313): conocimiento efectivo cuando la

ilicitud del contenido es patente.

STS Sala 2.^a 831/2015, de 29.12.2015 (RJ 2015\5715): engaño bastante como elemento subjetivo del delito de estafa.

STS Sala 1.^a 386/2016, de 07.06.2016 (RJ 2016\2343): reportaje neutral.

STS Sala 1.^a 297/2016, de 05.05.2016 (RJ 2016\2451): conocimiento efectivo y sistemas de control del alojador de contenidos.

STS Sala 1.^a 105/2019, de 19.02.2019 (RJ 2019\613): pérdida de oportunidad.

STS Sala 1.^a 235/2020, de 02.06.2020 (RJ 2020\1541): conocimiento efectivo por los intermediarios de la sociedad de la información de la ilicitud del contenido.

STS Sala 1.^a 226/2021, de 27.04.2021 (RJ 2021\1946): conocimiento efectivo por los intermediarios de la sociedad de la información de la ilicitud del contenido.

Audiencias Provinciales

SAP Islas Baleares, Sección 3.^a, 124/2020, de 26.03.2020 (JUR 2020\154580): Twitter como prestador de servicios de intermediación.

Juzgados de lo Mercantil

AJM Madrid 7 448/2008, de 21.11.2008 (AC 2008\1974): *Youtube* como prestador de servicios de intermediación.

SJM Madrid 7 289/2010, de 20.09.2010 (AC 2010\1462): *Youtube* como prestador de servicios de intermediación.

ESTUDIO DE LAS SINGULARIDADES DE LA ACCIÓN DE DESLINDE Y CARACTERIZACIÓN RESPECTO DE OTRAS ACCIONES CERCANAS

*Study of the singularities of the action to define property lines and differences with
other related actions*

GEMMA MINERO ALEJANDRE

gemma.minero@uam.es

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Universidad Autónoma de Madrid

Cómo citar/Citation

Minero Alejandre, V. (2022).

Estudio de las singularidades de la acción de deslinde y caracterización respecto de
otras acciones cercanas.

Cuadernos de Derecho Privado, 2, pp. 89-133

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.19>

(Recepción: 04/04/2022; aceptación tras revisión: 27/04/2022; publicación: 30/04/2022)

Resumen

La acción de deslinde se encuadra dentro de las acciones dirigidas a la protección de los derechos reales. En el presente trabajo se analizan sus características y los efectos del ejercicio de la acción, regulados en los artículos 384 a 387 CC, así como los requisitos para poder ejercitarla. Se busca trazar una línea divisoria con otras figuras afines, como son la acción reivindicatoria y la acción declarativa.

Palabras clave

Deslinde, derechos reales, acción reivindicatoria, acción declarativa, amojonamiento.

Abstract

The action to define property lines aims to protect the rights in rem. This paper analyses the characteristics as well as the effects or consequences of the exercise of this action and the conditions to enable the action, which are regulated in articles 384-387 of the Civil Code. This paper aims to distinguish this action from another related lawsuits, such as the action for the recovery of ownership or the declaratory action of ownership.

Keywords

Action to define property lines, rights in rem, actions claiming ownership, demarcation.

SUMARIO

I. CONTEXTUALIZANDO LA PROBLEMÁTICA DEL DESLINDE CON UNA SENTENCIA RECIENTE. II. BREVE ESBOZO DE LA RAZÓN DE SER DE LA FIGURA DEL DESLINDE. III. UNA INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE DESLINDE COMO FACULTAD DEL DOMINIO Y DE LOS OTROS DERECHOS

REALES. IV. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN CIVIL DE DESLINDE. IV.1. La confusión entre linderos como requisito *sine qua non* de la acción de deslinde. IV. 2. En particular, sobre los tipos de deslinde. IV. 3. Sobre el deslinde voluntario. IV. 4. Sobre el deslinde contencioso. IV.4.1. Exigencias de la acción de deslinde. IV.4.2. Algunas precisiones jurisprudenciales sobre el requisito de la confusión de los linderos. V. ALGUNAS ACLARACIONES SOBRE LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA EN LA ACCIÓN DE DESLINDE. VI. CRITERIOS LEGALES A APLICAR POR EL JUEZ EN LA PRÁCTICA DEL DESLINDE. VII. EL AMOJONAMIENTO POSTERIOR AL DESLINDE. VIII. PROFUNDIZANDO EN LA RAZÓN DE SER DE LA ACCIÓN DE DESLINDE: ALGUNAS SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN DE DESLINDE Y OTRAS ACCIONES REALES. IX. ALGUNAS CONCLUSIONES. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. CONTEXTUALIZANDO LA PROBLEMÁTICA DEL DESLINDE CON UNA SENTENCIA RECIENTE

El 17 de enero de 2022, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictaba una sentencia en virtud de la que resolvía el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Montes Vecinales en Mano Común de Lornes, demandada en el pleito del que esta sentencia trae causa¹. La parte recurrida, la Comunidad de Montes Vecinales en Mano Común de Fontecova, fue quien planteó la acción declarativa de dominio y la acción de deslinde sobre una zona de este monte, el monte Casal Vello, que vendría a estar siendo invadida por la comunidad vecinal demandada, a pesar del claro límite perimetral que supondría el río que las separa². Se busca obtener una declaración del alcance o perímetro del Monte de Fontecova en su colindancia sur con el otro monte en mano común gallego. Tanto la sentencia de instancia como la de la Audiencia Provincial aprecian la línea divisoria en el río o "Rego da Cova", y consideran acreditado el título inmemorial del uso por los demandantes, por lo que estiman la pretensión de la actora³. Esta reciente sentencia es interesante por varias cuestiones que serán objeto de análisis en este trabajo.

¹ Sentencia 6/2022 del TSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección Especial), de 17 enero (RJ 2022\2050).

² Si bien en el texto de la sentencia que se comenta únicamente se habla del ejercicio de la acción declarativa de dominio, el estudio de su contenido permite inferir el ejercicio acumulativo de la acción de deslinde. La frecuencia con la que ambas acciones se ejercitan en paralelo o de forma sucesiva, así como la habitual confusión entre ambas -y con la acción reivindicatoria- es una de las cuestiones que serán objeto de estudio en este trabajo.

³ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Caldas de Reis de 24 de septiembre de 2020 y sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, 3ª, 174/2021, de 29 de abril (JUR 2021, 209801).

Sirvan estas primeras líneas para contextualizar algunos de los problemas jurídicos que genera el ejercicio de la acción de deslinde.

En primer lugar, téngase en cuenta la solicitud de la comunidad vecinal demandada acerca de la necesaria apreciación de litisconsorcio pasivo necesario, por lo que solicita la nulidad de las actuaciones y la concesión de plazo para dirigir la demanda contra una tercera comunidad vecinal. Argumentación esta última muy frecuente en las contestaciones a la demanda de deslinde. En la tesis de la demandada, el monte litigioso pertenece a tres comunidades vecinales: Fontecova, Rogadío y Lornes. Como quiera que la demanda se dirige únicamente por Fontecova contra Lornes, esta última comunidad vecinal considera que la sentencia podría afectar a Rogadío, que no ha sido parte.

El TSJ aclara una cuestión sobre la que tendremos ocasión de volver en este trabajo: no se aprecia ningún error en la argumentación de la sentencia. Entiende que la sentencia dictada no afecta a la Comunidad de Rogadío, cuyos eventuales derechos en el monte Casal Vello estarían en otra zona diferente. El actual pleito se refiere únicamente a la zona de la colindancia con el río Rego da Cova, sin que dicho terreno haya sido discutido ni reclamado por los vecinos de Rogadío, que estarían más al norte. La acción de deslinde, por tanto, únicamente se plantea contra quienes vienen desconociendo el derecho dominical de la actora en la concreta zona controvertida, sin que sea necesario traer al pleito a los titulares de derechos sobre fincas colindantes respecto de otros linderos que no sean discutidos.

En segundo lugar, debe destacarse la diversidad de pronunciamientos contenidos en el fallo de la sentencia de instancia, confirmados en las dos resoluciones posteriores: dos pronunciamientos declaratorios y uno condenatorio. A saber: 1º) Se declara que la línea definida por el río se corresponde con la línea que inmemorialmente ha servido de límite entre los montes vecinales. 2º) Se declara que la porción de monte vecinal denominado *Casal Vello*, de una superficie de 22.647 metros cuadrados, situado al Norte de dicha línea perimetral, es propiedad de la comunidad vecinal demandante. 3º) Se condena a la comunidad vecinal demandada a abstenerse en lo sucesivo de invadir o realizar cualquier tipo de actuación o gestión en el monte *Casal Vello*. Esta breve reseña ilustra la diversidad de contenidos que pueden y suelen conformar el fallo de una sentencia que resuelva sobre la acción de deslinde.

A modo de adelanto, sirvan estas líneas para reflexionar si -a falta de una efectiva aclaración en la sentencia que se comenta- no estaríamos ante un supuesto de acumulación de: 1) una acción declarativa del dominio, con la que se pretende obtener la declaración de la titularidad del terreno correspondiente al monte *Casal Vello*; 2) una acción de deslinde, con la que se pretende fijar el perímetro y la extensión de la finca de la comunidad vecinal demandante; y, 3) finalmente, una acción reivindicatoria, con la que perseguir el efectivo -y promiscuo- uso del terreno litigioso por parte del monte vecinal demandado. Sobre esta cuestión se volverá más adelante, con el objetivo de tratar de delimitar los conceptos y requisitos de las acciones de deslinde, reivindicatoria y declarativa de dominio.

II. BREVE ESBOZO DE LA RAZÓN DE SER DE LA FIGURA DEL DESLINDE

Desde siempre, la identificación y trazado de los límites de las propiedades han dado lugar a frecuentes disputas. Sobre todo, como indica DE SALAS MURILLO (2021), cuando las escrituras públicas de transmisión de la propiedad son tan antiguas que no proporcionan información suficiente para identificar los límites de la finca, o incluso su misma situación⁴. A ello se añade el hecho de que una finca no es o no siempre es una porción de terreno delimitada necesariamente por accidentes físicos apreciables⁵.

La solución a estos conflictos se ha buscado a través del concepto de deslinde, como medio de defensa del derecho de propiedad -y de los otros derechos reales- que es. El conocimiento de la delimitación de las fincas es esencial para sus titulares, pero también para los posibles interesados en su tráfico jurídico, así como, en general, para todo tercero, como obligado respetar la propiedad de los demás.

La acción civil de deslinde se encuentra regulada en el artículo 384 CC. Por su parte, los artículos 385 a 387 CC prevén los criterios aplicables por el juez para decidir sobre dicha acción, así como el orden a seguir en la decisión judicial (STS, 1ª, núm. 158/2006, de 15 febrero [RJ 2006\4441])⁶.

⁴ De Salas Murillo (2021, apartado Introducción, versión *Proview*). Nos remitimos al estudio de esta obra en relación con la evolución histórica, desde el Derecho romano hasta la actualidad, de la figura del deslinde.

⁵ En este sentido puede citarse Lacruz Berdejo, quien afirma que los límites «son mera consecuencia del derecho real de propiedad, sin el cual la superficie terrestre sólo estaría interrumpida –pero no delimitada– por los accidentes físicos» (cfr. Lacruz Berdejo, 2003: 55).

⁶ Por su parte, el *Código Civil de Cataluña* regula el concepto de deslinde -denominado «delimitación»- y los criterios aplicables en sus artículos 544-9 a 544-12.

La acción de deslinde generalmente se ejercita en relación con fincas rústicas, dado que, en el caso de fincas urbanas, suele ser menor la probabilidad de que los contornos no se encuentren delimitados con precisión, si bien la regulación de la figura del deslinde no se circunscribe a un tipo concreto de finca, lo que permite su ejercicio tanto en fincas urbanas como en fincas rústicas⁷. Así se ha planteado, por ejemplo, en el caso de plazas de garaje cuya delimitación se había realizado por rayas pintadas en el suelo⁸.

Algunos de estos conflictos generados tradicionalmente se podrán evitar con la actual relación Registro de la Propiedad-Catastro. La modificación del artículo 10.5 LH llevada a cabo en 2015 extiende la presunción de exactitud del artículo 38 LH a los datos sobre ubicación y delimitación geográfica, en los casos en que se hubiera alcanzado la coordinación Catastro-Registro mediante el acceso de la representación gráfica de la finca al Registro⁹. Hasta entonces, el hecho de que dos fincas colindantes estuvieran inscritas en el Registro de la Propiedad no implicaba que por ello tuvieran que estar perfectamente delimitadas, dado que la presunción de exactitud de lo inscrito no podía extenderse a la descripción de la extensión y los linderos de los inmuebles que se contuviera en el correspondiente folio registral. La presunción de exactitud registral quedaba limitada a la existencia del derecho real y la pertenencia a su titular inscrito.

El fin último de esta reforma normativa no es otro que la consecución del mayor ajuste entre la realidad catastral y registral y la realidad física. El legislador ha tenido en cuenta el potencial de las técnicas modernas de representación gráfica de las fincas, que queda muy lejos de la mera descripción por su relación con los predios colindantes. Con todo, las disputas se seguirán produciendo cuando no exista una perfecta concordancia

⁷ Díaz Fuentes (2009:51).

⁸ Acerca de la aplicación de la acción de deslinde a plazas de garaje, véase la SAP Madrid, 11ª, de 29 de mayo de 2002 (JUR 2003, 47221). En este caso, se consideró que no podía prosperar la acción de deslinde, al entender la AP que la existencia de las líneas amarillas pintadas en el suelo del garaje constituye una perfecta delimitación del objeto, lo que excluye la incertidumbre o elimina todo tipo de colindancia confusa y, con ello, se impide también la posibilidad de ejercicio de la acción de deslinde. Distinta solución habría recibido el pleito si las líneas divisorias se hubieran borrado, si nunca hubieran existido o si hubieran sido dibujadas únicamente por uno de los propietarios, sin contar con la aprobación o anuencia del otro. El grueso de la argumentación de la AP gira en torno a la adquisición de varias plazas de garaje como cuerpo cierto, lo que convierte en irrelevante el alegato sobre la diferencia de cabida de estas y las convierte en objetos con perímetros perfectamente delimitados.

⁹ Modificación introducida por el artículo primero de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de *Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo* (BOE de 25 junio).

entre finca registral y parcela catastral con la realidad física o cuando ésta no se respete en la negociación extrarregistral, lo que sucede en no pocas ocasiones.

III. UNA INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE DESLINDE COMO FACULTAD DEL DOMINIO Y DE LOS OTROS DERECHOS REALES

Con la acción de deslinde se solicita «la delimitación exacta de su propiedad inmobiliaria por medio de la determinación de la línea perimetral de cada uno de los predios limítrofes»¹⁰. Tiene, pues, un efecto individualizador o identificador de los confines de la cosa sobre la que recae el derecho real, con el objetivo de señalar el perímetro de la finca o de corregir las posibles inexactitudes sobre la demarcación. La sentencia que se dice debe fijar con exactitud los linderos de las fincas o, al menos, las bases para la determinación precisa de las lindes en ejecución de sentencia, sin margen de decisión. Por tanto, el fallo no debe contener una simple aproximación, ni puede remitirse a un futuro acuerdo de las partes.

La eficacia demarcadora de esta acción declarativa facilita, asimismo, el ejercicio de otras facultades del dominio y de los otros derechos reales existentes sobre la finca objeto del deslinde y condiciona dicho ejercicio (STS, 1ª, de 16 de octubre de 1990)¹¹. En particular, prepara cualquier acción real -la reivindicatoria u otras- que precise de la identificación material del objeto de derecho¹². A modo de ejemplo, el hecho de disponer de información exacta sobre la ubicación y cabida de la finca es especialmente útil para el posterior ejercicio de la facultad de libre disposición de la finca por su propietario, bien mediante acto de enajenación, bien mediante constitución de gravámenes.

De acuerdo con el TS, «desde el punto de vista del derecho civil, el deslinde y amojonamiento se puede estudiar como una de las facultades del dominio -la de exclusión- o desde el punto de vista de la extensión en sentido horizontal del derecho de propiedad o -cuando se pretende judicialmente por el ejercicio de una acción- como un aspecto de la protección del derecho de propiedad»¹³.

¹⁰ Por todas, SSTS, 1ª, 298/2010, de 14 de mayo (RJ 2010\3698) y 773/2013 de 10 diciembre (RJ 2014\355).

¹¹ RJ 1990\7872. El deslinde de una finca consiste en la delimitación del derecho sobre la propia finca, dando certeza a sus límites con respecto de cada uno de los predios limítrofes, lo que se traducirá en seguridad para el ejercicio de cualquier derecho real que pueda existir sobre esa finca. Véase Vitalia Nicuesa y Méndez, 2000: 7; y Bertolá Navarro (2017: p. 5).

¹² En este sentido, Montés Penadés (1990: 226).

¹³ STS, 1ª, 132/2015, de 9 marzo (RJ 2015\979), FJ II.

Precisamente esta función del deslinde explica la importante confusión que se produce entre esta acción y la acción arquetípica de tutela de la propiedad, la acción reivindicatoria. La principal diferencia es que la acción reivindicatoria presupone un despojo ya cometido y, por ello, tiene una función de recuperación posesoria, de la que carece, en sentido estricto, la acción de deslinde. Por otro lado, la acción de deslinde tampoco pretende obtener declaraciones sobre la propiedad¹⁴. Por tanto, para obtener esta declaración será necesario el ejercicio de la acción declarativa de dominio. Con todo, en muchos casos, el actor pretenderá varias de estas cosas: por un lado, la determinación previa de la identidad de la finca que es de su propiedad y, seguidamente, la reivindicación de la posesión y/o el reconocimiento de su título de propiedad de lo comprendido dentro del perímetro deslindado. De ahí la utilidad de ejercitar de forma conjunta estas acciones. Un ejemplo de ello es la sentencia del TSJ de Galicia de 17 de enero de 2022, con cuya reseña se inicia este trabajo.

La frecuencia con la que esto ocurre y la existencia de ciertas similitudes entre estas tres acciones nos obliga a dedicar un apartado de este trabajo a tratar de trazar las diferencias entre los conceptos y de aclarar el posible valor de cosa juzgada de cada procedimiento. Ello con el fin de evitar, por ejemplo, que se utilice de manera encubierta la acción de deslinde como forma de conseguir los efectos de la acción reivindicatoria, siendo las condiciones exigidas para el ejercicio de cada una de estas acciones diferentes.

La distinción entre estos tres tipos de acciones es, en ocasiones, complicada, dada la coincidencia de efectos que en algunos supuestos se producen. Y es que, en la práctica, mediante el ejercicio de la acción de deslinde, se consigue, más que una declaración, una verdadera adjudicación, a quien resulte ser el propietario, de la que había sido una zona dudosa. De ahí que, en estos casos, la eficacia de la sentencia que se dicte parece que supera la eficacia común de una resolución de carácter declarativo, y se asemeja más a un efecto constitutivo del derecho. A modo de ejemplo, así sucede, como veremos en otro apartado de este trabajo, cuando el terreno litigioso se distribuye a partes iguales entre demandante y demandado, por aplicación del criterio regulado en el artículo 386 CC, o

¹⁴ Dado que la acción de deslinde no sirve para hacer cesar la perturbación que pudiera estar causando el propietario de la finca vecina, será necesario el ejercicio de la acción reivindicatoria si la parte actora pretende la condena a que se le restituya la posesión de la franja de terreno reclamado. Por todas, cabe citar la STS, 1ª, 101/1997 de 10 febrero (RJ 1997\938).

de forma proporcional con la cabida de cada finca, en base al criterio decisorio previsto en el artículo 387 CC.

Además del emplazamiento, el resultado de la acción de deslinde también permite conocer la extensión superficial de la finca. En efecto, en caso de estimación de la acción de deslinde, la sentencia que se dicte fijará la línea perimetral exterior de la finca y, como consecuencia de ello, también determinará la extensión superficial del inmueble¹⁵. Este doble efecto se pone de manifiesto por la Asociación de Profesores de Derecho Civil en la redacción del artículo 334-4.1 de la *Propuesta de Código Civil*. Esta propuesta de *lege ferenda*, cuya redacción corrió a cargo del Profesor MARTÍN PÉREZ, indica: «*Todo propietario tiene derecho a deslindar su finca con citación de los dueños de las fincas colindantes para determinar su superficie real y concretar los límites de la finca*»¹⁶.

Una vez practicado el deslinde, se ejercite o no posterior reivindicación, el demandado debe respetar la propiedad que corresponde al demandante de acuerdo con los linderos que se han determinado por sentencia, aun cuando dicha sentencia no condene expresamente al demandado a restituir a la parte actora la superficie que hasta ese momento podría estar siendo poseída por el demandado¹⁷.

De acuerdo con el artículo 1965 CC, la acción de deslinde es imprescriptible. Rasgo que la convierte en una vía de tutela muy atractiva para el propietario de una finca si se compara con otras acciones reales sobre bienes inmuebles que sí tienen fijado un concreto plazo de prescripción.

Antes de iniciar el estudio de las características de la acción de deslinde, debe hacerse una precisión referida a la figura de la usucapión. Aun a falta de mención expresa en los artículos 384 y ss. CC, debe tenerse presente que la posesión en exclusiva de la porción de terreno en disputa por uno de los propietarios de las dos fincas colindantes puede conducir a la adquisición de dicha franja por usucapión cuando se cumplan las

¹⁵ En este sentido también se ha pronunciado De Salas Murillo (2021, §.1). No puede perderse de vista el hecho de que, en ocasiones, cuando se inicia la acción de deslinde se desconoce la cabida exacta de la finca del actor, pero también sucede otras veces que dicha cabida sí es conocida con precisión, mientras que lo dudoso es la ubicación de los concretos linderos. Se conocerá la cabida de manera indubitada cuando el bien inmueble se hubiera adquirido a razón de precio por unidad de medida.

¹⁶ De ahí la crítica que merece la redacción del artículo 544-10.b) del *Código civil de Cataluña*, en el que se recogen los requisitos para el ejercicio de la acción de delimitación y amojonamiento, exigiendo la prueba «*del derecho de propiedad y de la superficie de la finca*». La prueba de la superficie resultará problemática cuando no consta en los títulos o cuando estos son contradictorios, como sucede en no pocas ocasiones.

¹⁷ Sobre la acumulación de ambas acciones se volverá más adelante.

condiciones previstas en los artículos 1940 y ss. CC¹⁸. En tal caso, no procederá la acción de deslinde que pretenda ser ejercitada por persona distinta de quien ha usucapido el terreno¹⁹.

De ahí que el artículo 349 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en la redacción dada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, *de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo*, advierta, tras regular la legitimación activa de la acción de deslinde, lo siguiente: «*Los límites aparentes de una finca que hayan permanecido indiscutidos durante treinta años no podrán ser revisados a estos efectos*».

IV. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN CIVIL DE DESLINDE

IV.1. La confusión entre linderos como requisito *sine qua non* de la acción de deslinde

La acción civil de deslinde no procede cuando el límite entre fincas no genere dudas, esto es, cuando el propietario considera que el terreno que posee se corresponde con su título y se tenga conocimiento exacto de la línea perimetral de cada propiedad colindante (STS, 1ª, núm. 298/2010, de 14 de mayo [RJ 2010\3698]).²⁰ Circunstancia que puede darse bien porque existen elementos naturales, tales como caminos o ríos que delimiten con exactitud los puntos cardinales de la finca²¹, bien porque el propietario de la finca, por acuerdo con el propietario del predio colindante o con anuencia de éste, ha añadido elementos objetivos de cierre o separación, como pueden ser cerramientos, muros, paredes, setos o árboles plantados expresamente, con los que dibujar la línea perimetral que separa esa finca de las colindantes, siempre y cuando ésta no cree

¹⁸ El ejercicio de la acción de deslinde carece de sentido cuando el propietario colindante ya ha adquirido la finca o parcela por prescripción adquisitiva.

¹⁹ En los casos en los que sea el demandado quien alegue la efectiva prescripción adquisitiva de la franja de terreno en conflicto con el demandante de la acción de deslinde habrá de formular reconvencción y ejercitar una acción declarativa del dominio. De ahí que, aunque la acción de deslinde se considere imprescriptible, esta afirmación debe entenderse sin perjuicio de la posible prescripción adquisitiva del terreno afectado.

²⁰ En este sentido, la confusión de linderos constituye presupuesto indispensable para la práctica del deslinde (por todas, SSTS de 14 enero 1936 [RJ 1936\72]; de 8 julio 1953 [RJ 1953\2030], 9 febrero 1962 [RJ 1962\949]; 2 abril 1965 [RJ 1965\1962]; 27 mayo 1974 [RJ 1974\2106]; y de 27 abril 1981 [RJ 1981\1664]).

²¹ De especial interés en este punto es el Auto del TSJ de Galicia, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 10 mayo 2006 (JUR 2007\275320), en el que se refleja el dato de que muchos montes vecinales de mano común gallegos no se encuentran delimitados por elementos añadidos por el ser humano propios del objetivo de delimitación, sino por «*elementos físicos tales como "penas" o piedras de tamaño singular, fuentes, cruceros, cruces, muros, caminos, así como por los diferentes accidentes geográficos como cumbres, ríos y vaguadas o "quenllas" de los montes, etc.*» (FJ I).

ambigüedades²². En estos casos, se suele afirmar que no existe confusión entre los linderos de las fincas colindantes, ni desde el punto de vista material, ni desde el punto de vista jurídico, como condición *sine qua non* para el ejercicio la acción de deslinde²³.

Sin embargo, la existencia de signos externos de separación entre dos fincas no es sinónimo de certidumbre en la determinación de los linderos cuando dicha separación se creó de forma unilateral o de manera no pacífica por uno de los propietarios, en desacuerdo o sin la aprobación del propietario de la finca colindante (SSTS, 1ª, 25 junio 2007 (RJ 2007, 3547) y 29 septiembre 2009 (RJ 2009, 7259)²⁴. En estos casos, surgirán dudas sobre la delimitación efectiva, luego habrá confusión jurídica o subjetiva entre los linderos, aunque pueda no existir como tal confusión física aparente o confusión objetiva. Del mismo modo, la desaparición de un signo externo anteriormente existente -así, por ejemplo, un camino tomado como punto de referencia que haya desaparecido como realidad física- puede generar confusión en la delimitación de los predios y dar origen a

²² Actuación que se realiza en ejercicio del derecho de todo propietario a cerrar o cercar sus fincas «por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquiera otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas», tal y como prevé el artículo 388 CC. Por su parte, como *lege ferenda*, la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil se refiere, asimismo, a la posibilidad de cierre de la finca mediante «carteles y otros símbolos semejantes» (artículo 334-5.1). El cerramiento es un acto de mera facultad con la que se impide la entrada de terceros. Al ejercicio de esta facultad no pueden oponerse los titulares de predios colindantes, salvo si existe una previa falta de determinación de los linderos. Aunque esta facultad no prescriba, sí cabe adquirir por prescripción servidumbres que contradigan o maten ese cerramiento.

²³ Tampoco procederá la acción de deslinde cuando existe un signo externo de aparente separación entre dos fincas, pero una de las partes logra probar que dicho signo tiene una finalidad diferente a la de servir de medianería, como puede ser evitar el paso de animales. Por todas, véase la SAP Jaén, 1ª, 210/2019, 27 febrero de 2019 (JUR 2019\107930).

²⁴ Téngase en cuenta la advertencia contenida en la STS, 1ª, núm. 298/2010, de 14 mayo (RJ 2010\3698): «es la confusión real de linderos o, lo que es lo mismo, la inexistencia de datos físicos delimitadores de las fincas la que hace necesario el deslinde, sin que pueda confundirse la existencia real de linderos con la afirmación de alguna de las partes interesadas en el sentido de precisar por dónde deben discurrir los mismos según su tesis» (FJ II). Téngase presente la doctrina del TS acerca de la venta de una finca como cuerpo cierto, según la cual, determinado el objeto de forma clara y precisa por sus linderos, como puede ser por los accidentes geográficos, caminos o elementos delimitadores de fincas contiguas, «la fijación de la superficie de la finca no resulta esencial, pues vendedor y comprador convienen en la transmisión de un espacio concreto y conocido por ambos» (SSTS de 4 abril 1979 [RJ 1979\1270] y 10 mayo 1982 [RJ 1982\2562]). Esta exigencia no se cumplirá cuando se fijen los linderos, pero éstos no estén perfectamente definidos por los cuatro puntos cardinales. Así ocurría, por ejemplo, en el supuesto de hecho que dio origen al litigio resuelto por la STS, 1ª, 636/2009 de 29 septiembre (RJ 2009\7259), en la que, teniendo en cuenta la inexistencia de fijación de linderos claros y definidos en el acto de compraventa de las fincas que habían sido segregadas de otra propiedad de los vendedores, el Alto Tribunal afirma «se impone la necesidad del deslinde según el derecho que a todo propietario atribuye el artículo 384 del Código Civil, pues la acción de deslinde resulta procedente cuando los límites de los terrenos estén confundidos de forma tal que no se pueda tener conocimiento exacto de la línea perimetral de cada propiedad, tendiendo a poner claridad en una linde incierta; (...) incertidumbre que, en el caso de la segregación, nace de la propia fijación de linderos efectuada en el contrato al quedar alguno de ellos como incierto, sin que la procedencia, e incluso la necesidad del deslinde, quede desvirtuada por el hecho de que el comprador haya efectuado una delimitación unilateral mediante cerramiento de lo que entiende que le corresponde, pues tal actuación no puede ser por sí definidora de su derecho» (FJ IV).

la acción de deslinde (SSTS, 1ª, 14 febrero 1994 [RJ 1994\1475] y núm. 298/2010, de 14 de mayo [RJ 2010\3698]).

IV.2. En particular, sobre los tipos de deslinde

Cuando no existan signos externos, la fijación de la línea divisoria entre fincas únicamente se establecerá mediante la remisión al dato de su colindancia con el resto de los predios limítrofes. Esta fijación puede provenir de un acuerdo de las partes -siendo dicho acuerdo una forma de transacción, con la que o bien se evita un pleito o bien se pone fin al litigio ya iniciado- o, cuando exista alguna discrepancia, los sujetos pueden acudir al expediente de jurisdicción voluntaria o al deslinde contencioso.

Para ser oponible a terceros, el acuerdo privado de deslinde ha de constar en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, lo que impide el ejercicio de la acción de deslinde tanto de las partes de dicho acuerdo como de posibles terceros futuros adquirentes de las fincas sobre las que versa dicho acuerdo, al haber dejado de existir incertidumbre sobre los perímetros de los predios colindantes. Nótese que este tipo de deslinde privado o contractual no tiene regulación expresa en la normativa vigente²⁵.

La práctica del deslinde en vía contenciosa se sigue a través del juicio declarativo, ordinario o verbal, que corresponda a la cuantía del litigio, conforme a las normas generales de procedimiento de la LEC²⁶. La falta de acuerdo en la vía voluntaria puede abocar a las partes al deslinde judicial o bien estas pueden acudir directamente al deslinde contencioso sin intentar previamente un deslinde de tipo voluntario.

Entre las propuestas de *lege ferenda* que han abordado esta figura, la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho civil es especialmente didáctica y clara, en particular en relación con dos puntos. El primero, referido a la

²⁵ Con todo, el deslinde contractual ha sido comúnmente admitido por la doctrina y por la propia Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en resoluciones de 4 de mayo de 2016 (RJ 2016\3006) y 28 de septiembre de 2017 (RJ 2017\4629). Véase, por todos, Ordás Alonso (2019: 1755). Eso sí, tras la reforma de 2015 de la legislación hipotecaria, es más difícil esa actuación por la exigencia de aportación de datos catastrales y georreferenciación de las fincas (artículos 200 y 201 LH, tras su modificación por la Ley 13/2015).

²⁶ De acuerdo con el artículo 249 LEC, se decidirán en juicio ordinario las demandas cuya cuantía excedan de 6000,00 €. En juicio verbal, las demandas cuya cuantía esté por debajo (artículo 250 LEC). El artículo 251 LEC prevé que para determinar la cuantía de las acciones de deslinde, amojonamiento y división de la cosa común se debe estar al valor de los bienes al tiempo de interponerse la demanda, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase. De acuerdo con el artículo 252 LEC, en caso de acumularse varias acciones reales referidas a un mismo bien inmueble -pensemos, por ejemplo, en la acumulación de la acción de deslinde con la reivindicatoria o la declarativa y con la acción de rectificación registral-, la cuantía no puede ser superior al valor de la cosa litigiosa.

enumeración de tipos de deslinde y la identificación de la subsunción de cada uno de los supuestos de hecho en cada uno de ellos²⁷. El segundo, indicativo del carácter vinculante de los criterios de decisión sobre el deslinde únicamente en el procedimiento judicial, y no así en los dos tipos de deslinde voluntario²⁸.

IV.3. Sobre el deslinde voluntario

La regulación del expediente de jurisdicción voluntaria se encuentra en los artículos 104 a 107 LJV, en el caso de fincas no inscritas, que conceden competencia para ello al Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia del lugar donde estuviera situada la finca o la mayor parte de la misma²⁹, y en los artículos 200, 201 y 203 LH, en su versión modificada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, cuando hablamos de fincas inscritas, tramitándose este último ante Notario hábil para actuar en el distrito notarial en donde radiquen las fincas o en cualquiera de los distritos notariales colindantes a dicho distrito³⁰.

Para ninguno de estos dos tipos de deslinde voluntario encontramos normas equivalentes a los artículos 385 a 387 CC. El hecho de que ni la LJV ni la LH prevean los criterios que se aplican en la práctica del deslinde -a diferencia de lo que sucede con el deslinde judicial- no es óbice para que estos criterios decisorios sean tenidos en cuenta a la hora de alcanzar el acuerdo de deslinde, pero no podrán imponerse a los interesados³¹.

El expediente puede iniciarse por el propietario de una finca o por cualquiera de los copropietarios, en caso de comunidad de bienes, así como por los propietarios de las distintas fincas colindantes (artículo 105.2 LJV)³². El acuerdo de iniciación se notificará

²⁷ Artículo 334-4, apartados 3 a 5.

²⁸ Artículo 334-4, apartados 5 y 6. Este carácter no imperativo de los criterios decisorios en caso de deslinde voluntario no es una novedad, pues rige también en la actualidad, pero se echa en falta una expresa mención en el CC.

²⁹ Estas normas son las que resultarán de aplicación cuando el expediente de deslinde se promueva por persona que no tiene la finca inscrita en el RP, aunque afecte a fincas colindantes inscritas.

³⁰ El expediente previsto en el artículo 200 LH será de aplicación cuando la finca de la que sea titular el promotor esté inscrita en el RP, aunque no lo estén todas o alguna de las colindantes. En este sentido, Ordás Alonso (2019: 1756). Coincidimos con esta autora en que el regulado en el artículo 200 LH ha de ser también el procedimiento unitario a seguir cuando un único expediente haya varios promotores y unos tengan sus fincas inscritas y otros no, dado que este procedimiento se dirige tendencialmente a la inscripción del deslinde de la finca. Aunque para la finca no inscrita no pueda inscribirse el deslinde por falta de previa inscripción, sí será posible la inscripción del deslinde respecto de la finca inscrita.

³¹ Sobre esta cuestión, *vid.* Ordás Alonso (2019: 1764).

³² La intervención de abogado es preceptiva en la mayoría de supuestos, toda vez que el artículo 105.3 LJV la contempla como obligatoria siempre que el valor de la finca fuera superior a 6000,00 €.

a cuantas personas ostenten derechos sobre las fincas colindantes que puedan verse afectados.

De acuerdo con el artículo 106 LJV, el promotor del expediente debe aportar la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca objeto del deslinde y de las colindantes, así como los justificantes que sirvan de fundamento a su pretensión y certificación registral, en caso de estar inscrita alguna de las fincas, y los domicilios de los titulares de las fincas colindantes, en caso de conocerlos el promotor³³. Cuando esa certificación no coincida con el deslinde solicitado, deberá aportar también representación gráfica georreferenciada del predio suscrita por técnico competente, de modo que permita su incorporación al Catastro una vez practicado el deslinde.

Admitida la solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia comunica el inicio del expediente a los interesados, que podrán realizar alegaciones y presentar pruebas en el plazo de 15 días. Tras ello, se les citará al acto de deslinde para buscar la avenencia entre ellos. Téngase presente la reducida efectividad del resultado del expediente de jurisdicción voluntaria de deslinde: esta está condicionada al acuerdo efectivo entre los titulares de derechos reales sobre fincas colindantes que concurrieron a ese expediente. Por el contrario, la oposición de uno de ellos implica el sobreseimiento total del expediente, cuando únicamente hubiera dos fincas con linderos en disputa o bien el sobreseimiento parcial, de la parte del expediente referido al concreto deslinde de su finca, cuando hubiera tres o más fincas con perímetros en disputa. En estos casos, la determinación de los linderos con la finca del sujeto opositor solamente podrá realizarse mediante la figura del deslinde contencioso regulada en el artículo 384 CC.

De lograrse el acuerdo entre todos los interesados o parte de ellos, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto y hará constar en un acta todo cuanto acuerden respecto de los linderos, incluyendo una descripción literaria de la finca objeto de deslinde e incorporando la certificación catastral descriptiva y gráfica y, en el supuesto de discordancia con ésta, la representación gráfica alternativa aportada, y archivará las

³³ Esto último a efectos de las notificaciones que han de hacerse en el expediente. Si bien, en principio, la notificación se realizará en los domicilios registrales y catastrales, si el promotor conociere un nuevo domicilio, deberá expresarlo así a estos efectos. En este sentido también se ha pronunciado Ordás Alonso (2019: 1773).

actuaciones, remitiendo testimonio del acta y del decreto al Catastro, con el objetivo de que puedan realizarse las alteraciones catastrales que correspondan³⁴.

En el caso de fincas inscritas, hablamos de un procedimiento de deslinde registral (artículo 198 LH), compuesto por una fase notarial y una vertiente registral³⁵. El Notario que actúe en este procedimiento comunicará el inicio del expediente no sólo a todos los interesados, para que puedan hacer alegaciones y presentar pruebas, sino también al propio Registro de la Propiedad, en donde se hará constar mediante nota al margen de la inscripción de dominio. Esta comunicación resulta crucial, toda vez que si el Registrador, a la vista de las circunstancias concurrentes en el expediente y del contenido del historial de las fincas en el Registro de la Propiedad, albergase dudas fundadas sobre la posibilidad de que el acuerdo de deslinde alcanzado encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria, debe suspender la inscripción solicitada (artículo 200, párrafo sexto, LH).

De lograrse el acuerdo total o parcial entre los titulares de derechos reales sobre las fincas colindantes acerca de todos o de algunos de los linderos -sea acuerdo expreso o sea falta de oposición-, se hará constar en escritura pública, procediendo el Notario a notificar la rectificación realizada a la Dirección General del Catastro, que, tras validarla, la incorporará al Catastro (artículo 200, párrafo quinto, LH y 18.2.c de la Ley del Catastro Inmobiliario)³⁶. Sin embargo, esta remisión al Catastro no procederá cuando la escritura

³⁴ Lo mismo se hará si el acuerdo fuese parcial, respecto de alguno o algunos de los linderos, de acuerdo con el artículo 200, párrafo quinto, LH. *Vid.* Ordás Alonso (2019: 1767).

³⁵ El Notario que actúe en el procedimiento, en caso de lograr el acuerdo entre los interesados acerca del deslinde sus fincas, lo hará constar en escritura pública, pero será el Registrador quien resuelva el expediente y, en su caso, practique el asiento registral correspondiente. De ahí la doble naturaleza notarial y registral.

³⁶ La obligación de información del notario a la Dirección General del Catastro sobre la rectificación realizada se regula en el artículo 18.2.c) del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario*. La obligación de información debe cumplirse dentro de los cinco días siguientes a la formalización del documento público. Cuando se aporte el plano de las fincas, representado sobre la cartografía catastral, el procedimiento es especialmente expeditivo, toda vez que, de acuerdo con esta norma, «la alteración se realizará en el plazo de cinco días desde su conocimiento por el Catastro, de modo que el notario pueda incorporar en el documento público la certificación catastral descriptiva y gráfica de los inmuebles afectados que refleje su nueva descripción». De especial interés en este punto es la Resolución de 26 de octubre de 2015, de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para dar cumplimiento a las obligaciones de suministro de información por los notarios establecidas en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Su apartado séptimo regula las especificaciones técnicas que ha de cumplir la descripción gráfica de las parcelas para la incorporación de alteraciones en la cartografía catastral para su rectificación. Por su parte, el apartado sexto establece los requisitos técnicos del suministro de información para la incorporación de la rectificación en la descripción de los inmuebles derivada del apartado 2 del artículo 18 del *texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario*. Entre los datos que han de remitirse al Catastro pueden destacarse los siguientes: «la localización, superficie y referencia catastral del inmueble o inmuebles afectados, que se correspondan con la identidad de las fincas, junto con sus datos descriptivos,

de acuerdo de deslinde no contemple ninguna rectificación respecto al contenido del Catastro, dado que en este supuesto no se producirá alteración catastral alguna³⁷. Del propio 18 de la Ley del Catastro Inmobiliario se deriva que el Registrador no podrá inscribir la escritura pública en la que se acuerde por los interesados el deslinde sin que el Notario haya incorporado la alteración catastral que le remita el Catastro.

Además, la inscripción registral del acta de deslinde exige la calificación positiva del Registrador, una vez se satisfagan los requisitos previstos en la legislación hipotecaria³⁸. Es importante destacar el procedimiento de rectificación de la inexactitud descriptiva de la finca que se regula en el artículo 201 LH, aplicable a este supuesto, de los procedimientos de rectificación de inscripciones por errores materiales o de concepto (artículos 211 y ss. LH), así como de los de la rectificación de inscripciones por error en el título inscrito (artículo 40.d LH). Y es que estamos ante un supuesto de inexactitud del RP -existe una discordancia entre el RP y la realidad extrarregistral-, y no ante un caso de error -no hay un error producido al trasladar al RP un dato que se encuentre en el título inscribible o en los documentos complementarios-³⁹.

Entre otros requisitos exigibles para la inscripción registral del deslinde, se puede destacar la necesidad de tramitar expediente de rectificación registral cuando la diferencia de superficie alegada exceda del cinco por ciento de la cabida que conste inscrita (artículo 201 LH)⁴⁰. Asimismo, se prevé imperativa la aportación de representación gráfica

así como los datos de los elementos constructivos que los compongan, si los hubiere» y «la descripción gráfica de las parcelas afectadas derivada de los planos aportados por los otorgantes».

³⁷ En este sentido, Ordás Alonso (2019: 1767).

³⁸ A la hora de proceder a la calificación registral de la escritura pública, el Registrador ha de estar a las reglas del artículo 18.1.º LH, calificando, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas del documento, la capacidad del otorgante y la validez del acto dispositivo contenido en la escritura pública, en atención al contenido de los asientos registrales, así como la competencia del Notario y los trámites del procedimiento que afecten a su validez, como es el trámite de notificaciones. En atención al artículo 9.b) LH, la inscripción de todo deslinde que suponga una reordenación de terrenos exige la aportación de la respectiva certificación catastral descriptiva y gráfica actualizada, o la representación georreferenciada alternativa. En este sentido, véase la resolución de la DGRN de 6 de abril de 2016 (BOE de 27 de abril de 2016) (RJ 2016\2983, FJ IV).

³⁹ Véase la resolución de la DGRN de 17 de noviembre de 2015 (RJ 2015\6059, FJ V). Para un estudio detallado de este procedimiento, nos remitimos a Ordás Alonso (2019: 1769 a 1788).

⁴⁰ También esta norma prevé expresamente la suspensión de la inscripción registral solicitada cuando el Registrador, a la vista de las circunstancias concurrentes en el expediente y del contenido del historial de las fincas en el RP, albergare dudas fundadas sobre la posibilidad de que el expediente de rectificación de descripción registral encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (artículo 201.1 *in fine* LH). Para un estudio detallado de los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas vigentes tras la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015 nos remitimos a la explicación contenida en la resolución de la DGRN de 17 de noviembre de 2015 (RJ 2015\6059, FJ V). De acuerdo con esta resolución, «mediante el expediente regulado en el art. 201 LH se pretende lograr la coordinación entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral a través de un procedimiento no excesivamente complejo pero dotado de las máximas

catastral, sin posibilidad de certificación gráfica alternativa. Todo ello con el fin de conseguir la máxima concordancia entre el contenido del Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral y tratar de evitar que mediante un deslinde no judicial se salven los controles que se exigen para llevar a cabo cualquier modificación de entidad hipotecaria⁴¹. Además, el inicio del procedimiento de deslinde ya es *per se* susceptible de anotación registral.

En caso de no lograrse acuerdo entre los interesados -y, por analogía, en caso de no comparecer alguno de ellos-, el Notario dará por concluso el expediente, sin otorgamiento de escritura pública, ni comunicación al Catastro, ni inscripción registral, pero pudiendo, eso sí, comunicar al Registrador competente la conclusión del expediente, aun cuando el artículo 200 LH no contemple esta última comunicación como trámite imperativo⁴².

IV.4. Sobre el deslinde contencioso

La tercera opción es la prevista en los artículos 384 y siguientes CC: la acción de deslinde contenciosa, con la que hacer frente a las habituales faltas de consenso entre los propietarios de las fincas colindantes sobre la ubicación de las líneas divisorias. En este caso se busca que sea un juez el que fije la línea divisoria entre fincas, debiendo regirse por las reglas previstas en la LEC⁴³. Ha de tenerse en cuenta que la confusión sobre los

garantías. En este sentido, indica la Exposición de Motivos de la Ley 13/2015, “el artículo 201 regula el expediente para la rectificación de la descripción, superficie y linderos de las fincas sobre la base del que a continuación se establece para la inmatriculación, salvo los casos en los que, por su poca entidad, se considera no ser este necesario”» (FJ 5). No será necesario el expediente de rectificación en supuesto de rectificación de la superficie, cuando la diferencia alegada no exceda del cinco por ciento de la cabida que conste inscrita, pero tampoco cuando la diferencia de cabida no sea mayor al diez por ciento y se acredite mediante certificación catastral descriptiva y gráfica, cuando de los datos descriptivos respectivos se desprenda la plena coincidencia entre la finca objeto del certificado y la finca inscrita. En ambos casos, se exige que el Registrador, en resolución motivada, no albergue dudas sobre la realidad de la modificación solicitada -citando el propio artículo 201.3 varios supuestos de dudas fundadas, como son la previa comprobación, con exactitud, de la cabida inscrita o la reiteración de rectificaciones sobre la cabida o el hecho de proceder la finca de actos de modificación de entidades hipotecarias, como la segregación, la división o la agregación, en los que se haya determinado con exactitud su superficie- y que notifique a los titulares registrales de las fincas colindantes con posterioridad a la fecha en la que se realiza la operación registral. Esta notificación no permite la impugnación ante el Registrador, pero sí la potencial impugnación judicial posterior. Vid. Ordás Alonso (2019: 1788).

⁴¹ Sobre esta cuestión, véase también Ordás Alonso (2019: 1769).

⁴² También en este sentido, Ordás Alonso (2019: 1768).

⁴³ De acuerdo con el artículo 52.1 LEC, será tribunal competente el juez del lugar en que estén ubicadas las fincas litigiosas. Si ambas se situaran en diferentes circunscripciones, será tribunal competente el de cualquiera de éstas, a elección del demandante.

perímetros entre fincas genera o puede generar, además, una importante incertidumbre respecto de la extensión superficial de cada una de ellas⁴⁴.

Al igual que sucede con el deslinde voluntario, también el contencioso puede tener su correspondiente reflejo registral⁴⁵. La sentencia es susceptible de anotación en el Registro de la Propiedad y podrá ser inscribible, en su caso, cuando se cumpla en ejecución de la misma. Esa sentencia puede suponer una rectificación del contenido del Registro de la Propiedad, bien sobre la ubicación, bien sobre la delimitación geográfica de la finca que conste en el asiento respectivo. No puede pasarse por alto el hecho de que el artículo 9.b) LH exija la coordinación Catastro-Registro cuando se pretende la inscripción del deslinde judicial. La acción de deslinde, en la mayoría de supuestos, se acompaña de una acción de rectificación catastral y registral⁴⁶. El deslinde es especialmente interesante en caso de finca no inscrita, pues será título inmatriculador. Para proceder a la inmatriculación, la sentencia de deslinde habrá de acompañarse de la representación georreferenciada, de acuerdo con los artículos 9 y 10 LH.

IV.4.1. Exigencias de la acción de deslinde

De la jurisprudencia del Alto Tribunal se infiere que el ejercicio de la acción de deslinde requiere del cumplimiento de tres exigencias. Entre ellos no se encuentra el intento de acuerdo de los titulares de derechos reales sobre las fincas cuyos linderos están confusos o el inicio de un expediente de jurisdicción voluntaria sobre esta materia.

El primer requisito es la colindancia, contigüidad o confrontación de dos o más fincas⁴⁷. Circunstancia que no se daría, por ejemplo, cuando los predios están separados

⁴⁴ Téngase en cuenta que, hasta la entrada en vigor de la reforma de 2015 de la legislación hipotecaria, antes expuesta, el TS sostenía que la fe pública del RP asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca (STS, Sala de lo Civil, 132/2015 de 9 marzo [RJ 2015\979], con cita de las SSTS, 1ª, de 5 junio 2000; de 30 de octubre de 1961, de 16 de abril de 1968 y de 3 de junio de 1989).

⁴⁵ Asimismo, suele tener un efecto catastral, si la sentencia que decida sobre el deslinde altera los datos contenidos en el Catastro, pudiendo proceder a la correspondiente corrección. En materia de deslinde voluntario, el Letrado de la Administración de Justicia, en caso de fincas no inscritas (artículo 107.3 LJV), y el Notario, en caso de fincas inscritas, remiten al Catastro información sobre la alteración a la que conduce el deslinde realizado (artículo 18.2 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario*).

⁴⁶ En este sentido, véase la Resolución de la DGRN de 6 de abril de 2016 (BOE de 27 de abril de 2016) (RJ 2016\2983). La actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública exige la certificación catastral descriptiva y gráfica actualizada o la representación georreferenciada alternativa de cada una de las fincas cuando se desea inscribir la completa delimitación de la finca objeto del deslinde. En este caso, el objeto del litigio no ha sitio únicamente el deslinde, sino que se ha procedido a la rectificación catastral y registral.

⁴⁷ Por todas, SSTS 19 diciembre 1990 (RJ 1990\10310), 20 junio 2003 (RJ 2003\4249) y de 12 diciembre 2005 (RJ 2006\196) y 14 de mayo de 2010 (RJ 2010\3698). Entre otras, la STS, 1ª, de 27 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9280) desestimaba la acción de deslinde por falta de contigüidad de las fincas litigiosas.

por una vía pública ya existente, que ha funcionado como elemento delimitador de ambas fincas, como puede ser una carretera o camino, o por un elemento natural, como puede ser un río⁴⁸. Sí se cumpliría este requisito cuando, habiendo existido un camino que era empleado como referencia en la delimitación entre fincas, éste ha desaparecido en todo o en parte o se han diluido sus confines, por falta de uso. En este punto debe traerse a colación la advertencia contenida en la STS, 1ª, de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994\1475) acerca de la imposibilidad de usar la acción de deslinde para solicitar por una de las partes la constitución de una servidumbre de paso por el antiguo camino que dividía las fincas cuyos perímetros se discuten⁴⁹.

En segundo lugar, para el ejercicio de la acción de deslinde se exige la inexistencia de dudas sobre la titularidad dominical de la finca del demandante, así como la falta de dudas sobre la titularidad del derecho de propiedad del demandado. De hecho, el TS requiere la prueba «indubitada» de la propiedad o titularidad de los derechos reales de demandante y demandado sobre las fincas colindantes⁵⁰. No podría ser de otra manera si se tiene en cuenta que la acción de deslinde no busca la determinación de la titularidad de los derechos reales que puedan existir sobre la finca, ni la resolución de controversias sobre los títulos⁵¹.

Finalmente, en tercer lugar, el ejercicio de la acción de deslinde exige que haya confusión de límites de forma que no se tenga conocimiento exacto de los mismos, y no es viable si las fincas están perfectamente identificadas y delimitadas⁵². Este tercer

⁴⁸ Vid. De Salas Murillo (2021: §.4.1), quien, en cita de la STS, 1ª, de 30 de junio de 1973 (RJ 1973\2718), afirma que no dejaría de cumplirse el requisito de la colindancia cuando aparece un solar separado de otro en los planos municipales por una calle proyectada y sin realidad actual. Coincidimos con esta autora a la hora de afirmar que la acción de deslinde también puede proceder en caso de fincas enclavadas, esto es, cuando una finca se encuentre incluida en el perímetro de otra, siempre que se cumplan el resto de requisitos enunciados en este trabajo. Así se contempló en la STS, 1ª, de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016\239).

⁴⁹ Esta sentencia resulta especialmente interesante, pues en ella el Alto Tribunal declara que en el caso de ejercicio de la acción de deslinde no cabe discutir sobre la existencia de una posibilidad de paso por el antiguo camino por las partes litigiosas, dado que la delimitación de los confines de las fincas no conlleva la consecuencia de la constitución de una servidumbre de paso.

⁵⁰ Por todas, SSTs de 9 de noviembre de 1949 (RJ 1949\1244) y de 9 de marzo de 2015 (RJ 2015\979).

⁵¹ De ahí que, en el pleito finalmente resuelto por la sentencia del TSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1ª, 36/2021, de 16 diciembre (JUR 2022\58217) se desestimara en todas las instancias la petición del actor, que ejercitaba conjuntamente la acción de deslinde y la reivindicatoria, por entenderse que carecía de legitimación activa en ambas acciones, al no haber acreditado suficientemente el título de dominio sobre el terreno en cuestión, puesto que no acreditó ser heredero de la persona que con anterioridad había sido titular de la finca. El pleito versaba sobre un monte de mano común gallego, al que el demandante supuestamente representaba, sin que los diferentes juzgadores entendieran acreditada tampoco su condición de vecino del monte. El supuesto causante del actor promovió, o al menos consistió durante largos años, la clasificación del terreno litigioso como monte vecinal de mano común.

⁵² En este sentido, vid. la STS, 1ª, 132/2015 de 9 marzo (RJ 2015\979, FJ II). Así sucedía en el caso de autos. El TS entendió que no había confusión de linderos «porque han sido correctamente señalados en un

requisito se ha denominado colindancia confusa o imprecisa. El concepto de confusión es amplio, pues abarca tanto los casos de inexistencia de cualquier tipo de separación física entre fincas como los supuestos en los que existen signos físicos delimitadores solo en parte de los linderos, sin que quepa hablar de una verdadera demarcación física. La usurpación de la posesión no es requisito para el éxito de la acción de deslinde, de forma que la zona incierta puede ser poseída por los propietarios de las dos fincas colindantes o solamente por uno de ellos⁵³. Del mismo modo, tampoco la posesión inmediata de la finca por parte del demandante es un requisito de la acción de deslinde.

Acerca de este tercer requisito, es importante señalar que la acción de deslinde cabe igualmente cuando existe una delimitación física entre dos fincas construida por el propietario de una de ellas, sin aceptación del dueño del predio colindante, lo que supone una confusión jurídica subjetiva, aunque no exista *per se* una confusión física o material⁵⁴. En otras palabras, la presencia de signos externos delimitadores por sí sola no elimina, siempre y en todo caso, la confusión de linderos, cuando los linderos marcados por un propietario son rechazados por el otro. En este supuesto, la acción de deslinde servirá para rectificar los linderos existentes, al ser estos signos físicos inexactos.

Si se defendiera la interpretación contraria a la aquí expuesta, cuando uno de los propietarios crease unilateralmente los signos externos delimitadores de dos fincas, el otro propietario se vería obligado a ejercitar una acción reivindicatoria, con exigencias más estrictas que la acción de deslinde, sobre las que más adelante volveremos.

La interpretación propuesta tiene un límite: no cabrá la acción de deslinde cuando lo que se dé sea una controversia sobre la existencia o validez de los títulos de los propietarios, con o sin posesión del terreno litigioso. En este caso lo que procederá no será la acción de deslinde, sino la acción reivindicatoria o la declarativa del dominio o la acción negatoria⁵⁵.

IV.4.2. Algunas precisiones jurisprudenciales sobre el requisito de la confusión de los linderos

deslinde administrativo, hace más de una década, que llegó a la jurisdicción sin éxito en la oposición (por razón de un desistimiento)». Vid. Grimalt Servera (2001: 35).

⁵³ En este sentido, Grimalt Servera (2001: 41).

⁵⁴ A favor de esta amplia interpretación del concepto de confusión, *vid.* Doral García (1993: 1059); Gutiérrez Santiago (2013: 3144); Prats Albentosa (1990: 216); y Hualde Sánchez (1984: 1613). En contra, Roca Juan (1990: 483).

⁵⁵ Véase Prats Albentosa (1990: 224).

La interpretación amplia del concepto de confusión de linderos que acaba de exponerse se contiene, entre otras, en la STS, 1ª, 558/1997 de 21 junio (RJ 1997\4889)⁵⁶. En este caso, la sociedad demandada constituyó un murete de bloques de hormigón entre dos fincas aprovechando la desaparición del mojón que marcaba el límite entre ambas, lo que incrementó la cabida de la finca de la demandada en la superficie que reclamaba la actora en su demanda, mediante acción de deslinde y acción reivindicatoria. La destrucción física del mojón se había producido por personas que trabajaban para la parte actora, en particular, un camión que portaba materiales a la construcción que estaba realizando la demandante en su parcela. Con el citado muro, la demandada desplazó el límite entre las dos fincas incrementando la suya en la superficie que reclama en su demanda la actora. Sostiene el Alto Tribunal que, desde la desaparición del mojón, puede hablarse de una confusión de linderos habilitante para el ejercicio de la acción de deslinde, dado que la construcción de un muro divisorio por la demandada no puede ser tenido como elemento delimitador de las fincas colindantes, al no haber sido aceptado por la actora, ni constar en documento público o privado, ni haber sido reconocido judicialmente.

La apreciación de la existencia o no de falta de certidumbre de linderos de fincas colindantes es una cuestión de hecho, a valorar por el juez de instancia, y no en casación⁵⁷. En ocasiones, la disputa se refiere únicamente al deslinde parcial, porque la incertidumbre sobre la colindancia solamente se predica de parte de los linderos de un predio⁵⁸. Así, por ejemplo, cuando solamente afecta a dos de las varias fincas colindantes. En este caso, la sentencia que se dicte únicamente fijará los criterios del deslinde entre ambas fincas, debiendo decidir sobre la georreferenciación de cada uno de los vértices de la línea de separación entre esas dos fincas, pero no juzga cuáles sean los restantes linderos⁵⁹.

⁵⁶ Asimismo, las SSTS, 1ª, de 7 de julio de 1980 (RJ 1980\3301); de 14 de octubre de 2002 (RJ 2002\10171); de 25 junio de 2007 (RJ 2007\3547) y de 29 de septiembre de 2009 (RJ 2009\7259) aplican esta interpretación.

⁵⁷ Por todas, SSTS, 1ª, de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10284); 22 noviembre 2002 (RJ 2002, 10270); 7 mayo 2008 (RJ 2008, 2826) y 298/2010, de 14 mayo (RJ 2010\3698). Únicamente puede ser impugnada en casación cuando no se hayan observado las normas atinentes a dicha valoración. Así sucederá cuando las sentencias de instancia no hayan realizado el deslinde solicitado aplicando las reglas de determinación de linderos reguladas en los artículos 385 a 387 CC.

⁵⁸ El texto del artículo 384 CC no se refiere expresamente al deslinde parcial, pero, en sede de deslinde voluntario, el párrafo segundo del artículo 200 LH sí hace mención específica del deslinde no referido a la totalidad de la extensión del perímetro de la finca.

⁵⁹ Esta forma de deslinde ha sido admitida por la jurisprudencia y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Véanse en este sentido las Resoluciones de la antigua DGRN de 6 de abril de 2016 (RJ 2016\2983) y de 28 de septiembre de 2017 (RJ 2017\4629).

El requisito de la confusión de linderos, a probar por actor, no exime del cumplimiento acumulativo de la exigencia de identificación de las fincas, aun con la indeterminación propia que exige el objeto de la acción de deslinde. Este último requisito se exige también para el correcto ejercicio de otras acciones, si bien el nivel de precisión requerido en la acción de deslinde, teniendo en cuenta la razón de ser de ésta, es inferior⁶⁰. De ahí también la frecuencia con la que la acción de deslinde precede al ejercicio, entre otras, de la acción reivindicatoria. No será infrecuente el empleo de la acción de deslinde como paso previo al ejercicio de una acción reivindicatoria de un terreno cuya identificación no es precisa con carácter previo. Asimismo, el ejercicio acumulativo de la acción reivindicatoria podrá ser exitoso aun cuando la acción de deslinde sea desestimada por falta de prueba de la confusión de linderos⁶¹.

Habrán supuestos en los que la confusión no se refiera a la totalidad del perímetro de la finca, sino únicamente a los límites relativos a uno de los puntos cardinales, por ejemplo. Esta circunstancia habrá de detallarse por el actor para conseguir el éxito de su demanda, como sucedía en la STSJ de Galicia de 17 de enero de 2022, con la que se iniciaba este trabajo. En este caso, la sentencia que se dicte no se referirá al resto de linderos de la finca o fincas colindantes con las del actor que no colinden con la parte del lindero litigiosa alegada por ese actor. No existirá, por tanto, litisconsorcio pasivo necesario de la totalidad de titulares de derechos reales sobre cualquiera de las fincas que colinden con la del actor, como se señalaba en la citada sentencia.

V. ALGUNAS ACLARACIONES SOBRE LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA EN LA ACCIÓN DE DESLINDE

⁶⁰ De ahí que el TS hable en este sentido de un requisito de mínima identificación. Véase, por todas, STS, 1ª, de 11 de febrero de 2016 (RJ 2016\239).

⁶¹ Así sucedió, entre otros, en el litigio resuelto por la STS, 1ª, 672/2003, de 26 de junio (RJ 2003\4310). La sentencia dictada en recurso de apelación planteado por la parte actora condena a los demandados a dejar libre el acceso con automóvil a la finca de la demandante, por el lindero sur-suroeste, de las construcciones que han ido instalando en ese lindero (lavadero, motores, desagüe de aguas fecales y fosa séptica, caseta de perro, huerto y viña), al reconocer el derecho de paso de la actora. Sin embargo, ni las sentencias de instancia ni la resolución del Alto Tribunal estiman la acción de deslinde planteada por la parte actora, dado que entienden que de la escritura pública de compraventa otorgada a favor de la demandante, que constituye el título en que funda su pretensión, se desprende una clara demarcación de la finca, al señalar, tras la descripción de las fincas colindantes y la superficie aproximada, que la finca en cuestión está «*cerrada con muro de piedra y tiene dos entradas de a pie y carro, una por el Norte y la otra por el Sur-Oeste, la primera para la finca y la segunda directamente a la casa, ambas con puertas metálicas, y de alambre cruzado la segunda*». En palabras del TS: «*La circunstancia de cerramiento total de la finca adquirida, racionalmente excluye toda duda sobre delimitación de linderos que fundamente la pretensión de la demandante*» (FJ III).

El actor de la acción de deslinde es, en principio, el propietario de la finca cuyo perímetro se discute, con independencia de si coincide o no con el poseedor de ésta. Cuando la propiedad estuviese atribuida a varios sujetos, cualquiera de ellos podrá iniciar la acción, al no tratarse de actos de disposición para los que se exige unanimidad y al beneficiarse el conjunto de condueños del resultado de la estimación de la acción⁶².

Sin embargo, la legitimación activa de la acción de deslinde es más amplia, puesto que el segundo párrafo del artículo 384 CC permite su ejercicio por cualquier otro titular de un derecho real sobre la finca distinto del propietario, conlleve o no el concreto derecho real la posesión del predio. Esta norma no hace distingo entre el tipo de derecho real de que se trate, ni exige tampoco la inscripción registral del derecho del actor. Opción que ha sido seguida, asimismo, por la propuesta de *lege ferenda* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil⁶³. En efecto, la confusión sobre el perímetro de la finca también afecta al ejercicio de derechos distintos del dominio. Piénsese, por ejemplo, en el titular de una servidumbre o en el usufructuario de la finca cuyos linderos son confusos. Más allá de estos ejemplos más evidentes, otros sujetos pueden ostentar también un interés jurídicamente protegible en la delimitación precisa de la extensión y perímetro de la finca, como puede ser un acreedor hipotecario o el titular de un derecho de adquisición preferente. Interés que se puede referir, por ejemplo, a tratar de evitar que la confusión de linderos dé pie a la usucapión del terreno por el propietario de la finca colindante ante la pasividad del titular del derecho real de propiedad⁶⁴.

El artículo 105.2 LJV confirma la posibilidad de que la legitimación activa no se reduzca al titular del derecho de propiedad, pero añade un plus a la interpretación en el caso del expediente de jurisdicción voluntaria, que no se contiene en el CC. Esta norma limita la legitimación activa al titular del derecho de propiedad o de un derecho real limitado de goce y disfrute. Este precepto dejaría fuera a los titulares de derechos de garantías reales y a los titulares de derechos de adquisición preferente, siendo que estos

⁶² En este sentido también se pronunciaba Ordás Alonso, respecto de la legitimación activa para el ejercicio del deslinde previsto en el artículo 200 LH. *Vid.* Ordás Alonso (2019: 1762).

⁶³ Artículo 334-4.2 de la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

⁶⁴ En este sentido, De Salas Murillo (2021: §.5.1). Respecto de estos otros titulares de derechos que no impliquen uso, disfrute o posesión de la finca, coincidimos con Ordás Alonso en el dato de que será necesario que acrediten su interés en la práctica del deslinde a los efectos de entenderse legitimados para el ejercicio de la acción. *Vid.*, Ordás Alonso (2019: 1762).

últimos pueden llegar a beneficiarse en buena medida del resultado de la acción de deslinde, en caso de ejecutarse la garantía o el derecho de adquisición⁶⁵.

Sin embargo, no tendrán legitimación activa de la acción de deslinde los meros poseedores o titulares de derechos subjetivos sobre la finca, como pueden ser los arrendatarios, conste inscrito o no su derecho personal, dado que estamos ante una acción de naturaleza real⁶⁶.

El propietario de la finca en cuestión podrá intervenir de forma voluntaria cuando quien inicie el ejercicio de la acción sea el titular de otro derecho real sobre ésta, de la misma forma que podrá hacerlo el propietario de un derecho real distinto del propietario cuando sea este último quien demande.

Para el éxito de la acción de deslinde, recuérdese, se exige que el actor demuestre su propiedad o la titularidad de algún otro derecho real afectado por la falta de certidumbre sobre los linderos sobre el precio cuyo deslinde pretende, así como una mínima identificación de esta finca -no su identidad física exacta, a diferencia de lo que sucede con otras acciones reales, como ya apuntamos en el apartado anterior de este trabajo- y la efectiva colindancia entre la finca o las fincas sobre las que versa el litigio.

Sobre la legitimación pasiva, la literalidad del artículo 384 CC indica que la acción de deslinde se ha de realizar «con citación de los dueños de los predios colindantes». Sin embargo, solamente cuando la totalidad del perímetro de la finca presenta confusión el actor habrá de demandar a todos los propietarios de cada uno de los predios colindantes. No así cuando estemos ante deslindes parciales, porque alguno de los linderos sí esté determinado y no exista sobre éste confusión o incertidumbre⁶⁷. Como se apuntó en el apartado previo de este trabajo, no existe en estos casos una suerte de excepción de

⁶⁵ En lo que al Derecho foral catalán se refiere, el artículo 544-9.2 del *Código Civil de Cataluña* menciona únicamente a los propietarios y a los «*demás titulares de derechos reales posesorios*».

⁶⁶ Algunos autores sí han sopesado esta posibilidad. Entre ellos, v.gr., Grimalt Servera (2001: 53); y De Salas Murillo (2021: §.5.1).

⁶⁷ Por todas, STS, 1ª, de 27 de enero de 1995 (RJ 1995\174). Opinión compartida -para supuestos de deslinde voluntario- por la DGRN en la medida en que «*no es precisa la intervención de los colindantes con cuyas fincas no existe confusión de linderos, pues sería absurdo obligar a traer a la litis a personas a quienes esta acción de deslinde no va a afectar pues la acción de deslinde "sólo interesa a los propietarios que estén en linde incierta y discutida y no a los demás que tengan perfectamente reconocidos sus límites"*» (RDGRN 4 de mayo 2016 (RJ 2016\3006). *Vid.* Ordás Alonso (2019: 1770).

litisconsorcio pasivo necesario. No se exige que los demandados ostenten la posesión del terreno objeto del deslinde⁶⁸.

Al igual que sucede con la legitimación activa, y a pesar de la literalidad del citado artículo 384 CC, también los titulares de derechos reales distintos de la propiedad sobre la finca colindante se subsumen en el concepto de potenciales demandados, tengan o no en sentido estricto un derecho real de posesión sobre el predio, dado que sus derechos se podrán ver afectados, en mayor o menor medida, por el sentido de la resolución de la acción de deslinde⁶⁹.

VI. CRITERIOS LEGALES A APLICAR POR EL JUEZ EN LA PRÁCTICA DEL DESLINDE

Los criterios aplicables por el juez para decidir sobre la acción de deslinde se regulan en los artículos 385 a 387 CC, que establecen, además, el orden a seguir en su aplicación judicial (STS, 1ª, 158/2006, de 15 febrero [RJ 2006\4441])⁷⁰. Se habla de dos criterios principales -si bien con un orden estricto, sucesivo, entre ellos-, previstos en el artículo 385 CC, y dos criterios subsidiarios, regulados en los artículos 386 y 387 CC. Por tanto, el CC proporciona al juez unos criterios decisorios, en grado de subsidiariedad: en primer lugar, según los títulos; en su defecto, por la posesión (artículo 385) y, con carácter subsidiario, cuando los títulos no determinasen el límite o área perteneciente a cada propietario y la cuestión no pudiera resolverse por la posesión o por otro medio de prueba,

⁶⁸ Esta es una importante diferencia entre la acción de deslinde y la reivindicatoria, tal y como se estudiará más adelante.

⁶⁹ Sobre este extremo, véase Díaz Fuentes (2009: 74). En este sentido, en relación con el deslinde voluntario, la LJV habla, de manera amplia, de la citación de «*todos los interesados*» (artículo 106.2). Esta interpretación es, asimismo, conforme con el artículo 203 LH, que, en relación con la inmatriculación de fincas, señala la necesidad de que el titular dominical de la finca identifique «*a los poseedores de la finca que se pretende inmatricular y al arrendatario de ella, si se trata de vivienda*» y que el Notario notifique la pretensión de inmatriculación «*a todos aquellos que, de la relación de titulares contenida en el escrito acompañado a la solicitud, resulten interesados como titulares de cargas, derechos o acciones que puedan gravar la finca que se pretende inmatricular*», citando expresamente al poseedor de hecho de la finca, si éste existe.

⁷⁰ De acuerdo con esta STS, «*[l]os arts. 384 a 387 del Código civil establecen unos principios a seguir puntual y ordenadamente, en cuanto esto sea posible en cada uno de los supuestos concretos que se contemplen, para el establecimiento inequívoco de la divisoria entre heredades cuando la existente haya sido cuestionada sin que por ello se desconozca el principio de libertad de prueba para la consecución de aquel propósito, pues ninguna limitación impone al Tribunal sentenciador en su apreciación*» (FJ II, en el que se cita la STS, 1ª, 6 abril 1994 [RJ 1994, 2942]). En particular, en la STS 158/2006, de 15 febrero (RJ 2006\4441), a la hora de desestimar el recurso de casación, el Alto Tribunal, en aplicación del artículo 385 CC, explica que el juez de instancia valoró la prueba pericial y de reconocimiento judicial, así como los documentos aportados por las partes, a saber, las escrituras públicas y la situación catastral, estudios fotográficos y planos de topografía, a la hora de determinar los linderos de las fincas.

el terreno dudoso será distribuido a partes iguales (artículo 386)⁷¹. En paralelo, el criterio principal del artículo 385 CC se acompaña de una regla especial para un caso específico: cuando los títulos de los colindantes indicasen un espacio mayor o menor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento o la falta se distribuirá proporcionalmente (artículo 387 CC).

Estos criterios legales son preceptivos para el juez que conozca del caso, debiendo aplicarse de oficio, se prevean o no en la demanda⁷². Ello no contradice o desconoce *per se* el principio de libertad de prueba, expresamente reconocido en el artículo 386 CC, pero exige al juez aplicar los parámetros legales para la implementación de los extremos probados por las partes⁷³. Eso sí, en caso de alegarse por las partes los criterios legales para la determinación del deslinde, la carga recaerá sobre demandante y sobre demandado, que habrán de probar, por ejemplo, los títulos o la situación posesoria. De ahí que pueda hablarse de una carga compartida.

En primer lugar, el deslinde ha de efectuarse de acuerdo con los títulos de cada propietario o titular de un derecho real sobre los predios colindantes, esto es, los documentos en los que conste la razón jurídica de cada derecho, pudiendo ser de

⁷¹ El *Código Civil de Cataluña*, recoge en su artículo 544-11.2 el contenido de los artículos 385 y 386 CC, si bien con una redacción más sencilla: «*La delimitación, si no existe un título que sirva de prueba, debe hacerse de acuerdo con las posesiones respectivas y, en último lugar, distribuyendo la superficie discutida o dudosa a partes iguales*». Además, el legislador catalán no prescinde de la regla de la distribución proporcional prevista en el artículo 387 CC. Regula este último parámetro decisorio en el apartado primero del artículo 544-11, que dicta: «*Si de la suma de las superficies que derivan de los títulos del derecho de propiedad, resulta una superficie diferente, la diferencia se distribuye proporcionalmente*». Como propuesta de *lege ferenda*, el artículo 334-4.5 de la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil no elimina el criterio de la distribución proporcional contemplado en el actual artículo 387 CC. Esta Propuesta introduce una mención a la toma en consideración de la publicidad registral y exige ponderar, en un mismo nivel, el contenido de los títulos, la citada publicidad registral y la posesión del terreno dudoso, lo que se complementa con un criterio subsidiario de distribución a partes iguales. De acuerdo con el citado artículo 334-4.5: «*El juez resolverá ponderando el contenido de los títulos, la publicidad registral y la situación posesoria; en último término podrá acordar la distribución del terreno objeto de la contienda en partes iguales*». Por su parte, el artículo 334-4.6 de la *Propuesta* contiene una previsión idéntica al actual artículo 387 CC. A saber: «*Si los títulos de los colindantes indican un espacio mayor o menor del que comprende la totalidad de la finca, el aumento o la falta se distribuye proporcionalmente*».

⁷² STSS, 1ª, 298/2010 de 14 mayo (RJ 2010\3698) y 855/2011, de 21 de noviembre (RJ 2012, 3394). Véase Díez García (2021: pp. 607-608). La determinación en el título de la superficie de cada una de las fincas en cuestión constituye criterio prevalente a la hora de efectuar el deslinde. Solamente cuando los títulos no determinen el límite o área pertenecientes a cada propietario y la cuestión no puede resolverse por la posesión o por cualquier otro medio de prueba, el deslinde se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales, de acuerdo con el artículo 386 CC (STS 298/2010 de 14 mayo. [RJ 2010\3698]).

⁷³ En este sentido puede citarse la STS, 1ª, 1160/1999, de 23 de diciembre (RJ 1999\9490). Véase Doral García (1993: 1060).

naturaleza pública o privada. Ello porque el artículo 385 CC no hace distingo alguno, lo que equivale a la falta de exigencia del carácter fehaciente del título⁷⁴.

En caso de aportarse certificaciones registrales y siempre que exista concordancia entre el RP y el Catastro, en virtud de extensión de la presunción de exactitud registral tras la modificación de 2015 del artículo 10.5 LH, se releva de la carga de la prueba de la exactitud de los linderos y la superficie al titular registral⁷⁵. De ahí que, en caso de que la finca colindante con la del demandante no figure inscrita, es ciertamente probable que la aplicación del artículo 385 CC incline la balanza a favor del actor cuando su finca esté inscrita y se pueda aplicar la citada presunción de exactitud. La misma conclusión se puede predicar en caso de que la finca del demandado, aunque esté inscrita, no goce de concordancia con el Catastro, mientras que la finca del demandante de la acción de deslinde sí cumpla la concordancia⁷⁶.

Con independencia del carácter público o privado de los títulos aportados, para que la decisión judicial únicamente se base en ellos se exige que éstos resulten suficientemente expresivos y no confusos, por contener datos adecuados y conformes con la realidad física del terreno que se busca deslindar, que permitan describir los linderos de forma indubitada⁷⁷. Los títulos de redacción oscura no serán considerados suficientes, pues difícilmente permitirán trazar las líneas divisorias de la finca en cuestión.

En ocasiones, esos títulos no expresarán la cabida de las fincas. En estos casos, si los títulos son suficientes para determinar los linderos, el juez habrá de estar a los títulos

⁷⁴ Podrán aportarse y tenerse en cuenta, por ejemplo, las escrituras de compraventa, pero también el contrato privado de compraventa o la certificación registral de la inscripción de ese título. Así se prevé, entre otras, en la STS, 1ª, 1160/1999, de 23 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9490). Véase Díez García (2021: pp. 606-607).

⁷⁵ Modificación llevada a cabo por la Ley 13/2015, de 24 de junio, *de Reforma de la Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo*. Quien contradiga el contenido del RP deberá ejercitar una acción contradictoria del dominio o derecho real inscrito y una acción de nulidad o cancelación de la inscripción.

⁷⁶ Téngase en cuenta que, de acuerdo con el artículo 199.1 LH, los titulares de las fincas colindantes no coordinadas con el Catastro sí intervienen en el procedimiento de concordancia, porque esta norma impone la notificación de este procedimiento a los titulares de todas las fincas registrales colindantes afectadas. Además, esta norma exige que el Registrador deniegue la inscripción de la identificación gráfica si ésta coincide en todo o en parte con otra base gráfica inscrita y aclara que, en caso de denegación por posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas, el promotor del procedimiento de concordancia podrá instar el deslinde, salvo que los colindantes afectados hayan prestado su consentimiento a la rectificación solicitada, bien en documento público, bien por comparecencia en el propio expediente y ratificación ante el Registrador.

⁷⁷ En este sentido, De Salas Murillo (2021: §.5.2.1).

para realizar el deslinde y la cabida resultantes será la de la suma de los metros cuadrados que existan en el interior de los linderos así fijados.

Cuando los títulos, además de los linderos entre las dos fincas, identifiquen las cabidas de cada finca y éstas coincidan con las existentes en la realidad, el deslinde se realizará igualmente en atención a esos títulos suficientes. Sin embargo, cuando la suma de las cabidas previstas en los títulos no coincida con la realidad, el deslinde debe realizarse de acuerdo con el artículo 387 CC, que se analiza más adelante.

Cuando los títulos no sean suficientes, el juez habrá de realizar el deslinde de acuerdo con la posesión en concepto de dueño, siempre que esta situación posesoria exista y sea pacífica⁷⁸. Así, por ejemplo, cuando se haya manifestado el carácter pacífico por la falta de oposición al vallado de la finca⁷⁹. La situación posesoria a tener en cuenta puede ser la existente en la fecha del litigio o, incluso, la que hubiera existido con anterioridad a la generación de confusión o incertidumbre entre los linderos de las fincas. En ocasiones, la situación posesoria se prueba mediante pericial histórica, en cuya argumentación se pueden entremezclar el contenido de títulos y la propia acreditación del aprovechamiento de la finca⁸⁰.

Para poder considerarse criterio decisorio por el juez, la situación posesoria del terreno dudoso debe ser exclusiva de alguna de las partes del litigio. No podrá aplicarse el artículo 385 CC para decidir sobre la distribución del terreno cuando el juez concluya que existe una posesión discutida de esa porción de terreno, en el sentido de simultánea o paralela por los titulares de derechos reales sobre las fincas colindantes⁸¹. En este caso,

⁷⁸ Si los títulos aportados son suficientes, el juez no estará al criterio de la posesión. En este sentido, véase la STS, 1ª, 365/2003 de 15 abril (RJ 2003\3712): «a efectos de deslinde los títulos de propiedad tienen el carácter de prueba prioritaria y sólo si los mismos son insuficientes se atenderá a la posesión de los colindantes» (FJ II).

⁷⁹ STS, 1ª, 1168/2007, de 8 de noviembre (RJ 2007\7419).

⁸⁰ Así sucedió, por ejemplo, en el litigio entre las dos comunidades vecinales de montes gallegos, con cuya reseña se iniciaba el primer apartado de este trabajo, y que fue resuelto por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de enero de 2022. En la pericial histórica se analizan el Catastro del Marqués de la Ensenada y el expediente de excepción de rentas de los montes del común de 1861, de los que se desprende que los únicos que utilizaban la parte controvertida eran los vecinos de la Comunidad Vecinal actora. Dicha pericial fue necesaria, «habida cuenta de la existencia de errores en las Carpetas fichas y planimetría de los Expedientes de Clasificación» (SAP de Pontevedra, 3ª, 174/2021, de 29 de abril [JUR 2021\209801], anteriormente citada, FJ IV). De acuerdo con la AP -en una argumentación posteriormente confirmada por el TSJ-, el criterio decisorio en este caso no fueron los títulos, sino la prueba del aprovechamiento inmemorial vecinal del terreno sin atribución de cuotas. La AP cita casos previos de deslinde de montes en mano común gallegos en los que el criterio decisorio fue igualmente la prueba de la situación posesoria desde tiempo inmemoriales.

⁸¹ Vid. De Salas Murillo (2021: §.5.2.1).

la distribución del terreno en cuestión habrá de realizarse conforme al criterio regulado en el artículo 386 CC, esto es, al reparto en partes iguales.

En ocasiones, ocurrirá que una parte de la zona litigiosa es poseída de forma exclusiva por una persona, el propietario o titular de derecho real que actúa como parte actora, mientras que otro trozo del terreno litigioso se posee de forma simultánea por ambos propietarios de las fincas colindantes. Esto genera una mayor dificultad a la hora de discernir la procedencia de la acción de deslinde y/o de la reivindicatoria y exige un especial esfuerzo en la redacción del *petitum* de la demanda, con la que la sentencia que se dicte habrá de ser congruente.

La alegación sobre la aplicación del criterio de la situación posesoria de los terrenos controvertidos se contiene, por ejemplo, en el recurso de casación que dio lugar a la STS, 1ª, 339/2008 de 7 mayo⁸². En este caso, la recurrente alega que los títulos fueron insuficientes para realizar el deslinde. Sin embargo, el Alto Tribunal desestimó el motivo de casación por entender que la poca expresividad de los títulos respecto a las lindes fue efectivamente completada con «una abundante prueba documental pericial, de modo que se ha podido hallar por la sentencia recurrida el significado de aquellos títulos» (...) «para situar sobre el terreno los linderos que en los repetidos títulos constan»⁸³.

Tanto la valoración judicial del carácter suficiente del título como la de la situación posesoria del terreno de hecho puede realizarse tomando en consideración los «otros medios de prueba» a los que alude el artículo 386 CC, esto es, el conjunto de las pruebas practicadas en el procedimiento, como pueden ser la certificación registral, la publicidad registral fáctica de las fincas, los datos catastrales o las pruebas de peritos de parte⁸⁴. En este punto, la cabida y el resto de datos que consten en el Catastro serán otros elementos decisorios para el juez, debiendo tener en cuenta la presunción de exactitud prevista en el art. 3.3. del *Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario*. Los datos catastrales sobre la cabida son especialmente útiles en la decisión judicial cuando no se

⁸² RJ 2008\2826.

⁸³ FJ III.

⁸⁴ La opción interpretativa que se defiende en este trabajo ha sido acogida por parte de la doctrina. Nótese la referencia que el artículo 334-4.5 la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho civil hace a la publicidad registral, configurándola como criterio a aplicar por el juez en la distribución del terreno objeto del deslinde, en el mismo nivel que el contenido de los títulos y la situación posesoria.

contradigan con los que consten en el RP, en cuyo caso decaerá la presunción de exactitud catastral⁸⁵.

No se regula un concreto medio de prueba del título o de la posesión, sino que se permite al juez que decida cómo poner fin a la incertidumbre entre linderos teniendo en cuenta la totalidad de medios de prueba posibles, cuando ni los títulos aportados ni la posesión probada sean, por sí solos, concluyentes. El juez podrá adoptar su decisión sobre el deslinde conforme a cualquier medio de prueba contemplado en la LEC.

En la STS, 1ª, 1168/2007, de 8 de noviembre (RJ 2007/7419) el deslinde se dirime valorando críticamente la prueba pericial practicada, en conjunción con el plano topográfico y los datos obrantes en los títulos inscritos; y en el supuesto resuelto por la STS, 1ª, 158/2006, de 15 de febrero (RJ 2006/4441) la fijación de linderos se realiza mediante prueba pericial y de reconocimiento judicial, con una valoración crítica de los estudios fotográficos, planos de topografía, escrituras públicas y situación catastral⁸⁶. Por su parte, en la STS, 1ª, 365/2003 de 15 abril (RJ 2003\3712) se tienen en cuenta diversos datos documentales ofrecidos por el actor (certificación registral, planos catastrales de rústica y urbana, fotografías aportadas con la demanda), que permiten concluir que ha quedado expresado «*con toda claridad el lindero objeto de controversia, estableciendo como dato decisivo de delimitación de su finca el hecho de que la misma estuviese anteriormente rodeada por un muro de piedra y adobe ahora prácticamente desaparecido, con varias edificaciones y un importante desnivel con relación a la finca de los demandados*» (FJ II)⁸⁷.

⁸⁵ Véase, por ejemplo, la SAP de Navarra, 3ª, 282/2002, de 1 diciembre (JUR 2003\32567), en la que se acoge el informe pericial en el que se afirma que los planos aportados juntamente con la demanda albergaban importantes diferencias en relación con las dimensiones en metros cuadrados de las fincas y con las escrituras presentadas, por lo que dicho perito tomó como punto de partida del deslinde y amojonamiento la superficie catastral de la finca. Esa prueba pericial sirvió para acreditar el error registral sobre los datos fácticos del que adolecía la finca matriz, trasladado a las fincas segregadas.

⁸⁶ Como resultado de la valoración crítica de todos estos documentos, el TS concluye que fue «*correcto el linde que resulta de aplicar al pie del talud del banal inferior original, los límites habituales entre fincas a niveles diferentes*» (FJ II).

⁸⁷ Téngase en cuenta que en este caso el título que presenta el demandante –una escritura de aceptación de herencia otorgada por el albacea contador-partidor designado por su fallecido padre– se limitó a reproducir literalmente la descripción de la finca de autos que figuraba en el RP, incluido el dato sobre la cabida de la finca. El TS no acoge el motivo de recurso alegado por los recurrentes, basado en la necesidad de tomar en consideración la cabida registral de su finca. Téngase en cuenta la fecha de la sentencia comentada -2003, muy anterior a la reforma realizada por la Ley 13/2015- a la hora de valorar su pronunciamiento sobre la falta de presunción de exactitud de los datos fácticos -entre otros, la cabida de la finca- que aparecen reflejados en el folio registral.

Igualmente, la declaración de testigo fue también tenida por medio de prueba en esta última sentencia citada. Acerca del dictamen pericial como medio de prueba del título o de la posesión en la demarcación de dos fincas colindantes, la SAP Murcia, Secc. 5ª, 305/2011 de 15 noviembre (JUR 2011\424310) merece una especial mención, toda vez que el dictamen aportado fue el emitido por un ingeniero técnico topógrafo en un previo procedimiento de deslinde mediante jurisdicción voluntaria⁸⁸. Dicho ingeniero fue propuesto como testigo-perito en el posterior deslinde judicial⁸⁹.

Subsidiariamente, se aplicará el artículo 386 CC cuando los títulos no sean suficientes, por ser contradictorios o no determinar los linderos, y la posesión no sirva para definir el perímetro. El legislador optó aquí por la solución salomónica: la distribución del terreno litigioso en partes iguales, sin tener en cuenta la extensión de cada finca. El contenido del fallo que se dicte tiene una eficacia que supera la de un pronunciamiento meramente declarativo. Se trata de una adjudicación de terreno, realizada por el juez.

Es habitual encontrar recursos en los que se argumenta sobre aplicación indebida del artículo 386 CC por cuanto la parte recurrente estima que la cuestión litigiosa puede ser resuelta atendiendo a los títulos aportados y amparados en los medios de prueba presentados⁹⁰. En efecto, si los títulos aportados son suficientes, el juez debe decidir sobre el deslinde en base a esos títulos. A falta de éstos, ha de tomar en consideración la situación posesoria. Finalmente, solo cuando ésta tampoco fuera suficiente, el deslinde debe decidirse dividiendo la extensión discutida en partes iguales. La lectura de los artículos 385 y 386 CC permite inferir este orden imperativo.

Por su parte, el artículo 387 CC regula el parámetro a aplicar por el juez si de los títulos aportados por cada propietario resulta un defecto o un exceso de extensión de los

⁸⁸ Esta sentencia realiza una importante apreciación: no siempre las discrepancias registrales y catastrales sobre la descripción de la finca tienen relevancia a la hora de fijar los linderos entre dos fincas. Así sucedía en el caso de autos. En este caso, la linde resultaba claro atendiendo al conjunto de datos tomados en consideración por el perito.

⁸⁹ Este perito trabajó con toda la documentación obrante en el procedimiento y además visitó el terreno.

⁹⁰ Por todas puede citarse la STS, 1ª, 1160/1999, de 23 diciembre (RJ 1999\9490). El TS desestima este motivo, al entender que la sentencia de instancia no prescinde de la jerarquía de medios que los artículos 385 a 387 CC regulan para determinar superficies y fijar límites. El juez de instancia lo que sí hizo fue cuestionar la suficiencia de los títulos para llevar a efecto el deslinde. La parte actora prescindió de la presentación de títulos y remitió la acción de deslinde al contenido del Catastro. El juez de instancia no admite el contenido y datos del Catastro y del Instituto Geográfico como títulos válidos para el deslinde. El TS concluye que esta apreciación del tribunal de instancia se hace con la facultad soberana que le corresponde.

predios. Al igual que sucede con el artículo 386 CC, con la redacción del artículo 387 CC el legislador también pretendió otorgar al juez una vía de solución lo más ecuánime posible. Se debe proceder a la distribución equitativa de la porción discutida de forma proporcional entre demandante y demandado, lo que significa que las partes deben soportar las disminuciones y beneficiarse de los incrementos, en proporción a la cabida de sus respectivas fincas. Al igual que indicamos en relación con el artículo 386 CC, la sentencia que se dicte producirá una verdadera adjudicación judicial del terreno.

La base para este reparto proporcional del terreno litigioso ha de ser la extensión que a cada finca colindante atribuyen los títulos respectivos, presentados por las partes. Esta relación permite reforzar el carácter complementario que el artículo 387 CC tiene con respecto del artículo 385 CC, pues la distribución proporcional se debe realizar siempre en relación con la cabida que de los títulos en que se base cada derecho real resulte.

Sin embargo, no puede defenderse la aplicación prioritaria del criterio regulado en el artículo 387 CC frente al criterio de la situación posesoria o a los otros medios de prueba que permitan determinar el límite o área perteneciente a cada finca de acuerdo con el artículo 385 CC, cuando los títulos aportados sean insuficientes o contradictorios⁹¹. Esta afirmación se aplicará, incluso, en aquellos casos en los que el juez acoge el deslinde realizado por el perito designado judicialmente -siendo que el informe pericial acudía a los datos catastrales y registrales de las fincas-, con prioridad frente a la aplicación del criterio previsto en el artículo 387 CC⁹². Ello porque el reparto proporcional no podrá darse sin más en supuestos de inexistencia de títulos, en cuyo caso habremos de estar al criterio de la posesión del terreno discutido o a los otros medios de prueba o, en su defecto,

⁹¹ En contra se ha pronunciado De Salas Murillo (2021: §.5.2.5), que parece entender que el criterio previsto en el artículo 387 CC ha de funcionar como criterio prioritario en caso de aportación de títulos insuficientes. En la STS, 1ª, 365/2003, de 15 abril (RJ 2003\3712) se acoge la interpretación que aquí defendemos. De acuerdo con el TS: *«la norma del artículo 387 del Código Civil que se invoca por el recurrente tiene carácter subsidiario respecto a las de los artículos que le preceden, los cuales remiten, ante la posible insuficiencia de los títulos, a la posesión en que estuvieran los colindantes o a otro medio de prueba que permita determinar el límite o área perteneciente a cada propietario»* (FJ II). El Alto Tribunal confirma la aplicación del artículo 387 CC hecha en la instancia (SAP Ciudad Real, 1ª, de 9 de junio de 1997). La AP había calificado los títulos aportados como no suficientemente expresivos a efectos del deslinde de las propiedades, dado que ambos títulos atribuyen a una y otra finca cabida superior a la realmente existente, por lo que se entendió que debía procederse a la distribución de la pérdida proporcionalmente entre ambas.

⁹² La SAP Murcia, 5ª, 305/2011 de 15 noviembre (JUR 2011\424310), anteriormente citada, es un ejemplo de esta aplicación prioritaria de los otros medios de prueba permitidos por el artículo 386 CC, frente a la solicitud del recurrente de aplicar prioritariamente la distribución proporcional del terreno, de acuerdo con el criterio previsto en el art. 387 CC.

al reparto en partes iguales, en virtud del artículo 385 CC, en un caso, y del artículo 386 CC, en el otro⁹³.

El análisis del artículo 387 CC permite volver a hacer hincapié sobre la imposibilidad de acudir a la acción de deslinde cuando no existe confusión de los límites de las fincas colindantes, sino una verdadera discrepancia entre la superficie registral y la real. En este caso no se podrá pretender aplicar esta norma para conseguir el reparto proporcional de la diferencia superficial encontrada, puesto que la aplicación del artículo 387 CC -al igual que la aplicación de los dos artículos que le preceden- exige siempre el cumplimiento del requisito de la confusión de linderos. Por ello, en estos supuestos, procederán otros tipos de acciones reales, como puede ser la reivindicatoria, la declarativa, la negatoria o, incluso, la tutela sumaria de la posesión, en función de los casos.

La aplicación de la solución prevista en el artículo 387 CC no plantea problemas cuando de los títulos se infiere una extensión mayor que la real. En este caso ese exceso de cabida se distribuye entre los propietarios en proporción. El remedio del artículo 387 CC también se podrá aplicar cuando la extensión inferior contemplada en uno de los títulos se compense con la mayor extensión que prevé el otro título. Sin embargo, si estamos ante una doble inmatriculación de la porción de terreno esta norma resulta insuficiente, debiendo acudir a la acción declarativa del dominio para decidir sobre la prevalencia dominical a favor de un determinado titular (STS 209/2008, de 12 marzo)⁹⁴.

Este último criterio de decisión sobre el deslinde fue aplicado, entre otras, en la STS, 1ª, 558/1997 de 21 junio (RJ 1997\4889), en la que, tras admitir el derecho de la sociedad actora, el TS concluye a favor de la aplicación del artículo 387 CC *«al ser la superficie que comprende la totalidad de las dos fincas menor que la que resulta de los títulos de los colindantes»*, por lo que la falta debe distribuirse entre ambas partes de forma proporcional, sin que sean de aplicación el resto de criterios distributivos regulados en los artículos precedentes. De los títulos inscritos aportados por las partes no se podía establecer donde se hallaba en la realidad física la linde entre ambas fincas y el mojón

⁹³ Además, como se analizó en la citada SAP Murcia, 5ª, 305/2011 de 15 noviembre (JUR 2011\424310), los posibles defecto y exceso en la cabida de las fincas, que resultan de comparar las extensiones registrales y las catastrales, no siempre tienen relevancia a la hora de fijar el linde entre las dos fincas que es objeto de discusión, cuando el posible defecto de superficie de una de las fincas se sitúa completamente en otra zona de ésta, y no en aquella que afecta al lindero con la finca colindante que se discute en el concreto procedimiento de deslinde judicial (FJ III).

⁹⁴ RJ 2008\1706. *Vid.* Díez García (2021: 607).

que las dividía había sido destruido. En este caso, la necesidad de acudir a este tipo de deslinde hizo que no pudiera prosperar la acción reivindicatoria sobre la totalidad de la franja de terreno que hasta entonces estaba siendo poseída por la parte demandada. Cuesta entender la falta de consideración de la posesión del terreno litigioso realizada por la sociedad demandada y probada por la parte actora al hilo de su solicitud de condena a la demandada a reponer a la actora en la posesión del trozo de parcela discutida.

VII. EL AMOJONAMIENTO POSTERIOR AL DESLINDE

A pesar de que el Capítulo III del Título II del Libro II CC lleva por rótulo «*Del deslinde y del amojonamiento*», esta segunda acción no se regula en los artículos 384 y siguientes. El amojonamiento tiene como objetivo conseguir visibilizar mediante la colocación de signos externos o físicos -mojones- el perímetro de las fincas, bien porque dichos signos nunca existieron o bien porque han desaparecido total o parcialmente⁹⁵. De ahí que solamente se puedan colocar esas señales cuando dicho perímetro esté establecido. Por ello, se puede afirmar que el amojonamiento es una suerte de facultad complementaria del deslinde, siendo dos acciones distintas, de forma que el propietario que hubiere obtenido la delimitación de su predio mediante el deslinde podrá solicitar la exteriorización, por colocación de signos materiales, de dicha delimitación⁹⁶.

A diferencia de la acción de deslinde, el ejercicio de la acción de amojonamiento no exige la previa existencia de confusión o incertidumbre cerca de los linderos entre fincas colindantes⁹⁷. Sin embargo, es muy habitual que su ejercicio se haga de forma sucesiva o acumulativa con el de la acción de deslinde, como consecuencia inmediatamente posterior a la estimación de esta acción y la determinación exacta del perímetro de la finca. En estos casos, el pronunciamiento sobre el amojonamiento no supone sino la realización material del deslinde resuelto, pues se consigue, en ejecución de sentencia, no solo la delimitación geométrica de las fincas y el fin de la incertidumbre existente acerca de los concretos confines, sino también que se obligue al demandado a

⁹⁵ Habitualmente el amojonamiento se lleva a cabo mediante hitos o mojones de piedra, pero igualmente puede realizarse mediante cualquier otro elemento o señal que permita visibilizar los linderos previamente determinados, como pueden ser, entre otros, setos, paredes o zanjas. De ahí que habitualmente confluya con la acción de cerramiento, prevista en el artículo 388 CC.

⁹⁶ Véase Roca Juan (1990: 481).

⁹⁷ En ocasiones, el amojonamiento se ejercita cuando no existen signos externos de delimitación entre fincas. La acción también se suele ejercitar para solicitar un nuevo amojonamiento cuando el existente no coincide con el resultado de una acción de deslinde practicada.

procurar una cierta colaboración en las operaciones y gastos de colocación de los mojones que señalicen los perímetros así definidos⁹⁸.

VIII. PROFUNDIZANDO EN LA RAZÓN DE SER DE LA ACCIÓN DE DESLINDE: ALGUNAS SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LA ACCIÓN DE DESLINDE Y OTRAS ACCIONES REALES

Ya se ha indicado previamente en este trabajo la frecuencia con la que se acumula el ejercicio de las acciones reales de deslinde, declarativa y reivindicatoria y las dificultades para delimitar todas ellas, porque, en la práctica, permiten conseguir objetivos similares⁹⁹. Todas ellas persiguen la defensa de la propiedad o de otros derechos reales, si bien para el cumplimiento de esta función siempre se piensa, en primer lugar, en la acción reivindicatoria, porque ésta implica un despojo de la posesión ya cometido y busca la recuperación posesoria. También puede darse la acumulación con la acción negatoria e, incluso, con la tutela sumaria de la posesión, ejercitando en todos estos casos la faceta negativa o excluyente del derecho de propiedad, esto es, la posibilidad de monopolizar el goce de la cosa, y, por consiguiente, de excluir a los demás de este goce. El propio carácter acumulativo de estas acciones permite inferir que las finalidades que buscan son diferentes.

Una cuestión procesal a tener en cuenta es el carácter imprescriptible de la acción de deslinde y de la acción declarativa del dominio, sin perjuicio, eso sí, de la posible

⁹⁸ En este sentido puede citarse la STS 101/1997 de 10 febrero (RJ 1997\938). De acuerdo con el TS, «*en pura dogmática jurídica, incluso en su planteamiento judicial, la acción de amojonamiento, o la actuación de amojonar o poner hitos o mojones en las líneas divisorias entre las propiedades, es un «facere» material posterior a la previa acción de deslinde puesto que, como se dice, el deslinde tendente a delimitar las divisiones o las líneas divisorias entre los previos colindantes, está perfectamente recogido en el art. 384 CC, como una operación intelectual previa, para que una vez determinados cuáles son los límites de las respectivas propiedades en conflicto se refleje en el terreno (ulterior, pues, operación material), su división a través de la colocación de hitos o mojones»* (STS, 1ª, 351/1998 de 17 abril [RJ 1998\2506], FJ II). En este caso, el Alto Tribunal entendió adecuado el pronunciamiento de instancia, en el que se había estimado la acción de amojonamiento, sin que previamente se acogiera la acción de deslinde igualmente ejercitada. Se concluye que la demarcación entre fincas no es confusa y lo único que resta es el correspondiente amojonamiento habida cuenta que existen los mojones básicos originarios, pero es preciso colocar los restantes.

⁹⁹ Así, por ejemplo, en el litigio que dio lugar a la citada Resolución de la DGRN de 6 de abril de 2016 (BOE de 27 de abril de 2016). Los actores ejercitaron las acciones de deslinde, reivindicatoria y de doble inmatriculación. El fallo de la sentencia, así como sus fundamentos, señalan la incorrecta medición de las fincas tanto en sus datos catastrales como registrales, situación que procede a corregir y señala la existencia de una doble inmatriculación respecto de un determinado número de metros cuadrados que corresponden a una de las fincas, y no a la otra, ordena la entrega de esos metros cuadrados como consecuencia de la acción reivindicatoria y determina el deslinde entre ambas fincas registrales. También sucede así en el litigio que dio origen a la STS, 1ª, 132/2015, de 9 marzo (RJ 2015\979), en el que los demandantes ejercitaron la acción reivindicatoria de dominio de una determinada franja de terreno inscrita como perteneciente a otra finca registral, así como la acción de deslinde de esta franja.

prescripción adquisitiva del terreno litigioso¹⁰⁰, lo que aumenta su campo de aplicación frente a la acción reivindicatoria, que tiene un plazo de prescripción de 30 años, a contar desde el momento en que pudo ser ejercitada, es decir, a partir de la perturbación o privación posesoria, tal y como disponen los arts. 1963 y 1969 CC¹⁰¹.

La jurisprudencia ha advertido del hecho de que la acción de deslinde no implica *per se* una contienda sobre el título de propiedad de las fincas u otros derechos reales, ni puede pretender la recuperación de la posesión, sino únicamente la resolución de disputas entre propietarios de fincas colindantes sobre sus límites, por existir incertidumbre acerca de la línea perineal y extensión de cada predio (entre otras, SSTS de 11 de julio de 1988, de 10 de febrero de 1997, de 27 de enero de 1995 y de 9 de marzo de 2015)¹⁰². Se trata de una cuestión de hecho, y no de un conflicto de derechos en sentido estricto.

Qué duda cabe que, *inter partes*, la sentencia de deslinde sí tiene cierta eficacia declarativa de la propiedad del terreno deslindado. Sin embargo, en sentido estricto, la acción de deslinde no da ni quita derechos reales, mientras no recaiga sentencia en juicio declarativo sobre la propiedad que corresponda¹⁰³.

Por ello, cuando únicamente se solicitase la delimitación de los linderos de la finca, sin contener ninguna pretensión de otorgamiento de derecho material alguno sobre ese terreno, debe entenderse que no existirá cosa juzgada si, después del deslinde, se quiere ejercitar una acción reivindicatoria o una acción declarativa o una acción para declarar la nulidad del título del actor¹⁰⁴. En este caso, la sentencia de deslinde servirá para preparar el futuro ejercicio de la acción reivindicatoria y de otras acciones reales que exijan de la identificación material completa del objeto¹⁰⁵. Tampoco plantea problema el

¹⁰⁰ Por todas, STS, 1ª, 540/2012, 19 de noviembre (RJ 2013\1246).

¹⁰¹ Nótese que, de *lege ferenda*, la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil defiende el no sometimiento de la acción reivindicatoria a plazo de prescripción, siempre que un tercero no haya ganado ya por usucapión la propiedad (apartado 4º del artículo 334-1).

¹⁰² RJ 1988\5607, RJ 1997\938, RJ 1995\174 y RJ 2015\979.

¹⁰³ STS, 1ª, de 12 de julio de 1983.

¹⁰⁴ En este sentido, SSTS, 1ª, de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997\938) y 20 de septiembre de 1997 (RJ 1997\7259).

¹⁰⁵ Identificación completa de la finca que se refiere tanto a su cabida, situación y linderos, como a sus cuatro puntos cardinales. Téngase presente que este artículo 348 CC no menciona la confusión entre linderos de fincas colindantes como requisito imperativo de la acción reivindicatoria y la jurisprudencia ha interpretado que el ejercicio de la acción reivindicatoria ha de realizarse respecto a cosa perfectamente identificada. Por todas, véase la STS, 1ª, 132/2015 de 9 marzo (RJ 2015\979, FJ II). De ahí la frecuencia con la acción reivindicatoria se pretenda respecto de un terreno en el que ya se han fijado previamente o en paralelo los linderos mediante la correspondiente acción de deslinde. Por todas, SSTS, 1ª, de 30 de abril de 1964 (RJ 1964\2163), 23 de mayo de 1967 (RJ 1967\2584) y 24 de marzo de 1983 (RJ 1983\1612) y 1160/1999 de 23 diciembre (RJ 1999\9490). La acción reivindicatoria se entiende ejercitada cuando se solicita la recuperación de la posesión respecto a la porción de terreno que, en su caso, resulte del deslinde,

ejercicio acumulativo, por economía procesal, de varias de estas acciones en un mismo pleito. Sin embargo, no procedería, por existir cosa juzgada, el ejercicio conjunto de la acción de deslinde y la reivindicatoria cuando ya se hubiera ejercitado previamente una acción reivindicatoria en un primer pleito sobre las mismas fincas, salvo que esta última no hubiera prosperado en el primer litigio, precisamente, por falta de delimitación exacta e inequívoca de los perímetros de las fincas objeto de la acción reivindicatoria¹⁰⁶.

La interposición de la demanda de deslinde y la consiguiente citación judicial no interrumpen *per se* el plazo la posible usucapión de la franja de terreno sobre cuyos linderos existe la confusión que da lugar a esa acción de deslinde si ello no se acompaña de una efectiva pretensión reivindicatoria por parte del actor o de ejercicio de la acción declarativa del dominio¹⁰⁷. Sin embargo, la sentencia sobre el deslinde que se dicte sí producirá la interrupción del plazo cuando sea firme.

En otro orden de cosas, es importante señalar el dato de que la ausencia de posesión por el actor del terreno discutido no es requisito para el ejercicio de la acción de deslinde, como tampoco lo es la posesión por la parte demandada. Ésta podrá ejercitarse tanto en supuestos en los que la zona limítrofe entre las dos fincas colindantes no sea poseída por ninguno de los propietarios de los predios, como cuando ambos ostenten la posesión o cuando uno solo de los propietarios posea esa zona, siempre que en cualquiera de los tres supuestos exista confusión sobre la línea divisoria entre las fincas¹⁰⁸.

siempre que dicho terreno haya quedado dentro de los linderos de la parte demandante. Una vez determinados los linderos, será ejercitable la acción reivindicatoria, dado que esta última no puede usarse para pretender recuperar una cosa genérica y no delimitada. El sujeto reivindicante deberá identificar la finca sobre la que ejerce la acción de forma total y sin dudas y probar que el terreno que reclama es el mismo que posee el demandado (STS, 1ª, 132/2015 de 9 marzo [RJ 2015\979], que cita, a su vez, las SSTS, 1ª, de 14 marzo 2005, 14 noviembre de 2006 y 5 noviembre 2009).

¹⁰⁶ En este sentido, STS, 1ª, de 3 de abril de 1987 (RJ 1987\2483). *Vid.* De Salas Murillo (2021: §.5.3.2.2). Se busca con ello evitar que un posterior ejercicio de la acción de deslinde trate de encubrir un nuevo intento de reivindicatoria. El Alto Tribunal sostiene que la distinta denominación de las acciones entabladas no es obstáculo a la identidad de la causa de pedir, cuando en el primer litigio la pretensión era reivindicatoria y en el segundo se busca lograr también la reivindicación, si bien en esta segunda ocasión esa reivindicación se enlaza con un deslinde, tratándose de lograr en esta segunda ocasión lo que no se alcanzó con el anterior pleito.

¹⁰⁷ Coincidimos con la opinión expresada por De Salas Murillo (2021: §.5.3), quien afirma que tampoco interrumpiría la usucapión la citación en alguno de los procedimientos de jurisdicción voluntaria que persiguen obtener un acuerdo para el deslinde. Sí se darían los efectos interruptivos cuando se dicte sentencia de deslinde a favor de quien haga valer la interrupción de la usucapión del tercero, tras el ejercicio conjunto de las acciones de deslinde y reivindicatoria, pues en este caso sí se declara con carácter definitivo el estado posesorio. Por otro lado, no puede perderse de vista el hecho de que la adjudicación hecha en el juicio de deslinde puede servir como justo título para la posterior usucapión ordinaria.

¹⁰⁸ Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido siempre clara en este sentido, exigiendo, en ocasiones, que demandante y demandando ejercieran una posesión promiscua, en el sentido de simultánea, de la zona de terreno a la que se refiere la acción de deslinde. En este sentido pueden citarse las SSTS de 9 de noviembre

Teniendo en cuenta estos extremos diferenciadores, el TS ha señalado la importancia de trazar una línea divisoria entre la acción de deslinde y la reivindicatoria. Por todas, SSTs, 1ª, 743/2007, de 25 junio 2007; 209/2008, 12 de marzo; y 657/2009, de 14 octubre¹⁰⁹. Sin embargo, muchas resoluciones han errado a la hora de delimitar las acciones de deslinde y reivindicatoria. A modo de ejemplo, la STS de 17 de noviembre de 1979 afirma que toda acción de deslinde parte del supuesto de una usurpación llevada a cabo por uno de los colindantes de la propiedad que el actor trata de deslindar. De ahí que se concluya que esta acción supone una reivindicación de ese terreno usurpado, seguida de una determinación del perímetro de las fincas¹¹⁰.

Con todo, existen importantes aspectos comunes o cercanos en ambas acciones. Aunque se dice que el ejercicio de la acción de deslinde no se condiciona a la posesión por parte del demandado, sí es cierto que detrás de una acción de deslinde hay una cierta usurpación llevada a cabo por uno de los colindantes de la propiedad que el actor trata de deslindar o un riesgo de que esa usurpación se produzca. Como también es cierto que el deber del demandado de acatar el deslinde dictado -deber de respeto inherente a toda resolución judicial- le obligaría a dejar de poseer el terreno deslindado, en caso de haber existido esta posesión previa¹¹¹. Ello implica, para este tipo de supuestos, un cambio de posesión. Este dato, junto con la frecuencia con la que ambas acciones se ejercitan de forma acumulativa, han conducido al TS a afirmar que la razón de ser de ambas se entiende de forma conjunta¹¹².

de 1949 (RJ 1949\1244) y de 31 de marzo de 1987 (RJ 1987\1844). En este trabajo se defiende que la confusión de linderos puede existir cuando ambas partes litigiosas posean la zona limítrofe o cuando la posesión únicamente se ejercite por uno de ellos, sin que en este último supuesto tenga que entenderse que siempre y en todo caso únicamente puede emplearse la acción reivindicatoria. Por tanto, la posesión simultánea del terreno limítrofe no es requisito *sine qua non* de la acción de deslinde, aunque en la práctica se produzca en muchas ocasiones. Sólo así puede interpretarse el hecho de que el propio artículo 385 CC contemple, como uno de los criterios para delimitar los linderos, a falta de títulos de los propietarios, las respectivas posesiones de los propietarios colindantes. Por su parte, los artículos 386 y 387 CC regulan como criterios subsidiarios de determinación de los linderos la división por partes iguales y la determinación proporcional. Pues bien, estas dos últimas normas carecerían de sentido si tuviéramos que entender que la posesión simultánea del terreno por ambas partes es condición para el ejercicio de la acción de deslinde. Por tanto, en caso de ausencia de posesión del terreno litigioso, el deslinde se realizará con base en los otros criterios previstos subsidiariamente por el CC. En este sentido también se ha pronunciado, De Salas Murillo (2021: §.4.6).

¹⁰⁹ RJ 2007\3547, RJ 2008\1706 y RJ 2009\5570, respectivamente.

¹¹⁰ RJ 1979\4266.

¹¹¹ Reproduciendo las palabras contenidas en la STS, 1ª, de 5 de octubre de 1976 (RJ 1976\3874), se puede afirmar que «una vez practicado el deslinde el demandado viene obligado a respetar la propiedad que determinada por el deslinde corresponde a la finca del actor».

¹¹² En particular, en la STS, 1ª, de 30 de junio de 1976, se afirmaba que el ejercicio de la acción de deslinde que no lleva implícitamente la reivindicación de lo comprendido dentro del perímetro deslindado carece de

Con el ejercicio de la acción de deslinde, aunque no se solicite en paralelo la recuperación de un cuerpo cierto y perfectamente identificado, sí se consigue «que la parte demandada dejara de poseer los terrenos de la propiedad del actor como consecuencia y resultado del deslinde postulado, lo que es inherente al acto delimitador de propiedad en cuanto fija su colindancia discrepante». «En definitiva, cuando se solicita el deslinde se está interesando igualmente que, una vez delimitadas las fincas, lo que corresponda al actor en virtud de tal delimitación quede bajo su posesión y se le reconozca la propiedad sobre tal extensión de terreno, lo que ciertamente puede comportar un cambio posesorio, pero ello es consecuencia propia del deslinde y en forma alguna requiere una expresa reivindicación inicial que en todo caso sería inconcreta y supeditada al resultado de aquél»¹¹³. De ahí la frecuencia con la que se relacionan los efectos de la acción de deslinde y la acción reivindicatoria cuando la primera se ejercite en un pleito en el que el demandado esté poseyendo el terreno dudoso.

De forma ciertamente cuestionable, la STS de 17 de noviembre de 1979 (RJ 1979\4266), sostuvo que «*toda acción de deslinde parte del supuesto de una usurpación llevada a cabo por uno de los colindantes de la propiedad que el actor trata de deslindar, y por tanto supone tanto una pretendida reivindicación del terreno usurpado, como una declaración del contenido en cuanto a dimensión de un título de propiedad*». Afirmación que resulta criticable toda vez que, como ya se ha indicado, si bien es frecuente que las acciones de deslinde y reivindicatoria se ejerciten en paralelo -en un mismo procedimiento, por economía procesal- o sucesivamente, también es posible que el deslinde se realice respecto de un terreno que no esté siendo poseído hasta ese momento por el demandado.

De acuerdo con el artículo 348 CC, para ejercitar la acción reivindicatoria es necesaria la no posesión por el propietario actor, debiendo el demandado encontrarse en la posesión de la cosa que se intenta reivindicar -estamos, por tanto, ante un poseedor no propietario-. Circunstancias que habrá de probar el actor, junto con la prueba de su título de dominio y la identificación plena de la cosa reivindicada. Por tanto, la carga probatoria de la acción reivindicatoria es mayor que la de la acción de deslinde.

sentido como también carece de eficacia y prosperabilidad la acción reivindicatoria en la que no se intente o consiga el deslinde, o sea, la identidad del bien reivindicado.

¹¹³ SSTS, 1ª, 743/2007, de 25 junio 2007 (RJ 2007\3547) y 657/2009, de 14 octubre (RJ 2009\5570).

Tampoco el ejercicio de la acción declarativa del dominio exige una previa situación de despojo de la finca o de parte de ésta por el demandado. El demandante únicamente busca constatar que el derecho le pertenece y, en último término, acallar al demandado, sujeto que hasta ese momento discutía esa realidad jurídica o se atribuía el derecho sin título que lo amparase. Con todo, se ejercitarán de manera cumulativa las acciones declarativa de dominio y reivindicatoria cuando el demandado venga poseyendo el terreno en cuestión. No puede olvidarse que el éxito de la acción declarativa se sujeta a la efectiva prueba de que la finca reclamada es aquella a la que se refieren los títulos o demás medios probatorios en los que la parte actora funde su derecho de propiedad y exige la identificación exacta de los linderos.

IX. ALGUNAS CONCLUSIONES

A día de hoy, a pesar de la aplicación de las tecnologías actuales para la demarcación de fincas, sigue siendo innegable la utilidad de la acción de deslinde para la identificación de los linderos entre fincas colindantes. Sobre todo, en el caso de fincas rústicas. El motivo de este éxito es la importancia que el conocimiento de la línea perimetral exterior, situación geográfica y delimitación de las fincas tiene para los titulares de derechos reales sobre estas, al permitir identificar el perímetro en el que pueden ejercitar sus derechos. Como consecuencia de ello, la sentencia de deslinde fija, asimismo, en algunos casos, la extensión superficial del terreno o cabida. Circunstancia que ha sido puesta de manifiesto como proyecto de *lege ferenda*, en el tratamiento que se hace de la acción de deslinde en la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

La relevancia de la acción de deslinde también se extiende a los terceros interesados en su adquisición y, en general, a todo titular de un derecho real en una finca colindante, que habrá de respetar la identificación de la finca objeto de deslinde.

Precisamente este último punto genera, en la práctica, importantes dudas a la hora de diferenciar la acción de deslinde de la acción reivindicatoria. Ello porque la razón de ser de la acción de deslinde es la misma que el artículo 348 CC prevé para la acción reivindicatoria, a saber, la configuración -y la protección- del derecho real de propiedad -y del resto de derechos reales que puedan existir sobre la finca-. Más allá del plano teórico, se reconoce que el deslinde tiene una cierta eficacia reivindicatoria porque, tras

la sentencia que resuelva sobre el deslinde, quedará fijado el perímetro y la extensión de la finca, que habrán de ser respetados por todos.

Sin embargo, el previo despojo del terreno de la finca sobre la que se solicita el deslinde o de parte de esta no es requisito *sine qua non* de la acción de deslinde, a diferencia de lo que sucede con la reivindicatoria. En efecto, de la jurisprudencia analizada en este trabajo se infiere que el éxito de la acción de deslinde no se sujeta a la prueba de la existencia de una zona de posesión promiscua. Con todo, este previo uso no consentido es ciertamente habitual cuando se emplea la acción de deslinde. En ocasiones, se trata de un uso no exclusivo del demandado, sino ejercido también por el demandante de forma paralela.

Estos motivos no pueden conducir a afirmar que, en ejecución de sentencia, cuando solamente se haya hecho uso por la parte actora de la acción de deslinde, se pueda condenar al demandado no ya a la devolución de la posesión del terreno litigioso -si es que había existido ese previo uso no autorizado-, sino, incluso, a la mera abstención de iniciar un uso no consentido o cualquier tipo de gestión de la finca objeto del litigio. De ahí lo criticable del pronunciamiento contenido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia reseñada en el primer apartado de este trabajo (Sentencia 6/2022 del TSJ de Galicia [Sala de lo Civil y Penal, Secc. Especial], de 17 enero).

Otra razón que explica la utilidad de la acción de deslinde es la referida a su eficacia para la preparación para el ejercicio acumulativo o posterior de acciones reales que requieran la plena identificación de la finca del actor. De ahí la frecuencia con la que se produce el tándem acción de deslinde y acción reivindicatoria o acción de deslinde y acción declarativa del dominio o, incluso, la acumulación de las tres acciones. Las diferentes finalidades de cada una de ellas explican que su ejercicio pueda ser no sólo acumulativo, por eficiencia procesal, sino también sucesivo, si el actor así lo desea, porque no existirá cosa juzgada en estos casos. Sí podrá existir cosa juzgada, sin embargo, cuando haya habido un primer ejercicio fallido de la acción reivindicatoria basado en un motivo distinto de la falta de identificación completa de los confines de la finca.

Más allá del citado deber de respeto del pronunciamiento sobre el deslinde que rige sobre el sujeto demandado y del dato de que en muchas ocasiones éste haya venido poseyendo parte de la finca del demandante, este trabajo ha de servir como llamamiento sobre la necesidad de emplear términos precisos al denominar la acción que se está

ejercitando y al identificar cada una de las causas de pedir de la demanda. Ello exige acudir a las otras acciones reales cuando lo que se pretenda sea un pronunciamiento que vaya más allá de la identificación de los linderos. Para ello habrán de cumplirse requisitos que pueden ser más gravosos para la parte demandante que las exigencias de la acción de deslinde.

A pesar del carácter meramente declarativo de la sentencia que resuelva sobre el deslinde, el análisis detallado de los criterios legales a tener en cuenta por el juez cuando decida sobre el deslinde permite afirmar que algunos pronunciamientos contienen una verdadera adjudicación judicial del terreno. En particular, cuando la porción litigiosa se reparte a partes iguales, por no ser aplicable el criterio de los títulos aportados o la situación posesoria, y cuando ese terreno se reparte de forma proporcional con la cabida, porque los títulos aportados por los propietarios se infiera un defecto o un exceso de extensión de los predios.

Del análisis jurisprudencial se infiere la necesidad de aplicar los criterios decisorios previstos en los artículos 385 a 387 CC en un orden estrictamente sucesivo o jerárquico, sin que los criterios del reparto a partes iguales o, en su caso, proporcional puedan emplearse con carácter prioritario frente al que resulte de la posesión probada, cuando los títulos aportados no parezcan suficientes o resulten contradictorios. La tarea del juez suele ser laboriosa, al tener que analizar preferentemente, el contenido de los títulos aportados y la posesión probada, pero también la totalidad de medios de prueba posible que le permitan poner fin a la incertidumbre entre linderos, cuando ni los títulos aportados ni la posesión probada sean, por sí solos, concluyentes. De ahí que nos encontremos sentencias en las que el juez ha de estudiar conjuntamente certificaciones registrales y catastrales, planos de topografía, fotografías, así como declaraciones de testigos, pruebas periciales -incluidos los dictámenes que pudieron ser empleados en intentos previos de deslinde mediante jurisdicción voluntaria- y el propio reconocimiento judicial.

Además, en no pocas ocasiones, la contracción de los títulos y de los datos registrales y catastrales conduce a una de las partes a alegar la necesidad de acudir al reparto de la zona litigiosa de forma proporcional con la cabida total de cada finca. En relación con este alegato, es importante tener en cuenta que los posibles defecto y exceso en la cabida de las fincas, que resultan de comparar las extensiones que figuren en el Registro de la Propiedad y en el Catastro, no siempre tienen relevancia a la hora de fijar

el lindero entre las dos fincas que es objeto de discusión, cuando el posible defecto de superficie de una de las fincas se sitúa completamente en otra zona de esta, y no así en la que afecta al límite con la finca colindante que se discute con la acción de deslinde.

Bibliografía

BERTOLÁ NAVARRO, I. (2017): *La acción de deslinde y amojonamiento*, Ed. Sepin, Madrid.

CALVO VIDAL, F.M. (2010): «Comentario al artículo 384 del CC», en *Comentarios al Código Civil* (A. DOMÍNGUEZ LUELMO, DIR.), Ed. Lex Nova, Valladolid.

DE SALAS MURILLO, S. (2021): *El deslinde de fincas*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (versión Proview).

DÍAZ FUENTES, A. (2009): *El deslinde*, Ed. Bosch, Barcelona.

DÍEZ GARCÍA, H. (2021): «Comentario a los artículos 384 a 387 CC», en *Comentarios al Código Civil* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, DIR.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor (5ª edic.) (pp. 602 a 608).

DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A. (1993): «Comentario al artículo 384 del CC», *Comentario del Código Civil*, T. I (C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, L. DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO Y P. SALVADOR CODERCH, DIRS.), Ed. Ministerio de Justicia, Madrid (2ª edic.).

HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Artículo 384. Derecho de deslinde de la propiedad», en *Código Civil comentado*, Vol. I, Ana Cañizares Laso (dir.), Civitas, (versión Proview).

HUALDE SÁNCHEZ, J. J. (1984): «Acción de deslinde. presupuesto para su viabilidad. Acción de deslinde, reivindicatoria y declarativa. sus diferencias (Comentario a la STS de 18 de abril de 1984)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 5, abril/agosto 1984 (pp. 1613 a 1622).

GRIMALT SERVERA, P. (2001): *El deslinde entre particulares*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Cuadernos de Aranzadi Civil, núm. 11).

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2013): «Comentario a los artículos 384 a 387 del CC», en *Comentarios al Código Civil*, T. III (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, DIR.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (2003): *Elementos de Derecho Civil*, Vol. III.bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Dykinson, Madrid.

MONTÉS PENADES, V. (1990): «Comentario al artículo 348 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. ALBALADEJO, DIR.), T. V, Vol.1.º, EDERSA, Madrid (2ª edic.).

ORDÁS ALONSO, M. (2019): «Comentario al art. 200 LH», *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, (A. DOMÍNGUEZ LUELMO, DIR.), 3ª ed., Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (pp. 1751 a 1769).

ORDÁS ALONSO, M. (2019): «Comentario al art. 201 LH», *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, (A. DOMÍNGUEZ LUELMO, DIR.), 3ª ed., Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (pp. 1769 a 1788).

PARRA LUCÁN, Mª Á. (2006): «Eficacia del deslinde de los bienes de las Administraciones públicas», *Actualidad civil*, núm. 21.

PRATS ALVENTOSA, L. (1990): *Deslinde y reivindicación*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

ROCA JUAN, J. (1990): «Comentario al artículo 384 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. ALBALADEJO, DIR.), T. V-1º, EDERSA Madrid (2ª edic.) (pp. 478 y ss.).

VILALTA NICUESA, A. E., y MÉNDEZ, R. (2000): *Expediente de deslinde y acción de deslinde y amojonamiento*, Ed. Bosch, Barcelona (2ª edic.).

Relación jurisprudencial

Tribunal Supremo

STS, 1ª, 46/2016, de 11 de febrero (RJ 2016\239).

STS, 1ª, 132/2015, de 9 marzo (RJ 2015\979).

STS, 1ª, 540/2012, 19 de noviembre (RJ 2013\1246).

STS, 1ª, 855/2011, de 21 de noviembre (RJ 2012, 3394).

STS, 1ª, 298/2010, de 14 mayo (RJ 2010\3698).

STS, 1ª, 657/2009, de 14 octubre (RJ 2009\5570).

STS, 1ª, 636/2009 de 29 septiembre (RJ 2009\7259).

STS, 1ª, 339/2008 de 7 mayo (RJ 2008\2826).

STS, 1ª, 209/2008, de 12 marzo (RJ 2008\1706).

STS, 1ª, 1168/2007, de 8 de noviembre (RJ 2007/7419).

STS, 1ª, 743/2007, de 25 junio 2007 (RJ 2007\3547)

STS, 1ª, 158/2006, de 15 febrero (RJ 2006\4441).

STS, 1ª, 947/2005, de 12 diciembre 2005 (RJ 2006, 196).

STS, 1ª, 672/2003, de 26 de junio (RJ 2003\4310).
STS, 1ª, 604/2003, 20 junio 2003 (RJ 2003, 4249).
STS, 1ª, 1112/2002, 22 noviembre 2002 (RJ 2002, 10270).
STS, 1ª, 922/2002, 14 de octubre de 2002 (RJ 2002\10171).
STS, 1ª, 365/2003, de 15 abril (RJ 2003\3712).
STS, 1ª, 1160/1999, de 23 de diciembre (RJ 1999, 9490).
STS, 1ª, 351/1998, de 17 abril (RJ 1998\2506).
STS, 1ª, 782/1997, 20 de septiembre de 1997 (RJ 1997\6456).
STS, 1ª, 558/1997, de 21 junio (RJ 1997\4889).
STS, 1ª, 101/1997, de 10 febrero (RJ 1997\938).
STS, 1ª, 27 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9280).
STS, 1ª, 27 de enero de 1995 (RJ 1995\174).
STS, 1ª, 6 abril 1994 (RJ 1994, 2942).
STS, 1ª, 14 febrero 1994 (RJ 1994, 1475).
STS, 1ª, 19 diciembre 1990 (RJ 1990, 10310).
STS, 1ª, de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10284).
STS, 1ª, de 16 de octubre de 1990 (RJ 1990\7872).
STS, 1ª, 11 de julio de 1988 (RJ 1988\5607).
STS, 1ª, 3 de abril de 1987 (RJ 1987\2483).
STS, 1ª, 31 de marzo de 1987 (RJ 1987\1844).
STS, 1ª, 24 de marzo de 1983 (RJ 1983\1612).
STS, 1ª, 10 mayo 1982 (RJ 1982, 2562).
STS, 1ª, 27 abril 1981 (RJ 1981, 1664).
STS, 1ª, de 7 de julio de 1980 (RJ 1980, 3301).
STS, 1ª, de 17 de noviembre (RJ 1979\4266).
STS, 1ª, de 4 abril 1979 (RJ 1979, 1270).
STS, 1ª, de 5 de octubre de 1976 (RJ 1976\3874).
STS, 1ª, 27 mayo 1974 (RJ 1974, 2106).
STS, 1ª, 30 de junio de 1973 (RJ 1973, 2718).
STS, 1ª, 23 de mayo de 1967 (RJ 1967\2584).
STS, 1ª, 2 abril 1965 (RJ 1965, 1962).
STS, 1ª, de 30 de abril de 1964 (RJ 1964\2163).
STS, 1ª, 9 febrero 1962 (RJ 1962, 949).
STS, 1ª, de 8 julio 1953 (RJ 1953, 2030).

STS, 1ª, de 9 de noviembre de 1949 (RJ 1949, 1244).

STS, 1ª, de 14 enero 1936 (RJ 1936, 72).

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección Especial), 6/2022, de 17 enero (RJ 2022\1250).

STSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), 36/2021, de 16 diciembre (JUR 2022\58217).

ATSJ de Galicia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 10 mayo 2006 (JUR 2007\275320).

Audiencias Provinciales

SAP Pontevedra, Secc. 3ª, 174/2021, de 29 de abril (JUR 2021, 209801).

SAP Jaén, Secc. 1ª, 210/2019, 27 febrero de 2019 (JUR 2019\107930).

SAP Murcia, Secc. 5ª, 305/2011 de 15 noviembre (JUR 2011\424310).

SAP Navarra, Secc. 3ª, 282/2002, de 1 diciembre (JUR 2003\32567).

SAP Madrid, Secc. 11ª, de 29 de mayo de 2002 (JUR 2003, 47221).

**LOS EFECTOS DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LAS PROPUESTAS DE
REGULACIÓN EN ESPAÑA: EN TORNO AL CONSENTIMIENTO DE LA
MUJER GESTANTE Y SU REVOCABILIDAD***

*The enforceability of surrogacy agreement in comparative law and in the
proposals for regulation in Spain: about the consent of the surrogate mother and its
revocability*

VIRGINIA MÚRTULA LAFUENTE
vmurtula@ua.es
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Alicante

Cómo citar/Citation

Múrtula Lafuente, V. (2022).

Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad.

Cuadernos de Derecho Privado, 2, pp. 134-190

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.20>

(Recepción: 17/01/2022; aceptación tras revisión: 27/04/2022; publicación: 30/04/2022)

Resumen

Dentro del debate sobre la gestación subrogada, el presente estudio se centra en los efectos de los contratos de gestación por sustitución en aquellos países donde están permitidos, y tienen una legislación y una práctica consolidada, como Israel, Grecia, Ucrania, California (EEUU), Reino Unido, Australia, Canadá y Portugal (que cuenta con una ley recién estrenada). Concretamente, en el trabajo se analiza la relevancia que en estas jurisdicciones tiene el consentimiento de la mujer gestante en orden a la determinación de la filiación del menor y si puede cambiar de opinión, revocando el consentimiento inicialmente prestado. La experiencia de estos países servirá para analizar las propuestas de regulación formuladas en España en torno a la gestación por sustitución, planteadas ante la realidad existente de los casos de gestación subrogada transfronteriza, a pesar del rechazo manifestado por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo a esta práctica y que ha vuelto a ser reiterado en su reciente sentencia de 31 de marzo de 2022. Dichas propuestas configuran como irrevocable el consentimiento de la mujer gestante, pudiendo ser contrarias en este aspecto a la dignidad y la autonomía personal de la mujer que está dispuesta a gestar para otros, que deben ser la base de cualquier futura regulación atendiendo a las recomendaciones y principios formulados desde distintos organismos internacionales.

* El presente trabajo se enmarca dentro del Grupo de Investigación consolidado «Discapacidad y Familia» (VIGROB-175) del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante.

Palabras clave

Gestación por sustitución, madre subrogada, eficacia del acuerdo gestacional, revocabilidad del consentimiento, renuncia a la filiación.

Abstract

In the context of the debate on surrogacy, this paper focuses on the effects of surrogacy agreements in those countries where they are allowed and have consolidated legislation and practice, such as Israel, Greece, Ukraine, California (USA), the United Kingdom, Australia, Canada and Portugal (which has recently introduced a new law). This study analyses especially the relevance that the consent of the surrogate mother has in these jurisdictions to determine the filiation of the child and whether she can change her mind, revoking the consent initially given. The experience of these countries is then used to examine the proposals for regulation formulated in Spain regarding surrogacy, in response to the existing reality of cross-border surrogacy cases, despite the rejection of this practice by the 1st Chamber of the Supreme Court, which has been reiterated in its recent ruling of 31 March 2022. These proposals make the consent of the surrogate mother irrevocable and may be contrary in this respect to the dignity and personal autonomy of the woman who is willing to gestate for others, which must be the basis of any future regulation in accordance with the recommendations and principles formulated by different international organisations.

Keywords

Surrogacy, surrogate mother, enforceability of surrogacy agreement, revocability of consent, transfer of legal parentage.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE LA NECESIDAD O NO DE REGULAR LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA. II.1. Las incoherencias de la práctica. II.2. El carácter global de la cuestión. II.2.1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. II.2.2. Recomendaciones y principios recogidos en los trabajos realizados desde los organismos internacionales. III. EFECTOS DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. III.1. Países en los que la filiación del menor se determina *ex ante* en virtud del contrato gestacional. III.1.1. Grecia. III.1.2. Portugal III.1.3. Ucrania. III.1.4. Estado de California (EEUU). III.2. Países donde la filiación del menor se determina *ex post facto*. III.2.1. Reino Unido. III.2.2. Australia. III.2.3. Canadá. III.2.4. Israel. III.3. Reflexiones en torno a la voluntad de la mujer gestante en las jurisdicciones analizadas. IV. PROPUESTAS DE REGULACIÓN REALIZADAS EN ESPAÑA. V. EL CONSENTIMIENTO DE LA GESTANTE Y SU CARÁCTER «IRREVOCABLE» A EXAMEN. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de gestación subrogada o por sustitución, nos encontramos ante un acuerdo cuya calificación es difícil de determinar, incluso la terminología a emplear tampoco es pacífica en España¹. En cualquier caso, podemos afirmar, en una primera aproximación al mismo que nos encontramos ante «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 aportar o no sus gametos»².

De manera que las obligaciones habitualmente asumidas a través de este acuerdo en los países donde se permiten son, por lo que respecta a la madre subrogada o gestante, consentir en ser fecundada a través de las técnicas de reproducción asistida, seguir las instrucciones médicas durante el embarazo, gestar el feto hasta su nacimiento, entregar el recién nacido a los padres comitentes, renunciar a los derechos de filiación a favor de estos últimos y cooperar en los procedimientos judiciales dirigidos a garantizar que ella y su cónyuge (en su caso) han renunciado a la patria potestad y a la responsabilidad parental a favor de la parte comitente.

Es práctica común en los países que regulan la gestación subrogada que el embrión implantado en el útero de la gestante sea fruto de una fecundación *in vitro*, donde esta no tenga ninguna vinculación genética con el niño, sino que el óvulo sea aportado por la propia comitente o por una donante y el esperma por el padre comitente (aunque también puede ser de donante), técnica que se conoce como «subrogación gestacional» (*gestational surrogacy*). No obstante, en algunos Estados, como vamos a tener ocasión

¹ Si bien hemos querido utilizar preferentemente el término «gestación por sustitución», por ser el que utilizan tanto las Instrucciones de la DGRN sobre el régimen registral de los menores nacidos en el extranjero por este procedimiento, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE n.º 126, de 27 de mayo de 2006) y las propuestas legislativas que se han realizado en nuestro país. No obstante, «gestación subrogada» y «maternidad subrogada» son términos que se ajustan bien con los empleados por las leyes de esos otros países que tienen regulación sobre la materia, por lo que también haremos uso de ellos.

² FD 1.º SAP Valencia, Secc. 10.ª, 826/2011 23 noviembre 2011 (AC 2011, 1561). Esta sentencia vino a ratificar la SJPI n.º 15 Valencia 15 septiembre 2010 (AC 2010, 1707), que denegó la inscripción de la certificación administrativa de nacimiento de dos menores nacidos por gestación subrogada en Los Ángeles, cuyos padres comitentes eran un matrimonio de dos hombres españoles (donde uno de ellos había aportado su propio material genético). La STS (Pleno) 835/2013 6 febrero 2014 (RJ 2014, 833) confirmó la resolución de la instancia.

de comprobar, se permite que la gestante pueda aportar su propio óvulo y entonces se habla de «subrogación tradicional» o plena (*traditional surrogacy*).

En muchos de estos contratos los compromisos asumidos por la mujer que está dispuesta a gestar para otro(s) descienden a un nivel de concreción y determinación que van más allá de los cuidados normales que deberían seguirse antes y durante cualquier embarazo, constituyendo una clara intromisión en la dignidad y la autonomía personal de la gestante, además de en sus derechos a la intimidad y a la integridad física y moral, como ha puesto de manifiesto la reciente STS (Pleno) 31 marzo 2022 (FD 3.º apdo. 7)³. Entre estas obligaciones estarían, siguiendo a la sentencia citada, someterse a tantas transferencias embrionarias como sean precisas, renunciar a la confidencialidad médica y psicológica en los exámenes que se le realicen, no poder abortar excepto para preservar su propia vida; someterse a pruebas de diagnóstico prenatal, amniocentesis, muestras de vellosidad crónica y ultrasonido de alta resolución; dar a luz por cesárea, salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto natural; e incluso poder ser mantenida con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto. Otras obligaciones tienen que ver con sus hábitos de vida, como seguir una dieta nutricional adecuada, abstenerse de tener relaciones sexuales, no hacer ejercicio vigoroso, ni auto administrarse medicamentos por vía oral o por inyección; no consumir drogas, alcohol o tabaco; o restringir su libertad de movimiento y residencia, prohibiéndole salir de la ciudad donde reside, cambiar de domicilio, o bien alejarse del hospital elegido para el nacimiento del niño según avanza el embarazo.

En cuanto a las obligaciones que estarían a cargo de los padres comitentes o intencionales encontramos la de pagar a la agencia intermediaria (si hubieran recurrido a una), pagar los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo y posterior parto⁴, asumir las responsabilidades derivadas de la filiación del hijo nacido por este procedimiento⁵ y, si la gestación por sustitución fuera retribuida, pagar a la mujer que está dispuesta a gestar para ellos una cantidad adicional de dinero.

³ STS (Pleno) 277/2022, 31 marzo 2022 (RJ 2022, 1190).

⁴ Llama la atención que, entre las cláusulas que figuran en este tipo de contratos -como refleja la STS de 31 de marzo de 2022-, nos podemos encontrar con que la parte comitente no se comprometa a compensar a la gestante en el caso de que esta no llegue a quedarse embarazada, a pesar de todos los perjuicios que ello le haya podido ocasionar.

⁵ Como pone de manifiesto el clausulado de este tipo de contratos, como el transcrito por la STS de 31 de marzo de 2022 y otros modelos señalados por Sánchez Jordán (2020: 122), entre sus estipulaciones se

Esta cantidad suele oscilar entre los 10.000 y los 30.000 euros, mientras que el precio total que puede costar una gestación subrogada a los padres intencionales puede variar entre los 50.000 y los 200.000 euros, dependiendo del país en el que se lleve a cabo y de las técnicas de reproducción asistida que se utilicen⁶. Los beneficios derivados de la diferencia entre una y otra cantidad van a parar a los intermediarios (agencias, médicos, abogados, clínicas...), que evidentemente ven un negocio en ello. La industria de la gestación subrogada, debido a las restricciones de viajes impuestas por la pandemia, disminuyó sus ingresos hasta los 4.2 billones de dólares en 2020, pero tiene una previsión de crecimiento para los próximos años hasta alcanzar los 33.9 billones en 2027⁷.

Dentro del debate que sobre la gestación por sustitución pueden suscitar este tipo de acuerdos, en el presente estudio nos centraremos fundamentalmente en los efectos de estos contratos en aquellos países donde están permitidos, analizaremos si el consentimiento de la mujer gestante puede ser revocable o no después del alumbramiento y su relevancia en orden a la determinación de la filiación del menor. Con ello pretendemos extraer una serie de reflexiones que toman como referencia las propuestas de regulación realizadas en España en torno a la gestación por sustitución. Pues, si el día de mañana el legislador español se decide a abordar este tema, tendrá que dar solución a esta fundamental cuestión. Para ello deberá atender a nuestros principios constitucionales y a las recomendaciones realizadas desde los distintos organismos internacionales.

II. SOBRE LA NECESIDAD O NO DE REGULAR LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

En nuestro país, como es sabido, el art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA), considera 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 de un contratante o de un tercero. Y, siguiendo el principio de Derecho romano *mater semper certa est*, la Ley dispone que:

pueden encontrar aquellas en la que la parte comitente se compromete a aceptar la custodia de todos los niños nacidos a partir del acuerdo de gestación subrogada, con independencia del sexo, número, estado de salud, condiciones físicas y psicológicas, o si se trata de un nacimiento prematuro o a término completo. No obstante, en ocasiones, como vamos a tener ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo, también figuran cláusulas donde los padres comitentes sí pueden elegir el número de hijos que quieren tener (caso *Cook v. Harding*) o no asumir la filiación de algún niño que presenta alguna enfermedad si la madre gestante decide no abortar (caso *Baby Gammy*).

⁶ Información disponible en: <https://www.gestlifesurrogacy.com/precio-gestaci%C3%B3n-subrogada-en-espa%C3%B1a.php> (21.12.2021).

⁷ Según informa Global Market Insights. Disponible en <https://www.gminsights.com/industry-analysis/surrogacy-market>. (14.4.2022).

«La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (art. 10.2 LTRHA). De esta forma, gestación y maternidad quedan legalmente unidas a la hora de determinar la filiación materna en la gestación por sustitución, que es atribuida a la mujer que dio a luz y no a los que contrataron con ella, dejando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales del CC (art. 10.3 LTRHA).

La LTRHA de 2006 siguió en este punto a su predecesora, la Ley 35/88⁸, que se basó en el conocido Informe Palacios. Este venía a rechazar la gestación por sustitución fundamentalmente por razones éticas, al considerar que hay una unidad de valor en el proceso de maternidad que debe ser mantenida y que se rompe en dicha práctica, además de considerar que la gestación por sustitución puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo de la mujer⁹.

II.1. Las incoherencias de la práctica

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en su sentencia del Pleno de 6 de febrero de 2014¹⁰, consideró el art. 10.1 LTRHA como un precepto de orden público y apreció que la gestación por sustitución vulnera «la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población» (FJ 3.º apdo. 6).

El Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, elaborado por el Comité de Bioética de España, el 16 de mayo de 2017¹¹, coincide con este parecer. En él, la mayoría de sus miembros concluyen que todo contrato de gestación

⁸ Como indicaba en su momento el apartado III de la propia Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE n.º 282, de 24 de noviembre de 1988), cuando se refería a la posible aplicación de estas técnicas a la gestación de sustitución, una de las cuestiones que se plantea es «si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas».

⁹ Palacios, 2019: 7.

¹⁰ STS (Pleno) n.º 835/2013 6 febrero 2014 (RJ 2014, 833).

¹¹ Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf (21.12.2021).

por sustitución, lucrativo o altruista, entraña una explotación de la mujer y un daño al interés superior del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Proponiendo en sus conclusiones la conveniencia de que la nulidad de estos contratos que consagra la LTRHA sea aplicable también a los contratos celebrados en el extranjero y sancionando a las agencias intermediarias que se dedican a esta actividad.

En la línea marcada por la sentencia de 6 de febrero de 2014, la última STS (Pleno) 31 marzo 2022 (cuyo ponente es el mismo, el Magistrado D. Rafael Sarazá Jimena) reitera su rechazo a la gestación por sustitución comercial, al considerar que «vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte» (FD 3.º apdo. 2). En cuanto al futuro niño, porque «se le priva del derecho a conocer sus orígenes, se “cosifica” pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente» (FD 3.º apdo. 9), en contra de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su art. 35 prohíbe la venta de menores. Respecto de la gestante: «No es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano» (FD 3.º apdo. 8). Por lo que la Sala aprecia que atenta contra «la Convención de la ONU sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que en su art. 6 conmina a los Estados parte a adoptar medidas precisas para suprimir todas las formas de trata de mujeres, en la que puede incluirse la situación que para la mujer gestante resulta de un contrato de gestación por sustitución comercial» (FD 4.º apdo. 5).

La nulidad del contrato de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento y el rechazo mostrado al mismo por la Sala 1.ª del TS, no ha impedido, sin embargo, como reconoce la propia sentencia de 31 de marzo de 2022, que ciudadanos españoles acudan a otros países para tener hijos por gestación subrogada, ayudándose de empresas intermediarias que prestan aquí sus servicios y operan con total libertad, que estos menores entren sin problemas en España y acaben integrados en el núcleo familiar que conforman con sus padres intencionales.

Desde 2010, 2350 menores nacidos en el extranjero por gestación por sustitución han sido inscritos en las distintas oficinas consulares y misiones diplomáticas que tiene

España en otros países. En concreto, entre 2017 y 2020 se recibieron 1707 solicitudes, de las que fueron denegadas 291, la mayoría de Ucrania (256), pero también la mayor parte de las inscripciones se dieron en este país entre 2017 y 2019 (689), seguido de EEUU (627)¹². Y, aunque la pandemia ha motivado un descenso en la cifra de niños nacidos por este procedimiento, y hay países como India, Nepal o Tailandia que han desaparecido como destinos propicios para ello, debido al cambio de sus legislaciones, y con Ucrania puede pasar lo mismo como consecuencia de la guerra por la invasión rusa, estas cifras nos hacen pensar que no estamos ante un problema puntual. Es más, seguramente tienda a ir a más, ya sea por los nuevos modelos de familia (monoparentales o de parejas del mismo sexo), ya porque cuando se quiere acceder a la maternidad no se puede (por razones de edad o fisiológicas), o por las dificultades que hay para adoptar, aunque una pueda pensar que la gestación por sustitución no es la mejor forma de tener un hijo.

Las inscripciones de estos menores en nuestro país se deben a la cierta tolerancia que de estos contratos se ha venido manteniendo en los Registros Consulares, respaldada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), a pesar de la posición adoptada por la Sala 1.º del TS. Así, la Instrucción de dicho Centro Directivo de 5 de octubre de 2010¹³ mantiene que es posible inscribir a los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero siempre que se presente, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido a favor de uno de los solicitantes que a su vez sea su padre biológico (art. 10.3 LTRHA). Resolución que, además, debe ser objeto de exequátur o bien, si tiene su origen en un procedimiento análogo al español de jurisdicción voluntaria, pasar por un control incidental por parte del encargado del RC, como requisito previo a su inscripción¹⁴.

¹² Noticia publicada en https://www.abc.es/sociedad/abci-espana-inscrito-mas-2300-ninos-nacidos-gestacion-subrogada-ultimos-diez-anos-202102210033_noticia.html (21.12.2021).

¹³ BOE n.º 243, de 7 octubre de 2010.

La doctrina en un primer momento habló de una auténtica legalización administrativa de estas situaciones. En este sentido, entre otros, *vid.* Barber Cárcamo (2013: 2905-2950).

¹⁴ A través de dicho control incidental, de acuerdo con la Dirección General, el encargado del RC debe verificar, antes de proceder a la inscripción, si se han cumplido los requisitos de perfección y contenido del contrato de gestación por sustitución, respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como si se han respetado los derechos de las partes. En concreto, que la madre gestante ha consentido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en ningún vicio del consentimiento, que tiene capacidad natural suficiente y que ha renunciado a ejercer los derechos derivados de la filiación de forma irrevocable.

Con todo, la Dirección General en su Instrucción de 2010 no admitió como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del menor una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del niño, donde no conste la identidad de la madre gestante, queriendo con ello garantizar la exigencia de que no se va a vulnerar el derecho del menor a conocer su origen biológico [art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE n.º 312, de 29 de diciembre de 2007)]¹⁵. Si bien esta exigencia no impide que el niño pueda obtener el pasaporte y los permisos para viajar a España y el solicitante iniciar en nuestro país, por los medios ordinarios previstos en el art. 10.3 LTRHA, un procedimiento de determinación de la filiación basado en la vinculación biológica con el padre comitente.

La Instrucción de 2010 fue ratificada por la Instrucción de este mismo Centro Directivo de 18 de febrero de 2019¹⁶. Pero, entre tanto, algunos registros consulares, entre ellos los de Ucrania, permitieron la inscripción de los menores nacidos por gestación por sustitución cuando se probara el vínculo biológico paterno, mediante el solo reconocimiento legal del padre confirmado a través de una prueba de ADN¹⁷. Y ya en territorio español, se iniciaba el expediente de adopción del menor a favor de su pareja¹⁸.

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE n.º 175, de 22 de julio de 2011) no ha cambiado mucho la situación actual. Pues el art. 96 LRC (2011) se refiere a la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras (con independencia de que tengan su origen en un procedimiento contencioso o de jurisdicción voluntaria) y requiere la previa superación del trámite del exequátur o el control incidental ante el encargado del RC (art. 96.2.2.º LRC). El art. 98 LRC (2011), precisa los requisitos para la inscripción de las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros y exige que «no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español». Y, en el caso de que la

¹⁵ Sobre el alcance, contenido y límites del derecho a conocer el origen biológico por parte de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida *vid.* el reciente trabajo de Femenía López (2021: 216-238).

¹⁶ BOE n.º 45, de 21 de febrero de 2019.

¹⁷ Como observa Quicios Molina (2021 a: 192), se enviaba material genético a España con el objeto de conseguir una prueba biológica de paternidad fuera de todos los cauces legales. Y si la prueba daba un resultado positivo, se podía inscribir la paternidad. Por lo que suponía una colaboración activa del Estado en favorecer los efectos de la gestación por sustitución.

¹⁸ Fernández Echegaray (2020: 172-173).

certificación constituya mero reflejo de una resolución judicial previa, será esta última el título que tenga acceso al Registro (art. 98.2 LRC)¹⁹.

En la práctica de los tribunales, algunas Audiencias Provinciales, tratando de dar solución al caso concreto en las acciones de filiación entabladas en España, se han apartado de los criterios interpretativos sentados por la STS de 6 de febrero de 2014 cuando entra en juego el interés prevalente del menor (art. 2 LOPJM) y la necesidad de que se le reconozca un estatus jurídico definido, una identidad cierta en el país en el que está viviendo con sus padres intencionales²⁰. De esta forma, están determinando la filiación en los casos difíciles, cuando no hay vínculo biológico con los padres intencionales (y, por lo tanto, no resulta de aplicación el art. 10.3 LTRHA y el principio de verdad biológica), y tampoco es posible la adopción por parte de la pareja o la persona sola que ha acudido a este procedimiento para tener hijos (arts. 175.1, 176.2.2º y 177.2.2 CC), atendiendo a la voluntad de ser padre o madre (manifestada en el contrato gestacional, que haya sido legalizado por las autoridades extranjeras), a la posesión de estado y a la relación familiar *de facto* existente entre padre(s)/madre(s) e hijo(s). Erigiendo así a la voluntad procreacional, la posesión de estado (como «filiación vivida»²¹) y al interés superior del menor, en las piezas de toque para el reconocimiento judicial de la filiación legalmente establecida por las autoridades extranjeras conforme a su Derecho²².

No obstante, el TS parece que no está dispuesto a variar su posición sobre esta cuestión, como ha demostrado en su reciente sentencia de 31 de marzo de 2022²³,

¹⁹ Nótese aquí que, si la Dirección General considera los contratos de gestación por sustitución con carácter general contrarios al orden público, no sería inscribible la resolución judicial que los avale.

²⁰ *Vid.* en esta dirección SAP Islas Baleares, Secc. 4.ª, n.º 207/2021 27 abril 2021 (JUR 2021, 163294); SAP Barcelona, Secc. 12.ª, n.º 220/2021 6 abril 2021 (JUR 2021, 192738); y AAP Barcelona, Secc. 18.ª, n.º 104/2021 17 marzo 2021 (JUR 2021, 169793).

²¹ Utilizando la expresión de Flores Rodríguez (2014: 5).

²² Tema que abordo como mayor profundidad en mi trabajo Múrtula Lafuente (2022).

²³ En ella se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la SAP Madrid, Secc. 22.ª, n.º 947/2020 1 diciembre 2020 (JUR 2021, 55934), que decide la acción de filiación por posesión de estado instada por el abuelo de un menor (*ex art.* 131 CC), por la que solicita que se reconozca como hijo de su hija (y por tanto nieto suyo) al niño nacido en el Estado de Tabasco (Méjico) por gestación subrogada y que en el momento de dictarse la sentencia tenía casi seis años. El problema que se plantea en este caso es que el niño no tiene vínculos biológicos con la madre comitente, ni parece fácil la vía de la adopción por la diferencia de edad existente entre ellos (casi 47 años), además de que no se encuentra en una situación donde haya que acudir al acogimiento familiar por desamparo. Por lo que la AP de Madrid, atendiendo a la posesión de estado y sobre todo al principio de interés superior del menor (art. 2 LOPJM) y a la jurisprudencia del TEDH, revocó la sentencia de primera instancia, ordenando la inscripción de la certificación de nacimiento expedida por las autoridades mejicanas a favor de la madre comitente. En contra de esta sentencia *vid.* Quicios Molina (2021 b: 314-315).

queriendo dejar claro que, conforme al art. 9.4 CC, la normativa aplicable para resolver el ejercicio de una acción de determinación de la filiación sería la del Estado donde el hijo tenga su residencia habitual (España) y no la del Estado en que haya nacido (FD 4.º apdo. 2)²⁴.

Consiguientemente, seguirá siendo la única solución «fácil» para la inscripción de estos menores la ofrecida por la Instrucción de la DGRN de 2010, ratificada por la Instrucción de 18 de febrero de 2019²⁵. Esto es, la inscripción de la resolución judicial dictada por tribunal competente extranjero cuando exista vínculo biológico con el padre comitente, y como vías alternativas las señaladas por las Sentencias del TS de 6 de febrero de 2014 y 31 de marzo de 2022, así como por el Auto de 2 de febrero de 2015²⁶: la determinación de la filiación a través del reconocimiento de la filiación biológica a favor del padre comitente (arts. 10.3 LTRHA, 120.2.º y 133.2 CC), precisando la renuncia de la mujer gestante (art. 44.4.II LRC), y la adopción (arts. 176.2.2ª y 3ª y 177.2.2º CC) o el acogimiento del menor respecto de la parte que no mantiene vínculos biológicos con el niño.

Esta solución pretende seguir manteniendo a toda costa que la maternidad legal venga determinada por el parto, que exista un control caso por caso sobre la idoneidad de los comitentes y se pongan dificultades a la actuación de las agencias de intermediación, que aseguran sin problemas el reconocimiento en España de la filiación resultante de este tipo de contratos²⁷. Pero hay que tener en cuenta que al final del proceso hay un niño que

El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la SAP de Madrid, ratificando la SJPI, n.º 77, Madrid, n.º 21/2019 de 19 de febrero, considerando que «La cuestión de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta de que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3.º en relación al 237, ambos del Código Civil), tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años» (FD 4.º apdo. 13), obligando de esta forma a la madre comitente a iniciar un procedimiento incierto de adopción (pues considera que ha vulnerado las normas nacionales e internacionales con el único propósito de tener un hijo) si quiere ver reconocida la filiación de la menor a su favor.

²⁴ Debido al carácter internacional de estos contratos, un sector de la doctrina (particularmente *ius internacionalista*), viene considerando que no les resultan de aplicación las limitaciones que establece el Derecho español, sino las del derecho del lugar donde se concertó. En este sentido *vid.* Calvo y Carrasco (2015: 105 y ss.); y Flores Rodríguez (2019: 11). De manera que, de acuerdo con este estado de opinión, la determinación de la filiación no se realizaría cuando los comitentes son españoles conforme al Derecho español, sino conforme al Derecho del país del contrato. De tal forma que la autoridad registral consular debería limitarse a reconocer la filiación en la forma allí inscrita y la prohibición contenida en el art. 10 LTRHA sería aplicable solo a los casos internos

²⁵ Como se desprende de las RRDGSJFP n.º 1 a 16 de-19 junio 2020 (BMJ, n.º 2242, julio 2021).

²⁶ El ATS (Pleno) 2 febrero 2015 (RJ 2015, 141).

²⁷ Siguiendo en este punto a la STS 31 marzo 2022 (FD 4.º apdo. 14).

no tiene la culpa de la decisión que en su día adoptaron sus padres de acudir a terceros países para eludir la prohibición que existe en España en torno a la gestación por sustitución, viendo en ocasiones pasar los años hasta el reconocimiento de su filiación.

Frente a la postura de la Sala 1.^a, que considera los contratos de gestación por sustitución manifiestamente contrarios a nuestro orden público y «no puede(n) aceptarse por principio» (STS 31 marzo 2022 FD 3.º, apdo. 12), la Sala de lo Social del mismo TS, mira al menor y a sus necesidades, considerando que la gestación por sustitución es una situación que queda protegida por nuestro sistema de la Seguridad Social. Reconoce el derecho de los trabajadores que han tenido hijos a través de este procedimiento y se encuentran inscritos en el RC consular, a gozar de las prestaciones y derechos derivados de esta paternidad (art. 48 ET). La razón de este reconocimiento se halla, a juicio de esta Sala, en la consideración de que el contrato nulo no suprime la necesidad de la prestación, que se encuentra en el cuidado y asistencia de los hijos durante el periodo posterior al nacimiento por parte de cualquiera de los padres por naturaleza, adopción o acogimiento²⁸.

La disparidad en la actuación por parte de los distintos operadores jurídicos frente a la nulidad de estos contratos prevista legalmente, se pone de manifiesto también con la situación de las empresas intermediarias que están operando en España ofreciendo sus servicios sin ninguna restricción. Su labor de intermediación, evidentemente lucrativa, está generando reclamaciones ante nuestros tribunales de padres comitentes que son resueltas a su favor, cuando se aprecia incumplimiento contractual si no se consigue el resultado pactado (esto es, la entrega del niño), en lugar de afirmar la nulidad de pleno derecho del contrato (tal y como dispone el art. 10.1 LTRHA) y decidir en consecuencia (arts. 1275 y 1306 CC)²⁹.

²⁸ Así, entre otras, SSTS (Pleno) 881/2016, 25 octubre 2016 (RJ 2016, 6167) y 953/2016, 16 noviembre 2016 (RJ 2016, 6152); y SSTS 1002/2017 y 1005/2017, 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 5889 y 6015, respectivamente); 277/2018, 13 marzo 2018 (RJ 2018, 1518) y 347/2018, 22 marzo 2018 (RJ 2018, 1414).

²⁹ En este sentido, Sánchez Jordán (2020: 134 y ss.). Para llegar a dicha solución, como señala la autora citada, los tribunales inferiores están teniendo en cuenta una cláusula contractual que figura en el contrato de intermediación que dice lo siguiente: «GARANTÍA DE ÉXITO.- LA COMPAÑÍA garantiza el buen fin del contrato, es decir, el nacimiento de al menos un niño/a, comprometiéndose a devolver sus honorarios si no se lograra este fin» [según consta en el FD 2.º SAP Barcelona, Secc. 1.ª, n.º 618/2019 28 noviembre 2019 (JUR 335488)]. Por lo que la empresa intermediaria no solo se comprometía a la prestación de un servicio de asesoramiento, sino también a la obtención de un resultado concreto, como es el nacimiento del niño.

Por todo ello, podemos pensar que existen razones más que suficientes para abrir un debate jurídico sobre las condiciones bajo las que podría regularse la gestación por sustitución en España.

II.2. El carácter global de la cuestión

La gestación subrogada transfronteriza no es un problema que afecte solo a España, sino que también ocurre en otros países que no permiten estos contratos dentro de sus fronteras o lo hacen bajo ciertas restricciones. De hecho, en Europa son más los Estados que no permiten la gestación por sustitución, como Alemania³⁰, Francia³¹, Austria³², Hungría, Italia³³ o Suiza³⁴, entre otros, que aquellos que la permiten y regulan, como veremos en las siguientes líneas.

II.2.1. *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que hacer frente a las reclamaciones de ciudadanos de los países que no permiten la gestación por sustitución, fundamentalmente franceses (todavía no ha llegado ningún caso de españoles), pretendiendo el reconocimiento de la filiación establecida por las autoridades extranjeras donde han tenido a sus hijos. Por el contrario, ninguna reclamación ha llegado aún a este Tribunal donde la gestante haya invocado su maternidad para reclamar la filiación del niño nacido en virtud de un acuerdo de gestación subrogada.

En sus sentencias, el Tribunal de Estrasburgo considera que la negativa de aquellos Estados donde está prohibida la gestación subrogada, no solo a cerrar la inscripción en sus Registros civiles nacionales de los niños nacidos en el extranjero por esta técnica, sino también a su reconocimiento a través de otras formas de filiación a favor de los padres comitentes, cuando existe un vínculo biológico con el padre comitente, es contraria al derecho de los menores al respeto por su vida privada (art. 8 CEDH). Y ello por cuanto asocia el derecho a la vida privada del menor con su derecho a establecer los detalles de su propia identidad como ser humano y este a su vez con el establecimiento de un vínculo

³⁰ §§ 1.7 *Gesetz zum Schutz von Embryonen* (ESchG) (1990) y §§ 13c), 13d) y 14b) *Gesetz über die Vermittlung und Begleitung der Adoption und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern* (AdVermiG) (1976).

³¹ Arts. 16-1 y 16-7 CC francés, arts. 227-12, 227-13 y 511-24 CP.

³² Art. 2.3 de la Ley Federal austriaca, de 1 de julio de 1992, sobre Reproducción Asistida.

³³ Arts. 4.3 y 12.6 *Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

³⁴ Art. 119.2.d) Constitución federal y art. 4 de la Ley federal suiza sobre Reproducción Médicamente Asistida (1998).

de filiación³⁵. De esta forma, obliga a los Estados a tomar en consideración el interés prevalente del menor en estos casos y proceder al reconocimiento de su filiación, aunque vaya en contra de su Derecho nacional³⁶. Lo que no exige, sin embargo, el TEDH es que deba hacerse específicamente por medio de la transcripción del certificado extranjero de nacimiento del niño³⁷, concediendo libertad a los Estados para elegir el medio de determinación de la filiación que mejor estimen protege el interés del menor.

Una vez que se ha reconocido la paternidad legal del padre de intención, que a su vez es padre biológico del niño, el derecho al respeto a la vida privada del menor (art. 8 CEDH) exige, según el TEDH, que la legislación nacional ofrezca también la posibilidad de reconocer un vínculo de filiación con la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como «madre legal» aunque no sea su madre genética³⁸. Este reconocimiento de la maternidad, sin embargo, tampoco exige la inscripción en el Registro civil nacional del certificado de nacimiento extranjero, sino que puede materializarse por otras vías, como la adopción, siempre que se garantice su efectividad y celeridad conforme al interés superior del menor³⁹. Y el mismo criterio ha sido mantenido por esta Corte europea, aunque haya una relación genética entre el menor y la madre comitente⁴⁰.

En los casos en los que no existe ninguna vinculación biológica entre el menor y los padres de intención, el TEDH considera lícito que exista un control judicial interno por parte de las autoridades nacionales, que permita realizar una evaluación caso por caso, en orden a evitar la mercantilización de la madre gestante y proteger el interés superior del niño⁴¹. Aceptando con ello, por ahora, la conformidad con el CEDH del principio de maternidad biológica, frente a los vínculos que ha querido construir la parte comitente

³⁵ Como resume la STEDH, Secc. 5.ª, 16 julio 2020, caso D. contra Francia (JUR 2020, 214195), apdo. 49.

³⁶ SSTEDH, Secc. 5.ª, 26 junio 2014, casos Menneson y Labassee contra Francia (JUR 2014, 176908 y 176905, respectivamente) apdos. 100-101; 21 julio 2016, caso Foulon y Bouvet contra Francia (TEDH 2016, 61); y 19 enero 2017, caso Laborie contra Francia (JUR 2017, 14349) y Dictamen Consultivo del TEDH de 10 de abril de 2019, apdo. 38 y STEDH, Secc.5.ª, 16 julio 2020, caso D. contra Francia, (JUR 2020, 214195), apdo. 49. Esta protección del interés superior del menor incluye la protección contra los riesgos de abusos que puede comportar la gestación por sustitución [STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017 caso Paradiso y Campanelli (JUR 2017, 25806), apdo. 202].

³⁷ STEDH, Secc.5.ª, 16 julio 2020, caso D. contra Francia (JUR 2020, 214195), apdo. 49.

³⁸ Dictamen Consultivo de la Gran Sala de 10 de abril de 2019 (apdo. 46).

³⁹ Dictamen Consultivo de la Gran Sala de 10 de abril de 2019 (apdos. 48-55)

⁴⁰ STEDH, Secc. 5.ª, 16 julio 2020, caso D contra Francia (JUR 2020, 214195).

⁴¹ SSTEDH, Secc. 2.ª, 8 julio 2014, caso D. y otros contra Bélgica (HUDOC 29176, 13), Gran Sala, 24 enero 2017 caso Paradiso y Campanelli (JUR 2017, 25806) y Secc. 3.ª, 18 mayo 2021, caso Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia (JUR 2021, 157056).

con el menor⁴². Sin embargo, como ha expresado el juez Lemmens en el voto particular que formuló a la sentencia de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia⁴³, esta postura podría replantearse cuando la falta de reconocimiento de la relación jurídica entre el niño y los padres comitentes repercute negativamente en la vida privada del menor nacido por gestación subrogada.

El principal peligro que se deriva de esta jurisprudencia es que los ciudadanos de los distintos Estados se sienten respaldados en su deseo de buscar una descendencia propia en aquellos países que se lo permitan, cuando el suyo les cierra esta posibilidad. De tal manera que el Estado que prohíbe la gestación subrogada se encuentra que no logra proteger lo que pretendía, esto es, que la maternidad quede vinculada al parto y evitar una posible mercantilización de las mujeres y los menores, porque tiene que ceder ante la realidad de la práctica y la necesidad de salvaguardar los derechos de los niños nacidos por subrogación internacional.

II.2.2. Recomendaciones y principios recogidos en los trabajos realizados desde los organismos internacionales

Las situaciones que se derivan de la permisón de la gestación por sustitución en unos países y su prohibición en otros, implican que estemos ante un problema global que exigiría una solución no solo a nivel de cada Estado, sino también de carácter internacional.

En el ámbito europeo, la postura del Consejo de Europa es contraria -aunque con bastantes discrepancias entre sus miembros- a la admisibilidad de la gestación por sustitución, porque la considera una práctica que va contra la dignidad de la persona y puede conllevar también un tráfico de niños. Así rechazó en el año 2016 (por 83 votos contra 77) la propuesta presentada por la senadora Petra de Sutter, que establecía una

⁴² Ochoa Ruiz (2021:12).

⁴³ STEDH, Secc. 3.^a, 18 mayo 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia (JUR 2021, 157056). En ella, el TEDH aprecia que no existe violación del art. 8 CEDH, en cuanto al derecho a la vida familiar de las demandantes y el menor, cuando las autoridades islandesas deniegan en su Registro la inscripción de la relación paterno-filial establecida en el extranjero entre el niño nacido en 2013 por gestación subrogada en EEUU y la pareja comitente, un matrimonio de dos mujeres, faltando el vínculo biológico. Para ello tiene en cuenta, por un lado, los intereses generales que el Estado quería proteger mediante la prohibición de la gestación subrogada; y, por otro, que el disfrute real de la vida familiar de los tres no fue interrumpido por la intervención del Estado islandés en ningún momento, pese a la situación de separación de las madres. Además, siempre tuvieron abierta la vía de la adopción.

proposición para elaborar unas guías a favor de la gestación subrogada altruista en los países miembros del Consejo de Europa⁴⁴.

En esta misma dirección, el Parlamento europeo consideró la maternidad subrogada como contraria a la dignidad de la mujer y una forma de explotación con fines reproductivos en su Resolución de 17 de diciembre de 2015, relativa al Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo, en su punto 114⁴⁵. Y lo ha vuelto a reiterar en la Resolución de 21 de enero de 2021 sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (apdo. 32)⁴⁶.

A nivel internacional, la Asamblea General de Naciones Unidas en *el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, de 15 de enero de 2018, -mencionado reiteradamente en la STS 31.3.2022- a pesar de considerar que «la gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye una venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los derechos humanos»⁴⁷, propone a todos los Estados que, si desarrollan normas que articulen estos contratos, lo hagan a la luz de la normativa de los derechos humanos internacionales. Entre esas normas debería figurar el carácter verdaderamente altruista de la gestación por sustitución, pagando a la madre los gastos razonables que se deriven de su embarazo y evitando pagos excesivos a los intermediarios; además de someterse a la supervisión de los tribunales u otras autoridades competentes y que la madre gestante conserve la patria potestad y la responsabilidad parental en el momento del parto⁴⁸; sin que se puedan adoptar normas basadas en el cumplimiento obligatorio o automático de estos contratos⁴⁹; debiendo

⁴⁴ Vid. la noticia publicada en <https://www.aceprensa.com/sociedad/el-consejo-de-europa-rechaza-la-maternidad-subrogada/> (21.12.2021).

⁴⁵ En concreto, condena la práctica de la gestación por sustitución por considerarla «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». Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_ES.html. (21.12.2021).

⁴⁶ Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025_ES.html (21.12.2021).

⁴⁷ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, apdo. 41. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/37/60> (21.12.2021).

⁴⁸ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, apdos. 69 y 77 d).

⁴⁹ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, apdo. 75.

examinar la idoneidad de los aspirantes a progenitor; y protegiendo los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales del niño⁵⁰.

En esta misma línea, el Servicio Social Internacional (ISS o *International Social Service*) ha publicado en 2021 los resultados de la elaboración de una serie de principios y normas que deberían orientar las reformas legislativas, políticas y la práctica que afecten a los menores nacidos por gestación subrogada, en consonancia con la normativa de los derechos humanos, en particular de los derechos del niño, siguiendo el encargo realizado en el Informe de la Relatora de Naciones Unidas mencionado⁵¹. En la elaboración de estos 18 principios, denominados «*Principios de Verona*», han participado más de cien expertos y sus recomendaciones se realizan al margen de cualquier consideración ética sobre si se debe permitir o prohibir la gestación subrogada.

De entre los Principios de Verona, destacamos (atendiendo al objeto de este trabajo) los que consideran que debe desecharse la idea de que la gestación subrogada otorga el derecho a tener un niño (Principio 1.7); además, la protección del interés superior del menor excluye la aplicación forzosa de cláusulas contractuales incluidas en los acuerdos gestacionales que pretendan transferir, establecer o renunciar a la filiación legal y a la responsabilidad parental (Principio 6.2)⁵².

Asimismo, siguiendo a los Principios de Verona, deberán establecerse y garantizarse las condiciones que permitan a la madre subrogada ejercer su autodeterminación (Principio 7.1 y 2). De manera que, aunque los Estados que permitan la gestación subrogada puedan tener diferentes normas en orden a la determinación de la filiación y la responsabilidad parental del menor: i) En el caso de que se considere a la madre subrogada como madre legal del niño en el momento del nacimiento (supuesto más habitual entre los Estados que regulan esta práctica), un tribunal u otra autoridad competente debe determinar la voluntad de la gestante después del nacimiento, tras un periodo de reflexión adecuado. Si esta desea renunciar a la filiación legal y a la responsabilidad parental, debe existir un mecanismo legal y seguro para garantizar esta voluntad después del nacimiento; si por el contrario decidiera conservar la filiación del bebé y/o la responsabilidad parental, un tribunal u otra autoridad competente debería

⁵⁰ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, apdo. 72.

⁵¹ Disponible en: https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf (14.4.2022).

⁵² Pudiéndose considerar en este caso cuando es a cambio de dinero una venta del niño (Principio 14.9).

llevar a cabo rápidamente una determinación del interés superior del menor (Principio 10.4); ii) Cuando la madre subrogada no es considerada como madre legal en virtud de la propia ley, debería preverse un procedimiento expeditivo que sea aplicable después de un periodo de reflexión adecuado, por el que esta después del nacimiento pueda confirmar o revocar libremente su consentimiento, para que la filiación se pueda determinar a favor del progenitor o progenitores intencionales, sin ninguna consecuencia financiera para ella en cuanto a pagos y reembolsos derivados del acuerdo gestacional (Principio 10.5).

Finalmente, debemos tener en cuenta que el Informe de la Relatora de Naciones Unidas invita a la comunidad internacional a respaldar la labor de la *Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, que tiene un grupo de expertos trabajando desde hace años en relación con un proyecto de filiación en los casos de gestación subrogada, más concretamente en relación con los acuerdos internacionales de este tipo. Este Grupo examinó en su última reunión la ausencia de normas uniformes de Derecho internacional sobre la filiación legal del menor. De tal manera que considera que cualquier instrumento internacional debería desarrollarse con vistas a complementar las Convenciones de Familia ya existentes y atraer al mayor número de Estados posible, sin que tuviera por objeto alentar a los países a introducir la maternidad subrogada como práctica permitida. Otro de los puntos en los que está de acuerdo este grupo de expertos es que el consentimiento libre e informado de la madre subrogada debe ser una salvaguardia primordial, junto con la prevención de la venta y tráfico de menores o la explotación de las mujeres que están dispuestas a gestar para otros⁵³.

III. LOS EFECTOS DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

En el continente europeo, aunque la mayor parte de los países prohíben o no permiten expresamente los acuerdos de gestación subrogada, encontramos que Rusia⁵⁴, Ucrania, Georgia, Grecia y Reino Unido han venido a regular y permitir esta práctica en sus propios territorios, aceptándola como una manifestación más de la autonomía de la

⁵³ Vid. aquí Durán Ayago (2020: 1-51).

⁵⁴ Rusia cuenta con la Ley Federal sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los ciudadanos de noviembre de 2011, para regular y establecer las bases de los procesos de gestación subrogada que se lleven a cabo en el país, aunque falta una regulación legislativa clara y completa, por ejemplo, respecto a la forma y contenido del contrato. Por lo que, aun siendo uno de los destinos preferidos en materia de maternidad subrogada, no será objeto de nuestro estudio. Para mayor detalle, vid. Khazova (2019: 281-306).

voluntad de las mujeres que están dispuestas a gestar para otro(s) y la libertad de reproducción de aquellas personas que quieren tener un hijo, pero no pueden tenerlo por diversas razones (médicas o fisiológicas).

Chipre y Portugal presentan una situación singular. El primero de ellos porque, aunque cuenta con la Ley 69(1)/2015 de Aplicación de la Reproducción Médicamente Asistida, que introdujo por primera vez una regulación específica sobre la maternidad subrogada, su aplicación fue suspendida y no está siendo utilizada en la práctica⁵⁵. En parecida situación se encontraba hasta hace poco nuestro vecino Portugal, pues contaba con la Ley n.º 25/2016, de 22 de agosto, que resultó inaplicable tras dos sentencias de su Tribunal Constitucional y ahora ha visto aprobada por su parlamento una nueva norma, la Ley n.º 90/2021, de 16 de diciembre.

California y otros estados de los EEUU, junto con Rusia, Georgia y Ucrania, son los centros actuales de los contratos internacionales de gestación subrogada. Motivado, entre otras circunstancias, porque en algunos de los países donde antes se permitía expresamente la gestación subrogada comercial por parte de extranjeros, como consecuencia de los abusos que se estaban produciendo y la explotación que sufrían muchas mujeres, han venido a modificar sus legislaciones restringiendo el acceso a sus propios nacionales [como ha ocurrido en India (en 2016), Tailandia (2015), Nepal (2016), Camboya (2016) y el estado mexicano de Tabasco (2016)]⁵⁶.

En este trabajo analizaremos las regulaciones de los contratos de gestación subrogada y la relevancia que en ellos tiene el consentimiento de la mujer gestante en orden a la determinación de la filiación del menor, en países que tienen una legislación y una práctica ya consolidada. Como Israel (primer país del mundo en regular la gestación subrogada); Grecia (país de la UE); Reino Unido, cuya regulación ha tenido gran influencia en otros Derechos, como Canadá y Australia; además de las jurisdicciones de Ucrania y el estado de California (en EEUU), dos de los focos de los contratos de gestación subrogada internacional. Objeto de especial consideración merece Portugal, por razones de vecindad y proximidad en la regulación de sus instituciones con las de nuestro ordenamiento.

⁵⁵ Emilianides (2019: 239).

⁵⁶ Según indica Albert Márquez (2017: 192 y 193).

III.1. Países en los que la filiación del menor se determina *ex ante* en virtud del contrato gestacional

Dentro de las legislaciones que admiten la gestación por sustitución, se pueden distinguir dos grandes grupos, si atendemos a la relevancia que en ellos puede tener la voluntad de la mujer gestante y los efectos vinculantes del contrato gestacional.

Un primer grupo de países, entre los que se encuentran, entre otros, Grecia, Portugal, Ucrania y dentro de EEUU el estado de California, donde los padres comitentes se convertirán en padres legales del niño nada más nacer, como consecuencia del acuerdo presentado con anterioridad ante un juez (caso de Grecia), un órgano colegiado (Portugal), un notario (Ucrania) o un tribunal (California), que verifica el cumplimiento de las condiciones previstas en su legislación⁵⁷. En este grupo de países, con la aprobación del acuerdo gestacional, que es vinculante para las partes, se determina la filiación del niño a favor de los padres comitentes cuando nazca el bebé.

En otro segundo grupo de países, donde incluiríamos a Reino Unido, Australia, Canadá e Israel, la filiación legal del menor a favor de los padres de intención se determina después de su nacimiento, si la madre gestante no se opone a ello, manteniendo el principio de que la madre legal es la que da a luz al bebé. Por lo que los efectos de este tipo de contratos dependerán de la renuncia de los derechos de filiación realizada por aquella después del nacimiento del menor ante la autoridad judicial.

III.1.1. Grecia

Dentro de este primer grupo de países encontramos que Grecia regula esta práctica a través de la Ley 3089/2002 sobre Reproducción Humana Médicamente Asistida (incorporada en los arts. 1458 y 1464 del CC griego)⁵⁸, que establece los principios básicos de la gestación subrogada en ese país, así como en la Ley 3305/2005 y la Ley 4272/2014.

La primera de las leyes mencionadas, la Ley 3089/2002, dispone que la gestación subrogada debe ser altruista (con el abono a la gestante de los «gastos razonables»)⁵⁹ y

⁵⁷ Fenton-Glynn y Scherpe (2019: 552-553).

⁵⁸ Disponible en: <https://www.lawspot.gr/nomikes-plirofories/nomothesia/astikos-kodikas/arthro-1458-astikos-kodikas>. (21.12.2021).

⁵⁹ La Ley 3305/2005 regula principalmente el aspecto económico de los acuerdos de maternidad subrogada, concretando el significado de los «gastos razonables» que se pueden abonar a la gestante, entre los que estarían no solo los gastos médicos, sino también una cantidad adicional por días de trabajo perdidos y

gestacional (esto es, el óvulo no puede pertenecer a la propia gestante). Sin que sea preciso que exista relación genética entre los padres de intención y el niño, pero sí debe tener un carácter excepcional o por razones médicas. Por lo que solo pueden hacer uso de esta técnica las mujeres casadas o con pareja de distinto sexo y las solas que no puedan concebir un hijo, llevar a término un embarazo o bien puedan transmitir una enfermedad hereditaria. Tras la Ley 4272/2014 (apdo. 17), la exigencia de que tanto la madre gestante como la madre de intención deban ser residentes en Grecia fue eliminada. En su lugar, se requiere que la persona solicitante o la madre gestante tenga su domicilio o residencia temporal en Grecia. Por lo que se abrió la gestación subrogada a extranjeros, siempre que la gestante sea griega o residente en este país.

Todas las partes que intervienen en el proceso (los padres de intención, la mujer gestante y, en su caso, su marido) deberán suscribir antes de iniciarlo un acuerdo por escrito. Este acuerdo deberá ser autorizado por un juez con anterioridad a cualquier tratamiento de fertilización. La presentación de su solicitud corresponde a la madre intencional, acompañando el acuerdo con el correspondiente informe médico relativo a la incapacidad de la solicitante para gestar y el buen estado de salud físico y mental de la madre subrogada (art. 1458 CC griego)⁶⁰. El juez, antes de aprobar el convenio que se somete a su consideración, examinará el cumplimiento de los requisitos legales y estudiará los documentos presentados.

De acuerdo con el art. 1458 del CC griego, la madre legal del niño se presume que es la mujer comitente que obtuvo la autorización judicial. Si estuviera casada, se presumirán como padres del menor la comitente y su marido. Una vez que ha nacido el bebé, el hospital expedirá el correspondiente certificado de nacimiento, haciendo constar que se trata de un caso de maternidad subrogada y los padres intencionales deberán presentar este certificado ante el correspondiente registro civil, junto con la copia de la resolución judicial que autoriza el procedimiento.

Consiguientemente, lo que diferencia en gran medida el marco normativo griego, y de ahí su interés, es la vinculación del contrato de gestación una vez aprobado

molestias ocasionadas como consecuencia de la inseminación, el embarazo, el parto y el postparto (que no deberán superar los 12.000 euros), y prevé sanciones penales y administrativas cuando se realicen prácticas contrarias a la Ley.

⁶⁰ Antes de iniciar cualquier procedimiento, la futura gestante se ha de someter a pruebas de detección de virus y a una evaluación psicológica exhaustiva, de acuerdo con el art. 13 de la Ley 3305/2005. Asimismo, en la normativa que desarrolla la Ley se dispone que esta última deberá tener entre 25 y 45 años, haber dado a luz al menos a un hijo propio antes y no haber pasado por más de dos cesáreas.

judicialmente y sus efectos en orden a la determinación de la filiación del menor, sin que la mujer gestante pueda cambiar de parecer cuando haya nacido el niño, salvo que haya aportado su propio óvulo (en contra de lo dispuesto en la Ley) y pretenda ejercitar una acción de filiación dentro del plazo de seis meses después de dar a luz⁶¹.

III.1.2. Portugal

Particular atención merece dentro de este primer grupo de países nuestro vecino Portugal, que inicialmente contó con la Ley n.º 25/2016, de 22 de agosto. La misma vino a establecer el marco jurídico regulatorio de la «*gestação de substituição*» en este país, modificando la Ley n.º 32/2006, de 26 de julio, de Procreación Médicamente Asistida (LPMA), siendo concretada y desarrollada por el Decreto reglamentario n.º 6/2017⁶². Sin embargo, dos sentencias del Tribunal Constitucional luso hicieron que en la práctica dicha Ley fuera inaplicable: la sentencia n.º 225/2018, de 24 de abril⁶³ y la sentencia n.º 465/2019, de 18 de septiembre⁶⁴, al declarar inconstitucionales algunos de sus preceptos⁶⁵.

Entre los preceptos declarados inconstitucionales por el TC portugués en la sentencia n.º 225/2018 se encontraba el que no permite a la gestante revocar el consentimiento inicialmente prestado a partir del momento en el que se inician las técnicas de reproducción asistida (arts. 8.7.º y 8.º y 14.4.º LPMA), por vulneración de su derecho al desarrollo de la personalidad, en conexión con el principio de respeto a su dignidad personal y al derecho a conformar su propia familia, cuando eso es lo que ella quiere (FJ 43-46). Otro de los puntos por los que considera inconstitucional el art. 8 LPMA el TC en sus apartados 2.º y 3.º, es la falta de precisión en la Ley del contenido del contrato de gestación por sustitución, dejando muchos aspectos relativos a los

⁶¹ Vid. aquí, Brunet et al. (2013: 277 y ss.); Lamm (2013: 152-153); Zervogianni (2019: 149 y ss.); y Vilar González (2018: 192 y ss.).

⁶² Publicado en el *Diário da República* n.º 146/2017, Série I, pp. 4366-4368, el 31 de julio de 2017. Disponible en: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-regulamentar/6-2017-107785481> (21.12.2021).

⁶³ Publicada en el *Diário da República*, 1.ª Serie-N.º 87- 7 mayo 2018. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html> (21.12.2021).

Un análisis en profundidad de esta sentencia puede verse en Gómez Fernández (2020: 1-40); Lazcoz Moratinos (2018: 137-151); y Vela Sánchez (2018, a y b).

⁶⁴ Publicada en el *Diário da República*, 1.ª Serie-N.º 201- 10 octubre 2019. Disponible en: <https://dre.pt/home/-/dre/125468550/details/maximized> (21.12.2021).

⁶⁵ Como señala Lazcoz Moratinos (2018: 145), en el momento de la publicación de la primera sentencia del TC, tan solo dos contratos habían sido autorizados por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida desde la entrada en vigor de la norma, de los cuales uno no se había iniciado y en el segundo la mujer no quedó embarazada.

derechos y obligaciones de las partes a su desarrollo reglamentario. Esta indeterminación, a juicio de este Alto Tribunal, es incompatible con la exigencia de precisión o determinación legal que emana del principio del Estado democrático de Derecho (FJ 51-53). Por último, también considera inconstitucional el precepto que prevé una obligación de secreto absoluto en relación con la identidad de los donantes de gametos o embriones y con la mujer gestante (art. 15.1.º y 4.º LPMA), por ser contrario al derecho a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad del nacido por estas técnicas (FJ 54-80). Por todo ello, insta al legislador a que establezca un régimen constitucionalmente adecuado para estos contratos.

La Ley n.º 48/2019, de 8 de julio, sobre el régimen de confidencialidad en las técnicas de reproducción asistida⁶⁶, fue la primera respuesta del legislador del país vecino a la inconstitucionalidad parcial del art. 15 LPMA, pero las cuestiones que afectan al consentimiento de la mujer gestante no fueron abordadas en él. Sí que pretendió hacerlo el Decreto n.º 383/XIII de la Asamblea de la República, dando una nueva redacción al art. 8 LPMA para adaptarlo a las exigencias del Tribunal Constitucional. Pero, sometido a un control previo de constitucionalidad por parte del Presidente de la República, la STC n.º 465/2019, de 18 de septiembre, volvió a reiterar la inconstitucionalidad del nuevo texto propuesto, al no garantizar la posibilidad de revocar el consentimiento de la mujer gestante más allá del inicio del tratamiento de fecundación asistida.

Para superar las inconstitucionalidades que contenía la Ley n.º 25/2016, recientemente ha sido aprobada *in extremis* (antes de las elecciones portuguesas) la Ley n.º 90/2021, de 16 de diciembre, que modifica una vez más la LPMA⁶⁷. La nueva norma ha introducido ciertos cambios respecto a la anterior regulación contenida en la Ley n.º 25/2016, para dar cumplimiento a las sentencias del TC, mientras que en otros aspectos no ha habido variación alguna.

En cuanto a estos últimos, la nueva disposición legal mantiene el modelo portugués de gestación por sustitución que establecía en sus líneas básicas la Ley n.º 25/2016 (esto es, gratuito, de carácter subsidiario y excepcional, formalizado en un contrato previamente autorizado y que presupone el consentimiento de los interesados); y que el TC luso había apreciado constitucional (STC n.º 225/2018 FJ 9), al considerarlo una

⁶⁶ Publicada en *Diário da República*, n.º 128/2019, Serie I, N.º 48, 8 julio 2019. Disponible en: <https://dre.pt/home/-/dre/122996204/details/maximized> (21.12.2021).

⁶⁷ Vid. la Ley n.º 90/2021 en el *Diário da República* n.º 242/2021, Série I, pp. 13-16, el 16 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/90-2021-175983728> (21.12.2021).

opción del legislador que favorece bienes constitucionalmente protegidos, como el derecho a constituir una familia, sin que viole *per se* la dignidad de la mujer gestante (FJ 23-30), ni del nacido por este procedimiento (FJ 31-33).

El carácter subsidiario y excepcional de la gestación por sustitución en Portugal se debe a que solo se podrá acudir a esta técnica «en los casos de ausencia de útero, de lesión o enfermedad de este órgano u otra situación clínica que impida de forma absoluta y definitiva la gestación de la mujer» (art. 8.2 LPMA). En otras palabras, tiene como finalidad principal remediar la imposibilidad de procrear de una mujer, que podrá acudir a la gestación por sustitución sola o con su pareja.

Además, debe ser de forma gratuita (art. 8.2.º LPMA), salvo los gastos derivados del seguimiento sanitario (art. 8.7.º -anterior n.º 5-LPMA). Para tratar de evitar un aprovechamiento de la situación en la que se pueda encontrar la gestante, se prohíbe la celebración de acuerdos de gestación por sustitución en el caso de que exista una relación de subordinación económica (principalmente de naturaleza laboral o de prestación de servicios) entre las partes (art. 8.8.º -anterior n.º 6- LPMA). Otro aspecto que exige la Ley es que se realice la fecundación con al menos uno de los gametos de la pareja beneficiaria, sin que la gestante pueda aportar su propio óvulo (art. 8.4.º -antes 3.º- LPMA).

Por último, hay que tener en cuenta que antes de iniciar cualquier procedimiento los acuerdos de gestación precisan la previa autorización del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida (CNPMA), entidad supervisora de todo el proceso, que contará con la opinión del Colegio de Médicos y, con la nueva Ley además, con la opinión del Colegio de Psicólogos (art. 8.5.º -antes n.º 4.º- LPMA).

Dentro de las novedades más destacadas de la Ley n.º 90/2021, se encuentra la posibilidad de revocar el consentimiento por parte de la gestante hasta la inscripción del niño (arts. 8.10.º y 14.5.º LPMA). De acuerdo con la legislación portuguesa, esta revocación se debería producir dentro de los 20 días después del alumbramiento, plazo máximo para la inscripción de los nacimientos, lo que contrasta con el plazo del que dispone la mujer que ha dado a luz para renunciar a los derechos derivados de la filiación del hijo en orden a su adopción, que es el de seis semanas.

Quizás la razón de ello haya que encontrarla en la circunstancia de que, al igual que ocurría con la anterior regulación, permanece la consideración de que el hijo nacido por

gestación por sustitución es hijo de los padres intencionales (art. 8.9.º -anterior n.º 7-LPMA), a pesar de lo dispuesto en el art. 1796 del CC portugués que determina la filiación materna por el hecho del nacimiento. Una cuestión que no queda clara en la nueva norma legal es si en el certificado de nacimiento deberá aparecer la identidad de la madre gestante cuando ésta no revoca su consentimiento inicial. Por lo que deja en el aire uno de los puntos que el TC exigía que aclarara una ley respetuosa con los derechos de la gestante y del niño fruto de estos contratos.

Uno de los aspectos que ha querido implementar el legislador portugués en la nueva norma legal, dando cumplimiento al mandato de su Tribunal Constitucional, es el contenido del contrato de gestación por sustitución. De esta forma, se prevé el establecimiento de un formulario disponible en la página web del CNPMA, elaborado por este organismo, donde aparecerán identificadas las partes del contrato, la aceptación de las condiciones, la documentación médica y la declaración del director del centro de reproducción asistida en el que se llevarán a cabo estas técnicas aceptando su práctica (art. 8.6.º LPMA). En la nueva redacción del apartado 13 del art. 8 se concretan de forma detallada los derechos y obligaciones de las partes del contrato (que deberá ser escrito y con suministro de información completa y adecuada), elevando a rango legal buena parte del contenido del anterior Decreto n.º 6/2017⁶⁸.

Se añade, además, a la LPMA el art. 13-A y 13-B. El primero de ellos recoge los derechos de la gestante de sustitución, entre los que se encuentra estar correctamente informada de las implicaciones médicas, psicológicas, sociales y jurídicas que derivan del contrato, recibir asesoramiento psicológico antes, durante y después del alumbramiento, gozando, además, de todos los derechos (de naturaleza social, laboral o de cualquier otra índole) que pueda tener cualquier mujer que haya dado a luz. Por el contrario, se establecen como obligaciones a su cargo, facilitar la información que solicite el equipo médico que lleve a cabo la transferencia de embriones y el médico que siga el

⁶⁸ Entre ellas, según los distintos apartados del art. 13 LPMA, deberán figurar las obligaciones de la gestante sobre el cumplimiento de las pautas médicas; su derecho a participar en las decisiones relativas a la elección de ginecólogo, tipo de parto, lugar del mismo; a recibir asesoramiento psicológico (antes, durante y después del alumbramiento); la posibilidad de negarse a someterse a determinadas pruebas diagnósticas (como la amniocentesis) o poder viajar en determinados medios de transporte o fuera del país durante el tercer trimestre del embarazo; las disposiciones que deban observarse en caso de que se produzcan complicaciones de salud durante el embarazo (tanto para el feto como para la madre) y de interrupción voluntaria del embarazo; la posibilidad de rescindir el contrato por cualquiera de las partes en caso de un determinado número de intentos infructuosos de embarazo y sus condiciones; las condiciones de revocación del consentimiento o del contrato de conformidad con la nueva Ley; los gastos médicos; los seguros y la forma de resolución de conflictos.

embarazo, observar los cuidados normales de su condición de embarazada e informar a los beneficiarios de cualquier cambio de salud que pueda comprometer la viabilidad del embarazo (art. 13.º-B).

Todavía es pronto para saber el recorrido de esta nueva Ley, que está previsto entre en vigor al mes siguiente de su publicación. Pero a diferencia de la anterior, aclara que la misma solo resultará aplicable a los portugueses y a los extranjeros con residencia permanente en Portugal (art. 2 LPMA)⁶⁹.

III.1.3. *Ucrania*

Este país es, hasta su invasión por Rusia, uno de los destinos preferidos de los españoles para tener un hijo por medio de gestación subrogada. No solo por lo económico que resulta en relación con otros (como EEUU)⁷⁰, sino también por las garantías que su ordenamiento ofrece a los padres comitentes a la hora de poder determinar a su favor la filiación del niño nacido por este procedimiento.

Así, el art. 123.2 del Código de Familia de Ucrania (CFam.) considera expresamente que «si un embrión concebido con gametos de los cónyuges (un hombre y una mujer) mediante el uso de técnicas de reproducción asistida fuera transferido al cuerpo de otra mujer, aquellos serán considerados los padres del menor». Sin que la mujer gestante tenga derecho a reclamar la maternidad [de acuerdo con el art. 139 (2) CFam.], si se cumplen los requisitos para la validez del acuerdo⁷¹. Aunque la legislación ucraniana guarda silencio sobre la modalidad comercial de este tipo de contratos, la misma está admitida en virtud del principio de autonomía de la voluntad que consagra su Código civil [arts. 6(1) y 627(1)].

⁶⁹ Nótese que la Ley 25/2016, al no hacer mención explícita a los no residentes o no ciudadanos, no limitaba la celebración de los acuerdos de gestación por sustitución a los nacionales portugueses. Esto implicaba, en línea de principios, como reconoció la presidenta de la Asociación portuguesa de Fertilidad, Cláudia Viera, que «a efectos prácticos cualquier persona que cumpla con los requisitos médicos establecidos por la legislación puede acceder a la gestación subrogada». Noticia disponible en: https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/espanoles-pueden-acceder-gestacion-subrogada-portugal_201708025981ba560cf24fa9890fc1b4.html. (21.12.2021). Lo cual podía haber tenido un importante efecto llamada, sobre todo de españoles, por la proximidad entre ambos países.

⁷⁰ De acuerdo con lo publicitado en la página web <https://www.gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-ucrania-de-la-gestacion-subrogada.php> (21.12.2021), su precio oscila entre los 50.000-60.000 euros, frente a otros destinos como EEUU, donde ascendería a 120.000 o 150.000 euros, dependiendo del Estado.

⁷¹ Druzenko (2013: 358).

Los acuerdos de maternidad subrogada los pueden concertar tanto nacionales como extranjeros⁷². Los padres de intención deben ser un matrimonio heterosexual (art.123.2 CFam.), donde la mujer tenga un motivo médico que le impida concebir un hijo o llevar a término un embarazo. Los gametos utilizados para la fecundación *in vitro* serán del padre comitente y el óvulo de la madre de intención o de una donante, sin que la gestante pueda aportarlos (por lo que no es posible la subrogación tradicional)⁷³.

Conforme a la Orden n.º 787 de 9 de septiembre de 2013, relativa al procedimiento del uso de técnicas de reproducción asistida del Ministerio de la Salud de Ucrania, la mujer que está dispuesta a gestar para otros⁷⁴, y en su caso el marido de esta, deben firmar antes de la transferencia embrionaria un contrato ante notario, en el que manifiesten su consentimiento para la participación en el proceso de reproducción asistida y la renuncia a los derechos de filiación que les pudieran corresponder a favor de los padres comitentes. Estos, por su parte, se comprometen a pagar todos los gastos relacionados con el embarazo y el parto, además de compensar a la mujer gestante inmediatamente después de la inscripción de la filiación.

Por lo demás, la legislación ucraniana no contiene condiciones especiales en cuanto a derechos, obligaciones o causas de extinción del contrato gestacional, dejándolo a la autonomía de las partes (arts. 2.1 y 627 del CC ucraniano). El notario garantiza el hecho y el contenido del contrato, dando fe de que se ha adoptado de manera libre y voluntaria, tanto por la mujer que está dispuesta a gestar para otros como por los que quieren convertirse en padres.

La gestante tendrá derecho a desistir del contrato hasta que se realice la transferencia embrionaria. En este caso, los padres intencionales se harán cargo de los costes y gastos derivados de la gestación hasta esa fecha⁷⁵.

⁷² Su regulación está contenida en el Código de Familia ucraniano; Ley sobre el registro estatal de los actos de estado civil n.º 2398-VI de 1 de julio de 2010; el Reglamento del registro estatal de los actos de estado civil n.º 52/5 de 18 de octubre de 2000, que regula el procedimiento del registro de los niños nacidos con base en el acuerdo sobre la maternidad subrogada; la Orden del Ministerio de Sanidad de Ucrania n.º 771, de 22 de diciembre de 2008, que aprueba la Instrucción de aplicación de las tecnologías de reproducción asistida; y la Orden n.º 787, de 9 de octubre de 2013, relativa al procedimiento del uso de técnicas de reproducción asistida aprobado por el Ministerio de Salud.

⁷³ Druzenko (2013: 360-361); y Lamm (2013: 176-177).

⁷⁴ Deberá ser mayor de edad, haber dado a luz con anterioridad un hijo propio y sano, y tener acreditada una aptitud física y psíquica para gestar, como señala Flores Rodríguez (2019: 8).

⁷⁵ Reyes López (2019: 163).

Para que los comitentes puedan ser inscritos como padres legales en el Registro ucraniano correspondiente, será necesario que al menos uno de ellos haya aportado su propio material genético (como se desprende del art. 123.2 del Código de familia)⁷⁶. Tras el nacimiento del niño, se entregará un certificado con la filiación determinada a favor del padre biológico y de la madre gestante. Las normas relativas al Registro Civil en Ucrania (Orden n.º 52/5 de 18 de octubre de 2000) establecen, además, que esta última debe dar su consentimiento ante notario después del alumbramiento para que los padres intencionales se puedan registrar como padres legales del menor.

En caso de que la gestante se negara a ello, los comitentes deberán acudir a los tribunales con el fin de que estos ordenen la inscripción a su favor. Dado que las disposiciones del Código de Familia prevalecen sobre cualquier norma administrativa (y el art. 123.2 considera como padres a los comitentes cuando se utilizan sus gametos), el resultado de dicha acción sería claramente favorable para estos últimos⁷⁷. No obstante, lo más habitual es que la mujer gestante otorgue su consentimiento notarialmente, por lo que los padres intencionales solo precisarán en este caso acudir al registro con el certificado de nacimiento del niño y este documento notarial para registrar la filiación del menor a su favor cuando son padres biológicos, sin que aparezcan los datos de la madre gestante⁷⁸.

La ausencia de una resolución judicial en estos procesos en Ucrania, complica la situación de los padres comitentes cuando regresan a España y pretenden su reconocimiento, conforme a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, ratificada por la posterior Instrucción de este mismo Centro Directivo de 18 de febrero de 2019, según hemos indicado en anteriores líneas.

III.1.4. Estado de California (EEUU)

Si atendemos a lo que ocurre en Estados Unidos, uno de los focos de los contratos de maternidad subrogada, vemos que no cuenta con una ley federal que la contemple para sus distintos estados, sino que cada uno de ellos ha establecido su propia regulación (o simplemente no ha legislado), mientras que otros lo han hecho para prohibirla.

⁷⁶ Fernández Echegaray (2020: 178) también señala que, a estos efectos, el Reglamento del Registro Civil de Ucrania de 18 de octubre de 2000 requiere a los padres presentar un certificado que demuestre que hubo aportación genética.

⁷⁷ Druzenko (2013: 358).

⁷⁸ Flores Rodríguez (2019: 8).

En el estado de California, que es donde nos centraremos, la gestación subrogada está regulada en su *Family Code* [Secc. 7960 a 7962, modificadas en diversos años desde 2013]⁷⁹; y ampliamente permitida en sus diversas modalidades [altruista y comercial, tradicional (el óvulo puede ser de la gestante) y gestacional (la mujer gestante no aporta los óvulos)], dejando acceder a este procedimiento a toda persona, independientemente de su edad, sexo, nacionalidad, grado de infertilidad, estado civil u orientación sexual⁸⁰.

Así, conforme a las Secc. 7960 a 7962 del Código de Familia californiano, antes de suscribir el contrato de gestación, las partes han debido recibir asesoramiento legal independiente y una vez formalizado este contrato ante notario o atestiguado por un método equivalente, se podrá comenzar con el tratamiento de fecundación. La relación paterno-filial entre los comitentes y el niño fruto del acuerdo de subrogación gestacional se podrá establecer a favor de estos por un tribunal, antes o después de su nacimiento, presentando la solicitud correspondiente [Secc. 7630 (f) y 7962 (d)]. Esta sentencia se emitirá inmediatamente y sin más audiencia y pruebas que el acuerdo gestacional, cuya validez se presume [Secc.7962 (i)], a menos que una de las partes o el propio tribunal crea que no se han cumplido con las formalidades legales, en cuyo caso el órgano judicial podrá oír a las partes antes de dictar sentencia. Una vez que los padres comitentes han completado el proceso de confirmación de la relación paterno-filial, aparecerán en el certificado de nacimiento del niño como sus padres legales⁸¹.

Este amplio reconocimiento legal y la eficacia de los contratos de gestación subrogada son una consecuencia de la línea jurisprudencial marcada con anterioridad por sus tribunales⁸². Entre ellos destacan el caso *Johnson v. Calvert* (del Tribunal Supremo de California)⁸³, y el *In re Marriage of Buzzanca* (del Tribunal de Apelación de

79

Disponible

en:

<https://leginfo.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=FAM&tocTitle=+Family+Code+-+FAM> (21.12.2021). Estas secciones han sido modificadas en diversos años desde 2013, que es cuando se estableció el nuevo régimen del contrato de gestación subrogada y sus efectos.

⁸⁰ Vilar González (2018: 222).

Con respecto a los requisitos personales que deberían tener las partes que quieren concertar un contrato de gestación subrogada, nada establece expresamente el Código de Familia californiano. Aunque existen una serie de disposiciones generales en la Ley Uniforme de Parentalidad [*The Uniform Parentage Act* (2002)] y unas recomendaciones de la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva y la Sociedad de Reproducción asistida (2015, actualizadas en 2017), *Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion*. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2016.11.007> (21.12.2021).

⁸¹ Cahn y Carbone (2019: 323-326).

⁸² *Vid.* una recopilación de estos casos en Reyes López (2019: 136-140); y Vilar González (2018: 230-234).

⁸³ *Johnson V. Calvert*, 5 Cal. 4th 84, 19 Cal. Rpt. 2d 494, 851 P.2d 776 (1993). En este caso, el matrimonio Calvert había suscrito en 1990 un contrato de gestación con A. Johnson (enfermera diplomada), por la que esta se comprometía a gestar un niño con gametos de los padres de intención. La cuestión se centró en la determinación de la filiación materna, reclamada por la gestante. El Tribunal Supremo californiano terminó

California)⁸⁴, que mantuvieron la fuerza vinculante del acuerdo gestacional y la intención de ser padres de los comitentes como criterios para atribuir la relación paterno-filial, por encima del hecho de haber dado a luz (en el primer caso) o la ausencia de relación genética (en el segundo).

De dichos casos y de la regulación legal sobre la materia resulta que California es la jurisdicción estudiada donde la obligación de entregar al niño por la mujer gestante es incondicionalmente exigible, una vez que el contrato ha sido firmado y validado⁸⁵.

La regulación californiana no prevé, por tanto, que el acuerdo pueda ser revocable o que la mujer gestante tenga un periodo de reflexión después del nacimiento del bebé. Por lo que California es uno de los destinos preferidos de los padres de intención, junto a Illinois, Arkansas o New Hampshire en los EEUU. Solo en los casos de maternidad subrogada tradicional, la Ley Uniforme de Parentalidad [*The Uniform Parentage Act* (2002) Secc. 814] permite a la madre gestante poder retirar su consentimiento del acuerdo hasta 72 horas después del nacimiento. De manera que la única alternativa que le quedaría a la mujer gestante en California, si no quiere dar al niño o ejecutar alguna de las cláusulas abortivas que puedan figurar en el contrato, es huir a otro estado donde no se permita la gestación subrogada⁸⁶.

III.2. Países donde la filiación del menor se determina *ex post facto*

En el segundo grupo de países a los que hacíamos referencia en anteriores líneas, donde se encontrarían Reino Unido, Australia, Canadá e Israel, la filiación legal del niño a favor de los padres comitentes como resultado del acuerdo gestacional se determina después de su nacimiento. Generalmente por decisión judicial, tras el periodo legalmente establecido y previa solicitud de los padres de intención, si no existe oposición por parte de la madre gestante, que debe renunciar a ejercer los derechos derivados de la filiación del menor.

concluyendo que, aunque las dos mujeres podían ser declaradas legalmente madres del menor conforme a la legislación de este Estado, había que priorizar a la que tuvo la intención de serlo.

⁸⁴ *In re Marriage of Buzzanca*, 72 Cal. Rpt. 2d 280 (1998). Los hechos del litigio principian cuando el matrimonio Buzzanca decide tener un hijo por gestación subrogada con gametos de donante. Poco antes de que la gestante diera a luz, el matrimonio decide divorciarse y el Sr. Buzzanca pretende eludir su responsabilidad como padre. El Tribunal de apelación, revocando la sentencia de instancia, consideró que los Buzzanca debían ser considerados padres legales de la menor, pues su situación era análoga a los nacidos por técnicas de reproducción asistida si él hubiera consentido una inseminación artificial de su mujer.

⁸⁵ Fenton-Glynn y Scherpe (2019: 526); y Jones (2019: 597).

⁸⁶ Jones (2019: 600).

III.2.1. Reino Unido

En el Reino Unido, aunque la gestación subrogada es legal y está permitida [estando regulada en *The Surrogacy Arrangements Act* (1985) -que prohíbe los acuerdos comerciales de subrogación- y *The Human Fertilisation and Embryology Act* (HFEA) (2008)]⁸⁷, los acuerdos gestacionales no son vinculantes para las partes⁸⁸. Se considera que la mujer gestante es la madre legal del niño a todos los efectos, aunque no tenga ninguna vinculación genética con el menor, pudiendo conservar los derechos legales sobre su bebé después del alumbramiento, si eso es lo que quiere [Secc. 33 (1) HFEA]. Si estuviera casada, su marido será considerado el padre legal del niño, a menos que pueda demostrarse que no dio su consentimiento para el acuerdo de gestación. Si no está casada ni en unión de hecho, el comitente que aportó el semen será considerado el padre del menor, sin que se precise el consentimiento de la gestante⁸⁹.

La determinación de la filiación a favor de los padres intencionales se producirá por dos vías: (i) Bien mediante un procedimiento judicial de solicitud de una orden de parentalidad (*parental order*), cuya finalidad principal es comprobar que el consentimiento de la mujer gestante (y en su caso de su marido) se han otorgado de forma libre y plena, y que no ha recibido remuneración alguna más allá de los gastos razonables que se hubieran producido, pudiéndose iniciar este procedimiento solo cuando al menos uno de los padres intencionales aporta su propio material genético y han pasado más de 6 semanas desde el nacimiento y menos de los seis meses (conforme a la Secc. 54 HFEA)⁹⁰; (ii) O bien solicitar la adopción del menor, si no se cumplen los requisitos para la orden parental (en particular, cuando ninguno de los padres intencionales hubiera aportado sus gametos)⁹¹.

A pesar de esta estricta regulación, en la práctica estos requisitos se han ido atemperando por los tribunales ingleses, reconociendo órdenes de parentalidad cuando no

⁸⁷ Otras normas a tener en cuenta son: *Adoption and Children Act* 2002 y *The Human Fertilisation and Embryology (Parental Order) Regulations* 2010.

⁸⁸ Art. 1A *Surrogacy Arrangements Act* (1985).

⁸⁹ Lamm (2013: 132).

⁹⁰ Otros requisitos, según el art. 54 HFEA, es que el menor esté viviendo con los padres comitentes, domiciliados en UK, que la maternidad no haya sido comercial y que el padre legal del menor (marido o pareja de la madre) consienta libre e incondicionalmente en la emisión de la orden parental que conlleva su renuncia a la filiación del menor. *Vid.* aquí, Fenton-Glynn (2019: 125 y ss.), quien opina que este sistema es disfuncional en la práctica, aunque los jueces, con su interpretación de la ley, han mitigado el rigor de la ley (p. 133).

En octubre de 2018 se modificó la HFEA, permitiendo las solicitudes de órdenes parentales por parte de solicitantes monoparentales.

⁹¹ *Vid.* Vilar González (2018: 212-215); y Fernández Echegaray (2019: 154-155).

se cumplen todas las condiciones señaladas por la ley. Entre ellas, haberla solicitado fuera del plazo de los seis meses⁹², que los solicitantes ya no convivan juntos en el momento de la solicitud o uno de ellos haya fallecido⁹³; o incluso en casos de gestación subrogada comercial, a pesar de que en Reino Unido este tipo de gestación debe ser altruista y la ley solo autoriza el pago de los gastos razonables⁹⁴. Para este reconocimiento el Tribunal atiende a la intención inequívoca de crear y mantener una familia por parte de los padres intencionales, contar con las condiciones para ello, los vínculos biológicos que puedan tener con el niño y, sobre todo, al interés superior del menor y el respeto a su vida familiar⁹⁵.

En suma, la orden de parentalidad en el sistema inglés es el medio por el que la paternidad legal pasa de la madre subrogada a los padres comitentes. Hasta que el consentimiento de la gestante (y el de su cónyuge o pareja de hecho) quede plasmado en dicha orden [conforme a la Secc. 54(6) HFEA], el acuerdo de subrogación con los futuros padres es un acuerdo que no tiene efectos vinculantes. De manera que los padres intencionales no tienen ningún recurso legal para demandar la filiación del menor si la madre gestante cambia de opinión. Esta última y su cónyuge serán los que inicialmente deban inscribirse como padres del bebé (en el plazo de 42 días). Solo una vez que se dicte la orden de parentalidad, el menor tendrá el nombre elegido por los padres intencionales y su reconocimiento como sus padres legales.

La solicitud de una orden de parentalidad puede tardar hasta un año en Reino Unido, por lo que, hasta entonces, aunque el niño viva con los padres intencionales [art. 54(4)a HFEA], la madre legal seguirá siendo la que le ha dado a luz, lo que puede generar conflictos y problemas a la hora de tomar decisiones sobre el cuidado del menor.

Debido a las incertidumbres que puede causar este sistema a la parte comitente y a lo complicado que en ocasiones resulta el reconocimiento judicial de la filiación a su favor, existen ya varias iniciativas en Reino Unido para la modificación de la legislación actual. Una de las principales propuestas va en la línea de que no sea necesario presentar

⁹² A (Surrogacy: s.54 Criteria) [2020] EWHC 1426 (Fam). Disponible en: <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed211750> (21.12.2021); y Re X (A Child) (Surrogacy: Time Limit) [2014] EWHC 3135 (Fam).

⁹³ A v. P (Surrogacy; Parental Order: Death of Applicant) [2011] EWHC 1738 (Fam); y Re X [2020] EWFC 39.

⁹⁴ Re F & M (Children) (Thai Surrogacy) (Enduring family relationship) [2016] EWHC 1594 (Fam).

⁹⁵ Fenton-Glynn (2019: 133).

la solicitud de parentalidad al tribunal, sino que todo el proceso se limite a un mero trámite administrativo, donde los padres legales sean los padres comitentes desde el nacimiento del niño, con el derecho de la gestante a poder oponerse durante un periodo determinado, manteniendo solo la vía judicial para los casos de conflicto⁹⁶.

III.2.2. Australia

La regulación de la maternidad subrogada en Australia es diferente en cada estado sin que exista una única legislación nacional, aunque en la mayor parte de su territorio esta práctica es legal. Así, tienen regulación el Territorio de la Capital Australiana [(ACT) *The Parentage Act 2004*]⁹⁷, el estado de Nueva Gales del Sur [(NSW) *The Surrogacy Act 2010*]⁹⁸, Queensland [(QLD) *The Surrogacy Act 2010*]⁹⁹, Victoria [(VIC) *Assisted Reproductive Treatment Act 2008*]¹⁰⁰, Australia Occidental [(WA), *The Surrogacy Act 2008*]¹⁰¹, Australia Meridional [(SA) *The Family Relationships Act 1975*]¹⁰² y Tasmania (*The Surrogacy Act 2012*)¹⁰³. El Territorio Norte de Australia es la única jurisdicción donde no hay una regulación sobre la gestación subrogada, lo que implica que estos acuerdos son ilegales.

A pesar de esta diversidad legal, existen puntos comunes. En primer lugar, no se permite la gestación subrogada comercial, solo la altruista con el abono de los gastos razonables¹⁰⁴. La gestación subrogada comercial es considerada ilegal en todos los

⁹⁶ Vid. aquí: <https://www.lawcom.gov.au/surrogacy-reforms-to-improve-the-law-for-all/y> <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed202278> (21.12.2021).

⁹⁷ Disponible en: <https://www.legislation.act.gov.au/a/2004-1> (21.12.2021).

⁹⁸ Disponible en: <https://legislation.nsw.gov.au/view/pdf/asmade/act-2010-102> (21.12.2021).

⁹⁹ Disponible en: <https://www.legislation.qld.gov.au/view/pdf/2016-03-22/act-2010-002> y las modificaciones recientes en: <https://www.legislation.qld.gov.au/view/whole/html/inforce/current/act-2010-002> (21.12.2021).

¹⁰⁰ Disponible en: <https://www.legislation.vic.gov.au/in-force/acts/assisted-reproductive-treatment-act-2008/024> (21.12.2021).

¹⁰¹ Disponible en: [https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc_14284.pdf/\\$FILE/Surrogacy%20Act%202008%20-%20%5B00-b0-08%5D.pdf?OpenElement](https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc_14284.pdf/$FILE/Surrogacy%20Act%202008%20-%20%5B00-b0-08%5D.pdf?OpenElement) (21.12.2021), con sus modificaciones recientes.

¹⁰² Disponible en: <https://www.legislation.sa.gov.au/lz/path=%2FC%2FA%2FFAMILY%20RELATIONSHIPS%20ACT%201975> (21.12.2021).

¹⁰³ Disponible en: <https://www.legislation.tas.gov.au/view/whole/html/inforce/current/act-2012-034> (21.12.2021).

¹⁰⁴ Los diferentes Estados establecen una lista precisa de todos los costes reembolsables, donde incluyen el tratamiento médico de fertilización, los del embarazo y parto, así como los relacionados con la celebración del acuerdo gestacional y la declaración posterior de parentalidad. Todos los costes deberán de ser reales y justificados (véase en particular *The Surrogacy Act 2010, NSW*, Sec. 7).

estados y existe una estricta prohibición de realizar actos de publicidad en busca de mujeres gestantes o padres intencionales¹⁰⁵.

En segundo lugar, en la mayor parte de los estados (NSW, QLD, VIC, WA y SA) los padres comitentes deben verificar que son infértiles y tendrán que residir dentro del término jurisdiccional donde se realiza el tratamiento y se solicita la orden parental (a excepción de QLD). En cuanto al requisito de tener que formar una pareja, un matrimonio o simplemente si pueden ser personas solas las que accedan a esta técnica, es diferente en cada estado. En Nueva Gales del Sur (NSW) y Queensland (QLD) pueden ser parte comitente personas solas y parejas homosexuales, en cambio en Australia Occidental (WA) no¹⁰⁶.

En tercer y último lugar, hay que destacar que se sigue un modelo similar al implantando en Reino Unido (a excepción de VIC y WA), por cuanto el acuerdo gestacional no tiene carácter vinculante (aunque se celebre por escrito y en presencia de un abogado) y no es exigible. Solo lo es para reembolsar a la mujer gestante los gastos razonables derivados de la subrogación¹⁰⁷. De manera que cuando nace el bebé se considera que la mujer que ha dado a luz es su madre legal (y su esposo o pareja y ella figurarán como sus padres en el registro del estado donde nace el niño), aunque el bebé no sea genéticamente suyo¹⁰⁸.

La determinación de la filiación a favor de los padres comitentes se producirá a través de la correspondiente orden judicial de parentalidad, que deberá ser solicitada entre las seis semanas y los seis meses desde el nacimiento y la decidirá un Tribunal (*Children Court*)¹⁰⁹. La orden parental se dictará en interés del menor y comprobando el cumplimiento de todos los requisitos legales y que la gestante ha otorgado su

¹⁰⁵ Keyes (2019: 87 y 103). Esta última autora critica el carácter altruista de la regulación australiana y la prohibición de publicidad en ese país. Aunque desde diversas instancias se aboga por la implementación del sistema altruista ya existente, es un hecho que los australianos celebran contratos internacionales en otros países y en estos casos no existe un verdadero control por parte de las autoridades de ese país, ni sobre los padres comitentes ni de la posible explotación a la mujer gestante, por lo que su legislación resulta «inefectiva», según dicha autora.

¹⁰⁶ Fernández Echegaray (2019: 167).

¹⁰⁷ Secc. 7 (3) *Surrogacy Act* (2008) de Australia Occidental (WA). En otros estados, como, por ejemplo, Nueva Gales del Sur, estos gastos solo se pueden reclamar si el acuerdo se ha realizado antes de la concepción [*Surrogacy Act 2010*, s. 6(2)], pues en este estado es posible que el contrato se formalice con posterioridad al tratamiento [*Surrogacy Act 2010* s. 5 (b)].

¹⁰⁸ Keyes (2019: 91-92).

¹⁰⁹ Para mayor detalle *vid.* Fernández Echegaray (2019: 165-168); y Keyes (2019: 91-94).

consentimiento de forma libre y con plena comprensión de la situación¹¹⁰. Esta circunstancia implica que, aunque existan acuerdos entre las partes sobre el embarazo y el parto, la madre subrogada es la que puede tomar decisiones sobre su propio cuerpo y, además, es la que debe prestar su consentimiento para renunciar a la filiación del menor.

III.2.3. Canadá

La Ley de Reproducción Humana Asistida [*Assisted Human Reproduction Act* 2004 (AHRA)]¹¹¹, de aplicación en principio para todo Canadá, permite la gestación subrogada¹¹². Quebec es el único territorio que, en virtud de su autonomía legislativa, no permite este tipo de acuerdos y el art. 541 de su CC los declara nulos de pleno derecho¹¹³.

El art. 6 AHRA admite la gestación altruista y prohíbe recibir contraprestación por ello a la madre gestante, salvo los gastos directamente relacionados con el embarazo y el parto¹¹⁴. También prohíbe que aquella anuncie sus «servicios» o bien que la parte interesada los solicite de forma pública (art. 7 AHRA). Pueden ser padres de intención parejas, matrimonios heterosexuales y del mismo sexo, así como hombres o mujeres en solitario, tanto si son ciudadanos canadienses, como extranjeros¹¹⁵.

La cuestión de la validez de los contratos de gestación por sustitución y las consecuencias en torno a la filiación del niño dependen de la legislación provincial que se aplique¹¹⁶. En la provincia canadiense de Ontario, que es en la que nos centraremos, de acuerdo con el *Children's Law Reform Act*¹¹⁷ (modificado en 2016)¹¹⁸, el concepto de

¹¹⁰ Keyes (2019: 97-98).

¹¹¹ Disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/A-13.4.pdf> (21.12.2021).

¹¹² Así, el art. 3 AHRA se refiere a la «madre subrogada» como la persona de sexo femenino que gesta un embrión o feto concebido mediante un procedimiento de reproducción asistida con gametos de uno o más donantes con la intención de entregarlo al nacer al donante o a otra persona.

¹¹³ Fernández Echeagaray (2019: 174).

¹¹⁴ Entre los gastos razonables que tiene derecho la gestante, según el desarrollo reglamentario que ha hecho de estos gastos Canadá [concretando la Secc.12 (1) de su Ley de Reproducción Humana Asistida], disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2019-193/page-1.html#h-1141415> (21.12.2021), se encontrarían, aparte de los derivados de la fecundación artificial: los gastos médicos y legales (incluidos los gastos por asesoramiento independiente), las primas de una póliza de seguro de salud y de vida, los gastos de comunicación (teléfono, internet), de viaje, desplazamientos y alojamientos, gastos especiales por el cuidado de personas o animales que estén a cargo de la mujer gestante, ropa premamá, medicamentos, vitaminas y los generados por dietas especiales que deba llevar la gestante, así como las clases de preparación al parto. Entre los conceptos indemnizables se encuentran también las pérdidas salariales justificadas [Secc.12 (3)]. A través del detalle de estos gastos, se evitan problemas a la hora de distinguir cuándo ha habido compensación y cuándo estamos ante una verdadera retribución.

¹¹⁵ Reyes López (2019: 133).

¹¹⁶ Lamm (2013: 149).

¹¹⁷ Disponible en: <https://www.ontario.ca/laws/statute/90c12> (21.12.2021).

¹¹⁸ *Bill 28: All Families Are Equal Act*, 2016. Disponible en: <https://www.ola.org/sites/default/files/node-files/bill/document/pdf/2016/2016-12/bill---text-41-2-en-b028ra.pdf> (21.12.2021).

la paternidad genética se establece cuando una persona que proporciona sus gametos o un embrión para su uso en la reproducción humana asistida tiene intención en el momento de celebración del acuerdo de ser padre. Este reconocimiento complica evidentemente la filiación del menor nacido por maternidad subrogada, que puede encontrarse hasta con cuatro progenitores. Sin entrar en ello, sí nos interesa señalar que el acuerdo de subrogación, aunque no es ejecutable, puede utilizarse como prueba de la intención de paternidad [Secc.10 (9)] y hasta que la madre gestante no dé su consentimiento por escrito para renunciar a su derecho a la filiación del menor (consentimiento que no se puede dar antes del transcurso de los siete días tras su nacimiento), esta y los padres de intención comparten derechos y responsabilidades respecto del menor [Secc. 10 (4) y (5)]. De forma que la madre subrogada puede cambiar de opinión y ejercer sus propios derechos parentales en ese plazo de tiempo. Lo que no impide a los padres comitentes poder solicitar el reconocimiento de la filiación del menor ante el Tribunal competente, que resolverá conforme al mejor interés del menor [Secc. 10 (8)].

III.2.4. Israel

El primer país del mundo en tener una legislación sobre gestación subrogada fue Israel, con la Ley 5756-1996 (*Approval of Agreement and Status of Newborn*), que trata el acuerdo entre los padres intencionales y madre subrogada. Este país, fuertemente religioso, tiene una clara política a favor de la natalidad. Su regulación ha optado por un sistema intermedio en este segundo grupo de Estados¹¹⁹.

La Ley inicialmente estaba pensada para mujeres en edad fértil que no puedan quedarse embarazadas y llevar a término un embarazo. Así exigía que los padres comitentes fueran una pareja heterosexual que acredite tener problemas de infertilidad o imposibilidad de llevar a término una gestación natural. Si bien esto último fue ya objeto de modificación por la Ley 5778-2018 que permitió a una mujer soltera poder acudir a la maternidad subrogada si se utilizan sus propios óvulos. Y ahora se encuentra nuevamente en proceso de modificación, como consecuencia de varias sentencias de la Corte Suprema de ese país (entre ellas la sentencia de 27 de febrero de 2020), que ordenan al Gobierno

¹¹⁹ Vid. Shakargy (2013: 231 y ss.); y Schuz (2019: 166 y ss.).

iniciar los trámites para enmendar la Ley sobre maternidad subrogada y proporcionar acceso a este procedimiento a parejas del mismo sexo y a hombres solteros¹²⁰.

La gestante, que debe tener entre 22 y 38 años, no puede aportar su propio óvulo, ni ser familia de ninguno de los progenitores intencionales, por las complicaciones que surgirían con el estatus del niño bajo la ley judía¹²¹. Tampoco puede estar casada (aunque este requisito puede ser excepcionado por el Comité que debe autorizar el acuerdo gestacional). La Ley exige que los embriones se hayan creado *in vitro* con óvulos de la comitente o de donante y espermatozoides del padre comitente [Secc. 2(4) Ley 5756-1996]. Si bien el contrato de gestación debe ser gratuito, se permite específicamente que se pague a la madre subrogada para compensar su tiempo y sufrimiento¹²².

Conforme a la Ley 5756-1996, las partes antes de iniciar cualquier tratamiento deben formalizar por escrito el acuerdo de maternidad subrogada, una vez que han pasado una previa valoración médica y psicológica que acredite su capacidad física, psíquica y emocional para participar en él. Además, han debido recibir un previo asesoramiento profesional en relación con el contrato y sus consecuencias. Este debe ser aprobado por un Comité designado por el Ministerio de Salud, formado por siete miembros (entre los que se encuentran dos médicos especialistas en obstetricia y ginecología, un médico de medicina interna, un psicólogo clínico, un trabajador social, un abogado representante del Estado y un representante de la religión que profesen los padres)¹²³.

Después del nacimiento del niño, en un hospital público autorizado para ello, el bebé se entregará de manera temporal a los padres intencionales en presencia de un agente de bienestar social que controla la fase última de este proceso [Secc. 10(B) Ley 5756-1996].

No hay una provisión específica en la ley israelí sobre la paternidad derivada de los acuerdos de gestación, por lo que se considera que los padres legales del bebé serán el

¹²⁰ *Vid.* aquí el blog de FESKOV (Human Reproduction Group) «Cambios históricos en las leyes de maternidad subrogada en Israel, Feskov», 19 de marzo de 2020. Disponible en: <https://maternidad-subrogada-centro.es/leyes-en-israel.html>. (21.12.2021).

¹²¹ Fenton-Glynn y Scherpe (2019: 538).

¹²² Estos pagos han llevado a afirmar que, en el modelo israelí, la maternidad subrogada tiene un carácter comercial. Así, Schuz (2019: 166).

¹²³ En Israel la gestante debe de profesar la misma religión que la madre intencional, pero si todas las partes del acuerdo no son judías, el Comité puede excepcionar este requisito. *Vid.* Global Legal Research Center (2012: 11). Disponible en: <https://www.loc.gov/law/help/il-reproduction-and-abortion/israel-reproduction-and-abortion.pdf>. (21.12.2021).

padre biológico y la madre subrogada¹²⁴. La filiación del menor no se atribuye a los padres comitentes hasta que no obtienen la orden de parentalidad (*parenthood order*) que deberán solicitar dentro de los siete días desde el nacimiento. No es motivo suficiente para no entregar al niño que la mujer gestante no desee hacerlo, salvo que haya habido un cambio de circunstancias que lo justifique. En caso de conflicto, los Tribunales tomarán la decisión final atendiendo al interés superior del menor (Secc. 13 Ley 5756-1996)¹²⁵.

III.3. Reflexiones en torno a la voluntad de la mujer gestante en las jurisdicciones analizadas

En el abanico de las legislaciones expuestas, late el problema de la relevancia del consentimiento de la mujer gestante para determinar la filiación del menor nacido por gestación por sustitución, y los efectos que tiene el contrato gestacional previamente acordado en relación con la filiación del menor respecto de los padres comitentes.

Así, en los territorios donde la gestación por sustitución es más demandada (como California o Ucrania), nos encontramos que sus legislaciones establecen que el acuerdo gestacional y la voluntad procreativa que en él se refleja es lo que determina la filiación del menor nacido por este procedimiento, especialmente si existe vinculación genética con los padres comitentes (en el caso de Ucrania). De ello se deriva la obligación por parte de la gestante de entregar el bebé como consecuencia del cumplimiento forzoso del contrato gestacional, dando prioridad a los que han querido ser padres y, además, han aportado su propio material genético. De hecho, cuando se trata de una gestación retribuida, es prácticamente imposible que los términos del contrato reconozcan libertad a la gestante para decidir, tras el alumbramiento, si renuncia o no a ejercer los derechos derivados de la filiación¹²⁶.

El problema de la eficacia vinculante de estos contratos, concretamente cuando no se ha producido un screening adecuado en relación con la parte comitente, la podemos ver con toda su crudeza en el caso *Cook v. Harding*¹²⁷, que se planteó recientemente ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. La demandante, Melissa Kay Cook, natural de

¹²⁴ Schuz (2019: 172).

¹²⁵ Schuz (2019: 178) señala, además, que en la práctica no ha habido ningún caso en Israel en el que la madre gestante haya pedido quedarse con el niño.

¹²⁶ Comité de Bioética de España (2017: 8).

¹²⁷ Vid. en: [Cook v. Harding Dismissal Order | Surrogacy | Abstention Doctrine \(scribd.com\)](#) y [Cook v. Harding, No. 16-55968 \(9th Cir. 2018\) :: Justia](#). (21.12.2021).

Los Ángeles y madre de cuatro hijos, concertó en el verano de 2015, cuando tenía 47 años de edad, un contrato gestacional a cambio de una cantidad de dinero con C.M. (un trabajador postal de Georgia de 50 años), con quien contactó a través de una agencia. Para la fecundación se usó el esperma del padre comitente y los óvulos de una donante. Los tres embriones transferidos al útero de la gestante se implantaron con éxito, por lo que la mujer quedó embarazada de trillizos. El padre comitente puso reparos al pago de los gastos de este embarazo y exigió el aborto de uno de los fetos. La gestante se negó, a pesar de la cláusula del contrato que establecía que esta decisión correspondía al Sr. C.M. Cuando nacieron los tres menores, las autoridades dieron cumplimiento al contrato, pese a la negativa de la madre subrogada que pretendió conservar la patria potestad sobre los niños cuando se dio cuenta de las condiciones personales del padre (era soltero, sordomudo y vivía en el sótano de la casa de sus padres).

En la demanda planteada por Melissa se pedía a la Corte Suprema que se pronunciara sobre si la ley que regula los contratos de gestación subrogada en California priva a los menores de sus derechos constitucionales, ante la imposibilidad de revisar un acuerdo gestacional válidamente celebrado, y reduce a las madres gestantes a un estatus de simples «reproductoras». Pero este órgano rechazó entrar en el fondo del asunto porque ya se había declarado constitucional esta ley¹²⁸.

Por otro lado, en las otras jurisdicciones analizadas donde se sigue el sistema anglosajón, el turismo reproductivo tiene una menor incidencia. Esta menor demanda (interna y de extranjeros) no solo se debe a la circunstancia de que, al ser la gestación subrogada gratuita, evidentemente son menos las mujeres que están dispuestas a gestar para otros¹²⁹, sino también porque la atribución de la filiación del menor después de su nacimiento, a través de un procedimiento judicial (*parental order*), genera incertidumbres. En los padres comitentes, el riesgo estaría fundamentalmente en si la madre gestante decide finalmente quedarse con el bebé, a pesar de la existencia de una vinculación genética con alguno de ellos y las complicaciones que supone el procedimiento judicial para cambiar el certificado de nacimiento del niño. Para la gestante, el problema se dará cuando los padres comitentes no quieren asumir después del

¹²⁸ *Vid.* la resolución de la Corte Suprema de EE.UU. rechazando el recurso interpuesto ante la misma en: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-1487/44751/20180426163111738_Cook%20v.%20Harding%20et%20al.%20Petition%20-%20Refile.pdf (21.12.2021).

¹²⁹ Fenton-Glynn y Scherpe (2019: 103).

parto sus responsabilidades, el pago de los gastos médicos o las compensaciones resarcitorias acordadas.

A pesar de estos inconvenientes y de los conflictos que se puedan generar entre las partes, a nadie se le escapa que el sistema anglosajón que atribuye la filiación del niño después del parto, da mayor autonomía a la gestante en la toma de sus decisiones y mantiene el principio de larga tradición romana de que la madre legal es la que da a luz al bebé. Aunque deje en un segundo plano a la voluntad procreacional, plasmada en el contrato, e incluso al principio de verdad biológica cuando haya vinculación genética con los padres comitentes. De hecho, este sistema es el que parece recomendarse desde los distintos organismos internacionales en el caso de que se quisiera regular esta materia, como se desprende del Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños (apdos. 69 y 77 d) y de los Principios de Verona (P. 6.2 y 10.4), dejando a la autoridad judicial o cualquier otra autoridad competente la resolución del problema atendiendo al interés superior del menor y prestando especial atención a la evaluación psicosocial de ambas partes (P.10.9).

IV. PROPUESTAS DE REGULACIÓN REALIZADAS EN ESPAÑA

En nuestro país se han realizado diversas propuestas de regulación en torno a la gestación por sustitución, provocadas por el número de personas que acuden al extranjero para tener hijos por este procedimiento. De entre esas propuestas, destaca la que ha venido de la mano del grupo parlamentario Ciudadanos, que hasta en dos ocasiones ha presentado ante el Congreso una «Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución» (en adelante, PLDGS), la última el 16 de julio de 2019¹³⁰. Otras propuestas legislativas las han formulado el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, órgano este último al que pertenecen todas las clínicas de reproducción asistida de España (en adelante, Propuesta-SEF)¹³¹; y también la Asociación por la Gestación Subrogada en España, que ha promovido como iniciativa popular una Proposición de Ley de gestación subrogada (en adelante, PL-AGSE)¹³².

¹³⁰ BOCG de 16 de julio de 2019.

¹³¹ Disponible en: <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf> (21.12.2021).

¹³² Disponible en: <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley> (21.12.2021).

El objetivo de la PLDGS, como expresa su Exposición de Motivos, es adaptar las nuevas situaciones a la evolución actual del modelo de familia, que ha ido pareja al avance científico, con la finalidad última de regular «el derecho a la gestación por sustitución». Por tal entiende, tanto el derecho que asiste a los progenitores subrogantes «a gestar» por la intermediación de otra persona para constituir una familia, como de las gestantes subrogadas a facilitar la gestación a favor de los subrogantes (art. 1). Nótese, sin embargo, que realmente no podemos hablar aquí de un auténtico «derecho a gestar», según afirma el Proyecto de Ciudadanos, como tampoco se puede hablar de un «derecho» a tener un hijo cuando nos referimos al acceso a las técnicas de reproducción asistida, pues lo que hace la LTRHA es concretar los requisitos y condiciones para poder acceder a estas técnicas, no garantizar el tener un hijo, al igual que tendría que pasar con una futura regulación legal de la gestación por sustitución¹³³.

Conforme a las propuestas legislativas formuladas, estaríamos ante una práctica que se contempla como último recurso para las personas solas o en pareja, cualquiera que sea su sexo, que no pueden tener hijos biológicos por otros medios (art. 8.1 PLDGS, punto 1 Propuesta-SEF y art. 2.2 PL-AGSE).

La mujer gestante, cuya edad mínima oscilaría entre 25 años (según el PLDGS) y 18 años (en las otras dos propuestas), no debe aportar material genético propio para la fecundación [art. 3.b) y 6.1 PLDGS, punto 4 Propuesta-SEF, art. 1.2.c) PL-AGSE]. Pero, en cambio, sí será necesario que al menos una de las personas comitentes aporte el suyo propio [art. 3.c) PLDGS y punto 4 Propuesta-SEF]. Asimismo, la capacidad para poder ser mujer gestante dependerá en gran medida de un adecuado estado psicofísico, conforme a lo dispuesto en el art. 5.6 LTRHA y al que se remiten las distintas propuestas de gestación por sustitución [arts. 7.1.c) PLDGS, punto 2 Propuesta-SEF y art. 3.1 PL-AGSE], y que, además, se compromete a mantener durante el embarazo (art. 7.2 PLDGS).

Siguiendo las legislaciones de otros países, se establece la previsión de que la mujer que se ofrece a gestar para otros haya tenido al menos con anterioridad un hijo [art. 7.1.e) PLDGS, punto 5 Propuesta-SEF y art. 3.1 PL-AGSE]; no haya sido antes gestante subrogada en más de una ocasión [art. 7.1.j) PLDGS]; disponga de una situación socioeconómica y familiar adecuadas [art. 7.1.f) PLDGS, punto 2 Propuesta-SEF y art. 3.1 PL-

¹³³ Como ejemplo de buena redacción, el art. 1 de la Ley portuguesa n.º 25/2016, de 22 de agosto, empieza su art. 1 diciendo que: «La presente ley regula el acceso a la gestación de sustitución en los casos de ausencia de útero...». Es decir, determina las condiciones de acceso a este procedimiento, no habla de un derecho a gestar a través de una tercera persona.

AGSE]; posea la nacionalidad española o la residencia legal en España [art. 7.1.g) PLDGS y art. 3 PL-AGSE]; y exista una ausencia de relación laboral o de prestación de servicios con los comitentes (art. 9.6 PLDGS y punto 6 Propuesta-SEF). El primer requisito tiene como finalidad que la madre gestante tenga un menor apego al niño y no cambie de opinión si es madre primeriza, así como que sea consciente de lo que implica un embarazo y un parto, por lo que su consentimiento será más pleno¹³⁴. La limitación en el número de subrogaciones busca proteger su integridad física. Los tres últimos se prevén en orden a poder evitar cualquier posible situación de explotación de las mujeres que están dispuestas a gestar para otros.

En cuanto a la parte comitente, tendrá que acreditar «mediante un certificado de idoneidad» que «cuenta con la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental asociada a la familia que pretende constituir» [art. 8.2.d) PLDGS], antes de ser inscrito(s) en el correspondiente Registro para acceder a la gestación subrogada (art. 8.4 PLDGS)¹³⁵. Con mayor concreción y mejor criterio, la Propuesta-SEF propone realizar un *screening* adecuado de los padres comitentes, que debe incluir entrevistas y test específicos que serán valorados por un Comité ético independiente, cuyo informe vinculante deberá ser remitido a la autoridad judicial como parte de la documentación necesaria para solicitar la aprobación judicial del acuerdo de gestación e iniciar el tratamiento de fecundación.

Hay dos aspectos importantes que caracterizan a todas estas propuestas. Uno de ellos es el carácter gratuito -con una compensación resarcitoria razonable a favor de la gestante- que debería imperar en la gestación por sustitución (arts. 1 y 5 PLDGS, punto 7 Propuesta-SEF y art. 3.2 PL-AGSE), siguiendo el ejemplo de países como Reino Unido [Secc. 54(8) HFEA (2008)], Grecia (art.13.4 Ley 3305/2005), Portugal (art. 8 aps. 2 y 7 LPMA), Canadá (Secc. 12.3 *Assisted Human Reproduction Act*) y Australia.

Parece necesario exigir que un acto que afecta de lleno a la dignidad humana, como es gestar para otro(s), deba ser gratuito, para evitar con ello que su retribución actúe sobre

¹³⁴ Así, Lamm (2013: 258).

¹³⁵ El art. 15 PLDGS prevé la creación del «Registro Nacional de Gestación por sustitución», que sería un organismo centralizado adscrito al Registro Nacional de Donantes previsto en la LTRHA. Tendría como función, en primer lugar, canalizar las posibles ofertas y demandas en los procesos de gestación por sustitución, a través de la inscripción obligatoria de las mujeres que deseen ser gestantes y de los que desean ser padres. Y, en segundo lugar, recoger los contratos de gestación por sustitución judicialmente aprobados (donde se refleje la identidad de las partes y su contenido), que también se deberán inscribir en él.

la libertad de las mujeres más vulnerables y pueda convertir a los niños en objeto de transacción. En esta dirección, la mayoría de la doctrina patria está de acuerdo que, en el caso de que se regule el contrato de gestación por sustitución, el modelo altruista es el que debe prevalecer con el reembolso de aquellos gastos que se deriven del proceso de embarazo hasta el nacimiento del niño¹³⁶. De hecho, la propuesta-SEF, en su punto 7, propone como modelo a seguir el previsto en la LTRHA para la donación de gametos y embriones, en el sentido de que sea la Administración pública (a través de un órgano como la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida) quien fije unas bases homogéneas para la compensación, estableciendo un mínimo y un máximo¹³⁷. Este modelo, aun siendo gratuito, admite una «compensación económica resarcitoria» para compensar las molestias físicas y demás gastos que se puedan derivar de la donación (art. 5.3 LTRHA). Lo que parece razonable para garantizar que la gestante no tenga pérdidas económicas como consecuencia del acuerdo, pero tampoco obtenga una ganancia de ello, como prohíbe el art. 21 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina en relación con la donación de partes del cuerpo, ya que la gestación por sustitución debería ser un proceso económicamente neutro, como cualquier donación¹³⁸.

El otro aspecto en el que coinciden las propuestas regulativas es la irrevocabilidad del consentimiento de las partes intervinientes, y, por supuesto, el de la mujer gestante [art. 9.2.b) PLDGS, punto 11 Propuesta-SEF y art. 1.1.c) PL-AGSE]. Aunque todas ellas reconocen el derecho de esta última a poder interrumpir el embarazo, conforme a la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (art. 6.2 PLDGS, art. 5.3 PL-AGSE y punto 11 Propuesta-SEF); en ningún momento se prevé en estas propuestas un vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño que pueda nacer fruto de este procedimiento [arts. 3.b) y 11.2 PLDGS, punto 11 Propuesta-SEF y art. 1.1.c) PL-AGSE].

En concreto, la propuesta de gestación por sustitución realizada por el Grupo Ciudadanos opta por el modelo de supervisión judicial griego, donde el control judicial es previo antes de proceder a la gestación subrogada (art. 9.1 PLDGS). La autorización judicial del contrato de gestación por sustitución y la posterior transferencia embrionaria implicará que los padres comitentes se conviertan en los padres legales del menor

¹³⁶ En este sentido, *vid.* Belinchón Romo (2019: 189), Casado y Navarro-Michel (2019: 39), Farnós Amorós (2020: 108), Múrtula Lafuente (2021: 348), Salazar Benítez (2018: 221), y Vilar González (2018: 259).

¹³⁷ En la misma línea, *vid.* Flores Rodríguez (2019: 3), Farnós Amorós (2020:97 y 1008; y 2021: 164-165).

¹³⁸ Múrtula Lafuente (2021: 349).

inmediatamente después del nacimiento del niño, sin que sea precisa ninguna validación posterior ni un nuevo consentimiento de la madre gestante (arts. 10.2 y 12.1 PLDGS). De tal manera que el acuerdo de gestación por sustitución aprobado judicialmente produce una fragmentación entre la maternidad gestacional y la maternidad legal, que es reconocida desde ese momento a favor de los padres comitentes.

V. EL CONSENTIMIENTO DE LA GESTANTE Y SU CARÁCTER «IRREVOCABLE» A EXAMEN

Aunque por ahora parece que en España no hay intención de regular la gestación por sustitución, si el legislador algún día se decide a hacerlo, como ha hecho el portugués, debería atender a su adecuación con los principios de nuestro ordenamiento¹³⁹. Entre estos principios se encuentran la dignidad y la libertad personal de la mujer (arts. 10.1 y 17.1 CE) y su integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho que tiene toda mujer a decidir llevar o no a término un embarazo, conforme a la LO 2/2010, el tradicional principio de que la maternidad legal viene determinada por el parto (arts. 120.5.º CC, 44.4 y 46 LRC, y 10.2 LTRHA)¹⁴⁰, a los que habría que añadir el derecho a conformar su propia familia.

La mayoría de estos principios aparecen mencionados en la STS de 31 de marzo de 2022 para interpretar que la gestación por sustitución es contraria a ellos. Sin embargo, hemos visto que en las recomendaciones realizadas por la Relatora Especial de Naciones Unidas en su Informe sobre la venta y explotación sexual de los niños y en los Principios de Verona, se establecen como parámetros a tener en cuenta en el caso de que un país legisle sobre esta materia.

En el debate que a buen seguro se abrirá en ese momento en España sobre si hay que dar prioridad a la voluntad de quienes quieren ser padres por encima de la de la mujer

¹³⁹ Una propuesta *de lege ferenda* acorde con estos principios puede encontrarse en Múrtula Lafuente (2021: 348-372).

¹⁴⁰ Si bien es verdad, como pone de manifiesto Quicios Molina (2021 b: 285-286): «que un hombre dé a luz en nuestro país es una situación real y no un oxímoron porque la regulación de la transexualidad lo permite», en la medida en que puede conservar el aparato reproductor que le permite gestar, el parto sería en estos casos igualmente el título de determinación de la filiación jurídica. Además, no hay duda que quien da a luz es biológicamente la madre, con independencia del género que tenga. Por otro lado, según la autora citada (2021 b: 293-294) no se les debería impedir el acceso a las técnicas de reproducción asistida con fines reproductivos a las personas que biológicamente pueden ser madres, pues hacerlo puede suponer un trato discriminatorio por razón de sexo, vetado por el art. 14 CE. Y ello aunque este reconocimiento no se haya producido expresamente en el Anteproyecto finalmente informado por el Consejo de Gobierno, de 29 de junio de 2021, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

gestante, la solución más fácil y por la que han optado todas las propuestas de regulación realizadas en nuestro país sería la primera. Esto es, determinar la filiación del menor sobre la base del proyecto reproductivo común plasmado inicialmente en el contrato de gestación por sustitución y que el consentimiento prestado por la gestante sea irrevocable, en la medida en la que cabe entender que está gestando el hijo de otro(s).

No obstante, creo que habría que tener en cuenta -como se ha afirmado- que la gestación por sustitución no es una técnica de reproducción asistida más, pues exige la participación de una mujer en el proyecto reproductivo de otras personas¹⁴¹. Esta participación debería tener como base un consentimiento libre, voluntario, *pleno* e informado de la gestante, donde, además, se articulen mecanismos de control público para garantizarlo¹⁴², como también señalan los Principios de Verona (Principio 7)¹⁴³.

La persona que está dispuesta a pasar por un embarazo, un parto y todos los riesgos inherentes a los mismos, consiente inicialmente porque comparte y quiere ayudar a que se realice el deseo de tener un hijo de los padres comitentes (particularmente cuando hablamos de una gestación gratuita)¹⁴⁴. Pero, este consentimiento no puede ser pleno hasta que no ha finalizado todo el proceso de gestación y alumbramiento del niño.

La realización de un previo contrato gestacional antes de iniciar cualquier técnica de reproducción asistida, es una necesidad que se contempla en todas las regulaciones abordadas en este trabajo. Como todo acuerdo, estaría sujeto a las reglas generales de los contratos. Así, habrá que tener en cuenta, por un lado, que la falta de información sobre todo el proceso, sus consecuencias o el error en las condiciones personales de los padres comitentes pueden viciar el consentimiento inicial de la gestante. Para evitarlo, una futura regulación legal tendría que ser especialmente escrupulosa a la hora de prever un suficiente asesoramiento legal, médico y psicológico de ambas partes, así como una adecuada selección de los candidatos a ser partes de este contrato¹⁴⁵.

¹⁴¹ Casado y Navarro-Michel (2019: 32).

¹⁴² En este sentido, Farnós Amorós (2020: 115), García y Herrero (2018: 85-86), Múrtula Lafuente (2021: 362).

¹⁴³ Así, la madre subrogada debe estar en condiciones de tomar decisiones independientes, informadas y libres de explotación y coerción (7.1). Por lo que deberán establecerse y garantizarse condiciones que permitan a la madre subrogada ejercer su autodeterminación (7.2).

¹⁴⁴ De hecho, el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños señala en esta dirección, manteniendo que, de aceptarse la gestación subrogada, esta no podría tener un carácter comercial (apdos. 24, 35 y 67: 8, 12 y 18). Y en el mismo sentido van los Principios de Verona (P.14.5).

¹⁴⁵ Sobre este tema *vid.* Múrtula Lafuente (2021: 338-341). También es un aspecto sobre el que inciden los Principios de Verona (P.5 entre otros).

Por otro lado, aunque no concurren de inicio causas que puedan afectar a la validez del consentimiento de la gestante, hay que tener en cuenta que estamos ante un contrato de tracto sucesivo, donde hay una asimetría de riesgos (son mayores los que corre la gestante que los padres comitentes, llegando incluso hasta poderle causar su muerte)¹⁴⁶ y, además, pueden concurrir circunstancias que alteren el consentimiento inicialmente prestado. Como recoge el TC luso en su sentencia n.º 225/2018, de 24 de abril, las características propias del embarazo (en cuanto fenómeno biológico, psicológico y potencialmente afectivo de carácter dinámico e imprevisible), condicionan de forma decisiva la posibilidad de una comprensión cabal de todo el proceso por parte de la mujer, por lo que el consentimiento que presta al principio puede cambiar (FJ 43). La consecuencia lógica de todo ello, siguiendo al TC portugués, es la posibilidad de poder revocar el consentimiento inicialmente prestado por parte de la mujer gestante después del parto, atendiendo al principio de dignidad de la persona humana y al derecho que tiene la propia gestante a conformar su propia familia (FJ 46 *in fine*). Como ha acabado reconociendo finalmente el legislador portugués en la Ley n.º 242/2021 (art. 8.10 LPMA)¹⁴⁷.

Ahondando en los razonamientos del TC luso, hay que tener en cuenta que desde un punto de vista médico no se puede ignorar que, pese a que haya una distancia emocional entre la gestante y el feto en los casos de gestación por sustitución, durante el embarazo y el parto existe una dependencia física entre ellos. La mujer experimenta una serie de cambios cerebrales neuroquímicos, morfológicos y funcionales, que permiten crear un vínculo y un proceso de apego entre ella y el niño que está gestando¹⁴⁸. En otras palabras, «la gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes»¹⁴⁹. En la mujer gestante, porque guarda en su cuerpo memoria de cada embarazo, al incorporar células madre procedentes

¹⁴⁶ En el escrito presentado en agosto de 2017 por una quincena de académicos feministas a la Corte Suprema de Estados Unidos en defensa del caso de Melissa Cook, se reportan una serie de casos de mujeres gestantes que han muerto como consecuencia de los partos o sufrido graves enfermedades. El primero de ellos es de una gestante, Brooke Lee Brown, de 34 años, que murió en octubre de 2015 mientras estaba embarazada de dos gemelas de padres comitentes españoles. Disponible en: https://www.thecassidyfirm.com/global_pictures/Feminists_Amicus_Brief.pdf. (21.12.2021).

¹⁴⁷ Una parte de la doctrina española, sin embargo, defiende la irrevocabilidad del consentimiento de la mujer gestante para dar certeza a estas situaciones, entendiendo que la misma se debe de desvincular del feto que está creciendo en su interior. En este sentido, Belinchón Romo (2019: 190-191) y Vela Sánchez (2015: 34).

¹⁴⁸ Según pone de manifiesto Fernández Andújar (2019: 374, 377, 380, 387 y 393).

¹⁴⁹ Comité de Bioética de España (2017: 12).

de la sangre de los que ha gestado y aumentar su progesterona (lo que actúa como un importante regulador de la morfología neuronal y de la arquitectura del cerebro)¹⁵⁰. En el niño, porque no es ajeno a la voz, el sabor y el cuerpo de la madre¹⁵¹.

Por tales razones, en el hipotético caso de que se regulara el contrato de gestación por sustitución en España, en mi opinión, este no podría ser, en línea de principios, de cumplimiento forzoso en contra de la voluntad de la mujer gestante¹⁵², siguiendo en este punto también a los Principios de Verona (6.2) y al informe de la Relatora de la ONU (apdo. 75), pero sí debería ser vinculante para los padres intencionales una vez que ha tenido éxito la fecundación *in vitro*¹⁵³. Dicho de otro modo, la mujer gestante debería tener derecho a poder revocar su consentimiento durante las distintas fases del procedimiento: antes de que se hubiera producido la transferencia embrionaria (conforme se desprende del art. 3.5 LTRHA)¹⁵⁴; durante el embarazo, si concurre alguna causa legal para ejercer su derecho al aborto (de acuerdo a la LO 2/2010), sin que se puedan establecer penalizaciones a su ejercicio¹⁵⁵; y cuando nazca el menor, debería poder ratificar el

¹⁵⁰ Como apunta también Marrades Puig (2017: 168), hay estudios que demuestran que a través del embarazo se transmite carga genética, pues se ha identificado una molécula específica del líquido endometrial que es capaz de reprogramar genéticamente al embrión.

¹⁵¹ Comité de Bioética de España (2017: 13-14).

¹⁵² En esta misma dirección, el Informe del Consejo General de Derechos Humanos de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre venta y explotación sexual de niños (2018: 20) señala que la entrega del niño a los padres de intención después de su nacimiento debería ser un acto libre de la madre gestante, sin que esté sujeta a ninguna obligación contractual o legal.

¹⁵³ En orden a evitar casos como el de *Baby Gammy*, donde la gestante (de nacionalidad tailandesa) queda embarazada de mellizos y uno de ellos, el niño, tiene Síndrome de Down. La pareja comitente (de origen australiano) le pidió a la madre subrogada que abortara, pero ella se negó debido a los riesgos que entrañaba para su salud y la del otro feto, y por considerarlo inmoral. Por lo que dio a luz en diciembre de 2013 a los mellizos (un niño llamado Gammy y una niña, Pipah). Al final la pareja australiana solo quiso hacerse cargo de la niña y regresó a su país dejando a la mujer gestante a cargo de Gammy. Esta última interpuso sin éxito una demanda solicitando el regreso de la niña a Tailandia. Al parecer, el padre comitente había estado preso por abusos sexuales a menores en 1990. El clamor internacional que provocó este asunto hizo que el gobierno tailandés iniciara un proceso de redacción de una nueva ley que pusiera fin a la gestación subrogada comercial. Noticia disponible en: https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140810_ulnot_australia_bebe_down_wbm y <https://www.theguardian.com/world/2014/aug/10/baby-gammy-parents-interview-aborted-downs-syndrome-australia> (21.12.2021).

Los Principios de Verona admiten que no se debería obligar a la madre subrogada ni a los padres intencionales a mantener una responsabilidad parental no querida, pues es generalmente contraria al interés del menor. Sin embargo, los Estados pueden exigir a los padres comitentes que tengan un cierto grado de responsabilidad económica, incluso en ausencia de la determinación legal u otro ejercicio de responsabilidad parental a su favor; o prever por adelantado la manutención del niño durante un periodo razonable en el acuerdo gestacional (Principio 10.12).

¹⁵⁴ De acuerdo con el art. 3.5 LTRHA «La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse».

¹⁵⁵ Farnós Amorós (2021: 179), reconoce, sin embargo, el derecho de reembolso de los gastos en que la parte cumplidora haya podido incurrir.

consentimiento prestado inicialmente para que este fuera pleno¹⁵⁶, como también se recoge en los Principios de Verona (Principio 10 apdos. 4,5 y 6).

Por consiguiente, la relación de filiación entre el bebé y la parte comitente se podría establecer una vez que la gestante haya ratificado el consentimiento que prestó al principio en el contrato gestacional debidamente autorizado (por un juez) y con carácter previo a cualquier tratamiento. Si el legislador quiere dar relevancia a la voluntad procreacional plasmada en el contrato gestacional como título de determinación de la filiación, como se hace en las propuestas de regulación analizadas y en las legislaciones de algunos países, esta filiación debería quedar condicionada a la no revocación del consentimiento de la gestante después del parto.

En mi opinión, si se quiere mantener el principio de que la maternidad legal venga determinada por el parto¹⁵⁷, la ratificación del consentimiento de la gestante se debería producir dentro de las primeras semanas desde que dio a luz (entre la sexta y la ochava semana, por ser coherentes con el plazo de al menos seis semanas que exige el art. 177.2 CC para el asentimiento de la madre en la adopción del recién nacido) y ante el encargado del Registro Civil, en orden a evitar la demora de los procedimientos judiciales que dilatan todo el proceso, como hemos visto que ocurre en Reino Unido. Supondría la renuncia a los derechos derivados de la filiación que le pudieran corresponder a la madre gestante¹⁵⁸, aunque no tuviera ninguna vinculación genética con el bebé.

¹⁵⁶ En este mismo sentido, entre otros, *vid.* Casado y Navarro-Michel (2019: 40); García y Herrero (2018: 86); González Carrasco (2017: 123-124); Jorqui Azofra (2020: 417); y Salazar Benítez (2018: 237-239). Farnós Amorós (2020: 122), mantiene que no cualquier cambio de opinión justifica la anulación del acuerdo, sino que solo sería aquel que estuviera basado en una alteración relevante de las circunstancias, pues: «las inversiones emocionales, físicas y económicas puestas en el mismo justifican que este deba ser, con carácter general ejecutado»; y Vaquero Pinto (2018: 261), dentro de su postura contraria a esta figura, afirma que las propuestas de regulación no pueden prescindir de la posibilidad de que la mujer revoque su consentimiento en cualquier momento hasta la entrega del niño.

¹⁵⁷ Advierte a este respecto Vaquero Pinto (2018: 231) que este principio se ha mantenido incluso cuando las técnicas de reproducción asistida han posibilitado la utilización de material reproductor donado (arts. 5 y 11.4 LTRHA), dando preferencia al elemento fisiológico o gestacional respecto del puramente genético (arts. 7.1. LTRHA y 44.3 LRC), por la estrecha relación que existe entre el feto y la madre durante los nueve meses de embarazo, de acuerdo con la EM de la Ley 35/1988.

¹⁵⁸ Observa Quicios Molina (2021 a: 196), que la nueva regla introducida en el art. 44.4.II de la LRC de 2011 por la Ley 19/2015, de 13 de julio, sobre el acceso restringido a los datos sobre la maternidad, cuando la madre renuncia a ejercer los derechos derivados de la maternidad, puede facilitar el acceso al RC de la filiación querida, en un contrato de gestación por sustitución, si se interpreta por los encargados del RC que los motivos fundados que permiten tal renuncia concurren en el caso, sin necesidad de que el niño sea declarado en situación de desamparo.

En el caso de que se pretenda determinar la filiación del menor en virtud del contrato gestacional a favor de la parte comitente, la inscripción de la filiación de ese niño debería quedar condicionada a la no revocación del consentimiento de la gestante en el plazo que marque la ley. Hablaríamos, por tanto, de una filiación sujeta a una condición suspensiva o resolutoria (en función de cómo se configure), dependiente de la no revocación del consentimiento de la gestante en el plazo que legalmente se determine.

En caso de discrepancia, porque la madre gestante optara finalmente por quedarse con el bebé, los jueces serían los encargados de decidir la filiación de ese menor, como resulta de las jurisdicciones que han regulado la materia. En el supuesto de que fuera beneficioso para el menor, cabría la posibilidad de compartir responsabilidades parentales¹⁵⁹. Entre los criterios a ponderar por jueces y tribunales estarían el proyecto reproductivo inicial, las causas que justifiquen el cambio de parecer de la mujer gestante, la existencia o no de un vínculo genético con la parte comitente y sobre todo el interés superior del menor (art. 2 LOPJM).

Evidentemente, no será la misma situación aquella donde el embrión esté formado por los gametos de ambos padres comitentes o al menos de uno de ellos [lo que exige el art. 3.c) PLDGS y punto 4 Propuesta-SEF], y entre en juego el principio de verdad biológica, que cuando el embrión transferido sea de donantes, pues en este último caso la voluntad de la mujer gestante contraria a renunciar a la filiación del menor debería tener más peso¹⁶⁰.

La experiencia de otros países nos muestra que son excepcionales los casos donde la gestante no ha querido renunciar a la filiación del niño nacido por esta técnica y cuando lo ha hecho, generalmente ha tenido motivos para ello porque la parte comitente no reunía las condiciones adecuadas de paternidad (como hemos podido ver en anteriores líneas)¹⁶¹. Con el reconocimiento legal del derecho a revocar el consentimiento por parte de la

¹⁵⁹ El Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños (2018: 20), afirma que, si la mujer gestante optara por conservar la patria potestad y la responsabilidad paterna, podría estar obligada a compartirlas con los que quieran ser progenitores del niño. Esta obligación podría establecerse bien mediante la previsión de una norma *ad hoc*, bien a través del correspondiente ejercicio de las acciones de filiación (cuando existan vínculos genéticos). Creo que esta solución resultaría adecuada en los casos en los que la mujer gestante y los padres comitentes se hallen en una situación de poder compartir estas responsabilidades parentales y ello fuera conforme al prevalente interés del menor (art. 2 LOPJM).

¹⁶⁰ Como afirma Díaz Martínez (2021: 177) desde otro punto de vista (el de la doble maternidad), «cuesta creer que el elemento genético, sumado a la constancia del consentimiento procreacional, no haya de tener ningún peso en los tribunales ante una hipotética acción judicial de reclamación ejercida por la mujer que, no habiendo gestado al menor, sí aportó sus ovocitos para la fecundación de su esposa».

¹⁶¹ El caso de Melissa Cook y Baby Gammy son ejemplos de ello.

gestante, si algún día se regulara esta materia en España, se encontraría un equilibrio entre la dignidad y la libertad personal de la mujer que está dispuesta a gestar para otros y la voluntad de las partes que realizan el contrato de gestación por sustitución¹⁶².

Bibliografía

ALBERT MÁRQUEZ, M. (2017): «La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución», *Cuadernos de Bioética*, vol. 28, n.º 93, 2017/2.^a, pp. 177-197.

BARBER CÁRCAMO, R. (2013): «La “legalización administrativa” de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», *RCDI*, n.º 739, pp. 2905-2950

BELINCHÓN ROMO, M. R. (2019): «Gestación subrogada: especial referencia a la situación y a la voluntad de la mujer para prestar el consentimiento en el contrato de gestar para otro» en LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.); GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (coord.) *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, Madrid, pp. 167-193.

BRUNET, L.; CARRUTHERS, J.; DAVAKI, K.; KING, D.; MARZO, C.; MCCANDLESS, J. (2013): *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, Policy Department, European Parliament, Brussels, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf). (21.12.2021).

CAHN, N. y CARBONE, J. (2019): «Surrogacy in the United States of America», en SCHERPE, J. M.; FENTON-GLYNN, C.; KAAAN, T. (eds.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, pp. 307-328.

¹⁶² Me comentaba mi compañero Pedro Femenía, al que agradezco enormemente las charlas tan enriquecedoras que hemos tenido sobre este tema, que estas situaciones de disputa le recordaban al juicio de Salomón recogido en el Antiguo Testamento (I Reyes 3: 16-28), donde el Rey tiene que decir entre dos mujeres a cuál de ellas le corresponde la verdadera maternidad de un niño. Cuando el monarca ordenó a uno de sus hombres que partiera al niño por la mitad, la verdadera madre prefirió que se lo entregaran a la otra con tal de salvarle la vida. Esta difícil situación me hace pensar que una verdadera madre busca lo mejor para su hijo. Si inicialmente compartió un proyecto reproductivo con otras personas para ese niño, que luego resulta no ser compartido porque hay razones para ello, su voluntad debe ser tenida en cuenta, si es que realmente no se la quiere convertir en una mera portadora del niño de otro(s).

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCO GONZÁLEZ, J. (2015): «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, n.º 2 (octubre), pp. 45-113.

CASADO, M. y NAVARRO-MICHEL, M. (2019): *Documento sobre gestación por sustitución*, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestacion-sustitucion.pdf (21.12.2021).

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 16 de mayo de 2017. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf (21.12.2021).

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS) (2018), *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, <https://undocs.org/es/A/HRC/37/60> (21.12.2021).

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2021): «Reproducción asistida y acciones judiciales de filiación: una controvertida relación. Especial consideración de la doble maternidad, con o sin intervención de centros sanitarios autorizados», en BUSTOS MORENO, Y. y MÚRTULA LAFUENTE, V. (Coords.) *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, pp. 157-196.

DÍAZ ROMERO, M.ª R. (2018): *Autonomía de la voluntad y contrato de gestación subrogada: efectos jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor.

DRUZENKO, G. (2013): «Ukraine», en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (eds.) *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford and Portland-Oregon, pp. 357-365.

DURÁN AYAGO, A. (2020): «Los trabajos en el seno de la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre gestación por sustitución», *RGDC*, n.º 31, pp. 1-51.

EMILIANIDES, A. (2019): *Family and Succession Law in Cyprus*, Kluwer Law International, Países Bajos.

FARNÓS AMORÓS, E. (2020): «Entre prohibir y permitir, ¿qué es más feminista? Un análisis de la gestación por sustitución desde la perspectiva de las mujeres gestantes», en BENAVENTE MOREDA, P. (coord.) *Mujeres y Derechos. Una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género*, Marcial Pons, Madrid, pp. 95-130.

FARNÓS AMORÓS, E. (2021): «Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución», en CARRIO SAMPEDRO, A. (ed.) *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Marcial Pons, Madrid, pp. 131-186.

FEMENÍA LÓPEZ, P. J. (2021): «El derecho a conocer el origen biológico por parte de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida: alcance, contenido y límites», en BUSTOS MORENO, Y. y MÚRTULA LAFUENTE, V. (Coords.) *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, pp. 197-241.

FENTON-GLYNN, C. (2019): «Surrogacy in England and Wales», en SCHERPE, J. M.; FENTON-GLYNN, C.; KAAAN, T. (eds.) *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, pp. 115-143.

FENTON-GLYNN, C. y SCHERPE, J. M. (2019): «Surrogacy in a Globalised World. Comparative Analysis and Thoughts on Regulation», en SCHERPE, J. M.; FENTON-GLYNN, C.; KAAAN, T. (eds.) *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, pp. 515-592.

FERNÁNDEZ ANDÚJAR, M. (2019): «Psicobiología y neurociencia del embarazo y la maternidad: bases de la conducta maternal y el apego», en LUCAS ESTEVE, A. (ed.) *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 373-397.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2019): *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista?*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. (2020): «Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania», *Revista de Derecho UNED*, n.º 26, pp. 153-194.

FLORES RODRÍGUEZ, J. (2014): «El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia», *La Ley - Derecho de familia*, 18 de noviembre de 2014.

FLORES RODRÍGUEZ, J. (2019): «Convenio gestacional internacional y filiación transfronteriza: el modelo de los países del Este de Europa», *Actualidad Civil*, n.º 1/2020.

GARCÍA RUBIO, M. P. y HERRERO OVIEDO, M. (2018): «Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas», *ACFS*, n.º 52, pp. 67-89.

GLOBAL LEGAL RESEARCH CENTER (2012): «Israel: Reproduction and Abortion: Law and Policy», *The Law Library of Congress*. <https://www.loc.gov/law/help/il-reproduction-and-abortion/israel-reproduction-and-abortion.pdf>. (21.12.2021).

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2020): «Incertidumbres y algunas certezas sobre la gestación subrogada en Portugal: descripción normativa y respuestas jurisprudenciales», *RGDC*, n.º 31, pp. 1-41.

GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C. (2017): «Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?», *Revista CESCO*, n.º 22, pp. 117-131.

HARDING, M. (2013): «Ireland», en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (eds.) *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford and Portland-Oregon, pp. 219-230.

INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE (SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL) (2021), *Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona principles)*, Geneva, Switzerland, https://www.iss-si.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf (14.4.2022).

JONES, H. (2019): «Contracts for Children: Constitutional Challenges to Surrogacy Contracts and Selective Reduction Clauses», *Hastings Law Journal*, vol. 70 (febrero), pp. 595-620.

JORQUI AZOFRA, M. (2020): «La difícil conciliación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico con los derechos fundamentales involucrados», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 37, pp. 381-426

KEYES, M. (2019): «Surrogacy in Australia», en SCHERPE, J. M.; FENTON-GLYNN, C.; KAAAN, T. (eds.) *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, pp. 85-114.

KHAZOVA, O. (2019): «Surrogacy in Russia», en SCHERPE, J. M.; FENTON-GLYNN, C.; KAAAN, T. (eds.) *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, pp. 281-306.

LAMM, E. (2013): *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Barcelona.

LAZCOZ MORATINOS, G. (2018): «Acerca de la constitucionalidad o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués», *Dilemata*, n.º 28, pp. 137-151.

MARRADES PUIG, A. (2017): «El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos», *REDF*, n.º 30, pp. 153-177.

MÚRTULA LAFUENTE, V. (2021): «El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante», en BUSTOS MORENO, Y. y MÚRTULA LAFUENTE, V. (coords.) *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, pp. 319-377.

MÚRTULA LAFUENTE, V. (2022): «La determinación de la filiación “contra legem” del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor», *AJI*, Extra 16 (en preparación).

OCHOA RUIZ, N. (2021): «Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia, demanda n.º 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9/2021.

PALACIOS, M. (2019): «Gestación de sustitución (1984-2019)», en LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.); GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (coord.) *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, Madrid, pp. 3-24.

QUICIOS MOLINA, S. (2021 a): «La respuesta de los ordenamientos jurídicos, que prohíben la gestación por sustitución, a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero: El caso español», en GONZÁLEZ MARTÍN, N. (ed.) *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez: Perspectivas de derecho comparado*, UNAM, México, pp. 175-208.

QUICIOS MOLINA, S. (2021 b): «Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado... e interés

superior del menor», en BUSTOS MORENO, Y. y MÚRTULA LAFUENTE, V. (coords.) *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Dykinson, Madrid, pp. 277-317.

REYES LÓPEZ, M.J. (2019): «El contrato de gestación subrogada en algunos países fuera de la Unión Europea», en LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.); GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (coord.) *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, Madrid, pp. 130-165.

SALAZAR BENÍTEZ, O. (2018): *La gestación para otros: Una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Dykinson, Madrid.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.^a E. (2020): «La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución», *InDret*, n.º 4, pp. 116-146.

SHAKARGY, S. (2013): «Israel», en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (eds.) *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford and Portland-Oregon, pp. 231-246.

SCHUZ, R. (2019): «Surrogacy in Israel», en SCHERPE, J. M.; FENTON-GLYNN, C.; KAAAN, T. (eds.) *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, pp. 165-184.

VAQUERO PINTO, M.^a J. (2018): «¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?», en BARBER CÁRCAMO, R.; QUICIOS MOLINA, S.; VERDERA SERVER, R. (coords.) *Retos actuales de la filiación*, Asociación de Profesores de Derecho civil, Tecnos, Madrid, pp. 229-268.

VELA SÁNCHEZ, A. J. (2015): *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Reus, Madrid.

VELA SÁNCHEZ, A. J. (2018 a): «Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (I). A propósito de la STC portugués n.º 225/2018, de 24 de abril», *Diario La Ley*, n.º 9237, 12 de julio de 2018.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: (2018 b): «Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación

por sustitución (y II). A propósito de la STC portugués n.º 225/2018, de 24 de abril», *Diario La Ley*, n.º 9250, 3 de septiembre de 2018.

VILAR GONZÁLEZ, S. (2018): *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, Madrid.

ZERVOGIANNI, E. (2019): «Surrogacy in Greece», en SCHERPE, J. M.; FENTON-GLYNN, C.; KAAAN, T. (eds.) *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, pp. 147-164.

Relación jurisprudencial

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH, Secc. 5.ª, 26 junio 2014, *caso Menneson contra Francia* (JUR 2014, 176908).

STEDH, Secc. 5.ª, 26 junio 2014, *caso Labassee contra Francia* (JUR 2014, 176905).

STEDH, Secc. 2.ª, 8 julio 2014, *caso D. y otros contra Bélgica* (HUDOC 29176, 13).

STEDH, Secc. 5.ª, 21 julio 2016, *caso Foulon y Bouvet contra Francia* (TEDH 2016, 61).

STEDH, Secc. 5.ª, 19 enero 2017, *caso Laborie contra Francia* (JUR 2017, 14349).

STEDH, Gran Sala, 24 enero 2017, *caso Paradiso y Campanelli* (JUR 2017, 25806).

STEDH, Secc. 5.ª, 16 julio 2020, *caso D. contra Francia* (JUR 2020, 214195).

STEDH, Secc. 3.ª, 18 mayo 2021, *caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia* (JUR 2021, 157056).

Tribunal Supremo

STS 277/2022, 31 marzo 2022 (RJ 2022, 1190)

STS (Pleno) 835/2013, 6 febrero 2014 (RJ 2014, 833).

ATS (Pleno) 2 febrero 2015 (RJ 2015, 141).

STS (Pleno) 881/2016, 25 octubre 2016 (RJ 2016, 6167).

STS (Pleno) 953/2016, 16 noviembre 2016 (RJ 2016, 6152).

STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª), 1002/2017. 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 5889).

STS (Sala de lo Social, Sección 1.^a), 1005/2017. 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 6015).

STS (Sala de lo Social, Sección 1.^a), 277/2018. 13 marzo 2018 (RJ 2018, 1518).

STS (Sala de lo Social, Sección 1.^a), 347/2018. 22 marzo 2018 (RJ 2018, 1414).

STS (Pleno) 277/2022. 31 marzo 2022 (JUR 2022, 119236).

Audiencias Provinciales

SAP Valencia, Secc.10.^a, 826/2011, 23 noviembre 2011 (AC 2011, 1561).

SAP Barcelona, Secc. 1.^a, 618/2019, 28 noviembre 2019 (JUR 335488).

SAP Madrid, Secc. 22.^a, 947/2020, 1 diciembre 2020 (JUR 2021, 55934).

AAP Barcelona, Secc. 18.^a, 104/2021, 17 marzo 2021 (JUR 2021, 169793).

SAP Barcelona, Secc. 12.^a, 220/2021, 6 abril 2021 (JUR 2021, 192738).

SAP Islas Baleares, Secc. 4.^a, 207/2021, 27 abril 2021 (JUR 2021, 163294).

Juzgados de Primera Instancia

SJPI n.º 15 Valencia 15 septiembre 2010 (AC 2010, 1707).

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (II): ENERO-ABRIL 2022

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE
Letrado del Gabinete técnico del Tribunal Supremo, *Civil*
Catedrático de Derecho Civil (en excedencia)

Cómo citar / Citation

García Vicente, J. R. (2022).
Cuadernos de Derecho Privado, 2, pp. 191-210
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.21>
(Recepción: 15/04/2022; aceptación: 27/04/2022; publicación: 30/04/2022)

Resumen

Crónica seleccionada por el autor de tres sentencias de Pleno de la sala primera del Tribunal Supremo. Por una parte, las SSTS 866/2021, de 15 de diciembre y 869/2021, de 17 de diciembre, ambas referidas al alcance de la función calificadora del registrador de la propiedad respecto al decreto de adjudicación a favor del ejecutante de la vivienda habitual del deudor dictado al amparo del artículo 671 LEC en una subasta sin postores. Por otra, la STS 277/2022, de 31 de marzo, referida a la gestación por subrogación y modo de determinación de la filiación materna de la comitente. Junto a las sentencias de Pleno se da cuenta de un conjunto de sentencias sobre distintas materias dictadas por la Sala Primera en el periodo enero-abril 2022: entre otras, eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, contrato de seguro, grupos de sociedades, alcance del art. 400 LEC, o régimen concursal del hipotecante no deudor.

Palabras clave

Calificación por el registrador de la propiedad; gestación por subrogación, eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, contrato de seguro, grupos de sociedades, régimen concursal del hipotecante no deudor.

Abstract

Chronicle selected by the author of three plenary sentences of the first chamber of the Spanish Supreme Court: SSTS 866/2021, of December 15 and 869/2021, of December 17, both referring to the scope of the qualifying function of the property registrar regarding the award resolution to the executor of the habitual residence of the debtor issued under article 671 LEC in an auction without bidders. STS 277/2022, of March 31, referring to gestation by surrogacy and method of determining the mother's affiliation of the principal. Together with the plenary sentences, a set of sentences on different matters issued by the First Chamber in the period January-April 2022 are reported: enforceability between private individuals of fundamental rights, insurance contract, groups of companies, scope of art. 400 LEC, or insolvency regime of the non-debtor mortgagor.

Keywords

Qualification by the property registrar; gestation by subrogation; enforceability between private individuals of fundamental rights; insurance contract; groups of companies; insolvency regime of the non-debtor mortgagor.

1.- Las sentencias de Pleno que examinaremos en esta *Crónica* son las siguientes: en primer lugar, las sentencias [866/2021, de 15 de diciembre](#) (Pedro J. Vela Torres) y [869/2021, de 17 de diciembre](#) (Ignacio Sancho Gargallo), ambas relativas al alcance de la función calificadora del Registrador de la propiedad respecto al decreto de adjudicación a favor del ejecutante de la vivienda habitual del deudor dictado al amparo del artículo 671 LEC en una subasta sin postores. Ambas sentencias tienen un contenido semejante respecto a la interpretación del art. 671 LEC. Las dos cuentan con el voto particular discrepante de Juan María Díaz Fraile (*sub* 3).

En segundo lugar, la sentencia [277/2022, de 31 de marzo](#) (Rafael Sarazá Jimena) sobre gestación por sustitución, o maternidad subrogada, sentencia que, a la vista del caudal de controversias de política jurídica e interpretaciones constitucionales con que contábamos, será un acicate para renovados comentarios críticos y, tal vez, para afrontar la lucha efectiva contra los hechos consumados y la burla a las prohibiciones legales, *sub* 4. Según el precioso *Diccionario fraseológico documentado del español actual. Locuciones y modismos españoles*, de Manuel Seco, Olimpia Andrés y Gabino Ramos, Aguilar, 2004, “hecho consumado” significa “acción que se ha llevado a cabo adelantándose a un posible impedimento u obstáculo” (véase, para otro caso de gestación subrogada, la [STEDH 7 de abril de 2022, A.L. contra Francia](#), apartados 54 y 68).

Cabe mencionar respecto a esta última cuestión la sentencia [45/2022, de 27 de enero](#) (M^a de los Ángeles Parra Lucán) sobre reclamación de filiación materna por mujer que fuera pareja y luego esposa de la madre por naturaleza, sentencia en la que el Tribunal reclama que se revise y perfeccione el Derecho de la filiación vigente. Así dice en el fundamento de derecho 4.º

“En espera de una necesaria revisión de conjunto del sistema de filiación que encaje de manera adecuada la derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, tanto por lo que se refiere a la determinación extrajudicial como a las acciones judiciales de reclamación e impugnación, para resolver el recurso debemos estar

a la deficiente regulación vigente y a la jurisprudencia de la sala adaptada a las circunstancias del presente caso”.

Y en el fundamento de derecho 5.º apartado 5, formula una premisa que en otro momento resultaría superflua pero que es una llamada inequívoca al principio de legalidad -véase, Francisco J. Laporta San Miguel: *El imperio de la ley*, Trotta, 2007- y al reparto escrupuloso de tareas según la legitimidad de cada cual:

“El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo)”.

2.- Junto a estas hay alguna otra sentencia que reviste interés. Me permito recordar que la página *web* del Consejo General del Poder Judicial (poderjudicial.es) reproduce los resúmenes de las sentencias de la Sala Primera, en sus dos secciones y del Pleno, resúmenes que nos anticipan las sentencias que después incorpora la base de datos del Cendoj y que con tanta mesura elabora el letrado Don Agustín Pardillo. Así, en esta *Crónica*, querría mencionar las siguientes.

(i) La [sentencia 925/2021, de 23 de diciembre](#) (Juan María Díaz Fraile) desarrolla una faceta de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, en concreto, respecto al acceso a hermandades o cofradías para la Semana Santa -en el caso, la demandada es la asociación religiosa [Pontificia, Real y Venerable Esclavitud del Santísimo Cristo de La Laguna](#), San Cristóbal de La Laguna-.

El asunto principal es este: si la exclusión de la actora a la que se le negaba la posibilidad de ser aspirante a cofrade en los estatutos, infringe o no la prohibición de discriminación por razón de sexo contemplada en el artículo 14 de la Constitución. En el fundamento de derecho 6.º, apartado 2.1, señala la controversia principal:

Se “produce un conflicto entre el derecho de asociación en su dimensión autoorganizativa de la Esclavitud del Santísimo Cristo y el derecho de asociación en su

faceta *inter privatos* de la demandante, que considera que la proyección de aquel derecho en la configuración de los estatutos sociales infringe su derecho de asociarse por no respetar el principio de no discriminación por razón de sexo del art. 14 de la Constitución. A su vez, la demandada vincula su derecho de autoorganización al principio de libertad religiosa en su dimensión de autonomía organizativa”.

Los argumentos en que se funda para “estimar” el recurso y, por tanto, negar que los estatutos vulneren derecho fundamental alguno se recogen en el apartado 4 del mismo fundamento de derecho, del que destaco la delimitación de cuándo una asociación goza de posición de dominio -o monopolio- que es el supuesto en el que la libertad de decidir cómo organizarse puede ceder frente a la igualdad de los que aspiran a formar parte de esta, dada la imposibilidad material de obtener el fin que la asociación persigue fuera de esta. O, en suma, porque el excluido padece un perjuicio significativo en razón de la exclusión si pretendiera el logro de tal fin.

[8.^a] “Esta doctrina debe modularse en los casos de asociaciones privadas que ostenten una posición privilegiada o de dominio en el ámbito económico, social o profesional, en los que la decisión de la asociación de no admitir la incorporación de un socio puede generar en el afectado un perjuicio significativo y no justificado en dichos ámbitos, para lo que deben analizarse las circunstancias de cada caso, en relación con las actividades y finalidad de la asociación. En los precedentes de la jurisprudencia se ha vinculado esa condición “dominante” a supuestos como los siguientes:

(i) la actividad desarrollada por la asociación respondía a una concesión administrativa para la explotación económica en exclusividad de bienes de dominio público, por lo que la decisión de negar el ingreso se traducían en una discriminación laboral por razón de sexo (caso de la asociación de pescadores de El Palmar: STS 811/2001, de 8 de febrero [*sic*, es la [93/2001, de 8 de febrero](#), Ignacio Sierra Gil de la Cuesta] y ATC [254/2001, de 20 de septiembre](#));

(ii) la Administración pública participaba en la organización y/o financiación de las actividades de la asociación privada (caso del Alarde de Irún: SSTS Sala 3.^a [sección 7.^a] de [19 de septiembre de 2002 - rec. núm. 2241/1998](#));

(iii) la asociación pertenecía a la modalidad de cooperativa de viviendas, sujeta a su específico régimen legal, en la que la pérdida de la condición de asociado/cooperativista comportaba simultáneamente la pérdida del derecho de adjudicación de una vivienda, con el consiguiente perjuicio económico significativo para el afectado (STC [96/1994 \[de 21 de marzo\]](#)).”

Cuestión que trasladada al caso tiene el siguiente efecto:

[10.^a]: “Conforme a estos criterios jurisprudenciales no puede calificarse la asociación demandada como una asociación dominante.

Sus actividades y fines son estricta y exclusivamente religiosos (“promover entre sus asociados una vida cristiana más perfecta, el ejercicio de obras de piedad evangélica y el incremento de la devoción y culto a la Sagrada Imagen de Nuestro Señor Crucificado”). Ajenas por tanto a toda connotación económica, profesional o laboral. Sus manifestaciones públicas y festivas, traducidas en actos procesionales, tienen también un inequívoco carácter religioso, y se amparan en el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto (art. 16 CE), que incluye el derecho de toda persona a practicar actos de culto, conmemorar sus festividades religiosas, y reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos (arts. 1 y 2 LOLR). Además, a la vista de los hechos consignados en las actuaciones tampoco se aprecia una situación de “monopolio” o exclusividad en la organización de las actividades procesionales de la Semana Santa y otros actos de culto por parte de la Esclavitud del Santísimo Cristo, que es una más de las diversas Hermandades y Cofradías existentes con sede en San Cristóbal de la Laguna, Diócesis de Santa Cruz de Tenerife (agrupadas en la “Junta de Hermandades y Cofradías de San Cristóbal de La Laguna”), como tampoco existe impedimento canónico para poder promover la constitución de nuevas Hermandades, con los mismos fines espirituales y religiosos, integradas por hombres y mujeres o solo por mujeres, como afirma el Obispo Diocesano y resulta del propio Decreto del Arzobispado de Sevilla que invoca la demandante.”

(ii) La sentencia [913/2021, de 23 de diciembre](#) (Juan María Díaz Fraile; y que comenta [Alberto Díaz Moreno: GA-P. Análisis, febrero \[2022\]](#)) distingue entre tratos

preliminares y precontrato. Reproduce y condensa la doctrina sentada en la sentencia [60/2008, de 30 de enero](#) (Xavier O’Callaghan Muñoz), sentencia esta que tal vez no precisa cuándo las declaraciones son vinculantes *-rectius*, “cuándo hay promesa”- y cuándo son parte de la negociación o tratos que preceden al contrato y que se formulan, modifican y revierten en el ámbito de la libertad negocial.

En rigor, el problema es que no es posible rechazar el valor (o, si se prefiere, la eficacia obligatoria) de las declaraciones o afirmaciones que comprometen la conducta de otro -que deciden de modo irreversible su posición-, en particular cuando el que rechaza sus efectos es el propio declarante. Los efectos del arrepentimiento los soporta -debe soportarlos- el arrepentido y no quien confió o se condujo según lo afirmado por aquél.

(iii) La sentencia [1/2022, de 3 de enero](#) (José Luis Seoane Spiegelberg) nos recuerda la vigencia del Fuero de Baylío y la comunicación de bienes como gananciales en el momento de la celebración del matrimonio entre los esposos como rasgo que identifica el régimen económico matrimonial que regula.

En su fundamento de derecho 3.º recoge la doctrina sobre la cuestión de la competencia del Tribunal para resolver y los efectos de la estrategia errada del recurrente -que no deben ser corregidos, sino atribuidos a quien erró-:

“Hemos dicho, también, que es responsabilidad del recurrente la articulación de los concretos motivos a través de los cuales insta la casación de la sentencia de la Audiencia, “[...] asumiendo los riesgos de una posible incoherencia entre la fundamentación de la sentencia y la motivación de su recurso de casación”, como dijeron las sentencias 947/1999, de 16 de noviembre y, especialmente, la [68/2018, de 7 de febrero](#), así como los autos posteriores de esta sala de 23 de mayo de 2018, en recurso 731/2016; 23 de enero de 2019, en recurso 3322/2016 y 30 de enero de 2019, en recurso 383/2018.

De esta manera, en el [auto de 27 de marzo de 2019](#), en recurso 462/2018, señalamos que: “A la vista de lo expuesto, la Sala de lo Civil y Penal si apreció incoherencia entre la fundamentación de la sentencia, que aplicaba normas del CC y la motivación del recurso de casación, basado en la inaplicación de norma de

Derecho Civil catalán, debió inadmitir el recurso pero no declarar su incompetencia funcional toda vez que es el recurrente el que asume los riesgos de una incorrecta articulación del recurso”.

En este caso, no existe discusión alguna, relativa a que las partes se encuentran sometidas al Fuero de Baylío, que rige su régimen económico matrimonial, el cual es fundamento de las sentencias dictadas en primera y en segunda instancia.

Es más, en consideración a tal circunstancia, la sentencia de la Audiencia entiende que “[...] la aplicación del Fuero del Baylío, y con el mismo, de la obligada comunicación de los bienes como gananciales en el momento de la celebración del matrimonio, excluirán la aplicación de los preceptos que se citan infringidos por el recurrente: arts. 95, 1392.3, 1435.3 y 1443, todos del Código Civil, ni la jurisprudencia que se cita, por tanto, con independencia de los efectos de la reconciliación sobre la separación judicial en orden a los efectos de liquidación del régimen económico matrimonial”.

En el desarrollo del recurso señala, la parte recurrente, que el régimen de comunidad universal de bienes, que establece el Fuero de Baylío, se extingue con la sentencia de separación, sin que opere la reconciliación entre los cónyuges, quedando éstos sometidos al régimen de separación de bienes, durante la convivencia conyugal fruto de la reconciliación producida. No obstante, la Audiencia entiende, con antagónico criterio, que los preceptos de derecho común invocados por el recurrente no son aplicables en tales casos a los matrimonios regidos por dicho Fuero.

Es, por ello, que no cabe articular el recurso de casación sobre la base de unos preceptos que expresamente no constituyen el fundamento del fallo de la resolución recurrida dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz; pues como dice la precitada sentencia 68/2018, de 7 de febrero, que desestima el recurso de casación, la parte recurrente “[...] trae a colación una normativa y una jurisprudencia que no ha podido ser infringida porque no ha sido aplicada por la resolución recurrida” (ver fundamento de derecho cuarto) como *ratio decidendi* del fallo.

El verdadero problema jurídico es determinar los efectos, que produce la sentencia de separación judicial, cuando mantiene el vínculo conyugal, y la ulterior reconciliación entre los cónyuges, no bajo el régimen de gananciales (arts. 1392,3 en relación con los arts. 1435.3 y 1443 CC), sino con respecto al de comunicación de bienes que establece el Fuero de Baylío, que es la verdadera razón del fallo, y, por lo tanto, la infracción que debió ser alegada, propia de derecho foral.”

(iv) La sentencia [13/2022, de 12 de enero](#) (Pedro J. Vela Torres) afronta la modalidad de seguro de responsabilidad civil “por cuenta de quien corresponda” en el que se asegura a quien cumpla ciertas condiciones en relación con el vehículo industrial, en el caso una cosechadora. Así en el fundamento de derecho 5.º apartado 3, asegurado “era quien en cada caso condujera el vehículo industrial con autorización de su propietario, que no consta que no existiera. Es decir, el asegurado era el conductor de la máquina descrita en la póliza que resultara responsable civil por el manejo de dicha máquina”. Dedicó este fundamento al seguro por cuenta ajena que refiere el artículo 7 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, *de contrato de seguro*.

Una suerte de seguro *propter rem* en que se asegura una responsabilidad civil en la que su rasgo principal es qué vehículo maneja el asegurado (que sería el elemento que sirve para la determinación del asegurado “determinable”) y no cuáles sean las condiciones o circunstancias subjetivas de este.

La sentencia recoge en su fundamento de derecho 4.º la doctrina de la sala sobre la inmutabilidad de la acción directa del perjudicado y de las llamadas excepciones impropias: “es decir, las referidas a hechos relacionados con el contenido del contrato de seguro suscrito entre la compañía de seguros y el tomador, que producen daños en un tercero y quedan excluidos en la póliza o no se aseguran con las características con las que se produjo”.

(v) La sentencia [100/2022, de 7 de febrero](#) (Pedro J. Vela Torres) se pronuncia sobre la espinosa y tortuosa distinción entre cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo -al modo del *turbulentior, profundior & periculosior pelagus* del que hablara Charles Domoulin o Gaspare Caballino (1500-1566) en el *Tractatus dividui & individui*,

Venecia, 1576-, que parece sufrir una notable distancia conceptual con el régimen de las cláusulas abusivas, si bien solo *nominatim*.

Esta distinción se funda en un modo de control de incorporación posiblemente (insisto: posiblemente) incongruente con el régimen general de control de las condiciones generales de la contratación -sobre todo el control de contenido- y el significado de la exigencia de transparencia. En el caso se abordaba si estaba o no incluido en un seguro el riesgo de incapacidad permanente para el trabajo habitual o bien solo el caso de invalidez absoluta (véanse, para entender la diferencia, los arts. 193 y ss. del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la seguridad social*).

En el caso el esfuerzo de la aseguradora, que expone los riesgos cubiertos en la póliza bajo la rúbrica “¿Qué le cubre y qué no le cubre este seguro?”, permite sostener al Tribunal, una vez que califica la cláusula como de delimitación del riesgo, que

“la póliza se expresa en términos claros e incluso didácticos, porque explica de manera sencilla qué cubre y qué no y basta una lectura meramente comprensiva para interpretar que lo cubierto era la invalidez absoluta para toda clase de profesión” (fundamento de derecho 4.º apartado 4).

(vi) La sentencia [21/2022, de 17 de enero](#) (José Luis Seoane Spiegelberg) examina una cuestión procesal cuya importancia y dificultad a veces no se subraya con el énfasis que merece: el alcance de las reglas que establece el artículo 400 LEC -conectado, claro con el art. 222 LEC- sobre el agotamiento de las pretensiones y razones que se hicieron valer o pudieron hacerse valer -con el efecto de cosa juzgada- y la salvaguardia de la libertad de decidir qué y cómo ejercer los propios derechos cuando estos congregan distintas posibilidades.

Entresaco ahora alguno de sus pasajes respecto al art. 400 LEC. Así en el fundamento de derecho 2.º apartado 2.2 afirma:

“En la sentencia [531/2015, de 14 de octubre](#) [Ignacio Sancho Gargallo], explicamos la razón de dicha norma, al señalar que con ella, “[...] se pretende, por una parte, impedir que en [el] mismo proceso se altere la *causa petendi* con

alegaciones de hechos y fundamentos jurídicos distintos de los invocados en la demanda, con la consiguiente indefensión para el demandado que habrá articulado su contestación en relación con una determinada *causa petendi*. Y, por otra, impedir que, resuelto el primer pleito con desestimación de la demanda, el demandante pueda volver a formular la misma pretensión sobre la base de unos hechos o fundamentos jurídicos que, pudiendo haber sido invocados en el pleito inicial, no lo fueron”. De este modo, “[...] del texto del precepto (400 LEC) se desprende que no pueden ejercitarse posteriores acciones basadas en distintos hechos, fundamentos o títulos jurídicos cuando lo que se pide es lo mismo que se solicitó anteriormente y cuando tales fundamentos, fácticos y jurídicos, pudieron ser esgrimidos en la primera demanda” (sentencia núm. [768/2013, de 5 de diciembre](#) [Rafael Sarazá Jimena]). Teniendo en cuenta que esta regla no requiere la identidad estricta entre pedimentos, sino que basta su homogeneidad (sentencia núm. [671/2014, de 19 de noviembre](#) [Rafael Sarazá Jimena]).

Esto es, dicho en otras palabras, que la cosa juzgada abarca lo deducido y lo deducible (sentencias [588/2010, de 29 de septiembre](#) [Juan Antonio Xiol Ríos] y [313/2020, de 17 de junio](#) [José Luis Seoane Spiegelberg], entre otras).

Por su parte, la sentencia núm. [189/2011, de 30 marzo](#) [José Ramón Ferrándiz Gabriel], cuya doctrina reproduce la ulterior 671/2014, de 19 de noviembre, resume así los requisitos de aplicación del art. 400 LEC:

“Como se ha dicho, el artículo 400 persigue que el actor haga valer en el proceso todas las causas de pedir de la pretensión deducida. Por ello, el complejo supuesto que condiciona la aplicación de la sanción que el mismo establece se integra (a) por la realidad de dos demandas - sentencia 452/2010, de 7 de octubre-; (b) por ser diferentes las causas de pedir alegadas en ellas, lo que puede deberse tanto a que lo sean sus elementos fácticos –“diferentes hechos”-, como normativos –“distintos fundamentos o títulos jurídicos”-; (c) por haber podido ser alegada en la primera demanda la causa de pedir, en cualquiera de los aspectos de su doble vertiente, que fue reservada para el proceso ulterior –“resulten conocidos o puedan invocarse”-; y (d) por haberse pedido lo mismo en las dos demandas”.

En el caso, concluye la sentencia, no hay efecto de cosa juzgada -como pretendiera la aseguradora de responsabilidad civil del arquitecto- por lo siguiente:

“No son lo mismo los daños meramente ejecutivos, afectantes a la habitabilidad de las viviendas y buena ejecución en elementos comunes, que provocaron la demanda conjunta, además contra aparejadores y contratista en el pleito seguido en Algeciras [el primer procedimiento, que se invoca a efectos de cosa juzgada], que los daños estructurales constitutivos de la responsabilidad propia de la función del arquitecto, basados en defectos de proyecto, que constituye la fundamental función de este último, concerniente a estudiar el suelo y dar a la edificación la correspondiente solidez estructural [que fueron los debatidos en el segundo procedimiento]. Baste para ello comprobar la distinta fundamentación jurídica de las sentencias en conflicto”.

(vii) La sentencia [32/2022, de 24 de enero](#) (María de los Ángeles Parra) se pronuncia sobre una cuestión central en el desarrollo de nuestra economía: la noción de grupo de sociedades y los casos en que procede la “extensión” de los efectos o la “propagación” de la responsabilidad que soporta la filial a otras sociedades del grupo.

Esto es, el alcance de la doctrina del llamado levantamiento del velo, aquejada, casi sin remedio, de una fuerte sumisión a las circunstancias del caso, que hace casi imposible formalizarla o reducirla a premisas firmes como tampoco ofrece claridad conceptual fijar regla y excepción sin atribuir efectos a la distinción (como nos cuenta [Segismundo Álvarez Royo-Vilanova](#), Hay Derecho, 2 de marzo de 2022, según la *Supreme Court* del Reino Unido -*Prest v Petrodel Resources Limited and others*, 12 de junio de 2013, apartado 19: “la cuestión está lastrada por sentencias caracterizadas por *dicta* incautos y razonamientos inadecuados”).

La extensión no puede derivar del simple hecho de la pertenencia a un grupo o de la coincidencia parcial de denominación o actividades. Como dice en el fundamento de derecho 5.º apartado 3, la doctrina de la Sala:

“admite de manera excepcional la posibilidad de prescindir de la norma general, que es el respeto a la personalidad de las sociedades y a las reglas que imputan a

cada sociedad la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones que asumen y de las que deriven de su propia actuación, sin que la pertenencia a un grupo sea por sí mismo título de imputación de responsabilidad”.

“Como dijimos en la anteriormente citada sentencia [5/2021, de 18 de enero](#) (María de los Ángeles Parra), de acuerdo con la doctrina de la sala, la norma general ha de ser respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por cada entidad, que no afecta a sus socios ni administradores, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley.

Este carácter excepcional del levantamiento del velo exige que se acrediten aquellas circunstancias que ponen en evidencia de forma clara el abuso de la personalidad de la sociedad. Estas circunstancias pueden ser muy variadas, lo que ha dado lugar en la práctica a una tipología de supuestos muy amplia que justificarían el levantamiento del velo, sin que tampoco constituyan *numerus clausus*.

En cualquier caso, no pueden mezclarse un tipo de supuestos con otros, pues en la práctica cada uno de ellos requiere sus propios presupuestos y, además, pueden conllevar distintas consecuencias. Por ejemplo, no es lo mismo la confusión de patrimonio y de personalidades, habitualmente entre sociedades de un mismo grupo o entre la sociedad y sus socios, que los casos de sucesión empresarial o de empleo abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad por quien la controla para defraudar a terceros (sentencias [628/2013, de 28 de octubre](#) [Ignacio Sancho Gargallo], [796/2012, de 3 de enero](#) [Ignacio Sancho Gargallo], y [718/2011, de 13 de octubre](#) [José Ramón Ferrandiz Gabriel], con cita de las anteriores sentencias [422/2011, de 7 de junio](#) [Juan Antonio Xiol Ríos], [670/2010, de 4 de noviembre](#) [Rafael Gimeno-Bayón], y [475/2008, de 26 de mayo](#) [Antonio Salas Carceller], entre otras).”

(viii) La sentencia [209/2022, de 15 de marzo](#) (Ignacio Sancho Gargallo) aborda la posición del hipotecante no deudor que es declarado en concurso, para despejar una duda -que tal vez solo era tal para el acreedor-: “no hay doctrina sobre que el crédito deba ser

calificado en el concurso del hipotecante no deudor como ordinario”. A la letra dice el fundamento de derecho 4.º, apartado 5 : “no existe propiamente jurisprudencia que haya declarado que el crédito garantizado con hipoteca en el concurso de hipotecante no deudor deba ser reconocido como crédito ordinario. Esta sala no se ha pronunciado en tal sentido”.

En el caso el deudor garantizado -también con fianza de la sociedad hipotecante no deudora- no había pagado: su propio concurso había concluido con insatisfacción, entre otros, del crédito en cuestión. Así debe modificarse la lista de acreedores (FD 4.º 5):

“En principio, en el concurso del hipotecante no deudor el crédito garantizado con la hipoteca no debe aparecer en la lista de acreedores, porque, propiamente, no es acreedor del hipotecante. Frente al hipotecante no deudor, el acreedor hipotecario no ostenta ningún crédito. Sin perjuicio de que en el inventario sí aparezca el bien con su carga, la hipoteca, que lógicamente debe ser tenida en cuenta a la hora de valorar el bien. Sí resultan de aplicación las normas contenidas en el art. 56 LC (en la actualidad, arts. 145 y ss. TRLC) sobre los efectos de la declaración de concurso sobre el ejercicio de las garantías reales que graven bienes del concursado. De tal forma que en un caso en que el concursado fuera hipotecante no deudor, no sería necesario que el crédito del acreedor hipotecario apareciera reconocido en la lista de acreedores, pues no es un crédito concursal, ni mucho menos tendría sentido clasificarlo como sostiene la administración concursal.

En el presente supuesto, el hipotecante, si bien no es deudor principal, es a su vez fiador del mismo crédito garantizado con las cuatro hipotecas constituidas sobre bienes suyos. Por esta condición de fiador, tenía sentido que el crédito fuera reconocido como crédito contingente, en espera de que se cumpliera la contingencia, para ser reconocido entonces por su cuantía y con la clasificación que por su naturaleza le corresponda en este momento”.

(ix) En fin, en este periodo se han dictado otras sentencias que abordan algunos asuntos que nos obligan a interrogarnos sobre lugares comunes, instituciones conocidas,

recursos dogmáticos más o menos estables en el tiempo, o por último, novedades legislativas varias veces modificadas que exigen pasan por el tamiz de una interpretación racional.

Así, sobre la buena fe como límite al ejercicio de pretensiones la sentencia 287/2022, de 5 de abril (M^a de los Ángeles Parra Lucán) o la sentencia [276/2022, de 30 de marzo](#) (Rafael Sarazá Jimena) que afirma que el tribunal no está llamado a suplir las deficiencias del recurso. Sobre las acciones declarativas (mero declarativas frente a las constitutivas) y su plazo de prescripción: sentencias 293/2022, de 5 de abril (Juan María Díaz Fraile) asunto en el que tal vez hubiera bastado con constatar que los derechos tienen vigencia ilimitada como regla. O, en otro caso de racionalización de una -relativa- novedad legislativa, sobre los requisitos para que sea posible la exoneración del pasivo insatisfecho y su relación con el plan de pagos, sentencia 295/2022, de 6 de abril (Ignacio Sancho Gargallo). O sobre los pactos parasociales, sentencia 300/2022, de 7 de abril (Juan María Díaz Fraile).

3.- Sentencias Pleno [866/2021, de 15 de diciembre](#) (Pedro J. Vela Torres) y [869/2021, de 17 de diciembre](#) (Ignacio Sancho Gargallo). La interpretación correctora del art. 671 LEC y los límites de la competencia del registrador -y de la ahora DGSJFP, antes DGRN- en su tarea de calificación.

Las cuestiones que se plantean son las dos siguientes. Por un lado, si el registrador es competente para denegar el acceso al registro de la propiedad de los decretos que contradigan la interpretación de los arts. 670.4 y 671 LEC -en la senda de la DGSJFP, antes DGRN-.

Este asunto es el motivo único del recurso de casación en el recurso n.º 5479/2018 -relativo a la [SAP Castellón, sección 3.ª, 381/2018, de 11 de octubre](#)-; y es el motivo primero en el recurso n.º 5543/2018, referido a la [SAP Córdoba, sección 1.ª, 657/2018, de 25 de octubre](#)-. Esto es, si la calificación registral le permite revisar el fondo de la resolución judicial.

Para el tribunal la interpretación que sostiene el registrador, en coherencia con lo que afirmara en la sentencia Pleno [625/2017, de 21 de noviembre](#) (Ignacio Sancho Gargallo), excede de su función calificadora, puesto que el único que puede revisar la

valoración hecha por el letrado de la administración de justicia es el propio juez: sentencia 866/2021, fundamento de derecho 3.º, apartados 4 y 5; y sentencia 869/2021, fundamento de derecho 2.º apartados 5 y 6.

“4.- Si nos ajustamos a lo que es objeto de enjuiciamiento en este procedimiento, la procedencia de la calificación negativa del registrador, hemos de advertir que su improcedencia no deriva de la interpretación realizada del art. 671 LEC, sino del exceso en la función revisora que le asigna la ley. En efecto, la interpretación realizada del art. 671 LEC puede acomodarse mejor a la ratio del precepto, que cumple una función tuitiva del deudor titular del bien ejecutado, cuando se trate de una vivienda habitual. La norma permite que el acreedor pueda adjudicarse el bien por un valor inferior al 70% del valor de tasación, cuando su crédito sea también inferior a este 70%. Aunque la literalidad de la norma refiera que se lo puede adjudicar por el 60 %, en realidad estaría estableciendo el mínimo por el que podría llegar a quedárselo, que en todo caso presupondría la extinción del crédito. Dicho de otro modo, si se permite una adjudicación por un importe inferior al 70 % es porque con esa adjudicación se extingue el crédito del ejecutante, sin que en ningún caso pueda ser inferior al 60 %. Otra interpretación como la literal no se acomoda a la reseñada finalidad tuitiva, en cuanto que legitimaría situaciones perjudiciales para el deudor, que además de sufrir la adjudicación de su finca por el 60% del valor de tasación, seguiría debiendo al acreedor la diferencia hasta el importe de su crédito, y por ello seguiría abierta la ejecución. Esta situación perjudicial no podría justificar la excepción a la regla general que impide al acreedor adjudicarse la vivienda habitual del deudor subastada por un importe inferior al 70 % del valor de tasación. Si algo lo pudiera justificar sería la extinción del crédito del acreedor, siempre que su importe fuera superior al 60 % del valor de tasación.

5.- Pero aun dando por correcta esta interpretación, el problema radica en que excede de la función calificadora del registrador revisar la valoración realizada por el juzgado al aplicar esta regla del art. 671 LEC. Se trata de una cuestión de fondo, que perjudica a una de las partes en el procedimiento, el ejecutado, que en su caso puede recurrir el decreto de adjudicación para que sea revisado por el juez. Aunque el art. 671 LEC no contiene una previsión expresa igual a la del art. 670.4

LEC respecto del recurso de revisión directa, debe tenerse en cuenta lo previsto en el art. 454 *bis* 1. II LEC y la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la necesaria posibilidad de revisión de las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia, en las sentencias 58/2016, de 17 de marzo; 72/2018, de 21 de junio; 34/2019, de 14 de marzo; y 151/2020, de octubre. Es decir, es la autoridad judicial la que, mediante los recursos previstos en la ley procesal, puede revisar la procedencia de la valoración jurídica que subyace a un decreto de adjudicación que, conforme a la literalidad del art. 671 LEC, permita al acreedor adjudicarse la vivienda por el 60 % del valor de tasación sin que se extinga con ello el crédito”.

En segundo lugar, si debe mantenerse la interpretación que podríamos llamar corregida del artículo 671 LEC: La redacción literal del artículo 671 [subasta sin postores] ha de ser interpretada en el mismo sentido que la del artículo 670 [apartado 4, párrafo segundo, subasta con posturas inferiores al 70 %], es decir, ... el ejecutante tiene derecho a pedir la adjudicación del inmueble por el 70 % del valor de subasta, o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le debe por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al 60 % de su valor de subasta”. O, en otros términos, en la franja del 60 al 70 % la adjudicación en pago lo será por lo que el deudor deba por todos los conceptos, “haya habido o no postores en la subasta”. Considerada una interpretación “cuya bondad no se niega”: sentencia 866/2021, fundamento de derecho 3.º, apartado 8; y sentencia 896/2021, fundamento de derecho 2.º apartado 7.

“7. Por último, en relación con la interpretación armonizadora de los arts. 670 y 671 LEC, cuya bondad no negamos pero que consideramos que no corresponde hacer al registrador en sede de calificación, resulta conveniente reseñar que actualmente existe un proyecto prelegislativo para acabar con la regulación divergente de las subastas con y sin postores. Se trata del Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, aprobado por el Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2020, que prevé modificar la redacción de los arts. 670 y 671 LEC. Según su Exposición de Motivos:

“También se pretende unificar los efectos derivados de la subasta con postores y de la subasta desierta, y otorgar un mismo trato a postores y ejecutantes. Esto significa que los bienes no se van a adjudicar de modo distinto dependiendo de si la subasta tiene postores o si ha resultado desierta.”

“Un ejemplo de especial trascendencia es el referido a la subasta de la vivienda habitual del deudor. Con la nueva regulación, no se va a adjudicar por debajo del 60 por 100 de su valor de subasta. Resulta intrascendente que la subasta haya sido desierta o no, y que el adjudicatario sea el ejecutante o cualquier otro postor”.

En relación con el supuesto planteado, el art. 671.2 LEC quedaría redactado como sigue:

“El ejecutante no podrá adjudicarse la vivienda habitual del deudor, ni aun cuando actúe como postor rematante, por cantidad inferior al 70 por 100 de su valor de subasta, salvo que lo haga por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. En este caso, no se podrá adjudicar la vivienda habitual por menos del 60 por 100 del valor de la subasta. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3”.

El Anteproyecto también prevé que sea revisable en casación la interpretación de preceptos procesales.”

4.- Sentencia Pleno [277/2022, de 31 de marzo](#) (Rafael Sarazá Jimena) sobre la gestación subrogada y la determinación de la filiación cuando la madre comitente no ha aportado material genético. El recurso de casación se interpuso por el Ministerio fiscal contra la sentencia que había estimado la acción de reclamación de maternidad no matrimonial con posesión de estado que ejerció el abuelo del menor (padre de la madre comitente) como titular de un interés legítimo ([SAP Madrid, sección 22.ª, 947/2020, de 1 de diciembre](#)).

Se discutía, por tanto, el alcance del art. 131, párrafo primero, del Código civil - precepto, por otro lado, sorprendente en su generosa legitimación- en relación con el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida* (LTRHA).

La sentencia corrobora la doctrina anterior sobre la nulidad del contrato de gestación subrogada, contrato que contraría el orden público (sentencia Pleno [835/2013, de 6 de febrero](#) [Rafael Sarazá Jimena] y [auto Pleno de 2 de febrero de 2015](#), que resuelve el incidente de nulidad sobre la anterior sentencia) y considera que es un contrato que vulnera gravemente los derechos fundamentales tanto de la madre gestante como del niño nacido fruto de la gestación (fundamento de derecho 3.º). También recuerda que conforme al artículo 10 LTRHA la filiación materna del nacido queda determinada por el hecho del parto.

Por otro lado, se interroga sobre la situación del niño que, pese al reproche que merece el contrato, “entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado” (fundamento de derecho 4.º, apartado 7). En este punto la sentencia hace acopio de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ofrece un remedio a la posición del menor -y en su favor- a través de su adopción por la madre comitente, con un portillo abierto a un control ex post de idoneidad. Así en el fundamento de derecho 4.º afirma:

“8.- En nuestra anterior sentencia 835/2013, afirmamos que si tal núcleo familiar existe actualmente, si el menor tienen relaciones familiares *de facto* con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno filial en su favor, la solución que haya de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido la existencia de una vida familiar *de facto* incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante (sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, [Paradiso y Campanelli contra Italia](#), apartados 140 y 151 y siguientes, y de 18 de mayo de 2021, caso [Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia](#), apartado 62). Así lo exige el interés superior del menor (en los términos en que es reconocido por el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del menor*, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) y su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH, que de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH incluye el derecho a la identidad,

dentro de la cual tiene gran importancia la determinación de su filiación y su integración en un determinado núcleo familiar.

9.- En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el art. 10.3 LTRHA.

10.- Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción. El [Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019](#) acepta como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos “la adopción por parte de la madre comitente [...] en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño”.

11.- El “estudio de circunstancias socio-familiares” o “las valoraciones sobre la idoneidad para la cobertura de las necesidades de todo orden del menor” (en definitiva, la idoneidad del adoptante o de los adoptantes para asumir la condición de progenitor respecto del menor adoptado) no deben ser consideradas como un obstáculo para la satisfacción del interés superior del menor objeto de la adopción, sino como actuaciones encaminadas a su satisfacción.

12.- En el presente caso, las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito de prontitud en la acreditación de dicha idoneidad (material, afectiva, etc.), junto con la aplicación, en su caso, de la previsión contenida en el art. 176.2 3.º del Código Civil.

13.- La cuestión de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta de que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto (art. 176.2 3.º en relación al 237, ambos del Código Civil), tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial

revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años.

14.- Esta solución satisface el interés superior del menor, valorado *in concreto*, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general (sentencias de 24 de enero de 2017, Gran Sala, *caso Paradiso y Campanelli*, apartados 197, 202 y 203, y de 18 de mayo de 2021, *caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia*, apartado 65), que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones”.