

# Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos



Nº 3 | 2021



## EQUIPO EDITORIAL

---

### CONSEJO DE REDACCIÓN

#### Directora/editora:

Ana María Rodríguez Tirado

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

#### Directora adjunta/editora:

Isabel Zurita Martín

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz (España)

#### Vocales/editoras:

##### Sección "Estudios"

María de la Paz Martín Castro

Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz (España)

##### Sección "Análisis"

María Josefa Rodríguez Mesa

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España)

##### Secciones "Crónicas" y "Recensiones"

María José Cervilla Garzón

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz (España)

#### Secretario editorial/editor:

Pablo García Molina

Profesor Sustituto Interino de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

#### Vocales:

Juan Antonio Alberca de Castro

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Cádiz (España)

Francisco Miguel Carrasco González

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Cádiz (España)

Emilia Girón Reguera

Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz (España)

Inmaculada González García

Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)

Manuel Jesús Rozados Oliva

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz (España)

Leticia Cabrera Caro

Profesora Contratada Doctora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cádiz (España)

Carlos Varela Gil

Profesor Contratado Doctor de Derecho Romano de la Universidad de Cádiz (España)

#### Secretaría de redacción:

José Caro Catalán

Investigador predoctoral UCA-FPU de Derecho Procesal de la Universidad de Cádiz (España)

Diego Jesús Maldonado Guzmán

Investigador predoctoral UCA-FPU de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España)

### COMITÉ CIENTÍFICO

Pedro Jesús Baena Baena

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla (España)

Vicenzo Barba

Professore Ordinario di Diritto Privato della Sapienza Università di Roma (Italia)

Juan Carlos Campo Moreno

Ministro de Justicia. Magistrado (España)

Joseph Carby-Hall

Director of International Legal Research en la Univesity of Hull (Reino Unido)

Ana María Carmona Contreras

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España)

Raquel Castillejo Manzanares

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela (España)

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)

José Alejandro del Valle Gálvez

Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cádiz (España)

Francisco Escribano López

Profesor Emérito de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Sevilla (España)

Manuel Estrella Ruiz

Presidente de la Audiencia Provincial de Cádiz. Magistrado (España)

Liliana Estupiñán Achury

Profesora de Régimen Territorial y Derecho Constitucional en la Universidad Libre (Colombia)

Rocco Favale

Professore Ordinario di Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino (Italia)

Antonio Fernández de Buján y Fernández

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid (España)

Javier García Oliva

Senior Lecturer in Law in University of Manchester (Reino Unido)

Juan Francisco Herrero Perezagua

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza (España)

Simone Marinai

Professore Associato di Diritto Internazionale dell'Università di Pisa (Italia)

Javier Martínez-Torrón

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense de Madrid (España)

María Luisa Moreno-Torres Herrera

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga (España)

Daniele Negri

Professore Ordinario di Diritto processuale penale dell'Università degli Studi di Ferrara (Italia)

María del Carmen Núñez Lozano

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva (España)

Ana Pérez Cepeda

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España)

María José Roca Fernández

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid (España)

Andrés Rodríguez Benot

Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pablo de Olavide (España)

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla (España)

Francesco Sidoti

Professore Emérito di Criminología e Sociología nell'Università di L'Aquila (Italia)

Virginia Zambrano

Professore ordinario di Diritto Privato Comparato dell'Università di Salerno (Italia)

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos  
<https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/index>  
ISSN-e: 2660-7964  
DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM>

Universidad de Cádiz  
Facultad de Derecho  
Avda. de la Universidad, 4  
11406 Jerez de la Frontera (Cádiz)  
[revista.rejucrim@uca.es](mailto:revista.rejucrim@uca.es)

Editorial   
REVISTAS | Universidad de Cádiz

## **SUMARIO**

---

<b>PRESENTACIÓN.....</b>	7
Presentación .....	9
ANA MARÍA RODRÍGUEZ TIRADO	
<b>EDITORIAL.....</b>	11
La esperada y necesaria reforma del Código Civil en materia de personas con discapacidad .....	13
ISABEL ZURITA MARTÍN	
<b>ESTUDIOS .....</b>	17
La desheredación en el ordenamiento jurídico español y la flexibilización de sus causas .....	19
JUAN RAMÓN MÉNDEZ MARTOS	
El derecho de cancelación del usuario de la reserva de alojamientos turísticos.....	65
ANTONIO GÁLVEZ CRIADO	
Nuevas formas de protección del consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos: los servicios de viaje vinculados .....	103
LUCÍA ALVARADO HERRERA	
La reclamación extrajudicial de daños por conductas contrarias a la libre competencia: ventajas e inconvenientes de la mediación.....	141
LETICIA FONTESTAD PORTALÉS	
La mediación penal como manifestación del denominado “ <i>principio de oportunidad</i> ”: ¿Debería replantearse el legislador su voto a las víctimas de violencia de género?.....	171
LAURA ÁLVAREZ SUÁREZ	

<b>ANÁLISIS.....</b>	205
La regulación de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> : ¿Una incorporación urgente y necesaria? .....	207
JESÚS MARTÍN FUSTER	
El acogimiento familiar y residencial en Andalucía (2020).....	233
ANA CARMEN BRUZÓN SÁNCHEZ	
Percepción de legitimidad institucional y composición del constructo en una muestra de menores extranjeros en situación de calle .....	279
ELENA CASADO PATRICIO	
<b>CRÓNICAS.....</b>	307
Poligamia, matrimonio por el rito gitano y derecho a la pensión de viudedad: la reciente postura del Tribunal Constitucional frente al criterio del Tribunal Supremo y su contradictorio impacto en la aplicación del derecho a la no discriminación.....	309
M.ª JOSÉ CERVILLA GARZÓN	
<b>RECENSIONES.....</b>	319
APARICIO ALDANA, Rebeca Karina, <i>Derechos a la libertad de información y expresión en el contrato de trabajo</i> , J. M. Bosch, Barcelona, 1 <sup>a</sup> ed., 2020, 418 páginas.....	321
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO	
FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia, <i>la regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral</i> , La Ley, madrid, 1 <sup>a</sup> ed., 2020, 340 páginas .....	327
TIAGO PIMENTA FERNANDES	

## PRESENTACIÓN



## Presentación

Esta joven Revista ha seguido con su hoja de ruta en cumplimiento de sus objetivos editoriales en este segundo año desde su creación. La actividad investigadora no ha cesado en el primer semestre de 2021, aun cuando es un periodo lastrado aún por la difícil situación social y económica provocada por la pandemia COVID19. El entusiasmo por aportar resultados óptimos a la vida académica y profesional ha sido un revulsivo para nuestros investigadores de distintas disciplinas jurídicas y criminológicas. A ello se une que ha continuado la labor legislativa tras quedar ralentizada desde 2015 (y casi inexistente durante varios años) con nuevas normas legales, con proyectos y anteproyectos de nuevas reformas legislativas como, por ejemplo, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y con esta actividad, los motores de la Academia rugen esplendorosamente enriqueciendo la doctrina científica junto con la interpretación de nuestros juzgados y tribunales.

Este número se abre con el editorial “La esperada y necesaria reforma del Código Civil en materia de personas con discapacidad”, cuya autoría corresponde a la Dra. D.<sup>a</sup> Isabel Zurita Martín, Catedrática de Universidad del Área de Derecho Civil y Directora Adjunta de esta Revista. Resume las principales novedades que la Ley 8/2021, de 2 de junio, confiere al tratamiento jurídico de la persona con discapacidad desde distintos ámbitos jurídicos.

Los trabajos de investigación de este número, incluidos en las dos primeras secciones de la Revista, se han recibido durante el primer trimestre del año. Su ubicación en la *Sección de Estudios* o en la *Sección de Análisis* ha respondido a estrictos criterios metodológicos y de profundización científica. Estas secciones se ordenan en atención a la fecha de recepción de originales y, en su defecto, de aceptación.

La *Sección de Estudios*, coordinada por la Prof.<sup>a</sup> Martín Castro (editora), se ha cerrado con cinco artículos, vinculados a las disciplinas jurídicas civil, mercantil y procesal. El autor *D. Juan Ramón Méndez Martos* centra su trabajo de investigación en el derecho sucesorio, en particular, en la desheredación, su fundamento y sus causas desde la doble perspectiva doctrinal y jurisprudencial. El Dr. D. Antonio Gálvez Criado aborda el reconocimiento al usuario de un derecho de cancelación de la reserva de un alojamiento turístico, así como el régimen jurídico de las cancelaciones, reservas y penalizaciones en estos contratos y sus relaciones con las reglas

---

Cómo citar este trabajo: RODRÍGUEZ TIRADO, Ana María, “Presentación”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.<sup>o</sup> 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 9-10, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.1>

generales de las obligaciones contractuales. La *Dra. D.<sup>a</sup> Lucía Alvarado Herrera* analiza, desde la óptima de la protección del consumidor, los elementos que configuran los servicios de viajes vinculados y los diferencian de los viajes combinados, incluidos los deberes del empresario que facilita su contratación. La *Dra. D.<sup>a</sup> Leticia Fontestad Portalés* nos adentra en las ventajas e inconvenientes de la mediación como método extrajudicial para la reclamación de los daños y perjuicios derivados de conductas contrarias a la libre competencia. Y la *Dra. D.<sup>a</sup> Laura Álvarez Suárez* contribuye en este número con su análisis de la mediación penal y de las manifestaciones del principio de oportunidad en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal con el replanteamiento de la prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género.

La *Sección de Análisis*, coordinada por la Prof.<sup>a</sup> Rodríguez Mesa (editora), incluye la aportación del *Dr. Dr. Jesús Martín Fuster*, quien ahonda en la necesidad de incorporar legalmente la regulación de la cláusula *rebus sic stantibus* en el ordenamiento jurídico español, así como el trabajo criminológico de *D.<sup>a</sup> Elena Casado Patricio*, centrado en el análisis de la percepción de la legitimidad institucional de una muestra de menores extranjeros no acompañados en situación de calle y cómo se agrupan las variables que conforman el concepto de legitimidad, y el examen efectuado por *D.<sup>a</sup> Ana del Carmen Bruzón Sánchez* sobre la regulación estatal, en especial, la autonómica andaluza del sistema de acogimiento familiar y residencial.

Las *Secciones de Crónicas y Recensiones*, coordinadas por la Prof.<sup>a</sup> MJ Cervilla Garzón (editora), aglutinan una crónica sobre la poligamia, el matrimonio por el rito gitano y el derecho a la pensión de viudedad, y dos recensiones. La primera de ellas, realizada por el *Dr. D. Djamil Tony Kahale Carrillo*, recensiona la monografía de la Dra. D.<sup>a</sup> Rebeca Karina Aparicio Aldana, titulada *Derechos a la libertad de información y expresión en el contrato de trabajo* (2020). Y la segunda de ellas, autoría del *Dr. D. Tiago Pimenta Fernandes*, se refiere a la monografía de la Dra. D.<sup>a</sup> Silvia Fernández Martínez, titulada *La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral* (2020).

Las páginas de esta Revista quedan abiertas a los ávidos investigadores que estén involucrados en el estudio de las recientes reformas legislativas o de las que están por venir, así como de cualquier tema de actualidad a cuya divulgación científica podamos contribuir desde esta Revista.

Jerez de la Frontera, 10 de junio de 2021

Ana María Rodríguez Tirado  
Directora

## EDITORIAL



## **La esperada y necesaria reforma del Código Civil en materia de personas con discapacidad**

La coincidencia en el tiempo de la publicación del número tercero de la *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos* y la promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, hacía ineludible que dedicáramos una breves palabras en esta entrega a comentar las principales novedades de la reforma que propicia esta importante norma, que tiene incidencia no solo en el Código Civil sino también en la legislación procesal, y que ha de considerarse un significativo hito legislativo en los últimos años.

Se trata de una reforma largamente esperada y de todo punto necesaria, en tanto vehículo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad –Convención de Nueva York-, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007. El texto definitivo de esta Ley, pues, se ha hecho esperar, y no solo por lo alejada ya en el tiempo la Convención, sino también por los retrasos parlamentarios que ha experimentado como consecuencia de las tribulaciones que han sufrido las últimas legislaturas en nuestro país.

Las modificaciones que por mor de esta Ley se introducen en el articulado del Código Civil no son en absoluto de escaso calado, sino todo lo contrario, al significar un completo cambio de sistema en el tratamiento de la discapacidad, como consecuencia de la adecuación de la normativa que de ella se ocupa a lo preceptuado por el artículo 12 del citado tratado internacional. Este precepto, que proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, obliga a los Estados parte a adoptar aquellas medidas oportunas para proporcionar a estas personas el apoyo que puedan necesitar para ejercitar dicha capacidad.

En respuesta a este requerimiento, la nueva regulación, sobre la base del artículo 10 de la Constitución Española, abandona el viejo sistema paternalista de trato del incapaz, en el que predominaba la sustitución en la toma de decisiones, por uno basado en el respeto a la voluntad y preferencias del mismo, quien, como regla general, será el encargado de tomar aquellas.

Como consecuencia de este ideario, piedra angular sobre la que se construye el nuevo régimen es el destierro de la figura de la incapacitación de la persona y su reemplazo por un sistema de provisión de apoyos de muy variado género (acompañamiento amistoso, ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo,

---

Cómo citar este trabajo: ZURITA MARTÍN, Isabel, “La esperada y necesaria reforma del Código Civil en materia de personas con discapacidad”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 13-15, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.2>

el consejo o la toma de decisiones delegadas), en tanto no cabe ya modificación alguna de una capacidad que es inherente a la condición de ser humano; no hablaremos ya de tutores -tampoco de padres con la patria potestad prorrogada o rehabilitada-, sino de guardadores y curadores, que asistirán a estas personas no solo en sus asuntos patrimoniales sino también personales. Y no se trata, como advierte la propia Exposición de Motivos de la Ley, de un mero cambio terminológico, sino de una transformación de fondo de nuestras normas, que debe ir acompañada de una unísona metamorfosis en la mentalidad social y en la jurídica propia de los aplicadores del Derecho.

En realidad, puede decirse que el nuevo sistema toma como punto de referencia la guarda de hecho de la persona con discapacidad, que deja de ser una figura transitoria no deseada, y se convierte en una auténtica institución jurídica de apoyo. Por regla general, se entiende que la persona con discapacidad se encontrará bien asistida por un familiar, que actuará como guardador de hecho, apoyándola en la toma de decisiones y en el ejercicio de su capacidad jurídica. Tan solo para los actos que requieran la representación del guardador será necesaria la autorización judicial *ad hoc*, evitándose así la apertura de un procedimiento de provisión de apoyos.

Junto a esta institución de guarda al margen de los tribunales, la Ley convierte la curatela en la principal medida de apoyo de origen judicial, sin que por ello pierda la figura su carácter asistencial. El curador, así, no actuará con funciones de representación, sino de ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, salvo que, en los casos en que sea preciso, y de forma por completo excepcional, se le atribuyan labores representativas. Estas situaciones han de quedar reservadas a supuestos de mínima o nula capacidad de discernimiento de la persona con discapacidad. En cualquier caso, la resolución judicial que ponga fin al procedimiento de provisión de apoyos bajo ningún concepto declarará la incapacidad de la persona ni, en modo alguno, la privación de sus derechos, sino que se limitará a determinar los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo que corresponda. Siempre se deberá tener en cuenta que los guardadores y curadores no decidirán por la persona a la que asisten, sino que procurarán optar por la decisión que la persona guardada tomaría, sea cual sea esta y lleve al resultado que lleve.

Este cambio de orientación ha de tener su reflejo, claro está, en distintas sedes normativas del Código Civil, primeramente en el Derecho de la persona –donde se construye y se define el nuevo régimen de apoyos-, y sucesivamente en los ámbitos del Derecho contractual, Derechos reales, del Derecho de familia y de sucesiones, a los fines de eliminar toda referencia a la persona incapacitada y de reconducir los efectos que la incapacidad producía en estos contextos. Particular mención merece en esta última sede la modificación del artículo 665 CC, cuyo contenido había sido objeto de clamorosas críticas doctrinales, en tanto flagrante violador de los postulados de la Convención de Nueva York, al prever la posibilidad de que la sentencia de incapacidad se pronunciara sobre la capacidad para testar de la persona incapacitada, privándola así, dado el carácter personalísimo del otorgamiento de testamento, de su facultad de testamentifacción.

La reforma incide asimismo de forma relevante en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, introduciendo un nuevo concepto de imputación subjetiva, que es adelantado por la Exposición de Motivos de la Ley, que se detiene a especificar que “... la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno”. A estos efectos, se parte de un nuevo artículo 299 de nuestro Código, que atribuye a la persona con discapacidad la responsabilidad por los daños que haya podido causar a otros, sin perjuicio de la que pudiera corresponder al curador con facultades de representación plena y, en su caso, al guardador de hecho u otras personas que actúen ejerciendo funciones de apoyo.

Como no podía ser de otra forma, junto a las modificaciones del Código Civil, la Ley contempla de forma correlativa la de distintas normas civiles directamente afectadas por el nuevo tratamiento de la discapacidad, tanto en el aspecto sustantivo –Ley Hipotecaria, Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, Ley del Registro Civil, Ley del Notariado-, como, obviamente, en el procesal, reformándose la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en relación, entre otras cuestiones, a los nuevos procesos de provisión de apoyos.

Sin duda, con esta Ley se marca un antes y un después en el tratamiento jurídico de la persona con discapacidad, anhelado por muchos y aplaudido por casi todos, contando con un amplísimo consenso parlamentario. Con ella vivimos un momento histórico de afirmación de la persona con discapacidad desde una perspectiva humanista, desde el pleno entendimiento del corazón mismo de los derechos humanos. La asimilación, sin embargo, de la filosofía de la reforma, su asentamiento jurídico y la aplicación práctica de las nuevas estructuras asistenciales todavía reclamarán un período de definición técnica y adaptación a las circunstancias concurrentes, que seguro harán preciso en un futuro afinar en ciertos aspectos la normativa propuesta.

Isabel Zurita Martín  
Directora adjunta



ESTUDIOS



# La desheredación en el ordenamiento jurídico español y la flexibilización de sus causas

*Disinheritance in Spanish legal system and the flexibilization of its causes*

JUAN RAMÓN MÉNDEZ MARTOS

Graduado en Derecho

jrmenmartos@icloud.com

 <https://orcid.org/0000-0003-3062-5741>

**Resumen:** La actual crisis sanitaria causada por el virus SARS-CoV-2 ha hecho resurgir el interés por el derecho sucesorio en general, y la desheredación en particular. La delicada situación a la que se han visto sometidos los mayores en todo el mundo, ha introducido en el debate público situaciones que la población califica como indeseables, tales como su abandono por parte de familiares. La desheredación, como respuesta ante situaciones que atentan contra el propio testador, ha sido tradicionalmente una institución rígida, cuyas causas han debido interpretarse de forma restrictiva acorde con una asentada línea jurisprudencial. Sin embargo, esta rigidez parece ir cediendo el camino hacia una flexibilización de las causas de desheredación en línea con otros ordenamientos forales y foráneos, lo que hace plantearse la necesidad de una reforma legislativa que armonice realidad social y código. A lo largo de este trabajo conoceremos la desheredación y su fundamento, nos adentraremos en sus causas y también en sus efectos. Dada la diversidad normativa española, se hace necesario asomarse a los ordenamientos forales españoles y cómo no, a algunos extranjeros. En una segunda parte abordaremos la interpretación judicial de las causas de desheredación, especialmente en relación con el maltrato de obra y el giro jurisprudencial al respecto ocurrido en 2014 y confirmado en 2015. Por último, tomaremos el pulso a la

---

Recepción: 19/01/2021

Aceptación: 12/04/2021

Cómo citar este trabajo: MÉNDEZ MARTOS, Juan Ramón, “La desheredación en el ordenamiento jurídico español y la flexibilización de sus causas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 19-64, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.3>

Abreviaturas: ABGB: Código Civil austriaco (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*); AP: Audiencia Provincial; BGB: Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*); CC: Código Civil; CCC: Código Civil de Cataluña; CDCB: Código de Derecho Civil de las Islas Baleares; CDFA: Código de Derecho Foral de Aragón; CDCFN: Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra; FD: Fundamento de Derecho; LDCG: Ley de Derecho Civil de Galicia; LDCV: Ley de Derecho Civil Vasco; SAP: Sentencia Audiencia Provincial; STS: Sentencia del Tribunal Supremo

sociedad mediante el análisis de una encuesta realizada a más de 2.100 personas acerca de la desheredación y otros elementos relacionados, donde parece existir un consenso acerca de la necesidad su reforma.

**Abstract:** *The current health crisis caused by the SARS-CoV-2 virus has revived interest in inheritance law in general, and disinheritance in particular. The delicate situation to which old people have been subjected throughout the world, has introduced into the public debate undesirable situations, such as family abandonments. Disinheritance, in response to situations against the testator, has traditionally been a rigid institution, whose causes have been interpreted restrictively in accordance with a well-established line of jurisprudence. However, this rigidity seems to be changing to a more flexible disinherita*c*ce causes, in line with other regional and foreign laws, which raises the need for a legislative reform that harmonizes social reality and code. Throughout this graduation project we will learn about disinheritance and its basis, enter into its causes and also its effects. Because of the diversity of regulations in Spain, it's necessary to take a look at the Spanish regional regulations and of course, foreign regulations. In a second part, we will address the judicial interpretation of the causes of disinheritance, especially in relation to a new jurisprudential turn occurred in 2014 and confirmed in 2015 about psychological abuse. Finally, we will try to know people's opinion by analyzing a survey of more than 2,100 answers about disinheritance and other related elements, where seems to be a general need about its reform.*

**Palabras clave:** desheredación, COVID, legítima, jurisprudencia, maltrato de obra.

**Key words:** *disinherita*c*ce, COVID, rightful inheritance, jurisprudence, abuse.*

**Sumario:** 1. ACERCAMIENTO A LA INSTITUCIÓN DE LA DESHEREDACIÓN. 1.1. Concepto y fundamento. 1.2. Causas. 1.3. Efectos. 1.4. La desheredación en los ordenamientos forales. 1.5. Breve referencia al Derecho Comparado; 2. INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN. 2.1. Jurisprudencia tradicional. 2.2. Giro jurisprudencial: sentencias del Tribunal Supremo nº 258/2014 y nº 59/2015. 2.3. Nuevos horizontes de flexibilización: Sentencia del Tribunal Supremo nº 104/2019; 3. EL FUTURO DE LA DESHEREDACIÓN. 3.1. Retos de la desheredación. 3.2. Breve encuesta sobre la percepción social de la desheredación y su futuro; 4. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA; 5. BIBLIOGRAFÍA.

## **1. ACERCAMIENTO A LA INSTITUCIÓN DE LA DESHEREDACIÓN**

### **2.1. Concepto y Fundamento**

No puede entenderse el concepto mismo de la institución de la desheredación sin la existencia de la legítima. La natural tensión entre libertad de testar y la imposición de un sistema sucesorio concreto y tasado, no ha escapado al debate legislativo español desde los tiempos de la codificación, momento en el que se tuvo que ponderar entre la clásica y amplia legítima castellana de cuatro quintos del total, con tendencias liberales hacia la libertad testamentaria,

en la que otros ordenamientos forales jugaron un papel destacado<sup>1</sup>. Aunque es un debate que viene de antiguo entre las concepciones testamentarias romana y germánica, donde se mantenían posiciones opuestas en cuanto a la libertad de disposición, como se verá a lo largo de este trabajo éste es un debate que no escapa a la actualidad. Las causas de desheredación se han visto flexibilizadas mediante la interpretación jurisprudencial para adaptarlas a la realidad social, e incluso también el Código Civil Catalán sufrió en 2008 una reforma que supuso un tímido avance en esta cuestión, en consonancia con otras regulaciones más abiertas.

Como si fuera parte de un equilibrio de prestaciones obligatorias, la legítima se configura como una parte del caudal relicto, que por imperio de la ley debe reservarse y ser dirigida a una serie de familiares cercanos, ordenados en orden de prelación, sobre los cuales recae a su vez una obligación legal de alimentos y cuidados sobre el causahabiente. Se trata de una restricción en toda regla de la libertad testamentaria, que debe cohabitar con una necesaria salvaguarda de los derechos e intereses del causante cuando éstos son lesionados por quien ha de ser su heredero, y que se ve realizada mediante la válvula de escape a la legítima legal que supone la desheredación. Como dice MONFORTE “Desde antiguo en el concepto de la institución, legítima y desheredación se han conexionado natural e íntimamente: corrige la segunda injusticia a que pudiera dar lugar la primera en tanto que tasada normativamente, causalizada y concurrente posibilita la liberación del testador de la obligación legal de respetarla”<sup>2</sup>.

Cuando se produce una disfuncionalidad entre estas obligaciones alimentarias, y la de reservar bienes y derechos propios para los herederos, el ordenamiento jurídico articula una serie de mecanismos tendentes a equilibrar la balanza en uno u otro sentido. La imposición coactiva de prestaciones puede ser una de las soluciones en un sentido, mientras que la desheredación puede serlo en el contrario. Sin embargo, otros autores como IRIARTE ÁNGEL sostienen que la contraposición entre derecho y deber es errónea, pues “no cabe en nuestra sociedad hablar de una suerte de derecho natural del hijo a la herencia de sus padres”, y ni mucho menos de ascendientes.<sup>3</sup>

La Desheredación, por tanto, puede definirse como el mecanismo por el cual el causahabiente puede privar de parte o la totalidad de la herencia a sus herederos. Más concretamente, en cuanto a su regulación en nuestro ordenamiento jurídico, podríamos definir la desheredación como el mecanismo por el cual el causante de un proceso sucesorio, mediante previsión testamentaria, puede privar a sus herederos forzosos (también llamados legitimarios), de la parte del caudal

---

<sup>1</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Madrid, Marcial Pons, decimotercera edición, tomo séptimo, p.162.

<sup>2</sup> MONFORTE D., “Desheredación y revocación de la donación. Maltrato o ausencia de trato. Revisión crítica jurisprudencial”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, Nº 9659, Sección Tribuna, 23 de junio de 2020. Consultada en versión digital en <http://www.laleydigital.es> última consulta 07 de diciembre de 2020.

<sup>3</sup> IRIARTE ÁNGEL, FdB., “Indignidad para suceder, causas de desheredación, revocación de donaciones, ¿está el Tribunal Supremo adecuando nuestro sistema sucesorio a la realidad social?” *Actualidad Civil*, nº 11, noviembre de 2018, Wolters Kluwer, La Ley 13908/2018. Apartado 3. Consultada en versión digital en <http://www.laleydigital.es> última consulta 07 de diciembre de 2020.

relicto que legalmente les pudiera corresponder, mediante la alegación de algunas de las causas previstas por la ley. Otra definición, interesante por su concreción, puede ser la que de esta institución ofrece el Diccionario panhispánico del español jurídico<sup>4</sup> “Privación de los derechos correspondientes a un heredero forzoso por disposición del causante, con base en alguna de las causas legalmente establecidas”. SANCHEZ CALERO la define como la “privación a un heredero forzoso, por medio de una disposición testamentaria y en virtud de una causa prevista en la ley, de la legítima que como tal le corresponde”<sup>5</sup>. Y LASARTE ÁLVAREZ como “desheredar equivale a privar de la legítima, mediante una previsión testamentaria del causante, a cualquiera de los que el propio Código denomina “herederos forzosos”, esto es, a los legitimarios”<sup>6</sup>. Jurisprudencialmente es interesante citar la STS de 15 de junio de 1990: “es una declaración de voluntad testamentaria, solemne (art. 849), en virtud de la cual quien goza en la facultad de testar priva a sus herederos forzados del derecho a legítima cuando en ellos concurre cualquiera de las causas legales (art. 853) de la que sean responsables”<sup>7</sup>.

Nuestro Código Civil dedica a la desheredación la sección novena, del Título III “De las sucesiones”, del Libro III “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, artículos 848 al 857. Esta sección da comienzo estableciendo la acotación de las causas de desheredación únicamente a aquellas que estén previstas en la ley (art. 848), continuando por la necesidad formal de su validez, esto es, que se encuentren recogidas en y fundamentadas en testamento (art. 849). Sendos artículos se complementan con el art. 850, donde se establece que, en caso de simple negación del desheredado, corresponderá a los herederos la carga de la prueba de la causa de desheredación.

Esta primera parte de la sección constituye lo que hemos venido a denominar los tres requisitos que perfeccionan la desheredación:

- I. Requisito legal o principio de legalidad en la desheredación. (art. 848)
- II. Requisito formal (art. 849)
- III. Requisito de conformidad (art. 850)

En cuanto al primer requisito o requisito legal, el legislador ha querido acotar las causas de voluntad a aquellas legalmente establecidas, poniendo así límites materiales a la libertad desheredatoria. De forma constante hasta la actualidad<sup>8</sup>, nuestros tribunales han venido reconociendo el carácter taxativo de la desheredación en base a este artículo, así como la

---

<sup>4</sup> *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, entrada *desheredación*, URL: <https://dpej.rae.es/lema/desheredación>, fecha de consulta: 02 de noviembre 2020.

<sup>5</sup> SANCHEZ CALERO, F.J. *Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 659.

<sup>6</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, op. cit. p. 212.

<sup>7</sup> Tribunal Supremo (Sala 1<sup>a</sup>, de lo Civil) STS 10969/1990 - ECLI: ES:TS:1990:10969 de 15 de junio de 1990 – Ponente: Jesús Marina Martínez Pardo – FD. segundo.

<sup>8</sup> Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25<sup>a</sup>) Sentencia nº 235/2020 de 18 de junio de 2020, Roj: SAP M 7710/2020 - ECLI: ES:APM:2020:7710, ponente Guillermo Cortés García-Moreno, FD. segundo

imposibilidad de analogía, ni de aplicación extensiva de lo dispuesto en él. Sin embargo, y como trataremos a lo largo de este trabajo, se ha producido una especial flexibilización hacia la causa del maltrato de obra, recogida en el art. 848.3 del Código Civil.

No menos importante es el requisito formal que limita la vigencia de las disposiciones desheredatorias únicamente a aquellas que se hayan realizado mediante testamento válido. Es evidente que la nulidad del testamento que contenga la cláusula desheredatoria, conllevará de forma inevitable la nulidad de la desheredación. Esta validez formal es un requisito vigilado de oficio por los propios tribunales, de forma previa a la revisión material de la desheredación. Así lo podemos ver de forma continua en la práctica totalidad de procesos que resuelven litigios sucesorios donde interviene una cláusula desheredatoria.<sup>9</sup>

Este requisito formal suele venir vinculado al hecho de que en esa cláusula testamentaria debe incluirse mención expresa a la causa de desheredación. Pero los tribunales vienen desde antiguo (1904)<sup>10</sup> haciendo uso de una interpretación flexible de esta mención, admitiéndose situaciones como la reseña numérica del texto legal que la ampara, menciones genéricas del hecho (aunque sean subsumibles en diferentes preceptos legales), e incluso palabras del testador suficientemente explícitas de su voluntad<sup>11</sup>.

En cuanto a la identidad del desheredado, habrán de aplicarse las normas comunes a la designación de herederos, contenidas en los artículos 772 y 773.

En último lugar, para que la desheredación sea válida, no debe ser negada por el desheredado (conformidad). De ser negada por los herederos, será sobre éstos en quien recaiga la carga de la prueba. No se trata de una inversión de la carga de la prueba propiamente dicha, sino de una ventaja procesal, de naturaleza probatoria, según establecen nuestros tribunales.<sup>12</sup>

Este requisito se encuentra íntimamente ligado al condicionante de validez que establece el art. 856, donde se exige que otorgante-ofendido y desheredado-ofensor, no se hayan reconciliado con respecto a la ofensa que motiva la desheredación, pues en el caso de que así ocurriera, se priva al testador de la capacidad de desheredarlo, y queda sin efecto la desheredación ya

---

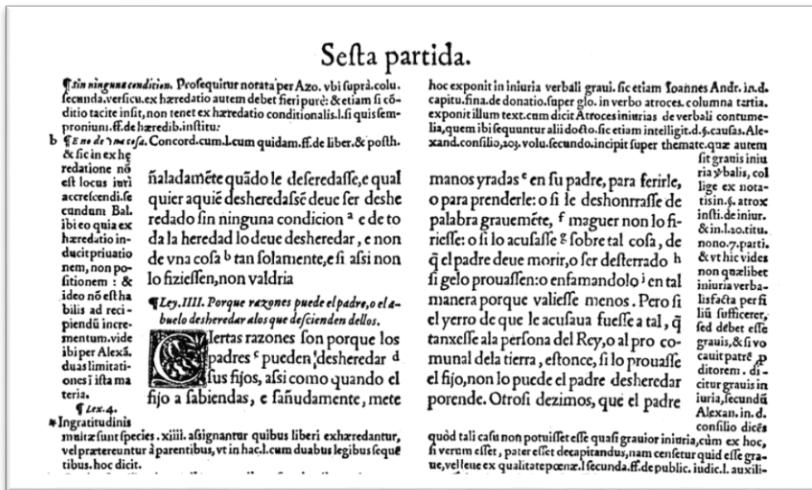
<sup>9</sup> Véase a modo de ejemplo: Juzgado de Primera Instancia de Guadalajara (Nº6), Sentencia 01 de diciembre de 2017. Recurso 956/2017. FD. Séptimo. Elegimos una sentencia recaída en primera instancia, al objeto de constatar el cumplimiento de esta vigilancia desde las instancias más tempranas.

<sup>10</sup> “Su carácter solemne requiere que se manifieste en testamento, que exista alguna de las causas tasadas y que se indique por el testador la aplicada, pero en ningún caso exige la ley concretar o describir los hechos constitutivos de la injuria ni las palabras en que ésta consista”. Tribunal Supremo. Sentencia de 4 de febrero de 1904. \*NOTA: otras fuentes doctrinales y jurisprudenciales como la STS de 25 de septiembre de 2003, la fechan en el 04 de noviembre de 1904.

<sup>11</sup> Audiencia Provincial de Pontevedra (Secc. 1<sup>a</sup>) Sentencia de 8 de junio de 2017. FD. doceavo.

<sup>12</sup> Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9<sup>a</sup>, Elche), Sentencia nº 254/2018 de 25 de mayo de 2018, SAP A 1533/2018 - ECLI: ES:APA:2018:1533. Ponente Edmundo Tomás García Ruiz. Recurso 925/2017, FD. segundo: “*En definitiva, el art. 850 del Código Civil imputa a los herederos la carga de probar la certeza de la causa de desheredación, bastándole al desheredado con ejercitarse la acción de impugnación de la disposición testamentaria que la contiene y negar la causa de su desheredación, tratándose de una ventaja de índole procesal, concretamente de naturaleza probatoria (STS. de 31 de octubre de 1995)*”.

realizada. Nótese que se habla de “reconciliación”, y no de “perdón”, pues éste es unilateral, y aquella bilateral, asunto que ha sido tratado en sede jurisprudencial<sup>13</sup>. De la misma forma, el alto tribunal no equipara la mera vuelta a la convivencia de causante y desheredado como reconciliación, si tal reconciliación no existe<sup>14</sup>.



de la institución de heredero en el Derecho Romano. Posteriormente, las Partidas mantuvieron esta concepción binaria acerca de esta condición de heredero “e de toda la heredad lo debe desheredar, e non de vna cofa tan folamente, e si afsi non lo fizieffen, non valdria”<sup>15</sup>. Los autores que mantienen lo que se ha venido a denominar Teoría Negativa (contraria a la desheredación parcial), como LASARTE ÁLVAREZ y BATLLE VÁZQUEZ, sostienen entre otros sus argumentos en base al art. 813 del Código Civil, así como a la prohibición expresa de la desheredación parcial anterior a la promulgación del actual código, continuista con la tradicional doctrina histórica<sup>16</sup>. Los defensores de la Teoría Positiva, entre los que destaca VALLET DE GOYTISOLO, sostienen sus argumentos en la posibilidad de que, tras una desheredación en el que se priva al heredero de la legítima, se pueda otorgar a éste bienes provenientes de la parte de libre disposición del caudal relicto, graduando así la sanción al

Con respecto a la desheredación parcial, la doctrina no es pacífica al respecto. El silencio de nuestro código ha dado lugar a un rico debate doctrinal, en el que la cuestión ha de remontarse a la propia concepción nuclear de la desheredación. Los antecedentes históricos de esta institución arrancan con la nota de universalidad

<sup>13</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia nº 401/2018 de 27 de junio de 2018, Roj: STS 2492/2018 - ECLI: ES:TS:2018:2492, ponente María de los Ángeles Parra Lucan, FD. segundo.

<sup>14</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia nº 267/2019 de 13 de mayo de 2019, Roj: STS 1523/2019 – ECLI: ES:TS:2019:1523, ponente Francisco Javier Orduña Moreno, FD. tercero.16.

<sup>15</sup> Partidas, Partida VI, Título VII, Ley III.

<sup>16</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “El alcance de la desheredación: la desheredación parcial”. Universidad de Valladolid. La Ley 383/2015. Esta doctrina forma parte del libro *Estudios de Derecho de sucesiones*, Editorial LA LEY, consultado en versión electrónica sin paginación en <http://www.laleydigital.es> última consulta 07 de diciembre de 2020. Véase también LASARTE ÁLVAREZ, C., “El alcance de la desheredación: la desheredación parcial”, cit. p. 217. Y también cita como fuente primaria de esta idea a BATLLE VÁZQUEZ, M., “Invalidez de la desheredación parcial en nuestro Derecho”, *Anales de la Universidad de Murcia*, 1951-52, 1º trim., pp. 63 y ss.

reducir las consecuencias de las desheredación.<sup>17</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ compara la graduación de la desheredación, con la admisión de atenuantes por parte del juez, en función de las circunstancias del hecho causante, pues el testador únicamente priva de la parte legítima al desheredado, quedando aún disponibles la parte de libre disposición u otros beneficios como los legados.<sup>18</sup>

En cuanto a la desheredación condicional, es decir, aquella sujeta a condición para que se produzca, entendemos que tiene difícil encaje en el ordenamiento actual. Requiriendo la desheredación de causa legal, expresada además en testamento, parece difícil que allí se plasmare una causa cierta enclavada en el futuro, pues el conocimiento de este no pasa de la mera probabilidad. Otro supuesto a valorar sería que la causa de desheredación se sostuviera sobre un hecho litispendente, y que a la firmeza de la sentencia que lo declare probado, active el mecanismo de la desheredación. O que, habiéndose producido, el testador condicione la desheredación a que no se repita en un futuro comprendido entre el otorgamiento de testamento y su fallecimiento. Pero habida cuenta de la rapidez y sencillez con la que se puede otorgar testamento, incluso en condiciones extraordinarias, hace que ninguno de estos supuestos suponga una alternativa frecuente ni que creamos digna de ser explorada.

Por último, se viene sistematizando la desheredación en función de la validez de causa. Puede distinguirse entre la desheredación justa, aquella que cumple con lo que hemos llamado requisito legal (art. 848), y desheredación injusta, que es aquella en la que la cláusula desheredatoria no se basa en uno de los motivos legalmente establecidos, o éste no se ha considerado probado (art. 851). En el caso de que así ocurriera, la institución de heredero quedará anulada con respecto a la legítima, manteniéndose los legados, las mejoras y otras disposiciones que no le afecten.

## 1.2. Causas

Recordemos que las causas de desheredación -art. 848-, deben encontrarse expresamente señaladas en la ley, y además deben interpretarse de una manera restrictiva “no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extintiva, ni siquiera la argumentación de “minoris ad maiorem””<sup>19</sup>.

En una primera sistematización de las causas de desheredación, nos encontramos con que el código recoge de forma diferenciada aquellas que corresponden con la desheredación de hijos y descendientes (art. 853), las que afectan a padres y ascendientes (art. 854), y las del cónyuge

---

<sup>17</sup> Cita ÁLVAREZ como fuente primaria de la doctrina de la desheredación parcial de VALLET DE GOYTISOLO, J., “Panorama de Derecho de sucesiones, perspectiva dinámica, Vol. II”, Civitas, Madrid, 1984, pp. 548 y ss. “El apartamiento y la desheredación”, ADC, vol. 21, no 1, 1968, pp. 21 y ss.

<sup>18</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “El alcance de la desheredación: la desheredación parcial, *op. cit.*

<sup>19</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia 675/1993 de 28 de junio de 1993 Roj: STS 4601/1993 - ECLI: ES:TS:1993:4601, ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade. FD. único.

(art.855), además de manifestar el solapamiento entre las causas de indignidad para suceder (art. 852).

Atendiendo a esta distribución, y en aras de la brevedad que se exige para el trabajo que estamos realizado, no plasmaremos una relación enunciativa el contenido del art. 756 del Código Civil, máxime tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria que extendió de forma notable su redacción, remitiéndonos a la vasta literatura existente acerca de estos elementos, y nos centraremos en las causas específicas recogidas en los artículos 853, 854 y 855, y lo haremos en orden descendiente para centrarnos en último lugar en el art. 853 cuyo apartado 2 ha sido objeto de intenso debate por la flexibilización del concepto de maltrato de obra, núcleo de este estudio.

En cuanto a las causas de desheredación del cónyuge, el art. 855.1 determina el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales. Es de significar que no procede la desheredación del cónyuge separado judicialmente o de hecho, pues por imperativo del art. 834 no existiría legítima alguna que privarle. En cuanto a esos deberes conyugales, debemos remitirnos al propio Código: igualdad en derechos y deberes (art. 66), respeto, ayuda y actuar en interés de la familia (art. 67), convivencia, fidelidad, socorrerse mutuamente, corresponsabilidad doméstica, y atención a familiares (art. 68). Precisamente por esta falta de socorro mutuo y por concurrir abandono del cónyuge, la STS 881/2003 admitió como válida una desheredación basada en estos motivos.<sup>20</sup>

La siguiente causa de desheredación es la pérdida de la patria potestad conforme al art. 170 del Código Civil (art. 855.2º). Ya en esta remisión podemos deducir que se requerirá sentencia firme “...por sentencia fundada...”, y aunque próxima a la causa de indignidad del 756.2º, se diferencia de ésta en el que, en lugar de ser impuesta por sentencia penal, lo es por sentencia civil firme, previa solicitud.<sup>21</sup>

Continúa el art. 855 en el apartado 3º mencionando como causa de desheredación del cónyuge, el haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge, causa que es común para ascendientes y descendientes, con las especialidades de cada caso. Para la alegación de esta causa no se necesitará sentencia judicial previa, sino que regirá la regla del art. 850. En cuanto a la obligación de alimentos entre parientes, recogida en los art. 142-153 del Código Civil, cabría discutir si es aplicable a “otras obligaciones legales y aun convencionales de contenido alimenticio, a las que la primera servirá como regulación supletoria”.<sup>22</sup> Es interesante señalar que nuestra jurisprudencia ha determinado que no es necesario que los alimentos se hayan

---

<sup>20</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia nº 881/2003 de 25 de septiembre de 2003 STS 5714/2003 - ECLI: ES:TS:2003:5714, ponente Alfonso Villagómez Rodil, FD. primero.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M. y GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, S. “Las causas de desheredación a la luz de la reforma operada en el Código Civil por la Ley 15/2015 en materia de jurisdicción voluntaria”. Actualidad Civil nº 11, Sección Derecho de sucesiones / A fondo, Noviembre de 2016, Editorial Wolters Kluwer. consultado en versión electrónica sin paginación en <http://www.laleydigital.es> última consulta 07 de diciembre de 2020.

<sup>22</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., “Regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes”, *Anuario de Derecho Civil*, UNED 2006, p.747.

reclamado judicialmente, pues nace “desde el momento que el alimentista los necesita para subsistir”<sup>23</sup>, ni que el necesitado se haya quedado materialmente sin ellos por habérselos facilitado un tercero, y ni siquiera exige mala fe o temeridad en la negativa. Pero sí ha estimado como requisito que exista un verdadero estado de necesidad en el testador, que éste no tenga fortuna suficiente o medios propios para poder procurárselos<sup>24</sup>, y que al menos extrajudicialmente los haya reclamado<sup>25</sup>. El momento temporal del nacimiento de la obligación se concreta en el que se tenga conocimiento del estado de necesidad<sup>26</sup>. Significar que para esta causa de desheredación pueda ser válida, la negativa del obligado alimentista no debe ser justificada -por ejemplo, por carecer de medios suficientes para procurarla, o por cumplir algún requisito del art. 152 - pues quedaría fuera del requisito “negativa injustificada” de la previsión legal. En cuanto al alcance de esta obligación alimentaria, en el caso de hijo a padre CABEZUELO ARENAS recuerda no será causa de desheredación limitarse al abono de una pensión suficiente como modalidad de pago, y que en ningún caso comporta la obligación de mantener al padre bajo el mismo techo que el hijo, postura jurisprudencialmente apoyada<sup>27</sup>. En la misma línea se expresa ECHEVARRÍA DE RADA al recordar que “lo decisivo a estos efectos es la existencia de una situación de necesidad puramente económica”<sup>28</sup>. También la jurisprudencia ha venido a perfilar el alcance de los alimentos al establecer que el afecto y el cariño no están comprendidos dentro de ese término<sup>29</sup>.

El cuarto y último apartado de este artículo establece como causa de desheredación “haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación”. El primer problema que nos plantea es de nuevo la similar redacción, en este caso, con el art. 756.1º del Código Civil. Para la doctrina tradicional el hecho de que la indignidad para suceder requiera de sentencia firme, y no así la causa de desheredación, era explicación suficiente. Pero no ocurre así con la doctrina más actual que estima necesaria una condena firme como elemento probatorio, y busca los elementos diferenciales en la posibilidad de reconciliación, recordando

<sup>23</sup> GUTIÉRREZ LIMA, B., “Causas de desheredación de los descendientes”, *ALCALIBE Revista Centro Asociado a la UNED “Ciudad de la Cerámica”*, Talavera de la Reina nº 18-2018, p. 288.

<sup>24</sup> Audiencia Provincial de Alicante (Sección novena con sede en Elche) Sentencia nº 496/2014 de 24 de octubre de 2014 Roj: SAP A 3408/2014 - ECLI: ES:APA:2014:3408, ponente José Manuel Valero Díez, FD. primero. También Audiencia Provincial de Murcia, Sentencia nº 183/1999 de 11 de junio de 1999, Roj: SAP MU 1670/1999 - ECLI: ES:APMU:1999:1670, ponente D. Antonio Salas Carceller, FD. segundo.

<sup>25</sup> ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, Ed. Reus, Madrid, 2018, p.24.

<sup>26</sup> ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, op. cit. p.38.

<sup>27</sup> Cfr. CABEZUELO ARENAS, A.L., *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 81-82.

<sup>28</sup> ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, op. cit. p.27.

<sup>29</sup> Audiencia Provincial de Madrid (sección 18), Sentencia nº 188/2005 de 06 de abril de 2005, Roj: SAP M 3736/2005 - ECLI: ES:APM:2005:3736, ponente Lorenzo Pérez San Francisco, FD. segundo.

además que para prevenir los efectos de la indignidad en un hecho subsumible en ambos preceptos, debe remitirse mediante documento público<sup>30</sup>.

Nos acercamos ahora a las causas de desheredación de padres y ascendientes, recogidas en el art. 854. En cuanto a las causas del apartado 1º (“haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el art. 170”) y 2º (“haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes, sin motivo legítimo”), nos referiremos a lo ya expuesto en este trabajo para la causas de desheredación del cónyuge, si acaso haciendo mención a que de forma reiterada la jurisprudencia ha mantenido la persistencia de la obligación de alimentos de padres a hijos más allá de su emancipación o de la pérdida de la patria potestad, mientras concurra necesidad<sup>31</sup>.

En cuanto al tercer apartado “haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiera habido entre ellos reconciliación”, añadir únicamente a lo ya expuesto que la reconciliación entre cónyuges vinculará a sus descendientes impidiéndoles desheredar, en base al principio de jerarquía familiar: “cuando el mismo cónyuge perdona, a los hijos también toca perdonar”, computándose incluso la vuelta a la convivencia bajo el mismo techo como reconciliación<sup>32</sup>.

Finalmente, el art. 853 recoge las justas causas de desheredación para hijos y descendientes. Su primer apartado 1º “Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda” ya ha sido tratado de forma análoga en este trabajo. Sin embargo, el apartado 2º “haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra” ha sido objeto de un interesante giro jurisprudencial en cuanto al concepto de maltrato de obra. La tradicional rigidez jurisprudencial en cuanto a la interpretación de las causas de desheredación, ha dado paso a una apertura interpretativa en cuanto al maltrato psicológico, que será objeto de estudio profundo en la segunda parte de este trabajo. Significar que la relevancia penal de este maltrato de obra o estas injurias graves, para ECHEVARRÍA DE RADA no tienen una relación directa como causa de desheredación, pues en el caso de delitos leves no es suficiente la condena penal como prueba de equiparación directa con la causa de desheredación, aunque generalmente se admite; no así a la inversa, pudiendo estimarse unos hechos como causa desheredatoria pese a existir una sentencia penal absolutoria sobre ellos. En el caso de las injurias graves, la misma autora las concreta en aquellas que han gozado de publicidad o repercusión fuera del ámbito

---

<sup>30</sup> GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M. y GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, S. “Las causas de desheredación a la luz de la reforma operada en el Código Civil por la Ley 15/2015 en materia de jurisdicción voluntaria”, op cit.

<sup>31</sup> SALAS CARCELLER, A., GONZALE POVEDA, P., DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, P. *et al.*, *Código Civil, comentarios, concordancias, jurisprudencia, doctrina administrativa e índice analítico*, A Coruña, Editorial Colex, 20<sup>a</sup> Edición 2020-2021, p. 791.

<sup>32</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Comentarios al Código Civil, Tomo XI, sección 9<sup>a</sup>, de la desheredación*, Madrid, Edersa, 2004 (consultada en formato electrónico sin paginación en <https://app.vlex.com/#WW/vid/231318> última visita 16/11/2020).

familiar, o que consten por escrito y que en su intencionalidad cuente el ánimo de agraviar (*animus injuriandi*), no así simple *animus informandi, criticandi*, reivindicatorio o defensivo<sup>33</sup>.

### 1.3. Efectos

En cuanto a los efectos de la desheredación, en primer lugar, habría que distinguir entre los efectos de la desheredación justa y la desheredación injusta<sup>34</sup>, sobre la que LASARTE ÁLVAREZ nos recuerda que sus efectos son muy similares a los de la preterición no intencional<sup>35</sup>.

Si la desheredación se ha considerado injusta dice el código que “anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudique a dicha legítima”. Duda la doctrina acerca del alcance de esta privación de la legítima en cuanto a sus límites, si debe ceñirse a la legítima estricta, o extenderse hasta la legítima larga<sup>36</sup>, para el caso de un heredero no mejorado cuya porción -por falta de mejora expresa o legados- deba acrecentar a otros coherederos. VALLET DE GOYTISOLO nos sistematiza las diferentes posturas doctrinales al respecto en tres grupos<sup>37</sup>:

- “Posición más amplia”, que entiende que debe extenderse a la cuota legal o viril del intestado, defendida escasamente.
- “Posición lata”, que considera que la extensión debe comprender la legítima larga. Se basa esta posición en que admitir una legítima estricta, supondría la mejora tácita del resto de coherederos, contrario al sentir del código que de forma general considera que éstas deben ser expresas.
- “Posición restrictiva”, que estima que la extensión debe abarcar únicamente el tercio de legítima corta, pues la privación del tercio de mejora no necesita más trámite ni justificación que la propia voluntad del testador.

En cuanto a la desheredación justa, el efecto inmediato es la privación de la legítima al desheredado, al ser precisamente uno de los casos expresamente determinado por la ley, tal y como recoge el art. 813. De la misma forma, se va a excluir al desheredado de la sucesión intestada si existe parte de la herencia sin disposición expresa, o cuando la desheredación es la única cláusula del testamento. En este último supuesto cabría diferenciar entre la desheredación hecha de forma anterior o posterior a otro testamento que sí dispusiera el destino del caudal relicto. Para el caso de que existiera un testamento anterior a la desheredación, en virtud del art.

---

<sup>33</sup> Cfr. ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., *op. cit.* pp.47,48,50,53,54,56-57.

<sup>34</sup> *Vid. p. 14-15.*

<sup>35</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, *op. cit.* p. 217.

<sup>36</sup> (*Territorio común*) La legítima larga se corresponde con la suma del tercio de mejora más el tercio de legítima estricta. La legítima corta se corresponde únicamente con el tercio de legítima estricta.

<sup>37</sup> VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Comentarios al Código Civil*, Tomo XI, sección 9<sup>a</sup>, de la desheredación, *cit.*

739, deberán entenderse revocadas en lo referente al desheredado. Y por la misma regla, el testamento posterior habrá de respetarse en cuanto se refiera al desheredado, tanto para mantenerlo en esa posición, como para rehabilitarlo como heredero.

Es interesante detenerse brevemente en el art. 857, pues según su regulación los efectos de la desheredación alcanzan únicamente al desheredado y no a su descendencia, que caso de existir pasarían a ocupar el lugar del desheredado en la legítima. Esto es, no puede entenderse la figura de la desheredación como aplicable por su extensión a toda la estirpe, sino de forma nominal, a aquel heredero legítimo por las causas y con los requisitos que ya hemos tratado. La STS 8001/1995, en un proceso cuya controversia giraba en torno a la figura del litisconsorcio pasivo necesario, lo recoge así: “son sus hijos, nietos del testador, los que ocupan su lugar en la legítima, son legitimarios que participan en aquella herencia por llamamiento que a ellos les hace la ley directa e inmediatamente”<sup>38</sup>.

#### **1.4. La desheredación en los ordenamientos forales**

Hasta ahora, este trabajo ha versado principalmente acerca de la institución de la desheredación en el territorio civil común. Pero llegados a este punto se hace necesaria una vista global de nuestro ordenamiento a través de los diferentes ordenamientos forales, tratando de localizar esta institución entre su regulación. Nos acercaremos a los ordenamientos de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco.

La gran peculiaridad del ordenamiento aragonés es sin duda la especialidad en cuanto a su legítima. Además de fijar su extensión, que será de la mitad del caudal relicto, el art. 486 CDFA otorga libertad al testador para repartir esta legítima como desee entre sus legitimarios. Podrá repartirlo en partes iguales o desiguales, e incluso privar de ella a alguno de ellos<sup>39</sup>. De esta forma, bastará con que prive a uno de los legitimarios para que sin más trámite se produzca una desheredación tácita. Otra nota característica de esta legítima es que los legitimarios son siempre descendientes, y además en cualquier grado, pudiendo darse el caso -a modo ejemplificativo- de que el testador repartiera su herencia entre nietos y no entre hijos. Pero el código aragonés incluye también mención expresa a la desheredación y sus causas, para supuestos posibles como la existencia de un único descendiente legitimario al que desheredar. Se encarga de ello el 510 CDFA: “*Son causas legales de desheredación: a) Las de indignidad para suceder. b) Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda. c) Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente, así como a su cónyuge, si éste es ascendiente del desheredado. d) Haber sido judicialmente privado de la autoridad*

---

<sup>38</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), STS 8001/1995 de 31 de octubre de 1995, Roj: STS 8001/1995 - ECLI: ES:TS:1995:8001, ponente Antonio Gullón Ballesteros, FD. tercero.

<sup>39</sup> 684 CDFA: “Legítima colectiva: 1. La mitad del caudal fijado conforme al artículo 489 debe recaer en descendientes, de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios. 2. Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo. Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal”.

familiar sobre descendientes del causante por sentencia fundada en el incumplimiento del deber de crianza y educación”.

En cuanto al derecho foral de las Islas Baleares, se realiza en su normativa una identificación de las causas de desheredación con las causas de indignidad para suceder: “Las causas de indignidad del apartado 1 son también justas causas de desheredación”<sup>40</sup>, remitiéndose expresamente al Código Civil para los demás casos<sup>41</sup>.

Sin duda merece especial atención el caso de Cataluña, que tras la reforma operada por la Ley 10/2008, de 10 de julio<sup>42</sup>, se eliminó como causa para desheredar el maltrato de obra para ampliarlo a maltrato grave e introduciendo una nueva y específica causa. Así, son causas de desheredación recogidas en el art. 451-17.2: “*a) Las causas de indignidad establecidas por el artículo 412-3. b) La denegación de alimentos al testador o a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador, en los casos en que existe la obligación legal de prestárselos. c) El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador. d) La suspensión o la privación de la potestad que correspondía al progenitor legitimario sobre el hijo causante o de la que correspondía al hijo legitimario sobre un nieto del causante, en ambos casos por causa imputable a la persona suspendida o privada de la potestad. e) La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario*”. De ellas, nos detendremos en los apartados c) y e), referidas al maltrato grave y la ausencia de relación entre causante y legitimario.

Como se puede observar, el apartado c) se diferencia con respecto al Código Civil en la sustitución del maltrato de obra por la expresión “maltrato grave”, lo que permitiría ampliar el alcance del término, por ejemplo, a cuestiones tan controvertidas como el maltrato psicológico que en el territorio común ha tenido que ser introducido por la vía jurisprudencial como una modalidad del maltrato de obra del 853.2. Además, ese mismo epígrafe extiende el objeto del maltrato al núcleo familiar del testador al incluir como causa desheredatoria el maltrato grave al “cónyuge o pareja estable”<sup>43</sup> así como a los ascendientes y descendientes. Con respecto a esta diferencia entre códigos, la reciente y extensa SAPL nº 322/2020 realza el valor la voluntad del testador en el código catalán, calificando la legítima como “una institución más frágil y endeble en la legislación catalana que en la del Código Civil”.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> Art. 7bis.3 CDCB. Nótese que las disposiciones sucesorias varían en el derecho balear entre islas, pero coinciden en las mismas causas de indignidad para suceder. *Vid. art. 69bis CDCB.*

<sup>41</sup> Art. 7bis.4 CDCB: “En los demás casos se aplica, supletoriamente, el Código Civil”.

<sup>42</sup> Comunidad Autónoma de Cataluña, Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, “DOGC” núm. 5175, de 17/07/2008, “BOE” núm. 190, de 07/08/2008.

<sup>43</sup> Tras la reforma operada por la disposición final 2.2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, que modifica la expresión “unión estable de pareja”, por “conviviente en pareja estable”.

<sup>44</sup> Audiencia Provincial de Lleida (Sección 02), Sentencia nº 322/2020 de 10 de mayo de 2020, Roj: SAP L 351/2020 - ECLI: ES:APL:2020:351, ponente María del Carmen Bernat Álvarez, FD. tercero.

Pero especial atención merece en la norma de Cataluña el apartado e) “La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario”. Como veremos con detalle en la segunda parte de este trabajo, la jurisprudencia ha admitido en el territorio civil común el maltrato psicológico como una modalidad de maltrato de obra. Precisamente, la ausencia de relación entre causante y legitimario se ha visto como un desencadenante de ese sufrimiento psicológico catalogado como maltrato, con las especialidades que ya veremos. Pero el ordenamiento catalán es pionero en este aspecto al otorgar una cobertura legal en la dirección aperturista de las causas de desheredación, incluyendo directamente la ausencia de relación como causa de desheredación, siempre que se den los requisitos que a continuación trataremos. Para que sea admitida la desheredación por esta causa, según GONZÁLEZ HERNÁNDEZ han de darse tres requisitos: “(i) La exteriorización de la conducta; (ii) Que sea reiterada o sostenida en el tiempo -conforme a los usos y al sentido común-; (iii) Que solamente sea imputable al legitimario desheredado, que no sea recíproca”<sup>45</sup>.

En cuanto a la primera parte, “manifiesta y continuada” presenta sendos problemas interpretativos, que hemos dividido en dos ámbitos diferentes: en lo referente a la *quantitas* y en lo referente a la *qualitas*. Con respecto al elemento cuantitativo que encierran estas expresiones, ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS manifiestan su preocupación acerca de la posible arbitrariedad con la que podría interpretarse este concepto, habida cuenta de la falta de precisión del legislador, manteniendo como un posible lapso aceptable el de 10 años, acorde con la doctrina comparada alemana y austriaca<sup>46</sup>. Por otra parte, los tribunales han añadido un plus definitorio cualitativo al requerir “*Que la ausencia de relación familiar sea manifiesta y continuada, es decir que sea "conocida" y "no esporádica", lo que es igual a la práctica inexistencia de vínculos no sólo afectivos sino de contacto físico y que estos sean "notorios" para todos los de su entorno*”<sup>47</sup>. Esto excluye de su aplicación a desavenencias puntuales que conllevan la ausencia de relación, o a aquellas que no han trascendido más allá de los afectados y no ha sido exteriorizada. Incluso, los tribunales han dado un paso más y admiten como válida esta causa de desheredación aún cuando se haya mantenido una relación puramente mercantil o profesional entre causahabiente y desheredado.<sup>48</sup>

El precepto legal incluye otro requisito, más problemático si cabe, referido a la imputabilidad exclusiva al legitimario de la ausencia de relación. El propio preámbulo de la norma catalana

---

<sup>45</sup> GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R., “La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 775, p. 2611.

<sup>46</sup> ARROYO AMAYUELAS, E., FARNÓS AMORÓS, E., “Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, abril 2015, p. 17.

<sup>47</sup> Audiencia Provincial de Barcelona (Sección catorce, Barcelona), Sentencia nº 37/2014 de 13 de febrero de 2014, Roj: SAP B 1280/2014 - ECLI: ES:APB:2014:1280, ponente Marta Font Marquina, FD. segundo.

<sup>48</sup> Audiencia Provincial de Barcelona (sección catorce, Barcelona) Sentencia nº 149/2014 de 30 de abril de 2014, Roj: SAP B 3359/2014 - ECLI: ES:APB:2014:3359, ponente Agustín Vigo Morancho, FD. segundo.

lo percibe y advierte como un punto de fricción interpretativo y probatorio: “*Con relación al desheredamiento, es destacable la adición de una nueva causa, que es la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último. A pesar de que, ciertamente, el precepto puede ser fuente de litigios por la dificultad probatoria de su supuesto de hecho, que puede conducir al juzgador a tener que hacer suposiciones sobre el origen de desavenencias familiares, se ha contrapesado este coste elevado de aplicación de la norma con el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia que es subyacente*”. Quizás por esa razón, la propia sentencia ya analizada SAP de 13 de febrero de 2014 se permite hacer un llamamiento a los fedatarios públicos para que no se limiten a citar literalmente la causa de la desheredación, “sino que solicitarán al testador una mayor explicación o razonamiento a fin de evitar situaciones injustas, y facilitar la labor de convencimiento de la realidad de la ausencia imputable al legitimario”. Parte de la doctrina ha llegado a considerar que la eliminación de la palabra “exclusivamente” del texto legal mitigaría -aunque no solucionaría- este problema consustancial a la propia redacción<sup>49</sup>. Lo que sí parece ser pacífico entre doctrina y jurisprudencia es que no puede imputarse al descendiente la ausencia de relación con la nota de exclusividad que requiere la norma, en aquellos casos en los que la falta de relación entre progenitor e hijo ha sido extendida en el tiempo e iniciada a una edad temprana, o incluso durante la minoría de edad, *p. ej.* por la separación o el divorcio de los progenitores<sup>50</sup>. CABEZUELO ARENAS califica como diferencia fundamental del sistema catalán con el común, el hecho de que para este ordenamiento sea indiferente que el causante haya sufrido ninguna penuria económica, ni ningún tipo de desconsideraciones<sup>51</sup>.

Cambiamos ahora de ordenamiento foral para acercarnos a Galicia, en cuyo territorio rige la Ley 2/2006, de 14 de junio<sup>52</sup>. Las causas de desheredación, recogidas en su art. 263<sup>53</sup>, son

---

<sup>49</sup> TARABAL BOSCH, J., “Reflexions sobre el llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions: encerts, interrogants i propostes de reforma. Jornada organitzada per l’Associació Catalana d’Especialistes en Dret de Successions. Cervera, 11 d’Octubre de 2014”, *Indret revista para el análisis del derecho*, ponente Meritxell Gabarró Sans, Barcelona, Julio 2015, p.18.

<sup>50</sup> Así lo defiende GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R., *op. cit.* p.2611. Y también Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 01, Barcelona), Sentencia nº 371/2017 de 13 de julio de 2017, Roj: SAP B 5972/2017 - ECLI: ES:APB:2017:5972, ponente María Teresa Martín de la Sierra García-Fogeda, FD. tercero: “*Es lógico que si los hijos crecen así, con esa ausencia de relación afectiva paterna, en la edad adulta dicha carencia se cronifique. Lo que de ningún modo puede hacerse es responsabilizar “exclusivamente” a los hijos de la situación*”. También hace referencia a ello *cfr.* ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., *op. cit.* p.82: “*no podemos ignorar que, en muchos supuestos, la hostilidad o la falta de relaciones entre padres e hijos tienen su origen en crisis matrimoniales, en las que los hijos pequeños o menores adolescentes resultan manipulados por el progenitor custodio*”.

<sup>51</sup> CABEZUELO ARENAS, A.L., Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC), *op. cit.*, p.87.

<sup>52</sup> Comunidad Autónoma de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, “DOG” núm. 124, de 29/06/2006, “BOE” núm. 191, de 11/08/2006.

<sup>53</sup> 263 LDCG: “Son justas causas para desheredar a cualquier legitimario: 1.<sup>a</sup> Haberle negado alimentos a la persona testadora. 2.<sup>a</sup> Haberla maltratado de obra o injuriado gravemente. 3.<sup>a</sup> El incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales. 4.<sup>a</sup> Las causas de indignidad expresadas en el artículo 756 del Código civil”.

prácticamente coincidentes con el derecho común, manteniendo como efecto de la desheredación la privación de la legítima, que en este territorio se establece para los descendientes en la cuarta parte del haber hereditario líquido conforme al art. 243 LDCG. Jurisprudencialmente nos encontramos con una interpretación ciertamente aperturista del maltrato de obra en la SAP La Coruña de 4 de diciembre de 2014, en línea con la novedosa para entonces jurisprudencia del Tribunal Supremo para el territorio común, que durante ese año viró de forma notoria en su interpretación al asimilar el maltrato psicológico causado por el abandono del testador como causa suficiente de desheredación: “concurre el maltrato de obra, precisamente, porque los actos de la actora en vida de su padre son claros: no atendió, cuidó ni se ocupó del mismo”.<sup>54</sup>

En cuanto al ordenamiento foral navarro, hemos de reseñar que nos encontramos ante la más atípica de las legítimas de los ordenamientos estudiados. Si bien este derecho foral dispone la libertad de disposición de bienes<sup>55</sup>, ésta encuentra su límite en la curiosa legítima de los descendientes, de contenido simbólico y no material: “*Ley 267. Concepto. La legítima navarra, tradicionalmente consistente en la atribución de “cinco sueldos ‘febles’ o ‘carlines’ por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles”, no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero.*

*La atribución de la “legítima navarra” con esta sola denominación u otra semejante a los legitimarios designados de forma individual o colectiva en el acto de disposición cumple las exigencias de su institución formal*<sup>56</sup>. Se puede observar como en la última modificación del texto el legislador ha querido actualizar la propia institución de la legítima, trasladándola desde plano de la vigencia, hasta el plano de la tradición. La anterior redacción “La legítima navarra consiste...”, en contraste con la actual “La legítima navarra, tradicionalmente consistente en...”, parece querer otorgar una especie de consagración de esta institución al elevarla al rango de tradición positivizada. Pero sea como fuere, no deja de ser en la práctica una forma de desheredación para el legitimario que se viera instituido en ella, pues como el propio texto dice, ni tiene contenido patrimonial, ni atribuye la cualidad de heredero. Además, con esta reciente modificación se ha querido facilitar el ejercicio de esta legítima desheredatoria -valga el

---

<sup>54</sup> Audiencia Provincial de La Coruña (sección 5, A Coruña), Sentencia nº 426/2014 de 04 de diciembre de 2014, Roj: SAP C 3208/2014 - ECLI: ES:APC:2014:3208, ponente Juan Cámara Ruiz, FD. segundo.

<sup>55</sup> Ley 148 CDCFN: “Libertad de disposición. Los navarros pueden disponer libremente de sus bienes sin más restricciones que las establecidas en el título X de este libro. Las disposiciones a título lucrativo pueden ordenarse por donación “inter vivos” o “mortis causa”, pacto sucesorio, testamento y demás actos de disposición reconocidos en esta Compilación. Solo en defecto de estas disposiciones se aplicará la sucesión legal. Toda disposición a título lucrativo puede hacerse puramente, con modo o bajo condición o término suspensivos o resolutorios. El día incierto se considera como condición”. *Vid* art. 149: “Ley 149. Donatario universal. Las donaciones “inter vivos” o “mortis causa” que comprendan los bienes presentes y futuros del donante confieren al donatario la cualidad de heredero”.

<sup>56</sup> Redacción modificada por la reciente ley Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, “BOE” núm. 137, de 8 de junio de 2019.

oxímoron- introduciendo un segundo párrafo donde da por válida la cláusula testamentaria que simplemente indique en su contenido la expresión “legítima navarra” o similar.

Para finalizar el estudio de los ordenamientos forales en cuanto a la desheredación, trataremos su estudio desde el ordenamiento foral del País Vasco. La particularidad de este ordenamiento se corresponde con su legítima que, con ciertas especialidades existentes en algunos de sus territorios con respecto a los legitimarios, el causante puede elegir cómo repartir la legítima entre los legitimarios de forma libre, al estilo de como ocurría en Aragón, pudiendo apartar si lo considera conveniente a alguno de ellos, expresa o tácitamente<sup>57</sup>. Esta regla encuentra su excepción en el Valle de Ayala, cuyos habitantes gozan de libertad absoluta para testar<sup>58</sup>.

### **1.5. Breve Referencia al Derecho Comparado: algunos datos legislativos**

Como final de esta primera parte, abordaremos brevemente la regulación de la desheredación en algunos ordenamientos jurídicos foráneos. Como punto de partida, nos haremos eco de clasificación de los diferentes sistemas en el Derecho comparado que realiza O'CALLAGHAN MUÑOZ<sup>59</sup>, quien los divide en tres grupos: (i) El primero se correspondería con aquellos en que la mera declaración formal de la desheredación es suficiente para privar de la legítima a los herederos, y que el auto identifica con el derecho romano primitivo -anterior a Justiniano- y el foral vizcaíno. (ii) En segundo lugar se encontrarían aquellos ordenamientos que no regulan la desheredación, pero sí regulan diferentes causas de indignidad para suceder y que tienen el efecto de privar de la legítima a los que las cometieren (Francia, Italia). (iii) En último lugar, estarían aquellos sistemas que admiten la desheredación por causa expresa y basada en la ley, citando el autor al derecho romano, a nuestro Código Civil, al suizo, al austriaco y al B.G.B. A esta división nosotros añadiremos como objeto de breve referencia la normativa sucesoria del Estado de Luisiana, de Estados Unidos de América, por su peculiaridad con respecto a su entorno geográfico y normativo.

Los códigos civiles francés e italiano tienen una conocida ascendencia común que se remonta al *code napoleónico* de 1804, que deriva en unas causas de indignidad similares. El actual *Code Civil* francés las recoge en su art. 727<sup>60</sup>, recientemente modificado por la Ley 2020-936 de 30

---

<sup>57</sup> 48 LDCV: “2. El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita. 3. La omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito. 4. La preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale a su apartamiento”.

<sup>58</sup> 89 LDCV: “1. Los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho”.

<sup>59</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Lección 13<sup>a</sup>, Desheredación*, Madrid, Edersa, 2004, (<https://app.vlex.com/#WW/vid/215805> visitado 18 de nov. de 2020) *Vid.* también Guía electrónica Jurídica Wolters Kluwer, desheredación (visitada el 18 de nov. De 2020).

<sup>60</sup> Art. 727 Code Civil: “Peuvent être déclarés indignes de succéder : 1° Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine correctionnelle pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt ; 2° Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine correctionnelle pour avoir volontairement commis des violences ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner ; 2° bis Celui qui est condamné, comme

de julio de 2020, destinada a proteger a las víctimas de violencia conyugal. Por su parte, el *Codice Civile* italiano recoge esta figura en su libro segundo, de las sucesiones, título primero, capítulo tercero, art. 463<sup>61</sup>, que también ha sufrido una modificación en su articulado para eliminar la referencia a la pena de muerte en los hechos calumniosos, sustituyéndola por hecho punible con pena no inferior a tres años de prisión (*reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a tre anni*).

En el caso de Alemania, como ya hemos referido, el código contempla unas causas de indignidad para suceder (§ 2339 BGB), pero también unas causas específicas para desheredar contenidas en § 2333, donde figuran las ya habituales causas motivadas por actos violentos o delictivos contra el testador y su entorno (apartados 1, 2 y 4), o la falta de procura de alimentos (apartado 3)<sup>62</sup>. Es interesante la disposición por la cual, aunque no se permite no desheredar, sí

---

auteur ou complice, à une peine criminelle ou correctionnelle pour avoir commis des tortures et actes de barbarie, des violences volontaires, un viol ou une agression sexuelle envers le défunt ; 3° Celui qui est condamné pour témoignage mensonger porté contre le défunt dans une procédure criminelle ; 4° Celui qui est condamné pour s'être volontairement abstenu d'empêcher soit un crime soit un délit contre l'intégrité corporelle du défunt d'où il est résulté la mort, alors qu'il pouvait le faire sans risque pour lui ou pour les tiers ; 5° Celui qui est condamné pour dénonciation calomnieuse contre le défunt lorsque, pour les faits dénoncés, une peine criminelle était encourue.

Peuvent également être déclarés indignes de succéder ceux qui ont commis les actes mentionnés aux 1° et 2° et à l'égard desquels, en raison de leur décès, l'action publique n'a pas pu être exercée ou s'est éteinte.” (obtenido en <https://www.legifrance.gouv.fr/codes> el 18 de nov. de 2020).

<sup>61</sup> Art. 463 Casi d'indegnità, E' escluso dalla successione come indegno (Cod. Civ. 466 e seguenti): 1) chi ha volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta, o il coniuge, o un discendente, o un ascendente della medesima (Cod. Civ. 801), purché non ricorra alcuna delle cause che escludono la punibilità a norma della legge penale (Cod. Pen. 45 e seguenti); 2) chi ha commesso, in danno di una di tali persone, un fatto al quale la legge penale dichiara applicabili le disposizioni sull'omicidio (Cod. Pen. 397, 579, 580); 3) chi ha denunciato una di tali persone per reato punibile (\*) con l'ergastolo o con la reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a tre anni, se la denuncia è stata dichiarata calunniosa in giudizio penale (Cod. Pen. 368); ovvero ha testimoniato contro le persone medesime imputate dei predetti reati, se la testimonianza è stata dichiarata, nei confronti di lui, falsa in giudizio penale (Cod. Pen. 372); 4) chi ha indotto con dolo (Cod. Civ. 1439) o violenza (Cod. Civ. 1434) la persona, della cui successione si tratta, a fare, revocare o mutare il testamento, o ne l'ha impedita; 5) chi ha soppresso, celato o alterato il testamento dal quale la successione sarebbe stata regolata; 6) chi ha formato un testamento falso o ne ha fatto scientemente uso (\*\*).

(\*) Si omette il riferimento alla pena di morte, soppressa sia per i delitti previsti dal codice penale (art.1, pt. I, d. lgs. lgt. 10 agosto 1944, n. 224), sia per i delitti previsti dalle leggi speciali diverse da quelle militari di guerra (art.1, pt. I, d. lgs. 22 gennaio 1948, n.21) (\*\*) L'art. 609 del codice penale dispone che la condanna per determinati reati a sfondo sessuale comporta "l'esclusione della successione della persona offesa". (Obtenido electrónicamente [http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/Lib2.htm](http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib2.htm) el 18 de noviembre 2020).

<sup>62</sup> Der Erblasser kann einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen, wenn der Abkömmling 1. dem Erblasser, dem Ehegatten des Erblassers, einem anderen Abkömmling oder einer dem Erblasser ähnlich nahe stehenden Person nach dem Leben trachtet, 2. sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen eine der in Nummer 1 bezeichneten Personen schuldig macht, 3. die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltpflicht böswillig verletzt oder 4. wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt wird und die Teilhabe des Abkömmlings am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist. Gleicher gilt, wenn die Unterbringung des Abkömmlings in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt wegen einer ähnlich schwerwiegenden vorsätzlichen Tat rechtskräftig angeordnet wird. (2) Absatz 1 gilt entsprechend für die Entziehung des Eltern- oder Ehegattenpflichtteils. (obtenido electrónicamente [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_2333.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_2333.html) el 18 de nov. De 2020).

privar o limitar de parte de la legítima al hijo pródigo, definido como aquel que haya alcanzado un elevado grado de derroche (*solchem Maße der Verschwendung*) o esté sobreendeudado (*überschuldet*). En ese caso los herederos del pródigo recibirán la parte de la legítima de la que fue privado, aunque también se ofrece la posibilidad de que se transfiera la administración de los bienes del causante a un albacea, generando una renta anual a cargo del caudal relicto y a beneficio del legitimario<sup>63</sup>. ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS analizan la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán referida a la desheredación (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*), remarcando la protección institucional que este tribunal le otorga a la legítima en aras del principio de protección de la familia, cuya privación deberá basarse en causas graves “que supongan una auténtica ruptura de la relación familiar”<sup>64</sup>.

En cuanto a Austria, es frecuentemente citado por la doctrina debido al antiguo contenido de su apartado 773a bis del Código Civil, que con diversas modificaciones estuvo vigente desde 1989 hasta 2016<sup>65</sup>. En él se otorgaba la posibilidad de que el testador que no hubiera tenido una relación cercana como era habitual entre parientes, viera reducida su porción hereditaria a la mitad, lo que causaba no pocas controversias interpretativas que incluso derivaron en sucesivas modificaciones del texto. Pudiera llamar la atención el hecho que mientras el resto de ordenamientos camina en una dirección aperturista y cada vez más flexible de las causas de desheredación, en Austria se haya optado por eliminar ésta posibilidad de desheredación parcial, pero si tenemos en cuenta que este artículo se introdujo para equiparar los derechos sucesorios de hijos legítimos e ilegítimos<sup>66</sup>, parece una explicación racional suponer que en el ánimo del legislador ha estado eliminar el problemático texto a causa de la superación en todos los ámbitos de las diferencias entre estos tipos de hijos. También en el ABGB se recoge de forma similar al código alemán -aunque más decidida-, la posibilidad de retirar la herencia al legitimario pródigo (*verschwenderischen*) para reservarla a favor de los hijos de éste. Lo que sí se recoge de forma expresa como causa de desheredación en el ordenamiento austriaco es el haber causado graves sufrimientos emocionales al testador<sup>67</sup>, lo que elimina la necesidad de interpretación jurisprudencial como ha ocurrido en España, y avanza en la senda de aceptar

<sup>63</sup> § 2338 Pflichtteilsbeschränkung: (1) Hat sich ein Abkömmling in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder ist er in solchem Maße überschuldet, dass sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird, so kann der Erblasser das Pflichtteilsrecht des Abkömmlings durch die Anordnung beschränken, dass nach dem Tode des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichtteil als Nacherben oder als Nachvermächtnisnehmer nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen. Der Erblasser kann auch für die Lebenszeit des Abkömmlings die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen; der Abkömmling hat in einem solchen Falle Anspruch auf den jährlichen Reinertrag.

<sup>64</sup> ARROYO AMAYUELAS, E., FARNÓS AMORÓS, E., “Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?”, *op. cit.* p.11-12.

<sup>65</sup> Puede consultarse una versión comparativa entre las diferentes modificaciones de la norma en <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/773a>, última visita 18 de noviembre de 2020.

<sup>66</sup> Ley Federal sobre la igualdad del hijo ilegítimo en la ley de sucesiones: Bundesgesetz v. 13 Dezember 1989 über die Gleichstellung des unehelichen Kindes im Erbrecht und die Sicherung der Ehewohnung für den überlebenden Ehegatten (Erbrechtsänderungsgesetz 1989 — ErbRÄG 1989) (BGBI 29 Dezember 1989).

<sup>67</sup> §770.4 ABGB: “dem Verstorbenen in verwerflicher Weise schweres seelisches Leid zugefügt hat”.

como causa válida aquella que causa daño grave al testador y a su núcleo más próximo, independientemente de su origen físico o psíquico.

Como última legislación estudiada, acudiremos al estado de Luisiana, en el sur de Estados Unidos, cuyo ordenamiento presenta la peculiaridad de conjugar notas comunes del Civil Law y el Common Law<sup>68</sup>, en sintonía con su historia española y francesa integrada en un territorio anglosajón. El art. 1493.A de su Código Civil<sup>69</sup> recoge una legítima destinada a los descendientes en primer grado que tengan una edad de 23 años o menos -tal y como matiza el apartado D del mismo artículo-, o padeczan incapacidad o enfermedad que les impida administrar sus bienes. Según IRIARTE ÁNGEL, el contenido de este artículo tiene raíces en el Common Law, donde no existen las legítimas como tal pero sí medidas de protección -alimentos- para familiares directos del testador que no tengan medios de subsistencia. Incluso llega el autor a sugerir este sistema como una deseable reforma “soft” de nuestro Derecho Sucesorio<sup>70</sup>.

Pero al igual que se dota de una legítima, el Código Civil de Luisiana contiene un sistema desheredatorio<sup>71</sup>, basado en causas justas para desheredar (art. 1620), que deben haber ocurrido antes de la desheredación (art. 1621.B), y haber sido expresada de forma clara con referencia a los hechos en que se basan (art. 1624), admitiéndose la reconciliación recogida de forma expresa, clara, y firmada por el testador (art. 1625). También se admite la desheredación del abuelo sobre los nietos, siempre que haya dirigido alguna de las conductas proscritas contra cualquiera de sus padres o abuelo (art. 1622). De las causas, bastante comunes al resto de ordenamientos estudiados en este trabajo, quizás merezca la pena destacar la recogida en el apartado 8 del art. 1621<sup>72</sup>, donde se expresa como causa de desheredación la falta de comunicación del hijo con los padres sin causa justificada durante un periodo de dos años, admitiéndose como eximiente de esta obligación el haber estado prestando servicio durante ese tiempo en alguna fuerza militar de los Estados Unidos.

---

<sup>68</sup> ARROYO AMAYUELAS, E., FARNÓS AMORÓS, E., “Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?”, *op. cit.* p.12.

<sup>69</sup> 1493.A CCL: “Forced heirs are descendants of the first degree who, at the time of the death of the decedent, are twenty-three years of age or younger or descendants of the first degree of any age who, because of mental incapacity or physical infirmity, are permanently incapable of taking care of their persons or administering their estates at the time of the death of the decedent”.

<sup>70</sup> IRIARTE ÁNGEL, FdB., “Indignidad para suceder, causas de desheredación, revocación de donaciones, ¿está el Tribunal Supremo adecuando nuestro sistema sucesorio a la realidad social?”, *Actualidad Civil*, nº 11, noviembre de 2018, Wolters Kluwer, La Ley 13908/2018. consultado en versión electrónica en <http://www.laleydigital.es> última consulta 07 de diciembre de 2020.

<sup>71</sup> Louisiana Civil Code, Book III -Of the different modes of Acquiring the ownership of things, Title II - Donations, Section 8. Puede consultarse íntegro en: <https://lccolaw.lsu.edu/?uid=60&ver=en#60> última visita 19 de noviembre de 2020.

<sup>72</sup> The child, after attaining the age of majority and knowing how to contact the parent, has failed to communicate with the parent without just cause for a period of two years, unless the child was on active duty in any of the military forces of the United States at the time.

## 2. INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN

### 2.1. Jurisprudencia tradicional

No puede comenzarse este apartado sin hacer referencia a la que posiblemente sea la sentencia más citada en materia de desheredación por su especial referencia a la interpretación de sus causas. Se trata de la STS 675/1993 de 28 de junio<sup>73</sup>. En esencia, el objeto de este proceso es la impugnación de una cláusula testamentaria de desheredación, cuya afectada, hija del causante, no estima adecuada la causa de desheredación del art. 853.2 del Código Civil argüida en el testamento, negando haber motivo para ella, y no creyendo suficiente lo argumentado por los herederos. Sobre los límites interpretativos del maltrato de obra y las injurias graves se pronuncia el tribunal en los términos que a continuación trataremos, con especial referencia al abandono y ausencia de trato en los últimos años de vida del causante, elemento que será capital para evaluar el posterior cambio de criterio del Supremo.

Con el fin de profundizar en el elemento fáctico de esta sentencia, nos adentraremos en la sentencia objeto del recurso de casación, que no es otra que la SAPV nº 261/1990 de 10 de julio de 1990<sup>74</sup>. Por ella podemos conocer que la recurrente no considera suficiente motivo de desheredación, en cuanto a las injurias graves, unas palabras suyas en el juicio de separación contencioso de sus padres. Estas palabras, argumentadas por los herederos demandados al objeto de probar como cierta la causa de desheredación (art. 850) y hechas suyas por el tribunal de instancia, corresponden con la respuesta a la pregunta del tribunal que conocía del divorcio, y que interrogaban “acerca de la condición única de empleada de cierta señorita, aclaró “no es cierto, puesto que tal señorita es una empleada y además la amante de mi padre”“. Por la sentencia de la audiencia conoceremos que esa señorita en cuestión posteriormente contraería segundas nupcias con su padre y testador, de la que era secretaria, viniendo a argumentar este tribunal la insuficiencia de estas declaraciones como causa desheredatoria, ya que se realizaron en el curso de un procedimiento judicial de divorcio “contencioso y respondiendo a un interrogatorio”, añadiendo que “no es posible conceptuarla como fruto de su libre voluntad utilizada en un ámbito o círculo privado o extrajudicial”. En cuanto al hecho de la falta de interés hacia el testador en la fase final de su vida, aunque tampoco lo prueban los herederos, el tribunal se adentra en esta cuestión manteniendo que, respecto a las causas de desheredación, “su trascendencia sería inocua, en cuanto revelaría una carencia de afectividad, que no aparece recogida como causa legal de desheredación”.

Sobre estos mismos elementos materiales se pronuncia el Supremo en la Sentencia nº 675/1993, en unos términos que serán posteriormente utilizados de forma frecuente por la doctrina e incluso por la jurisprudencia postrera hasta el año 2014. Se expresa así la Sala con respecto a

---

<sup>73</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia nº 675/1993 de 28 de junio de 1993 Roj: STS 4601/1993 - ECLI: ES:TS:1993:4601, ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade. FD. único.

<sup>74</sup> El Tribunal Supremo en su Sentencia nº675/1993 referenciada *supra*, en su FD. segundo yerra al situarla en Sevilla, siendo la referencia correcta: Audiencia Provincial de Valencia (sección sexta) Sentencia nº 261/1990 de 10 de julio de 1990, Roj: SAP V 2/1990 - ECLI: ES:APV:1990:2, ponente Eugenio Sánchez Alcaraz.

las injurias vertidas en el procedimiento de divorcio: “El contenido de la declaración que prestó la actora en el procedimiento de divorcio, como bien dice el Tribunal “a quo”, vino forzado por el contenido de la pregunta y la obligación de decir verdad, y de cualquier modo, estuvo ausente el *animus injuriandi*, indispensable en estos casos”. Pero si algo apasionante hay en el estudio jurisprudencial es la posibilidad de seguir la pista argumental del tribunal para tratar de remontarse a los orígenes de su propio criterio, y en este caso la sentencia más antigua que hemos podido encontrar se remonta al año 1975, donde en un caso con fundamento fáctico prácticamente idéntico, se argumenta con mayor amplitud y de una forma más concreta acerca del necesario *animus injuriandi* como elemento nuclear para admitir la causa de desheredación por injurias graves: “ponen de manifiesto que el desheredado no tuvo el propósito de agraviar el honor de su progenitor y que, por ende, falta el *animus injuriandi* cuya existencia es necesaria para viabilizar la causa de desheredación de que se trata”<sup>75</sup>. Pero si hay una parte del texto de la sentencia del 1993 que ha sido referencia, es la expresada con ocasión de redarguir el tribunal la validez de unas “alusiones genéricas” hechas por los herederos acerca de otras injurias o insultos: “*ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no solo proclama el artículo 848 del texto legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de sucesión legitimaria; no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extintiva, ni siquiera la argumentación de “minoris ad maiorem”*“. Pero la influyente argumentativa jurisprudencial no acaba ahí sino que, finalizando ya también el fleco fáctico que tenemos pendiente que es la falta de relación entre la desheredada y el causante en los últimos años de su vida, fundamenta el tribunal: “*la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc, etc, son circunstancias y hechos que de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valorización jurídica, y que en definitiva solo están sometidos al tribunal de la conciencia*”. Esta fue su doctrina: el tribunal admite sufrimiento en el causante “abandono sentimental sufrido”, pero lo circscribe “al campo de la moral”, campo sobre el que sólo goza de jurisdicción el “tribunal de la conciencia”, por el hecho de tratarse de un sufrimiento de origen interno, mental, psicológico y no físico, plano éste al que únicamente parece hacer extensivo el concepto de maltrato de obra el tribunal.

El maltrato en el plano físico es también el argumento determinante para reconocer como causa de desheredación en la STS 0632/1995, el hecho de que la testadora fuera expulsada de casa por su nuera, sin que su hijo lo impidiera, pasando a vivir de manera precaria “sin ser mínimamente atendida”, recalando el tribunal que los hechos merecen “la descalificación moral y física que tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación declaran ser constitutivas de maltrato”<sup>76</sup>. Si bien observamos un reproche moral en la sentencia, no es

---

<sup>75</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia nº 32/1975 de 09 de octubre de 1975, ponente Gregorio Díez Canseco y de la Puerta. FD. primero.

<sup>76</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia nº 0632 de 26 de junio de 1995, Roj: STS 3736/1995 - ECLI: ES:TS:1995:3736, ponente Rafael Casares Córdoba, FD. segundo.

menos cierto que el nexo que justifica la admisión como maltrato de obra se sitúa en el plano físico. Aunque es un avance en la apertura delimitativa del concepto de maltrato de obra, calla la sentencia sobre el sufrimiento puramente psicológico, aunque difumina su frontera con el plano físico al admitir como maltrato el permitir que la testadora viviera de forma precaria, sin atención y en una vivienda en estado ruinoso.

Como última sentencia invocada para este apartado acerca de la interpretación tradicional de las causas de desheredación, citaremos la STS 954/1997, mediante la cual el tribunal se viene a pronunciar acerca de la concurrencia de causa de desheredación en el comportamiento de unos hijos desheredados por su padre, con el que no convivieron, ni mantuvieron relación y “le privaron al testador de su presencia en vida para confortarle de sus dolencias mortales y ni siquiera acudieron al entierro”. Desestima este motivo como causa desheredatoria, aludiendo a la rigidez de la jurisprudencia respecto a las causas de desheredación: “por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley”<sup>77</sup>.

## **2.2. Giro Jurisprudencial: Sentencias del Tribunal Supremo nº 258/2014 y nº 59/2015**

Como hemos podido apuntar, la jurisprudencia se mantuvo pacífica durante más de una década de interpretación restrictiva de las causas de desheredación, pero en referencia al concepto de maltrato de obra, la sentencia del Tribunal Supremo nº 258/2014 supuso una ruptura no ya con la rigidez interpretativa de las causas, sino con el propio concepto de maltrato de obra<sup>78</sup>. En este caso, las sentencias de instancia y de la audiencia consideraron probados los insultos y menoscabos reiterados que hijo e hija profirieron a su padre, el causante, que procedió a desheredarles mediante cláusula testamentaria. A la hija por haberla injuriado gravemente de palabra, y al hijo por haberle maltratado gravemente de obra, además de las injurias graves. Consideran los recurrentes que éstas no son causas suficientes de desheredación dada la “interpretación restrictiva de la institución”, con expresa referencia a la STS nº 675/1993 que conocimos en el epígrafe anterior de este trabajo, argumentando con la misma base jurisprudencial que el abandono sentimental o la falta de relación afectiva no debe ser causa de desheredación, recordando que deben ceñirse al campo de la moral.

Pero todos los tribunales intervenientes introdujeron un nuevo elemento que supondrá un verdadero cambio jurisprudencial: el maltrato psicológico. Se considera probado que el causante fue objeto “sobre todo, de un maltrato psíquico voluntariamente causado por los actores que supuso un auténtico abandono familiar”. Es ampliamente elocuente el propio texto jurisprudencial al afirmar que no es contradictoria la imposibilidad de analogía o de interpretación extensiva de la figura desheredatoria, pues ello no es óbice para que la concreta causa, que sí está admitida por la ley, sea interpretada o valorada con un “criterio rígido o

---

<sup>77</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia nº 954/1997 de 04 de noviembre de 1997, Roj: STS 6536/1997 - ECLI: ES:TS:1997:6536, ponente Jesús Marina Martínez-Pardo, FD. cuarto.

<sup>78</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia nº 258/2014 de 3 de junio de 2014, Roj: STS 2484/2014 - ECLI: ES:TS:2014:2484, ponente Francisco Javier Orduña Moreno.

sumamente restrictivo”. Añade además que los malos tratos o injurias graves de palabra, de acuerdo con su naturaleza deben interpretarse de una forma “flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen”. Acerca de esta realidad social cambiante, GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR hace hincapié en el incremento de los casos de abandono de las personas mayores, cuya esperanza de vida aumenta con el consecuente incremento en su deterioro, que requiere de cuidados especiales, realidad ésta que hace necesario una adaptación normativa de la institución desheredatoria<sup>79</sup>.

Sobre esta nueva realidad social y su relación con el maltrato psicológico sigue el tribunal pronunciándose:

*“...en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto (...) la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante”.*

Este argumentario acerca de la inclusión del maltrato de obra como un modo de maltrato psicológico lo refuerza además con la referencia expresa al criterio de conservación de los actos y los negocios jurídicos, y dentro del Derecho sucesorio con el principio de “favor testamenti”.

Pero si existe un punto de ruptura con la anterior línea jurisprudencial en esta sentencia, es la referente a la delimitación de la frontera del “abandono emocional” entre los campos de la “libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental”, y el maltrato de obra. Esa frontera podemos situarla en el momento que esta ruptura afectiva causa un maltrato psicológico y retirado, originado por una conducta de menoscabo y de abandono familiar “incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación”. Como observamos, la sala hace un esfuerzo modernizador y aperturista hacia la flexibilización de las causas de la desheredación, pero no de una forma directa que contravenga radicalmente la anterior línea, sino mediante un mecanismo indirecto de flexibilización del concepto de maltrato de obra, una institución integrada en la causa misma, adaptándolo como a la nueva realidad social, y acercándose a lo que ya desde el 2008 se venía reconociendo de forma abierta en la legislación de Cataluña.

La desheredación no es la única institución que ha visto flexibilizada sus causas por la extensión del término maltrato de obra hacia la aceptación del maltrato psicológico como una modalidad de ésta. Para la doctrina, tal y como apunta MARTÍNEZ VELENCOSO, la desheredación

---

<sup>79</sup> GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, L., “El cambio de sesgo en la jurisprudencia en torno a las causas de desheredación en el Derecho común español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 755, p. 1614.

guarda relación con la causa de revocación de la donación, fundamentada en la ingratitud del donatario<sup>80</sup>. En sede jurisprudencial, la STS nº 422/2015 introduce también el criterio interpretativo de la realidad social, y es precisa en esta y otras cuestiones al admitir que “*de acuerdo con los criterios interpretativos de la realidad social del momento de aplicación de la norma y su propia finalidad, el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 del Código Civil.*

*En efecto, en el marco interpretativo expuesto, no cabe duda de que en la actualidad el maltrato de obra o psicológico del donatario, como conducta socialmente reprobable, reviste o proyecta caracteres delictivos que resultan necesariamente ofensivos para el donante. Del mismo modo que su comisión atenta a los más elementales deberes de consideración y gratitud hacia el donante, dotando de fundamento a la revocación de la donación por ingratitud como sanción impuesta a los donatarios que infringen dicho deber básico de consideración hacia el donante*”<sup>81</sup>.

Al año siguiente, el mismo tribunal mediante el mismo ponente dictó la STS 59/2015 de 30 de enero<sup>82</sup>, en cuyo fundamento de derecho primero entra a conocer como cuestión de fondo, la interpretación del apartado segundo del art. 853 para integrar el maltrato psicológico en ella. Es de significar que la sentencia de instancia ya había comprendido como maltrato de obra el hecho de que el hijo hubiera desposeído de todos sus bienes a su madre, impidiéndole “afrontar dignamente su etapa final de vida”, catalogándose como un maltrato psíquico permanente e intenso. Sin embargo, la Audiencia Provincial en apelación lo revoca por entender que no es causa de desheredación, por más que reconozca el grave daño psicológico causado: “*De ahí la conclusión que hemos alcanzado por mucho que pueda repeler el comportamiento del apelante y afectivamente hubiere afectado como es lógico a su madre (...) Lo que acontece es que, aunque la desheredación es una institución de derecho civil concedida al testador para reprimir las graves faltas de aquellos que debieren heredarle (...) por el criterio restrictivo ya señalado, con la regla general de la intangibilidad de la legítima y naturaleza sancionadora de este instituto que igualmente ya fue apuntada, no puede extenderse su aplicación a casos diversos de los contemplados expresamente en la regulación legal (...) y de ahí que aunque puedan concurrir casos análogos o más graves, entre los que perfectamente pudiere*

---

<sup>80</sup> MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., “El maltrato psicológico como causa de revocación de la donación”, *Diario La Ley*, Nº 8633, Sección Documento on-line, 27 de Octubre de 2015, LA LEY, *Diario La Ley*, Nº 8647, Sección Tribuna, 17 de Noviembre de 2015, Ref. D-428, LA LEY, LA LEY 6565/2015. Consultado en versión electrónica en <http://www.laleydigital.es> última consulta 05 de diciembre de 2020.

<sup>81</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia nº 422/2015 de 20 de julio de 2015, Roj: STS 4153/2015 - ECLI: ES:TS:2015:4153, ponente Francisco Javier Orduña Moreno, FD. tercero 3. Reseñamos también para facilitar la lectura, el art. 648.1 del Código Civil: “*También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes: 1.º Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante*”.

<sup>82</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia nº 59/2015 de 30 de enero de 2015, Roj: STS 565/2015 - ECLI: ES:TS:2015:565, ponente Francisco Javier Orduña Moreno.

*comprenderse el presente, los mismos quedan al margen de dicho instituto*<sup>83</sup>. Esa interpretación restrictiva de la institución es rechazada por el Supremo (FD. segundo y tercero), y declara la integración del maltrato psicológico en el concepto de maltrato de obra del 853.2, especialmente en un proceso donde este tipo de maltrato había sido demostrado de forma clara y sin matices en ambas instancias. Y por centrar el comportamiento que el tribunal considera maltrato de obra en la vertiente psicológica, se refiere expresamente al trato desconsiderado de un hijo a una madre, a la que despojó de todos sus bienes y obligó a realizarle una donación fraudulenta con él y sus hijos como beneficiarios, lo que le provocó una “*inevitable afección en el plano psicológico o psíquico, intolerable a la luz de la realidad social en la que resulta altamente reprobable el hostigamiento económico habido del hijo para con su madre*”. De nuevo aparece como elemento interpretativo la realidad social, y se añade el hostigamiento económico como un tipo de maltrato de obra por la afectación psicológica que acarrea, al acontecer entre personas unidas por lazos familiares que deben procurarse unos mínimos de cuidados y respeto. Esta línea ha sido seguida hasta la más actual jurisprudencia, entre la que podemos citar la STS 267/2019, cuyo fundamento de derecho 3º.10, que por su capacidad de síntesis expondremos, configura al maltrato psicológico “*como una injustificada actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el art. 853.2*”<sup>84</sup>.

### **3.3. Nuevos horizontes de flexibilización: Sentencia del Tribunal Supremo nº 104/2019**

La sentencia que ahora tratamos<sup>85</sup> no encuentra su fundamento fáctico en ninguna causa de desheredación, sino en una petición de modificación de medidas, por las que un padre (el alimentista) solicitaba la extinción de la obligación de alimentos sobre sus hijos mayores de edad por diversas razones, entre las que se encontraba la “nula relación personal de los alimentistas con el alimentante”. Más concretamente, se toman como hechos probados que uno de los hijos no hablara con el padre desde hace más de 10 años, o que no hubiera tratado de ponerse en contacto con él; mismo caso su hermana, cuyo lapso temporal sin contacto ascendía a 8 años. Se acredita por tanto una situación donde por un lado tenemos unos descendientes que se niegan a relacionarse con su padre, decisión tomada de forma libre, y por otro una obligación impuesta para con ellos, la de alimentos. Mientras que la sentencia de instancia acerca a considerarla “una suerte de enriquecimiento injusto”, nosotros tratamos paralelamente de confrontarla con la desheredación: por un lado existe una obligación patrimonial (legítima), y por otro una decisión libre de rechazo al contacto con el progenitor. La Audiencia Provincial

---

<sup>83</sup> Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3ª) Sentencia nº 336/2013 de 24 de julio de 2013, Roj: SAP CS 783/2013 - ECLI: ES:APCS:2013:783, ponente Rafael Giménez Ramón, FD. séptimo.

<sup>84</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia nº 267/2019 de 13 de mayo de 2019, Roj: STS 1523/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1523, ponente Francisco Javier Orduña Moreno, FD. tercero.10.

<sup>85</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia nº 104/2019 de 19 de febrero de 2019, Roj: STS 502/2019 - ECLI: ES:TS:2019:502, ponente Eduardo Baena Ruiz.

conocerá del recurso presentado por los alimentistas, y que desestimará, pero con otro fundamento de hecho que sí se ve respaldado por el Tribunal Supremo. En lugar de estimar esa suerte de “enriquecimiento injusto” que defendía el órgano de instancia, el Supremo centra su atención en el art. 152.4º<sup>86</sup>, donde se dispone que se cesará en la obligación de alimentos cuando se hubiera cometido alguna de las faltas que dan lugar a la desheredación. Y entre esas faltas, el Tribunal lo pone en relación con el apartado 2º del 853 “haberle maltratado de obra o injuriado gravemente”, causa que venimos analizando durante todo este trabajo.

Es especialmente prolífico el tribunal en esta sentencia a la hora de fundamentar su decisión, hasta el punto de comenzar haciendo eco del sentir respecto de la revisión de la legítima, que recogemos íntegra porque resume en unas líneas gran parte de la fundamentación de esa ya tratada realidad social, cuyo interés parece alinearse cada vez de una forma más clara, con la flexibilización de las causas de desheredación y la flexibilización de la legítima: “*Entre las iniciativas que propugnan la revisión de la legítima, una de ellas es la tendente a que se extiendan y modernicen los casos legales de desheredación de los legitimarios, pues las modernas estructuras familiares propician e incluso no hacen extrañas, situaciones en las que los progenitores han perdido contacto con alguno o todos de sus hijos. Otras veces ya no es tanto la pérdida de contacto, sino relaciones entre progenitor e hijo francamente malas. Estas tensiones no son nuevas, pero hoy día pueden haberse incrementado, pues, con frecuencia, existen sucesivos matrimonios, que conlleva sucesivos núcleos familiares, con hijos de un vínculo anterior y otros del posterior, con intereses no siempre uniformes*”<sup>87</sup>. Nótese que aquí el tribunal trata la cuestión de unos tipos de familias cada vez más frecuentes, como son aquellos formados por núcleos familiares sucesivos, formados tras la separación de los anteriores, y que no solo pueden dar lugar a “intereses no siempre uniformes”, sino como estudiábamos en el caso de la legislación de Cataluña y del Estado de Luisiana, a situaciones de ausencia de contacto desde temprana edad de los hijos, que mantenidas en el tiempo, no se le pueden imputar exclusivamente a ellos pues su inicio se produjo en tiempos de minoría de edad e incluso de ausencia de razón.

Sigue el tribunal refrendando la nueva doctrina ya conocida de convalidar como causa desheredatoria integrada en el maltrato de obra, el maltrato psicológico, entendido como aquel que causa un menoscabo o lesión de la salud mental. Ante las voces que han podido evidenciar una posible contradicción entre esta extensión con la tradicional interpretación restrictiva, también tratada en este trabajo, el tribunal conceptualiza dos planos que confluyen en las causas de desheredación: “*Creemos que se han de diferenciar dos planos. De un lado admitir esa extensión de las concretas causas previstas haciendo una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen, a la espera de que el legislador aborde la reforma legislativa para su positivación. De otro, hacer una*

---

<sup>86</sup> 152.4 del Código Civil: “Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”.

<sup>87</sup> FD. Tercero, apartado 4.

*interpretación rígida y restrictiva a la hora de valorar la existencia de tales causas, en atención al espíritu sancionador que las informa*”<sup>88</sup>. A lo anterior acompaña un recorrido por diversas instituciones y jurisprudencia relacionada, como la ya tratada acerca de la integración del maltrato psicológico como causa de ingratitud para la revocación de las donaciones. Acerca de esta causa de ingratitud del 648.1 del Código Civil, recuerda que el concepto de “delito” y “persona, honra y otros bienes” ha de interpretarse en un sentido amplio, laxo, pues no es necesaria sentencia previa que lo declare, ni el delito debe estar recogido como tal aunque tenga caracteres de ello, sino que basta con que sea “socialmente reprobable” y el donante sea ofendido en su gratitud. Estas mismas características son las que atribuye el tribunal al maltrato de obra o psicológico: (i) socialmente reprobable, (ii) reviste o proyecta caracteres delictivos, (iii) resultan necesariamente ofensivos para el donante.

Para centrar el debate, se interroga la sala si se puede acudir a una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme a la realidad social, para hacerla extensible a la causa de extinción de alimentos cuando el hijo decide no mantener relación alguna con su padre. Son recurrentes a lo largo de toda la sentencia las referencias al Código Civil Catalán donde parece resuelto este problema, según jurisprudencia menor: “*cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley es lícita su privación. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales*”<sup>89</sup>. Y sobre esta argumentación deducida al aplicar el CCC, afirma categóricamente el Tribunal Supremo que es “perfectamente extrapolable al derecho común”, lo que conllevaría aceptar esta interpretación flexible de las causas de desheredación para la extinción de la obligación alimenticia, situándose en el segundo de los dos planos en los que el tribunal dividió la institución. Para SÁNCHEZ GONZÁLEZ esta sentencia va más allá de la falta de relación como causa de desheredación ya que, debido al carácter general de sus afirmaciones, “podrían extenderse a otras causas de desheredación no recogidas en los preceptos legales”<sup>90</sup>. Según CABEZUELO ARENAS, en referencia a la falta de relación entre herederos y causante, no es suficiente el simple trascurso del tiempo concurriendo esa ausencia de trato para ser considerado causa de desheredación, pues nos encontraríamos ante lo que denomina “sistema fáctico de desheredación”. Sitúa el elemento diferenciador en el sufrimiento del testador, pues no sería admisible la desheredación cuando la falta de relación ha transcurrido de forma respetuosa, madurada y consciente “sin experiencia traumática alguna”. Este criterio diferenciador lo extiende también a los casos en los que los hijos deciden internar a sus padres en residencias de ancianos. Este hecho, por sí mismo y pese a sus habituales connotaciones

---

<sup>88</sup> FD. Tercero, apartado 5.

<sup>89</sup> FD. Tercero, apartado 8.

<sup>90</sup> Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., “Un paso más hacia la flexibilización de las causas de desheredación del Código Civil (Comentario a la STS 104/2019 de 2 de febrero), *Revista Jurídica del Notariado*, nº 108-109, enero-junio 2019, p. 524.

negativas, no supone elemento maltratador alguno, pudiendo incluso ser signo de preocupación y cuidados al causante, pero si va acompañado de abandono del mayor que le cause ese sufrimiento y menoscabo mental, por bien atendido físicamente que esté, si pudiera plantearse la concurrencia de causa de desheredación<sup>91</sup>. Igualmente, ECHEVARRÍA DE RADA recuerda que “el desapego es algo distinto del maltrato”<sup>92</sup>.

Como podemos observar, el tribunal esta siendo protagonista por la vía jurisprudencial de un avance hacia la flexibilización de las causas de desheredación, camino que ya inició el legislador catalán en su reforma del CCC de 2008, y que parece ir en sintonía con la nueva realidad social, a la que nos acercaremos en la tercera parte de este trabajo.

### 3. EL FUTURO DE LA DESHEREDACIÓN

#### 3.1. Retos de la Desheredación

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la desheredación no es una institución aislada dentro del Derecho de sucesiones, sino que se interrelaciona con otros elementos que configuran el traspaso post mortem de los bienes y derechos de una persona. Aunque su relación es cercana a institutos civiles como la indignidad, las donaciones o la capacidad, es sin duda con la legítima con quien guarda tan estrecha relación como las dos caras de una moneda. Por tanto, para hablar del futuro de la desheredación es necesario hablar del futuro de la legítima. Como hemos podido comprobar, los ordenamientos forales con los que compartimos territorio regulan de una forma más flexible y abierta ambas instituciones cuando lo hacen de forma diferenciada al derecho común. Desde posiciones radicales como la libertad absoluta de testar (Valle de Ayala – País Vasco), a lugares donde se establece la cuota legítima pero que podrá ser libremente distribuida entre sus herederos (País Vasco – Aragón), pasando por Cataluña, donde se añade una causa de desheredación más al elenco de posibilidades recogidas en la Ley. Siendo todas las regulaciones divergentes en sentido hacia la ampliación y flexibilización, podemos deducir que en nuestro propio territorio la balanza entre derecho a disponer y derecho a heredar se va inclinando hacia la primera. Aunque es un debate que viene de lejos, desde la época codificadora como hemos visto, existen diferentes elementos que provocan que el debate sobre sucesiones, legítimas y desheredaciones sea un debate vivo, fresco. Y prueba de ello es que, como apunta PEREÑA VICENTE, desde comienzos de este siglo XXI se afianza la tendencia general en los ordenamientos jurídicos hacia la reducción de la legítima y al refuerzo de la libertad del testador<sup>93</sup>.

---

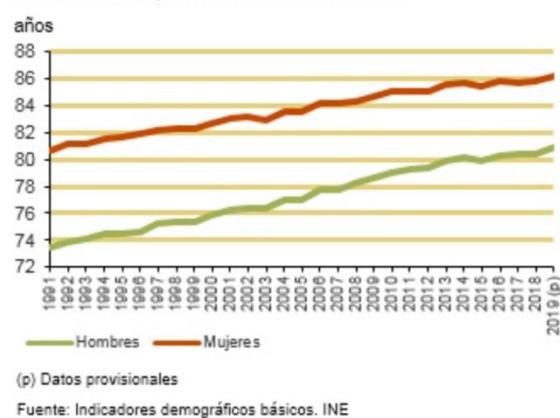
<sup>91</sup> CABEZUELO ARENAS, A.L., Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC), op. cit. pp.89-90 y 123-133.

<sup>92</sup> Cfr. ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil, op. cit. p.99.

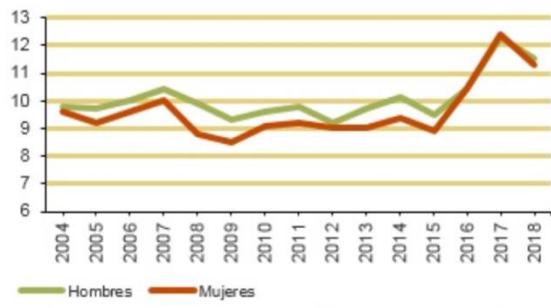
<sup>93</sup> Cfr. PEREÑA VICENTE, M., “La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código Civil español”, La Ley Derecho de familia, nº 22, segundo trimestre de 2019, Wolters Kluwer, II.2. Consultado en su versión electrónica en <http://www.laleydigital.es> última consulta el 05 de diciembre de 2020.

El Derecho de Sucesiones regula los actos sucesorios de una sociedad cambiante, y con ella sus necesidades. Existe un elemento físico íntimamente ligado a las sucesiones como es la esperanza de vida del causante. En España, entre el periodo 1991-2019 la esperanza de vida ha pasado de 73,5 años a 80,9 para hombres, y de 80,6 años a 86,2 años para mujeres<sup>94</sup>. Este incremento de la edad de los causantes podría suponer un aumento del deterioro de su estado físico o cognitivo, pues no siempre los últimos años de vida se goza de buena salud, y ambos elementos, esperanza de vida y estado de salud deberían tenerse en cuenta a la hora de evaluar nuestro sistema sucesorio. Comparando ambos elementos, podemos observar como la esperanza de vida en buena salud permanece similar a los 65 años, con importantes fluctuaciones en el periodo 2017-2018<sup>95</sup>.

Evolución de la esperanza de vida al nacimiento



A los 65 años



De la confrontación de ambas variables podemos deducir que mientras la esperanza de vida va en aumento, la calidad de salud no lo hace, salvo las fluctuaciones observadas. Y en estos datos que presentamos no se tiene en cuenta la actual pandemia provocada por el SARS-CoV-2, donde los mayores de 65 años han sufrido especialmente sus consecuencias, siendo este grupo de población el que ha soportado el 70% de la mortalidad de la COVID-19<sup>96</sup>.

Que la variabilidad de la mortalidad, la calidad y la esperanza de vida implica una evidente traslación al plano social acerca de las necesidades de los potenciales testadores sobre el Derecho Sucesorio, se ha dado buena cuenta durante la actual pandemia, especialmente en materia desheredatoria. La vulnerabilidad de las personas mayores a causa de la pandemia y su

<sup>94</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, Esperanza de vida ([https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INESeccion\\_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&page=ProductosYServicios/PYSLayout](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&page=ProductosYServicios/PYSLayout) última visita 22 de noviembre de 2020).

<sup>95</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, Esperanza de vida en buena salud ([https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es\\_ES&c=INESeccion\\_C&cid=1259926378861&p=1254735110672&page=ProductosYServicios%2FPYSLayout](https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926378861&p=1254735110672&page=ProductosYServicios%2FPYSLayout), última visita 22 de noviembre de 2020).

<sup>96</sup> GRUPO DE TRABAJO MULTIDISCIPLINAR, Informe del GTM sobre el impacto de la COVID-19 en las personas mayores, con especial énfasis en las que viven en residencias, Ministerio de Ciencia e Innovación. p.1.

dependencia de familiares cercanos motivada por el aislamiento, han hecho aflorar situaciones de desapego y abandono familiar de los que la prensa se ha hecho eco ampliamente<sup>97</sup>, motivando con ello un incremento muy notable en las consultas sobre desheredaciones, que algunas fuentes citan en un 500% de aumento<sup>98</sup>. Tomaremos estos datos con cautela, a la espera de fuentes oficiales y estudios rigurosos en la materia. Pero lo que sí parecen apuntar es a una clara tendencia al aumento de casos de desheredación precisamente por motivo de abandono familiar, que en territorio civil común -como hemos visto- deberá ir acompañada de ser causa de maltrato psicológico, o suponer una evidente falta de la obligación de prestar alimentos, para poder ser estimada como causa desheredatoria.

Por tanto, el reto al que se enfrenta la desheredación es ofrecer una respuesta ágil, que sin dejar de considerar otros elementos más conservadores que también configuran la institución, permita una adaptación a las nuevas realidades que la sociedad exige. Debe ofrecer -creemos- soluciones que tengan en cuenta el incremento de soledad objetiva en las personas mayores<sup>99</sup>, su posible abandono, a sus necesidades asistenciales en relación con su esperanza de vida y la calidad de su salud en los últimos años de su vida, las nuevas formas de relacionarse entre familiares, o los nuevos modelos de familia.

### **3.2. Breve encuesta sobre la percepción social de la desheredación y su futuro**

Como hemos sostenido en este trabajo, no puede desligarse la desheredación -y la legítima- de la realidad social que le rodea, pues de nada servirá una amplia legítima y unas causas desheredatorias rígidas en una sociedad que anhela plena libertad testamentaria; o de forma contraria, una libertad de disponer absoluta en el causante cuando la tradición asentada marque la existencia de legítimas más o menos firmes, y que además cumplan algún tipo de misión social. Creemos que en esto radica la utilidad de la encuesta que a continuación analizamos.

Para la confección de esta encuesta se ha utilizado el sistema de formularios de google, donde se han introducido una serie de explicaciones y preguntas cuya misión analizaremos convenientemente. El cuestionario abierto se ha distribuido por diferentes redes sociales, especialmente Twitter y WhatsApp, intentando balancear el perfil de participantes en función de sus conocimientos en Derecho de la forma que también detallaremos, dirigiendo la encuesta de forma directa a uno u otro público objetivo, habiendo obtenido resultados satisfactorios al

---

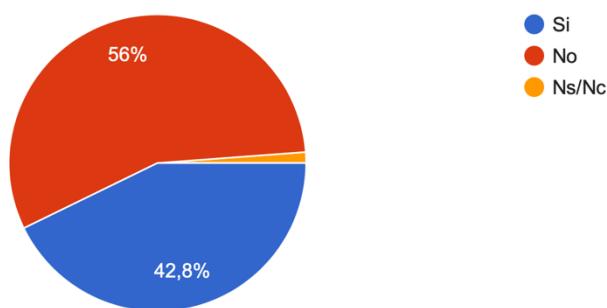
<sup>97</sup> Existen multitud de referencias al respecto en materia informativa. Reseñamos aquí la aparecida en la edición digital del periódico EL MUNDO el 13 de agosto de 2020 firmado por Ángel Navarrete (<https://www.elmundo.es/madrid/2020/08/13/5f2bba4821efa07d6f8b4648.html> última visita 22 de noviembre de 2020).

<sup>98</sup> Desheredados: la pandemia dispara un 500% las peticiones para borrar a los hijos del testamento, publicado por Alberto Sierra en Voz Pópuli el 25 de octubre de 2020 ([https://www.vozpopuli.com/espana/desheredar-hijos-tramites-coronavirus\\_0\\_1403261015.html](https://www.vozpopuli.com/espana/desheredar-hijos-tramites-coronavirus_0_1403261015.html) última visita 22 de noviembre de 2020).

<sup>99</sup> RUBIO HERRERA, R., *La soledad en los mayores. Una alternativa de medición a través de la escala Este*. Universidad de Granada. Publicado en la web del CSIC (<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/rubio-soledad-02.pdf> última visita 22 de noviembre de 2020).

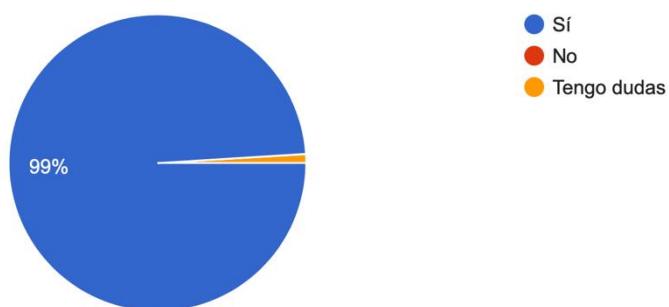
respecto. Como objetivo principal, hemos querido aproximarnos al conocimiento de la población acerca de la legítima y la desheredación, su experiencia personal al respecto, así como su sensibilidad hacia posiciones más o menos libres en diferentes aspectos relacionados con la libertad testamentaria, añadiendo además evidentes guiños a la legislación foral y a los criterios jurisprudenciales que, mediante la ocultación de su referencia expresa, nos van a permitir conocer su grado de apoyo social. El cuestionario ha obtenido la nada desdeñable cifra de 2.118 respuestas en el periodo que estuvo abierto, desde el 03 al 22 de noviembre de 2020.

¿Es v.d. operador jurídico, licenciado o graduado en Derecho, o profesional del Derecho?  
2.118 respuestas



Con esta pregunta se ha tratado de introducir un elemento discriminatorio al objeto de poder analizar el resto de las respuestas. El objetivo al lanzar la encuesta era alcanzar una distribución paritaria entre profesionales del Derecho, a los que se les supone un conocimiento amplio en la materia, y legos en derecho, habiéndose aproximado bastante: el 56% de los encuestados (1.187) respondió negativamente, y el 42,8% (906) lo hizo afirmativamente. La discriminación de las respuestas entre uno u otro grupo de participantes nos permitiría conocer por separado su opinión respecto a las cuestiones planteadas, y en el caso de los profesionales, contar para las preguntas abiertas con respuestas cualificadas, pues nos consta que a este cuestionario han respondido jueces y magistrados, fiscales, notarios y muchísimos abogados.

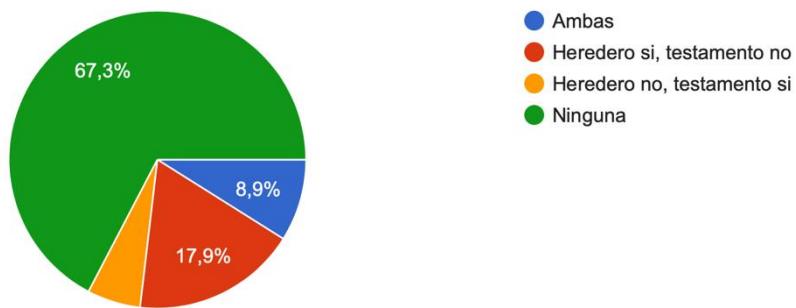
¿Sabe lo que es una herencia?  
2.118 respuestas



Esta segunda pregunta, además de acercar al encuestado a la dinámica del cuestionario con una sencilla pregunta, nos muestra el conocimiento acerca de un concepto tan amplio como el de herencia. La práctica totalidad de los encuestados manifestó que sí la conocía, 20 (0,9% manifestaron tener dudas) y solo 1 dijo no conocerla. Podemos obtener la conclusión -esperada- de que la herencia es ampliamente conocida en el saber popular.

¿Ha heredado o ha otorgado testamento alguna vez?

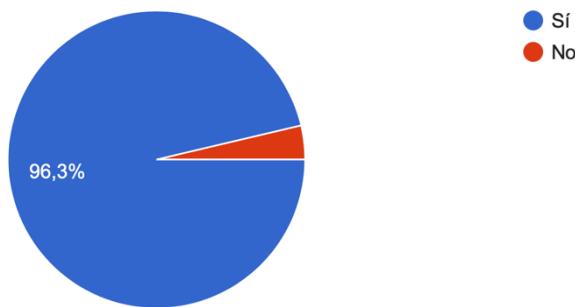
2.118 respuestas



Preguntamos en esta ocasión acerca de la experiencia personal con respecto al testamento, para conocer que proporción de encuestados ha tenido contacto directo con esta institución, y por tanto ha debido obtener un conocimiento -aún aproximado- de la misma. Sorprende, máxime teniendo en cuenta el rango de edad de los participantes que veremos en la última pregunta, que el 67,3% de los encuestados no ha otorgado testamento ni ha sido heredero en virtud de ninguno. Además, la proporción de los que otorgaron testamento es inferior a la de los que lo recibieron, con un 5,8% frente a un 17,9%. La conclusión que podemos obtener de estos datos es la amplia despreocupación de la población general acerca de las sucesiones, especialmente en cuanto al otorgamiento de testamento se refiere. Téngase en cuenta que esta encuesta se realizó en noviembre de 2020, en vigencia plena de la pandemia de la COVID19, cuando el asunto sucesorio y la desheredación había tornado en asunto importante como ya expresamos en el apartado anterior. Quizá la concienciación al respecto aún no haya cuajado en un incremento realmente significativo de los otorgamientos de testamento, aunque haya podido, eso sí, concienciar de la necesidad de ello a la vista de las noticias aparecidas.

¿Sabía que hay una parte de su herencia, denominada legítima, que le corresponde forzosamente a sus hijos o herederos?

2.118 respuestas



Esta pregunta tiene una clara vocación indagatoria, al objeto de determinar que porcentaje de los encuestados está familiarizado con el concepto de legítima. La definición utilizada se ha querido alejar del rigor técnico habida cuenta de la participación de personas carentes de conocimientos específicos en Derecho. Los resultados arrojan como resultado que la amplia mayoría de los encuestados conocía la legítima (96,3%). Estos resultados se encuentran alineados con los obtenidos a la pregunta acerca del concepto de herencia, y aunque haya mayor porcentaje de personas que lo desconocen (3,7%), no lo creemos significativo habida cuenta de la especificidad de este concepto respecto de aquél.

En esta pregunta quisiera saber su opinión acerca de la Legítima. Por favor, conteste la opción que más se acerque a su opinión:

2.118 respuestas



▲ 1/6 ▼

Una vez introducido el concepto de la legítima, quisimos conocer la opinión de los encuestados acerca de esta institución entre las diferentes opciones que ahora expondremos, pero que, por la metodología de la pregunta, aquellos que no quisieron adherirse a alguna de las preguntas preconstituidas, podrían expresar una alternativa no ofrecida por nosotros. Nuestras opciones,

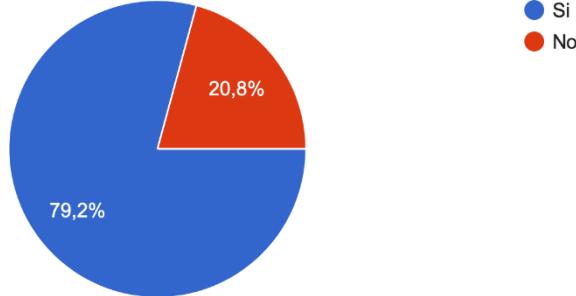
que iban desde una opción más garantista y de legítima más amplia hacia otras más libres y con menor -o ninguna- legítima, obtuvieron los siguientes resultados:

- *No me gusta el sistema de legítima, y creo que cada uno debería ser libre de dejar en herencia cuanto y a quien quisiera: 47%*
- *Me gusta el sistema de legítimas tal y como está: 22,3%*
- *Me gusta el sistema de legítima, pero creo que ésta sólo debería ser una pequeña parte de la herencia: 14,7%*
- *Me gusta el sistema de legítima, y creo que ésta debería ser una gran parte de la herencia: 5,4%*
- *Me gusta el sistema de legítima, y creo que todos mis bienes deberían pasar a mis hijos o herederos, sin excepción: 5,1%*
- *Me es indiferente el sistema hereditario / No tengo opinión fundada: 3,6%*

Con respecto al resto de preguntas de libre redacción aportadas, dado su escaso número y poca incidencia en el total no creemos necesario reseñarlas detenidamente. Los argumentos principales de este tipo de preguntas versaban sobre derechos forales que el encuestado conocía y consideraba aplicables, su desconocimiento en la materia que le impedía decidirse, o pedían opciones más cercanas a la libertad absoluta de testar. Lo que sí podemos reseñar es que ninguna de ellas pedía una legítima mayor o más estricta que la actual, lo que ya de por si es significativo. Como conclusión podemos observar que la opción mayoritaria (47%) es la de rechazo a lo que vinimos a denominar “sistema de legítima”, reclamando una mayor libertad en la materia. La siguiente opción de los encuestados es la de mantener la legítima tal y como está, que además se acompañó de un gráfico explicativo en la pregunta. Un 14,7% estaría de acuerdo con la legítima, pero en una proporción menor a la actual. Si este dato lo uníéramos al de la opción mayoritaria podríamos concluir que una amplia mayoría de los encuestados (62,3%) es favorable a una flexibilización de la legítima, la mayoría de ellos partidarios de su desaparición. Mientras, las posiciones mas conservadoras o restrictivas de la legítima a penas llegan a sumar el 10,6% de los encuestados.

La DESHEREDACIÓN es un mecanismo para privar de sus derechos hereditarios a los hijos o herederos, por una serie de causas tasadas en la l...or haberle maltratado de obra o palabra ¿Lo sabía?

2.118 respuestas



La pregunta completa, que no se ha podido reseñar en el gráfico era la siguiente: “*La DESHEREDACIÓN es un mecanismo para privar de sus derechos hereditarios a los hijos o herederos, por una serie de causas tasadas en la ley: ser indigno para suceder por haber cometido ciertos delitos o conductas contra el testador, por haberle negado alimentos y cuidados, o por haberle maltratado de obra o palabra ¿Lo sabía?*”. De nuevo esta pregunta complementa a la siguiente, tal y como hicimos con la legítima, y también se ha tratado de usar un lenguaje asequible, aunque no muy alejado del rigor técnico. Avanza en este caso el porcentaje de encuestados que no conoce la institución presentada (20,8%), frente a una amplia mayoría del 79,2% que sí la conocía. En esta respuesta deberemos también tener en cuenta para un mayor rigor, aquellos que respondieron no, por el desconocimiento completo de la institución, pero que con más que probabilidad conocieran en si el concepto básico de desheredación.

Ahora quisiera saber su opinión acerca de la Desheredación. Por favor, conteste la opción que más se acerque a su opinión:

2.118 respuestas



▲ 1/4 ▼

Como opciones de respuesta para esta pregunta también seguimos el mismo patrón anterior. Abarcamos con ellas desde las posiciones más favorables a la desheredación libre, a las más contrarias, y optamos por la posibilidad de una respuesta libre que en esta ocasión fue menos utilizada que en la anterior, concentrándose la amplia mayoría (98,5%) entre las opciones propuestas:

- *La desheredación debería ser libre, sin ninguna causa más que la voluntad del testador:* 33,8%
- *La desheredación debe ser posible, y las causas deberían ser más flexibles:* 32%
- *Me gusta la desheredación tal y como está:* 20,6%
- *La desheredación debe ser posible, pero solo en casos muy graves:* 12,1%
- *La desheredación no debería ser posible:* 0,5%

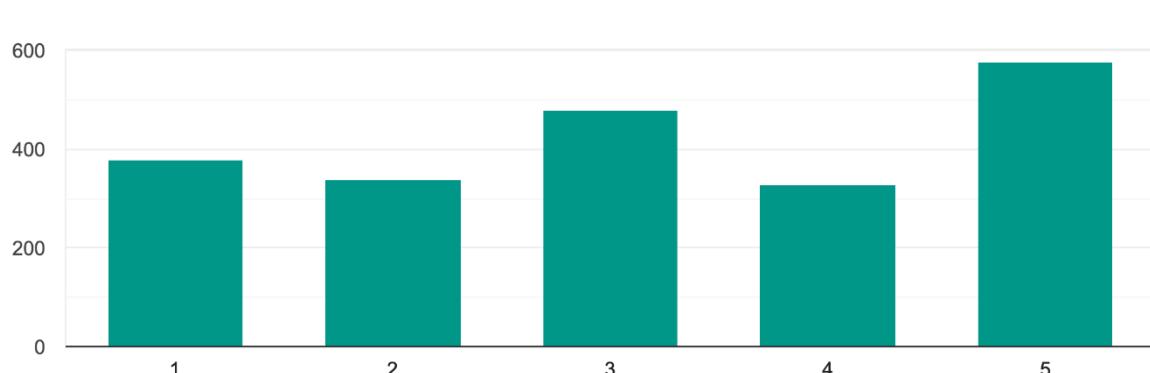
Entre las respuestas no tasadas, nos encontramos con una mayoría de respuestas tendentes a una flexibilización de la institución (*p. ej. “La desheredación debe ser posible y adaptar sus causas a la situación social actual”, “La desheredación debería ser libre excepto si hay herederos menores”* (lo que nos recuerda al derecho de Luisiana), “No estando de acuerdo con la herencia,

si esta debe seguir existiendo, creo que debería ser libre la desheredación”), seguidas de referencias a los ordenamientos forales de Cataluña principalmente, aunque también País Vasco, y otras alegando desconocimiento en la materia.

De los resultados se desprende de nuevo un mayoritario apoyo a la flexibilización de la desheredación (77,9%), siendo importante reseñar que el 33,8% de los encuestados es favorable a la desheredación libre. La conclusión es evidente. Existe un amplio consenso para la reforma de la legítima y la desheredación, y entre los favorables a ello, la mayoría se decanta hacia una liberalización radical de ambas instituciones.

¿Estaría de acuerdo con que se le permitiera desheredar libremente, a cambio de que desaparecieran las obligaciones que tienen sus herederos de alimentarle y cuidarle?

2.102 respuestas



Para la respuesta a esta pregunta, los encuestados debían elegir entre una escala del 1 al 5, donde 1 era “muy en desacuerdo” y 5 “totalmente de acuerdo”. El 27,4% de los encuestados marcó 5, el 15,7% marcó 4, el 22,7% marcó 3, el 16,1% marcó 2 y el 18% marcó 1.

Podemos observar como al presentar la legítima como la contraparte de una prestación, y por tanto la pérdida de ésta a cambio de la desheredación, los resultados varían. Aunque la posición más radical sigue obteniendo la mayoría de los votos (27,4%), la respuesta neutra 3 obtuvo un cercano 22,7%. Si descartamos la respuesta central, nos encontramos con que la posición más conservadora obtiene un 34,1%, mientras que las posiciones mas abiertas obtienen un 43,1%. Como podemos destacar, de nuevo se imponen las tesis que defienden la libertad del individuo con respecto de sus bienes, pero ya no con la destacada diferencia de los casos anteriores. Sea porque algunos de los encuestados favorables a la desheredación libre no conocían la obligación de alimentos de los herederos, o sea porque se creen acreedores de ambos derechos, alimentos y libre disposición de bienes, la balanza se equilibra algo más en este punto. Esto nos lleva a preguntarnos si algunos de los partidarios de la desheredación libre, lo son porque prefieren desheredar sin tener que iniciar reclamación alguna a sus propios herederos en caso de conflicto o necesidad, y prefieren un reparto libre de bienes basados en la buena fe, la buena voluntad y la buena relación, pregunta ésta difícil de responder por tratarse del ámbito interno de cada cual, y variable según múltiples circunstancias.

¿Esta vd. de acuerdo con que se pueda desheredar a un hijo/a que no se relaciona con su progenitor/a?

2.118 respuestas



▲ 1/10 ▼

En esta pregunta puede vislumbrarse una evidente relación con el Código Civil Catalán, donde se recoge la posibilidad de desheredar basándose en la falta de relación del heredero y el causante, y que también recoge -vía el sufrimiento psicológico causado- nuestra jurisprudencia. Ambos elementos se recogen en las respuestas propuestas, que han sido ampliamente elegidas, aunque se deja la posibilidad de introducir libremente la respuesta.

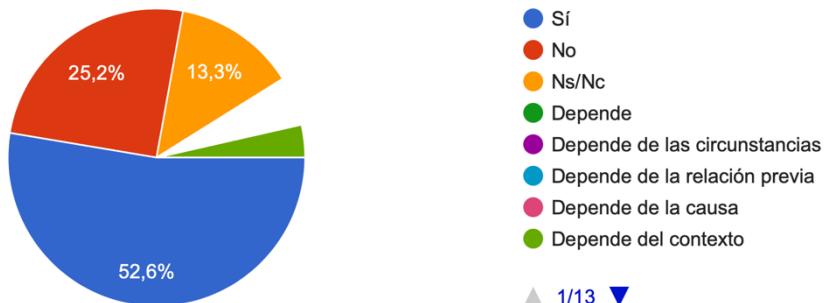
- Sí, independientemente de quién sea el culpable de la falta de relación: 39,8%
- Sí, si es por culpa exclusiva del hijo: 32%
- No. La falta de relación pertenece al ámbito de la moral y la ley no debería entrar en eso (21,8%)
- No. No es una causa importante 3,2%

En cuanto a las respuestas libres, la mayoría giran en torno a la defensa de la desheredación libre de una forma más o menos vehemente, y crecen las que expresan la incapacidad de definirse al respecto.

Como puede observarse, las dos primeras respuestas guardan relación con el requisito legal del CCC de que la falta de relación sea *exclusiva culpa* del hijo, que como hemos visto ha sido objeto de debate doctrinal. En este caso de nuevo los encuestados favorables a la liberalidad de la desheredación son mayoría (39,8%), mientras que el 21,8% decide hacer suya la fundamentación jurisprudencial anterior a 2014, y que como tratamos ampliamente en este trabajo, se recoge en esos términos la STS 675/1993 de 28 de junio. De nuevo, si agrupamos las respuestas que van más allá de lo recogido en nuestro Código Civil al admitir la falta de relación como causa de desheredación, nos encontramos con que un amplio 71,8% estaría conforme con esta causa de desheredación. El corolario de este dato es evidente, y es que todo apunta a una necesaria modificación del Código Civil en este aspecto.

¿Considera vd. el hecho de que una persona se niegue a relacionarse con su padre/madre (especialmente en la última etapa de su vida) es un tipo de maltrato psicológico?

2.118 respuestas

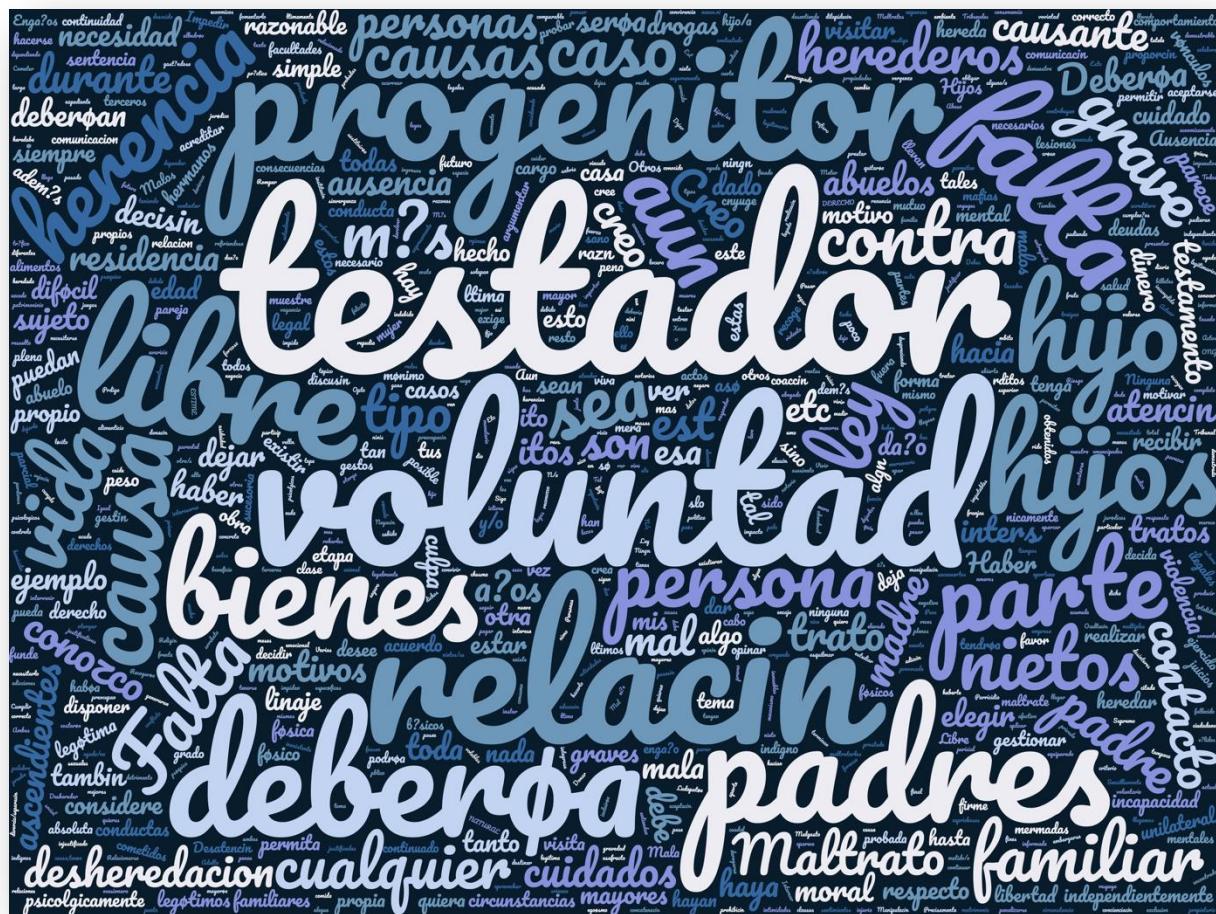


▲ 1/13 ▼

El evidente objeto de esta pregunta es constatar el apoyo social que pueda tener la tesis adoptada por el Supremo desde 2014, de asimilación al maltrato psicológico por la falta de relación y abandono en los últimos años de vida del causante. No se ha concretado de forma específica que ese abandono pueda producir sufrimiento pues, aunque puede deducirse del propio hecho, guardamos la opción de “depende” y la de texto libre, para aquellos que no se sintieran cómodos con el texto propuesto. Un mayoritario 52,6% afirma que efectivamente es un tipo de maltrato psicológico, mientras que la mitad (25,2%) considera lo contrario. En esta pregunta crecen aquellos que no quieren responder, y un 3,5% contesta que depende. Pero si analizamos el resto de las respuestas libres, en su absoluta mayoría comienzan también por un “depende”, por lo que no nos equivocamos si elevamos el porcentaje de *dependes* hasta el 8,9%.

A la vista de los resultados, no parece aventurado afirmar que existe consenso en considerar el abandono de los mayores en la última parte de su vida como algo reprobable, digno de acarrear consecuencias o de la activación de mecanismos que protejan a nuestros mayores de estos casos.

La siguiente parte del cuestionario correspondía con una caja de texto libre a llenar por el encuestado, respondiendo de forma no obligatoria a la siguiente pregunta: “*¿Qué causa no recogida en la ley, cree que debería aceptarse como causa de desheredación? (pregunta no obligatoria)*”. Este apartado obtuvo 349 aportaciones, que por su número y extensión nos es imposible reproducir aquí. Sin embargo, una vez eliminadas las preposiciones más repetidas para que no desvirtuaran el resultado, hemos procesado todas las palabras que componen el conjunto de las respuestas a través de un generador de nubes de palabras. Nos ha dado como resultado una imagen donde las palabras se ordenan por tamaños en función del número de veces que han sido utilizadas:

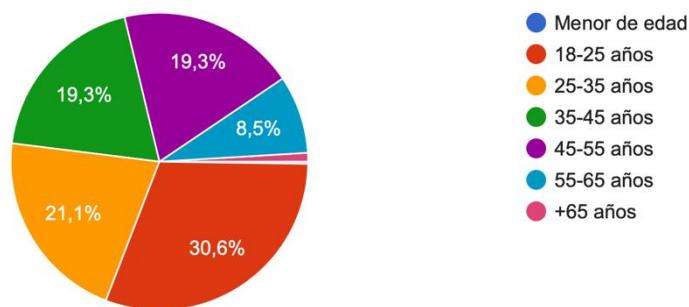


La imagen habla por sí sola: “Libre voluntad testador”.

Y es que esa es la línea imperante en la mayoría de las respuestas lo que refuerza lo ya recogido en el resto de las preguntas del cuestionario.

¿En que franja de edad se encuentra vd.?

2.109 respuestas



Por último, el cuestionario interrogaba a los participantes acerca de su edad, al objeto de poder determinar si existía alguna franja de edad dominante en los encuestados, pero en cambio nos arroja datos que apuntan mas bien a una equilibrada distribución de edades entre los todos ellos.

En este pequeño estudio sociológico hemos podido comprobar como, si extrapoláramos los datos obtenidos al común de la sociedad -acto bastante osado-, es un sentir amplio la necesidad de reforma de las instituciones de la legítima y la desheredación. Y la dirección de ese cambio apunta sin ningún genero de dudas hacia una concepción más libre y abierta de ambas instituciones. Parece que en la realidad social, esa que frecuentemente se cita por doctrina y jurisprudencia, pesa más el derecho de libre disposición de los bienes que el derecho a heredar. Acerca de las causas de esta percepción deberán indagar y pronunciarse otras disciplinas diferentes del Derecho. Si es por causa de un elevado nivel de individualismo en la sociedad actual, desconfianza o ruptura de los núcleos familiares tradicionalmente cohesionados, cambios en la escala de valores, u otro motivo podría ser objeto de un interesante estudio. En cambio, puede que este distanciamiento entre norma y realidad social siempre haya estado ahí, atestiguando una desconexión entre ambos, y que en los últimos tiempos comienza a desdibujarse ante la apertura o la flexibilización de la norma hacia posiciones más respetuosas con la libertad individual de disponer de los propios bienes, ahora y en la hora de nuestra muerte.

#### **4. CONCLUSIÓN Y PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA**

Como hemos podido observar a lo largo del trabajo, el debate entre posiciones abiertas y posiciones restrictivas de la legítima y la desheredación es un debate que dista mucho de estar cerrado. Más aún, parece que la pandemia actual ha supuesto un acelerón al debate sucesorio, debido en mayor parte a la visibilización de casos de ingratitud de herederos y abandono de personas mayores, muy frágiles en estas circunstancias.

La desheredación, cuya normativa e interpretación se ha mantenido invariablemente restrictiva y conservadora durante décadas en el territorio civil común español, parece estar viviendo desde los años 2014 - 2015 un giro aperturista que trata de recoger el sentir social dominante, así como la necesidad de modificación de esta regulación en consonancia con ordenamientos forales y extranjeros. Pero a la vista de los resultados de nuestra encuesta, la población parece querer ir más allá, reclamando alternativas de absoluta libertad de disposición de bienes, o cuanto menos una decidida apuesta por la flexibilización de las causas de desheredación y el adelgazamiento de la legítima.

El turno es del legislador, pues desde los tribunales ya se ha iniciado un camino reformista para adaptarse en la medida de sus posibilidades a la realidad social y los nuevos elementos que la configuran.

Desde la doctrina también soplan aires renovadores. La Asociación de Profesores de Derecho Civil -APDC- ha recogido en una propuesta de Código Civil diversas modificaciones deseables

en cuanto a la legítima y la desheredación<sup>100</sup>. A la disminución de la cuantía de la legítima de los descendientes hasta la mitad del caudal relicto, le acompañan algunas medidas referidas específicamente a la desheredación, como la unión de las causas de desheredación de los descendientes y la de los ascendientes en una única categoría denominada de “parientes en línea recta” (art. 467-27). Creemos acertado la unificación de estas dos categorías ahora separadas, pues se da la paradoja en la situación actual que un padre podría desheredar un hijo por falta de relación alegando el sufrimiento padecido por ello, pero no a la inversa<sup>101</sup>, solucionándose al encontrarse la línea familiar, sea ascendiente o descendiente, en el mismo grupo. En ella se añaden como sujetos pasivos de la negación de alimentos o el maltrato, además del causante, también a su cónyuge o persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad, ascendientes, descendientes. Maltrato que se acompaña de la palabra “gravemente” desapareciendo la referencia al tipo de obra, o referencia alguna a las injurias. LASARTE ÁLVAREZ - en línea similar - también apuesta por el mantenimiento de la legítima, pero con una reducción de su cuota<sup>102</sup>. En posición más radical se encuentra O’CALLAGHAN MUÑOZ quien afirma directamente que la legítima debe ser eliminada, a semejanza con los países anglosajones<sup>103</sup>. Y es que parece que, como dice CABEZUELO ARENAS, “va ganando consenso en la doctrina patria la idea de que la legítima ha dejado de servir a la finalidad para que fue concebida originariamente”<sup>104</sup>. ECHEVARRÍA DE RADA recuerda que la reforma propuesta por la APDC descarta la ausencia de relación familiar como causa de desheredación al estilo del CCC, y que mejor que incluir una cláusula “flexible y abierta” de forma similar al ordenamiento foral catalán, mejor sería, en coherencia, suprimir la legítima<sup>105</sup>.

La receta de este cambio normativo no será sencilla, debido a la interconexión de la desheredación con otras instituciones civiles. En nuestro caso, y recordando que la legítima no

---

<sup>100</sup> GALICIA AIZPURUA, G., “De las legítimas y otros límites a la libertad de disposición por causa de muerte”, en Parra Lucan, M.A. (coord.) *Propuesta de Código Civil, Libro IV – Título VI – Cap VII – Sección 1º*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial TECNOS (Anaya), 2018, pp. 597-605.

<sup>101</sup> Situación paradójica que pone de manifiesto CABEZUELO ARENAS, A.L., Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC), op. cit. p.227, y que ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil, op. cit. p.11, expresa en términos de solidaridad entre generaciones unidireccional.

<sup>102</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. et al, *La protección de las personas mayores*, Madrid, Editorial Tecnos, 2007, p. 382.

<sup>103</sup> O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima”, *Actualidad Civil*, Nº 5, mayo 2015, LA LEY, *Diario La Ley*, Nº 8592, Sección Columna, 29 de Julio de 2015, LA LEY 3814/2015. En este artículo el autor hace referencia también a una entrevista donde mantuvo esa afirmación: JUNQUERA, N., “Quiero desheredar a mi hijo”, *diario EL PAÍS*, edición de 18 de abril de 2015, consultada de forma electrónica el 30 de diciembre de 2020 en [https://elpais.com/politica/2015/04/18/actualidad/1429377619\\_539236.html](https://elpais.com/politica/2015/04/18/actualidad/1429377619_539236.html).

<sup>104</sup> CABEZUELO ARENAS, A.L., Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.16.

<sup>105</sup> Cfr. ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil, op. cit. p.109.

goza de protección constitucional expresa<sup>106</sup>, nos adherimos a aquellos que contemplan la legítima como un mecanismo protector de menores e incapaces -al estilo de la legislación de Luisiana-, dejando absoluta libertad para disponer de los bienes en el resto de los casos. Pudiera ser este un paso intermedio entre un sistema legitimario férreo y otro sistema completamente libre que no obligara tampoco a reservar cantidad alguna del caudal relicito para descendientes en riesgo de desamparo. Creemos asentado un cambio social con respecto a la preparación para la vejez, que quizás debería determinar el camino de las futuras políticas y normativas relacionadas con el derecho sucesorio. Desde antiguo el sustento de los ancianos se ha basado principalmente en sus propios descendientes, pero la generalización de los sistemas de protección social, o de métodos privados de aprovisionamiento económico para el futuro como planes de pensiones o de ahorro a largo plazo, hipotecas inversas, etc., debe ser un nuevo escenario donde se debatan propuestas normativas que den respuesta también a situaciones cada vez más frecuentes, como la dificultad de conciliación familiar y laboral, o sencillamente el cambio de valores sociales que en definitiva conlleva un desapego familiar cada vez más normalizado. Ante ello, la libertad de disposición de una persona en sus últimos años de vida - el modelo más habitual de sucesión- debe ser amplia para dar respuesta a las múltiples variables que tan sólo el causante puede conocer y valorar adecuadamente.

La necesidad de armonización entre ordenamientos sucesorios debe ser también un principio rector de la futura reforma en materia sucesoria en general, y de la legítimas y desheredaciones en particular. Con la entrada en vigor del Reglamento CE 650/2012 en materia de sucesiones, que facilita la elección de la ley aplicable a la propia sucesión, se evidencia la necesidad de coordinación entre los diferentes ordenamientos de los estados -aún más entre regiones-, al objeto de evitar comportamientos que desvirtúen la esencia misma de la sucesión, como puedan ser los cercanos al *dumping fiscal* sucesorio.

Sin duda, la pandemia que estamos aún viviendo a fecha de confección de este trabajo supone un acicate para acometer una necesaria reforma del Derecho Sucesorio español en materia de legítima y desheredación, y cuya meta podría ser volver a conectar a tres de sus elementos que hoy se evidencian separados: Código Civil, realidad social, y ordenamientos forales y foráneos.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “El alcance de la desheredación: la desheredación parcial”. Universidad de Valladolid. La Ley 383/2015. Esta doctrina forma parte del libro *Estudios de Derecho de sucesiones*, Editorial LA LEY. Consultado en versión electrónica sin paginación en <http://www.laleydigital.es> última consulta 07 de diciembre de 2020.

---

<sup>106</sup> Cfr. VAQUER ALOY, A., “Acerca del fundamento de la legítima”, *InDret*, nº 4/2017, Barcelona, octubre 2017, p.3.

- ARROYO AMAYUELAS, E., FARNÓS AMORÓS, E., “Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Abril 2015.
- CABEZUELO ARENAS, A.L., *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, Ed. Reus, Madrid, 2018.
- GALICIA AIZPURUA, G., “De las legítimas y otros límites a la libertad de disposición por causa de muerte”, en Parra Lucan, M.A. (coord.) *Propuesta de Código Civil, Libro IV – Título VI – Cap. VII – Sección 1º*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial TECNOS (Anaya), 2018.
- GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, L. (Doctoranda en la UNED), “El cambio de sesgo en la jurisprudencia en torno a las causas de desheredación en el Derecho común español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 755. pp. 1609 – 1629.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R., “La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 775. pp. 2603 – 2624.
- GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, M. y GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, S. “*Las causas de desheredación a la luz de la reforma operada en el Código Civil por la Ley 15/2015 en materia de jurisdicción voluntaria*”. *Actualidad Civil* nº 11, Sección Derecho de sucesiones / A fondo, noviembre de 2016, Editorial Wolters Kluwer. Consultado en versión electrónica en <http://www.laleydigital.es> última consulta 02 de diciembre de 2020.
- GUTIÉRREZ LIMA, B., “Causas de desheredación de los descendientes”, *ALCALIBE Revista Centro Asociado a la UNED “Ciudad de la Cerámica”*, Talavera de la Reina nº 18-2018. pp. 269 – 306.
- IRIARTE ÁNGEL, FdB., “Indignidad para suceder, causas de desheredación, revocación de donaciones, ¿está el Tribunal Supremo adecuando nuestro sistema sucesorio a la realidad social?” *Actualidad Civil*, nº 11, noviembre de 2018, Wolters Kluwer, La Ley 13908/2018. Apartado 3. Consultada en versión digital en <http://www.laleydigital.es> última consulta 07 de diciembre de 2020.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., “Regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes”, *Anuario de Derecho Civil*, UNED 2006. pp. 743 – 792.

LASARTE ÁLVAREZ, C. et al., *La protección de las personas mayores*, Madrid, Editorial Tecnos, 2007.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Madrid, Marcial Pons, decimotercera edición, tomo séptimo.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., “El maltrato psicológico como causa de revocación de la donación”, *Diario La Ley*, Nº 8633, Sección Documento on-line, 27 de octubre de 2015, LA LEY, *Diario La Ley*, Nº 8647, Sección Tribuna, 17 de noviembre de 2015, Ref. D-428, LA LEY, LA LEY 6565/2015. Consultado en versión electrónica en <http://www.laleydigital.es> última consulta 05 de diciembre de 2020.

MONFORTE D., “Desheredación y revocación de la donación. Maltrato o ausencia de trato. Revisión crítica jurisprudencial”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, Nº 9659, Sección Tribuna, 23 de junio de 2020. Consultada en versión digital en <http://www.laleydigital.es> última consulta 07 de diciembre de 2020.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima”, *Actualidad Civil*, Nº 5, mayo 2015, LA LEY, *Diario La Ley*, Nº 8592, Sección Columna, 29 de Julio de 2015, LA LEY 3814/2015 Consultado en su versión electrónica en <http://www.laleydigital.es> última consulta el 30 de diciembre de 2020.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Lección 13<sup>a</sup>, Desheredación*, Madrid, Edersa, 2004, (<https://app.vlex.com/#WW/vid/215805> visitado 18 de nov. de 2020). *Vid.* también Guía electrónica Jurídica Wolters Kluwer, desheredación. Consultada el 18 de nov. De 2020.

PEREÑA VICENTE, M., “La obsolescencia no programada de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Código Civil español”, *La Ley Derecho de familia*, nº 22, segundo trimestre de 2019, Wolters Kluwer, II.2. Consultado en su versión electrónica en <http://www.laleydigital.es> última consulta el 05 de diciembre de 2020.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, CUMBRE JUDICIAL HISPANOAMERICANA, ASOCIACIÓN DE ACADEMIAS DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, entrada *desheredación*, URL: <https://dpej.rae.es/lema/desheredación>, última visita 02 de noviembre 2020.

RUBIO HERRERA, R., *La soledad en los mayores. Una alternativa de medición a través de la escala Este*. Universidad de Granada. Publicado en la web del CSIC (<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/rubio-soledad-02.pdf> última visita 22 de noviembre de 2020).

SALAS CARCELLER, A., GONZALE POVEDA, P., DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, P. et al., *Código Civil, comentarios, concordancias, jurisprudencia, doctrina*

*administrativa e índice analítico*, A Coruña, Editorial Colex, 20<sup>a</sup> Edición 2020-2021. p. 791.

SANCHEZ CALERO, F.J. *Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017. p. 659.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., “Un paso más hacia la flexibilización de las causas de desheredación del Código Civil (Comentario a la STS 104/2019 de 2 de febrero), *Revista Jurídica del Notariado*, nº 108-109, enero-junio 2019. pp. 517 – 528.

TARABAL BOSCH, J., “Reflexions sobre el llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions: encerts, interrogants i propostes de reforma. Jornada organitzada per l’Associació Catalana d’Especialistes en Dret de Successions. Cervera, 11 d’Octubre de 2014”, *InDret revista para el análisis del derecho*, ponente Meritxell Gabarró Sans, Barcelona, Julio 2015.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Comentarios al Código Civil, Tomo XI, sección 9<sup>a</sup>, de la desheredación*, Madrid, Edersa, 2004. Consultado en versión electrónica sin paginación en <https://app.vlex.com/#WW/vid/231318> , última consulta 16 de noviembre de 2020.

VALLET DE GOYTISOLO, J., “*Panorama de Derecho de sucesiones, perspectiva dinámica, Vol. II*”, Civitas, Madrid, 1984, pp. 548 y ss. “*El apartamiento y la desheredación*”, ADC, vol. 21, no 1, 1968.

VAQUER ALOY, A., “Acerca del fundamento de la legítima”, *InDret*, nº 4/2017, Barcelona, octubre 2017

# El derecho de cancelación del usuario de la reserva de alojamientos turísticos

*Right of cancellation in case of booking of tourist accommodation*

ANTONIO GÁLVEZ CRIADO

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Málaga (España)

[ancr@uma.es](mailto:ancr@uma.es)

 <https://orcid.org/0000-0003-4399-0879>

**Resumen:** Este artículo estudia el reconocimiento al usuario de un derecho de cancelación (contractual, unilateral y ad nutum) de la reserva de un alojamiento turístico. Esta posibilidad se ha convertido en la práctica en un medio idóneo para arbitrar una solución razonable, clara y rápida ante posibles dificultades o nuevos intereses del usuario surgidos con posterioridad al contrato. El ejercicio de este derecho, que producirá la extinción del contrato, puede conllevar el abono/pérdida de una penalización por parte del usuario conforme a lo pactado.

Aparte de la regulación contractual, es frecuente encontrar una detallada regulación del derecho de cancelación del usuario y sus consecuencias jurídicas en la normativa autonómica reguladora de la actividad turística, cuya aplicación suele establecerse como supletoria.

En este trabajo se analiza el régimen jurídico de las cancelaciones, reservas y penalizaciones en estos contratos y sus relaciones con las reglas generales de las obligaciones contractuales.

**Abstract:** *This article studies the recognition of the traveler's right of cancellation (contractual, unilateral and ad nutum) of reservation of tourist accommodations. This option offered to a traveler has become in practice a suitable means to provide a reasonable, clear, and quick solution to possible*

---

Recepción: 17/02/2021

Aceptación: 29/03/2021

Cómo citar este trabajo: GÁLVEZ CRIADO, Antonio, “El derecho de cancelación del usuario de la reserva de alojamientos turísticos”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 65-102, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.4>

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación I+D+I UMA-18-FEDERJA-132 titulado “los alojamientos turísticos contratados entre particulares en plataformas colaborativas”, dentro del programa FEDER Andalucía 2014-2020, dirigido por la Dra. María Luisa Moreno-Torres Herrera y el Dr. Antonio Gálvez Criado.

*difficulties or new interests of the traveler that may arise after the conclusion of the contract. The exercise of this right results in the termination of the contract and may entail the payment/forfeiture of a penalty by the traveler in accordance with the agreement.*

*This right is regulated by contractual provisions. In default, it will be ruled by the regulation of the traveler's right of cancellation provided for in the regulation of tourism activity in the respective autonomous community, which is usually very detailed.*

*This paper analyses the legal regimen of cancellations, reservations, and penalties in these contracts and their links with the general rules of contractual obligations.*

**Palabras clave:** Desistimiento, Cancelación, Alojamiento turístico, Anticipo, Reserva, Penalización

**Key words:** Right to cancellation, Tourist accommodation, Advance payment, Booking, Penalty

**Sumario:** 1. EL DERECHO DE CANCELACIÓN DEL USUARIO Y SU RELACIÓN CON LOS REMEDIOS GENERALES SOBRE INCUMPLIMIENTO. 2. LA CANCELACIÓN DE LA RESERVA EN AUSENCIA DE PACTO EXPRESO. 3. LA FUNCIÓN DEL PLAZO DE CANCELACIÓN COMO PLAZO DE PREAVISO. 4. LA CANCELACIÓN DE LA RESERVA POR FALTA DE OCUPACIÓN EFECTIVA DEL ALOJAMIENTO POR PARTE DEL USUARIO. 5. LA CANCELACIÓN DE LA RESERVA POR CAUSA DE FUERZA MAYOR. 5.1 Análisis de la cuestión en general. 5.2. Incidencia sobre esta cuestión del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, respecto a la adopción de ciertas medidas en el ámbito económico para hacer frente al COVID-19. 6. EL CONTROL DE LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO SOBRE LOS PACTOS ACERCA DE RESERVAS, ANTIPOS Y CANCELACIONES. EN PARTICULAR, LOS LÍMITES DE LAS PENALIZACIONES PACTADAS. 7. LA RAZONABLE INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR AUTONÓMICO EN LA ORDENACIÓN DE LAS RESERVAS, LOS ANTIPOS Y EL RÉGIMEN DE LAS CANCELACIONES: LA ABSTENCIÓN COMO REGLA. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

## **1. EL DERECHO DE CANCELACIÓN DEL USUARIO Y SU RELACIÓN CON LOS REMEDIOS GENERALES SOBRE INCUMPLIMIENTO**

La práctica, sobre todo con el uso de plataformas digitales, ha ideado un mecanismo contractual muy útil que permite al usuario<sup>1</sup> que ha contratado un alojamiento turístico extinguir el contrato

---

<sup>1</sup> En el presente trabajo se ha optado por utilizar, preferentemente y con carácter general, el término “usuario del servicio de alojamiento” o simplemente “usuario” antes que “turista” o “viajero”, sin que ello presuponga que este actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional en el sentido del art. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (en adelante, TRLGDCU). Cuando se hace referencia al usuario del servicio como consumidor (o “usuario” propiamente) en el sentido de dicha norma, ello se ha especificado convenientemente.

Sobre el concepto de usuario de un alojamiento, *vid.* MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> L., “Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional”, en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, (Dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Madrid, Reus, 2018, págs. 219-220.

en caso de que por necesidades o intereses sobrevenidos pierda el interés en su cumplimiento: el reconocimiento a este usuario de un derecho de cancelación o desistimiento (unilateral y *ad nutum*<sup>2</sup>) de la reserva de su alojamiento.

Mediante el ejercicio de este derecho nacido del contrato, el usuario provoca su extinción y puede así eludir las acciones generales de cumplimiento íntegro de su obligación de pago del precio del alojamiento, de resolución por incumplimiento e indemnizatoria, a cambio de perder/abonar la penalización tasada que se hubiere pactado en su caso<sup>3</sup>.

Por otra parte, el prestador del alojamiento puede en estos casos disponer libremente de este y cubrirse en el mercado celebrando un negocio de sustitución con otro usuario, al tiempo que recibe en su caso de forma rápida una compensación o penalización exactamente tasada y que ya se encontrará en su poder o le será fácilmente cobrable (así por ejemplo, cuando se estableció una garantía de pago vinculada a una tarjeta de crédito o similar).

En consecuencia, el ejercicio de este derecho de cancelación en absoluto pretende dejar a los contratantes como si el contrato no se hubiere celebrado como es propio de la legislación de consumo, pues esta cancelación o desistimiento no pretende proteger al usuario frente a un déficit de información al tiempo de contratar o frente a un déficit de reflexión o libertad. Por el contrario, tiene como función dotar a las partes de certidumbre jurídica arbitrando una solución razonable, clara y rápida ante posibles dificultades o nuevos intereses surgidos para el usuario durante el tiempo que media entre la celebración del contrato y su ejecución plena, al tiempo que mecanismo preventivo de posibles incumplimientos y sus consecuencias, de manera que constituye una clara alternativa del mercado a los instrumentos jurídicos tradicionales y a las dificultades que ellos plantean en este tipo de contratos<sup>4</sup>.

Todas estas ventajas justifican el éxito de esta fórmula en términos de eficiencia económica en un mercado como el turístico, que “genera consumidores temporales que requieren respuestas

---

<sup>2</sup> Entendido el derecho de desistimiento como un derecho potestativo de configuración jurídica (en concreto, de carácter cancelatorio), nacido de la ley o del contrato, que permite a quien lo ostenta, mediante una declaración de voluntad, producir la ineffectuación de un contrato válido: RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, Montecorvo, 1991, págs. 197 y ss.; KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 16; LARROSA AMANTE, M. A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 99-100.

<sup>3</sup> Sobre las relaciones entre el desistimiento unilateral y la resolución por incumplimiento, *vid.* BELUCHE RINCÓN, I., “El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2015, págs. 89-91; GÁLVEZ CRIADO, A., *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 41 y ss.

<sup>4</sup>No son difíciles de imaginar las dificultades para concretar (y probar) las distintas partidas indemnizatorias comprensivas del daño patrimonial en los contratos de servicios: RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo II, 2001, págs. 727-730.

jurídicas inmediatas”<sup>5</sup> (también las empresas –podría añadirse–). Por otra parte, es un elemento que puede contribuir también a acercar el contrato de alojamiento turístico al ámbito de los contratos de servicios<sup>6</sup>.

Naturalmente, la cancelación tiene sentido tanto en la reserva sin penalización como en la realizada con el abono de un anticipo vinculado a una penalización, pero no en aquella en la que se haya pagado por anticipado y sin posibilidad de reembolso la totalidad del precio de la estancia (denominada usualmente en la práctica “reserva no reembolsable”), pues aquí el usuario más que desistir lo que hace es renunciar sin más a su derecho a ocupar el alojamiento contratado e íntegramente pagado.

En el primer caso (reserva sin penalización), el prestador del servicio de alojamiento asume la totalidad del riesgo y la *carga* de cubrirse en el mercado en caso de que el usuario cancele su reserva o no ocupe su alojamiento, pero le permite poner en el mercado un producto que puede resultar muy atractivo para los clientes y ser muy demandado, lo que seguramente influirá en su precio.

En el segundo caso (reserva con penalización), se establece un cierto equilibrio económico entre ambos contratantes en este punto: el prestador cubre parte del precio de la estancia a costa del usuario y se arriesga a tener que cubrirse en el mercado por el resto, mientras que el usuario asume de forma también limitada (usualmente en la cuantía del anticipo) el riesgo de pérdida del precio total acordado. En este sentido, es frecuente en la práctica acordar que el anticipo abonado o garantizado solo podrá ser retenido por el prestador si el desistimiento del usuario se produce a partir de una determinada fecha especialmente cercana al inicio del periodo de alojamiento. Antes de dicha fecha suele ofrecerse como reserva sin penalización.

En fin y en el supuesto de reserva no reembolsable, ya se ha dicho que el usuario asume en solitario el riesgo de pérdida de la totalidad del precio correspondiente a la estancia reservada, pero ello habrá quedado también reflejado con seguridad en el precio abonado en este tipo de reserva.

Este equilibrio entre el régimen de los anticipos, las penalizaciones y las cancelaciones (desistimiento) en los contratos de alojamiento permite a ambos contratantes decidir el nivel de

---

<sup>5</sup> RUIZ-RICO RUIZ, C., “La desadaptación del Derecho de consumo a la tutela del consumidor como turista”, en *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo*, (Coord. A. Auriolés Martín), Barcelona, Atelier, 2003, pág. 284.

<sup>6</sup> Sobre la distinción en estos casos entre contrato de arrendamiento y contrato de servicios (de alojamiento u hospedaje), *vid.* extensamente FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *El alojamiento colaborativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 155 y ss.; MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L. “Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional”, *op. cit.* págs. 208-210.

SAN JULIÁN PUIG, V., “El contrato de hospedaje ¿categoría unitaria que aglutina alojamiento hotelero y extrahotelero”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011, págs. 130 y ss., propone unificar, bajo la denominación “contrato de hospedaje”, tanto a los alojamientos hoteleros como a los extrahoteleros.

riesgo que están dispuestos a asumir derivado del hecho de que el usuario finalmente pudiera no ocupar su alojamiento y pagar la parte del precio aún no abonada, siempre que sea por causa que no pueda encajar en un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor, como posteriormente se estudiará.

De esta manera, la relación entre pago de anticipos y régimen de cancelaciones y penalizaciones constituirá un elemento esencial en ese cálculo costes-beneficios en el que sustentan ambas partes su decisión de contratar<sup>7</sup>. Tratándose en la mayor parte de los casos de un contrato de adhesión, el predisponente o prestador del servicio trasladará a sus ofertas cerradas el nivel de riesgo que está dispuesto a asumir en cada caso, mientras que el usuario-adherente aceptará aquella de las ofertas que mejor se corresponda con el riesgo aceptable para él. Esto determina una variedad de productos y opciones en este competitivo mercado que pueden beneficiar tanto a la oferta (que puede diversificar sus productos) como a la demanda (que puede contar con un mayor rango de opciones).

Por otra parte, no pueden obviarse en este ámbito las regulaciones autonómicas sectoriales en materia turística que, en general, han continuado una cierta tradición jurídica consistente en establecer un régimen jurídico (supletorio ahora) sobre reservas, cancelaciones y penalizaciones en el ámbito de los alojamientos turísticos, tal y como con anterioridad había hecho la legislación estatal. Por ello, la referencia a esta legislación será continua y se dedicará un apartado específico al análisis de algunas de estas normas y a emitir un juicio de valor sobre la mismas.

Como fácilmente habrá advertido el lector, en este trabajo se ha optado por seguir la terminología legal recogida en la normativa sectorial, que responde más a la práctica comercial que a una precisa terminología técnica desde un punto de vista jurídico, pero que creemos que resulta muy útil para identificar las cuestiones jurídicas que se van a tratar. En este sentido, hemos tomado el término “cancelación” como sinónimo de desistimiento y “reserva” como sinónimo de contrato de alojamiento, si otra cosa no se especificara.

Por último, debe advertirse que el desistimiento legal reconocido en algunos supuestos por la legislación de consumo, ha sido excluido respecto a los contratos de alojamiento, precisamente por tratarse de contratos celebrados por tiempo determinado y sujetos a un término esencial<sup>8</sup>,

---

<sup>7</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo III, 1991, pág. 1027.

<sup>8</sup> Vid. el considerando 49 in fine de la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores, que justifica la exclusión de esta manera: “El reconocimiento del derecho de desistimiento también podría ser inadecuado en el caso de determinados servicios en los que la celebración del contrato implica reservas que el comerciante puede tener dificultad para cubrir si se ejerce el derecho de desistimiento. Tal sería el caso, por ejemplo, de las reservas hoteleras y de casas de vacaciones o de las reservas para espectáculos culturales o deportivos”. En cualquier caso, el actual art. 103 1) TRLGDCU, siguiendo al 16 1) de la Directiva, excluye el desistimiento en contratos tales como: “El suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes,

de manera que resulta evidente que los supuestos de cancelación que se van a tratar en este trabajo tienen un fundamento y efectos distintos al derecho de desistimiento regulado en los arts. 68 y ss. del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (en adelante, TRLGDCU) en general, o al reconocido específicamente al viajero en el art. 160.5 TRLGDCU para los viajes combinados: “*En el caso de los contratos de viaje combinado celebrado fuera del establecimiento, el viajero dispondrá de un plazo de catorce días para ejercer su derecho desistimiento del contrato de viaje combinado, sin necesidad de justificación*”<sup>9</sup>.

## 2. LA CANCELACIÓN DE LA RESERVA EN AUSENCIA DE PACTO EXPRESO

Tradicionalmente, la normativa sectorial reguladora de los alojamientos turísticos ha venido estableciendo una estrecha relación entre reservas, anticipos, cancelaciones y penalizaciones. A modo de ejemplo puede citarse la ya derogada Orden de 28 de marzo de 1966, reguladora de los precios y reservas en la industria hotelera, cuyo art. 11.1 estableció que “*el hotelero podrá exigir de las personas que efectúen una reserva de plazas un anticipo del precio en concepto de arras o señal*”, que posteriormente fijaba el apartado 2 (el importe de un día de habitación por cada diez días de ocupación o fracción), mientras que el 3 añadía que “*si la anulación de la reserva no se efectúa siete días antes del fijado para ocupar la habitación, quedará a disposición de la Empresa la cantidad recibida en concepto de arras, conforme a las normas del párrafo anterior*” (negrita nuestra).

Esta norma fue sustituida con posterioridad por la Orden de 15 de septiembre de 1978 –todavía vigente–, sobre régimen de precios y reservas en alojamientos turísticos, aplicable no solo a los hoteles y que trató de otorgar una mayor libertad de precios a los establecimientos de este tipo, pero que mantuvo en lo básico las normas anteriores. Así, el art. 11.1 estableció de forma similar al precepto anterior que “*el titular del alojamiento podrá exigir a los que efectúen una reserva de plaza un anticipo de precio en concepto de señal, que se entenderá a cuenta del importe resultante para los servicios prestados*”.

Para los alojamientos hoteleros el art. 11.2 fijó los anticipos máximos permitidos de la misma forma, al tiempo que su último párrafo dispuso que “*Si la anulación de la reserva no se efectúa*

---

alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un periodo de ejecución específicos”.

Al respecto, TORRES LANA, J. A., “Derechos y garantías del usuario de servicios turísticos adquiridos *on line*”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José González García*, (Coord. D. Jiménez Liébana), Cizur Menor, Aranzadi, 2012, pág. 807, y CASTAÑOS CASTRO, P., *Derechos y deberes de los consumidores en los hoteles*, Madrid, Dykinson, 2015, págs. 88-90.

<sup>9</sup> Sobre la distinción entre ambos tipos de desistimiento *vid.* BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.ª S., “*¿Deben las compañías aéreas de bajo coste garantizar el derecho del usuario a desistir del vuelo contratado on-line?*”, en *CESCO*, núm. 2, 2012, págs. 46-47; LARROSA AMANTE, M. A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo, op. cit.*, pág. 125.

*siete días antes del fijado para ocupar la habitación, quedará a disposición de la Empresa la cantidad recibida en concepto de señal, conforme a las normas del párrafo anterior*”. Por su parte, el art. 11.3 reguló la misma cuestión para los “apartamentos o similares”, estableciendo también unos anticipos máximos dependiendo de la duración del alojamiento. El precepto detalló las penalizaciones por cancelación anticipada de forma similar a la establecida hasta entonces por el art. 32 de la Orden de 17 de enero de 1967, de ordenación de los apartamentos, «bungalows» y otros alojamientos similares de carácter turístico, (negrita nuestra también):

**“La anulación de reserva dará derecho en ambos casos a retener como máximo, en concepto de indemnización, el siguiente porcentaje de la señal exigida:**

*a) El 5 por 100 cuando la anulación se haga con más de treinta días de antelación a la fecha fijada para ocupar el alojamiento.*

*b) el 50 por 100 cuando se haga con treinta o menos días y más de siete.*

*c) el 100 por 100 cuando se haga con menos de siete días”*

A partir de aquí y aparte del reconocimiento de la libertad de precios por parte de las distintas normas<sup>10</sup>, debe tenerse en cuenta que la competencia en materia de turismo corresponde de forma exclusiva a las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA), que han ido desplazando con su regulación a la Orden de 15 de septiembre de 1978. Y aunque esta normativa se analizará después, debemos ahora adelantar que las normas dictadas al respecto por las CCAA, aparte de respetar la libertad de los contratantes para fijar los precios y demás condiciones de sus contratos, frecuentemente establecen una regulación supletoria relativa a las reservas, anticipos y cancelaciones, como se venía haciendo, aunque de forma imperativa, tradicionalmente<sup>11</sup>.

No obstante y en nuestra opinión, resulta sumamente dudoso que estas normas establecidas en principio como Derecho supletorio puedan resultar directamente aplicables sin más en ausencia de una regulación expresa por parte de los contratantes en el tema que se está tratando. Y es que en nuestra opinión, el régimen contractual acordado por los contratantes en relación a las reservas y al pago de anticipos resulta de especial utilidad para interpretar en los casos dudosos la voluntad típica de aquellos en relación al régimen de las cancelaciones, de manera que la existencia o no de anticipos y la cuantía de los mismos debe tomarse como la medida pactada

---

<sup>10</sup> Así por ejemplo, el Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, de ordenación de apartamentos turísticos y viviendas turísticas vacacionales, aunque mantuvo la regulación anterior de las reservas, anticipos y cancelaciones.

<sup>11</sup> A modo de ejemplo pueden citarse: el (derogado) Decreto 53/1994, de 8 de febrero, que establece el régimen de precios, reservas y servicios complementarios en establecimientos de alojamiento turístico en Cataluña; el Decreto 193/1994, de 20 de septiembre, de Aragón; el Decreto 19/1997, de 11 de febrero, de Valencia; el Decreto 205/2001, de 20 de noviembre, de Castilla-La Mancha; el (derogado) Decreto 22/2002, de 26 de febrero, de Extremadura, posteriormente sustituido por el Decreto 203/2012, de 15 de octubre; y el Decreto 179/2011, de 8 de septiembre, de Galicia, entre otros.

tácitamente por los contratantes, o derivada de los usos de este tipo de negocios (art. 1258 CC), para regular el régimen de las cancelaciones (*ad nutum*) y sus efectos.

Por ello entendemos que las tres grandes opciones ya mencionadas en que puede pensarse al realizar una reserva confirmada (a saber, reserva sin anticipo, reserva con anticipo y reserva con abono completo del precio de la estancia) autorizan, respectivamente, una cancelación sin penalización alguna, una cancelación con una penalización en la medida exclusivamente del anticipo y una (no) cancelación con precio no reembolsable, salvo que expresamente los contratantes hayan acordado un régimen distinto en el contrato. Esa entendemos que será típicamente la intención de los contratantes en los casos dudosos y así habrá de ser interpretada su voluntad, lo que supone defender que el anticipo ha de tenerse en estos casos por una señal o arras que permite al usuario (y solo al usuario) desistir del contrato.

Es cierto que en la práctica lo más frecuente es que exista una previsión expresa del régimen o política de cancelaciones asociada a cada tipo de alojamiento ofertado, de manera que constituirá un elemento que puede calificarse como esencial en este tipo de contratos, sobre todo cuando las ofertas proceden de profesionales del mercado, pero no debe descartarse la necesidad de aplicación de las anteriores consideraciones para interpretar o integrar la voluntad de los contratantes cuando sean los particulares quienes ofrecen a otros particulares sus alojamientos y la cuestión pueda resultar más abierta o dudosa.

A las anteriores consideraciones podría oponerse que las conclusiones alcanzadas mediante la interpretación de una cierta voluntad tácita o “típica” de los contratantes se opone manifiestamente a las reglas generales de las obligaciones contractuales, de las que cabe deducir justamente lo contrario: que en caso de duda no cabe defender la existencia de un derecho de desistimiento unilateral a favor de ninguno de los contratantes (principios de obligatoriedad e irrevocabilidad del contrato), de manera que en el supuesto de que el usuario haya abonado un anticipo, este habrá de entenderse como parte y a cuenta del precio total pactado por el alojamiento (arras confirmatorias), pero sin que ello le autorice a desistir del contrato perdiendo la señal (arras penitenciales o de desistimiento, como se defiende aquí).

Sin embargo, creemos que esta cuestión debe relacionarse directamente con los usos asentados en los negocios de alojamiento (arts. 1258 y 1287 CC) y con lo que razonablemente y de acuerdo con la buena fe y dichos usos espera un usuario que ha reservado un alojamiento y al que no se le ha exigido el pago completo de precio de forma anticipada, que no es otra cosa que confiar en poder cancelar su reserva perdiendo el anticipo pagado en su caso. Porque un usuario medio no contempla como razonable tener que abonar la totalidad del precio de un alojamiento que no va a disfrutar sino cuando expresamente así se haya establecido (reserva no reembolsable) o cuando ha abonado por anticipado la totalidad del precio<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Se ha llegado incluso a afirmar que la idea de pagar exclusivamente por los servicios consumidos, con independencia de los reservados, parece socialmente muy asentada en el ámbito de los servicios turísticos:

De esta manera, podemos concluir que la regulación intervencionista en esta materia había ido generando una práctica o uso conforme al cual el pago de un anticipo vinculado a la reserva de un alojamiento venía siendo entendido, por un lado, como un pago a cuenta de los servicios contratados si el usuario finalmente ocupaba su alojamiento, pero por otro lado y al mismo tiempo, como arras o señal del contrato, que permitía al usuario desistir o cancelar el mismo con la pérdida de todo o una parte del anticipo según los casos.

La interpretación que defendemos nos parece mucho más razonable y ajustada a la voluntad real de los contratantes que las soluciones que se derivarían de la aplicación directa y de forma supletoria de la normativa turística sectorial en ausencia de un pacto expreso de los contratantes.

Precisamente esta especialidad propia de los contratos de alojamiento no ha pasado desapercibida para la doctrina<sup>13</sup>, que viene por ello distinguiendo entre el contrato de reserva y el contrato de alojamiento u hospedaje propiamente dicho, sin perjuicio de la unidad funcional y económica entre ambas relaciones jurídicas, pues como afirma REPRESA POLO, “el contrato de hospedaje puede concluirse como contrato primero y único entre el cliente y el establecimiento hotelero, pero, en el tráfico jurídico es habitual que la celebración del contrato de hospedaje se encuentre precedida de una reserva de plaza hotelera, articulada a través de un contrato de reserva de alojamiento”<sup>14</sup>, que como hemos visto, no solo precede a la contratación de alojamientos hoteleros, sino de cualquier otro tipo.

Quizás en la actualidad y debido al uso de las nuevas tecnologías, que permiten al usuario una confirmación instantánea o rápida de la reserva, la percepción del usuario más bien sea la de entender realizado en firme y desde el principio un contrato de hospedaje o del tipo de alojamiento de que se trate, que frecuentemente vendrá acompañado de unas condiciones en cuanto al pago de anticipos, cancelaciones y penalizaciones. Y si expresamente no se acuerda otra cosa, en nuestra opinión y como venimos defendiendo, habrá que entender que la medida del anticipo determina la penalización por cancelación o desistimiento del usuario (arras de desistimiento), conforme a los usos propios de esta actividad.

---

URBANO JIMÉNEZ, F. J., “Las reservas turísticas: problemática, regulación y defensa de los usuarios”, en *I Jornadas sobre Derecho y Turismo*, (Ed. F. J. Melgosa Arcos), Actas de las I Jornadas, Ávila, 1994, pág. 63.

<sup>13</sup> DÍAZ ALABART, S./ ÁLVAREZ MORENO, M.ª T., “Artículo 16”, en *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, (Dir. S. Díaz Alabart /Coord. M.ª T. Álvarez Moreno), Madrid, Reus, 2014, págs. 423-424.

<sup>14</sup> REPRESA POLO, P./ DE HARO IZQUIERDO, M., “Los contratos de hospedaje y reserva de alojamiento”, en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo V, (Dir. M. Yzquierdo Tolsada), Cizur Menor, Thomson Reuters, 2014, pág. 392; también CEBALLOS MARTÍN, M.ª M., *La regulación jurídica de los establecimientos hoteleros*, Madrid, Marcial Pons, 2002, págs. 211 y ss.

### 3. LA FUNCIÓN DEL PLAZO DE CANCELACIÓN COMO PLAZO DE PREAVISO

Cuando en un contrato de alojamiento se ha pactado expresamente (entendemos que a favor del usuario) un determinado plazo de cancelación, dicho plazo presenta, en nuestra opinión, una doble funcionalidad: por un lado, es el plazo que permite al usuario extinguir el contrato y evitar con ello la pretensión de cumplimiento de la otra parte, y por otro lado y al mismo tiempo, constituye un plazo de preaviso a favor del prestador del servicio.

Este preaviso no funciona aquí como el que es exigible con carácter general en los contratos indefinidos o en las relaciones duraderas, donde se persigue evitar al otro contratante los perjuicios que una ruptura brusca de la relación jurídica le puede ocasionar<sup>15</sup>. Por el contrario, en el caso del contrato de alojamiento, el ejercicio del derecho de cancelación provoca, no la extinción de un contrato ya en fase de ejecución por ambas partes contratantes, sino la extinción de un contrato (de duración determinada y término esencial) por parte del contratante que todavía no ha recibido su prestación principal (el usuario) y que no está interesado en recibirla.

Sin embargo, la finalidad y función tuitivas del plazo o fecha límite de cancelación o desistimiento es similar en ambos casos: otorgar al prestador del servicio un periodo de tiempo (el que va desde la cancelación al de inicio de la prestación a favor del usuario) para adaptarse a la pérdida de la pretensión de cobro del precio (en todo o en parte) del alojamiento como consecuencia de la extinción del contrato. El prestador podrá entonces buscar en el mercado un negocio de sustitución, reducir o ahorrar ciertos costes relacionados con un alojamiento que no tendrá que prestar, etc.

Por este motivo, la lógica económica nos dirá que la penalización que pueda pactarse a favor del prestador se incrementará conforme la fecha límite de cancelación acordada más se aproxime a la fecha de inicio del periodo de alojamiento, pues menores serán las probabilidades de que el prestador pueda encontrar un sustituto o pueda ahorrar costes, de forma similar a como suele ocurrir en el contrato de viaje combinado<sup>16</sup>.

De hecho, es habitual en la práctica establecer un plazo o fecha límite de cancelación para discriminar penalizaciones, de manera que antes de esta fecha las penalizaciones son menores o quedan excluidas, y pasado este límite, se incrementan o abarcan el precio total del alojamiento (reserva no reembolsable).

*Quid si nada se pactó expresamente sobre la posibilidad de que el usuario pudiera cancelar el contrato?* En este caso ya hemos expuesto nuestra opinión sobre que el usuario podrá desistir perdiendo el anticipo que hubiere abonado o garantizado (arras de desistimiento), o gratuitamente, si no hubiere abonado o garantizado anticipo alguno.

---

<sup>15</sup> KLEIN, K., *El desistimiento unilateral del contrato*, op. cit., págs. 181-185.

<sup>16</sup> GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, Madrid, Tecnos, 1998, págs. 200-201.

El problema aquí puede estar en la delicada posición en la que puede quedar el prestador del servicio, habida cuenta de que, al no establecerse plazo de cancelación (y por tanto, de preaviso) esto significaría que el usuario podrá hacer valer su derecho a cancelar el contrato hasta el momento mismo de inicio de su periodo de alojamiento, lo que puede resultar bastante “sorpresivo” para la otra parte, que no va a contar con un plazo de tiempo razonable para adaptarse a esta situación y tratar de minimizar sus consecuencias económicas.

Esto es cierto, pero también lo es que el prestador del servicio (que frecuentemente predispone todo el contenido del contrato) tenía en su mano cubrirse frente a esta situación, estableciendo un plazo límite para desistir, fijando una penalización determinada, exigiendo un anticipo, o en última instancia, excluyendo expresamente el derecho de cancelación, lo que habitualmente determina el pago total de la estancia de forma anticipada.

Incluso pensando en el supuesto que podría resultar potencialmente más perjudicial para el prestador, como sería la reserva de un alojamiento sin anticipo y donde el contrato ha guardado silencio sobre la posibilidad de desistir por parte del usuario, creemos procedente la misma solución, pues esta situación habrá nacer en él la confianza de que podrá cancelar en cualquier momento y sin penalización alguna. La ausencia de anticipo, de plazo de cancelación y de penalización, puestos en relación con los usos y prácticas habituales en este tipo de negocios, llevará inevitablemente al usuario a la creencia de que el contrato le autoriza a actuar de esta manera.

#### **4. LA CANCELACIÓN DE LA RESERVA POR FALTA DE OCUPACIÓN EFECTIVA DEL ALOJAMIENTO POR PARTE DEL USUARIO**

La ocupación efectiva del alojamiento objeto de la reserva constituye el principal de los derechos del usuario en este tipo de contratos, de manera que su no ocupación por propia voluntad debe entenderse como una renuncia de aquel a su derecho.

Sentado lo anterior, ¿sería razonable entender que si el usuario no aparece el día de inicio de su periodo de alojamiento, sin realizar aviso alguno ni ser posible contactar con él, ello puede ser lícitamente interpretado por parte del prestador del servicio también como una manifestación de voluntad tácita del usuario de renuncia a su derecho?

No creemos que pueda dudarse de la validez de un pacto expreso en el contrato que estableciera que, si llegada una determinada (y razonable) hora del día de la entrada el usuario no hace acto de presencia para ocupar su alojamiento ni avisa de su llegada más tardía ni es posible su localización, el prestador pueda dar por cancelada la reserva con pérdida del anticipo o de la consecuencia económica establecida. De hecho, es bastante frecuente en este tipo de contratos la previsión de que, en el caso descrito, el prestador pueda dar por cancelada la reserva con derecho al cobro de una noche de alojamiento, por ejemplo.

El problema se planteará sobre todo cuando tal previsión no exista en el contrato de alojamiento. En este sentido, la solución arbitrada en algunos precedentes legislativos parece ir en la línea de entender que, en tal caso, la reserva se mantendrá durante el periodo de alojamiento cubierto por la señal o anticipo. Así, el art. 33 de la Orden de 17 de enero de 1967, de ordenación de apartamentos, “bungalows” y otros alojamientos similares de carácter turístico, estableció que “cesará la obligación de reservar el alojamiento, con pérdida de la señal, cuando no fuera ocupado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día fijado para ello, salvo que dentro de este plazo el cliente confirme su llegada y ésta se produzca antes de que el importe del alojamiento por los días transcurridos exceda de la cuantía de la señal”.

Por su parte, la Orden de 15 de septiembre de 1978, que derogó a la anterior, no incluyó un precepto concreto al respecto, por lo que parece que la norma aplicable para resolver esta cuestión era la misma que en caso de que la anulación de la reserva no se realice con al menos siete días de antelación por parte del usuario: “Si la anulación de la reserva no se efectúa siete días antes del fijado para ocupar la habitación, quedará a disposición de la Empresa la cantidad recibida en concepto de señal, conforme a las normas del párrafo anterior” (art. 11). Esta solución a favor de la cancelación del contrato (“anulación de la reserva”, en la terminología del art. 11) es, por tanto, la opuesta a la de la Orden de 1967.

La normativa autonómica posterior, de forma supletoria y a falta de previsión expresa en el contrato de alojamiento, ha abogado de forma muy mayoritaria por el mantenimiento de la reserva durante el periodo de alojamiento cubierto por el anticipo en su caso, aunque con algunas excepciones<sup>17</sup>. En este sentido, tomaremos como modelo el art. 23 del Decreto 3/2017, de 16 de febrero, que regula los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León, y establece una regulación supletoria sobre el mantenimiento de las reservas del siguiente tenor:

1. *Cuando se haya confirmado una reserva sin la exigencia de anticipo, la empresa la manterá hasta la hora concertada y, en el caso de que no se haya acordado, hasta las 20 horas del día señalado para la entrada, salvo que el turista confirme su llegada advirtiendo de posibles retrasos.*
2. *En el supuesto de que se haya exigido un anticipo para formalizar la reserva, la empresa, salvo pacto en contrario acreditado por escrito, mantendrá la reserva sin ningún límite horario, durante el número de días que cubra el anticipo.*

Centrándonos en el segundo supuesto, esto es, cuando se ha abonado un anticipo al realizar la reserva, parece que como venimos diciendo la norma obliga al establecimiento a mantener la reserva durante el periodo de ocupación cubierto por dicho anticipo, a pesar de que el usuario

---

<sup>17</sup> Así por ejemplo, el art. 11 del Decreto 19/1997, de 11 de febrero, que regula el régimen de precios y reservas en establecimientos de alojamiento turístico, de Valencia: “Cesará la obligación del establecimiento de reservar el alojamiento, con pérdida del anticipo en su caso efectuado, cuando no fuera ocupado en el plazo convenido, salvo que dentro de dicho plazo el cliente confirme su llegada de forma indubitable”.

no la haya ocupado el día y hora acordadas ni haya advertido de posibles retrasos, “*salvo pacto en contrario acreditado por escrito*”.

Aunque se trate de una norma supletoria, parece en principio inevitable su aplicación si los contratantes, a pesar de haber regulado contractualmente el pago de anticipos y el régimen de la cancelación, no hubieran previsto la posibilidad de que el usuario no se presente a su destino, sin aviso y sin posibilidad de contactar con él. En otras palabras, la norma considera que este comportamiento del usuario, por sí mismo, no revela una voluntad tácita de cancelar o renunciar a su reserva, sino de todo lo contrario, el mantenimiento de la parte del contrato cubierta por el anticipo.

En términos generales, esta regulación supletoria parece razonable en la medida en que sea respetuosa con la voluntad de los contratantes. En este sentido, entendemos que su aplicación genera dudas cuando se haya acordado el pago de un anticipo y exista un plazo límite de cancelación para el usuario, pues entonces parece justo que la solución sea, como mínimo y en perjuicio del propio usuario, la misma que para el caso de cancelación de la reserva fuera del plazo acordado. Y también resulta dudosa la solución legal en caso de que el derecho de cancelación haya quedado contractualmente excluido de forma expresa.

Por ejemplo, si se estableció a favor del usuario un derecho de cancelación sin penalización antes de una determinada fecha y una penalización (por ejemplo, el coste de dos noches de alojamiento cobradas por anticipado) a partir de esa fecha, resulta absurdo que si el viajero no cancela ni aparece en la fecha de entrada establecida su situación le sea más favorable (el mantenimiento de la reserva durante el periodo cubierto por el anticipo, dos noches) que si cancela pasada la fecha límite establecida y antes del día de inicio de su periodo de ocupación (se extingue la reserva y pierde el anticipo).

De la misma manera, si la reserva no permitía su cancelación, no existe razón para que en este caso el contrato quede limitado temporalmente al plazo cubierto por el anticipo.

En estas circunstancias y aunque nada se haya pactado al respecto, lo lógico sería aplicar la regulación contractual establecida para las cancelaciones fuera de plazo o para las reservas sin derecho de cancelación, con las consecuencias establecidas en el propio contrato.

Y es que como hemos visto anteriormente, una manifestación de voluntad expresa del usuario de dar por cancelada la reserva dentro de un plazo establecido funciona también como un preaviso a la otra parte, que dispone desde ese momento de cierto tiempo para celebrar un negocio de sustitución con un tercero a fin de cubrir los ingresos que dejará de percibir del usuario que ha cancelado su reserva. El art. 23.2 del Decreto 3/2017 de Castilla y León lo que hace justamente es eliminar ese preaviso porque obliga al prestador del servicio al mantenimiento de la reserva durante todo el periodo de la estancia cubierto por el anticipo, rompiendo de esta manera el equilibrio contractual fijado por las partes a través del anticipo y el plazo de cancelación.

Una norma supletoria como este art. 23 sí resulta muy razonable en dos supuestos: cuando no se ha pagado anticipo alguno ni existe plazo de cancelación (porque entonces la ausencia de anticipo y de plazo de cancelación implica ausencia de preaviso y es lógica la solución del art. 23.1) y cuando el usuario ha abonado por anticipado todo el precio de la estancia (porque entonces el prestador del servicio no necesita cubrirse en el mercado porque no existen ingresos dejados de percibir). Pero puede no ser respetuoso con la voluntad de los contratantes cuando se ha abonado un anticipo que cubre una parte de la estancia y se ha establecido un plazo límite de cancelación, o cuando expresamente se ha excluido la cancelación, en cuyo caso reiteramos que lo lógico sería aplicar el régimen pactado expresamente para estos casos.

Por otra parte, entendemos que debe rechazarse también en esta sede una solución como la que establecía el art. 160 TRLGDCU, en la redacción anterior al Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, para los viajes combinados, que establecía que “*de no presentarse a la salida, el consumidor y usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido*”<sup>18</sup>.

Aquí la obligación de abonar íntegramente el precio del viaje residía en la imposibilidad o dificultad por parte del organizador de cubrirse en el mercado una vez que el viaje ha comenzado, lo que no ocurre en un contrato cuyo objeto principal sea el uso temporal de un alojamiento, y en general, en los contratos de hospedaje<sup>19</sup>. Aun así, la norma se apartaba de las reglas generales en materia de cuantificación del daño lucro cesante, pues identificaba precio del viaje con ganancia dejada de obtener por el empresario (art. 1106 CC). En la redacción actual parece que el empresario debe deducir el ahorro de costes, así como en su caso, “*los ingresos derivados de la utilización alternativa de los servicios de viaje*”, lo que nos parece mucho más adecuado.

La misma regla creemos defendible para un supuesto que ahora interesa: aquel en el que el alojamiento ya haya sido ocupado por el viajero y con posterioridad y sin que concurra un supuesto de fuerza mayor o causa justificada, decida abandonar su alojamiento. En este caso y siempre respetando los pactos entre las partes, no encontramos razones para separarnos de las reglas anteriores para el cálculo del lucro cesante, incluso imponiendo al prestador del servicio

---

<sup>18</sup> En opinión de GÓMEZ CALLE, E., “El contrato de viaje combinado”, en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo V, (Dir. M. Yzquierdo Tolsada), Cizur Menor, Thomson Reuters, 2014, pág. 523, dicha norma resultaba aplicable también “si el viajero, aun personado en el lugar de inicio del viaje, no puede tomar parte en él por su propia culpa, por no contar con la documentación precisa al efecto”.

<sup>19</sup> Sobre la posible aplicación de este art. 160 al contrato de hospedaje, *vid. CASTAÑOS CASTRO, P., Derechos y deberes de los consumidores en los hoteles, op. cit.*, págs. 92 y ss.; también CASTAÑOS CASTRO, P., “El desistimiento en el contrato de hospedaje”, en *V Jornadas de investigación en turismo. Turismo y sostenibilidad*, Sevilla, Digital @tres, 2012, págs. 290-291.

un deber de mitigar el daño conforme al principio de la buena fe, frente a la opinión que sostiene la obligación del usuario de abonar la totalidad del precio sin más<sup>20</sup>.

Creemos que resulta muy sensato imponer al prestador de un servicio de alojamiento la carga de hacer todo lo razonablemente posible para cubrirse en el mercado ofreciendo de nuevo el alojamiento a potenciales usuarios y celebrando con estos un negocio de sustitución o reemplazo a fin de mitigar el precio o las pérdidas susceptibles de ser reclamadas a un usuario anterior, pues los canales de comercialización actuales resultan muy ágiles y baratos para el oferente de este tipo de servicios.

Naturalmente debe tratarse de un negocio de sustitución o reemplazo, lo que quiere decir que el prestador del servicio carecía de capacidad o posibilidad de hacerse cargo de un contrato de alojamiento de las mismas características y en el mismo periodo<sup>21</sup>. Solo entonces podrá descontarse de la cantidad debida por el usuario lo obtenido por parte del prestador por la utilización alternativa del alojamiento (negocio de reemplazo) en cumplimiento de su deber de mitigar el daño o reducir el precio que puede reclamarse. Entonces, la ganancia dejada de obtener ha de ser entendida como el precio total pactado en el contrato, con deducción de los gastos que se ahorre el prestador con su no ejecución y de lo que adquiera por la utilización alternativa del alojamiento, en la línea del art. 160.1 TRLGDCU para el contrato de viaje combinado. Pero siempre, reiteramos, respetando lo pactado en el contrato.

## 5. LA CANCELACIÓN DE LA RESERVA POR CAUSA DE FUERZA MAYOR

### 5.1. Análisis de la cuestión en general

En esta sede deben distinguirse nítidamente dos grupos de casos principales. Por un lado, estarían aquellos supuestos que encajarían propiamente en la idea de fuerza mayor o caso fortuito del art. 1105 CC y que derivarían en una imposibilidad sobrevenida fortuita de prestar el servicio de alojamiento conforme a los arts. 1182 y 1184 CC.

Por otra parte, se situarían aquellos casos en los que, como indica GÓMEZ CALLE para el contrato de viaje combinado, no estamos hablando de que el usuario se vea afectado por un

---

<sup>20</sup> Respecto al contrato de viaje combinado se ha defendido la obligación del viajero de abonar la totalidad del viaje en este supuesto: GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, op. cit., pág. 210. De la misma opinión parece ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Un estudio de campo: Examen de algunas cláusulas de los contratos de viaje combinado y de ciertos contratos turísticos sueltos”, en *Estudios de Consumo*, núm. 69, 2004, pág. 72, aunque esta solución se encontrara establecida en una condición general: “Las agencias de viajes permiten también desistir del contrato una vez iniciado el viaje, pero niegan la devolución de las cantidades entregadas y obligan al viajero abonar las que queden pendientes. La cláusula que prevé estas consecuencias es perfectamente válida”.

<sup>21</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., “Resolución por incumplimiento e indemnización”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo IV, 1989, págs. 1144 y ss.; MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2010, págs. 181-182.

supuesto de fuerza mayor como causa impeditiva del cumplimiento (que sería el pago del precio), sino como *causa que le impide aprovechar la prestación de la contraparte*, de manera que la fuerza mayor no serviría en esta ocasión para justificar el incumplimiento del usuario, sino su falta sobrevenida de interés en usar o disfrutar del alojamiento, en los casos en que sea razonable entenderlo así<sup>22</sup>.

Desde un punto de vista técnico parece que este tipo de supuestos, en los que no le sería exigible al usuario continuar con el contrato, encajarían mejor con la resolución del contrato por frustración de la finalidad perseguida por el usuario del viaje o servicio por “desaparición de la base del negocio” para él, como parece defender GÓMEZ CALLE<sup>23</sup>, que con el ejercicio de un derecho de cancelación (desistimiento), salvo que quiera acudirse al llamado desistimiento con justa causa (o desistimiento por una causa importante en el caso del Derecho alemán para las relaciones duraderas, que recoge el § 314 BGB desde la reforma de 2002<sup>24</sup>).

La situación en la que puede encontrarse el usuario del alojamiento parece similar a la del viajero de un viaje combinado cuando decide resolver (cancelar) el mismo “*por causa de fuerza mayor*” del antiguo art. 160 TRLGDCU (anterior art. 9.4 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, Reguladora de los Viajes Combinados; en adelante, LVC) que parecía remitir a la regla general (art. 1105 CC) y permitía al viajero resolver sin pagar penalización alguna. En la redacción actual, el art. 160.2 parece más concreto, al detallar que se trata de “*circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de viajeros al lugar de destino*”<sup>25</sup>.

En esta línea, incluso parecía más exacta la terminología utilizada por el antiguo art. 9.3 b) LVC, en relación a los supuestos en que no era exigible al organizador y al detallista indemnizar al viajero por la resolución o cancelación del contrato: “*Cuando la cancelación del viaje, salvo en los supuestos de exceso de reservas, se deba a motivos de fuerza mayor, entendiendo por tales aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas*

---

<sup>22</sup> GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, op. cit., págs. 202 y 205.

<sup>23</sup> GÓMEZ CALLE, E., “El contrato de viaje combinado”, op. cit., pág. 518; PANIZA FULLANA, A., “Protección de los usuarios de servicios turísticos ante la imposibilidad de prestación del servicio por circunstancias inevitables y extraordinarias”, en *Revista General del Derecho del Turismo*, n.º 2, 2020, págs. 3 y ss.

Desde esta perspectiva quizás también sería posible acudir a la aplicación de la doctrina de la inexigibilidad de la prestación según la buena fe: DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2004, págs. 120 y ss.

<sup>24</sup> KLEIN, M. *El desistimiento unilateral del contrato*, op. cit., págs. 38 y ss.; de interés para el Derecho español resultan las conclusiones de las páginas 60-63.

<sup>25</sup> Esta previsión debe completarse con la definición de «circunstancias inevitables y extraordinarias» del art. 151 j) TRLGDCU: “*una situación fuera del control de la parte que alega esta situación y cuyas consecuencias no habrían podido evitarse incluso si se hubieran adoptado todas las medidas razonables*”.

*consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida*”, tomado literalmente del art. 4.6 de la Directiva 1990/314/CEE, de 13 de junio.

En todo caso, la consecuencia jurídica común a los dos grupos de supuestos que se han mencionado sería la misma: el derecho del usuario a cancelar o extinguir su reserva (contrato) sin penalización alguna.

Para el análisis de ejemplos concretos y puesto que en sede de contrato de alojamiento no contamos con reglas especiales, parece que pueden seguirse aquí las pautas jurisprudenciales establecidas respecto a los arts. 9.4 de la antigua LVC y 160 TRLGDCU.

En el primer grupo (fuerza mayor en sentido propio) podrían incluirse todos los supuestos acaecidos fuera del ámbito o esfera de control de los propios contratantes, tales como fenómenos naturales de especial virulencia (huracanes, tifones, volcanes, terremotos, etc), guerras y enfrentamientos o conflictos armados, atentados o riesgo de atentados terroristas, graves disturbios sociales u otros hechos que pueden poner en grave riesgo la seguridad o la vida de los usuarios, epidemias, u otros sucesos semejantes.

A modo de ejemplo, así ha sido declarado en casos tales como: temporal de nieve que obliga a cerrar puertos de montaña del itinerario previsto y con declaración de alerta de “nivel rojo” por las autoridades (SAP Murcia, Sección 4.<sup>a</sup>, n.<sup>º</sup> 695/2009 de 23 de diciembre; AC/2010/706<sup>26</sup>), o previsible paso del conocido como huracán “Haiyan” por la zona del viaje en Filipinas, aun cuando otros viajeros optaron por continuar (SAP Asturias, Sección 6.<sup>a</sup>, n.<sup>º</sup> 41/2016 de 8 de febrero; AC/2016/126<sup>27</sup>), pero no cuando no quede acreditado la afectación a la zona del viaje (SAP Cádiz, Sección 2.<sup>a</sup>, n.<sup>º</sup> 314/2012 de 6 de noviembre; JUR/2013/46046<sup>28</sup>).

En el caso del conflicto bélico existente en la antigua Yugoslavia y además de analizar la situación real de peligro, se entendió que debía también tenerse en cuenta si la percepción del riesgo para la generalidad de las personas les permitiría o no aprovechar y disfrutar de un viaje a Budapest, pues de 53 viajeros en total, solo la actora desistió, junto a otros tres amigos que no demandaron, por lo que no se apreció esta circunstancia (SAP Salamanca n.<sup>º</sup> 398/2001 de 7 de septiembre; JUR/2001/313398<sup>29</sup>).

Por su parte, los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y la grave sensación de inseguridad y miedo causada en fechas a ellos cercanas ha justificado la apreciación de un supuesto de fuerza mayor respecto a un viaje a un país mayoritariamente islámico como Egipto (SAP Madrid, Sección 21.<sup>a</sup>, n.<sup>º</sup> 154/2006 de 15 de marzo;

---

<sup>26</sup> ECLI: ES:APM:2009:2520.

<sup>27</sup> ECLI: ES:APO:2016:204.

<sup>28</sup> ECLI: ES:APCA:2012:1958.

<sup>29</sup> ECLI: ES:APSA:2001:609.

JUR/2006/141030<sup>30</sup>), pero no ante un indeterminado y general miedo a viajar en avión en un viaje a Italia, Grecia y Turquía tras estos mismos atentados (SAP Granada, Sección 3.<sup>a</sup>, n.<sup>º</sup> 560/2004 de 27 de septiembre; JUR/2004/286680<sup>31</sup>). Cuestión distinta sería una declaración por parte de las autoridades de una alerta máxima de riesgo de sufrir atentado terrorista, con una alta probabilidad de producirse (respecto a un viaje a Marruecos), que sí justificaría la apreciación de un supuesto de fuerza mayor (SAP Valencia, Sección 9.<sup>a</sup>, n.<sup>º</sup> 340/2009 de 22 de diciembre; JUR/2010/138025<sup>32</sup>).

Sin embargo, el supuesto más numeroso con el que tienen que enfrentarse nuestros tribunales se refieren al segundo grupo mencionado: hechos o circunstancias que afectan a la *esfera personal* del usuario, de manera que pueda considerarse razonable que, en tales circunstancias, no sea exigible al viajero continuar con el alojamiento concertado y pagar el precio pactado. La causa principal alegada suele ser el padecimiento de una lesión o enfermedad de cierta gravedad sobrevenida con posterioridad a la celebración del contrato (o preexistente pero agravada de forma imprevisible), que afecta al viajero, a sus familiares o personas cercanas, así como supuestos de fallecimiento<sup>33</sup>.

También a modo de ejemplo pueden citarse aquí algunos de los casos resueltos por nuestros tribunales, todos ellos referidos, como en los supuestos anteriores, a situaciones que se producen antes del momento establecido para el inicio del viaje:

A) El viajero que presenta un cuadro depresivo que se había agudizado y requería reposo y tratamiento médico: se trataba de una enfermedad anterior que conllevaba fases de remisión y otras de agudización, pero quedó demostrado que el viajero había sufrido solo tres agudizaciones en trece años, lo que no permitía prever una agudización cuando contrató el viaje (SAP Málaga, Sección 6.<sup>a</sup>, n.<sup>º</sup> 686/2004 de 29 de septiembre; JUR/2004/292298<sup>34</sup>). Otro caso similar de agravamiento imprevisible y de especial gravedad de una enfermedad anterior que lleva al viajero a una situación terminal fue decidido por la SAP Valencia, Sección 9.<sup>a</sup>, n.<sup>º</sup> 155/2007, de 13 de junio (JUR/2007/258924<sup>35</sup>).

---

<sup>30</sup> ECLI: ES:APM:2006:2726.

<sup>31</sup> ECLI: ES:APGR:2004:1971.

<sup>32</sup> ECLI: ES:APV:2009:6232.

<sup>33</sup> Como dice ALBIEZ DOHRMANN, K. J. “Un estudio de campo: Examen de algunas cláusulas de los contratos de viaje combinado y de ciertos contratos turísticos sueltos”, *op. cit.*, págs. 74-75, nota 73, “el concepto de fuerza mayor no puede ser interpretado restrictivamente como se hace en otros ámbitos del Derecho privado. En el marco de un viaje programado la fuerza mayor puede ser la muerte de un familiar, la enfermedad del viajero, una situación imprevisible de tipo profesional o de naturaleza económica...”.

<sup>34</sup> ECLI: ES:APMA:2004:4102.

<sup>35</sup> ECLI: ES:APV:2007:1560.

Por el contrario, no se califica de fuerza mayor la inflamación aguda del bazo por una enfermedad que había sido diagnosticada con anterioridad a la contratación del viaje y se le había prescrito reposo relativo a la viajera (SAP Barcelona, Sección 4.<sup>a</sup>, de 28 de febrero de 2003; AC/2003/959<sup>36</sup>), ni cuando se trata de una enfermedad grave o crónica diagnosticada con anterioridad a la viajera y que había provocado varias recaídas anteriores, incluso en fechas muy cercanas a la contratación del viaje (SAP Murcia, Sección 5.<sup>a</sup>, n.<sup>o</sup> 400/2012 de 7 de noviembre; AC/2012/2380<sup>37</sup>).

Siendo un viaje contratado por una empresa para 25 de sus empleados, tampoco se consideró fuerza mayor, para los otros 24, la enfermedad de uno de los miembros del grupo, pues el viaje no había sido contratado con esa condición ni tampoco en atención o consideración a la persona enferma, por muy loable que sea la actitud de sus compañeros de no viajar sin él (SAP Zamora, Sección 1.<sup>a</sup>, n.<sup>o</sup> 297/2006 de 29 de diciembre; JUR/2007/82315<sup>38</sup>).

B) Enfermedad grave (los informes médicos señalaban que su estado era crítico) de la madre del actor (SAP Barcelona, Sección 11.<sup>a</sup>, n.<sup>o</sup> 569/2009 de 25 de noviembre; JUR/2010/43714<sup>39</sup>) o de la suegra (de 67 años de edad, que había sufrido un ingreso hospitalario debido a un infarto cerebral sin que existiera patología previa: SAP Málaga, Sección 6.<sup>a</sup>, n.<sup>o</sup> 613/2005 de 25 de julio, JUR/2005/229140<sup>40</sup>; e incluso de 90 años que es ingresada en la UCI durante dos días y luego es dada de alta, pero siendo previsible un desenlace fatal: SAP Madrid, Sección 20.<sup>a</sup>, n.<sup>o</sup> 23/2013 de 28 de diciembre, JUR/2013/41697<sup>41</sup>).

Pero no puede apreciarse si el motivo alegado es el trastorno depresivo de un hijo de los viajeros, que con anterioridad ya venía sufriendo crisis de ansiedad y que no requirió medicación alguna, siendo derivado al servicio de psicología (SAP Albacete, Sección 1.<sup>a</sup>, n.<sup>o</sup> 72/2005 de 17 de marzo; JUR/2005/96591<sup>42</sup>).

C) Fallecimiento de la hermana de la actora y cuñada del actor tras una intervención quirúrgica: se le había diagnosticado un año antes una enfermedad grave y degenerativa, y la intervención también estaba prevista, pero no había sido ingresada antes por este motivo y su tratamiento era meramente farmacológico, de manera que era imprevisible un empeoramiento y desenlace como el que se produjo (SAP León, Sección 1.<sup>a</sup>, n.<sup>o</sup> 351/2009 de 17 de junio; AC/2009/1657<sup>43</sup>).

---

<sup>36</sup> ECLI: ES:APB:2003:1968.

<sup>37</sup> ECLI: ES:APMU:2012:2857.

<sup>38</sup> ECLI: ES:APZA:2006:408.

<sup>39</sup> ECLI: ES:APB:2009:12116.

<sup>40</sup> ECLI: ES:APMA:2005:2599.

<sup>41</sup> ECLI: ES:APM:2013:22616.

<sup>42</sup> ECLI: ES:APAB:2005:212.

<sup>43</sup> ECLI: ES:APLE:2009:776.

D) Intervención quirúrgica del viajero ante una pérdida de visión repentina en el ojo izquierdo a causa de un desprendimiento de retina (se trataba de un viaje de luna de miel), a pesar de que había sido operado de cataratas cuatro años antes y de desprendimiento de retina en el otro ojo (SAP Madrid, Sección 21<sup>a</sup>, n.º 376/2016 de 4 de octubre; JUR/2016/276318<sup>44</sup>).

Por último, también es posible que alguna de las circunstancias anteriormente descritas y que han tenido la consideración de supuestos de fuerza mayor para nuestros tribunales, puedan producirse durante la ejecución del viaje. En este caso entendemos que las mismas razones abonan una solución similar, de manera que el usuario podrá resolver el contrato abonando solo las prestaciones ya ejecutadas<sup>45</sup>.

## **5.2. Incidencia sobre esta cuestión del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, respecto a la adopción de ciertas medidas en el ámbito económico para hacer frente al COVID-19**

Desde la declaración del estado de alarma en España mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con sus sucesivas prórrogas, hasta la finalización de esta situación el día 9 de mayo de 2021, se ha venido aprobando una densa legislación para hacer frente en diversos ámbitos al COVID-19.

En concreto, resultó sorprendente que mediante un real decreto-ley se aprobara de forma urgente una norma (el art. 36), dentro de una sección dedicada teóricamente a promover “*medidas de protección de consumidores*”, que viniera precisamente a establecer recortes significativos en los derechos de los consumidores en comparación con los derechos que hasta ese momento les venía reconociendo tanto la regulación establecida en el TRLGDCU como la normativa civil general.

Tal es la situación que propició el todavía vigente art. 36 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (con las aclaraciones introducidas posteriormente por el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril). La importante contestación que recibió esta norma obligó a su modificación en algunos aspectos importantes por parte del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que desde el día 30 de marzo de 2021 debe entenderse tácitamente derogado por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, del mismo

---

<sup>44</sup> ECLI: ES:APM:2016:15484.

<sup>45</sup> GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, op. cit., pág. 213. Es también la solución que dispensaba el art. 33.2 de la ya derogada Orden de 14 de abril de 1988, por la que se aprueban las normas reguladoras de las Agencias de Viajes: “*Si tales causas sobrevienen después de iniciado el viaje, la Agencia vendrá obligada a proporcionar a su cliente, en todo caso, el regreso hasta el punto de origen y a devolver las cantidades que proporcionalmente correspondan*”.

nombre, pues esta Ley ha mantenido invariable la redacción dada a este art. 36 por parte del Real Decreto-ley 21/2020<sup>46</sup>.

En la redacción originaria del art. 36 del Real Decreto-ley 11/2020, sin duda, la situación más gravosa recayó sobre los viajeros cuyos contratos de viaje combinado hubieran sido cancelados con motivo del COVID-19 y la situación de estado de alarma declarada. El perjuicio a estos viajeros en concreto podía apreciarse fácilmente en dos novedades que les afectaban directamente y que introdujo el apartado 4 de este art. 36:

**1.<sup>a</sup>)** Se autorizaba al organizador, o en su caso al minorista, en caso de cancelación del viaje por estos motivos (“*cuando concurren circunstancias inevitables y extraordinarias*”, conforme al art. 160.2 TRLGDCU) a entregar al viajero un bono para ser utilizado durante el plazo de un año tras la finalización del estado de alarma y de sus prórrogas. Solamente pasado dicho plazo de validez del bono parece que es cuando recuperaba el viajero su derecho a solicitar el desembolso en efectivo de todo pago realizado, quedando mientras tanto paralizada esta pretensión del viajero<sup>47</sup>.

**2.<sup>a</sup>)** El derecho del viajero a obtener el reembolso en efectivo en caso de cancelación del viaje por estos motivos se condicionaba al hecho de que el organizador, o en su caso el minorista, hubiera obtenido a su vez el desembolso de dichas cantidades, en todo o en parte, de los proveedores de los servicios incluidos en el viaje combinado (si lo es en parte, se descontará proporcionalmente del bono entregado). Aun en este caso, el organizador y el minorista contaba con un plazo máximo de sesenta días, desde la resolución del contrato, para efectuar los reembolsos a los viajeros (salvo que aquellos hubieran obtenido la devolución por parte de los proveedores en un plazo inferior).

Aquí se descubría la verdadera *ratio* de la norma, que no era otra que tratar de aliviar la situación financiera de estos empresarios turísticos, sobre todo de los minoristas (así, las agencias de viajes), que en otro caso se verían obligados a desembolsar en efectivo en un corto periodo de

---

<sup>46</sup> Ampliamente sobre este precepto: MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el artículo 36 del R-D-Ley 11/2020”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, 2020, págs. 1-39 (el mismo autor también en: “Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-ley 11/2020”, en *CESCO*, págs. 1-24, con fecha de publicación 11 de abril de 2020); GARCÍA RUBIO, M.ª P., “Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España”, en *Revista de Derecho Civil*, n.º 2, especial, 2020, págs. 22 y ss.; PANIZA FULLANA, A., “Protección de los usuarios de servicios turísticos ante la imposibilidad de prestación del servicio por circunstancias inevitables y extraordinarias”, *op. cit.*, págs. 11 y ss.

Referencias también en GANUZA, J. J./ GÓMEZ POMAR, F., “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, en *InDret*, núm. 2, 2020, págs. 574-576.

<sup>47</sup> Sobre este bono y las ventajas de configurarse como un título-valor, *vid.* CARRASCO PERERA, A., “El «bono-COVID» emitido por las agencias de viajes en favor de los consumidores”, 2020, págs. 1-5 (disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/04/El-%C2%ABbono-COVID%C2%BB-emitido-por-las-agencias-de-viajes-en-favor-de-los-consumidores.pdf>). Un apunte de Derecho comparado sobre estos bonos en PANIZA FULLANA, A., “Protección de los usuarios de servicios turísticos ante la imposibilidad de prestación del servicio por circunstancias inevitables y extraordinarias”, *op. cit.*, págs. 24 y ss.

tiempo tras la conclusión del estado de alarma y sus prórrogas de unas cantidades de las que no disponían porque en muchos casos ellos tampoco habían recibido el reembolso de las mismas por parte de los prestadores de los servicios de viaje incluidos en el contrato<sup>48</sup>. En cualquier caso, se convertía a los viajeros en “financiadores privados” de las agencias de viajes para impedir su quiebra financiera, lo que no se correspondía precisamente con una norma (el art. 36 del Real Decreto-ley 11/2020) llamada teóricamente a proteger los intereses de los consumidores y usuarios (viajeros, en realidad).

Podría entenderse razonable en una situación como la propiciada por el COVID-19 imponer un mutuo sacrificio económico a ambos contratantes durante un tiempo prudencial, pero no parecía justo el excesivo plazo de un año del bono mencionado. La balanza se había decantado de una forma muy clara y excesiva a favor del empresario turístico y en contra del viajero de un viaje combinado, sin traer tampoco en ningún momento a colación a los garantes de la responsabilidad contractual en este tipo de viajes conforme al art. 17 de la Directiva 2015/2302/(UE), de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados (en adelante, Directiva 2015/2302) y arts. 155.2c), 164 y 165 TRLGDCU. Es más, lo que vienen haciendo estos bonos es establecer precisamente que “*el suficiente respaldo financiero que garantice su ejecución*” exigido en el art. 36.4 se cumple remitiendo a las garantías financieras de los preceptos del TR antes mencionados.

Obsérvese que en la actualidad el art. 160.4 TRLGDCU establece el desembolso en efectivo, sin penalización alguna y en un plazo máximo de catorce días naturales desde la terminación del contrato en todo caso. Por ello era razonable plantear serias dudas de legalidad sobre el art. 36 del Real Decreto-ley 11/2020 en este punto, pues el art. 160.4 TRLGDCU mediante el que se transpuso al ordenamiento jurídico español del art. 12.4 de la Directiva 2015/2302 de 25 de noviembre, establece que:

*El organizador proporcionará cualesquiera reembolsos exigidos en los apartados 2 y 3, o, con respecto al apartado 1, reembolsará cualquier pago realizado por el viajero o en su nombre por el viaje combinado menos la penalización adecuada por terminación. Dichos reembolsos o devoluciones se realizarán al viajero sin demora indebida y, en cualquier caso, en un plazo no superior a catorce días después de la terminación del contrato de viaje combinado.*

Lógicamente, esta cuestión tiene que ponerse en relación con el nivel de armonización establecido en el art. 4 de la propia Directiva, que no admite disposiciones nacionales más o menos estrictas que establezcan un nivel diferente de protección de los viajeros en los aspectos

---

<sup>48</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el artículo 36 del R-D-Ley 11/2020”, *op. cit.*, págs. 3-4 y 35-37; GARCÍA RUBÍO, M.<sup>a</sup> P., “Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España, *op. cit.*, págs. 38 y 40; PANIZA FULLANA, A., “Protección de los usuarios de servicios turísticos ante la imposibilidad de prestación del servicio por circunstancias inevitables y extraordinarias”, *op. cit.*, pág. 17.

regulados en la Directiva, sin que exista ninguna excepción en este punto<sup>49</sup>. Debe reconocerse la situación de excepcionalidad generada por la pandemia del COVID-19, pero creemos que ello no podía justificar un recorte tan significativo de los derechos de los viajeros de viajes combinados<sup>50</sup>.

Por supuesto que en este punto quisimos entender que la continua referencia del art. 36.4 al “*consumidor o usuario*” se había querido hacer, en realidad, a todo viajero de un viaje combinado, porque una interpretación diferente y basada en la literalidad de la norma conllevaría una mayor protección al viajero que no tenga la consideración de consumidor/usuario en el sentido del art. 3 TRLGDCU, pues no se vería afectado por una norma presentada como “medida de protección de consumidores”<sup>51</sup>.

Posteriormente, el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, introdujo dos importantes modificaciones en este art. 36.4: la primera, que la entrega del bono requería la previa aceptación por parte del consumidor o usuario, y la segunda y no menos importante, se establecía que, transcurrido el plazo de validez del bono sin ser utilizado, entonces el reembolso completo al consumidor debía realizarse en un plazo de catorce días, desechariendo el originario plazo de sesenta.

Con estas modificaciones el legislador trató de adaptar este art. 34 a la Recomendación (UE) 2020/648, de 13 de mayo, de la Comisión Europea sobre estos bonos (así se reconoce expresamente en el preámbulo del Real Decreto-ley 21/2020).

En la misma línea señalada respecto a los contratos de viaje combinado, los alojamientos turísticos también quedaron directamente afectados por el art. 36 del Real Decreto-ley 11/2020, sobre todo por sus dos primeros apartados.

La afectación en el ámbito de los alojamientos turísticos se manifestó básicamente en dos puntos:

---

<sup>49</sup> Establece este art. 4: “Salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva, los Estados miembros no mantendrán ni establecerán, en su Derecho nacional, disposiciones contrarias a las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas que den a los viajeros un nivel diferente de protección”.

<sup>50</sup> Sobre esta cuestión y reclamando una actuación más audaz por parte de la Unión Europea en este ámbito: GARCÍA RUBIO, M.ª P., “Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España”, *op. cit.*, págs. 43-45.

<sup>51</sup> En cualquier caso, resulta sorprendente que este art. 36 del Real Decreto-ley 11/2020 se refiera a los viajeros en términos de “*consumidor o usuario*”, cuando la Directiva 2015/2302 de 25 de noviembre, y a consecuencia de ello el Real Decreto-ley 23/2018 de 21 de diciembre a cuyo través quedó transpuesta dicha Directiva, haya sustituido toda referencia al “*consumidor o usuario*” por la más amplia de “*viajero*”, que fue precisamente una de las principales novedades de esta reforma legal.

Probablemente el afán de Ministerio de Consumo por dejar su impronta en la norma y tratar de presentarla como una norma de protección de consumidores y usuarios ha provocado esta incoherencia normativa.

1.º) Conforme al todavía vigente art. 36.1, en caso de que el contrato de prestación de servicio en el que haya intervenido un consumidor o usuario resulte de imposible cumplimiento a consecuencia del estado de alarma decretado por el COVID-19, entonces se estableció el derecho del consumidor o usuario a resolver el contrato en un sorprendente, perentorio y misterioso plazo de catorce días, que parece que empieza a contarse desde la imposible ejecución del contrato, tras la aclaración introducida por la disposición final décima del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, que modificó este art. 36.1.

Y sin ningún tipo de pudor, la norma habla a continuación de que se trata de una pretensión de resolución del contrato a la que sigue un periodo de negociación entre las partes por un periodo de sesenta días para realizar propuestas de cara a la revisión del contrato (¿para la revisión de un contrato que resulta de imposible cumplimiento, según dice el precepto?), de manera que la norma es bastante desafortunada en su redacción y sigue planteando serias dudas sobre la naturaleza jurídica tanto de este plazo de catorce días (que parece de caducidad, suspendido durante el estado de alarma) como de las pretensiones mismas ejercitables y sus relaciones con las demás pretensiones ejercitables conforme a las reglas generales del Derecho contractual y las especiales del Derecho de consumo.

También se preveía (y prevé) expresamente que las propuestas de revisión del contrato puedan incluir el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios de reembolso, que el Real Decreto-ley 21/2020 aclaró que eran voluntarios para el consumidor y cuya redacción ha mantenido la Ley 2/2021.

MARÍN LÓPEZ defiende una interpretación del precepto en el sentido de que primero se solicitará la resolución del contrato y tras ello se abrirá el periodo de negociación de sesenta días durante los cuales la resolución queda suspendida, pasado el cual sin llegarse a un acuerdo entre las partes, entonces será cuando el consumidor podrá ejercitar su pretensión de resolución en el plazo de catorce días para obtener el reembolso de las cantidades que se le adeudan, como efecto propio de la resolución del contrato (y siempre que haya cesado el estado de alarma). Lo que sí parece claro es que dicha pretensión de resolución habrá de integrarse dentro del régimen jurídico aplicable a esta pretensión conforme a nuestras reglas generales en materia de contratos o las especiales de protección de los consumidores, con los requisitos tradicionalmente exigibles y desarrollados por la jurisprudencia<sup>52</sup>.

En todo caso y como decimos, el legislador del Real Decreto-ley 11/2020 pareció (y sigue pareciendo) desconocer todas estas reglas generales del Derecho de contratos y la interpretación y aplicación jurisprudencial de las mismas, particularmente en lo que se refiere a la

---

<sup>52</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el artículo 36 del R-D-Ley 11/2020”, *op. cit.*, págs. 12 y ss.; GARCÍA RUBIO, M.ª P., “Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el artículo 36 del R-D-Ley 11/2020”, *op. cit.*, págs. 38-40.

imposibilidad sobrevenida fortuita de las obligaciones y a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

2.º) Por otro lado y conforme al art. 36.2, como se ha dicho antes, una vez constatado que el contrato resulta de imposible cumplimiento (en los términos y plazos del apartado 1 antes comentado, lo que quiere decir que ha fracasado la pretensión de revisión del contrato y la entrega de bonos al consumidor), entonces es cuando el consumidor/usuario tiene derecho a la resolución del contrato y con ella al reembolso en efectivo de las cantidades abonadas en un plazo máximo de catorce días.

Pero además se establece otra salvedad a este reembolso íntegro en efectivo, pues el prestador del servicio (o proveedor de bienes) podrá descontar los “*gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor*”, sin que se concrete a qué tipo de gastos se refiere la norma, albergando el peligro de funcionar en la práctica como verdaderas penalizaciones a los consumidores. Se ha señalado también que esta norma, en cuanto establece una excepción a la restitución íntegra, pueda ser incluso contraria a la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores (art. 18.3)<sup>53</sup>, pero su redacción originaria se ha mantenido hasta la actualidad.

Por último en este punto debemos constatar que, respecto a los apartados 1 y 2 de este art. 36, no cabe otra interpretación que entender tales normas aplicables únicamente a quienes ostenten la consideración de consumidores o usuarios conforme al art. 3 TRLGDCU, lo que quiere decir que los contratos entre empresarios quedan fuera de su ámbito de aplicación y regidos por las reglas generales del Derecho de contratos, que con seguridad confieren una mayor protección jurídica a los adquirentes de bienes y usuarios de servicios que la dispensada a los consumidores y usuarios por tales normas.

## **6. EL CONTROL DE LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO SOBRE LOS PACTOS ACERCA DE RESERVAS, ANTICIPOS Y CANCELACIONES. EN PARTICULAR, LOS LÍMITES DE LAS PENALIZACIONES PACTADAS**

Usualmente los contratos turísticos entre empresarios y consumidores o usuarios (en el sentido del TRLGDCU) presentan como características el hecho de ser contratos de adhesión y sometidos a condiciones generales<sup>54</sup>. Sin embargo, creemos que en la situación actual del mercado de alojamientos turísticos el régimen o política de los anticipos y las cancelaciones debe tenerse en la mayor parte de los casos como conformador del objeto del contrato,

---

<sup>53</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el artículo 36 del R-D-Ley 11/2020”, *op. cit.*, págs. 20-21.

<sup>54</sup> TORRES LANA, J. A. “Derechos y garantías del usuario de servicios turísticos adquiridos *on line*”, *op. cit.*, pág. 790; VATTIER FUENZALIDA, C., “El turismo y los contratos de adhesión”, en *I Jornadas sobre Derecho y Turismo*, (Ed. F. J. Melgosa Arcos), Actas de las I Jornadas, Ávila, 1994, pág. 82.

perfectamente conocido por el potencial usuario o cliente y cuyo correcto conocimiento ha incidido de manera decisiva en su decisión de contratar. Por ello y como regla, la regulación de anticipos y cancelaciones en un contrato de consumo en estas condiciones deberá quedar excluida de todo control de contenido por parte de la legislación protectora de los consumidores, salvo que pueda justificarse en su caso un defecto de transparencia a través de cláusulas no negociadas individualmente que afecten a estos elementos. Pero no parece, como decimos, que en el desarrollo actual del mercado de este tipo de alojamientos las políticas de cancelación y la regulación de sus efectos puedan tenerse por elementos meramente eventuales y accesorios del contrato<sup>55</sup>.

En concreto y siguiendo a PERTÍÑEZ VÍLCHEZ<sup>56</sup>, se trataría de un caso de “elección de tarifas”: “En general, se pueden considerar como conformadoras del objeto del contrato y, por tanto, consentidas, todas aquellas cláusulas relativas a condiciones y características del bien o servicio del contrato, que estén directamente asociadas a una tarifa. En los supuestos de «elección de tarifas» (*choice of rates*), se ofrece al cliente la posibilidad de contratar a un precio menor, asumiendo unas peores condiciones del bien o servicio, o a un precio mayor, con mejores condiciones (el ejemplo característico es el de las diferentes tarifas de las compañías aéreas, que se gradúan de mayor a menor, en virtud de unas diferentes condiciones del servicio, que van desde la comodidad de viajar en clase *«business»*, hasta la imposibilidad de hacer cancelaciones). Como ha señalado en nuestra doctrina ALFARO, en estos casos nos encontraríamos ante una cláusula seleccionada, es decir, consentida, siempre y cuando el cliente asumiera conscientemente que la tarifa más económica va asociada a una o varias condiciones peores”.

Por otra parte y respecto a las penalizaciones asociadas al ejercicio del derecho de desistimiento o cancelación en este caso, la doctrina parece encontrarse dividida entre la calificación de tales pactos como cláusulas penales, aun en los casos en que produce la retención de cantidades abonadas y que permiten al usuario desistir<sup>57</sup>, o su consideración como arras de desistimiento

---

<sup>55</sup> Sobre esta cuestión, CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 114-117; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Y ahora qué”, en *InDret*, núm. 1/2017, págs. 1-6.

<sup>56</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, págs. 129-130.

También CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, op. cit., págs. 97 y ss.

<sup>57</sup> REPRESA POLO, P./ DE HARO IZQUIERDO, M., “Los contratos de hospedaje y reserva de alojamiento”, *op. cit.*, pág. 396. En el mismo sentido parecen expresarse VILLANUEVA LUPIÓN, C, *Los contratos de servicios*, Madrid, La Ley, 2009, págs. 160-161, y BLANQUER CRIADO, D., *Derecho del Turismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 398.

o penitenciales<sup>58</sup>, lo que parece que en un plano teórico pudiera tener alguna consecuencia en relación a la posibilidad o no de moderación de la cantidad establecida (en aplicación de los arts. 1152-1154 CC), aunque no discurren así las cosas para la jurisprudencia, que no suele recurrir a la distinción entre cláusula penal y arras penitenciales para este fin<sup>59</sup>.

La cuestión está en determinar si dichas penalizaciones cuentan con algún tipo de límite legal imperativo, sobre todo cuando se incluyan en un contrato celebrado entre un empresario y un cliente al que resulte de aplicación la normativa protectora de los consumidores.

Resulta llamativo que la normativa autonómica, cuando ha entrado a regular este aspecto del contrato de alojamiento, generalmente remita la cuestión a la autonomía de la voluntad de los contratantes sin más consideraciones, y en algunos casos, recoja incluso un régimen supletorio que avala una penalización que puede llegar hasta el 100% del importe de la reserva (así y según el Decreto 28/2016 de Andalucía, cuando la cancelación se hace con menos de diez días de antelación, salvo supuestos de fuerza mayor). Pero no hemos encontrado en estas normas autonómicas ninguna previsión que exija una cierta adecuación entre la cuantía de la penalización y los daños efectivamente causados al prestador o empresario por este motivo.

En la normativa reguladora de los viajes combinados y tras la reforma realizada en 2018, que puede servir al menos como referente, exige el art. 160 TRLGDCU que la penalización por desistimiento debe ser adecuada y justificable, de manera que “*sea razonable basada en la antelación de la resolución del contrato con respecto al inicio del viaje combinado y en el ahorro de costes y los ingresos esperados por la utilización alternativa de los servicios de viaje*”. Esta norma cita tres elementos esenciales a la hora de determinar la penalización: la antelación con la que se haya producido la cancelación o desistimiento, el ahorro de costes para el prestador del servicio y los ingresos esperados por la utilización del servicio por otro viajero que lo haya contratado tras la cancelación (este último puede conectarse con el deber del dañado de mitigar el daño). Pues bien, de estos tres elementos, las normas autonómicas suelen centrarse exclusivamente en el primero e ignoran los otros dos.

Por otra parte, si acudimos a la normativa general protectora de los consumidores, además de las normas generales sobre deberes precontractuales de información al consumidor (en este caso y señaladamente, el art. 60.2 h) TRLGDCU respecto al derecho de desistimiento que pueda asistir al consumidor), podemos encontrar ciertas normas que limitan –cuando sean admisibles– las penalizaciones o indemnizaciones vinculadas al ejercicio del derecho de desistimiento a los daños efectivamente causados, como ocurre en el art. 62.3 respecto a los contratos de prestación

---

<sup>58</sup> Esta parece la opinión de DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, C. *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Granada, Comares, 2000, pág. 223. También ÁLVAREZ MORENO, M.ª T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid, Edersa, 2000, pág. 297, respecto al contrato de viaje combinado.

<sup>59</sup> *Vid.* al respecto la amplia exposición de DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, C., *La resolución unilateral del contrato de servicios*, *op. cit.*, págs. 221-236.

de servicios o suministro de productos de trato sucesivo o continuado, lo que resulta reiterado en el art. 87.6 como cláusula abusiva por falta de reciprocidad. No parece, sin embargo, que en relación al derecho de desistimiento que estamos analizando pueda traerse a colación el art. 85.6 TRLGDCU, respecto a “*las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumple sus obligaciones*”<sup>60</sup>.

A tenor de esta normativa, ¿qué puede entonces decirse sobre la legalidad de las penalizaciones por cancelación en los contratos de alojamiento? ¿Son admisibles sin límites las llamadas “reservas no reembolsables” de alojamientos, también en contratos con consumidores?.

En nuestra opinión y como ya se ha dicho, teniendo en cuenta el desarrollo actual del mercado de alojamientos en nuestro país, el régimen contractual de las reservas, los anticipos y las cancelaciones será ordinariamente un elemento configurador del objeto del contrato que el oferente habrá explicitado como tal, y que será conocido suficientemente por el consumidor hasta el punto de que para este será un elemento esencial en su decisión de contratar o no, tan importante como el precio del mismo, con el que existirá una relación directa, como ocurre especialmente con las “reservas no reembolsables”.

Es más, ya se ha defendido antes la relación directa que entendemos existe entre el pago de un anticipo y la cancelación de la reserva, de manera que en la duda podemos deducir de la voluntad tácita de las partes o de los usos que la intención de los contratantes era en estos casos conceder al usuario un derecho de desistimiento con una penalización consistente en la pérdida del anticipo. Los contratantes expresan así un equilibrio contractual que no debe ser modificado por el legislador ni por los tribunales de justicia como regla.

Cuestión distinta es que algunos aspectos del derecho de desistimiento se encuentren regulados en condiciones generales, en cuyo caso habrá de aplicarse la normativa protectora de los consumidores en este punto<sup>61</sup>.

## **7. LA RAZONABLE INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR AUTONÓMICO EN LA ORDENACIÓN DE LAS RESERVAS, LOS ANTECIPOS Y EL RÉGIMEN DE LAS CANCELACIONES: LA ABSTENCIÓN COMO REGLA**

La actual normativa autonómica no parece tener muy en cuenta que una cosa es regular la actividad turística en sí y otra muy distinta es regular la relación contractual jurídico-privada a

---

<sup>60</sup> Sobre esta cláusula específica: GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario al art. 85.6”, en *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Cizur Menor, Aranzadi, 2009, págs. 1044-1050; MARÍN GARCÍA, I., *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017, págs. 180-184.

<sup>61</sup> En este sentido ALBIEZ DOHRMANN, K. J. “Un estudio de campo: Examen de algunas cláusulas de los contratos de viaje combinado y de ciertos contratos turísticos sueltos”, *op. cit.*, págs. 71-72 analiza, respecto al derecho de desistimiento, algunas de estas cláusulas en contratos de viaje combinado.

cuyo través sujetos particulares ejercitan aquella actividad. MORENO-TORRES HERRERA lo expone claramente en relación a las viviendas turísticas: “Debe tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico hay dos tipos de normas referidas a las viviendas turísticas: de un lado, las destinadas a disciplinar la relación contractual; de otro lado, las que tienen por objeto regular la actividad turística”<sup>62</sup>.

En este sentido, algunas normas autonómicas han introducido reglas dispositivas reguladoras de la cancelación de la reserva y sus consecuencias jurídicas y económicas, como ya se ha visto con anterioridad en lo referente a algunos aspectos. Un buen ejemplo de ello lo sería el art. 8 del Decreto 28/2016, de 2 de febrero, sobre viviendas con fines turísticos de Andalucía, que establece (subrayado nuestro):

*Artículo 8. Precio y reserva*

1. (...)

2. Las condiciones de precio, reserva, anticipos y, en su caso, cancelación se regirán según lo expresamente pactado entre ambas partes, que en todo caso, deberán ser detalladas y publicitadas con carácter previo a la contratación. En el momento de efectuar la reserva se facilitará a las personas usuarias un justificante de haber realizado la misma, en el cual, se informará del precio total de la reserva, de los anticipos efectuados y penalizaciones aplicables en su caso.

3. Cuando no se haya pactado expresamente entre las partes los términos previstos en el apartado anterior, las personas o entidades explotadoras de las viviendas podrán exigir a las personas usuarias que efectúen una reserva, un anticipo del precio en concepto de señal, que se entiende a cuenta del importe resultante de los servicios reservados hasta un máximo del 30% del total de la estancia.

Igualmente, en caso de producirse cancelación de la reserva por la persona usuaria, la persona o entidad explotadora de la vivienda podrá retenerle hasta el 50% del anticipo efectuado si la cancelación se efectúa antes de diez días de la fecha prevista para la ocupación. Si se cancela la reserva con menos de diez días de la fecha prevista para la ocupación, se podrá retener el importe total del anticipo.

Cuando la cancelación se efectúe por parte de la persona o entidad explotadora, deberá devolver el anticipo efectuado por la persona usuaria y si la reserva se cancela con menos de 10 días de antelación además deberá indemnizarle con el

---

<sup>62</sup> MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> L., “Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional”, *op. cit.* pág. 195.

30% del precio de la estancia contratada.

4. De producirse una cancelación de la reserva, tanto por parte de persona usuaria como por parte de la persona o entidad explotadora, por motivos de fuerza mayor, debidamente justificada, no se podrá aplicar penalización alguna. Se entenderán motivos de fuerza mayor las circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida.

Creo que lo primero que debe quedar sentado es que, en nuestra opinión, puede resultar contraproducente que el legislador autonómico intervenga legislativamente en el mercado para ordenar de forma imperativa el régimen de las reservas, los anticipos y las cancelaciones, pues puede introducir distorsiones en un mercado bastante competitivo, que funciona razonablemente en este punto y que permite a oferentes y demandantes diversificar sus productos y riesgos.

En este sentido, la Orden Ministerial de 15 de septiembre de 1978 (y con anterioridad, la Órdenes de 28 de marzo de 1966 y la de 17 de enero de 1967), aprobada todavía para funcionar en un sistema económico sujeto a la intervención pública, no debe ser tomada ni como un antecedente ni como un acicate para que las Comunidades Autónomas pretendan erigirse en sus sucesores y traten de regular de forma imperativa un régimen de mínimos aplicable en este punto, ni siquiera con la finalidad de proteger a los usuarios.

Pero creemos que debe llegar más lejos y rechazarse también, con carácter general, la tentación de establecer un régimen jurídico dispositivo aplicable supletoriamente para regular las reservas, anticipos y cancelaciones cuando las partes nada hayan acordado expresamente al respecto. Aparte de las objeciones que podrían realizarse desde el punto de vista de las competencias legislativas de muchas de las CCAA para la regulación de los aspectos de Derecho privado (y generalmente mediante normas reglamentarias)<sup>63</sup>, la principal razón para defender esta posición nos parece obvia: la regulación contractual deja escaso margen a la intervención del legislador porque es difícil encontrar “lagunas” en este punto en los contratos de alojamiento que exija de una intervención legislativa.

Obviamente pueden existir otros aspectos del contrato de alojamiento que sí pueden requerir de una intervención del legislador, por ejemplo, para reforzar la protección de los consumidores

---

<sup>63</sup> Vid. ampliamente al respecto, tanto por cuestiones materiales (afectación a las bases de las obligaciones contractuales o al derecho de propiedad) como de forma (regulación mediante reglamentos), MESA MARRERO, C., “Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil”, *InDret*, núm. 3/2019, págs. 24 y ss. En el mismo sentido, CAMPUZANO TOMÉ, H., “La injustificada cesión de competencias realizada por el legislador estatal a los legisladores autonómicos para regular el Alquiler de Viviendas de Uso Turístico”, en *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, (Dirs. P. A. Munar Bernat/ M.ª A. Martos Calabris/ R. López San Luis/ V. Bastante Granell), Cizur Menor, Aranzadi, 2020, págs. 114 y ss.; FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *El alojamiento colaborativo, op. cit.*, págs. 71 y ss. y 155.

de este tipo de servicios, pero en los aspectos que estamos aquí tratando y si pensamos incluso en los supuestos que venimos estudiando y que pueden resultar más dudosos (la reserva sin anticipo y la reserva con pago del precio no reembolsable), resulta obvio que en el primer caso la voluntad de los contratantes habrá sido la de excluir cualquier penalización por cancelación, mientras que en el segundo caso habrá sido la de excluir el derecho mismo a cancelar. Por tanto, la intervención del legislador no solo no resulta necesaria en estos aspectos concretos, sino que puede llegar a contrariar el contenido contractual, más o menos expresamente, acordado por las partes.

Y es que la intervención del legislador autonómico en este punto puede llevar a resultados más que dudosos. Tomemos como ejemplo el art. 8.2 del Decreto 28/2016 de Andalucía antes expuesto, en cuanto establece que “*las condiciones de precio, reserva, anticipos y, en su caso, cancelación se regirán según lo expresamente pactado entre ambas partes, que en todo caso, deberán ser detalladas y publicitadas con carácter previo a la contratación*”.

Al exigirse un pacto expreso entre las partes, ello da pie a que el apartado tercero establezca un régimen supletorio en defecto de tal pacto expreso, en estos términos:

*3. Cuando no se haya pactado expresamente entre las partes los términos previstos en el apartado anterior, las personas o entidades explotadoras de las viviendas podrán exigir a las personas usuarias que efectúen una reserva, un anticipo del precio en concepto de señal, que se entiende a cuenta del importe resultante de los servicios reservados hasta un máximo del 30% del total de la estancia.*

De esta forma, si en el momento de realizar la reserva no se estableció expresamente nada sobre el pago de un anticipo, esta norma permitiría al prestador reclamarlo al usuario con posterioridad, cuando lo razonable en nuestra opinión es entender que si no se pacta expresamente o se reclama anticipo alguno al hacer la reserva, ello debe ser interpretado como la contratación de una reserva sin anticipo, que permite la cancelación posterior sin penalización alguna. Por el contrario y siguiendo la “lógica” de la norma, el párrafo siguiente permitiría a la entidad explotadora de la vivienda retener entre el 50% y el 100% del anticipo también en este caso.

El “colmo” de la intervención legislativa lo constituye el último párrafo de este art. 8.3, conforme al cual:

*Cuando la cancelación se efectúe por parte de la persona o entidad explotadora, deberá devolver el anticipo efectuado por la persona usuaria y si la reserva se cancela con menos de 10 días de antelación además deberá indemnizarle con el 30% del precio de la estancia contratada.*

Y esta norma sí es especialmente peligrosa para el usuario, pues lo habitual en el mercado turístico es que nada se establezca expresamente sobre la posibilidad de que el prestador del

servicio pueda cancelar él también la reserva, lo que ha de ser interpretado razonablemente como una exclusión de este derecho para el prestador. Pues bien, tal y como está redactada la norma parece que, si nada se pacta expresamente al respecto, entonces y de forma supletoria el legislador reconoce al prestador también un derecho a desistir del contrato con la penalización consistente en devolver del 30% al 100% del anticipo previamente cobrado; algo así como una “contraprestación” por el derecho a la cancelación concedida al usuario, pero concedida (inexplicablemente) a quien usualmente predispone todo el contenido contractual. Y esto sí que es romper el equilibrio contractual alcanzado por los contratantes<sup>64</sup>.

Por ello y en todo caso, la aplicación de este tipo de normas debería ser muy cautelosa y proceder únicamente en ausencia de todo pacto, expreso o tácito, o derivado de los usos o del principio de la buena fe en cada caso. Así, será frecuente derivar tácitamente, de los usos o de la buena fe la imposibilidad de que el propietario o explotador de una vivienda turística pueda cancelar válidamente una reserva, salvo en caso de fuerza mayor, de manera que no puede entenderse concedido este derecho con carácter general, ni quedar limitada la indemnización procedente en este caso, de acuerdo con las reglas generales de las obligaciones contractuales, a los porcentajes referidos en este precepto o en preceptos similares.

Como puede apreciarse, el precepto que analizamos, entendido literalmente, ignora también las reglas generales de nuestro Derecho de contratos en materia de interpretación (los arts. 1281 y ss. CC) al establecer que la intención de los contratantes deriva únicamente de la voluntad expresa manifestada por los mismos, así como es palmariamente contraria a otras reglas básicas relativas a la determinación de la reglamentación contractual, como el art. 1258 CC. Su aplicación, por tanto, habrá de llevarse a cabo en consonancia con estas reglas generales, que usualmente determinarán su inaplicación.

Concluimos, por tanto, que no parece existir en este punto vacío normativo alguno que el legislador autonómico deba cubrir mediante normas dispositivas supletorias, al contrario, su bienintencionada intervención puede llevar a resultados totalmente contraproducentes.

Es más, entendemos que si los legisladores autonómicos se abstuvieran de intervenir en los principales aspectos estrictamente contractuales de los contratos de alojamiento, dejando su regulación a la autonomía de los contratantes y a la aplicación de las reglas generales del Derecho de contratos, se alcanzaría el grado de uniformidad en la regulación jurídica de este

---

<sup>64</sup> Piénsese, por ejemplo, en su posible aplicación a los casos de denegación del alojamiento por sobrecontratación (*overbooking*): PÉREZ MARELL, R./ GONZÁLEZ CABRERA, I., *El alojamiento turístico: problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*, Madrid, La Ley, 2008, págs. 78 y ss.

tipo de contratos (y de seguridad jurídica) que necesita un mercado que funciona razonablemente bien en estos puntos<sup>65</sup>.

Dejemos a las reglas generales (y a las especiales de consumo) establecidas por el legislador civil (y mercantil) la regulación de estos aspectos contractuales y no convirtamos el ámbito de los alojamientos turísticos en otro reino de taifas clamando después frente al Estado por una uniformidad jurídica que ya existiría si el legislador autonómico no hubiera intervenido en este punto.

Cuestión distinta es que el legislador estatal (o autonómico con competencia en materia de Derecho civil) estudiara la conveniencia de reforzar la protección de los consumidores de servicios de alojamiento en algunos otros ámbitos concretos y muy justificados.

## 8. CONCLUSIONES

**Primera.** La práctica sobre alojamientos turísticos ha desarrollado el derecho de cancelación o desistimiento del usuario como el instrumento idóneo para dar respuesta a los conflictos que pueden producirse en caso de que, por necesidades o intereses sobrevenidos del usuario, este pierda su interés en el cumplimiento del contrato de alojamiento celebrado.

Mediante este instrumento jurídico, las partes excluyen la aplicación de los remedios generales para el caso de incumplimiento y los sustituyen por una solución alternativa que permite a ambos contratantes adaptarse a esta nueva situación.

**Segunda.** Frecuentemente, dicha solución alternativa relaciona la política de cancelaciones y penalizaciones con el pago de anticipos al realizar la reserva del alojamiento, de manera que puede distinguirse entre una reserva sin anticipo, una reserva con anticipo de una parte del precio y una reserva con el pago anticipado de la totalidad del precio de la estancia (“reserva no reembolsable”), lo que suele determinar, respectivamente, una cancelación sin pago de compensación (penalización) alguna, una cancelación con el pago de una compensación en la medida del anticipo, y una cancelación donde el derecho de cancelación queda excluido, salvo que otra cosa haya sido acordada expresamente.

En nuestra opinión, creemos que así debe ser interpretada la voluntad de los contratantes en los casos dudosos, vinculándose reservas, anticipos, cancelaciones y penalizaciones (salvo casos de fuerza mayor), en virtud también de una práctica o uso perfectamente asentados en este tipo de contratos, con preferencia a la aplicación supletoria de las normas autonómicas reguladoras del sector turístico.

---

<sup>65</sup> Sobre el régimen supletorio aplicable en el caso de las viviendas de uso turístico, *vid.* DÍAZ VALES, F., “Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turístico”, en *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica*, (Dir. M. Lucas Durán), Cizur Menor, Aranzadi, 2019, págs. 140 y ss.

**Tercera.** Parece razonable, con carácter general, la solución arbitrada mayoritariamente por las normas autonómicas sectoriales en el caso de que el usuario no ocupe de manera efectiva su alojamiento el día de inicio del periodo acordado, sin dar explicaciones ni realizar aviso alguno al respecto (y salvo que haya abonado íntegramente el precio del contrato). En este caso, la solución supletoria establecida en tales normas consiste en el mantenimiento de la reserva durante el tiempo cubierto por el anticipo.

Entendemos aceptable esta solución en la medida en que ello sea respetuoso con la voluntad de los contratantes. No parece que sea así cuando, por ejemplo, se haya acordado un anticipo y exista un plazo límite para la cancelación por parte del usuario, en cuyo caso parece lo lógico que la solución sea la establecida en el contrato para la cancelación de la reserva fuera de plazo. Tampoco en el caso de las reservas sin derecho de cancelación parece lógico limitar en estos casos la duración del contrato al tiempo cubierto por el anticipo.

**Cuarta.** Realizada la reserva de un alojamiento en estas condiciones, el régimen de los anticipos y las cancelaciones habrá de tenerse en la mayor parte de las ocasiones como un elemento suficientemente conocido por los contratantes y conformador del objeto del contrato, pues el usuario habrá optado por la elección de una de las tarifas disponibles. En consecuencia, debe quedar excluido todo control de contenido por parte de la legislación protectora de consumidores, salvo que se haya incurrido en un defecto de transparencia o la regulación de algunos aspectos relativos a la política de cancelaciones se haya establecido en las condiciones generales del contrato.

**Quinta.** Debemos, por último, mostrar nuestro desacuerdo con la intervención generalizada del legislador autonómico en la ordenación y regulación de algunos aspectos estrictamente contractuales de los contratos de alojamiento, y en particular, respecto a la ordenación de las reservas, los anticipos y el régimen de las cancelaciones, con normas que pueden resultar perturbadoras y llevar a resultados contrarios a la voluntad de los contratantes.

Incluso estableciéndose una regulación dispositiva supletoria puede provocarse un efecto distorsionador en un mercado competitivo que funciona razonablemente y que precisa de la legislación uniforme que le ofrece las reglas generales del Derecho de contratos, y en su caso, de las reglas especiales del Derecho de consumo.

## **9. BIBLIOGRAFÍA**

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Un estudio de campo: Examen de algunas cláusulas de los contratos de viaje combinado y de ciertos contratos turísticos sueltos”, en *Estudios sobre consumo*, núm. 69, 2004.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Y ahora qué”, en *Indret*, núm. 1/2017.

ÁLVAREZ MORENO, M.<sup>a</sup> T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid, Edersa, 2000.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.<sup>a</sup> S., “¿Deben las compañías aéreas de bajo coste garantizar el derecho del usuario a desistir del vuelo contratado on-line?”, en *CESCO*, núm. 2, 2012.

BLANQUER CRIADO, D., *Derecho del turismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

BELUCHE RINCÓN, I., “El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 2, 2015.

CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006.

CAMPUZANO TOMÉ, H., “La injustificada cesión de competencias realizada por el legislador estatal a los legisladores autonómicos para regular el Alquiler de Viviendas de Uso Turístico”, en *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, (Dirs. P. A. Munar Bernat/ M.<sup>a</sup> A. Martos Calabrus/ R. López San Luis/ V. Bastante Granell), Cizur Menor, Aranzadi, 2020.

CARRASCO PERERA, A., “El «bono-COVID» emitido por las agencias de viajes en favor de los consumidores”, 2020 (<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/04/El-%C2%ABbono-COVID%C2%BB-emitido-por-las-gencias-de-viajes-en-favor-de-los-consumidores.pdf>).

CASTAÑOS CASTRO, P., *Derechos y deberes de los consumidores en los hoteles*, Madrid, Dykinson, 2015.

CASTAÑOS CASTRO, P., “El desistimiento en el contrato de hospedaje”, en *V Jornadas de investigación en turismo. Turismo y sostenibilidad*, Sevilla, Digital @tres, 2012.

CEBALLOS MARTÍN, M.<sup>a</sup> M., *La regulación jurídica de los establecimientos hoteleros*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones. Doctrina y jurisprudencia*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2004.

DÍAZ ALABART, S./ ÁLVAREZ MORENO, M.<sup>a</sup> T., “Artículo 16”, en *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)*, (Coord. Díaz Alabart /Dir. M.<sup>a</sup> T. Álvarez Moreno), Madrid, Reus, 2014.

DÍAZ REGAÑÓN-ALCALÁ, C., *La resolución unilateral del contrato de servicios*, Granada, Comares, 2000.

DÍAZ VALES, F., “Aspectos jurídico-civiles de las viviendas de uso turístico”, en *Las viviendas de uso turístico y su regulación jurídica*, (Dir. M. Lucas Durán), Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N., *El alojamiento colaborativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

GÁLVEZ CRIADO, A., *La relevancia de la persona en los contratos de obra y servicios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008

GANUZA, J. J./ GÓMEZ POMAR, F., “Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso”, en *Indret*, núm. 2/2020.

GARCÍA RUBIO, M.ª P., “Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España”, en *Revista de Derecho Civil*, n.º 2, especial, 2020.

GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, Madrid, Tecnos, 1998.

GÓMEZ CALLE, E., “El contrato de viaje combinado”, en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo V, (Dir. M. Yzquierdo Tolsada), Cizur Menor, Thomson Reuters, 2014.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario art. 85.6.” en *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Cizur Menor, Aranzadi, 2009.

KLEIN, M., *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas, 1997.

LARROSA AMANTE, M. A., *El derecho de desistimiento en la contratación de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

MARÍN GARCÍA, I., *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2017.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: el artículo 36 del R-D-Ley 11/2020”, en *Revista de Derecho Civil*, núm. 5, 2020.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-ley 11/2020”, en *CESCO* (fecha publicación: 11 de abril de 2020).

MESA MARRERO, C., “Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil”, en *Indret*, núm. 3/2019.

MORALES MORENO, A. M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2010.

MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> L., “Ámbito subjetivo del contrato de alojamiento turístico: los anfitriones, los huéspedes y el papel de los prestadores de servicios de vivienda vacacional”, en *Viviendas de uso turístico: régimen civil, administrativo y fiscal*, (Dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla), Madrid, Reus, 2018.

PANIZA FULLANA, A., “Protección de los usuarios de servicios turísticos ante la imposibilidad de prestación del servicio por circunstancias inevitables y extraordinarias”, en *Revista General del Derecho del Turismo*, n.<sup>o</sup> 2, 2020.

PANTALEÓN PRIETO, F., “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo III, 1991.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Resolución por incumplimiento e indemnización”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo IV, 1989.

PÉREZ MARTELL, R./ GONZÁLEZ CABRERA, I., *El alojamiento turístico: problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*, Madrid, La Ley, 2008.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004.

REPRESA POLO, M.<sup>a</sup> P./ DE HARO IZQUIERDO, M., “Los contratos de hospedaje y reserva de alojamiento”, en *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, Tomo V, (Dir. M. Yquierdo Tolsada), Cizur Menor, Thomson Reuters, 2014.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo II, 2001.

RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, Montecorvo, 1991.

RUIZ-RICO RUIZ, C., “La desadaptación del Derecho de consumo a la tutela del consumidor como turista”, en *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo*, (Coord. A. Auriolles Martín), Barcelona, Atelier, 2003.

SAN JULIÁN PUIG, V., “El contrato de hospedaje ¿categoría unitaria que aglutina alojamiento hotelero y extrahotelero?”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011.

TORRES LANA, J. A., “Derechos y garantías del usuario de servicios turísticos adquiridos *on line*”, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José González García*, (Coord. D. Jiménez Liébana), Cizur Menor, Aranzadi, 2012.

URBANO JIMÉNEZ, F. J., “Las reservas turísticas: problemática, regulación y defensa de los usuarios”, en *I Jornadas sobre Derecho y Turismo*, (Ed. F. J. Melgosa Arcos), Actas de las I Jornadas, Ávila, 1994.

VATTIER FUENZALIDA, C., “El turismo y los contratos de adhesión”, en *I Jornadas sobre Derecho y Turismo*, (Ed. F. J. Melgosa Arcos), Actas de las I Jornadas, Ávila, 1994.

VILLANUEVA LUPIÓN, C., *Los contratos de servicios*, Madrid, La Ley, 2009.

# **Nuevas formas de protección del consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos: los servicios de viaje vinculados \***

*New forms of consumer protection on contracts of tourism services concluded by electronic means: linked travel arrangements*

**LUCÍA ALVARADO HERRERA**  
Profesora Titular de Derecho Mercantil  
Universidad Pablo de Olavide (España)

[lalvher@upo.es](mailto:lalvher@upo.es)

 <https://orcid.org/0000-0002-9594-1983>

**Resumen:** La Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, modificó el régimen jurídico de los viajes combinados e introdujo la figura de los servicios de viaje vinculados. El objeto de este trabajo lo constituyen los servicios de viaje vinculados, procediéndose al análisis de los elementos que los configuran y diferencian de los viajes combinados, así como de los deberes que se imponen al empresario que facilita la contratación de servicios de viajes que finalmente acaban vinculándose. Todo ello desde la perspectiva de la finalidad perseguida por el legislador: aumentar la protección de quienes contratan servicios turísticos, especialmente en forma electrónica.

**Abstract:** The Directive 2015/2302 of 25 November 2015, on package travel and linked travel arrangements, modified the legal regime of package travel and introduced the figure of linked travel arrangements. The object of this work is the linked travel services, proceeding to the analysis of the elements that configure and differentiate them from package travel, and the duties imposed on the trader

---

Recepción: 27/03/2021

Aceptación: 19/04/2021

Cómo citar este trabajo: ALVARADO HERRERA, Lucía, “Nuevas formas de protección del consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos: los servicios de viaje vinculados”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 103-139, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.5>

\* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad RTI2018-096201-B-I00, denominado “Derecho Digital” y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

*who facilitates the contracting of travel services that eventually end up being linked. All this from the perspective of the aim pursued by the legislator: to increase the protection of those who contract tourist services, especially by electronic means.*

**Palabras clave:** protección del consumidor, viajero, servicios de viaje, servicios turísticos, servicios de viaje vinculados, viajes combinados, insolvencia, empresario.

**Keywords:** consumer protection, traveller, travel services, tourist services, linked travel arrangements, package travel, insolvency, trader.

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LOS SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS. 2.1. Combinación del al menos dos tipos diferentes de servicios de viaje para el mismo viaje o vacación. 2.2. La combinación no constituye un viaje combinado. 2.3. El viajero contrata los servicios de viaje con cada prestador de servicios de viaje. 2.4. Facilitación de la contratación por el empresario en la forma legalmente prevista: clases de servicios de viaje vinculados. 3. DEBERES Y OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO FACILITADOR. 3.1. Deber de información precontractual. 3.2. Obligación de constituir una garantía frente a su insolvencia. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los servicios de viaje vinculados son combinaciones de servicios turísticos, distintas de los viajes combinados que, en opinión del legislador, merecen una cierta protección, es decir, una protección adicional a la prevista para la contratación de servicios turísticos sueltos, aunque menor que la reconocida a quien contrata un viaje combinado<sup>1</sup>.

Esa protección adicional se manifiesta fundamentalmente en que el viajero va a quedar protegido cuando alguno de los servicios turísticos que integra la combinación no se ejecute como consecuencia de la insolvencia del empresario que le ha facilitado la contratación de esos servicios y, por tanto, la formación de los servicios de viaje vinculados. Junto a esta protección, que podemos calificar como directa, se arbitran medidas tendentes a conseguir que el viajero, antes de quedar vinculado por este tipo de combinación, sea consciente de que no está contratando un viaje combinado. Ello se logra mediante la imposición de determinados deberes de información precontractual al empresario facilitador de los servicios de viaje vinculados, dando lugar a una protección del viajero de carácter indirecto.

---

<sup>1</sup> Vid. PEINADO GRACIA, J.I., “La protección del pasajero en el contrato de viaje combinado y en la prestación de servicios asistidos de viaje: la responsabilidad del transportista aéreo y de los operadores turísticos”, en *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros* (dir. Guerrero Lebrón, M.J.), Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 549.

Los servicios de viaje vinculados han nacido de la mano de los viajes combinados. Éstos fueron regulados por primera vez en la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Esta norma fue objeto de transposición al Ordenamiento jurídico español mediante la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados. Más adelante, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU) refundió en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas de transposición de directivas en materia de consumidores, entre las que se encontraba la citada Ley 21/1995. Desde ese momento, el contenido de la Ley 21/1995 –es decir, el régimen jurídico de los viajes combinados- se recogió en el Libro IV del TRLGDCU.

Desde la aprobación de la Directiva 90/314, el sector turístico había experimentado un notable cambio y evolución debido a la irrupción de Internet y de las tecnologías emergentes, que alteraron profundamente la forma en que los servicios turísticos eran contratados. De una contratación fundamentalmente presencial –y en ocasiones, por vía telefónica- se inició una tendencia a la contratación electrónica de estos servicios<sup>2</sup>. Los viajes combinados no fueron una excepción a esta tendencia, pero presentan la peculiaridad de que las nuevas formas de contratar los servicios turísticos han influido en el propio concepto de viaje combinado.

En efecto, tanto en la Directiva 90/314 como en la Ley de transposición española, la existencia de una organización previa por parte de un empresario (con las matizaciones realizadas posteriormente por la jurisprudencia de la Unión Europea) constituía un requisito esencial para afirmar la existencia de un viaje combinado. La contratación electrónica de servicios turísticos permite que el resultado del viaje combinado (combinación de varios servicios turísticos en un solo “producto de viaje”) se produzca con la participación activa del viajero. Se alteran de facto los roles o papeles que en la formación de la combinación desempeñan el organizador y el viajero: la organización del viaje puede dejar de estar exclusivamente en manos del empresario-organizador, para ser compartida o incluso desarrollada con más intensidad por el viajero.

El problema residía en que las nuevas formas de contratación daban como resultado productos turísticos en apariencia igual a los viajes combinados pero que, al no reunir los requisitos exigidos por la Directiva ni la Ley, quedaban fuera de su ámbito de aplicación. Se generaba, por tanto, una desprotección para el viajero, que creía estar contratando viajes combinados cuando en realidad contrataba servicios sueltos<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> La irrupción de Internet permitió, además, la comercialización directa de los servicios de viaje por los propios prestadores de esos servicios (aerolíneas, establecimientos hoteleros, etc.), a través de sus páginas webs [vid. BATUECAS CALETRIO, A., “La contratación de viajes vinculados”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2016 (edición digital), pp. 2-3, que se detiene en analizar las ventajas que ello supone para estos operadores].

<sup>3</sup> A lo que había que añadir, como apunta acertadamente BERENGUER ALBALADEJO [“Luces y sombras de la nueva Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, relativa a

Además, estas combinaciones que no quedaban sujetas a la Directiva eran ofrecidas por operadores distintos de las agencias de viajes (piénsese en el caso en el que en la web de una aerolínea se adquiere un billete de avión y se reserva una habitación de hotel en el punto de destino). Estos operadores ofrecían de hecho el mismo producto que las agencias de viaje (el viaje combinado) pero no estaban sujetos a las disposiciones de la Directiva – responsabilidad por la ejecución del viaje combinado, obligación de constituir una garantía que cubriera su insolvencia, etc.-, generándose distorsiones en la competencia<sup>4</sup>.

Por todo lo expuesto, y con la finalidad de adecuar la normativa europea a las nuevas exigencias del mercado turístico, se inició en el año 2007 un proceso de reforma de la regulación de los viajes combinados, que se plasmó en la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados (en adelante, Directiva 2015/2302)<sup>5</sup>, incorporada a nuestro Ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados<sup>6</sup>. El Real Decreto-ley modifica el Libro IV del TRLGCDU, que contiene ahora la regulación de los viajes combinados y de los servicios de viaje vinculados<sup>7</sup>.

---

los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados”, *Internacional Journal of Scientific Management Tourism*, vol. 2, núm. 2, 2016, pp. 35-36], la incertidumbre que tal situación generaba en los prestadores de servicios turísticos, pues al no existir seguridad sobre la naturaleza del producto ofrecido (viaje combinado o no), quedaba en la indefinición el régimen jurídico aplicable, mucho más gravoso si la relación jurídica llegaba a calificarse de viaje combinado en lugar de considerarse que se estaban contratando servicios turísticos sueltos.

<sup>4</sup> Vid. sobre esta cuestión GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B., “Redefiniciones y armonización en materia de viajes combinados”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 297, 2019 (edición digital), I.

<sup>5</sup> Directiva 2015/2302 de 25 de noviembre relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo (DOCE L 326, de 11 de diciembre). La Directiva debía haberse incorporado como muy tarde el 1 de enero de 2018 y sus preceptos aplicarse a partir del 1 de julio del mismo año (art. 28, 1 y 2 de la Directiva); no obstante, hasta marzo de 2019 no se completó el proceso de incorporación en todos los Estados miembros. Sobre los antecedentes de la Directiva vid., entre otros, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Adaptar la normativa europea sobre viajes combinados a la era digital”*, COM (2013) 513 final, Bruselas, 9 de julio de 2013 (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0513&from=ES>); PANIZA FULLANA, A., *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados: replanteamiento de conceptos y sus consecuencias sobre la responsabilidad*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 23-28; FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados [Directiva (UE) 2015/2302] Cuestiones de ley aplicable*, Madrid, Reus, 2018, pp. 18-19.

<sup>6</sup> BOE núm. 312, de 27 de diciembre. El Real Decreto-ley fue convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de enero de 2019 (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2019).

<sup>7</sup> Tras la incorporación de la Directiva 2015/2302, los viajes combinados siguen estando regulados en la norma general de protección de los consumidores, aun cuando –como se verá más adelante- el viajero (sujeto protegido) podrá ser una persona que no ostente la condición de consumidor. Sobre el proceso de incorporación de las disposiciones de la Directiva a nuestro Ordenamiento vid. ZUBIRI MARTÍNEZ DE SALINAS, M., “La reforma de la LGCDU para adaptar el Derecho español a la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados”, en

Entre los objetivos principales perseguidos por la nueva Directiva se encuentran el de elevar el nivel de protección de los viajeros y el de evitar distorsiones en la competencia, ocasionadas estas últimas por la actividad de los operadores (fundamentalmente aerolíneas) que ofrecían de hecho viajes combinados y a los que no se les aplicaba la Primera Directiva sobre viajes combinados<sup>8</sup>.

El aumento de la protección de los viajeros presenta una triple vertiente. En primer lugar, se amplía el concepto de viaje combinado para incluir todas aquellas combinaciones que, por su apariencia, crean en el viajero la impresión legítima de estar contratando un viaje combinado y no servicios sueltos<sup>9</sup>. En segundo lugar, se regulan los servicios de viaje vinculados, como figura “puente” entre los viajes combinados y los servicios de viajes sueltos. Como ya se adelantó, los servicios de viaje vinculados son combinaciones de servicios de viaje que no pueden conceptuarse como viajes combinados, pero que presentan algún elemento que los diferencian de la contratación de servicios sueltos y, por tanto, merecen cierta protección, aun cuando esta sea menor de la que se ofrece al viajero en el viaje combinado. Por último, se establecen deberes de información destinados específicamente a advertir al viajero sobre el tipo de contrato que está realizando, dado el distinto nivel de protección que ofrecen los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados.

Por lo que respecta a la ampliación del concepto de viaje combinado, la práctica del sector turístico y la doctrina ha denominado “paquete dinámico” a todas estas nuevas combinaciones de servicios turísticos en las que el viajero interviene, de forma más o menos intensa, en la confección del mismo. Los “paquetes dinámicos” se caracterizan<sup>10</sup>, en primer lugar, por ser un

---

*El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 (edición digital), pp. 25-30.

<sup>8</sup> Se pretende, además, poner fin a la fragmentación jurídica que había generado la Directiva 90/314, y al aumento de costes que dicha situación provocaba en los empresarios que deseaban llevar a cabo actividades transfronterizas, todo ello en perjuicio de los consumidores (Considerando 4 de la Directiva 2015/2302).

<sup>9</sup> Sobre la ampliación del concepto de viaje combinado en la nueva regulación y su caracterización actual vid. el detenido análisis realizado por GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B., en su trabajo “Redefiniciones y armonización en materia de viajes combinados”, *op. cit.*, II. Resulta en este punto muy clarificador el empleo en los documentos preparatorios de la Directiva 2015/2302, así como en la Propuesta de Directiva [Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE, Bruselas 9.7.2013 COM(2013) 512 final] y en el texto finalmente aprobado, de términos tales como “asociación”, “semejanza”, “percepción del consumidor” para referirse a estas nuevas combinaciones, tanto en lo relativo a su configuración como a la impresión que causan en el viajero.

<sup>10</sup> Vid. LONDON ECONOMICS, *Study on Consumer Detriment in the area of Dynamic Packages*, Final report to the European Commission – Health and Consumers DG, November 2009, pp. 4-5 (disponible en <https://europa.eu/publication/study-on-consumer-detriment-in-the-area-of-dynamic-packages/>); APARICIO VAQUERO, J.P. – BATUECAS CALETRIO, A., “Régimen de responsabilidad en la prestación de servicios turísticos contratados como paquetes dinámicos”, en *Paquetes dinámicos: problemas y soluciones jurídicas desde una perspectiva internacional* (dir. Paniza Fullana, A.), Madrid, Dykinson, 2014 (edición digital), pp. 57-58; CAMARGO GÓMEZ, J.D., “Contratación electrónica de paquetes dinámicos de turismo en el ordenamiento jurídico español”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, pp. 100 y ss.

“paquete”, lo que implica que incluyen dos o más servicios turísticos, que esos servicios se han adquirido del mismo proveedor (o, si son varios proveedores, están comercialmente relacionados) y que los distintos servicios se adquieren (contratan) al mismo tiempo. En segundo lugar, se trata de un paquete “dinámico”, en el sentido de que es ensamblado por el viajero que decide qué servicios incluye y cuáles no. Los paquetes dinámicos se clasifican en *unitary packages* y *derivative packages*. En el primer caso, los servicios de viaje se contratan en una sola página web, mientras que en el segundo supuesto la contratación se realiza por medio de páginas webs enlazadas<sup>11</sup>.

No obstante, la Directiva 2015/2302 ha optado por no utilizar la expresión “paquete dinámico”<sup>12</sup> y, en su lugar, amplia el concepto de viaje combinado y regula la nueva figura de los servicios de viaje vinculados. De esta manera, los denominados “paquetes dinámicos” quedan subsumidos en las dos figuras legalmente previstas: serán calificados como viajes combinados o como servicios de viaje vinculados<sup>13</sup>.

## **2. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LOS SERVICIOS DE VIAJES VINCULADOS**

La regulación de los servicios de viaje vinculados se encuentra recogida en los artículos 151.1.e), 167 y 168 del Libro IV del TRLGDCU, si bien hay que recurrir a otros preceptos del Libro IV para completar su régimen jurídico (definiciones, responsabilidad por errores en la reserva, constitución de garantía frente a la insolvencia, etc.).

El artículo 151.1.e) del TRLGDCU define los servicios de viaje vinculados como “al menos dos tipos diferentes de servicios de viaje adquiridos con objeto del mismo viaje o vacación, que, sin constituir un viaje combinado, den lugar a la celebración de contratos distintos con cada uno de los prestadores individuales de servicios de viaje, si un empresario facilita: a) con ocasión de una única visita o contacto con su punto de venta, la selección y el pago separado de cada servicio de viaje por parte de los viajeros, o b) de manera específica, la contratación de al menos un servicio de viaje adicional con otro empresario, siempre que tenga lugar a más tardar 24 horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje”.

Resulta un tanto extraño que el precepto no utilice un sustantivo para definir los servicios de viaje vinculados. En efecto, mientras que el viaje combinado es “la combinación de, al menos,

---

<sup>11</sup> Vid. PANIZA FULLANA, A., *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados...*, *op. cit.*, p. 23; GONZÁLEZ CABRERA, I., “El contrato de viaje combinado y los paquetes dinámicos (servicios de viaje vinculados), en *Manual de contratación turística* (dir. Franch Fluxá, J.), Barcelona, Atelier, 2019, p. 149.

<sup>12</sup> Vid. ZUBIRI MARTÍNEZ DE SALINAS, M., “Los nuevos conceptos en materia de viajes combinados y servicios de viaje vinculados”, en *El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 (edición digital), p. 62, nota núm. 18.

<sup>13</sup> Vid. PEINADO GRACIA, J.I., “La protección del pasajero...”, *op. cit.*, p. 524; PANIZA FULLANA, A., *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados...*, *op. cit.*, p. 50.

dos tipos de servicios de viaje...” [art. 151.1.b)], los servicios de viaje vinculados son “al menos dos tipos diferentes de servicios de viaje...”. Aunque quizás se quiera evitar la utilización del término “combinación” para no inducir a error con los viajes combinados, entendemos que es oportuno calificar a los servicios de viaje vinculados como “combinación de distintos servicios de viaje”, dejando claro posteriormente que se trata de combinaciones que no dan lugar a viajes combinados<sup>14</sup>. De hecho, la propia norma emplea este término en alguna ocasión con relación a los servicios de viaje vinculados [art. 151.1.e) TRLGDCU] y lo hacía también la Propuesta de Directiva al definir en su artículo 3º 5) el servicio asistido de viaje (que era como se denominaron inicialmente los servicios de viaje vinculados) como “la combinación de al menos dos tipos diferentes de servicios de viaje para el mismo viaje o vacación que no constituya un viaje combinado y que dé lugar a la celebración de contratos separados con cada uno de los proveedores de servicios de viaje, si un minorista facilita la combinación”.

De la definición ofrecida por el artículo 151.1.e) TRLGDCU se extraen las siguientes características de los servicios de viaje vinculados<sup>15</sup>: 1º) consisten en la combinación de al menos dos tipos diferentes de servicios de viaje para el mismo viaje o vacación; 2º) la combinación no constituye un viaje combinado; 3º) el viajero celebra distintos contratos con cada prestador de servicios de viaje; 4º) para que se produzca la vinculación se requiere que los contratos se celebren al mismo tiempo -o en un lapso corto de tiempo- (requisito temporal) y la labor “facilitadora” de un empresario en la forma legalmente prevista. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que las características primera y tercera no son exclusivas de los servicios de viaje

---

<sup>14</sup> En este sentido señala ZUBIRI MARTÍNEZ DE SALINAS (“Los nuevos conceptos en materia de viajes combinados...”, *op., cit.*, p. 55) que el elemento común de ambos (viajes combinados y servicios de viaje vinculados) es la combinación al menos de dos servicios de viaje e incluso propone encuadrar a ambos en una categoría común que, indica, podría denominarse “servicios turísticos combinados” (vid., de la misma autora y obra, p. 63).

<sup>15</sup> Vid. DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *The Package Travel and Linked Travel Arrangements Regulations 2018. Guidance for businesses*, United Kingdom, March, 2021, p. 22 (disponible en [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/967428/package-travel-and-linked-travel-arrangements-regulations-2018.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/967428/package-travel-and-linked-travel-arrangements-regulations-2018.pdf)). La transposición de la Directiva 2015/2302 al Ordenamiento de Reino Unido se llevó a cabo mediante *The Package Travel and Linked Travel Arrangements Regulations* (PTRs 2018, Statutory Instruments 2018 N 634).

vinculados, ya que están (primera característica)<sup>16</sup> o pueden estar (tercera característica)<sup>17</sup> presentes en los viajes combinados.

El artículo 150 TRLGDC contempla una serie de supuestos a los que, a pesar de que la combinación se califique como viaje combinado o como servicios de viaje vinculados de conformidad con lo previsto en artículo 151.1, apartados b) y e), no se les aplicará el régimen establecido para aquéllos. Se trata de viajes combinados y servicios de viaje vinculados de duración inferior a veinticuatro horas, a menos que se incluya el alojamiento<sup>18</sup>; viajes combinados y servicios de viaje vinculados que se faciliten de manera ocasional, sin ánimo de lucro y únicamente a un reducido grupo de personas<sup>19</sup>; y viajes combinados y servicios de viaje

---

<sup>16</sup> Así, como se ha señalado, el viaje combinado se define como “la combinación de, al menos, dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación...” [art. 151.1.b) TRLGDCU]. Puede observarse que para el viaje combinado no se exige que los tipos de servicios de viaje sean “diferentes”, al contrario de lo que sucede con los servicios de viaje vinculados. No obstante, entendemos que es presupuesto para la existencia de ambas clases de combinaciones (viajes combinados y servicios de viaje vinculados) que los servicios de viaje pertenezcan a distintas categorías (transporte, alojamiento, etc.). Y ello es así porque el artículo 151.1.b) no habla de la combinación de al menos “dos servicios de viaje” sino de al menos “dos tipos de servicios de viaje”, por lo que, entendemos, el hecho de que el artículo 151.1.e) exija que los tipos sean diferentes no añade nada. En este contexto, el hecho de que el término apuntado no aparezca en la definición de viaje combinado y sí en la de servicios de viaje vinculados puede deberse a un olvido del legislador y no a la intención de establecer en este aspecto diferencias entre ambos tipos de combinaciones. Así, la versión en inglés de la Directiva 2015/2302 establece en su artículo 3º 2) lo siguiente: “package means a combination of at least two different types of travel services for the purpose of the same trip or holiday, if...” (el subrayado es nuestro).

<sup>17</sup> El artículo 151.1.b) TRLGDCU diferencia, dentro de los viajes combinados, dos supuestos distintos según que se celebre un único contrato por la totalidad de los servicios de viaje o varios contratos con los prestadores de los servicios de viaje.

<sup>18</sup> La exclusión obedece a que en los viajes de corta duración la necesidad de proteger a los viajeros es menor y por tanto no deben imponerse cargas innecesarias a los empresarios (cfr. Considerando 19 Directiva 2015/2302). Sobre la posibilidad de que los Estados miembros apliquen las disposiciones de la Directiva a los servicios de viaje vinculados de duración inferior a veinticuatro horas que no incluyan alojamiento vid. Considerando 21 Directiva 2015/2302. Con respecto al empleo del término “alojamiento” en lugar de “pernoctación” –empleado este último en la Directiva 2015/2302-, vid. ZUBIRI MARTÍNEZ DE SALINAS, M., “La reforma de la LGDCU para adaptar el Derecho español a la Directiva (UE) 2015/2302...”, *op. cit.*, p. 41, nota núm. 20; ZUBIRI MARTÍNEZ DE SALINAS, M., “Los nuevos conceptos en materia de viajes combinados...”, *op. cit.*, p. 66.

<sup>19</sup> Se trata de requisitos cumulativos no alternativos. Con respecto a la ausencia de ánimo de lucro, se ha indicado que se cumple este requisito cuando las cantidades pagadas únicamente cubren los costes en los que se ha incurrido, o bien el beneficio es marginal y se dedica a fines caritativos o humanitarios [vid. COMISIÓN EUROPEA, *Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on Package Travel and Linked Travel Arrangements Workshop with Member States on 13 June 2016*, p. 14; los documentos que recogen las cuestiones analizadas en los sucesivos workshops celebrados están disponibles en [https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=35324](https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=35324)]. La exigencia de que los servicios de viaje se faciliten a un grupo reducido de personas puede entenderse cumplida cuando los servicios de viaje vinculados no se ofrezcan al público en general. Por su parte, el Considerando 19 de la Directiva 2015/2302 entiende que el viaje será “ocasional” cuando se organicen como mucho “unas cuantas veces al año” y pone como ejemplos los viajes organizados por una organización benéfica, un club deportivo o un colegio para sus miembros. La exención se aplicaría cuando el club deportivo, organización benéfica o colegio actúan como facilitadores u organizadores, pero no cuando aquellos acuden a un organizador-facilitador profesional. Sobre la posibilidad de que los Estados miembros apliquen las disposiciones de la Directiva a los servicios de viaje vinculados que se faciliten sin ánimo de lucro para un número limitado de viajeros y únicamente de modo ocasional vid. Considerando 21 de la Directiva.

vinculados contratados sobre la base de un convenio general para la organización de viajes de negocios. En este último caso se entiende que quien ha celebrado el convenio con el empresario que ofrece los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados tendrá un poder de negociación suficiente que le permita plasmar en el convenio unas condiciones especiales y, por tanto, los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados contratados al amparo de este convenio no necesitan de la protección que ofrece la norma<sup>20</sup>.

La definición ofrecida permite, además, delimitar las partes que intervienen en los servicios de viaje vinculados<sup>21</sup>: el viajero, el empresario que facilita la contratación de distintos servicios de viaje y los prestadores de servicios de viaje (compañía aérea, hotel, etc.).

La noción de viajero es más amplia que la de consumidor, al incluir a los viajeros de negocios, entendiendo por tales los que contratan servicios de viaje por motivos de su actividad comercial, negocio, oficio o profesión, siempre que los contratos no estén amparados por un convenio general para la organización de viajes de negocios<sup>22</sup>. La inclusión de los viajeros de negocios en el ámbito de aplicación de la norma obedece a que éstos utilizan los mismos canales de reserva que los turistas –esto es, quien viaje por motivos de ocio- y, por tanto, requieren un nivel de protección similar<sup>23</sup>.

Los empresarios que facilitan servicios de viaje vinculados pueden ser tanto intermediarios agencias de viaje –físicas u *on line*<sup>24</sup>- y centrales de reserva<sup>25</sup> como prestadores de servicios de viaje. No serían, sin embargo, empresarios facilitadores los metabuscadores, que actuarían

<sup>20</sup> Vid. PEINADO GRACIA, J.I., “La protección del pasajero...”, *op. cit.*, pp. 531-532; BERENGUER ALBALADEJO, C., “Luces y sombras de la nueva Directiva...”, *op. cit.*, p. 43.

<sup>21</sup> Es preferible, en nuestra opinión, no emplear la expresión “partes del contrato” ya que, en puridad, no existe un contrato de servicios de viaje vinculados.

<sup>22</sup> Vid. arts. 150.2.c) y 151.1.f) TRLGDCU y Considerando 7 de la Directiva 2015/2302. Sobre el concepto de viajero en la nueva regulación vid., más ampliamente, ZUBIRI MARTÍNEZ DE SALINAS, M., “Los nuevos conceptos en materia de viajes combinados...”, *op. cit.*, pp. 82-85.

<sup>23</sup> Vid. Considerando 7 de la Directiva 2015/2302; DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *The Package Travel and Linked Travel...*, *op. cit.*, p. 6; BATUECAS CALETRIO, A., “La contratación de viajes vinculados”, *op. cit.*, pp. 6-7. Sobre la aplicación de la normativa sobre viajes combinados a los viajeros de negocios en la anterior regulación vid. FERRER TAPIA, B., “Aspectos subjetivos de los paquetes dinámicos. La situación del consumidor”, en *Paquetes dinámicos: problemas y soluciones jurídicas desde una perspectiva internacional* (dir. Paniza Fullana, A.), Madrid, Dykinson, 2014 (edición digital), p. 36 y, más ampliamente, el análisis realizado por ZUBIRI DE SALINAS, M., “Conceptos clave y responsabilidad en la nueva regulación de los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados”, *Revista europea de derecho de la navegación marítima y aeronáutica*, núm. 34, 2017 (edición digital), pp. 6 y ss.

<sup>24</sup> OTA, por sus siglas en inglés (*Online Traveller Agency*).

<sup>25</sup> Sobre la naturaleza de las centrales de reserva vid. MARTÍNEZ NADAL, A., “Las centrales electrónicas de reservas turísticas: breves consideraciones acerca de su naturaleza y régimen jurídico”, en *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. H.c. José Antonio Gómez Segade* (coord. Tobío Rivas, A.M.), Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 967-984.

como proveedores de enlaces, quedando su actividad sometida a lo previsto en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSICE)<sup>26</sup>.

Procedemos seguidamente al análisis de las características de los servicios de viaje vinculados.

## **2.1. Combinación del al menos dos tipos diferentes de servicios de viaje para el mismo viaje o vacación**

Los servicios de viaje que pueden dar lugar a la formación de servicios de viaje vinculados son los mismos que los que pueden integrar el viaje combinado y se agrupan en dos categorías, a las que denominaremos servicios de viaje principales y servicios de viaje secundarios. Los servicios de viaje principales serían el transporte de pasajeros, el alojamiento –cuando no sea parte integrante del transporte<sup>27</sup> ni tenga un fin residencial<sup>28</sup>– y el alquiler de vehículos de motor<sup>29</sup>. Los servicios de viaje secundarios son servicios turísticos distintos de los anteriores que no son parte integrante de un servicio de viaje principal<sup>30</sup>: entradas a conciertos o

---

<sup>26</sup> Vid. BATUECAS CALETRIO, A., “La contratación de viajes vinculados”, *op., cit.*, p. 7 y nota núm. 18. Sobre las funciones y naturaleza de los metabuscadores en el ámbito de los servicios turísticos vid. BATUECAS CALETRIO, A. – APARICIO VAQUERO, J.P., “La contratación on line de servicios turísticos”, en *Nuevas fórmulas de contratación on line de servicios turísticos: subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad* (coord. Paniza Fullana, A.), Granada, Comares, 2013, pp. 55-56.

<sup>27</sup> Por ejemplo, el viaje en tren en un coche cama, en el que la finalidad del viaje es desplazarse de un lugar a otro y la pernoctación es necesaria para el desplazamiento (vid., en este sentido, el Considerando 17 de la Directiva 2015/2302).

<sup>28</sup> Aclara el Considerando 17 de la Directiva 2015/2302 que el alojamiento para cursos de idiomas de larga duración se equipara al alojamiento con fin residencial, por lo que no sería calificado de alojamiento (y, por tanto, de servicio de viaje). No aclara la norma, sin embargo, qué debe entenderse por “larga duración” a efectos de la exclusión. El mismo Considerando añade que tampoco serían servicios de viaje los servicios financieros como los seguros de viaje. Por lo que respecta a los alquileres de viviendas turísticas, compartimos la opinión de quienes entienden que deben quedar incluidos en el concepto de alojamiento (vid., en este sentido, ZUBIRI DE SALINAS, M., “Conceptos clave y responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 4, nota núm. 7; la misma opinión parece compartir PANIZA FULLANA, A., en *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados...*, *op. cit.*, pp. 42-43).

<sup>29</sup> Sobre la calificación del alquiler de vehículos de motor como servicio de viaje equiparado en la nueva regulación al transporte y al alojamiento vid., con una visión crítica, PEINADO GRACIA, J.I., “La protección del pasajero...”, *op. cit.*, p. 525, nota núm. 43.

<sup>30</sup> En el Considerando 17 de la Directiva se citan varios ejemplos de servicios turísticos que, por quedar integrados en un servicio de viaje principal, no deben considerarse servicios de viaje en sí mismos. Son, por ejemplo, “el transporte de equipaje realizado como parte del transporte de viajeros; pequeños servicios de transporte, como el traslado de los pasajeros como parte de una visita guiada o los traslados entre un hotel y un aeropuerto o estación de ferrocarril; las comidas, las bebidas y los servicios de limpieza facilitados como parte del servicio de alojamiento; o el acceso a instalaciones del hotel como piscinas, saunas, balnearios o gimnasios incluidos en el alojamiento para los viajeros alojados en el hotel”. Se ha señalado (vid. BATUECAS CALETRIO, A., “La contratación de viajes vinculados”, *op. cit.*, p. 9) que debe entenderse que un servicio de viaje forma parte intrínseca de otro cuando el primero no tiene sentido por sí mismo, ya que es prestado en relación directa con aquél.

acontecimientos deportivos, excursiones o parques de atracciones, visitas guiadas, forfaits de esquí, alquiler de material deportivo, tratamientos en balnearios, etc.<sup>31</sup>

La lista de los servicios de viaje principales debe considerarse cerrada; es decir, a los efectos de aplicar el régimen previsto en la norma, no existen más servicios de viaje principales que los que ella menciona. Por lo que respecta a los servicios de viaje secundarios, el legislador ha optado por no definirlos ni enumerarlos; señala simplemente que se trata de cualquier otro servicio turístico distinto de los calificados como principales. Adicionalmente, la exigencia de que se combinen “al menos dos tipos diferentes de servicios de viaje” implica que los servicios de viaje que se ensamblan deben pertenecer al menos a dos categorías distintas, de forma que, por ejemplo, la combinación de dos transportes –ni aun cuando se trate de transportes distintos– no es una combinación apta para formar servicios de viaje vinculados<sup>32</sup>.

La contratación de servicios de viaje secundarios presenta peculiaridades en orden a determinar si su combinación da lugar o no a la formación de servicios de viaje vinculados. En primer lugar, si únicamente se contratan servicios de viaje secundarios no se está ante unos servicios de viaje vinculados porque se trataría de servicios de viaje “del mismo tipo”. Dicho en otros términos, el requisito de la combinación de dos o más servicios de viaje exige que al menos uno de ellos sea un servicio de viaje principal<sup>33</sup>. En segundo lugar, deben diferenciarse los supuestos en los que el viajero contrata dos o más servicios de viaje principales y uno o varios servicios de viaje secundarios (por ejemplo, transporte, alojamiento y entrada para un concierto) de aquellos otros en los que adquiere un solo servicio de viaje principal con uno o más servicios de viaje secundarios (alojamiento y entrada para un concierto).

Si se contratan dos o más servicios de viaje principales y uno o más servicios de viaje secundarios, la norma no exige ningún requisito adicional para entender que existe la combinación. Por el contrario, si se contrata un solo servicio de viaje principal con uno o más servicios de viaje secundarios (por ejemplo, hotel más entrada a un concierto), los servicios de viaje vinculados únicamente se formarán si *a) el valor del servicio de viaje o servicios de viaje secundarios es igual o superior al veinticinco por ciento del valor de la combinación*<sup>34</sup> o (es

<sup>31</sup> Vid. Considerando 18 de la Directiva 2015/2302.

<sup>32</sup> BATUECAS CALETRIO (“La contratación de viajes vinculados”, *op. cit.*, pp. 10-11), tras señalar que esta es la interpretación que debe realizarse del tenor literal del precepto, entiende que la combinación de servicios de viaje de la misma naturaleza (tipo) no debería haberse excluido del ámbito de aplicación de la Directiva. Sobre esta cuestión vid. también ZUBIRI MARTÍNEZ DE SALINAS, M., “Los nuevos conceptos en materia de viajes combinados...”, *op. cit.*, pp. 66-67. El Sistema de Reservas eSky ofrece un servicio de combinaciones de vuelos, advirtiendo de que no se trata de un billete combinado (vid. Términos y Condiciones. 9. Servicio MultiLine, accesible en <https://www.esky.es/terminos-y-condiciones>, consultada el 19 de marzo de 2021).

<sup>33</sup> En este sentido vid. MARTÍNEZ ESPÍN, P., “La reforma del régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados”, *LA LEY mercantil*, núm. 55, 2019 (edición digital), p. 5.

<sup>34</sup> La Directiva 2015/2302 establece en su articulado que los servicios de viaje secundarios deben representar una “proporción significativa del valor combinado de los servicios”, sin fijar concretamente el porcentaje. No obstante, el Considerando 18 sí hace referencia al porcentaje del veinticinco por ciento, al señalar que “(S)í otros servicios

decir, no obstante no alcanzar ese veinticinco por ciento), b) el servicio o los servicios de viaje secundarios se han anunciado como elemento esencial del viaje o vacación o constituyen por alguna otra razón (es decir, por una razón distinta a su valor) una característica esencial del viaje o vacación<sup>35</sup>. De lo expuesto se deduce que lo relevante para determinar si en estos casos estamos o no en presencia de servicios de viaje vinculados es que el servicio de viaje secundario sea una característica esencial de la combinación, presumiéndose que lo es cuando su valor sea igual o superior al veinticinco por ciento del valor de la combinación (si hay varios servicios de viaje secundarios, el cálculo del porcentaje tendrá en cuenta la suma del valor de todos ellos). Ahora bien, si los servicios de viaje secundarios se han anunciado como un “elemento esencial” del viaje, la apariencia generada por el anuncio hace que no haya de investigarse la naturaleza esencial o no del viaje secundario (puede ocurrir de esta manera que servicios de viaje secundarios que por naturaleza no sean esenciales en una combinación, pasen a serlo por el solo hecho de que quien oferta los servicios de viaje vinculados así lo anuncie). El problema reside en si el viajero tiene conocimiento de que, precisamente, por no cumplir los requisitos señalados, la combinación que contrata no va a adquirir la condición de servicios de viaje vinculados<sup>36</sup>.

---

turísticos representan el 25% o más de la combinación, debe considerarse que constituyen una proporción significativa del valor del viaje combinado o del de los servicios de viaje vinculados” [la Propuesta de Directiva fijaba el porcentaje en el veinte por ciento (vid. Considerando 17)]. En respuesta a una pregunta planteada, la Comisión indicó que el criterio del veinticinco por ciento recogido en el Considerando 18 de la Directiva podía incluirse en las normas nacionales de traspósito, añadiendo así claridad y transparencia (vid. COMISIÓN EUROPEA, *Workshop with Member States on 13 June 2016, op. cit.*, p. 13). Se ha advertido (DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *The Package Travel and Linked Travel..., op. cit.*, pp. 7-8) del peligro de que se eleve artificialmente el precio del servicio de viaje principal y se reduzca de la misma forma el precio de los servicios secundarios, al objeto de que éstos no alcancen la proporción señalada. La Comisión ha señalado al respecto [vid. *Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on Package Travel and Linked Travel Arrangements Workshop with Member States on 25 October 2016*] que en estos casos deberá atenderse al valor intrínseco de los servicios y no al precio pagado por ellos. Por otro lado, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, de 21 de diciembre de 2017 (IPN/CNMC/042/17), recomendaba que se justificara por qué se había elegido el porcentaje del veinticinco por ciento, al tratarse de una cuestión relevante pues de ese umbral dependía la exclusión de determinadas combinaciones como viaje combinados o servicios de viaje vinculados (vid. p. 10). El Informe está disponible en [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1887234\\_5.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1887234_5.pdf).

<sup>35</sup> Art. 151.1.e): “(C)uando se adquiera como máximo uno de los servicios de viaje a que se refieren los apartados 1º, 2º o 3º de la letra a) y uno varios de los servicios turísticos a que se refiere su apartado 4º, no constituirán servicios de viaje vinculados si estos últimos no representan una proporción igual o superior al veinticinco por ciento de la combinación y no se anuncian o no constituyen por alguna otra razón una característica esencial de la combinación”. Se observa un defecto en la redacción del artículo, ya que donde dice “y no se anuncian” debe decir “o no se anuncian”. El error puede obedecer a la transcripción literal de lo dispuesto en el artículo 3º de la Directiva 2015/2302 (como apoyo a la interpretación que se ha dado a este precepto en el texto vid. Considerando 18 de la Directiva; BATUECAS CALETRIO, A., “La contratación de viajes vinculados”, *op. cit.*, pp. 9-10; BERENGUER ALBALADEJO, C., “Luces y sombras de la nueva Directiva...”, *op. cit.*, pp. 39-40).

<sup>36</sup> El Informe de la CNMC sobre el Anteproyecto de Ley de transposición de la Directiva (vid. *Informe de la CNMC sobre el Anteproyecto de Ley..., op. cit.*, p. 9) incidía sobre esta cuestión, recomendando que se informara con claridad a los consumidores de esta circunstancia para que pudieran adoptar la decisión más adecuada a sus intereses.

Por lo demás, el precepto exige que los servicios de viaje se contraten para “un mismo viaje o vacación”. La precisión es importante ya puede ocurrir que se contraten diversos servicios de viaje en un mismo momento (lo que, como vimos, es una característica de los paquetes dinámicos) pero si no son para el mismo viaje o vacación no se formarán los servicios de viaje vinculados<sup>37</sup>.

## 2.2. La combinación no constituye un viaje combinado

Este requisito, que la versión en español de la Directiva 2015/2302 omite (sí aparece, por el contrario, en la versión en inglés), implica que para que una combinación de servicios de viaje pueda ser calificada de servicios de viaje vinculados previamente debe descartarse que se trate de un viaje combinado<sup>38</sup>. El Real Decreto-ley 23/2018 sí recoge esta exigencia, de forma acertada en nuestra opinión, ya que, ciertamente, los servicios de viaje vinculados no se parecen al que podríamos denominar “viaje combinado tradicional”, en el que se da una combinación de servicios de viaje preestablecida por el organizador<sup>39</sup>, pero sí presentan similitudes con algunas de las combinaciones que, tras la ampliación del concepto operada por la Directiva 2015/2302, constituyen viajes combinados. Se hace, por tanto, necesario aclarar, que en caso de que una combinación pueda calificarse de viaje combinado y servicio de viaje vinculado, prevalecerá la primera por ser más tuitiva para el viajero.

Y es que, en efecto, el TRLGDCU entiende que existe viaje combinado, aun cuando no se celebre un único contrato, cuando los servicios de viaje: a) son contratados en un único punto de venta y seleccionados antes de que el viajero acepte pagar (por ejemplo, se contratan los servicios de viaje en una web y se acumulan distintos servicios de viaje en una cesta de compra virtual)<sup>40</sup>; b) son ofrecidos, vendidos o facturados a un precio a tanto alzado o global (por ejemplo, vuelo+hotel); c) son anunciados o vendidos como “viaje combinado” o bajo una denominación similar (oferta combinada, todo incluido, paquete turístico vacacional); d) son

<sup>37</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, Workshop with Member States on 25 October 2016, op., cit., p. 9.

<sup>38</sup> Vid. DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *The Package Travel and Linked Travel...*, op. cit., p. 22.

<sup>39</sup> Según el actual artículo 151.1.b) 1º TRLGDCU existe viaje combinado cuando “los servicios de viaje son combinados por un solo empresario, incluso a petición o según la selección del viajero, antes de que se celebre un único contrato por la totalidad de los servicios”. Puede observarse que, en línea con las interpretaciones judiciales y con la opinión de una relevante doctrina, la definición incluye no solo las combinaciones preestablecidas por el empresario, sino también aquellas en las que es el viajero quien selecciona los servicios de viaje que integran la combinación que dé lugar a la celebración de un único contrato. Sobre esta cuestión vid. más ampliamente CAMARGO GÓMEZ, J.D., “Contratación electrónica de paquetes dinámicos...”, op. cit., pp. 104-107; PEINADO GRACIA, J.I., “La protección del pasajero en el contrato de viaje combinado y en la prestación de servicios asistidos de viaje...”, op. cit., pp. 526-527.

<sup>40</sup> Podría decirse que lo característico de este supuesto es que existe un único procedimiento de reserva. Como se ha señalado, la expresión “acepte pagar” puede coincidir con la asunción de la obligación de pagar (casos en los que se posponga el pago) como con un pago inmediato tras la selección de los servicios de viaje (vid. DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *The Package Travel and Linked Travel...*, op. cit., p. 9).

combinados después de la celebración de un contrato en virtud del cual el empresario permite al viajero elegir entre una selección de distintos tipos de servicios de viaje (caja regalo)<sup>41</sup>; o e) son contratados con distintos empresarios a través de procesos de reserva en línea conectados en los que el nombre del viajero, sus datos de pago y su dirección de correo electrónico son transmitidos por el empresario con el que se celebra el primer contrato a otro u otros empresarios con quienes se celebra otro contrato, a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje (contratación de servicios de viaje a través de páginas webs enlazadas)<sup>42</sup>.

Aparentemente, los supuestos que pueden generar confusión con los servicios de viaje vinculados serían los contemplados en los apartados a) y e). Ahora bien, también es posible que los servicios de viaje se anuncien como un viaje combinado, todo incluido o similar (apartado c) pero luego la contratación se realice en alguna de las formas previstas para los servicios de viaje vinculados. Lo que quiere decir la norma es que, en estos casos, la calificación que proceda será la de viaje combinado y no la de servicios de viaje vinculados.

El discernimiento sobre la naturaleza de la combinación –viaje combinado o servicios de viaje vinculados- recae sobre el empresario, ya que uno de los deberes que le incuben es, precisamente, informar al viajero sobre el tipo de viaje que está contratando<sup>43</sup>. El artículo 150.3 TRLGDCU da a entender que la calificación que realiza el empresario debe ajustarse a la realidad, ya que aun cuando declare que los servicios que se prestan no constituyen un viaje combinado o servicios de viaje vinculados, esto no le eximirá de sus obligaciones<sup>44</sup>.

### **2.3. El viajero contrata los servicios de viaje con cada prestador de servicios de viaje**

Como se señaló anteriormente, en los servicios de viaje vinculados el viajero celebra distintos contratos con cada uno de los prestadores de servicios de viaje. Cada uno de ellos es responsable de la prestación del servicio de viaje al que se ha obligado, no asumiendo el empresario facilitador ninguna obligación por la no ejecución o la ejecución defectuosa de los servicios de

---

<sup>41</sup> En relación con las “cajas regalo” vid. ZUBIRI MARTÍNEZ DE SALINAS, M., “Los nuevos conceptos en materia de viajes combinados...”, *op. cit.*, pp. 60-61.

<sup>42</sup> Sobre el último supuesto mencionado indica GONZÁLEZ FERNÁNDEZ (“Redefiniciones y armonización en materia de viajes combinados”, *op. cit.*, II.1.1) que se trata “de datos que permiten concluir una reserva con el cliente, no bastando que se transfiera simplemente la información sobre su destino o las fechas en las realizará el viaje”. De transmitirse únicamente el destino o las fechas en que el viaje tendrá lugar, la combinación podría calificarse de servicios de viaje vinculados si se cumplen los demás requisitos que exige el artículo 151.1.e) TRLGDCU.

<sup>43</sup> Vid. PANIZA FULLANA, A., *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados...*, *op. cit.*, p. 115.

<sup>44</sup> Art. 150.3 TRLGDCU: “No quedarán eximidos de las obligaciones establecidas en este libro los organizadores de viajes combinados, o, en su caso, los minoristas, así como los empresarios que facilitan servicios de viaje vinculados, aunque declaren que actúan exclusivamente como prestadores de un servicio de viaje, como intermediarios o en cualquier otra calidad, o que los servicios que prestan no constituyen un viaje combinado o servicios de viaje vinculados”.

viaje que integran los servicios de viaje vinculados (salvo, claro está, en el caso de que el empresario facilitador sea, además, prestador de un servicio de viaje, pues en este caso responderá de la no ejecución o ejecución defectuosa de este servicio).

La contratación de los servicios de viaje o del servicio de viaje adicional siempre se realizará con la ayuda (facilitación) del empresario, pero esa facilitación puede adquirir una naturaleza jurídica diversa. Así, en ciertos casos la relación jurídica que nace entre el empresario y el viajero será podrá calificarse de comisión mercantil<sup>45</sup> [lo que puede ser frecuente cuando los servicios de viaje vinculados se contratan en un único punto de venta –art. 151.1.e) 1º-], ya que el empresario facilitador celebrará los contratos de servicios de viaje con el prestador del servicio en nombre y por cuenta del viajero. En otras, sin embargo, la naturaleza de la actividad desarrollada por el empresario facilitador se asemejará a la mediación, ya que se limitará a poner en contacto a las dos partes, celebrándose el contrato del servicio de viaje directamente entre ellos [cuando los servicios de viaje se contratan a través de páginas webs enlazadas –art. 151.1.e) 2º-].

Debe tenerse en cuenta que los contratos que componen los servicios de viaje vinculados tienen su propio régimen jurídico (transporte, hospedaje, etc.) y que, además, quedan sometidos a las normas generales en materia de contratación, cobrando aquí especial relevancia la aplicación del régimen de los contratos a distancia con consumidores contenido en el TRLGDCU (Libro II, Título III) y las normas sobre contratación electrónica de la LSSICE<sup>46</sup>. Nótese que el artículo 93 del TRLGDCU excluye del ámbito de aplicación del régimen de los contratos a distancia a los viajes combinados, pero no a los servicios de viaje vinculados. Ello tiene sentido debido a que la propia norma, al regular en el Libro IV los viajes combinados, contiene normas de protección de los consumidores. Esto no ocurre, sin embargo, con la regulación que el Libro IV ofrece de los servicios de viaje vinculados que, como veremos, limita la protección del consumidor a recibir información precontractual sobre el tipo de contrato que está celebrando y a protegerle frente a la insolvencia del empresario facilitador de los servicios de viaje vinculados. No obstante, debido a que la noción de viajero no coincide con la de consumidor, puede suceder que en ciertos casos el usuario de los servicios turísticos sea un viajero a efectos de aplicarle lo previsto en el Libro IV del TRLGDCU, pero no sea un consumidor, por lo que no se aplicarán las normas concretas de defensa de estos.

#### **2.4. Facilitación de la contratación por el empresario en la forma legalmente prevista: clases de servicios de viaje vinculados**

Una de las características esenciales de los servicios de viaje vinculados es que, aun tratándose de servicios de viaje contratados con cada prestador del servicio, la contratación se realiza

---

<sup>45</sup> BATUECAS CALETRIO (“La contratación de viajes vinculados”, *op., cit.*, pp. 12-15) califica la relación de mandato.

<sup>46</sup> Vid. GONZÁLEZ CABRERA, I., “El contrato de viaje combinado...”, *op. cit.*, p. 151.

gracias a la labor de facilitación de un empresario, que es la que justifica que los diversos servicios de viaje queden vinculados<sup>47</sup>. Así, si es el empresario el que organiza (en sentido amplio) el viaje estamos ante viajes combinados; si es el viajero quien asume esta tarea, ante servicios de viaje sueltos; si el viajero organiza el viaje con la ayuda del empresario, entonces la situación será la de servicios de viaje vinculados.

La norma ha optado por fijar los casos en los que existe esa labor facilitadora, diferenciando dos supuestos distintos: contratación de los servicios de viaje en único punto de venta<sup>48</sup> (que podrá ser un local físico o una página web) o contratación de los servicios en varias páginas webs enlazadas (distintos puntos de venta). Ambos tienen en común –y los diferencian de los viajes combinados- que existe una separación en el proceso de reserva de cada servicio de viaje, de forma que una reserva se completa íntegramente antes de seleccionar el siguiente servicio de viaje<sup>49</sup>.

En primer lugar, existirán servicios de viaje vinculados si el empresario facilita “con ocasión de una única visita o contacto con su punto de venta, la selección y el pago separado de cada servicio de viaje por parte de los viajeros” [art. 151.1.e) 1º]. La exigencia de que cada servicio de viaje sea seleccionado y pagado de forma separada permite afirmar que debe existir una clara separación entre los procesos de reserva<sup>50</sup>, de manera que uno se haya completado antes de seleccionar el siguiente servicio de viaje. No es necesario, sin embargo, que se haya realizado el pago del primer servicio de viaje, bastando el compromiso de pago que implica la confirmación de la reserva (por ejemplo, se reserva una habitación de hotel –que se abonará posteriormente- y tras la confirmación de la reserva se adquiere un billete de avión). Lo esencial es, por tanto, que se haya perfeccionado el contrato sobre el primer servicio de viaje antes de

---

<sup>47</sup> En este sentido resulta bastante clarificadora la definición que de minorista ofrecía la Propuesta de Directiva (art. 3º, letra m): “operador distinto del organizador que a) vende u oferta viajes combinados o b) facilita la adquisición de servicios de viaje que forman parte de un servicio asistido de viaje ayudando a los viajeros a celebrar contratos separados para servicios de viaje con proveedores de servicios individuales” (el subrayado es nuestro).

<sup>48</sup> El artículo 151.1.m) TRLGDCU define el punto de venta como “toda instalación de venta al por menor, tanto mueble como inmueble, o un sitio web de venta al por menor o un dispositivo similar de venta minorista en línea, incluso cuando estos dispositivos se presenten a los viajeros como un dispositivo único, incluido un servicio telefónico”.

<sup>49</sup> Cfr. DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *The Package Travel and Linked Travel...*, *op. cit.*, p. 22. El precepto plantea numerosos problemas a la hora de su aplicación a los supuestos que se dan en la práctica. Prueba de ello lo constituyen las diversas preguntas realizadas en relación con los servicios de viaje vinculados en los diversos *workshops* celebrados por la Comisión Europea con los Estados miembros (como se ha indicado previamente, los documentos que recogen las cuestiones analizadas en los sucesivos *workshops* celebrados están disponibles en [https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=35324](https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=35324)). De gran interés resulta en este punto el contenido del documento *Industry Guidance EU Package Directive*, de 18 de junio de 2018, elaborado por la European Technology and Travel Services Association (ETTSA), que se encuentra disponible en <https://eutraveltech.eu/wp-content/uploads/2019/11/ETTSA-publishes-Industry-Guidance-for-compliance-with-EU-Package-Travel-Directive.pdf>.

<sup>50</sup> Señala BERENGUER ALBALADEJO (“Luces y sombras de la nueva Directiva...”, *op.cit.*, p. 41) que en este caso hay dos procesos de reserva distintos.

que se inicie el proceso de contratación del segundo servicio de viaje<sup>51</sup>. Adicionalmente, la exigencia de que se realice una selección y pago separado de cada servicio de viaje permite diferenciar estos supuestos de los viajes combinados *ex art. 151.1.b) 2ºi)* TRLGDCU, que califica como viaje combinado las combinaciones de viajes en los que los servicios de viaje son contratados en único punto de venta, pero son seleccionados antes de que el viajero acepte pagar.

El precepto exige, además, que la contratación de los diferentes servicios se realice en el mismo momento, esto es, con ocasión de una única visita o contacto con el punto de venta; de lo contrario, se estarían contratando servicios de viaje sueltos<sup>52</sup>. Pueden surgir problemas en torno a lo que se considera una única visita o contacto con el punto de venta (piénsese en los casos en los que se producen problemas de conexión a Internet o en el propio funcionamiento de la web, o en el supuesto de que se acuda a última hora de la tarde a la agencia de viajes y se posponga la contratación del segundo servicio de viajes para el día siguiente). Se ha señalado, en este sentido, que debe haber una clara interrupción para que pueda afirmarse que no existe una única visita o contacto<sup>53</sup>.

Cuando la contratación de los servicios de viaje se realiza en forma electrónica, se plantea el problema de determinar qué ocurre en los casos en los que en la web del empresario facilitador se inserta publicidad de otros prestadores de servicios o intermediarios. La intención del legislador es diferenciar la actividad publicitaria de la actividad de facilitación, excluyendo la primera del ámbito de aplicación de la norma<sup>54</sup>. La cuestión reside en que la línea que separa ambas actividades puede ser muy delgada y, además, difícilmente reconocible por el consumidor. Podemos poner como ejemplo la práctica comercial de alquiler de espacios publicitarios. Y es que, en efecto, aun cuando de la lectura de las condiciones generales pueda inferirse cuáles son los servicios ofertados y cuáles los meramente publicitados por un empresario, la impresión que puede ofrecer la forma en que dichos servicios aparecen en la web (punto de venta) es que no hay diferencia entre unos y otros<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on Package Travel and Linked Travel Arrangements Workshop with Member States on 16 February 2017, p. 11.

<sup>52</sup> A través de la web de una *OTA* se adquiere un billete de avión y al día siguiente se reserva a través de la misma página una habitación de hotel en el lugar de destino. En este caso, se estarían contratando servicios de viaje sueltos. Si la contratación de los dos servicios de viaje se hubiera realizado en la misma visita a la web (el primer día), podrían haberse formado servicios de viaje vinculados. Si en la misma página web y en la misma visita se hubiera seleccionado el avión y el hotel antes de aceptar pagar, existiría un viaje combinado.

<sup>53</sup> Cfr. DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *The Package Travel and Linked Travel...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>54</sup> Vid. Considerando 12 de la Directiva 2015/2302.

<sup>55</sup> Apunta este problema PANIZA FULLANA, A., *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados...*, *op. cit.*, p. 109.

No es necesario, sin embargo –tal y como se deduce de la definición de “punto de venta” que ofrece la norma- que los servicios de viaje se contraten electrónicamente; se incluyen, por tanto, los casos en los que la contratación de los distintos servicios de viaje se realiza de manera presencial en una agencia de viajes. Por lo demás, el empresario facilitador podrá ser tanto una agencia de viajes o central de reservas como un prestador de servicios de viaje (por ejemplo, una aerolínea) que permita contratar en su web otros servicios de viaje adicionales a los que él mismo presta.

En segundo lugar, la combinación de servicios de viaje da lugar a la formación de servicios de viaje vinculados si el empresario facilita “de manera específica, la contratación de al menos un servicio de viaje adicional con otro empresario, siempre que tenga lugar a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje” [art. 151.1.e) 2º]. Aun cuando la norma no excluye su aplicación a los casos de contratación presencial<sup>56</sup>, parece que está considerando los supuestos en los que la contratación de los distintos servicios de viaje se realiza a través de páginas webs enlazadas (así parece confirmarlo el contenido de los formularios D y E del Anexo III que se han incorporado al TRLGDCU)<sup>57</sup>. Sería el caso de un viajero que contrata un vuelo en la página web de una aerolínea y desde la página de confirmación del vuelo recibe una invitación para reservar un hotel a través de un enlace. Si el viajero reserva el hotel dentro de las veinticuatro horas desde la confirmación de la primera reserva, los servicios de viaje vinculados se habrán formado. Ahora bien, nada impide que en un futuro (o actualmente) existan otras formas de contratación que puedan encajar en el supuesto descrito.

Al igual que ocurre con el supuesto examinado anteriormente (servicios de viaje que se contratan en un único punto de venta), también aquí existen similitudes con uno de los casos en los que el legislador entiende que la combinación debe calificarse de viaje combinado. Nos referimos al supuesto contemplado en el artículo 151.1.b) 2º.v) TRLGDCU: los servicios de viaje “son contratados con distintos empresarios a través de procesos de reserva en línea conectados en los que el nombre del viajero, sus datos de pago y su dirección de correo electrónico son transmitidos por el empresario con el que se celebra el primer contrato a otro u otros empresarios con quienes se celebra otro contrato, a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje”. En ambos casos se trata de reservas en línea efectuadas en diferentes webs (*click through bookings*)<sup>58</sup>. Debe entenderse que

---

<sup>56</sup> La Propuesta de Directiva, por el contrario, limitaba esta segunda modalidad de servicios de viaje vinculados a los casos en los que la contratación de los servicios de viaje se realizaba en línea [vid., al respecto, art. 3º5.b) de la Propuesta de Directiva y COMISIÓN EUROPEA, *Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on package travel and linked travel arrangements Workshop with Member States on 25 February 2015*, p. 8].

<sup>57</sup> El Anexo III recoge los formularios con la información normalizada que el empresario que facilita servicios de viaje vinculados debe proporcionar a los viajeros (sobre el contenido de los formularios y su función vid. *infra* el apartado 3. Deberes y obligaciones del empresario facilitador).

<sup>58</sup> Ambos supuestos (viajes combinados y servicios de viaje vinculados contratados en línea a través de distintas páginas webs) constituyen el objeto del *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las*

para que la combinación pueda calificarse de viaje combinado y no de servicios de viaje vinculados deberán trasmítirse *todos* los datos señalados. Bastaría, por tanto, con que no se transmitieran los datos de pago del viajero para que la relación no pudiera calificarse de viaje combinado. Esta afirmación puede cobrar relevancia en la medida en que no es frecuente que los empresarios se transmitan los datos de pago de los viajeros. Precisamente por ello, y al objeto de que puedan ser calificados como viajes combinados, se ha abogado por la eliminación del requisito de la transmisión de los datos de pago del viajero para que la relación jurídica pueda calificarse como viaje combinado<sup>59</sup>.

La exigencia de que el segundo contrato “tenga lugar” a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la primera reserva constituye una manifestación de una de las características de los servicios de viaje vinculados apuntadas anteriormente: la contratación de los diferentes servicios de viaje debe realizarse en el mismo momento. Ahora bien, para el caso de que la contratación se realice mediante páginas webs enlazadas, el legislador ha optado por flexibilizar este requisito, permitiendo que transcurra un lapso de tiempo entre la celebración de ambos contratos<sup>60</sup>. El plazo de veinticuatro horas empieza a contar desde que el viajero *recibe* la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje<sup>61</sup>. En cuanto a qué debe entenderse por “*siempre que tenga lugar*” (el segundo contrato), debe entenderse que la reserva del segundo servicio de viaje debe realizarse antes de que hayan transcurrido veinticuatro horas desde la recepción de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje<sup>62</sup>.

---

*disposiciones de la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados que se aplican a reservas en línea efectuadas en diferentes puntos de venta [COM (2019) 270 final, Bruselas, 21.6. 2019, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0270&from=ES>]. Como complemento de este Informe se publicó el documento *Commission Staff Working document accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the provisions of Directive (UE) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 november 2015 on package travel and linked travel arrangements applying to online bookings made at different point of sale [SWD (2019) 270 final, Brussels, 21.6.2019]*, que ofrece información adicional a la contenida en el Informe. El documento se encuentra disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/MT/TXT/?uri=CELEX:52019SC0270>.*

<sup>59</sup> Vid. *Commission Staff Working document accompanying the document Report...*, op. cit., p. 5.

<sup>60</sup> En la Propuesta de Directiva la contratación del segundo servicio de viaje tenía que hacerse en el momento en que se confirmara la reserva del primer servicio [art. 3º5.b)].

<sup>61</sup> Si bien el texto del artículo no especifica que el plazo comienza desde la recepción de la confirmación de la reserva, sí que lo indica el formulario D del Anexo III (“antes de veinticuatro horas desde la recepción de la confirmación de la reserva”). No encontramos, sin embargo, esta referencia en el formulario E, aunque sí aparece en la versión en inglés de la Directiva 2015/2302. La confirmación de la reserva cumpliría las funciones del acuse de recibo exigido por el artículo 28 LSSICE, como confirmación de la aceptación por parte del prestador del servicio de viaje.

<sup>62</sup> En este sentido, el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las disposiciones de la Directiva (UE) 2015/2302 (op. cit., p. 3)* indica que tanto en los casos de viajes combinados a los que se accede con un click como en los de servicios de viaje vinculados a los que se accede de la misma forma, “el viajero debe reservar el segundo servicio de viaje en un plazo de veinticuatro horas desde la reserva del primer servicio de viaje”.

El requisito temporal se convierte en esencial y determinante de la existencia o no de servicios de viaje vinculados<sup>63</sup>. Asume la norma, de esta manera, uno de los caracteres que la práctica y la doctrina han venido atribuyendo a los paquetes dinámicos: la exigencia de que los distintos servicios turísticos se contraten en un mismo momento. Ahondando en la cuestión, surge el interrogante de por qué esa exigencia. A nuestro modo de ver, la razón de esa simultaneidad (o quasi simultaneidad) estriba en que de algún modo hay que delimitar en qué supuestos existen servicios de viaje vinculados y en cuáles solo se produce la adquisición de servicios de viaje sueltos. El requisito de que los distintos servicios de viaje se adquieran para “el mismo viaje o vacación” no es suficiente, por tanto, para que se produzca la vinculación<sup>64</sup>. Ahora bien, esto puede originar que un empresario “evite” la aplicación del régimen de los servicios de viaje vinculados retrasando la facilitación del segundo servicio de viaje (el empresario con el que se celebra un contrato sobre un servicio de viaje no envía el enlace en el correo en que se confirma la reserva, sino posteriormente y, más concretamente, trascurridas veinticuatro horas desde que se celebró el primer contrato).

Por otro lado, la inclusión de la expresión “de manera específica” pretende dejar fuera del ámbito de aplicación de la norma supuestos en los que el empresario facilita el enlace a otra u otras páginas webs pero con una función informativa o publicitaria<sup>65</sup>. En estos casos, el empresario no actúa como intermediario en la contratación de otros servicios de viaje, sino como prestador de servicios de la sociedad de la información<sup>66</sup> quedando, por tanto, sometido a las disposiciones de la LSSICE. Así, aun cuando no es necesario para que existan servicios de viaje vinculados que el empresario facilitador transmita ciertos datos del viajero al segundo empresario<sup>67</sup>, la transmisión de datos como el destino o las fechas del viaje pueden ser determinantes para entender que estamos ante servicios de viaje vinculados y no ante un reenvío a otras webs con fines meramente informativos o publicitarios<sup>68</sup>. La finalidad perseguida por el

---

<sup>63</sup> Sobre la relevancia del elemento temporal en la calificación jurídica de la relación que se establece vid. PANIZA FULLANA, A., *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados...*, *op. cit.*, pp. 18-19.

<sup>64</sup> En este sentido, el Considerando 12 de la Directiva señala que “los servicios de viaje vinculados deben distinguirse de los servicios de viaje que los viajeros reservan de manera autónoma, a menudo en diferentes momentos, aunque se destinen a un mismo viaje o vacación.

<sup>65</sup> Vid. Considerando 12 de la Directiva; DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *The Package Travel and Linked Travel...*, *op. cit.*, p. 24. Aunque en relación con los viajes combinados vid. GONZÁLEZ CABRERA, I., “El contrato de viaje combinado...”, *op. cit.*, p. 128.

<sup>66</sup> Vid. Anexo 2 (Información específica para hoteles) y 5 (Información específica para otros productos o servicios ofrecidos por terceros) de los Términos y Condiciones de Edreams (vid. <https://www.edreams.es/condiciones-generales-de-venta/>, consultada el 24 de marzo de 2021). No obstante, ha de tenerse en cuenta que para la calificación del servicio que se oferta (viaje combinado, servicios de viaje vinculados o servicios de viaje sueltos) no se tendrá en cuenta la declaración que en relación a la naturaleza del servicio realice el empresario, sino que deberá atenderse a la realidad y, por tanto, a su encaje en los supuestos regulados en el TRLGDCU (vid., al respecto, art. 151.3 TRLGDCU).

<sup>67</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, Workshop with Member States on 25 October 2016, *op. cit.*, p. 17.

<sup>68</sup> Vid. DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *The Package Travel and Linked Travel...*, *op. cit.*, p. 32. Este podría ser el sentido de la disposición añadida en la norma de derecho alemán (651w, Absatz 1, 2. Unterabsatz, BGB), que dispone que no se cumple este requisito (que la contratación del

precepto es que la contratación del segundo servicio de viaje no sea producto de una publicidad o información general que proporcione un empresario, sino de una promoción específica de servicios de viaje relacionados con el que el viajero acaba de contratar. Cobraría así sentido que se exija que se contrate un servicio de viaje *adicional*, término que no puede interpretarse simplemente en que se destine al mismo viaje o vacación –pues ello ya se exige antes– sino que se añade a o adiciona a la reserva del primer servicio de viaje<sup>69</sup>. En cualquier caso, se trata de un requisito que, por su indeterminación, plantea en la práctica problemas a la hora de dilucidar qué tipo de actividades de un empresario son *a priori* susceptibles de ser encuadradas en el supuesto contemplado por la norma –esto es, si debe entenderse que facilitan la contratación de un servicio de viaje adicional<sup>70</sup>.

Al igual que ocurre con los servicios de viaje vinculados que se forman tras su contratación en un único punto de venta, en el supuesto que estamos analizando tanto el empresario facilitador como el segundo empresario (es decir, aquél con el que el viajero contrata el servicio de viaje adicional) podrán ser agencias de viaje, centrales de reservas o prestadores de servicios de viaje. No exige la norma que entre el empresario facilitador y el empresario con el que el viajero contrata el servicio de viaje adicional exista una relación comercial remunerada, pero lo cierto es que normalmente la habrá<sup>71</sup>.

Por último, y a fin de que el empresario facilitador tenga conocimiento de que el segundo contrato se ha celebrado y de que, en consecuencia, los servicios de viaje vinculados se han formado, se impone al empresario con el que se contrata el segundo servicio de viaje el deber de informar al empresario facilitador de la celebración de este segundo contrato<sup>72</sup>. No se establecen, sin embargo, consecuencias para el incumplimiento de este deber por parte del segundo empresario que, por otro lado, puede ser frecuente en la práctica bien por desconocimiento, bien porque no disponga de los medios técnicos necesarios para identificar al empresario facilitador, bien porque ello supondría un incremento del precio que debe pagar

servicio de viaje adicional se facilite de manera específica) cuando el empresario facilitador únicamente pone en contacto al viajero con otro empresario.

<sup>69</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, Workshop with Member States on 25 February 2015, op. cit., p. 8.

<sup>70</sup> En este sentido, existen dudas sobre si la facilitación “de manera específica” requiere o no una promoción activa del segundo contrato por parte del empresario facilitador y si la provisión de anuncios relevantes (generales) está cubierta por la Directiva (vid. *Commission Staff Working document accompanying the document Report..., op. cit.*, p. 7).

<sup>71</sup> Vid. Considerando 13 de la Directiva 2015/2302, que señala además que el cálculo de la remuneración puede basarse en el número de clicks o en el volumen de ventas. Llama en este punto la atención el hecho de que para los paquetes dinámicos sí se ha venido señalando como una de sus características que ha de mediar una relación comercial entre ambos empresarios.

<sup>72</sup> Vid. art. 168.3 TRLGDCU. No es necesario que el viajero haya dado su consentimiento para dicha transmisión de datos, ya que en estos casos el tratamiento de los datos es necesario para el cumplimiento de una obligación legal [vid. art. 6º.c) del Reglamento 2016/679, de Protección de Datos y art. 8º Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantías de los derechos digitales].

al empresario que le facilita el link<sup>73</sup>. No es este, sin embargo, el único problema que plantea el deber de información del segundo empresario respecto al empresario facilitador, tal y como está configurado en la norma. Y ello porque no se exige que el empresario facilitador, una vez que el segundo empresario le ha informado de la celebración del contrato de viaje adicional, confirme al viajero que se han formado los servicios de viaje vinculados. Esto puede plantear problemas al viajero a la hora de intentar hacer efectiva la garantía por la insolvencia del empresario facilitador, en la medida en que no dispone de un documento en el que se indique expresamente que, efectivamente, los servicios de viaje por él contratados forman parte de unos servicios de viaje vinculados<sup>74</sup>. Aun cuando el viajero podría servirse de confirmaciones de correos electrónicos, capturas de pantalla, etc., entendemos que la norma debería haber impuesto de forma expresa al empresario facilitador el deber de informar al viajero de la formación de los servicios vinculados y facilitar al viajero un certificado que acredite el derecho a reclamar la garantía, y ello para las dos modalidades que contempla el artículo 151.1.e) del TRLGCU<sup>75</sup>.

Como se ha indicado previamente, en las dos modalidades de servicios de viaje vinculados que prevé el TRLGDC, el empresario facilitador podrá ser tanto un empresario que realice actividades de intermediación (agencia de viajes, central de reservas)<sup>76</sup> como un prestador de servicios de viaje. Cuando el empresario facilitador no es un prestador de servicios actúa como intermediario en la contratación de los servicios de viaje que forman los servicios de viaje vinculados. Cuando sí lo es, a su condición de prestador de servicios del primer servicio de viaje añade la prestación de un servicio adicional: la de intermediación en la contratación del segundo (o sucesivos) servicios de viaje. La cuestión radica entonces en determinar la naturaleza de esta labor de intermediación. Dada las diferentes formas en que se puede realizar la contratación del segundo o sucesivos servicios de viaje quizás no pueda hablarse de una única naturaleza jurídica. Así, cuando la contratación se lleva a cabo mediante páginas webs

---

<sup>73</sup> Vid. Commission Staff Working document accompanying the document Report..., op. cit., p. 7.

<sup>74</sup> La cuestión apuntada en el texto se abordó en uno de los *workshops* celebrados por la Comisión Europea (vid. COMISIÓN EUROPEA, *Workshop with Member States on 16 February 2017*, op. cit., pp. 7-8), en el que se puso de manifiesto la preocupación porque los empresarios pusieran obstáculos cuando los viajeros quisieran hacer efectiva la garantía. No parece que el deber del empresario facilitador de confirmar al viajero la formación de los servicios de viaje vinculados pueda fundamentarse en el artículo 28 LSSICE, que hace referencia al acuse de recibo de la recepción de la aceptación.

<sup>75</sup> La obligación de emitir un certificado sí se contempla para los viajes combinados [el artículo 155.2.c) TRLGDCU, siguiendo lo indicado en el Considerando 39 de la Directiva 2015/2302, establece que “(L)os Estados miembros deben poder exigir que los organizadores faciliten a los viajeros un certificado que acredite el derecho a reclamar directamente al que sea garante en caso de insolvencia”]. No obstante, ciertas normas autonómicas han extendido la obligación de emitir el certificado a los servicios de viaje vinculados (vid., por ejemplo, art. 13.3 Decreto 51/1998, de 24 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las Agencias de Viaje).

<sup>76</sup> Así, por ejemplo, los Términos y Condiciones de la central de reservas esky.es contemplan de forma expresa la posibilidad de contratar servicios de viaje vinculados (vid. <https://www.esky.es/terminos-y-condiciones>, consultada el 19 de marzo de 2021).

enlazadas (segundo supuesto), la relación jurídica podría calificarse de contrato de mediación. Cuando se facilita la contratación en la misma página web, podría tratarse bien de un contrato de comisión bien de una mediación dependiendo de cómo se haya celebrado el contrato.

### **3. DEBERES Y OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO FACILITADOR**

Con la finalidad de aumentar el nivel de protección de los viajeros, el TRLGDCU impone a los empresarios que facilitan servicios de viaje vinculados el deber de informar a aquéllos sobre la naturaleza de la relación jurídica que se va a establecer y la obligación de constituir una garantía frente a su insolvencia.

#### **3.1. Deber de información precontractual**

El artículo 168 TRLGDCU dispone que el empresario facilitador, antes de que el viajero quede obligado por cualquier contrato que dé lugar a servicios de vinculados o por cualquier oferta correspondiente, indicará de forma clara, comprensible y destacada que la relación jurídica que va a establecer no es un viaje combinado (y que, por tanto, el viajero no gozará de los derechos que la ley reconoce en estos casos); que cada prestador de servicios es el único responsable de la correcta ejecución de su prestación<sup>77</sup>; y que el viajero gozará de la protección frente a la insolvencia del empresario que facilita los servicios de viaje vinculados<sup>78</sup>. La imposición al empresario del deber de informar acerca de la naturaleza de la relación jurídica que se va a establecer supone el reconocimiento por parte del legislador de la dificultad que existe en la

---

<sup>77</sup> Esta es una de las principales diferencias entre los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados: la ausencia de responsabilidad del empresario facilitador por los incumplimientos de los prestadores de los servicios de viaje que integran la combinación. El viajero, por tanto, ante posibles incumplimientos contractuales, deberá dirigirse contra el prestador del servicio de viaje, determinándose la responsabilidad de éste de conformidad con el régimen jurídico que resulte de aplicación a dicho servicio de viaje [vid. MARCO ARCALÁ, L.A., “La regulación de los servicios de viaje vinculados. La prescripción de las reclamaciones y el régimen sancionador”, en *El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 (edición digital), p. 296].

<sup>78</sup> Deber de información que, tal y como señala el precepto, se impone también a los empresarios no establecidos en un Estado miembro pero que por cualquier medio ofrezcan servicios de viaje vinculados en España (sobre esta cuestión vid., más ampliamente, MARCO ARCALÁ, L.A., “La regulación de los servicios de viaje vinculados...”, *op. cit.*, pp. 287-288). Destaca este mismo autor (*op. cit.*, p. 299), que el viajero debe ser informado de las diferencias entre los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados, para que “sepa en todo momento lo que contrata y en qué condiciones y con qué requisitos en cada caso”. Como es posible que los servicios de viaje vinculados no se formen debido no ya a que no se cumpla el requisito temporal, sino a que la combinación únicamente incluye un servicio de viaje principal y los servicios de viaje secundarios no cumplen lo establecido en el artículo 151.1.e) TRLGDCU, párrafo segundo, se ha sugerido que podría incluirse en los formularios del Anexo III una indicación de que la protección frente a la insolvencia solo existirá en los casos en que los servicios de viajes secundarios representen una proporción igual o superior al veinticinco por ciento del valor de la combinación, o no se anuncien o no constituyen por alguna otra razón un requisito esencial del viaje o vacación [vid. COMISIÓN EUROPEA, *Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on Package Travel and Linked Travel Arrangements Workshop with Member States on 18 May 2017*, p. 5].

práctica de diferenciar un viaje combinado, tras la ampliación del concepto realizada por la Directiva, de los servicios de viaje vinculados<sup>79</sup>.

La información señalada debe “proporcionarse al viajero” mediante unos formularios normalizados que se recogen en el Anexo III del TRLGDCU (art. 168.2 TRLGDCU)<sup>80</sup> antes de que el viajero quede obligado por cualquier contrato que dé lugar a servicios de viaje vinculados o por cualquier oferta correspondiente (art. 168.1 TRLGDCU)<sup>81</sup>. Los términos utilizados por el artículo 168.2 (y que hemos entrecerrillado) permiten afirmar que la información debe facilitarse al viajero en relación con el proceso de contratación que ha iniciado. No bastaría con que los formularios estuvieran disponibles en el sitio web del empresario que facilita los servicios de viaje, ya que el artículo 168.2 no establece un deber de información general sobre la oferta de servicios de viaje vinculados, sino un deber de información sobre un concreto contrato –el segundo- que, de celebrarse, dará lugar a servicios de viaje vinculados, pero no a un viaje combinado. Si la contratación es presencial, el empresario facilitador deberá entregar en mano el formulario que proceda y si es en forma electrónica deberá aparecer de forma destacada (la información misma o el enlace que permite al acceso al formulario).

La duda que suscita la redacción del 168.1 es si la información debe proporcionarse antes de la celebración del primer contrato de servicio de viaje, o después de celebrado el primer contrato de viaje y antes de que se celebre el segundo. El tenor literal del texto parece avalar la segunda interpretación, ya que técnicamente el contrato que “da lugar” a los servicios de viaje vinculados es el segundo y no el primero. Además, dado que la finalidad esencial del deber de información legalmente establecido es la de advertir al viajero que el producto turístico que va

---

<sup>79</sup> Vid. PANIZA FULLANZA, A., *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados...*, *op. cit.*, p. 113; GONZÁLEZ CABRERA, I., “El contrato de viaje combinado...”, *op. cit.*, p. 152.

<sup>80</sup> Art. 168. 2 TRLGDCU: “(A) fin de cumplir con lo dispuesto en el presente apartado, el empresario que facilite unos servicios de viaje vinculados proporcionará al viajero dicha información mediante el formulario normalizado correspondiente que figura en el anexo III. Cuando el carácter especial de los servicios de viaje vinculados no esté contemplado por ninguno de los formularios que figuran en dicho anexo proporcionará la información contenida en el mismo”. El último inciso está pensado para los supuestos en que los servicios de viaje vinculados ofrecidos no se ajustan a ninguna de las formas descritas en los formularios del Anexo III, facultando al empresario facilitador para modificar alguno de ellos al objeto de que ofrezca una información clara y adecuada. El Anexo III contiene cinco formularios distintos. Los formularios A (el empresario facilita servicios de viaje vinculados en línea y es un transportista que vende un billete de ida y vuelta), B (el empresario facilita servicios de viaje vinculados en línea pero no es un transportista que vende un billete de ida y vuelta) y C (el empresario que facilita los servicios de viaje vinculados no es un transportista que vende un billete de ida y vuelta y los contratos se celebran presencialmente) se refieren a la información normalizada de los servicios de viaje vinculados contemplados en el artículo 151.1.e) 1º TRLGDCU; y los formularios D (el empresario facilita servicios de viaje vinculados en línea y es un transportista que vende un billete de ida y vuelta) y E (el empresario facilita servicios de viaje vinculados en línea pero no es un transportista que vende un billete de ida y vuelta) a la relativa a los supuestos contemplados en el artículo 151.1.e) 2º TRLGDCU.

<sup>81</sup> Señala BERENGUER ALBALADEJO (“Luces y sombras de la nueva Directiva...”, *op. cit.*, p. 44) que el precepto no hace referencia al medio o forma en que se ha de proporcionar la información, indicando que bastaría con añadir que debe hacerse “en soporte duradero”.

a adquirir no es un viaje combinado, aquélla se alcanza situando el deber de información en un momento anterior a la formación de los servicios de viaje vinculados. Esta interpretación resulta avalada por el contenido de los formularios E y D del Anexo III [para los supuestos del art. 151.1.e) 2º], del que se desprende que el empresario facilitador proporcionará al viajero la información del artículo 168 cuando confirme la reserva del primer servicio de viaje y le facilite el enlace del segundo empresario<sup>82</sup> (es decir, una vez celebrado el primer contrato y antes de que perfeccione el segundo).

A este deber de información con respecto al proceso de contratación iniciado se uniría el deber del empresario facilitador, en tanto que oferente de servicios de viaje vinculados, de poner a disposición de los potenciales viajeros información sobre el producto ofrecido antes de que se celebre el contrato sobre el primer servicio de viaje. Y ello con base en los artículos 18 y 60 TRLGDCU (cuando el viajero es un consumidor y con independencia de la forma en que se realice la contratación), 97 TRLGDCU (si el viajero es consumidor y el contrato se celebra a distancia –lo que incluye la contratación electrónica y telefónica-) y 27 LSSICE (para todo tipo de viajero, siempre que la contratación sea en forma electrónica). Por las peculiaridades propias de los servicios de viaje vinculados, la información (que bastará con que esté disponible en la página web del empresario) habrá de indicar de forma clara y comprensible que el viajero podrá vincular diversos servicios de viaje y los requisitos necesarios para que esa vinculación se produzca (es decir, debe quedar claro que el empresario oferta servicios de viaje vinculados). Para ello, entendemos que debe hacerse referencia expresa (incluso mediante su transcripción literal), al contenido del artículo 151.1.e) del TRLGDCU y poner a disposición, también en este momento, los formularios del Anexo III.

Y es que, como señala el considerando 16 de la Directiva 2015/2302<sup>83</sup>, para que el viajero tenga una capacidad real de elección entre las diversas fórmulas o tipos de viaje, no solo es relevante que sea informado de que no está contratando un viaje combinado (art. 168.1) sino, además, de que puede, en lugar de adquirir servicios de viaje sueltos para un mismo viaje o vacación, vincular esos servicios de viaje. Quien tiene proyectado un viaje que requiera, por ejemplo, un transporte y un alojamiento, si no es informado de que puede vincular ambos servicios normalmente no lo sabrá, de forma tal que no quedará protegido frente a la insolvencia del empresario que, *de facto*, ofrece la posibilidad técnica de vincular esos servicios. Desde el mismo momento en que un empresario permite que en su página web se contraten varios servicios de viaje, o que colabora con otro empresario para que éste ofrezca al viajero servicios

---

<sup>82</sup> Tanto el formulario D como el E comienzan señalando lo siguiente: “(S)i usted reserva unos servicios adicionales para su viaje o vacación mediante este(os) enlace(s)...”.

<sup>83</sup> “(P)ara que las condiciones estén más claras para los viajeros y estos puedan elegir con conocimiento de causa entre los diferentes tipos de fórmulas de viaje ofertadas...”. En el mismo sentido, la Comunicación de la Comisión “*Adaptar la normativa europea sobre viajes combinados a la era digital*” (*op. cit.*, p. 10), señala que “es fundamental que los consumidores comprendan plenamente qué se les ofrece y puedan elegir con confianza los servicios de viaje que mejor se adapten a sus necesidades específicas”.

de viaje adicionales, el primer empresario está ofertando servicios de viaje vinculados. Por tanto, la información sobre las condiciones que deben darse para producirse la vinculación (contratación en el mismo momento, o dentro de las veinticuatro horas) debe ponerse a disposición del viajero antes de que este celebre el primer contrato de servicio de viaje ya que de esta manera el viajero tendrá la posibilidad real de vincular los servicios.

Con respecto al deber de información sobre la existencia de una garantía frente a la insolvencia, el precepto debería añadir que dicha protección existirá únicamente si el viajero contrata el servicio de viaje adicional en los términos que recoge el artículo 151.1.e) TRLGDCU. Tal precisión sí se recoge en los formularios del Anexo III, pero en nuestra opinión debería haber ido en el texto del artículo.

El TRLGDCU no se pronuncia sobre a quién corresponde la carga de la prueba del cumplimiento de los deberes de información en relación con los servicios de viaje vinculados. Entendemos que debe recaer sobre el empresario que los facilita, por aplicación analógica de la solución prevista por el legislador en el artículo 156 TRLGDCU para los viajes combinados<sup>84</sup>. Por último, aun cuando no menos importante, se prevén importantes consecuencias de carácter jurídico-privado para los casos en los que el empresario que facilita los servicios de viaje vinculados no ha cumplido con sus deberes de información, que consisten en que a los servicios de viaje vinculados se les aplicará parte del régimen jurídico de los viajes combinados (art. 168.2 TRLGDCU<sup>85</sup>). Así, se reconocen al viajero dos de los derechos que ostentan los viajeros en los viajes combinados: el derecho a ceder los contratos que formen parte de los servicios de viaje vinculados (art. 157) y el derecho de resolver los mismos (art. 160); y se prevé la aplicación a los servicios de viaje vinculados del régimen de ejecución del viaje combinado (arts. 161 a 163). Aunque la remisión al régimen de los viajes combinados puede no ser la forma más adecuada para establecer el régimen jurídico aplicable en los casos señalados<sup>86</sup>, las similitudes que presentan los servicios de viaje vinculados con los viajes combinados del artículo 151.1.b) 2º i) –servicios de viaje contratados en un único punto de venta y seleccionados antes de que el viajero acepte pagar- y v) –contratados con distintos empresarios a través de procesos de reserva en línea conectados-, permiten afirmar que la forma

---

<sup>84</sup> Art. 156 TRLGDCU: “La carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en este capítulo recaerá en el empresario”.

<sup>85</sup> Art. 168.2 TRLGDCU: “Si el empresario que facilite servicios de viaje vinculados no ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 167 y en el apartado 1 de este artículo, se aplicarán los derechos y obligaciones establecidos en los artículos 157 y 160 y en el Capítulo IV del Título II de este libro en relación con los servicios de viaje que forman parte de los servicios de viaje vinculados”. Como se desprende del precepto reproducido, se ha previsto idéntica sanción para los casos en los que el empresario facilitador no ha constituido la garantía frente a la insolvencia en los términos señalados en el artículo 167. Sobre las consecuencias del incumplimiento del deber de información vid., más ampliamente, MARCO ARCALÁ, L.A., “La regulación de los servicios de viaje vinculados...”, *op. cit.*, pp. 297-302.

<sup>86</sup> Vid. en este sentido, con relación a los derechos de cesión y resolución reconocidos por esta vía al viajero que contrata servicios de viaje vinculados, BATUECAS CALETRIO, A., “La contratación de viajes vinculados”, *op. cit.*, p. 12.

en que los derechos de cesión del contrato y de resolución se articulan en los viajes combinados del artículo 151.1.b) 2º, apartados i) y v) puede servir de guía o modelo para los servicios de viaje vinculados, haciéndose extensible esta afirmación a lo relativo a la ejecución del contrato de viaje combinado.

### **3.2. Obligación de constituir una garantía frente a su insolvencia**

Al objeto de aumentar la protección de los viajeros y promover una competencia leal, se impone al empresario que facilita los servicios de viaje vinculados la obligación de constituir una garantía que cubra el reembolso de todos los pagos que reciba de los viajeros para el caso de que alguno de los servicios de viaje que integran los servicios de viaje vinculados no se ejecute como consecuencia de su insolvencia (la del empresario facilitador). La garantía deberá cubrir también la repatriación de los viajeros si el empresario facilitador es el responsable del transporte (art. 167 TRLGDCU)<sup>87</sup>. No se exige, sin embargo, la constitución de la garantía por incumplimiento contractual, en la medida en que el empresario facilitador no responde de la ejecución de los distintos servicios de viaje incluidos en la combinación.

El obligado a prestar esta garantía es, por tanto, el empresario que facilita los servicios de viaje vinculados, ya se trate de una agencia de viajes o central de reservas o de un prestador de servicios de viajes (aerolínea, establecimiento hotelero)<sup>88</sup>. De esta manera se garantiza que los diversos tipos de empresarios que ofertan combinaciones de servicios de viaje lo hagan en las mismas condiciones competitivas. En efecto, al ser los servicios de viaje vinculados una alternativa a los viajes combinados –podría decirse que se trata de productos turísticos que compiten entre sí- los empresarios que los ofertan deben quedar sometidos a unas reglas comunes en materia de garantías frente a la insolvencia. Se evita, de esta manera, que determinados empresarios (los que facilitan servicios de viaje vinculados) se encuentren en mejor posición que los organizadores-minoristas en el contrato de viaje combinado.

La garantía cubre, como señala la norma, todos los pagos que el empresario facilitador reciba de los viajeros y se establece para los casos en los que alguno de los servicios de viaje incluidos en la combinación no se ejecute como consecuencia de la insolvencia<sup>89</sup> del empresario que los

---

<sup>87</sup> El contenido de los formularios del Anexo III matiza lo afirmado en el artículo 167, ya que solo contempla que la garantía cubra la repatriación en los casos en los que el empresario facilitador sea un transportista que vende un billete de ida y vuelta (vid. formularios A y D).

<sup>88</sup> Se ha denunciado que algunas aerolíneas están ofreciendo viajes combinados y servicios de viaje vinculados sin constituir estas garantías (vid. [https://www.hosteltur.com/132339\\_acave-denuncia-a-varias-aerolineas-que-no-ofrecen-garantias-al-viajero.html](https://www.hosteltur.com/132339_acave-denuncia-a-varias-aerolineas-que-no-ofrecen-garantias-al-viajero.html), consultada el 24 de marzo de 2021).

<sup>89</sup> Según dispone el apartado 3 del artículo 167, la insolvencia se entiende producida “tan pronto como sea evidente que por la falta de liquidez de los empresarios los servicios de viaje dejen de ejecutarse, no vayan a ejecutarse o vayan a ejecutarse solo en parte, o cuando los prestadores de servicios requieran a los viajeros pagar por ellos”. No parece, como se ha señalado por la doctrina, que se trate de la insolvencia prevista en la Ley concursal [sobre las relaciones entre la insolvencia en el régimen jurídico de los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados y la insolvencia concursal vid. GONZÁLEZ CABRERA, I., “Medidas de protección del consumidor frente a la insolvencia de los operadores turísticos: seguros, fianzas y otras garantías”, *Revista de Derecho*

ha facilitado<sup>90</sup>. El precepto parte de la base de que el empresario facilitador ha recibido del viajero fondos que corresponden al pago de los distintos servicios de viaje que integran los servicios de viaje vinculados. Si el empresario facilitador deviene insolvente antes de haber remitido los fondos al prestador del servicio de viaje, éste se negará a prestar el servicio al viajero. No entraría, por tanto, en juego la garantía, en los casos en los que empresario facilitador no tiene los fondos, bien porque ya se los ha entregado al prestador del servicio de viaje, bien porque el viajero ha pagado directamente al prestador del servicio<sup>91</sup>.

Por tanto, es importante resaltar que la garantía no se constituye para proteger al viajero frente a la insolvencia de los prestadores de servicios de viaje, sino para protegerle frente a la insolvencia del empresario facilitador cuando dicha insolvencia hace que no puedan ejecutarse los servicios de viaje que integran los servicios de viaje vinculados. Tomemos como ejemplo el supuesto en el que el viajero reserva y paga de forma separada en la web de una agencia de viajes un billete de avión y una habitación de hotel. En el caso de que la agencia devenga insolvente antes de entregar los fondos al hotel, este denegará al viajero el alojamiento o le obligará a pagar por él. En este caso, un servicio de viaje deja de ejecutarse (el alojamiento) por la insolvencia del empresario facilitador (la agencia de viajes) y, por tanto, los fondos entregados por el viajero en pago de la habitación están cubiertos por la garantía. No obstante,

---

*Bancario y Bursátil*, núm. 152, 2018 (edición digital), especialmente el apartado III.2; GONZÁLEZ CABRERA, I., “La escasa protección del turista en el ámbito de La Unión Europea: al hilo de la insolvencia de Thomas Cook”, *Diario La Ley*, núm. 9502, 2019 (edición digital); BENAVIDES VELASCO, P., “La obligación de las agencias de viaje de prestar las garantías contempladas en la Directiva de viajes combinados”, *International Journal of Scientific Management and Tourism*, 2018, pp. 102-104; MARCO ARCALÁ, L.A., “La nueva regulación de las garantías en los viajes combinados y en los servicios de viaje vinculados”, en *El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 (edición digital), pp. 259-260]. En este sentido, la CNMC en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley de transposición de la Directiva (vid. *Informe de la CNMC sobre el Anteproyecto de Ley...*, *op. cit.*, p. 10), señalaba la conveniencia de que la norma de trasposición diferenciase esta insolvencia de la que contempla la Ley concursal, para evitar confusiones en cuanto al régimen aplicable.

<sup>90</sup> Aun cuando la cuestión había suscitado algunas dudas, se trata, en efecto, de la insolvencia del empresario facilitador y no de la insolvencia de los prestadores de servicios de viaje que integran la combinación. Sobre esta cuestión y su evolución en el proceso de elaboración de la Directiva vid. BATUECAS CALETRIO, A., “La contratación de viajes vinculados”, *op. cit.*, pp. 16-17; BERENGUER ALBALADEJO, C., “Luces y sombras de la nueva Directiva...”, *op. cit.*, p. 41, nota núm. 24; PANIZA FULLANA, A., *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados...*, *op. cit.*, pp. 111-112. Vid., además, el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las disposiciones de la Directiva (UE) 2015/2302...*, *op. cit.*, p. 1; GONZÁLEZ CABRERA, I., “La escasa protección del turista ...”, *op. cit.*, apartado 2.B. Por otro lado, al tratarse de servicios de viaje que no puedan ejecutarse por la insolvencia del empresario facilitador, la garantía no cubriría los pagos que dicho empresario haya recibido, en su caso, por otros conceptos distintos a los servicios de viaje como, por ejemplo, visados o seguros de viaje (vid. COMISIÓN EUROPEA, *Workshop with Member States on 13 June 2016*, *op. cit.*, p. 7).

<sup>91</sup> Vid. DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *The Package Travel and Linked Travel...*, *op. cit.*, p. 25; COMISIÓN EUROPEA, *Workshop with Member States on 25 February 2015*, *op. cit.*, p.17; *Workshop with Member States on 13 June 2016*, *op. cit.*, pp. 16-17; y *Workshop with Member States on 16 February 2017*, *op. cit.*, p. 8.

en este caso, al no ser la agencia de viajes responsable del transporte, la garantía no cubriría la repatriación.

Lo que no queda del todo claro es si la garantía cubre los casos en los que el empresario facilitador es prestador de un servicio de viaje y, como consecuencia de su insolvencia, no se ejecuta su propio servicio de viaje. Pensemos en una combinación de hotel más forfaits de esquí en la que el hotel es prestador del servicio de alojamiento y facilitador de los forfaits. Si el viajero ha pagado los forfaits al hotel y éste no ha remitido los fondos al empresario que alquila los forfaits antes de devenir insolvente, la garantía cubrirá el pago de los forfaits. La duda es si esta garantía cubre, además, la estancia en el hotel (es decir, si el viajero podrá reclamar con cargo a la garantía lo abonado en concepto de estancia si ésta no puede realizarse debido a la insolvencia del establecimiento hotelero).

La interpretación que se ha realizado es que la garantía cubre también los casos en los que el servicio de viaje que no se presta como consecuencia de la insolvencia del empresario facilitador es su propio servicio de viaje<sup>92</sup> -en el ejemplo apuntado, cubriría también la estancia en el hotel-. Así parece deducirse de la dicción literal del precepto, que establece que la garantía cubre todos los pagos que los empresarios facilitadores reciban de los viajeros en la medida en que “uno de los servicios de viaje que estén incluidos” no se ejecute como consecuencia de la insolvencia de aquéllos. Y no puede discutirse que el servicio de viaje del empresario facilitador forma parte de los servicios de viaje vinculados.

Esta interpretación nos lleva a afirmar que la justificación de la imposición al empresario facilitador de la obligación de constituir una garantía frente a su insolvencia no es la misma en todos los casos, pudiendo distinguirse hasta tres supuestos distintos: a) el empresario facilitador es un empresario que no presta servicios de viaje (por ejemplo, una agencia de viajes o una central de reservas) y como consecuencia de su insolvencia no se presta alguno de los servicios de viaje incluidos en la combinación; b) el empresario facilitador es un empresario que presta servicios de viaje (por ejemplo, una aerolínea) y a causa de su insolvencia no presta alguno de los servicios de viaje distinto del servicio que él mismo presta; c) el empresario facilitador es un empresario que presta servicios de viaje y a consecuencia de su insolvencia no puede prestar su propio servicio de viaje.

En los supuestos a) y b), como se indicó previamente, la finalidad de la garantía es proteger los fondos entregados por los viajeros hasta que llegan a su legítimo propietario, que es el prestador del servicio. En el caso contemplado en la letra c), la razón de la imposición de esta obligación al empresario facilitador no puede ser la misma que la apuntada anteriormente, ya que los fondos entregados por el viajero están en manos de quien debe estar, esto es, del prestador del servicio de viaje.

---

<sup>92</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, Workshop with Member States on 16 February 2017, op., cit., pp. 9-10.

A nuestro modo de ver, y tratándose de una cuestión relevante, el precepto cuando menos suscita ciertas dudas interpretativas. Cuando el empresario facilitador presta un servicio de viaje asume un doble papel: prestador de un servicio de viaje y facilitador de la contratación de un servicio de viaje adicional. La obligación de constituir la garantía deviene de su condición de “facilitador” y únicamente en la medida en que tenga fondos de otros prestadores de servicios. Por tanto, si se quiere que la garantía cubra, además, los casos en los que la insolvencia del empresario facilitador imposibilita la prestación de su propio servicio de viaje, la norma debería haberlo establecido con mayor claridad, más aún cuando, a diferencia de lo que establecía la Propuesta de Directiva, el texto finalmente aprobado no incluye los supuestos de insolvencia de los prestadores de servicios<sup>93</sup>. Seguramente se ha querido que sea así –es decir, que la garantía cubra también a los viajeros en caso de que el servicio de viaje del empresario facilitador no pueda ejecutarse por su insolvencia- para dar solución a los problemas planteados por transportistas (fundamentalmente aerolíneas) que tras ser insolventes dejaban de prestar el servicio de transporte.

Como la interpretación que se ha dado al precepto es que la garantía cubre los pagos recibidos por el empresario facilitador por la prestación de su propio servicio de viaje (por ejemplo, si se trata de un transporte, la garantía cubriría el importe del billete), la protección del viajero se incrementa notablemente en los servicios de viaje vinculados con respecto a los casos en los que adquiere varios servicios de viaje para el mismo viaje o vacación pero que, por no cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 151.1.e) se califican como servicios de viaje sueltos. De ahí la importancia, puesta de manifiesto anteriormente, de que los viajeros sean informados de la posibilidad de contratar servicios de viaje vinculados antes de que se celebre el contrato sobre el primer servicio de viaje.

Por lo que respecta a la repatriación la garantía que la cubra solo debe constituirse en los casos en los que el empresario facilitador sea un transportista y únicamente para los casos en los que vende un billete de ida y vuelta. No tienen, por tanto, que constituirla, ni las agencias de viaje ni las centrales de reserva cuando actúan como facilitadoras de servicios de viaje vinculados, ni los prestadores de servicios de transporte para aquellos casos en los que venden únicamente un billete de ida o de vuelta. Puede concluirse, por tanto, que, con la nueva regulación, al viajero que necesariamente vaya a incluir en su viaje el transporte, le interesan dos cosas: de un lado, adquirir el billete directamente al proveedor del transporte (y que el billete sea de ida y vuelta) y contratar los servicios de viaje adicionales en la forma prevista en el artículo 151.1.e) TRLGDCU.

---

<sup>93</sup> La Propuesta de Directiva [art. 17.b) y Considerando 34] se pronunciaba en términos más amplios, al incluir también los supuestos de insolvencia de los prestadores de los servicios de viaje (vid. BERENGUER ALBALADEJO, C., “Luces y sombras de la nueva Directiva...”, *op. cit.*, p. 41, nota núm. 24; BATUECAS CALETRIO, A., “La contratación de viajes vinculados”, *op. cit.*, p. 16). Los formularios del Anexo III contienen una referencia expresa a la exclusión de la insolvencia de los prestadores de servicios de viaje (“Tenga en cuenta que no se procederá al reembolso en caso de insolvencia del prestador de servicios correspondiente”).

La garantía podrá constituirse mediante la creación de un fondo de garantía, la contratación de un seguro, un aval u otra garantía financiera<sup>94</sup>, en los términos que determine la Administración competente, que serán las Comunidades Autónomas. Para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 167 TRLGDCU, las distintas leyes autonómicas habrán de modificar sus respectivas normas de turismo, a fin de incluir la obligación de los empresarios que faciliten servicios de viaje vinculados de constituir esta garantía. Así lo han hecho ya, entre otras, las Comunidades Autónomas de las Islas Baleares<sup>95</sup>, Cataluña<sup>96</sup> y Aragón<sup>97</sup>.

Señalar, por último, que el incumplimiento de la obligación de constituir la garantía frente a la insolvencia lleva aparejada, según dispone el artículo 168.2 TRLGDCU, la misma consecuencia que se deriva del incumplimiento del deber de información establecido en el artículo 168.1, esto es, la aplicación de parte del régimen jurídico de los viajes combinados<sup>98</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Podemos, finalmente, y tras el análisis realizado, preguntarnos por el verdadero alcance de la nueva regulación de los servicios de viaje vinculados.

---

<sup>94</sup> Sobre las distintas formas que puede revestir la garantía vid. MARCO ARCALÁ, L.A., “La nueva regulación de las garantías...”, *op. cit.*, pp. 248-249.

<sup>95</sup> Art. 59 bis Ley 8/2012, de Turismo de las Illes Balears: “Garantía de los viajes vinculados. Los empresarios domiciliados en las Illes Balears o que abran establecimiento en estas, que comercialicen estos tipos de servicios, definidos por la Directiva UE 2015/2302, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los viajes combinados y a los servicios vinculados, están obligados a mantener una garantía para cubrir su responsabilidad en casos de insolvencia, de conformidad con la Directiva mencionada y la normativa de transposición estatal, así como en los términos que se desarrollen reglamentariamente”.

<sup>96</sup> Art. 252.11 y 12 Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña:

“Artículo 252-11. Garantía de los servicios de viaje vinculados.

1. Se entiende por servicios de viaje vinculados los definidos por el artículo 3, apartado quinto, de la Directiva UE 2015/2302, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados.

2. Los empresarios que comercializan este tipo de servicios están obligados a mantener una garantía en los términos establecidos por el artículo 252-10, en caso de insolvencia, si el incumplimiento se deriva de su responsabilidad.

3. Esta garantía debe responder también por el retorno al origen y el alojamiento previo, en los casos en que la persona que ha comercializado el servicio es responsable del transporte”.

“Artículo 252-12. Acreditación de disponibilidad de garantía suficiente.

Las personas, físicas o jurídicas, establecidas en Cataluña que comercializan u organizan viajes combinados o facilitan servicios de viaje vinculados deben presentar ante la ventanilla única empresarial una declaración responsable en la que manifiesten que disponen de la garantía que establecen los artículos anteriores”.

<sup>97</sup> Art. 13 Decreto 51/1998, de 24 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Aragón de Agencias de Viajes.

<sup>98</sup> Vid. *supra* el epígrafe 3.1. Deber de información precontractual.

En primer lugar, el legislador, al regular esta figura, establece las líneas que delimitan el viaje combinado. Al viaje combinado “ampliado” de la Directiva 2015/2302 había que ponerle ciertos límites pues, de lo contrario, la mayor parte de los contratos que tienen por objeto servicios de viaje y que se contratan en forma electrónica serían viajes combinados. Y estos límites se imponen estableciendo que determinadas combinaciones de servicios de viaje (los servicios de viaje vinculados) *en apariencia* iguales a ciertas combinaciones de servicios de viaje ahora calificadas como viajes combinados, no serán viajes combinados. Por tanto, la característica esencial de los servicios de viaje vinculados reside en que, a pesar de su apariencia, no son viajes combinados. Por este motivo, la obligación fundamental del empresario facilitador es la de informar al viajero de que no está contratando un viaje combinado (y que, por tanto, cada prestador de servicios será el único responsable del cumplimiento de su correspondiente prestación) y la rigurosa consecuencia que lleva aparejada el incumplimiento de esta obligación. Puede decirse que con la creación y regulación de los servicios de viaje vinculados el legislador quiere proteger al viajero potencial adquirente de una combinación de servicios de viaje que en apariencia podrían ser viajes combinados pero que realmente no lo son.

En segundo lugar, todo empresario que técnicamente permita vincular determinados servicios de viaje en la forma establecida en el artículo 151.1.e) TRLGDCU, se convierte de hecho en oferente de servicios de viaje vinculados. De ahí que, como señalábamos anteriormente, deba ponerse a disposición del viajero información sobre la oferta de servicios de viaje vinculados antes de que se celebre el contrato del primer servicio de viaje, ya que de esta forma podrá vincular los diversos servicios de viaje que pretende contratar. De esta manera se lograría no solo que el viajero estuviera advertido de que no va a contratar un viaje combinado sino, además, de que puede recurrir a una de las modalidades de contratación, los servicios de viaje vinculados, que le ofrecen una mayor protección que la adquisición de servicios de viaje sueltos.

En tercer lugar, la norma equipara en cierta medida a los prestadores de servicios de viaje con las agencias de viaje y con las centrales de reserva, en la medida en que desarrollen labores de intermediación en la contratación de servicios de viaje, obligando a los primeros a constituir una garantía para los casos en que devengan insolventes y como consecuencia de ello no puedan ejecutarse los servicios de viaje incluidos en la combinación. Se atiende así a las peticiones reiteradas de las agencias de viajes, que reclamaban un tratamiento equitativo, y se fomenta que todos los operadores que ofrezcan las mismas combinaciones estén sujetos a las mismas reglas.

## **5. BIBLIOGRAFÍA**

APARICIO VAQUERO, J.P. – BATUECAS CALETRIO, A., “Régimen de responsabilidad en la prestación de servicios turísticos contratados como paquetes dinámicos”, en *Paquetes dinámicos: problemas y soluciones jurídicas desde una perspectiva*

*internacional* (dir. Paniza Fullana, A.), Madrid, Dykinson, 2014 (edición digital), pp. 55-90.

BATUECAS CALETRIO, A., “La contratación de viajes vinculados”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, 2016 (edición digital).

BATUECAS CALETRIO, A. – APARICIO VAQUERO, J.P., “La contratación *on line* de servicios turísticos”, en *Nuevas fórmulas de contratación on line de servicios turísticos: subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad* (coord. Paniza Fullana, A.), Granada, Comares, 2013, pp. 49-78.

BENAVIDES VELASCO, P., “La obligación de las agencias de viaje de prestar las garantías contempladas en la Directiva de viajes combinados”, *International Journal of Scientific Management and Tourism*, 2018, pp. 93-114. Disponible en <http://www.ijosmt.com/index.php/ijosmt/article/view/351>.

BERENGUER ALBALADEJO, C., “Luces y sombras de la nueva Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados”, *Internacional Journal of Scientific Management Tourism*, vol. 2, núm. 2, 2016, pp. 33-49. Disponible en <http://www.ijosmt.com/index.php/ijosmt/article/view/93>.

CAMACHO PEREIRA, CONSUELO: “La información precontractual en el ámbito de los viajes combinados tras la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 2016. Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/18464/15503>.

CAMARGO GÓMEZ, J.D., “Contratación electrónica de paquetes dinámicos de turismo en el ordenamiento jurídico español”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, pp. 95-125. Disponible en <https://revistas.usal.es/index.php/ais/issue/view/776>.

COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Adaptar la normativa europea sobre viajes combinados a la era digital”*, COM (2013) 513 final, Bruselas, 9 de julio de 2013. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0513&from=ES>.

- *Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on package travel and linked travel arrangements Workshop with Member States on 25 February 2015; Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on Package Travel and Linked Travel Arrangements Workshop with Member States on 13 June 2016; Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on Package Travel and Linked Travel Arrangements Workshop with*

*Member States on 25 October 2016; Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on Package Travel and Linked Travel Arrangements Workshop with Member States on 16 February 2017; Transposition of Directive (EU) No 2015/2302 on Package Travel and Linked Travel Arrangements Workshop with Member States on 18 May 2017. Documentos disponibles en [https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=35324](https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=35324).*

- Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las disposiciones de la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados que se aplican a reservas en línea efectuadas en diferentes puntos de venta [COM (2019) 270 final, Bruselas, 21.6. 2019]. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0270&from=ES>.*
- Commission Staff Working document accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the provisions of Directive (UE) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements applying to online bookings made at different point of sale [SWD (2019) 270 final, Brussels, 21.6.2019]. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/MT/TXT/?uri=CELEX:52019SC0270>.*

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, de 21 de diciembre de 2017 (IPN/CNMC/042/17). Disponible en [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1887234\\_5.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1887234_5.pdf).

DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *The Package Travel and Linked Travel Arrangements Regulations 2018. Guide for businesses*, United Kingdom, March, 2021. Disponible en [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/967428/package-travel-and-linked-travel-arrangements-regulations-2018.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/967428/package-travel-and-linked-travel-arrangements-regulations-2018.pdf).

EUROPEAN TECHNOLOGY AND TRAVEL SERVICES ASSOCIATION (ETTSA), *Industry Guidance EU Package Directive*, de 18 de junio de 2018. Disponible en <https://eutraveltech.eu/wp-content/uploads/2019/11/ETTSA-publishes-Industry-Guidance-for-compliance-with-EU-Package-Travel-Directive.pdf>.

FELIÚ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados [Directiva (UE) 2015/2301] Cuestiones de ley aplicable*, Madrid, Reus, 2018.

FELIÚ REY, M.I., “La información y publicidad en la Directiva 2015/2302 de viajes combinados y servicios de viaje vinculados: del folleto informativo al hipervínculo”, en *Turismo y daños* (coord. Mezzasoma, L. – Reyes López, M.J.), Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 45-72.

FERRER TAPIA, B., “Aspectos subjetivos de los paquetes dinámicos. La situación del consumidor”, en *Paquetes dinámicos: problemas y soluciones jurídicas desde una perspectiva internacional* (dir. Paniza Fullana, A.), Madrid, Dykinson, 2014 (edición digital), pp. 31-54.

GONZÁLEZ CABRERA, I., “¿Es necesaria una regulación única y autónoma de las centrales de reserva para una mejor protección del consumidor o configurarlas como agencias de viajes?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1, 2015, pp. 207-210;

- “¿Estamos ante el mismo producto si se adquiere en línea un viaje combinado o distintos servicios de viaje vinculados?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3, 2016, pp. 139-144;
- “Medidas de protección del consumidor frente a la insolvencia de los operadores turísticos: seguros, fianzas y otras garantías”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 152, 2018 (edición digital);
- “El contrato de viaje combinado y los paquetes dinámicos (servicios de viaje vinculados)”, en *Manual de contratación turística* (dir. Franch Fluxá, J.), Barcelona, Atelier, 2019, pp. 125-155; “La escasa protección del turista en el ámbito de La Unión Europea: al hilo de la insolvencia de Thomas Cook”, *Diario La Ley*, núm. 9502, 2019 (edición digital).

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.B., “Redefiniciones y armonización en materia de viajes combinados”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 297, 2019 (edición digital).

LONDON ECONOMICS, *Study on Consumer Detriment in the area of Dynamic Packages*. Final report to the European Commission – Health and Consumers DG, November 2009. Disponible en <https://le-europe.eu/publication/study-on-consumer-detriment-in-the-area-of-dynamic-packages/>.

MARCO ARCALÁ, L.A., “La nueva regulación de las garantías en los viajes combinados y en los servicios de viaje vinculados”, en *El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 (edición digital), pp. 217-275;

- “La regulación de los servicios de viaje vinculados. La prescripción de las reclamaciones y el régimen sancionador”, en *El nuevo régimen de los viajes combinados*

*y servicios de viaje vinculados en el Derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 (edición digital), pp. 277-318.

MÁRQUEZ LOBILLO, P., “El consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 282, 2011, pp. 187-208.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Impacto sobre la protección del consumidor de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifican el reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la directiva 90/314/CEE”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2014 (edición digital);

- “La reforma del régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados”, *LA LEY mercantil*, núm. 55, 2019 (edición digital);
- “El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados: una de cal y otra de arena”, *Centro de Estudios de Consumo*, enero 2019, pp. 1-60. Disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>.

MARTÍNEZ NADAL, A., “Las centrales electrónicas de reservas turísticas: breves consideraciones acerca de su naturaleza y régimen jurídico”, en *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. H.c. José Antonio Gómez Segade* (coord. Tobío Rivas, A.M.), Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 967-984.

PANIZA FULLANA, A., “Nuevas tecnologías aplicadas al turismo y sus consecuencias jurídicas: los paquetes dinámicos”, en *Paquetes dinámicos: problemas y soluciones jurídicas desde una perspectiva internacional* (dir. Paniza Fullana, A.), Madrid, Dykinson, 2014 (edición digital), pp. 13-29; *Viajes combinados y servicios de viaje vinculados: replanteamiento de conceptos y sus consecuencias sobre la responsabilidad*, Madrid, Dykinson, 2017.

PEINADO GRACIA, J.I., “La protección del pasajero en el contrato de viaje combinado y en la prestación de servicios asistidos de viaje: la responsabilidad del transportista aéreo y de los operadores turísticos”, en *La responsabilidad del transportista aéreo y la protección de los pasajeros* (dir. Guerrero Lebrón, M.J.), Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 513-560.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La transparencia e información en los contratos turísticos: viajes combinados y servicios de viaje vinculados”, en *Turismo y daños* (coord. Mezzasoma, L. – Reyes López, M.J.), Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 245-256.

ZUBIRI DE SALINAS, M., “Conceptos clave y responsabilidad en la nueva regulación de los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados”, *Revista europea de derecho de*

*la navegación marítima y aeronáutica*, núm. 34, 2017 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6450006>);

- “La reforma de la LGDCU para adaptar el Derecho español a la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados”, en *El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 (edición digital), pp. 25-54;
- “Los nuevos conceptos en materia de viajes combinados y servicios de viaje vinculados”, en *El nuevo régimen de los viajes combinados y servicios de viaje vinculados en el Derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 (edición digital), pp. 55-95.



# **La reclamación extrajudicial de daños por conductas contrarias a la libre competencia: ventajas e inconvenientes de la mediación**

*The extrajudicial claim for damages for antitrust practice: advantages and disadvantages of mediation*

**LETICIA FONTESTAD PORTALÉS\***

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Málaga (España)

lfp@uma.es

 <https://orcid.org/0000-0001-5382-7990>

**Resumen:** En este trabajo de investigación se ofrece una visión crítica de la mediación como método extrajudicial para la reclamación de los daños y perjuicios derivados de conductas contrarias a la libre competencia. Es relativamente reciente la posibilidad de que los perjudicados puedan reclamar, en lo que la doctrina denomina la aplicación privada del derecho de la competencia, los daños y perjuicios derivados de una conducta anticompetitiva mediante el ejercicio de la civil. Sin embargo, aunque la doctrina se congratula por el reconocimiento del ejercicio de la acción civil de los justiciables ante la práctica antitrust, no son pocos los problemas que conlleva la eficacia de las resoluciones administrativas en el posterior proceso civil. Por otro lado, aun cuando nos encontramos en un momento en el que el legislador se plantea adoptar una serie de medidas para impulsar la mediación como método adecuado de solución de conflictos, tanto en general como en el ámbito del derecho de la competencia, nos planteamos las ventajas y posibles inconvenientes de esta herramienta procesal en este concreto ámbito del derecho.

**Abstract:** *In our research, a critical view of mediation is offered as an extrajudicial method for the complaint of damage and damage derived from antitrust practices. It is relatively recent the possibility*

---

Recepción: 27/03/2021

Aceptación: 05/05/2021

Cómo citar este trabajo: FONTESTAD PORTALÉS, Leticia, “La reclamación extrajudicial de daños por conductas contrarias a la libre competencia: ventajas e inconvenientes de la mediación”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 141-170, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.6>

\* Consejera Académica GUERRERO ABOGADO.

*that those affected may complain, whereas the doctrine calls the private application of the competence, the damage and damage derived from an antitrust practice. However, even the doctrine congratulates itself for recognizing the civil action of the judgments against the antitrust practice, in the light of the problems that will make the effectiveness of the administrative resolutions in the subsequent exercise of the civil action. On the other hand, while we are at one moment in which the legislator plans to adopt a series of measures to encourage mediation as a suitable method for resolving conflicts, we reflect about the benefits and possible inconveniences of this procedural method in the context antitrust law.*

**Palabras clave:** Mediación, Derecho de la competencia, aplicación privada del derecho de la competencia, acciones de tipo consecutivo o de seguimiento, acciones individuales o previas, reclamaciones por daños causados por los carteles.

**Key words:** *Mediation, Antitrust law, Private enforcement, Follow on y stand alone actions.*

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PROCESO CIVIL PARA LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS Y LA EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE LA COMPETENCIA. 3. LA MEDIACIÓN PARA LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA: 3.1. Planteamiento de la cuestión. 3.2. Ventajas e inconvenientes de la mediación en el ejercicio de la acción civil por prácticas antitrust. 3.3. Efectos del acuerdo de mediación. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

A la vista de los medios que el legislador pone a disposición del justiciable para solicitar tutela jurisdiccional por conductas anticompetitivas, para una mejor comprensión del tema central de nuestro estudio, comenzaremos por ofrecer en unas breves líneas nuestra visión crítica de la denominada aplicación privada del derecho de la competencia y la controvertida vinculación de las resoluciones de las autoridades administrativas de la competencia, tanto española como europea, en el posible posterior proceso civil por daños.

La posibilidad de que el perjudicado por conductas anticompetitivas pueda solicitar tutela jurisdiccional, en el conocido como proceso por daños derivados de la práctica *antitrust*, se encuentra totalmente asentada hoy en día tanto desde un punto de vista teórico como práctico. Ello se refleja, por un lado, en el reconocimiento del principio de la plena compensación como uno de los pilares de la aplicación privada del derecho de la competencia en la Unión Europea por la Directiva 2014/104/UE<sup>1</sup> y, por otro, en el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de

---

\* Esta contribución científica es resultado de la estancia de investigación en la Università degli Studi di Napoli Parthenope subvencionada por el Plan Propio de Investigación de la Universidad de Málaga y se realiza en el marco del Proyecto Nacional de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad “Mecanismos de

las Comunidades Europeas, en adelante TJCE, hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), reconociendo el derecho de todo perjudicado a reclamar una indemnización por los daños sufridos por vulneración de las normas sobre competencia<sup>2</sup>.

En relación con el ejercicio de la acción civil por daños en el ámbito del derecho de la competencia, no solo nos congratulamos lógicamente por el hecho que el perjudicado pueda reclamar los daños sufridos por una conducta anticompetitiva, sino también porque en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia<sup>3</sup>, en adelante LDC, se elimina la exigencia de una declaración administrativa previa que constate la existencia de la infracción, por lo que el perjudicado por este tipo de conductas ya no debe esperar, como ocurría anteriormente, a que, el entonces denominado Tribunal de Defensa de la Competencia, declarara la existencia de la infracción de las normas sobre competencia en el procedimiento administrativo sancionador<sup>4</sup>.

En esta mal llamada, desde nuestro punto de vista, aplicación privada del derecho de la competencia, y en consonancia con el espíritu de la Unión Europea de reimplantar la mediación<sup>5</sup> en los actuales sistemas de justicia europeos, se impulsa, tanto al infractor del derecho de la competencia como al que se ha visto perjudicado por dicha infracción, a solucionar el conflicto mediante los métodos extrajudiciales de solución de conflictos<sup>6</sup>.

---

cooperación para una aplicación más eficiente del Derecho y la Política de la Competencia en Europa” (EuroCoopComp DER2017-84414-P), siendo el Dr. OLMEDO PERALTA Investigador Principal.

<sup>1</sup> Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOUE L 349 de 5 de diciembre de 2014). *Vid.* DIEZ ESTELLA, F., y DE PRADA RODRIGUEZ, M., “Acciones de reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust: principales problemáticas sustantivas y procesales”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2019 (BIB 2019/1450), pág. 2.

<sup>2</sup> Aunque el principio del resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de las conductas dolosas y culposas previsto en nuestro Código Civil (artículos 1101 y ss, por un lado, y 1902 por otro) se asienta con carácter general en nuestro sistema de responsabilidad civil, el TJCE, se ha visto obligado a realizar las aclaraciones pertinentes en los conocidos Asunto Courage & Crehan y Asuntos acumulados Manfredi. *Vid.* Sentencias de 20 de septiembre de 2001 [C-453/99]. ECLI:EU:C:2001:465) y de 13 de julio de 2006 (C-295/04 a C-298/04. ECLI:EU:C:2006:461), respectivamente.

<sup>3</sup> BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.

<sup>4</sup> La actual LDC ya no exige al perjudicado el requisito de la resolución administrativa previa y, para la adaptación a lo establecido en el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, también fue objeto de nuestra LEC (*Vid.* Artículo 15 bis, 212.3, 404, 434.3 y 461.5).

<sup>5</sup> Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE de 7 de julio de 2012).

<sup>6</sup> *Vid.* Capítulo VI Directiva 2014/104/UE en el que, en relación con este tipo de mecanismos para la resolución de conflictos, se hace referencia, entre otros, a los acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez puede declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación. Para que dichos mecanismos abarquen al mayor número de perjudicados e infractores posibles dentro de lo establecido por la ley, la citada directiva prevé un capítulo dedicado a estos mecanismos con el fin de facilitar que las partes resuelvan el conflicto al margen de la jurisdicción y aumentar, al mismo tiempo, su eficacia.

No entramos en la discusión que divide a la doctrina sobre si el arbitraje debe incluirse o no entre los métodos alternativos de resolución extrajudicial de conflictos o *ADR*<sup>7</sup> pues en este trabajo de investigación, reflexionaremos sobre la eficacia de la mediación, en particular, frente al tradicional proceso declarativo ordinario para la reclamación de daños y perjuicios derivados de una conducta anticompetitiva.

En este punto, consideramos que no podemos sino comenzar por recapacitar sobre las consecuencias que para el infractor del derecho de la competencia prevé la normativa, es decir, debemos determinar a qué se enfrenta el infractor por su conducta anticompetitiva y cuáles son los beneficios que le reportaría alcanzar un acuerdo con la víctima de la conducta *antitrust* a través de la mediación para evitar la reclamación en vía jurisdiccional o, por supuesto, para poner fin al proceso civil por daños que ya se hubiera iniciado. En definitiva, analizaremos cuáles son los beneficios de una solución consensuada por las partes frente al ejercicio de la acción civil por daños en el derecho de la competencia.

La citada Directiva 2014/104/UE impulsa, en general, el empleo de los métodos de resolución de conflictos como alternativa a la jurisdicción en el derecho de la competencia, pero, sin embargo, obliga a los Estados miembros a reconocer el efecto vinculante de las resoluciones de los órganos administrativos de la competencia, tal y como también prevé, el artículo 16 del Reglamento 1/2003<sup>8</sup>. Este reconocimiento del efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades administrativas nacionales de la competencia en la posterior aplicación privada del derecho de la competencia no deja de sorprender dado que, desde nuestro modesto punto de vista, se podría convertir en un obstáculo para lograr el triunfo de estos métodos extrajudiciales en el ámbito del derecho de la competencia al que aspira la propia UE. El impulso que el legislador comunitario pretende dar a la mediación se puede ver entorpecido, precisamente, por la propia imposición de la norma comunitaria al reconocimiento del efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades administrativas de la competencia.

No obstante, como veremos más adelante, por un lado, no todo son inconvenientes en cuanto a la posibilidad de que las partes acudan a la mediación para determinar la cuantía de la indemnización por los daños y perjuicios causados a la víctima por la conducta anticompetitiva pues, la citada directiva, reconoce una serie de beneficios para el infractor que alcance una solución consensuada con la víctima de la infracción. Por otro lado, la vinculación de las resoluciones administrativas en el posterior proceso civil tampoco será el único motivo que pueda llegar a desincentivar a las partes a negociar dicha indemnización, al margen de un proceso judicial, en un procedimiento de mediación.

---

<sup>7</sup> Alternative Dispute Resolution.

<sup>8</sup> Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOCE L 001 de 4 de enero de 2003).

## 2.- EL PROCESO CIVIL PARA LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS Y LA EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE LA COMPETENCIA.

Sin entrar en el análisis de la controvertida aplicación pública y privada del derecho de la competencia<sup>9</sup>, en este apartado, haremos referencia a ambas vertientes al objeto de determinar cuál sea la eficacia de las resoluciones de las autoridades administrativas de la competencia, en el ámbito de la Unión Europea y nacional, en relación con el ejercicio de la acción civil en reclamación de los daños y perjuicios por conductas anticompetitivas. Se trata, por tanto, de analizar cuáles son los efectos de un procedimiento administrativo sancionador iniciado como consecuencia de la denuncia de una infracción del derecho de la competencia teniendo en cuenta que éste puede ser anterior o simultáneo al desarrollo de un proceso civil en reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por la misma conducta anticompetitiva objeto de debate en el mencionado proceso administrativo.

Nos encontramos ante una cuestión ciertamente controvertida, tanto desde un punto doctrinal como jurisprudencial, como ahora tendremos ocasión de comprobar, pues, desde que se regula la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios a través de un proceso civil, tanto con carácter previo como coetáneo al proceso administrativo sancionador, junto con el reconocimiento del efecto vinculante de las resoluciones administrativas de las autoridades de la competencia en el posterior proceso civil, la concurrencia de la aplicación pública y privada del derecho de la competencia genera indiscutiblemente numerosas dudas desde el punto de vista procesal. Al margen, además, de la controvertida doble vertiente en la aplicación del Derecho de la competencia, *public* y *private enforcement*<sup>10</sup>, en lo que a nosotros nos interesa, esto es, la eficacia de la mediación para lograr un acuerdo entre el infractor de las normas sobre la competencia y los perjudicados, nos vemos obligados, sin duda, a reflexionar acerca de la posible repercusión de este efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades administrativas de la competencia en relación con los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos en el ámbito del derecho de la competencia y, concretamente, en relación con la mediación.

---

<sup>9</sup> Baste recordar, en este momento, lo inadecuado de esta expresión como pone de manifiesto TORRE SUSTAETA, V., “El derecho de la competencia y la articulación de sus vías de tutela: sobre la vinculación de la resolución judicial a la administrativa”, en *LA LEY mercantil*, Nº 10, Sección Competencia y distribución, enero 2015, pág. 2 (LA LEY 628/2015) y a cuya afirmación nos hemos adherido ya con anterioridad en FONTESTAD PORTALÉS, L., “La independencia judicial en el derecho de la competencia”, en *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la competencia en la Unión Europea y España* (Coord. Eugenio Olmedo Peralta), Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2019.

<sup>10</sup> En opinión de TORRES SUSTAETA, la traducción literal de estas expresiones anglosajonas nos conduce a un error de base y, por tanto, de perspectiva o enfoque de la cuestión. *Vid.* TORRE SUSTAETA, V., “El derecho de la competencia y la articulación de sus vías de tutela: sobre la vinculación de la resolución judicial a la administrativa”, en *LA LEY mercantil*, Nº 10, Sección Competencia y distribución, enero 2015, pág. 2 (LA LEY 628/2015), pág. 1.

Tampoco podemos dejar de lado que, en aplicación de esa denominada vertiente privada del Derecho de la competencia, el legislador comunitario se inclina por el ejercicio de las acciones conocidas en el mundo anglosajón como *follow on actions*<sup>11</sup>, sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio individual de las acciones por daños derivados de la conducta anticompetitiva o *stand alone*<sup>12</sup> que, a diferencia de las anteriores, se inician con carácter previo o simultáneo al proceso administrativo sancionador<sup>13</sup> ante las autoridades de la competencia, europea o nacional, es decir, ante la Comisión Europea, en adelante CE, o la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en adelante CNMC, respectivamente.

Resulta evidente que corresponde al Estado preservar la libre competencia y el mercado, correspondiendo a las autoridades administrativas velar por el respeto de las normas que regulan el derecho de la competencia. Sin embargo, no es el estudio de estos procedimientos administrativos sancionadores que suponen la aplicación pública del derecho de la competencia, ni los procesos civiles por daños derivados de la conducta anticompetitiva<sup>14</sup> lo que nos interesa desde un punto de vista procesal, sino la relación que existe entre ambas resoluciones, administrativa una y judicial otra, no ya al efecto de cuestionarnos la controvertida vinculación de la primera sobre la segunda en función de lo establecido en el artículo 16 del citado Reglamento 1/2003<sup>15</sup>, sino en relación con la posibilidad de alcanzar una resolución consensuada entre infractor y víctima de una conducta *antitrust*.

---

<sup>11</sup> Este tipo de acciones permite al perjudicado por una infracción de las normas de la competencia, interponer la correspondiente acción civil para la reclamación de los daños y perjuicios derivados de dicha conducta contraria a la libre competencia tras el desarrollo del procedimiento sancionador administrativo. Como reconoce ZURIMENDI, este tipo de acciones serán las que se ejerciten para la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por un cártel por las dificultades que conlleva la determinación de las personas perjudicadas y la dificultad de poder probar la existencia del propio cártel. *Vid. ZURIMENDI ISLA, A., “La reclamación de los daños y perjuicios derivados de ilícitos anticoncurrenceales”, Revista de Derecho Mercantil* núm. 306/2017 (BIB 2017/43187), pág. 11 y para analizar cuáles son esos inconvenientes *Vid. pp. 13-22.*

<sup>12</sup> En este tipo de acciones entrarían las acciones civiles donde se discute la validez de una cláusula contractual por ser contraria al Derecho de Competencia y, en consecuencia, la posible indemnización por daños al perjudicado. Este tipo de reclamaciones en vía jurisdiccional civil, como afirma ZURIMENDI, no plantea especiales dificultades y, además, se han visto beneficiadas con la eliminación, como requisito previo, de la declaración administrativa constatando la infracción. *Vid. ZURIMENDI ISLA, A., “La reclamación de los daños y perjuicios derivados de ilícitos anticoncurrenceales”, op.cit., pág. 10.*

<sup>13</sup> Solo debemos recordar que con la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia no existía este tipo de acciones al exigir, el derogado artículo 13.2, como requisito de procedibilidad para el ejercicio de acciones de naturaleza indemnizatoria un pronunciamiento previo, administrativo o judicial. Requisito que, como sabemos, desaparece con la nueva LDC (*Vid. Disposición derogatoria de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*).

<sup>14</sup> Para un análisis de la normativa sobre Derecho de la competencia y la práctica de nuestros tribunales antes de la Directiva 2014/104 *Vid. MARCOS FERNÁNDEZ, F., “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los jueces y tribunales españoles” (Private Enforcement of Competition Laws in Spain), en Instituto de Empresa Business School Working Paper*, núm. AJ8-212, 1 de abril de 2014, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2437941>.

<sup>15</sup> En lo que se refiere a la vinculación de la decisión de la Comisión Europea en el posterior proceso civil. *Vid. artículos 75 LDC y 9 Directiva 2014 en relación con la vinculación de las resoluciones firmes de la autoridad nacional de la competencia condenando al infractor por vulneración del derecho de la competencia. Los artículos*

Es cierto que, aun cuando no es el momento de analizar la aplicación privada del derecho de la competencia al objeto de nuestro trabajo, resulta sin duda alguna relevante determinar el tipo de acción ejercitada por el perjudicado por una conducta *antitrust* dado que de ello dependerá la conclusión a la que lleguemos en cuanto a los posibles beneficios de acudir a un procedimiento de mediación pues, en definitiva, la eficacia de los métodos alternativos a la jurisdicción podría depender de ello. Así, no nos cabe duda de que el interés de las partes, en este tipo de conflictos, en acudir a la mediación variará en función del momento en el que la víctima pretenda ejercer o haya ejercitado la acción civil por daños o, lo que es lo mismo, variará en función de que nos encontremos ante *follow on actions*<sup>16</sup>, esto es, acciones de tipo consecutivo o de seguimiento o, por el contrario, estemos ante la posibilidad de que el perjudicado ejerza una acción previa o *stand alone*. En las primeras, como todos sabemos, el perjudicado interpone la demanda para la reclamación de los daños por conductas anticompetitivas una vez que ya ha finalizado el procedimiento sancionador administrativo decidiendo acerca de la posible existencia de la conducta *antitrust*<sup>17</sup>. Este tipo de acciones son las más frecuentes en la actualidad, sobre todo teniendo en cuenta el efecto vinculante de las resoluciones administrativas en los procedimientos sancionadores para el tribunal competente en el posterior proceso civil<sup>18</sup> dado que, la constatación del ilícito anticompetitivo por la Comisión Europea, es “irrefutable” en relación con el posterior ejercicio de la acción por daños ejercitada en el proceso civil. Son también las más habituales para las reclamaciones judiciales a un cártel ante la existencia de pactos colusorios. Las acciones *stand alone*, por el contrario, suponen el inicio del proceso civil sin previa declaración de la ilicitud de la conducta. Para las reclamaciones judiciales a los cárteles, por seguir con el ejemplo anterior, el demandante, en

10 Directiva 2014/104/UE y 74 LDC determinan el plazo de prescripción de la acción civil de daños derivada de la infracción del derecho de la competencia.

<sup>16</sup> Para el estudio de las acciones *follow on* resultan de imprescindible lectura la obra de CALVO CARAVACA, A.L. et al., *Acciones Follow on. Reclamación de Daños por Infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019. Asimismo, sobre las demandas *derivadas (follow on)* y demandas *originarias (Stand alone)* *Vid.* ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho Interno”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid 2015, pág. 1121. Sobre la última jurisprudencia en España sobre este tipo de acciones *Vid.* PASTOR MARTÍNEZ, E., “Acciones “follow on”: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 317, 2020.

<sup>17</sup> Como reconoce ZURIMENDI, este tipo de acciones serán las que se ejerciten para la reclamación de los daños y perjuicios derivados de un cártel, tanto por las dificultades que conlleva la determinación de las personas perjudicadas como por la dificultad de probar la existencia del propio cártel, por lo que precisamente en este tipo de acciones de reclamación de daños se partirá de la información obtenida por la autoridad de la competencia que, según este autor, presenta más amplias facultades de inspección e investigación que las propias autoridades jurisdiccionales civiles. *Vid.* ZURIMENDI ISLA, A., “La reclamación de los daños y perjuicios derivados de ilícitos anticoncurrenceales”, *op.cit.*, pág. 11. Sobre las facultades de la Comisión Europea en materia de inspección *Vid.* artículos 20 y 21 del Reglamento 1/2003 y STJE de 16 de julio de 2020 en el asunto C-606/18 P (ECLI:EU:C:2020:571).

<sup>18</sup> Así lo reconoce el artículo 9 de la citada Directiva 2014/104 que, a su vez, trae como consecuencia la publicación del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, de transposición de las directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE núm. 126 de 27 mayo de 2017).

este tipo de procesos, tendría que acreditar ante el juez la existencia del pacto colusorio<sup>19</sup>, motivo por el cual este tipo de acciones no son las más frecuentes para la determinación de la existencia de un cártel<sup>20</sup>, aun cuando las medidas para la obtención de pruebas que incorpora nuestra LEC, sin duda, faciliten al demandante la posibilidad de obtener las pruebas necesarias para probar tanto la existencia de la infracción como los daños que la misma le ha ocasionado<sup>21</sup>.

Concretamente, avanzamos que nuestra reflexión irá encaminada no tanto a analizar la posibilidad de acudir a la mediación para llegar a un acuerdo con el infractor en relación a los daños derivados de la conducta anticompetitiva, puesto que los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos en el derecho de la competencia están previstos en la normativa que regula esta materia<sup>22</sup>, como a analizar la posibilidad real de que al infractor y al perjudicado les pueda interesar llegar a un acuerdo de mediación teniendo en cuenta el efecto vinculante de las resoluciones de la CE y de la CNMC en el posible posterior proceso civil en reclamación de daños por conductas anticompetitivas que se trataría de evitar acudiendo a una mediación.

La Directiva 2014/104 prevé, además, que sean los Estados los que determinen en su derecho interno el régimen de aplicación a los métodos de solución extrajudicial de conflictos<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> *Vid.* Artículo 101 del TFUE y el Artículo 1 de la LDC según el cual “Cualquier conducta que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia”.

<sup>20</sup> CASADO NAVARRO, A., “Las acciones de daños stand-alone y su contribución a la eficacia del derecho de la competencia”, en *Revista La Ley mercantil*, núm. 70, junio 2020, pág 6.

<sup>21</sup> *Vid.* artículo 283 bis LEC. Sobre estos medios de prueba se puede consultar el trabajo de ALBA CLADERA sobre el acceso a las fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia. *Vid.* LÓPEZ SIMÓN, F., y ALBA CLADERA, F., “Disposiciones generales sobre la prueba en el proceso civil”, en *La prueba en el proceso civil*, Banacloche Palao, J., (coord.), Ed. La Ley, Madrid 2019.

<sup>22</sup> *Vid.* PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., “Soluciones extrajudiciales en las reclamaciones de daños por infracción de competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 16, 1 de enero de 2015, pág.2 y sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos en general *Vid.* BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999. Asimismo, sobre la posibilidad de acudir a la mediación en un proceso contencioso-administrativo es de innegable relevancia la obra de MARTIN DIZ, F., *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2018 y “Litigios contencioso-administrativos y mediación intrajudicial: ámbito de aplicación”, en *A mediação administrativa: contributos sobre as (im)posibilidades*, coord. por Isabel Celeste Monteiro Fonseca, 2019, pp. 277-298.

<sup>23</sup> La Directiva hace referencia a la suspensión de los plazos de prescripción para el ejercicio de la acción civil por daños y perjuicios si el perjudicado y el infractor han iniciado un proceso de resolución extrajudicial; también se prevé la suspensión del procedimiento en curso mientras se esté tramitando el proceso de resolución extrajudicial de conflictos, así como una serie de beneficios para los infractores que participen en este tipo de procedimientos como, por ejemplo, una deducción de la cuota del perjuicio que se le pudiera imponer al infractor o la complicada regulación del régimen aplicable en el supuesto de responsabilidades conjuntas y solidarias para el supuesto del infractor que ya ha abonado los daños y perjuicios al perjudicado como consecuencia de un proceso de resolución extrajudicial mientras que sus co infractores han resultado condenados al pago de daños y perjuicios. En relación con la prescripción, precisamente, se modifica el apartado 3 del artículo 68 y se añade un nuevo apartado 4 al artículo 68 por el Artículo primero, apartado dieciséis, del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los

Aun cuando, atendiendo al tema central de nuestro trabajo, no analicemos el régimen de intercambio de información entre las autoridades administrativas y jurisdiccionales, queremos poner de manifiesto la diferente regulación sobre el intercambio de información en la normativa europea sobre competencia<sup>24</sup> en función de qué autoridad solicite dicha información pues, mientras que la autoridad administrativa puede obtener del tribunal toda la documentación que considere necesaria<sup>25</sup> para decidir acerca de la conducta anticompetitiva, sin embargo, no podrá compartir toda la información con el órgano jurisdiccional, por ejemplo, en los programas de clemencia<sup>26</sup>. Así, el artículo 6.6 de la Directiva, al igual que nuestra LEC<sup>27</sup>, regula un riguroso régimen de exhibición de medios de prueba exigiendo a los Estados miembros que garanticen que los tribunales nacionales no podrán ordenar la exhibición, a una parte o a un tercero, de las declaraciones corporativas en el marco de un programa de clemencia<sup>28</sup>, así como de las solicitudes de transacción<sup>29</sup>. Esta prohibición se hace más notable, lógicamente, al hilo del ejercicio de acciones *follow on*, o de seguimiento, ya que, por un lado, si el procedimiento administrativo no ha finalizado no se puede ordenar la exhibición de determinadas pruebas obtenidas en el mismo<sup>30</sup> y, por otro, no se puede ordenar ni la exhibición de las declaraciones

---

consumidores de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 101, de 28 de abril 2021) que, en atención a lo previsto en la Disposición final octava, entró en vigor el pasado 29 de abril.

<sup>24</sup> En este sentido, ZURIMENDI pone de relieve que los Asuntos *Pfeiderer y Donau* pusieron en riesgo la eficacia de los programas de clemencia y tras la decisión del TJUE resolviendo las cuestiones prejudiciales sobre el posible acceso a las informaciones y documentación obtenida en programas de clemencia o de terminación convencional en un proceso civil de reclamación daños remitiendo al derecho nacional de cada Estado miembro pero garantizando que éste no hiciera imposible el acceso a documentos de clemencia, el legislador comunitario aprobó la Directiva. *Cfr. ZURIMENDI ISLA, A., “La reclamación de los daños y perjuicios derivados de ilícitos anticoncurrenciales”, op. cit., pp. 8 y 9.* En relación a la limitación a los datos que constan en estos expedientes administrativos, continúa este autor (pág. 17) considera que efectivamente mantener dicha limitación supone reducir las opciones de éxito de la demanda civil pero, al mismo tiempo, no mantenerla produciría un efecto disuasorio a participar en dichos programas si la información que voluntariamente se ofrece en los mismos para obtener una reducción en la sanción administrativa, es la que sirve para condenarle por conducta anticompetitiva a daños y perjuicios en un posterior proceso civil.

<sup>25</sup> *Vid. artículo 15.3 in fine* Reglamento 1/2003.

<sup>26</sup> *Vid. artículo 15 bis 1 LEC*, así como las limitaciones previstas artículo 6.6 a) Directiva 104/2014 y los artículos 65 y 66 LDC, así como la *Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia* (BOE de 16 agosto de 2013).

<sup>27</sup> Artículo 283 bis i). Exhibición de las pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia donde en el apartado 6 se regula en relación con estos programas de clemencia y las solicitudes de transacción.

<sup>28</sup> Artículo 2, 16 de la Directiva 104/2014.

<sup>29</sup> Artículo 2, 18 de la Directiva 104/2014. *HERRERO SUAREZ* afirma que, precisamente, ésta ha sido la preocupación del legislador comunitario puesto “... que más que en incentivar realmente la aplicación privada del Derecho de la competencia en Europa, la Comisión está más interesada en asegurar una protección efectiva de los programas de clemencia”. *Cfr. HERRERO SUÁREZ, C., “La transposición en España de la directiva de daños antitrust”, en Cuadernos de Derecho Transnacional, volumen 8, núm. 1, 2016, pág. 8 y de la misma opinión SOPEÑA V., y MARTÍN G.A., “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida”, en Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución, núm. 16, 2016.*

<sup>30</sup> *Vid. Art. 6.5 de la Directiva 2014/104.*

obtenidas en el contexto de un programa de clemencia ni tampoco la de las solicitudes de transacción<sup>31</sup>.

Aunque esta prohibición podría resultar, a primera vista, desalentador para las reclamaciones de los daños y perjuicios en el posterior proceso civil por daños, no podemos olvidar que nos encontramos ante una práctica comercial de complicada averiguación si no es porque han sido descubiertas o conocidas, precisamente, por la autoridad de la competencia en el proceso administrativo sancionador, en muchos más supuestos de los que sería deseable, como consecuencia de los programas de clemencia o terminación convencional<sup>32</sup>. Como consecuencia, eliminar dichas limitaciones al acceso de datos de este tipo de expedientes administrativos supondría el desconocimiento de la existencia de dichos cárteles y, por tanto, convertiría prácticamente en una opción inviable el proceso civil para la reclamación por los daños derivados de dichas conductas colusorias o llegar a un acuerdo de mediación, en su caso. Como consecuencia, tal y como se expone en el Considerando número 26 de la misma<sup>33</sup>, los artículos 6.6 y 7.1 de la Directiva 104/2014 impiden la exhibición de las declaraciones resultantes de un programa de clemencia y de solicitudes de transacción.

### **3.- LA MEDIACIÓN PARA LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

#### **3.1. Planteamiento de la cuestión**

Debemos comenzar reconociendo que, a primera vista, las reclamaciones judiciales tanto a través del ejercicio de las acciones *follow on* como de las acciones *stand alone* presentan problemas suficientes como para incentivar el uso de la mediación en la resolución de conflictos

---

<sup>31</sup> *Vid.* Art. 6.6 de la Directiva 104/2014.

<sup>32</sup> Sobre la terminación convencional en el Derecho de la competencia resulta imprescindible la lectura de OLMEDO PERALTA, E., *Las decisiones de compromisos (commitment decisions) y la terminación convencional de los procedimientos en el Derecho de la Competencia europeo y español*, Aranzadi, 2020.

<sup>33</sup> La protección a los participantes en estos programas de clemencia o solicitudes de transacción por parte del legislador comunitario va incluso más allá en la regulación del régimen de responsabilidad conjunta y solidaria previsto en el artículo 11 de la Directiva 104/2014 cuando, en el apartado 4, excluye del mismo a los beneficiarios de este tipo de programas de colaboración con las autoridades administrativas de la competencia excepto frente a sus compradores o proveedores directos o indirectos, de tal manera que frente al resto de perjudicados prevé un régimen de responsabilidad subsidiaria, ya que responden, exclusivamente, cuando no han logrado un resarcimiento pleno por parte del resto de los cartelistas. En relación con las transacciones en el derecho de la competencia tras la transposición de la Directiva ECN+ resulta de especial interés la obra de OLMEDO PERALTA, E., “Propuestas ante la futura regulación de las transacciones (settlements) en el derecho español de la competencia”, en *Técnicas cooperativas para la aplicación del derecho de la competencia en la Unión Europea y España*, (Coord. Eugenio Olmedo Peralta), Ed. Aranzadi, Pamplona 2019, pp. 143-189. Sobre la terminación convencional en el derecho de la competencia se puede consultar la obra de OLMEDO PERALTA, E., “El valor probatorio de las resoluciones de terminación convencional en procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia”, en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 24, 2019. Sobre la Directiva ECN+ resulta de interesante lectura BELTRÁN DE LUBIANO, J., “La Directiva ECN+”, en *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, núm. 51, 2019, pp. 78-82.

en el seno del derecho de la competencia. En relación con las primeras, por el efecto vinculante de las resoluciones administrativas que ponen fin al procedimiento sancionador en el posterior proceso civil para la reclamación de daños y, en relación con las acciones independientes o *stand alone*, como consecuencia de los problemas de coordinación entre los procedimientos administrativos sancionadores y los procesos judiciales civiles que se estuvieran tramitando, sobre todo, de forma simultánea<sup>34</sup>. Y todo ello dejando de lado la posible dilación en la tramitación del proceso civil como consecuencia de la posible interposición, en tiempo y forma, de la declinatoria<sup>35</sup> para impugnar la competencia objetiva de los tribunales civiles ante las dudas que, desde nuestro humilde punto de vista, equivocadamente, genera la atribución de la competencia objetiva para conocer de este tipo de procesos civiles a los juzgados de lo mercantil<sup>36</sup>. Dudas que suponemos que desaparecerán tras la reciente reforma de la Disposición adicional primera de la LDC que hace mención expresa a la competencia de estos órganos jurisdiccionales para “cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil

---

<sup>34</sup> Es la Disposición Adicional Primera de la LDC la que reconoce competencia a los Juzgados de lo Mercantil para conocer de los asuntos relativos a la aplicación de los artículos 1 y 2 de la mencionada LDC. Se elimina igualmente el requisito de la previa declaración administrativa firme como requisito de procedibilidad para el ejercicio de las acciones de daños que, como señalábamos anteriormente, exigía el artículo 13.2 de la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

<sup>35</sup> Artículo 63 a 65 LEC que regula la declinatoria como instrumento para impugnar la falta de jurisdicción y competencia.

<sup>36</sup> Artículo 86 ter 2 f) LOPJ reformado por la Disposición Adicional Primera de la LDC establece que “los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley”. A pesar de lo establecido en esta norma no nos encontramos, ni mucho menos, ante una cuestión específica en la doctrina ni en la jurisprudencia. Así, Vid. Auto de la AP de Madrid de 22 marzo de 2019 (Auto 97/2019. ECLI: ES: APM:2019: 1006) y el análisis del mismo que realiza GASCON INCHAUSTI, F., “A vueltas con la competencia objetiva para conocer de las acciones de daños por infracciones en materia de competencia”, en La Ley mercantil, núm. 60, julio de 2019 (LA LEY 8985/2019). Por su parte, DIEZ ESTELLA lleva a cabo un análisis de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de julio de 2017. Vid. DIEZ ESTELLA F., El triunfo de las acciones “stand-alone” en las reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust (Análisis de la SAP Madrid 3 de julio de 2017), en Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Anuario de Derecho de la Competencia 2018 (BIB 2018/10752), pp. 6-8. Vide. también GASCON INCHAUSTI, F., “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de Ley de transposición”, en Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2017), Vol. I, Núm. 1, pp. 129-131; DIEZ ESTELLA, F., y DE PRADA RODRIGUEZ, M., “Acciones de reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust: principales problemáticas sustantivas y procesales”, op.cit., pp. 3-10; BENAVIDES VELASCO, P., “Aplicación de las normas de defensa de la competencia por la jurisdicción ordinaria. La competencia atribuida a los juzgados de lo mercantil”, en Estudios de Derecho de la competencia, (coord. Manuel Pino Abad y Juan Ignacio Font Galán), Marcial Pons, Madrid 2005, pp. 273-286 y MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Primeras sentencias de las Audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones”, Revista de derecho de la competencia y la distribución, núm. 26, 2020. A favor también de la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil para conocer del ejercicio de las acciones civiles para la reclamación de los daños derivados de conductas anticompetitivas CASADO NAVARRO, A., “Las acciones de daños stand-alone y su contribución a la eficacia del derecho de la competencia”, op.cit., pág 3.

respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de esta ley y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”<sup>37</sup>.

Ya nos hemos pronunciado en otros trabajos anteriores acerca de la controvertida eficacia vinculante de las resoluciones de las autoridades administrativas de la competencia en el posterior proceso civil por daños<sup>38</sup>, razón que nos lleva a no reiterar nuestro estudio sobre esta materia que, además, excede en mucho del ámbito de nuestro estudio en este momento. Sin embargo, no podemos dejar de plantearnos las diferentes consecuencias de dicho efecto vinculante de las resoluciones administrativas sobre la decisión de acudir a la mediación como medio más adecuado para solucionar los conflictos entre infractor y perjudicado por una conducta anticompetitiva.

Es por ello por lo que nos sentimos en la obligación, al menos, de advertir que debemos partir de dos situaciones diferentes.

En primer lugar, el artículo 16 Reglamento 1/2003 prohíbe al juez nacional del posterior proceso civil contravenir las decisiones de la Comisión Europea resolviendo el procedimiento sancionador sobre acuerdos, decisiones o prácticas anticompetitivas. Este es, además, el criterio que ha seguido el TJUE en diversas sentencias<sup>39</sup>. Criterio que sigue, posteriormente, el legislador en la Directiva 2014/104/UE<sup>40</sup> y, como consecuencia, tras su transposición, nuestra LDC, como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad<sup>41</sup>. Sin embargo, en relación con lo

---

<sup>37</sup> Según determina el apartado dieciocho del Artículo primero, apartado dieciocho, del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia que modifica la Disposición adicional primera de la LDC.

<sup>38</sup> Se puede consultar nuestra opinión acerca de esta controvertida cuestión en FONTESTAD PORTALÉS, L., “La independencia judicial en el derecho de la competencia”, *op.cit.*, y FONTESTAD PORTALÉS, L., “La pretendida eficacia de cosa juzgada de las resoluciones administrativas en el Derecho de la Competencia a la luz del Reglamento (CE) 1/2003 y la Directiva 2014/104/UE”, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 26, enero-junio 2020.

<sup>39</sup> *Vid.* Sentencias del TJUE de 28 de febrero de 1991 (Asunto *Dilimitis* C-234/89) y de 14 de diciembre de 2000 (Asunto *Masterfoods Ltd y HB Ice Cream Ltd* C-344/98). Se recomienda la lectura de las obras SANCHO GARGALLO, I., “El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia”, en *Derecho europeo de la compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 194-197 y CALVO CARAVACA, A.L. y SUDEROW, J., “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7<sup>a</sup>, núm. 2, pp. 121-124 para un análisis más exhaustivo del Asunto *Masterfoods*.

<sup>40</sup> *Cfr.* Artículo 9.

<sup>41</sup> Debemos advertir que, en la propuesta del año 2015, la redacción del artículo 75.2 LDC daba el mismo tratamiento a las resoluciones con independencia del Estado miembro en el que se quisieran hacer valer. En este sentido, GASCON INCHAUSTI considera que la redacción dada a esta norma en la propuesta de 2015, siguiendo el modelo alemán, suponía una constatación del principio del reconocimiento mutuo y de la confianza en la actuación de las autoridades administrativas de competencia y los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros. GASCON INCHAUSTI, F., “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de Ley de transposición”, *op.cit.*, pág. 149. En este sentido, desde nuestro modesto punto de vista, habría que pararse a

previsto en el artículo 75 LDC debemos advertir que esta normativa no impide que el juez nacional, ante la ausencia de condena por la autoridad nacional de la competencia al declarar la inexistencia de la infracción, pueda condenar al demandado, en el posterior proceso civil, por considerar que su conducta es de carácter anticompetitivo<sup>42</sup>. Esta diferencia nos lleva a reconocer que el juez de lo mercantil, a efectos de determinar los posibles daños ocasionados por la conducta alegada por el demandante en el posterior proceso civil por daños, no podrá constatar la infracción si la CE ha declarado la inexistencia de la misma, pero, sin embargo, sí podría declarar la existencia de la infracción aun cuando existiera una resolución previa de la autoridad nacional de la competencia declarando la inexistencia de la misma.

En segundo lugar, tanto la Directiva 2014/104 como la LDC, declaran irrefutables las decisiones de las autoridades administrativas nacionales, es decir, las de la CNMC, declarando la existencia de la infracción de las normas de la competencia. En este sentido, y en función de lo previsto en el artículo 75 LDC, podemos afirmar, por un lado, que, lógicamente, las resoluciones nacionales, ya sean administrativas o judiciales, son vinculantes para el juez en un posterior proceso judicial por daños derivados de una conducta declarada previamente anticompetitiva. No cabe duda alguna que el juez civil está sometido al contenido de la resolución administrativa, y judicial, reconociendo la existencia de la infracción y, por tanto, no cabe prueba en contrario.

No obstante, en el apartado segundo de la citada norma, frente a estas mismas resoluciones administrativas o judiciales declarando la existencia de la infracción, si provienen de una autoridad u órgano jurisdiccional de otro país miembro de la Unión Europea, si admiten prueba en contrario, pudiéndose alegar y probar hechos nuevos que se desconocieran en el momento del proceso anterior.

Como consecuencia, en este último supuesto, debemos admitir que la fuerza probatoria de la resolución declarando la existencia de la infracción varía en función del Estado en el que se invoque puesto que, solo si se alega en el mismo Estado de donde emana la resolución, se le reconocerá el valor de prueba plena, no así cuando se alegue como prueba en un proceso que se esté tramitando en cualquier otro Estado de la Unión Europea.

---

reflexionar sobre el alcance del principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y la confianza entre los Estados miembros de la UE que se trata de aplicar a resoluciones administrativas. Esto es, una cosa es el reconocimiento de resoluciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea y otra muy distinta dotar de efecto de cosa juzgada a resoluciones que no son de carácter judicial reconociendo su eficacia vinculante en el posterior proceso civil por daños tramitado en otro Estado miembro. En contra, sin embargo, de dicha diferenciación *Vid. ZURIMENDI ISLA, A., “La reclamación de los daños y perjuicios derivados de ilícitos anticoncurrenciales”, op. cit., pág. 29.*

<sup>42</sup> En esta línea SANCHO GARGALLO, I., “El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia”, *op. cit.*, pág. 200.

Por otro lado, resulta de innegable relevancia advertir que el citado artículo 75 LDC atribuye fuerza vinculante a las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia y órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo declarando la existencia de la infracción cuando hayan alcanzado firmeza. Requisito que, sin embargo, no exige el Reglamento para las resoluciones de la CE.

### **3.2. Ventajas e inconvenientes de la mediación en el ejercicio de la acción civil por prácticas *antitrust***

Tras esta breve referencia a la posibilidad de reclamar en vía jurisdiccional civil los daños derivados de una conducta *antitrust* tanto, por un lado, con carácter previo o simultáneo al proceso administrativo sancionador como, por otro lado, tras la resolución de la autoridad administrativa de la competencia correspondiente reconociendo la existencia de la infracción, es el momento de entrar en el análisis de la mediación como método adecuado de solución de conflictos en el ámbito del derecho de la competencia pues, como advertimos al inicio, el momento en el que el perjudicado por la conducta anticompetitiva inicie el proceso civil en relación con la existencia o inexistencia de una declaración por parte de la CE o de la CNMC nos parece determinante para establecer si la mediación resulta, efectivamente, un instrumento beneficioso para las partes en este tipo de controversias.

No cabe duda de que la existencia de una resolución administrativa declarando la existencia de la infracción podría suponer un aliciente para el infractor, atendiendo al carácter vinculante para el juez en el posterior proceso civil, para intentar llegar a un acuerdo de mediación con el perjudicado en lo que a la cuantificación de los daños se refiere. Si el juez civil debe partir del reconocimiento de la infracción contenida en la resolución de la autoridad de la competencia, excepto que el infractor tenga interés en dilatar la cuantificación de los daños sin importarle la condena en costas, resultaría mucho más ventajoso, sin duda alguna, llegar a un acuerdo de mediación con el perjudicado por la conducta declarada anticompetitiva.

Asimismo, aun en el caso de que no existiera denuncia administrativa previa, al supuesto infractor podría interesarle igualmente llegar a un acuerdo de mediación con el perjudicado por la conducta anticompetitiva con el fin de evitar un proceso judicial en el que el juez de lo mercantil, para la determinación del daño, pudiera declarar la existencia del ilícito<sup>43</sup>. En este caso, el infractor se ahorraría los elevados costes económicos del proceso judicial<sup>44</sup> acudiendo

---

<sup>43</sup> *Vid.* Artículo 16.3 LDC sobre la Cooperación con los órganos jurisdiccionales (“Los autos de admisión a trámite de las demandas y las sentencias que se pronuncien en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia se comunicarán a la Comisión Nacional de la Competencia en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil...”).

<sup>44</sup> En contra de que estos sean precisamente los beneficios de métodos alternativos a la jurisdicción como la mediación y el arbitraje, por ejemplo, *Vid.* NIEVA FENOL, J., “Mediación y Arbitraje: ¿una ilusión decepcionante?”, en *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Ed. Dykinson, Madrid 2017, pp. 16-19.

a la mediación y, a su vez, el perjudicado recibiría, si llegan a un acuerdo, la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la conducta *antitrust* en un plazo más breve que si tramita su reclamación en vía judicial.

Ahora bien, las bondades evidentes que presenta en general la mediación no nos pueden llevar a dejar de lado la realidad que supone, en el ejercicio de estas acciones *stand alone* o acciones independientes que se caracterizan, por tanto, por la ausencia de sanción administrativa previa, la imposibilidad de llegar a un acuerdo en relación con la ilicitud de la condena. Efectivamente, el infractor podrá acudir a mediación en lo que al pago de la indemnización se refiere para beneficiarse de las ventajas que, en relación con la sanción administrativa y con el límite de su responsabilidad patrimonial, prevé el artículo 18 de la Directiva, pero teniendo en cuenta que nos encontramos ante normas de orden público y, por tanto, de carácter indisponible, la negociación solo podrá referirse a la cuantía de la indemnización<sup>45</sup>, en ningún caso en lo que se refiere a la declaración de ilicitud de la conducta<sup>46</sup>. La mediación<sup>47</sup>, aunque también la conciliación<sup>48</sup> y el arbitraje<sup>49</sup>, son instrumentos procesales que se aplican siempre, como de todos es sabido y así lo determina el artículo 19 LEC, sobre materias de naturaleza disponible<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> En el caso del arbitraje, por ejemplo, el laudo arbitral solo podría delimitar el alcance de los daños y perjuicios. Actualmente se reconoce la posibilidad de acudir al Arbitraje en el Derecho de la competencia a instancia de la propia Comisión Europea y bajo su control. Se prohíbe, en cambio, el arbitraje para los supuestos de abuso de posición dominante y para los acuerdos restrictivos de la Competencia. En este último, cabría un pronunciamiento sobre dichos actos restrictivos en un laudo sobre un contrato, pero el arbitraje se limitaría a las cuestiones mercantiles de dicho contrato. Resulta de especial interés en relación con el Derecho europeo de la competencia la obra de CALVO CARAVACA, A.L., y RODRIGUEZ RODRIGO, J., “Arbitraje y Derecho europeo de la Competencia: viejos problemas y nuevos dilemas”, en *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 53, Núm. 2 (2005), pp. 307-357.

<sup>46</sup> GIMENO RIBES afirma que en el caso de las acciones stand alone “Habida cuenta de la indisponibilidad de estos aspectos, resulta complicado aceptar su posible sometimiento a mediación”. Cfr. GIMENO RIBES, M., “Mediación en el ámbito del derecho de la competencia”, en *La mediación en asuntos mercantiles*, Boldó Roda, C., (coord.) y Andreu Martí, M., (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 196.

<sup>47</sup> Para un estudio pormenorizado del sistema de mediación y la conveniencia de su obligatoriedad en derecho privado resulta de obligada consulta las obras de MARTIN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2010 y “Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 137, 2019.

<sup>48</sup> Artículos 139 a 148 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE de 03 de Julio de 2015).

<sup>49</sup> Vid. Artículo 2.1 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309 de 26 de diciembre de 2003); artículos 5, 14 y 20 Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE núm. 134, de 05 de junio de 2013) y los artículos 8 y 9 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE núm. 209, de 31 de agosto de 2013).

<sup>50</sup> No nos referimos en este trabajo al resto de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, pero no queremos dejar de apuntar que se trata de mecanismos que permiten determinar el alcance de la indemnización, pero no permiten el debate sobre la licitud o ilicitud de la conducta razón por la cual habría que delimitar la eficacia de cada uno de estos mecanismos extrajudiciales puesto que no comparten una misma naturaleza jurídica. Los métodos heterocompositivos, como el arbitraje, suponen la imposición de la solución a las partes través del laudo dictado por el árbitro. Sin embargo, como todos sabemos, los demás métodos alternativos de resolución de

Otra realidad que no podemos dejar de lado cuando el perjudicado se plantea reclamar los daños y perjuicios con independencia del proceso administrativo sancionador es que el supuesto infractor, lógicamente, no ha sido denunciado ante las autoridades administrativas de la competencia, por lo que acudir a la mediación como método adecuado de solución de controversias, como los denomina el legislador en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia<sup>51</sup>, teniendo en cuenta que no existe sanción administrativa previa ni, por tanto, el incentivo de que la autoridad administrativa pudiera considerar este hecho como atenuante, le podría llevar a pensar que se está anticipando a una situación que podría no llegar a darse<sup>52</sup>.

Ahora bien, planteémoslo desde la perspectiva contraria, es decir, qué beneficios podrían obtener las partes, y más concretamente el infractor, acudiendo a la mediación para la determinación de los daños ocasionados por la conducta anticompetitiva una vez que la autoridad administrativa de la competencia ha resuelto sobre la posible infracción. No podemos olvidarnos, de ahí la breve referencia al comienzo de este trabajo y que hemos considerado necesario concretar en el apartado del planteamiento de la cuestión aun cuando pudiera parecer redundante o reiterativo, del hecho de que nos encontramos ante una situación en la que, sobre una misma conducta, se puede aplicar el derecho de la competencia de forma simultánea por la autoridad administrativa, europea o nacional, de la competencia y por el juez competente para conocer de la acción civil de indemnización por daños derivados del ilícito. Todo ello sin dejar

---

conflictos a los que hace referencia la citada Directiva son métodos autocompositivos y como tales no imponen la solución a las partes en conflictos, sino que serán ellas mismas las que logren la solución por sí mismas o con la intervención de un tercero imparcial que actúa *inter partes*. Partiendo, por tanto, de la propia naturaleza de cada uno de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, nos planteamos si, efectivamente, acudir al arbitraje para determinar la cuantía a la que asciende la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la conducta que ya ha sido administrativamente declarada como anticompetitiva supone alguna ventaja para el infractor diferente, lógicamente, a las ventajas generales del arbitraje como es, por un lado, el ahorro de tiempo y dinero en comparación con la duración y costes económicos del proceso jurisdiccional y, por otro, que la solución viene impuesta por expertos en el materia. Es más, los beneficios a los que hace referencia el artículo 19 de la Directiva cuando las partes llegan a una solución consensuada no parece que se puedan aplicar al arbitraje puesto que no existe una solución consensuada entre las partes, sino que la misma les viene impuesta por la decisión del árbitro en el laudo. De igual modo, el artículo 18.3 de la Directiva establece que “Una autoridad de la competencia podrá considerar como atenuante el hecho de que, antes de adoptar su decisión

de imponer una multa, se haya abonado una indemnización como resultado de un acuerdo extrajudicial”, lo que nos lleva a preguntarnos si dicha redacción se debe entender en sentido amplio incluyendo al arbitraje o, por el contrario, tampoco resultaría aplicable a este método heterocompositivo que no finaliza con un acuerdo extrajudicial.

<sup>51</sup> Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal1.pdf> (último acceso, 25.03.2021).

<sup>52</sup> Para un detenido análisis del procedimiento de mediación en el Derecho de la competencia *Vid.* MORENO LISO, L., “La mediación como posible vía de unificación de los procesos público y privado en derecho de la competencia”, en *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la competencia en la Unión Europea y España* (Coord. Eugenio Olmedo Peralta), Ed. Aranzadi, Pamplona 2019, pp. 229-253.

lado, igualmente, la determinación del alcance que deba darse a la pretendida vinculación de las decisiones de la CE y de la CNMC a la jurisdicción civil.

Debemos tener presente también que, aun cuando hubiera comenzado el proceso civil por daños, se suspenden los plazos de prescripción si las partes deciden intentar llegar a un acuerdo de mediación. Igualmente, la Directiva 2014/104 prevé la suspensión del plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de daños mientras dure la solución extrajudicial de la controversia<sup>53</sup>.

Es importante tener en cuenta que si la autoridad administrativa de la competencia, o el juez, ha declarado la existencia de la infracción de las normas sobre la competencia, cuando las partes traten de alcanzar una solución consensuada se podrán beneficiar de las medidas previstas en la, reiteradamente citada, Directiva 2014/104 en lo que se refiere al alcance de su responsabilidad patrimonial, pero nunca en lo que se refiere a la cuantía de la sanción administrativa. Ello no impide que las autoridades administrativas nacionales competentes, en aplicación de lo previsto en la Directiva 2019/1/EU, conocida como Directiva ECN+, puedan valorar el hecho de que el infractor haya pagado la indemnización pactada en un acuerdo de mediación<sup>54</sup>. Si, además, reconocemos el controvertido efecto de cosa juzgada de las resoluciones administrativas de las autoridades de la competencia verificando la infracción, determinar la cuantía de la indemnización en un acuerdo de mediación favorecerá a la víctima exactamente de la misma manera en la que se vería beneficiada en cualquier otro ámbito del

---

<sup>53</sup> *Vid.* Considerandos 49 y 50 de la Directiva 2014/104/UE: “(49) Cabe la posibilidad de que los plazos para ejercitar una acción por daños impidan a las partes perjudicadas e infractores disponer del tiempo suficiente para alcanzar un acuerdo sobre la indemnización que se ha de abonar. Con objeto de brindar a ambas partes la posibilidad real de participar en el mecanismo de solución extrajudicial de controversias antes de recurrir a los órganos jurisdiccionales nacionales, se han de suspender los plazos mientras dure la solución extrajudicial de controversias.

(50) Además, cuando las partes decidan recurrir a la solución extrajudicial de controversias después de que se haya ejercitado una acción por daños con la misma pretensión ante un órgano jurisdiccional nacional, este debe poder suspender el procedimiento mientras se celebre la solución extrajudicial de controversias. Al considerar la posibilidad de suspender el procedimiento, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta las ventajas de un procedimiento acelerado”.

<sup>54</sup> *Vid.* Considerando núm. 47 Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (DOUE L 11, 14 de enero de 2019). Directiva recientemente transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por el citado Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia.

derecho, mientras que al infractor le beneficiará en función de lo establecido en el artículo 19 Directiva 2014/104<sup>55</sup>.

No podemos poner fin a este apartado sin mencionar cuáles son las medidas que prevé el legislador para impulsar el uso, entre otros métodos extrajudiciales de solución de controversias, de la mediación. Por un lado, se encuentran, como hemos visto anteriormente medidas como la suspensión del proceso o del plazo de prescripción de la acción, pero, por otro, también se adoptan medidas que suponen importantes ventajas para el infractor como el hecho de que la autoridad administrativa de la competencia pueda tener en cuenta como atenuante el hecho de que el infractor haya abonado la indemnización pactada en un acuerdo de mediación con la víctima<sup>56</sup>. Igualmente, el infractor puede pactar con la víctima en un acuerdo de mediación el alcance de la responsabilidad patrimonial, delimitando el alcance de la responsabilidad solidaria y conjunta en supuestos de prácticas colusorias, así como en lo que se refiere a su participación en el reparto del pago del daño entre todos los infractores<sup>57</sup>. PABLO-ROMERO GIL-DELGADO pone de manifiesto que el legislador está tratando de garantizar con estas medidas que la víctima logre su indemnización, al tiempo que el infractor, que ha procedido al pago de la misma con carácter previo al ejercicio de la acción de daños, no pueda sufrir perjuicio alguno como consecuencia de una posterior reclamación de cualquier otro perjudicado<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> “1. Los Estados miembros velarán por que, tras un acuerdo extrajudicial, la reclamación de la parte perjudicada que participe en el acuerdo se reduzca en la parte proporcional que el coinfactor con quien se ha alcanzado el acuerdo tenga en el perjuicio que la infracción del Derecho de la competencia ocasionó a la parte perjudicada.

2. Cualquier reclamación restante de la parte perjudicada que haya alcanzado un acuerdo extrajudicial solo podrá ejercitarse contra coinfactores con quienes no se haya alcanzado un acuerdo. Los coinfactores con quienes no se haya alcanzado un acuerdo no podrán exigir del infractor que participó en el acuerdo una contribución en la reclamación restante.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros velarán por que, cuando los coinfactores que no hayan alcanzado un acuerdo extrajudicial no puedan pagar los daños y perjuicios correspondientes a la reclamación restante de la parte perjudicada que alcanzó el acuerdo, esta pueda exigir la reclamación restante al coinfactor con quien se haya alcanzado el acuerdo extrajudicial.

La excepción recogida en el párrafo primero podrá quedar expresamente excluida en las condiciones del acuerdo consensual.

4. Al determinar el importe de la contribución que un coinfactor puede recuperar de cualquier otro coinfactor con arreglo a su responsabilidad relativa por el daño causado por la infracción del Derecho de la competencia, los órganos jurisdiccionales nacionales tendrán debidamente en cuenta los daños y perjuicios abonados en el contexto de un acuerdo extrajudicial previo en el que haya participado el coinfactor respectivo.

<sup>56</sup> *Vid.* Artículo 18.3 de la Directiva 2014/104.

<sup>57</sup> El artículo 19 de la Directiva 2014/104 establece un complejo sistema para la determinación de cuáles son los efectos de los acuerdos extrajudiciales sobre las posteriores acciones por daños.

<sup>58</sup> PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., “Soluciones extrajudiciales en las reclamaciones de daños por infracción de competencia”, *op.cit.*, pág. 8.

Atendiendo a todo lo expuesto hasta este momento llegamos a la conclusión de que la víctima obtiene una clara ventaja acudiendo a la mediación cuando todavía se encuentra pendiente el procedimiento administrativo sancionador, puesto que obtiene la satisfacción de la indemnización sin constatación de la infracción por parte de la autoridad de la competencia. Sin embargo, aun cuando el infractor que, sin haber sido todavía sancionado por la autoridad administrativa de la competencia, al reconocer la ilicitud de su conducta y llegar a una solución consensuada con la víctima obtiene también los beneficios a los que hemos hecho alusión con anterioridad, no cabe duda de que se está anticipando al resultado del procedimiento administrativo sancionador. No obstante, ante esta situación, la Directiva prevé que la autoridad administrativa de la competencia pueda aplicar como atenuante para reducir el importe de la multa, en caso de que se constante la conducta ilícita, el acuerdo de mediación entre infractor y víctima<sup>59</sup>.

Por último, debemos recordar, a efectos de determinar los beneficios de acudir a un procedimiento de mediación para la determinación de los daños y perjuicios de la conducta, que el perjudicado considera anticompetitiva, que dependerá también de cuál sea la autoridad administrativa que resuelva el procedimiento sancionador puesto que, si la CE declara la conducta competitiva o anticompetitiva, el juez nacional no podrá contravenir dicha decisión. Sin embargo, si la autoridad nacional de la competencia, como advertimos ya anteriormente, declara la inexistencia de la ilicitud, el juez de lo mercantil podría, sin embargo, constatar la existencia de la infracción. De ahí que si la autoridad nacional de la competencia ha declarado la inexistencia de la infracción, la mediación solo se presente como instrumento ventajoso para la víctima, que podría intentar obtener una indemnización a pesar de la declaración de la autoridad administrativa negando la existencia de la conducta anticompetitiva. Sin embargo, el supuesto infractor, por un lado, podría pensar que si la CNMC y, en su caso, los tribunales de lo contencioso administrativo, han declarado inexistente la conducta anticompetitiva, la decisión de los tribunales civiles no tendrían por qué ir en sentido contrario. Pero, por otro lado, podría plantearse acudir a un procedimiento de mediación con la supuesta víctima para no correr el riesgo de una sentencia desfavorable constatando la existencia de la infracción. Esto no podría ocurrir cuando la resolución administrativa la dicta la Comisión Europea, dado que el juez nacional en ningún caso puede emitir una resolución incompatible con la decisión de la CE.

### 3.3.- Efectos del acuerdo de mediación

En este apartado no haremos si no recordar los efectos procesales del acuerdo de mediación en relación con este sector específico del derecho de la competencia pues, en cualquier ámbito del derecho, sin duda, el éxito de la mediación, desde un punto de vista jurídico, dependerá fundamentalmente del valor que se le reconozca al documento que recoja la solución de la controversia pactada por las partes.

Tampoco se trata en este momento de analizar al detalle los efectos del acuerdo de mediación, sino de clasificar cuál sea su diferente eficacia jurídica según el momento y modo en el que las partes hayan logrado alcanzar el

---

<sup>59</sup> *Vid.* También artículo 14.2 Directiva 2019/1.

acuerdo. A nadie escapa que lo acordado en una mediación intrajudicial, es decir, ante el propio juez que está conocimiento del proceso civil por daños, en nuestro caso concreto, no tiene el mismo valor que la solución a la que lleguen el infractor y la víctima al margen de un proceso judicial (mediación extrajudicial). Esta afirmación, sin embargo, debemos matizarla pues, como todos sabemos, cumpliendo los requisitos establecidos tanto en la LM como en la LEC, ambos acuerdos de mediación pueden compartir tanto la categoría de título ejecutivo como su carácter judicial.

Debemos partir de la idea del acuerdo de mediación como un contrato<sup>60</sup> a través del cual las partes ponen fin a sus controversias sin necesidad de acudir al proceso judicial o ponen fin al proceso judicial si estuviera pendiente. Partiendo de su propia definición la doctrina mayoritaria atribuye a la mediación carácter transaccional<sup>61</sup>. Y, como consecuencia de su carácter transaccional, se considera aplicable al acuerdo de mediación el régimen del derecho de los contratos, eso sí, excepto en lo que particularmente se establezca en la Ley de Mediación.

Este reconocimiento del carácter transaccional del acuerdo de mediación resulta de gran relevancia, desde un punto de vista procesal, en lo que se refiere a su posible efecto de cosa juzgada material. Así, el artículo 23 LM atribuye al acuerdo de mediación carácter vinculante. Y, además, dado que este acuerdo es un contrato, al igual que la transacción, solo puede ser impugnado a través de una acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos<sup>62</sup>. Como consecuencia de todo ello, la doctrina advierte del posible reconocimiento del efecto de cosa juzgada material para el acuerdo de mediación al igual que, en el artículo 1816 Cc, se le reconoce a la transacción en general<sup>63</sup>. De este modo, si se inicia posteriormente un proceso, judicial o arbitral, se discute sobre la posibilidad de alegar el efecto de cosa juzgada en lo que a los asuntos ya resueltos por mediación se refiere. Aun cuando excede en mucho del objeto de nuestro trabajo este debate acerca de si, efectivamente, al acuerdo de mediación -al igual que a la transacción- se le debe reconocer el valor de cosa juzgada al que hace referencia el citado artículo 1816 Cc, y la cuestión acerca del alcance de la misma en cuanto a la posible alegación, en un proceso judicial o arbitral posterior, de la excepción de transacción (en nuestro caso, excepción de mediación), no podemos dejar de advertir nuevamente, puesto que ya lo hemos puesto de manifiesto en trabajos anteriores<sup>64</sup> que, en ningún caso, podemos olvidar que el efecto de cosa juzgada es un efecto que se atribuye a las sentencias, y no a cualquier sentencia, sino a las sentencias resolviendo sobre el fondo del asunto. Como consecuencia consideramos que

---

<sup>60</sup> *Vid.* FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones, Ed. Iurgium, Madrid 2013, pág. 283.

<sup>61</sup> *Vid.* por todos TAMAYO HAYA, S., “Artículo 23”, en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, García Villaluenga, L., Rogel Vide, C. (dirs.), Ed. Reus, Madrid 2012, pág. 290.

<sup>62</sup> *Vid.* artículos 1089 y 1091 Cc. Aun cuanto no entramos en el debate, resulta interesante la advertencia de TAMAYO HAYA en relación con la ausencia de normativa sobre la impugnación de la transacción judicial, ya que los artículos 1817 a 1819 solo hacen referencia a la impugnación de la transacción en general. TAMAYO HAYA, S., “Artículo 25. Formalización del título ejecutivo”, *op.cit.*, pág. 357.

<sup>63</sup> “La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial”.

<sup>64</sup> *Vid.* FONTESTAD PORTALÉS, L., “La pretendida eficacia de cosa juzgada de las resoluciones administrativas en el Derecho de la Competencia a la luz del Reglamento (CE) 1/2003 y la Directiva 2014/104/UE”, *op.cit.*

mas que de efecto de cosa juzgada se debe hablar, como afirma TAMAYO HAYA, de la “... *eficacia refleja del contrato de mediación, que no va a suponer que no pueda ser objeto de un proceso posterior, sino que el juez debe tomar como supuesto de hecho el acuerdo alcanzado por las partes ante un tercero imparcial*”<sup>65</sup>. En lo que se refiere a una posible alegación de la excepción de transacción (mediación, en nuestro caso), también se advierte de la importancia de decantarse por la naturaleza material o procesal de esta excepción pues, como por todos es sabido, los efectos de una u otra en el proceso no son equiparables<sup>66</sup>.

No cabe duda de que, para determinar el valor de lo convenido en un acuerdo de mediación, del mismo modo que ocurre con lo convenido a través de la figura de la transacción, debemos diferenciar el momento en el que las partes han llegado al acuerdo. Así, cuando las partes hayan pactado la solución a su controversia durante el desarrollo de un proceso judicial, el acuerdo de mediación debe ser homologado judicialmente, lo que implica, en función de lo previsto, de nuevo, en el artículo 1816 Cc, la remisión a la vía de apremio pues se trata, en definitiva, de una transacción judicial<sup>67</sup>. Sin embargo, si las partes en conflicto pactan un acuerdo de mediación como consecuencia de un procedimiento de mediación al margen de un proceso judicial, dicho acuerdo, como advertíamos anteriormente, tiene solo valor de contrato entre las partes.

Sin embargo, este contrato en el que se plasma el acuerdo al que han llegado las partes como consecuencia de una mediación puede alcanzar la categoría de título ejecutivo elevando dicho acuerdo a escritura pública. Efectivamente, el artículo 517.2. 1º LEC determina que llevarán aparejada ejecución los acuerdos de mediación elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles que, en su artículo 25, establece los requisitos

<sup>65</sup> Una crítica a la atribución del efecto de cosa juzgada, tanto a la transacción como al acuerdo de mediación homologado judicialmente se puede encontrar en la obra de TAMAYO HAYA, S., “Artículo 23. Acuerdo de Mediación”, *op. cit.*, pp. 301-304.

<sup>66</sup> Respecto a la excepción de transacción regulada en el artículo 1816 Cc, el profesor FENECH considera que “...no refleja una identidad conceptual con la cosa juzgada producida por la sentencia. La cosa juzgada de la transacción, que no puede hacerse valer, por ejemplo, por medio de la excepción de cosa juzgada en el proceso civil, ni tratarse por el procedimiento incidental, quiere decir que el juez viene obligado a tener en cuenta la decisión de las partes y a no contradecirla, aunque la crea injusta; pero esta cosa juzgada no impide que el juez valore la validez del propio contrato de transacción, y que estime su falta de causa, que ha sido otorgado con dolo, etc., o sea, que el juez puede revisar el juicio lógico o el acto mismo que ha cuajado en una transacción. En cambio, un juez no puede revisar el proceso que ha culminado en una sentencia, de modo que la cosa juzgada se desprende de la sentencia y cubre la actividad anterior a ella. Sólo en este sentido puede hablarse propiamente de cosa juzgada, en cuanto la solución se independiza de la actividad anterior y tiene valor por sí misma”. *Cfr.* FENECH, M., “El arbitraje”, *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, núm. 3, pág. 182.

<sup>67</sup> El artículo 25.4 LM establece que “Cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. El artículo 517.2. 3º LEC, por su parte, reconoce expresamente el carácter de título ejecutivo judicial a las resoluciones judiciales que homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso.

para la formalización del título ejecutivo<sup>68</sup>. Pero, además, como todos sabemos, aun cuando la primera idea sería la de atribuir el carácter de título ejecutivo extrajudicial al acuerdo de mediación, dado que se le atribuye dicha fuerza ejecutiva por incorporarse en una escritura pública, la realidad es que el legislador reconoce al acuerdo de mediación elevado a escritura pública el carácter de título ejecutivo judicial equiparándolo a una sentencia, laudo o transacción homologada judicialmente en el citado artículo 517 LEC.

En atención a todo lo expuesto en este apartado no cabe duda de que el acuerdo de mediación puede tener, por un lado, el valor de contrato con fuerza vinculante para las partes, en cuyo caso, si se iniciara posteriormente una reclamación judicial o arbitral, el sentir de un sector de la doctrina sería el de admitir la posibilidad de alegar el efecto de cosa juzgada material. Posibilidad reconocida en el Código Civil para el caso de que las partes hubieran llegado a un acuerdo a través de la transacción. BARONA VILAR, sin embargo, afirma que, en caso de incumplimiento contractual, habrá que acudir al proceso declarativo ordinario<sup>69</sup>.

Por otro lado, y como acabamos de ver, el acuerdo de mediación puede convertirse en un título ejecutivo, bien homologando el acuerdo al que hayan llegado las partes como consecuencia de un proceso judicial ya iniciado<sup>70</sup> o, por el contrario, elevando a escritura pública el acuerdo al que han llegado extrajudicialmente para evitar, precisamente, judicializar el conflicto.

Así, en el primer caso, el acuerdo de mediación que pone fin al conflicto entre las partes, demandante y demandada, de un proceso judicial ya iniciado adquiere el carácter de título ejecutivo judicial pues, tal y como establece el artículo 25.4 LM, las partes pueden requerir al tribunal su homologación a través de auto<sup>71</sup>. El artículo 517. 2. 3º LEC reconoce fuerza

---

<sup>68</sup> “1. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación.

El acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador.

2. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho.

3. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea”.

<sup>69</sup> BARONA VILAR, S., “Medios de solución de conflictos no judiciales ni procesales”, en *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pág. 363.

<sup>70</sup> *Vid. artículo 19 LEC sobre el poder de disposición de las partes en relación con el objeto del proceso y artículo 415.1 pfo. 3 LEC “Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del artículo 19, para someterse a mediación”.*

<sup>71</sup> *Vid. Artículo 26 LM que determina el tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación: “La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo.*

*Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.*

ejecutiva a las resoluciones que aprueban u homologuen acuerdos alcanzados en el proceso, por lo que nos encontramos ante un título ejecutivo de carácter judicial.

En el caso de que las partes alcancen el acuerdo de mediación extrajudicialmente también pueden atribuir fuerza ejecutiva a dicho acuerdo elevándolo a escritura pública. En este caso, la especialidad del régimen previsto en la LEC para el acuerdo de mediación radica en el hecho de que una vez elevado a escritura pública resultaría innecesario el reconocimiento expreso de su carácter ejecutivo puesto que el artículo 517.2 4º LEC atribuye fuerza ejecutiva a “*Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes*”. Esto implica que el acuerdo de mediación adquiriría, sin más, la condición de título ejecutivo siempre que el contenido del acuerdo fuera una prestación dineraria<sup>72</sup> y constara en escritura pública. En este caso, estaríamos ante un título ejecutivo de carácter extrajudicial, de ahí la exigencia, tal y como determina el artículo 520 LEC, de incluir una prestación económica. Sin embargo, para que el acuerdo de mediación adquiera fuerza ejecutiva con independencia de la naturaleza de su prestación, dineraria o no dineraria, así como para reforzar la efectividad de los acuerdos de mediación alcanzados fuera del proceso judicial<sup>73</sup>, el legislador ha reconocido expresamente el carácter de título ejecutivo judicial al acuerdo de mediación<sup>74</sup>. Como consecuencia, el posterior proceso de ejecución atenderá al régimen de la ejecución judicial<sup>75</sup> que, como todos sabemos, es distinto al régimen de la ejecución basada en un título ejecutivo extrajudicial<sup>76</sup>. Como título ejecutivo judicial que es, para la ejecución del acuerdo de mediación en caso de incumplimiento

---

<sup>72</sup> *Vid.* Artículo 520 LEC que regula la ejecución de títulos no procesales ni arbitrales y establece que “... sólo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euros:

1.º En dinero efectivo.

2.º En moneda extranjera convertible, siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legalmente.

3.º En cosa o especie computable en dinero”.

<sup>73</sup> El legislador cumple con el objetivo perseguido de no dejar a la mediación en desventaja frente al proceso judicial tal y como establecía en el Libro Verde y la Directiva 2008/52/CE. *Vid.* Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 2012 (disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa-y-jurisprudencia/Normativa-europea/Libro-Verde-sobre-las-modalidades-alternativas-de-solucion-de-conflictos-en-el-ambito-del-derecho-civil-y-mercantil>. Última consulta 7.10.2020) y Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOUE L 136, de 24 de mayo de 2008).

<sup>74</sup> El artículo 517. 2. 2º LEC equipara el acuerdo de mediación elevado a escritura pública a un laudo.

<sup>75</sup> *Vid.* Artículo 556 LEC que regula la oposición a la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de los acuerdos de mediación.

<sup>76</sup> *Vid.* Artículo 557 que regula la oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales ni arbitrales.

habrá que respetar el plazo de espera de 20 días previsto en el artículo 548 LEC para los procesos de ejecución basados en títulos ejecutivos judiciales<sup>77</sup>.

#### **4. CONCLUSIONES**

Para determinar si efectivamente la mediación, como método autocompositivo de solución de conflictos, supone una herramienta que ofrece más ventajas que el proceso jurisdiccional o, incluso, que el arbitraje, en el ámbito de la libre competencia tendríamos que reflexionar en atención a los dos tipos de acciones a las que hemos hecho referencia a lo largo de este trabajo para la aplicación privada del derecho de la competencia. Pues, sin duda alguna, ni el infractor ni la víctima de la conducta anticompetitiva se encuentran en la misma situación frente a la reclamación de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos si existe con carácter previo una resolución administrativa de las autoridades de la competencia constatando la infracción o si, por el contrario, no existe, ni está pendiente el procedimiento administrativo sancionador. Todo ello sin olvidar que la resolución que declara la inexistencia de la infracción no tiene el mismo valor si la emite la autoridad europea de la competencia o la autoridad nacional, puesto que la primera no puede ser contravenida en el posterior proceso civil por daños por el juez nacional, mientras que la segunda si.

Desde nuestro punto de vista, cuando la víctima ejerce una acción *stand alone*, esto es, presenta la demanda en el proceso civil con anterioridad a que se haya iniciado el procedimiento administrativo sancionador o, incluso, de forma simultánea a dicho procedimiento, el infractor podría no encontrarle demasiado sentido a acudir a la mediación para determinar el alcance de los daños y perjuicios causados, puesto que se estaría responsabilizando de unos daños ocasionados por una conducta que todavía no ha sido declarada anticompetitiva y que, si no se iniciara el procedimiento administrativo sancionador, podría ser que nunca fuera declarada *antitrust*. En este tipo de acciones, un acuerdo de mediación determinando la cuantía de la indemnización podría suponer anticiparse a una declaración que todavía no ha emitido la autoridad administrativa de la competencia o el órgano jurisdiccional competente. A favor, sin embargo, de negociar la indemnización de la supuesta víctima a través de la mediación en un momento anterior a la constatación de la ilicitud de su conducta encontramos el hecho de que el legislador prevé como beneficios para el infractor, una posible reducción de la futura sanción administrativa y la limitación del alcance de su responsabilidad patrimonial.

Por lo tanto, como inconvenientes de la mediación como solución extrajudicial en ausencia de una declaración de la infracción previa podríamos mencionar, en primer lugar, el hecho de que al infractor podría no merecerle la pena un reconocimiento anticipado de la existencia de la infracción en un acuerdo de mediación que podría no ser declarada por la autoridad

---

<sup>77</sup> “No se despachará ejecución de resoluciones procesales o arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio o de firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado”.

administrativa de la competencia, bien porque no exista denuncia y, por tanto, no se inicie el procedimiento administrativo sancionador, bien porque la resolución administrativa declare la inexistencia de la infracción. En segundo lugar, porque, aun estando en curso el procedimiento sancionador, los beneficios para el infractor que suponen la posibilidad de que la autoridad administrativa de la competencia considere la solución extrajudicial como un hecho atenuante y en qué grado, depende exclusivamente de la voluntad de dicha autoridad administrativa. Esto significa que el infractor podría someterse a un acuerdo de mediación anticipándose a la declaración acerca de la existencia o inexistencia de la infracción, es decir, se arriesga a abonar una indemnización sin una constatación de la infracción y, en cambio, no obtiene la seguridad de que, en el proceso administrativo sancionador, la autoridad de la competencia tenga en cuenta los citados beneficios.

Mas dudas nos surgen acerca de las posibles ventajas que podría obtener el infractor en lo que se refiere a la reducción de la posible posterior sanción administrativa en estos supuestos de aplicación privada del Derecho de la competencia sin declaración administrativa previa una vez que ha procedido al pago anticipado de la indemnización, no como consecuencia de una solución extrajudicial negociada, a la que hace referencia el artículo 18 de la Directiva, sino como consecuencia de un laudo arbitral. Una interpretación restrictiva de la Directiva nos llevaría a afirmar lógicamente que, en este caso, el infractor no obtiene ningún beneficio por acudir a un arbitraje excepto los habituales de celeridad y especialización del árbitro pues, no nos olvidemos, a través del arbitraje no se decide sobre la ilicitud o no de la conducta, sino que se decide sobre la cuantía objeto de indemnización por la conducta que todavía no habría sido declarada anticompetitiva. Si, por el contrario, se atiende a una interpretación amplia del citado artículo 18 de la Directiva, aun cuando la aplicación de los beneficios dependa de la autoridad administrativa de la competencia, el infractor ante dicha expectativa podría plantearse anticipar el abono de la indemnización sometiéndose a un proceso arbitral por una conducta que no ha sido todavía -ni tendría por qué serlo- declarada ilícita.

Distinta es la situación del infractor ante el ejercicio de las acciones *follow on* por parte de la víctima, que suponen la constatación previa de la infracción por el pronunciamiento de la autoridad administrativa de la competencia, o del órgano jurisdiccional competente, al que, además, se le atribuye fuerza vinculante. En este caso, el infractor no podría ya beneficiarse, lógicamente, de una reducción en la sanción administrativa por acudir a la mediación para negociar el alcance de la indemnización con la víctima. Sin embargo, podría beneficiarse en el caso de un cártel, de la determinación del alcance de su responsabilidad patrimonial por prácticas colusorias.

Para finalizar nuestro análisis crítico de los posibles beneficios e inconvenientes de la mediación para la reclamación de los daños y perjuicios derivados de conductas que vulneran las normas de la libre competencia queremos advertir que, por un lado, el incentivo para el infractor de una rebaja de la sanción administrativa por negociar la cuantía de la indemnización en un procedimiento de mediación se regula para escenarios en los que difícilmente el supuesto

infractor de las normas de la competencia que, de momento, no ha sido sancionado, quiera anticipar las consecuencias del resultado negativo de un procedimiento administrativo que, incluso, ni se ha iniciado.

Por otro lado, asistimos a un complejo régimen de limitación de la responsabilidad solidaria y conjunta de los infractores junto al régimen de participación en la contribución del pago total<sup>78</sup> que puede llegar a desmotivar tanto al infractor como a la víctima en el uso de la mediación, sobre todo teniendo en cuenta que, en el caso al que hace referencia el artículo 19.3 de la Directiva, recae sobre la víctima la carga de probar que no ha alcanzado el resarcimiento total. En este contexto, además, el infractor estará a lo que se decida en cuanto a su participación en la contribución total del pago en función de lo establecido en el artículo 19.1 y 4 de la Directiva 2014/104.

## **5. BIBLIOGRAFÍA**

BARONA VILAR, S., “Medios de solución de conflictos no judiciales ni procesales”, en *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2021.

- Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho procesal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

BELTRÁN DE LUBIANO, J., “La Directiva ECN+”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 51, 2019, pp. 78-82.

BENAVIDES VELASCO, P., “Aplicación de las normas de defensa de la competencia por la jurisdicción ordinaria. La competencia atribuida a los juzgados de lo mercantil”, en *Estudios de Derecho de la competencia*, (coord. Manuel Pino Abad y Juan Ignacio Font Galán), Marcial Pons, Madrid 2005, pp. 273-286.

“Algunos problemas concurrenceles –y actuales- relativos a la integración vertical en la distribución de hidrocarburos”, Actas de derecho industrial y derecho de autor, tomo 38, 2018, pp. 29-53.

CALVO CARAVACA, A.L. y AA.VV. *Acciones Follow on. Reclamación de Daños por Infracciones del Derecho de la Competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2019.

CALVO CARAVACA, A.L., y RODRIGUEZ RODRIGO, J., “Arbitraje y Derecho europeo de la Competencia: viejos problemas y nuevos dilemas”, en *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 53, Núm. 2 (2005), pp. 307-357.

---

<sup>78</sup> Un ejemplo de las relaciones verticales de empresas en el ámbito de los hidrocarburos lo podemos encontrar en Vid. BENAVIDES VELASCO, P., “Algunos problemas concurrenceles –y actuales- relativos a la integración vertical en la distribución de hidrocarburos”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo 38, 2018, pp. 29-53.

CALVO CARAVACA, A.L. y SUDEROW, J., “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2015), Vol. 7<sup>a</sup>, núm. 2.

CASADO NAVARRO, A., “Las acciones de daños stand-alone y su contribución a la eficacia del derecho de la competencia”, en *Revista La Ley mercantil*, núm. 70, junio 2020 (LA LEY 8724/2020).

DIEZ ESTELLA F., “El triunfo de las acciones “stand-alone” en las reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust (Análisis de la SAP Madrid 3 de julio de 2017)”, en *Estudios y Comentarios Legislativos* (Civitas). Anuario de Derecho de la Competencia 2018 (BIB 2018/10752).

DIEZ ESTELLA, F., y DE PRADA RODRIGUEZ, M., “Acciones de reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust: principales problemáticas sustantivas y procesales”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2019 (BIB 2019/1450).

FENECH NAVARRO, M., “El arbitraje”, *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, núm. 3.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Ed. Iurgum, Madrid 2013

FONTESTAD PORTALÉS, L., “La independencia judicial en el derecho de la competencia”, en *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la competencia en la Unión Europea y España* (Coord. Eugenio Olmedo Peralta), Ed. Aranzadi, Pamplona 2019.

- “La pretendida eficacia de cosa juzgada de las resoluciones administrativas en el Derecho de la Competencia a la luz del Reglamento (CE) 1/2003 y la Directiva 2014/104/UE”, en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 26, enero-junio 2020.

- “Derecho marítimo y mediación: un camino por recorrer”, en *Mediación en la Administración de Justicia. Implantación y desarrollo* (Fernando Martín Díz, Dir.), Editorial Andavira, Santiago de Compostela 2017, pp. 115 – 144.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “A vueltas con la competencia objetiva para conocer de las acciones de daños por infracciones en materia de competencia”, en *La Ley mercantil*, núm. 60, julio de 2019 (LA LEY 8985/2019).

- “Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de Ley de transposición”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), Vol. I, Núm. 1, pp. 129-131.

GIMENO RIBES, M., “Mediación en el ámbito del derecho de la competencia”, en *La mediación en asuntos mercantiles*, Boldó Roda., C., (coord.) y Andreu Martí, M., (coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

HERRERO SUÁREZ, C., “La transposición en España de la directiva de daños antitrust”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 8, núm. 1, 2016.

LÓPEZ SIMÓN, F., y ALBA CLADERA, F., “Disposiciones generales sobre la prueba en el proceso civil”, en *La prueba en el proceso civil*, Banacloche Palao, J., (coord.), Ed. La Ley, Madrid 2019.

MARCOS FERNÁNDEZ, F., “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los jueces y tribunales españoles” (Private Enforcement of Competition Laws in Spain), en *Instituto de Empresa Business School Working Paper*, núm. AJ8-212, 1 de abril de 2014, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2437941>.

- “Remedios y obligaciones impuestos por las autoridades de competencia”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10 núm. 1, pp. 331-371.

- “Primeras sentencias de las Audiencias provinciales sobre los daños causados por el cártel de fabricantes de camiones”, *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 26, 2020.

MARTIN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2010.

- “Nuevos escenarios para impulsar la mediación en derecho privado: ¿conviene que sea obligatoria?”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 137, 2019.

- “Litigios contencioso-administrativos y mediación intrajudicial: ámbito de aplicación”, en *A mediação administrativa: contributos sobre as (im)posibilidades*, coord. por Isabel Celeste Monteiro Fonseca, 2019, pp. 277-298.

- “El Derecho fundamental a la Justicia: revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 106, 2019.

- *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2018.

MORENO LISO, L., “La mediación como posible vía de unificación de los procesos público y privado en derecho de la competencia”, en *Técnicas cooperativas para la aplicación del Derecho de la competencia en la Unión Europea y España* (Coord. Eugenio Olmedo Peralta), Ed. Aranzadi, Pamplona 2019.

NIEVA FENOL, J., “Mediación y Arbitraje: ¿una ilusión decepcionante?”, en *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Ed. Dykinson, Madrid 2017.

OLMEDO PERALTA, E., “El valor probatorio de las resoluciones de terminación convencional en procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia”, en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 24, 2019.

- “Propuestas ante la futura regulación de las transacciones (settlements) en el derecho español de la competencia”, en *Técnicas cooperativas para la aplicación del derecho de la competencia en la Unión Europea y España*, (Coord. Eugenio Olmedo Peralta), Ed. Aranzadi, Pamplona 2019.

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C., “Soluciones extrajudiciales en las reclamaciones de daños por infracción de competencia”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 16, 1 de enero de 2015.

PASTOR MARTÍNEZ, E., “Acciones “follow on”: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 317, 2020.

ROBLES MARTIN-LABORDA, A., “La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho Interno”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid 2015, pág. 1121.

SANCHO GARGALLO, I., “El efecto vinculante de las decisiones de las autoridades nacionales de la competencia”, en *Derecho europeo de la compensación de los daños causados por los carteles y por los abusos de posición de dominio de acuerdo con la Directiva 2014/104/UE*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

SOPEÑA V., y MARTÍN G.A., “La transposición de la Directiva europea para la reclamación de daños por infracciones de la competencia en España: mucho ruido, pocas nueces y una oportunidad perdida”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 16, 2016.

TAMAYO HAYA, S., “Artículo 23”, en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, García Villaluenga, L., Rogel Vide, C. (dirs.), Ed. Reus, Madrid 2012.

- “Artículo 25. Formalización del título ejecutivo”, en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, García Villaluenga, L., Rogel Vide, C. (dirs.), Ed. Reus, Madrid 2012.

TORRE SUSTAETA, V., “El derecho de la competencia y la articulación de sus vías de tutela: sobre la vinculación de la resolución judicial a la administrativa”, en *La Ley mercantil*, N° 10, Sección Competencia y distribución, enero 2015, pág. 2 (LA LEY 628/2015).

VALL RIUS, A., “El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española”, en *Diario La Ley* núm. 6528, de 18 de julio de 2006.

ZURIMENDI ISLA, A., “La reclamación de los daños y perjuicios derivados de ilícitos anticoncursenciales”, *Revista de Derecho Mercantil* núm. 306/2017 (BIB 2017/43187).

# **La mediación penal como manifestación del denominado “principio de oportunidad”: ¿Debería replantearse el legislador su voto a las víctimas de violencia de género?**

*Criminal mediation as a manifestation of the so-called “principle of opportunity”: Should the legislator reconsider his prohibition a victims of gender violence?*

**LAURA ÁLVAREZ SUÁREZ\***

Investigadora del Área de Derecho Procesal  
Universidad de Oviedo (España)

[alvarezlaura.uo@uniovi.es](mailto:alvarezlaura.uo@uniovi.es)

 <https://orcid.org/0000-0001-7710-0913>

**Resumen:** Este trabajo analiza la inminente ampliación de las manifestaciones de oportunidad en el proceso penal de adultos a la vista del borrador del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 y, lo que parece la anunciada preservación de la prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género, en el estudio se examinan las disposiciones del Ordenamiento Procesal Penal vigente y las que se pretenden instaurar junto con las sugerencias de la doctrina, obteniendo como primera conclusión que carece de sentido mantener la prohibición de mediar en delitos de violencia de género, cuando se pretende instaurar un proceso penal de adultos similar al previsto en la Jurisdicción de Menores.

**Abstract:** This work analyzes the imminent expansion of the manifestations of opportunity in the criminal process of adults in view of the draft Law of Criminal Procedure of 2020, and what appears to be announced preservation of the prohibition of mediation in crimes of gender violence. This article examines the laws in force and those are inteneded to be promulgated together with the suggestions of the doctrine. Concluding that it makes no sense to keep the prohibition of mediating crimes of gender

---

Recepción: 31/03/2021

Aceptación: 05/05/2021

Cómo citar este trabajo: ÁLVAREZ SUÁREZ, Laura, “La mediación penal como manifestación del denominado “principio de oportunidad”: ¿Debería replantearse el legislador su voto a las víctimas de violencia de género”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 171-204, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.7>

\* Doctora en Derecho.

*violence when it is intended to establish a criminal process for adults similar to that provided in the Juvenile Jurisdiction.*

**Palabras clave:** principio de oportunidad; violencia de género, mediación

**Keywords:** opportunity principle; gender violence; mediation

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. APROXIMACIÓN AL LLAMADO “PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD”. 3. LA MEDIACIÓN PENAL. 3.1. Argumentos en contra. 3.2. Argumentos a favor. 4. LA CUESTIONABLE PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. 5. LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMETIDOS POR MENORES. 6. LÍNEAS DE FUTURO: LA PROPUESTA DEL PRELEGISLADOR Y LAS SUGERENCIAS DE LA DOCTRINA. 7. VALORACIÓN FINAL.

## 1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo examina la incorporación de amplias manifestaciones de oportunidad en el proceso penal español, a la vista del reciente borrador del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 (en adelante, ALECrим 2020) y la vaticinada conservación de la prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género<sup>1</sup>. La doctrina ha esbozado numerosas propuestas *lege ferenda* para desarrollar la mediación penal dentro de los procedimientos penales por delitos de violencia contra las mujeres, pero este propósito no solo es imposible en la actualidad por la prohibición establecida en el artículo 87 ter 5 de la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), sino también por lo dispuesto en el artículo 57.2 del Código Penal que impone la obligación de aplicar la pena accesoria de prohibición de aproximación o de acercamiento sobre la víctima en los delitos de violencia de género. En consecuencia, la posible aplicación de la mediación en estos delitos precisaría no solo de la derogación del artículo 87 ter LOPJ, sino también de una modificación del artículo 57.2 del Código Penal<sup>2</sup>. No obstante, no parece la intención del legislador abolir la prohibición de la

---

<sup>1</sup> Es preciso poner de manifiesto que a lo largo de este trabajo se utilizará el término “*violencia de género*” o “*violencia contra las mujeres*” indistintamente debido a que actualmente nuestra legislación emplea el término “*violencia de género*”. Pero ya he puesto de manifiesto en otros trabajos mi desacuerdo absoluto con el concepto de “*violencia de género*” que prevé nuestro ordenamiento debido a su carácter restringido, limitando la violencia que sufren las mujeres a la ejercida por “*sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”. No obstante, la “*violencia de género*” es mucho más extensa y comprende supuestos de violencia familiar, de agresión sexual, acoso laboral, ablación genital, penalización de la infidelidad femenina, etc. (Vid. ÁLVAREZ SUÁREZ, L., “La insuficiencia del concepto de violencia de género y la necesidad de una definición amplia de violencia contra las mujeres en el modelo español”, *Mujer y Derecho*, Editorial Astigi, 2020, pp. 27-39 y “La posición jurídico-procesal de las víctimas de violencia de género: estudio hispano-italiano”, *Revista de Derecho Penal y Procesal*, Nº 51, 2018).

<sup>2</sup> En tal sentido, se ha señalado, con acierto, que resulta paradójico que el legislador adopte medidas tuitivas que podrían ser calificadas de “*hiperprotectoras*” porque determinan sin tener en cuenta la voluntad de la mujer,

mediación en los delitos de violencia de género, no solo por lo establecido en el Pacto de Estado contra la violencia de género<sup>3</sup>, sino también porque en el reciente borrador del ALECrим 2020 se prohíbe expresamente el archivo por razones de oportunidad en los delitos de violencia de género (*ex 175.3 ALECrим 2020*)<sup>4</sup>.

Sin embargo, las normas internacionales y en concreto el Convenio Nº 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, más conocido como el Convenio de Estambul debido a la ciudad en la que se aprobó en el año 2011, firmado por la Unión Europea y por todos los Estados miembros<sup>5</sup>, impone a los Estados firmantes el deber de prohibir los modos alternativos de resolución de conflictos (incluida la mediación) si son obligatorios (*ex artículo 48*), pero no prohíbe la mediación en los delitos que tengan por objeto alguna de las formas de violencia que describe si es voluntaria y las víctimas se encuentran en condiciones de efectuarla<sup>6</sup>. Por otro lado, hay que tener en cuenta que a nivel internacional existen numerosos países que se han atrevido a aplicar la mediación en delitos graves y de violencia de género, obteniendo resultados satisfactorios.

---

apoyándose en el argumento de que carece de capacidad de decisión y autodeterminación en el proceso una vez que éste se inicia (imposición obligatoria de la medida de alejamiento, prohibición de mediación, etc.); y que a su vez, la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante, EVD), les confiera un papel y una posición en el proceso penal que posibilita hasta que participen en la ejecución del mismo (RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “Prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género: su incidencia en la ejecución”, *La Ley Penal*, Nº 130, 2018, pág. 6).

<sup>3</sup> El Pacto de Estado contra la violencia género, aprobado por el Pleno del Congreso el 28 de septiembre de 2017, para hacer efectivo el Convenio de Estambul en el ordenamiento español, entre sus medidas prevé “*reforzar en la legislación y en los protocolos que se aprueben y revisen, la absoluta prohibición de la mediación en los casos de violencia de género*” (número 116).

<sup>4</sup> Texto disponible en: 210126 ANTEPROYECTO LECRIM 2020 INFORMACION PUBLICA (1).pdf ([mjusticia.gob.es](http://mjusticia.gob.es)). Consulta: 04/03/2021.

<sup>5</sup> El Convenio de Estambul en su artículo 3 define y delimita los distintos tipos de violencia que pueden sufrir las mujeres. De esta forma considera la “*violencia contra las mujeres*” como una violación de los derechos humanos, y una forma de discriminación contra las mujeres, que designa todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad en la vida pública. Por “*violencia doméstica*” entiende todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima; y la “*violencia contra las mujeres por razones de género*” como toda violencia contra una mujer por el mero hecho de ser una mujer o que afecta a las mujeres de forma desproporcionada. Por último, pero no menos importante establece un concepto de “*género*” y lo define como “*todos los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de hombres y mujeres*”.

<sup>6</sup> En tal sentido, GUARDIOLA LAGO pone de manifiesto que la normativa internacional no limita la práctica de la mediación a determinados delitos ni a la fase del procedimiento penal en que se encuentren, que a lo sumo señala la necesidad de contemplar determinadas especificidades metodológicas, como el establecimiento de una “*co-mediación*” en los supuestos de violencia de género (GUARDIOLA LAGO, M. J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, Nº 12, 2009, págs. 20 a 23).

En España parece que nos encontramos en un momento de cambio en el que se está planteando transformar de forma abismal el proceso penal tal y como lo conocemos desde la longeva Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (en lo sucesivo, LECrim 1882) con la finalidad de potenciar el llamado “*principio de oportunidad*” ya desde la fase de instrucción a través de distintas manifestaciones del mismo. No obstante, se sigue manteniendo la convicción de que es necesario vedar cualquier aplicación de criterios de oportunidad en los delitos de violencia de género debido a que podría transmitirse un equivocado mensaje de laxitud de estas conductas y, a que las víctimas que han experimentado estas situaciones no se encuentran en condiciones de implicarse en una mediación por falta de igualdad con el agresor. Argumentos en mi opinión más que discutibles que el legislador debería de volver a plantearse sobre todo en este momento en el que parece inminente la transformación del proceso penal.

De acuerdo con lo anterior, en este trabajo se expondrán algunas nociones generales sobre el denominado “*principio de oportunidad*” y de la mediación como una de sus principales manifestaciones, para seguidamente abordar la mediación en los delitos de violencia de género y su viabilidad en el proceso de menores, concluyendo con las propuestas *lege ferenda* del prelegislador y las sugerencias de la doctrina. Una de las conclusiones a las que se llega en este trabajo es que debería permitirse que en determinados casos de violencia de género se aplicase la mediación (siempre que exista igualdad entre el agresor y la víctima y que se adopten ciertas cautelas), debido no solo a su carácter reparador para la víctima, sino también a su efecto rehabilitador para el agresor.

## **2. APROXIMACIÓN AL LLAMADO “PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD”**

El llamado “*principio de oportunidad*” se fundamenta en múltiples argumentos y se desglosa en numerosos “*motivos o ventajas*”<sup>7</sup>. La principal razón que justifica su implantación es la descarga de la Administración de Justicia, la cual se encuentra saturada por el elevado número de asuntos que llegan a su conocimiento. Pero también avalan la aplicación de la oportunidad: razones de interés social o utilidad pública (las cuales se concretan en: el nimio perjuicio social que puede producir un determinado delito, la falta de interés en la persecución del ilícito, impedir los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, incentivar la rehabilitación del delincuente y lograr en la máxima brevedad posible la reparación de la víctima); contribuir a la obtención de la Justicia material; coadyuvar a la efectividad de un derecho sin dilaciones indebidas y; por último, instituir un único mecanismo que permita realizar un tratamiento distinto a los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos que tienen un reducido interés social y en los que la pena carece de trascendencia.

---

<sup>7</sup>Así, por ejemplo, BARJA DE QUIROGA considera que todas las razones que justifican el principio de oportunidad son, a su vez, “*ventajas*” del mismo (BARJA DE QUIROGA, J. , “El principio de oportunidad: cuestiones generales”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUÑELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, pág. 68).

Se ha señalado que todas estas razones, motivos o ventajas presentan una “*excesiva amplitud*”, puesto que pueden servir tanto para evidenciar la conveniencia de incorporar el denominado “*principio de oportunidad*” al ordenamiento jurídico como para fundamentar la totalidad de la futura política criminal (en la que seguramente el “*principio de oportunidad*” sería un instrumento más)<sup>8</sup>. También se ha apuntado que todas estas razones de utilidad pública o interés social podrían justificar la redefinición o modificación de algunos delitos del Código Penal o, en su caso, de sus penas, aumentando las potestades de los Jueces y Magistrados, pero en lugar de eso se opta por incrementar las facultades del MF (órgano imbricado en la órbita del Poder Ejecutivo)<sup>9</sup>.

Son escasos los autores que se han atrevido a establecer un concepto del denominado “*principio de oportunidad*”, lo cual se atribuye a que con carácter general se concibe como una excepción del principio de legalidad<sup>10</sup>. GIMENO SENDRA lo ha definido como la facultad que el ordenamiento procesal otorga al MF para que, a pesar de la existencia de indicios de la comisión de un delito público, pueda abstenerse de ejercitar la acción penal o solicitar a la autoridad judicial un sobreseimiento o una conformidad que suponga una reducción trascendental de la pena en aquellos supuestos expresamente establecidos en la Ley y, siempre que se deban tutelar intereses constitucionalmente protegidos<sup>11</sup>. Dichos intereses se establecen en el artículo 124.1 de la Constitución (CE) que faculta al MF para promover la acción de la Justicia en defensa “*de*

<sup>8</sup> Se considera más apropiado separar las razones que pueden fundamentar el llamado “*principio de oportunidad*” de aquellas otras que pueden utilizarse para ponderar la incorporación de los muy diferentes instrumentos que existen para diseñar la política criminal, y que engloban desde los concernientes a las diversas jurisdicciones (penal, civil, administrativa...), los penales (despenalización, condiciones personales de exclusión de la pena, distintas formas de sanción) o; los procesales (ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991, págs. 194 y 195). Por su parte, CONDE-PUMPIDO FERREIRO estima que el catálogo de las causas que fundamentan “*las autorizaciones legales*” para no formular acusación “*es amplio y flexible y el fundamento de las causas tiene unas veces contenido axiológico y otras pragmático*”. El autor las agrupa en: 1) acusas relacionadas con la naturaleza del hecho, 2) causas relacionadas con el autor del hecho, 3) causas basadas en la relación entre el delincuente y su víctima; y, por último, 4) causas basadas en el interés general (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “*El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal*”, *Poder Judicial*, N° Especial, 1989, págs. 26 y 27).

<sup>9</sup> MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*”, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, págs. 73 y 74.

<sup>10</sup> ARMENTA DEU, T., “*Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad...*”, op. cit., págs. 210 y 211.

<sup>11</sup> En tal sentido, MONTERO AROCA ha puesto de manifiesto que este “*pretendido principio*” de oportunidad significa exactamente conferir al titular de la acción penal la facultad de disponer, en determinados supuestos, de su ejercicio, con independencia de que se haya probado o no la existencia del hecho delictivo cometido por el autor en cuestión. Teniendo en cuenta que el titular de la acción penal es el MF, el autor considera que “*la oportunidad lo es sólo para el órgano incardinado o en la órbita del Poder Ejecutivo que es el Ministerio Público*” (MONTERO AROCA, J., “*Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón...*”, op. cit., pág. 71).

*los derechos de los ciudadanos*” y del “*interés público tutelado por la ley*”, y no solo en defensa de la legalidad<sup>12</sup>.

Respecto de la antedicha noción se ha señalado críticamente que se fundamenta en el Derecho comparado, pero sin tener en cuenta el contexto político y jurídico de los distintos países. Así, como ejemplos paradigmáticos se traen a colación Estados Unidos y Alemania. En el primer caso, el Ministerio Público es elegido a través de sufragio popular y responde políticamente en las elecciones y a diferencia de lo que ocurre en España no es un órgano dependiente del Poder Político, sino que es Poder político. En cuanto a Alemania las notas de independencia que caracterizan a su MF no pueden equipararse con las de su homólogo español<sup>13</sup>.

Por su parte, CALAZA LÓPEZ maneja un concepto de oportunidad más amplio y diverso, y la define en sentido estricto, como “*la facultad atribuida a los órganos de acusación, de solicitar, así como la potestad atribuida a los órganos de enjuiciamiento, de sustituir o commutar -en los casos legalmente previstos generalmente delitos de escasa o nula entidad y faltas, cuya concreción corresponderá especificar, siempre y en todo caso, al Legislador, conforme a los parámetros de “política criminal”- unas penas más radicales, por otras, igualmente eficaces, al tiempo que menos lesivas para los intereses de su autor, y ello en atención a la apreciación discrecional de circunstancias concretas- así, entre otras, la pronta rehabilitación, readaptación, reinserción o reeducación del delincuente, la evitación del contagio criminógeno, la reconciliación entre el delincuente y la víctima, la evitación del traumatismo o aflicción de la condena, la inmediata satisfacción económica y psicológica de la víctima, la recuperación del “sentimiento de seguridad” de la víctima- que habrán de quedar, al propio tiempo, convenientemente explicitadas, razonadas y motivadas*”. Asimismo, la oportunidad debería predicarse en sentido amplio de la “*libertad de actuación de los particulares*”, cuando

---

<sup>12</sup> GIMENO SENDRA ha señalado que con “*interés público*” se alude al “*ius puniendi*” del Estado, cuya aplicación precisa del descubrimiento de la verdad. Lo que se traduce, por ejemplo, en supuestos de terrorismo en que los autores de delitos puedan verse favorecidos por una rebaja de la pena si colaboran eficazmente con el MF para demostrar la responsabilidad criminal de los principales autores del delito o al desmantelamiento de la organización criminal mediante su confesión. Y “*por derechos de los ciudadanos*” hay que entender el derecho a una pronta reparación de la víctima y el derecho del encausado a la reinserción social y a obtener una pena proporcionada con su culpabilidad, (GIMENO SENDRA V., “El principio de oportunidad y la mediación penal”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, pág. 244).

<sup>13</sup> MONTERO AROCA, J., “*Principios del proceso penal...*”, op. cit., pp. 76 y 77. De forma semejante, ARMENTA DEU pone de manifiesto que “*un amplio juego del principio de oportunidad*” tiene mejor encaje en un sistema como el estadounidense donde: 1) el monopolio de la acción penal lo detenta un MF que tiene atribuida la casi absoluta disponibilidad del ejercicio de la acción penal; 2) El Fiscal no está imbricado en el Poder Ejecutivo; y por último, 3) responde ante sus electores cada cierto tiempo de la utilización que haya hecho en el ejercicio de la acción penal de sus extensos poderes discrecionales (ARMENTA DEU, T., “*Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad....*”, op. cit., pág. 199).

decidan acogerse a alguna de las soluciones complementarias (conformidad) o alternativas (mediación) previstas legalmente<sup>14</sup>.

Siguiendo con lo anterior, CALAZA LÓPEZ cuestiona que a la “*oportunidad*” pueda atribuirse el calificativo de “*principio*”, puesto que no parece posible utilizar la noción de “*principio*” con la “*oportunidad*”, es decir, lo “*oportuno*” no es susceptible de ser generalizado porque se trata de algo “*casual, particular o excepcional*”. Los principios siempre dan la razón de todo, pero la oportunidad despliega su eficacia exclusivamente en supuestos concretos porque tiene un carácter excepcional (no puede generalizarse nunca). Por tal motivo, no es posible regular la oportunidad, ya que una regulación de “*casos concretos*” generaría una grave inseguridad jurídica. Por tanto, la oportunidad debería ser concebida como un “*criterio*” que precisa ser compatible con los principios jurídicos que inspiran el sistema procesal para poder ser aplicado. Así, la oportunidad “*permite, en el caso concreto, privilegiar a un principio frente a otro. De ahí su carácter dinámico, frente al carácter estático de los principios*”<sup>15</sup>. La oportunidad no puede aplicarse en el momento de decidir si se inicia o no el proceso judicial porque no es posible aplicar la oportunidad antes del proceso, puesto que supondría admitir que despliega efectos fuera del mismo “*y por su naturaleza “casual” no puede abstraerse del proceso, ni mucho menos servir como criterio general ex ante*”<sup>16</sup>.

De acuerdo con lo anterior, a los Jueces y Magistrados debería de otorgárseles la posibilidad de elegir; con un amplio margen de discrecionalidad, siempre dentro del marco legal y una vez finalizado el proceso penal; entre aplicar una pena o reemplazarla por una medida igualmente

<sup>14</sup> CALAZA LÓPEZ, S., “La subordinación de la oportunidad a la legalidad en el proceso penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 5/2012, 2012, pág.6.

<sup>15</sup> Por tanto, la aplicación del “*criterio de oportunidad*” resulta hasta cierto punto contradictoria, en el sentido de que tiene una relevancia superior y, a su vez, inferior, a los principios que inspiran el ordenamiento. Esto significa que la aplicación práctica del criterio de oportunidad tiene una mayor transcendencia respecto de la de los principios, porque permite ordenarlos o establecer un orden de prelación entre ellos. No obstante, su significación dogmática o teórica es más reducida porque que carece de contenido material general. En tal sentido, “*la “oportunidad” se aplica constantemente en la toma de decisiones, pero todas ellas con base en un fundamento legal y sin que aquel criterio pueda, al propio tiempo, ser regulado, dado que no se le podría dotar de sentido jurídico alguno al margen del caso concreto*” (CALAZA LÓPEZ, S., “Las paradojas del mal llamado “principio de oportunidad” ...”, op. cit., pág. 3 y “*¿Es realmente un principio la “oportunidad” ?*”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 842/2012, 2012, págs. 1 y 2).

<sup>16</sup> El “*criterio de la oportunidad*” sirve para ajustar la Ley al supuesto concreto o, en su caso, para adaptar la legalidad a la Justicia, pero no puede actuar al margen de la Ley ni del supuesto específico. Tanto los Jueces y Magistrados como el MF (en el marco de sus respectivas competencias) podrán aplicarlo dentro de los límites legales, puesto que en caso contrario ambos órganos públicos podrían caer “*en una suerte de “decisionismo” y “oportunismo” particular fiscal o judicial muy próximo al fascismo*”, es decir, es la legalidad la que corrige este tipo de vicios debido a la seguridad jurídica, unidad e igualdad que brinda, pues no se puede ejercer Justicia si no existe una Ley previa que la dote de contenido. En definitiva, la oportunidad debería de concebirse como un criterio de ponderación, proporción o, en su caso, de flexibilización a cargo de Jueces y Fiscales que actuara siempre supeditado al principio de legalidad (CALAZA LÓPEZ, S., “Las paradojas del mal llamado “principio de oportunidad” ...”, op. cit., pág. 3 y “*La subordinación de la oportunidad a la legalidad en el proceso penal...*”, op. cit., pág. 3).

efectiva, pero menos gravosa. Esto es, sustituir la pena por una medida positiva que coadyuve a acelerar el proceso, a lograr la reeducación del delincuente y a conferir en la mayor brevedad posible una reparación económica, psicológica y jurídica de la víctima. Por lo que respecta al MF, si se tiene en cuenta que la “*descriminalización*” de determinados hechos por su escasa relevancia social es una cuestión de “*política criminal*” (competencia exclusiva del Poder Legislativo)<sup>17</sup>, parece evidente que no debería atribuirse la potestad de decidir qué actuaciones punibles de menor entidad deberían perseguirse y cuales no en función de criterios de oportunidad. No obstante, una vez verificada la necesidad de celebrar el proceso penal (al menos en su fase inicial), existen una serie de razones que podrían justificar la conveniencia de agilizarlo, flexibilizarlo o dinamizarlo, mediante la aceleración del proceso. En tal sentido, el MF podría procurar la aceleración del proceso por razones de oportunidad (en los supuestos legalmente previstos) a través de la permuta de una pena por otra, siempre que el autor del delito reconociera su comisión y procediera a la reparación de la víctima, pero no debería poder excluir el enjuiciamiento fundamentándose en la irrisoria lesión social o la actuación no reincidente del autor<sup>18</sup>.

Se considera que el reto que conlleva incorporar la oportunidad en el proceso penal es “*imprescindible*” debido a la “*flexibilidad y elasticidad que introduce frente a la rigidez característica de las normas penales*” en un Estado de Derecho como el español en que la reinserción, la reeducación, la readaptación y la recuperación del delincuente es una de las finalidades de la pena (*ex artículo 25 CE*). No obstante, se entiende que solo sería factible atribuir a los órganos de la acusación pública la facultad de dejar de ejercitar o mantener la pretensión penal cuando existan motivadas razones para considerar (a su juicio) la inexistencia del hecho, la falta de tipicidad o la imposible autoría; pero en ningún caso se debería admitir que bajo su prudente arbitrio decidiesen que un determinado hecho delictivo no debe ser perseguido<sup>19</sup>. Se cree más recomendable y adecuado incorporar la oportunidad al proceso penal,

---

<sup>17</sup> En tal sentido, PEDRAZ PENALVA se muestra partidario de convertir en sanción administrativa las conductas de bagatela (PEDRAZ PENALVA, E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, 1989, pág. 369). Sin embargo, TRILLO NAVARRO que, define la criminalidad de bagatela como “*el hecho típico o extrapenal despreciable por el Derecho Penal*”, considera que la *descriminalización* de la bagatela por la administrativización no es una labor sencilla y que puede dar lugar a confusiones, estimando mucho más garantista “*una clara y nítida diferenciación de órdenes jurisdiccionales, sometido al principio de legalidad -artículos 9.1 y especialmente 117.1 CE-, y administrativo, sujeto a criterios de oportunidad*” (TRILLO NAVARRO, J. P., “Criminalidad de bagatela: *descriminalización garantista*”, *LA LEY penal*, N° 51, 2008, págs. 5 y 6).

<sup>18</sup> CALAZA LÓPEZ, S., Las paradojas del mal llamado “principio de oportunidad” ...”, op. cit., pág. 9 y MONTERO AROCA, J., “*Principios del proceso penal...*”, op. cit., pág. 79. TRILLO NAVARRO considera que no ejercitar la acción penal en atención al llamando “*principio de oportunidad*”, vulneraría el principio de legalidad (fundamental en un Estado de Derecho) y el principio de igualdad ante la Ley, debido a la diferente apreciación que la acusación tendría legitimación para llevar a cabo en función a criterios ajenos al delito (TRILLO NAVARRO, J. P., “Criminalidad de bagatela: *descriminalización...*”, op. cit., pág. 17).

<sup>19</sup> SONIA CALAZA considera también como opciones admisibles la formulación de una conformidad premiada o la promoción la iniciación convencional del proceso penal hasta su final (CALAZA LÓPEZ, S., “La mediación penal: de las bambalinas a la escena”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, pág.

una vez acreditada la comisión de un hecho delictivo e identificado su presunto autor, facultando al Fiscal para optar entre varias posibilidades u “*oportunidades procesales*” (previstas expresamente en la norma procesal), entre las que se debería encontrar la mediación penal o el sobreseimiento condicionado<sup>20</sup>.

Esta parece que es la dirección que va a seguir nuestra futura LECrime, pues el borrador del ALECrime 2020, se decanta con firmeza por la incorporación de la oportunidad al proceso penal a través de la Justicia Restaurativa sancionando en su Exposición de Motivos que la misma constituye un “*complemento efectivo del ejercicio del principio de oportunidad*”<sup>21</sup>.

### 3. LA MEDIACIÓN PENAL

La posible implantación de un procedimiento de mediación penal es un tema candente desde hace mucho tiempo en España que ha suscitado numerosas discusiones doctrinales, la apremiante instauración de la Justicia Restaurativa por las exigencias derivadas de la normativa europea junto con la decida apuesta del ALECrime 2020 por permitir a las víctimas acudir a los mecanismos restaurativos alternativos al proceso penal, hacen que el debate acerca de la mediación penal se mantenga en el ojo del huracán<sup>22</sup>. Tanto el EVD como el ALECrime 2020

---

115). En esta línea GIMENO SENDRA señala que “*la vigencia del principio de oportunidad constituye un presupuesto necesario de la viabilidad de la mediación penal, puesto que esta solución heterocompositiva tan sólo sucederá, en la práctica forense, cuando una norma material de nuestro CP pueda otorgar a la defensa una determinada ventaja en la reducción de la pena, lo que constituirá, para ella, su causa que le permitirá suscribir el negocio jurídico de conformidad*” (GIMENO SENDRA, V., “El principio de oportunidad y la mediación…”, op. cit., pág. 244).

<sup>20</sup> SONIA CALAZA considera que la introducción de la mediación al proceso penal sería “*razonable*” siempre que se estableciesen legalmente una serie de condiciones esenciales: 1) Que se fijasen expresamente (previamente a la comisión de delito) las conductas susceptibles de someter a mediación; 2) Que se les confiera a los acusados (tanto público como privado) la facultad de decidir, en su caso, poner la conducta típica en conocimiento de los Jueces y Tribunales; 3) Que los mediadores sean profesionales especializados en la materia; 4) Que la transacción, negociación o acuerdo sea susceptible de una posterior revisión judicial (CALAZA LÓPEZ, S., “La mediación penal: de las bambalinas a la escena”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, pág. 116, 117 y 125). En tal sentido, se considera que el ámbito penal el objetivo de la mediación es que el autor repare el perjuicio causado a la víctima comprendiendo dicha reparación tanto la dimensión material como la psicológica (TRILLO NAVARRO, L., “El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad”, *LA LEY*, N° 1708, 2006, pág. 1).

<sup>21</sup> Así, continúa la citada Exposición de Motivos “será el fiscal el que -al apreciar la concurrencia de un supuesto que, por sus circunstancias específicas, permite acudir a un archivo por oportunidad o la imposición de una pena reducida- pueda condicionar estas posibles opciones a la adecuada satisfacción de las víctimas. Podrá, de esta forma, como director de la investigación, impulsar, a través de la justicia restaurativa y con el consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego en función de la disminución o ausencia de interés del Estado en el castigo”.

<sup>22</sup> La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (en adelante, Directiva 2012), obliga a los Estados miembros a incorporar la mediación penal en sus legislaciones internas, en España esta obligación se ha materializado de forma dispersa y defectuosa a través de la Ley Orgánica 1/2015 por la que se reforma el Código penal y mediante el EVD. La Directiva 2012 en su considerando 46 dispone que los

prevén la posibilidad de que las víctimas puedan acceder a Servicios de Justicia Restaurativa fundamentándose en la necesidad de integrar este tipo de mecanismos para lograr la reparación material y moral de la víctima, se critica el hecho de que el EVD no haga mención a los beneficios que pueden reportar a la persona infractora, al considerar que le ofrecen “*un escenario en el que enfrentarse con las verdaderas secuelas de su comportamiento, brindándole un espacio genuino para la responsabilización y la reinserción, donde se suprime gran parte de la victimización y estigmatización del paso por el aparato judicial*”<sup>23</sup>.

Por otro lado, ni el EVD ni el ALECrим 2020 determinan si el procedimiento de Justicia Restaurativa debe tratarse propiamente de mediación o de cualquier otro mecanismo (*ex* artículo 15 EVD y artículos 181 y ss. ALECrим 2020)<sup>24</sup>. No obstante, la doctrina habitualmente cuando alude a la posibilidad de incorporar la oportunidad al proceso penal a través de la Justicia Restaurativa, se refiere principalmente a la mediación penal, quizás porque está prohibida expresamente a las víctimas de violencia de género y porque es el mecanismo alternativo utilizado en el proceso de menores, aunque la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (en adelante, LORPM) no menciona específicamente el término “*mediación*”, sino “*conciliación*”. De acuerdo con esto, a continuación, se exponen las principales desventajas y ventajas que arguye la doctrina para instaurar la mediación penal.

---

Servicios de Justicia Reparadora como la mediación “*pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias*”. El citado considerando también manifiesta que el objetivo principal de estos servicios debe ser “*satisfacer los intereses y las necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional*”. En su artículo 12 establece las condiciones mínimas para que la víctima pueda acudir a los Servicios de Justicia Restaurativa que son las siguientes: “*a) que se recorra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento; b) antes de que acepte participar en cualquier proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como de los procedimientos para supervisar la aplicación del acuerdo; c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos del caso; d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal; e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrolle en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público*”.

<sup>23</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en España”, *Revista General de Derecho Procesal*, N° 49, 2019, pág. 11.

<sup>24</sup> FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición en violencia de género”, en CASTILLO FELIPE, R. y TOMÁS TOMÁS, S., *Estudios sobre la mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pág. 262. Sin embargo, el Proyecto de Código Procesal Penal de 2013 se decantaba por la mediación penal, la cual definía en el artículo 143 (Título VI “*De la mediación penal*”) como el procedimiento de solución de conflictos entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo. Sin embargo, se remitía a la regulación de la mediación paral asuntos de Derecho Civil y Mercantil.

No obstante, es necesario poner de manifiesto que los Juzgados españoles han venido efectuando una experiencia piloto promovida por el CGPJ desde el año 2005, pero tal experiencia carece de sustento legal (CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal...”, op. cit. pág. 6).

### 3.1. Argumentos en contra

El primer argumento que se ha esgrimido para rechazar la instauración de la mediación en el ámbito penal es que podría implicar la pérdida del efecto simbólico o de prevención general característico del Derecho Penal<sup>25</sup>. También se ha señalado el quebrantamiento del principio de legalidad, ya que la mediación como cualquier otro mecanismo de solución negociada de los conflictos conllevaría a que no se aplicara la sanción penal prevista para dar prioridad a otra forma de resarcimiento común y voluntariamente acordada por las partes<sup>26</sup>. La principal consecuencia de esto sería la creación de amplios ámbitos de impunidad, puesto que mientras que la tramitación de un proceso penal se centra en la imposición de una pena legalmente prevista, la mediación pretende la satisfacción de la víctima, pero dicha satisfacción varía dependiendo de la situación psicológica de ésta, lo que se traduciría en que a delitos idénticos se pudieran aplicar respuestas jurídicas diferentes<sup>27</sup>.

De otro lado, se ha apuntado que la mediación puede aportar beneficios en aquellos países en los que la víctima ha sido relegada del proceso penal, pero no en el Ordenamiento español donde la víctima puede ser parte del proceso, ejercer la acción penal y la civil, y renunciar a ellas o reservar la acción civil para un proceso ulterior. Es decir, el nuevo mecanismo resarcitorio no proporcionaría más garantías a las víctimas, sino que pondría en riesgo su *ius ut procedatur* (ex artículo 24.1 CE), careciendo de sentido establecer la mediación para reforzar la posición de la víctima y, a su vez, despojarla de su posición en el proceso penal y de los derechos y garantías que la misma detenta<sup>28</sup>.

Por otra parte, se razona que sería muy difícil armonizar la mediación con la existencia de la acusación popular, ya que la presencia de ciudadanos no afectados por el hecho delictivo sería inconciliable con la proximidad que exige la mediación entre las partes privadas, salvo que se prescindiera de la dimensión pública del delito, en consecuencia la implantación de la mediación conllevaría irremediablemente la eliminación de la acusación popular, lo que implicaría reformar nuestra Carta Magna al configurarse como un derecho constitucional (ex

<sup>25</sup> RENEDO ARENAL, M<sup>a</sup> A., “¿Mediación penal en violencia de género? No gracias”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N<sup>o</sup> 23, 2014, pág. 184.

<sup>26</sup> Se afirma que “las facultades de oportunidad se encuentran así en una suerte de limbo jurídico, a medio camino entre instrumentos no punitivos de reacción frente al fenómeno criminal equivalentes a las penas y verdaderos “premios” a cambio de una actitud facilitadora de la labor de los órganos de persecución penal del Estado” (CONTRERAS ALFARO, L. H., “Principio de oportunidad y delitos económicos relacionados con la corrupción: Reflexiones en torno a la posibilidad de satisfacción sucedánea del interés público en la persecución penal, a través de la aplicación de facultades de oportunidad basadas en la reparación”, *Revista General de Derecho Procesal*, N<sup>o</sup> 5, 2004, pág. 16).

<sup>27</sup> FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, op. cit., pág. 273 y RENEDO ARENAL, M<sup>a</sup> A., “¿Mediación penal en violencia...”, op. cit., págs. 180 y 181.

<sup>28</sup> RENEDO ARENAL, M<sup>a</sup> A., “¿Mediación penal en violencia...”, op. cit., pág. 187 y FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, op. cit., pág. 265.

artículo 125 CE)<sup>29</sup>. Sin embargo, es importante destacar, que el ALECrим 2020 concilia la acusación popular<sup>30</sup> con todas las manifestaciones del llamado “*principio de oportunidad*” “que pretende implantar, restringiendo la actuación de este tipo de acusación tanto en el archivo como en la suspensión por razones de oportunidad (175 y 176 ALECrим 2020) donde carece de relevancia su personación. El ALECrим 2020 también excluye al actor popular del posible procedimiento alternativo de Justicia Restaurativa que pueda tener lugar (ex 181 y ss LECrim), ya que el mismo se desarrolla entre las partes directas del conflicto y los Servicios de Justicia Restaurativa y, es absolutamente confidencial, debiendo el informe sobre el resultado positivo o negativo del mismo guardar silencio sobre “*las comunicaciones mantenidas entre las partes*” y no manifestar ningún tipo de “*opinión, valoración o juicio sobre el comportamiento de las mismas*”, correspondiendo exclusivamente al Fiscal, tras el examen de dicho informe, la decisión de si procede decretar el archivo o la suspensión por razones de oportunidad o, en su caso, seguir un procedimiento de conformidad (ex 183 ALECrим 2020).

De otro lado, se colige en contra de la instauración de la mediación penal que podrían menoscabarse los derechos y las garantías del imputado (entre otros, los derechos al debido proceso, a la defensa y la presunción de inocencia), puesto que se correría el peligro de equiparar la mediación a la autoinculpación, ya que el legislador se vería abocado a, o bien supeditar la prosperidad del proceso penal al resultado de la mediación, o bien permitir que el acusado interviniere en la mediación donde tendría que asumir su autoría con la recompensa de que se archivaría la causa penal<sup>31</sup>. Por último, se hace alusión a los costes económicos de establecer un procedimiento de mediación, pues su instauración implicaría disponer de medios personales y materiales para hacer frente a la infraestructura administrativa que requeriría un servicio institucionalizado de mediación<sup>32</sup>. Este último argumento es bastante cuestionable, ya que con la mediación no solo se consigue un ahorro económico, sino también emocional, psicológico, de tiempo, etc.

---

<sup>29</sup> RENEDO ARENAL, M<sup>a</sup> A., “*¿Mediación penal en violencia...*”, op. cit., pág. 187.

<sup>30</sup> El ALECrим 2020 regula la acusación popular en los artículos 120 y ss., disponiendo expresamente en el artículo 120 que “los ciudadanos españoles que no sean ofendidos o perjudicados por el delito pueden ejercitar la acción penal mediante querella en los casos y con arreglo a las prescripciones establecidas en esta Ley”.

<sup>31</sup> RENEDO ARENAL, M<sup>a</sup> A., “*¿Mediación penal en violencia...*”, op? cit., págs. 193 y 194 y SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “*Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género*”, *La Ley Penal*, N<sup>º</sup> 112, 2015, pág. 4. En tal sentido, se ha puesto de manifiesto que, si se instaurara la mediación en el proceso penal como un mecanismo alternativo, el reconocimiento de los hechos durante su desarrollo por parte del autor del delito no podría ser, posteriormente, si la mediación concluye sin acuerdo trasladado al proceso penal (TRILLO NAVARRO, L., “*El reto de la mediación penal...*”, op. cit., pág. 13).

<sup>32</sup> Se ha señalado que cuando la mediación fuera propuesta por el Fiscal o el órgano instructor debería ser gratuita, de acuerdo con el principio de igualdad del art. 14 CE (RENEDO ARENAL, M<sup>a</sup> A., “*¿Mediación penal en violencia...*”, op. cit., págs. 195-197).

### 3.2. Argumentos a favor

La primera ventaja de la mediación que se suele invocar y también la más evidente es que se desarrolla en un entorno humano, flexible y comunicativo, ajeno a la rigidez formal del proceso judicial, siendo menos intimidante para la víctima<sup>33</sup>. En el ámbito penal, se ha señalado que introducir la mediación ayudaría a trazar un Derecho Penal orientado en la resocialización y en la concordia, ya que se prestaría una especial atención a las condiciones de la víctima, a los hechos y a la significación jurídico penal de la condena para el autor<sup>34</sup>. Mediante este mecanismo se allanaría la consecución del fin de prevención especial de la pena, es decir, la reeducación y reintegración del delincuente en la sociedad, pues la función resocializadora del Derecho Penal obtendría con la mediación una trascendencia especial en el proceso, ya que el agresor participaría de forma más activa en su propia resocialización debido al reconocimiento de su responsabilidad en el delito<sup>35</sup>. Por último, también se ha subrayado que la mediación contribuiría a la reducción de los costes temporales y económicos de los procesos judiciales, así como a proporcionar un mayor índice de satisfacción cualitativo y cuantitativo respecto al cumplimiento de las resoluciones judiciales, y un menor desgaste emocional<sup>36</sup>.

## 4. LA CUESTIONABLE PROHIBICIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Nuestro legislador ya prohibió expresamente la mediación en los delitos de violencia de género, incluso antes de que existiese una Ley que estableciese y regulase la mediación<sup>37</sup>. Se considera

---

<sup>33</sup> Este mecanismo se caracteriza por ser un procedimiento más abierto en el que la prioridad son las necesidades humanas reales y dónde las partes son las únicas protagonistas (SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, op. cit., pág. 2)

<sup>34</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO afirma que si la pena confiere un sentido relativo de prevención (resocialización del delincuente) y para el ordenamiento español el objetivo de la pena no puede ser otro *ex articulo 25. 2 CE* que la reeducación y reinserción social del delincuente el Derecho Penal debería de dejar de acatar el rígido modelo de los programas condicionados y asumir la dimensión teleológica propia de los programas finalistas. Es decir, “*cualquier medida que con imposición de condiciones o reglas de conducta interfiera la libertad de comportamiento para ser legítima exige, o bien su imposición coactiva a virtud de una decisión judicial tras un proceso contradictorio o bien el acatamiento voluntario del sometido a ella sin proceso, sustituyéndose así la coerción por la aceptación. Es entonces cuando la oportunidad debe apoyarse en el consenso*” (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, 1989, pág. 298).

<sup>35</sup> SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, op. cit, pág. 4.

<sup>36</sup> FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, op. cit., págs. 244 y 245.

<sup>37</sup> La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOVG), prohibió la mediación en su ámbito de aplicación, en su art. 44.5 que introdujo un nuevo art. 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, LOPJ), para atribuir competencias en el orden penal y civil a los Juzgados de Violencia contra la Mujer que la propia Ley crea, concluyendo en su apartado quinto que “*en todos estos casos está vedada la mediación*”. Varios años después, se aprobó la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LM), que excluye expresamente la mediación en el orden penal de adultos [art. 2.2, apartado a)].

que tal prohibición responde a la necesidad de hacer ver a la sociedad que la violencia de género no es un asunto privado que las partes podrían solucionar dialogando de puertas para dentro del hogar. Así, se pone de manifiesto en la propia Exposición de Motivos de la LOVG, que declara que “*la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado*”. Sin embargo, en el momento en que se promulgó la LOVG todavía se estaba iniciando el cambio de percepción legal de las acciones delictivas basadas en el género, tras varios años desde su entrada en vigor, se puede decir que la percepción de la sociedad sobre la violencia de género ha evolucionado, y podría ser un buen momento para plantearse la posibilidad de permitir la mediación en ciertos supuestos de violencia contra las mujeres si se cumplen determinadas condiciones<sup>38</sup>. Más aún si se tiene en cuenta, como se pondrá de manifiesto más adelante, que existen países que permiten la mediación en estos supuestos con resultados satisfactorios, así como que en que se nuestra Jurisdicción de Menores también se aplica la mediación en delitos de violencia de género cometidos por menores infractores.

La principal razón por la que se prohíbe la mediación en los delitos de violencia de género en el proceso penal de adultos es la desigualdad que existe entre la víctima y el agresor, es decir, en la ausencia de equidad entre las partes. La LM instaura como uno de los principios informadores de la mediación en asuntos de Derecho Civil y Mercantil “*la igualdad entre partes*” (7 LM). Sin embargo, la LOVG hace referencia a la ausencia de igualdad entre mujeres y hombres en numerosas ocasiones, tanto en su Exposición de Motivos como en el artículo 1 LOVG<sup>39</sup>. Se considera que el poder y la dominación del agresor prevalecería en la mediación, siendo los eventuales acuerdos que se lograran consecuencia de la voluntad unilateral del presunto agresor que tendría sometida a la víctima, y no del equilibrio y la equidad de las partes<sup>40</sup>.

En este sentido, se estima que la mediación en los delitos de violencia de género podría poner en riesgo la integridad de la víctima, pues lo más probable es que el agresor aproveche el encuentro para insistir en su comportamiento ofensivo, utilizando la mediación para mantener el control sobre la víctima. No obstante, la necesidad de adoptar medidas de protección pondría de relieve la desigualdad entre las partes y la ausencia de arrepentimiento por parte del agresor

---

<sup>38</sup> BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia de género ¿éxito o fracaso?”, *Diario La Ley*, N° 9100, 2017, pág. 4.

<sup>39</sup> La Exposición de Motivos de la LOVG define la violencia de género como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, “*se trata de una violencia que se dirige contra las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*”. Asimismo, el artículo 1 LOVG proclama que la dicha Ley tiene por objeto luchar contra la violencia de género como “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.

<sup>40</sup> DEL POZO PÉREZ, M., “Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004”, *La Ley*, N° 98/99, 2012, pág. 7; RENEDO ARENAL, M<sup>a</sup> A., “*¿Mediación penal en violencia...*”, op. cit., págs. 191 y 192 y; FUENTES SORIANO, O., “*Sobre la mediación penal y su prohibición...*”, op. cit., pág. 273.

debiendo abandonar la mediación<sup>41</sup>. También se ha manifestado que el hecho de no aplicar el Derecho Penal podría transmitir un erróneo mensaje de disminución de la gravedad de los hechos a la ciudadanía que trivializaría la agresión y convertiría de nuevo la violencia de género en un asunto privado, lo que supondría un retroceso en las medidas legislativas que se han ido adoptado en los últimos años para visibilizar la violencia en el hogar (tanto doméstica como de género) y trasladarla del ámbito privado al público<sup>42</sup>.

Sin embargo, hay otras posturas que señalan que la mediación podría ser muy positiva para las víctimas de violencia de género al centrarse en su reparación proporcionándoles ayuda, comprensión y asistencia, ya que en la mayoría de las ocasiones este tipo de víctimas están más interesadas en conseguir apoyo, comprensión y una explicación de la violencia que en el castigo para el infractor o una indemnización<sup>43</sup>. Se sostiene que no en todas las situaciones en que se comete un delito de violencia de género prima la desigualdad fruto de la dominación del hombre sobre la mujer, existen supuestos en los que el conflicto penal es ocasional y es aquí donde hacer uso de la mediación penal podría ser más beneficioso que recurrir al tradicional proceso penal, pues la mediación permitiría a la víctima recuperar su posición de igualdad con respecto a su agresor, al reconocer éste el desvalor de su acción<sup>44</sup>. Además, se favorecería el empoderamiento y autonomía de la mujer, dotándola de herramientas para prevenir estados futuros análogos, al tiempo que podría hacer frente a su situación actual, dejando atrás la imagen de ser dependiente e incapaz que subyace de la legislación vigente en violencia de género, para ser capaz de abordar y gestionar su propia realidad<sup>45</sup>.

También se ha indicado que, en los delitos de violencia de género de ámbito doméstico, a diferencia de lo que ocurre en otros tipos delictivos, es bastante probable que la víctima tenga la necesidad de hablar con el agresor sobre aspectos compartidos fruto de la vida en común que

<sup>41</sup> RENEDO ARENAL, Mº A., “¿Mediación penal en violencia...”, op. cit., pág. 189.

<sup>42</sup> RENEDO ARENAL, Mº A., “¿Mediación penal en violencia...”, op. cit., pág. 184; SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...” op. cit., pág. 4; FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, op. cit., pág. 255 y BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia...”, op. cit., pág. 3. Como contrapartida al impulso por convertir la violencia contra las mujeres en una cuestión de orden público y de máxima prioridad, ORTIZ PRADILLO señala que se ha limitado la autonomía de la voluntad de las víctimas de violencia de género, a través de preceptos jurídicos cargados de paternalismo que consideran que estas mujeres no están en condiciones de decidir y, por ello, decide el Estado (ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia de la voluntad de la víctima”, *Diario La Ley*, N° 8697, 2016, pág. 3).

<sup>43</sup> SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, op. cit, pág. 3.

<sup>44</sup> BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia...”, op. cit., pág. 3.

<sup>45</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. Y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia de género”, *Revista de Mediación*, N°7, 2011, pág. 43, SÁNCHEZ RUÍZ, I. C. y GARCÍA-LONGORIA SERRANO, Mº P., “Un sistema alternativo para la gestión de conflictos en casos de violencia de género: La mediación”, *Revista chilena de Derecho y Ciencia política*, Vol. 6, N° 3, 2015, pág. 80, ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estereotipos legales en la...”, op. cit., pág. 10 y ÁLVAREZ SUÁREZ, L., “La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español” *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, VOL. 5, N° 2, 2019, pág. 1102.

han mantenido juntos (hijos, bienes, deudas, etc), e incluso, puede que en un futuro se reconcilien. Por ello se considera que la mediación en estos supuestos presenta el beneficio de “*la protección de la familia*” mediante la consecución de acuerdos que implican la necesaria aceptación de la culpa, lo que sin duda coadyuva no solo a maximizar las posibilidades de pacificar las relaciones humanas en el ámbito más íntimo y relevante de la vida que es el familiar, sino también las probabilidades de que no se vuelva repetir una conducta semejante por parte del agresor<sup>46</sup>.

Por último, se apunta que, la aprobación de la LOVG no ha supuesto una reducción de los delitos de violencia de género de ámbito doméstico, más bien al contrario, se ha experimentado un aumento que se ha visto agravado por los efectos de la pandemia<sup>47</sup>. Los resultados son tan desoladores que se ha llegado a poner en duda la eficacia de la LOVG, al considerar que el exceso punitivo con el que el legislador español ha pretendido aplacar el incremento de este tipo de violencia se ha traducido en un progresivo endurecimiento de penas propio de un sistema retributivo que no ha servido para atajar la violencia contra las mujeres. No obstante, en el ámbito internacional se han llevado a cabo procedimientos de mediación en delitos graves y de violencia de género que arrojan resultados muy positivos, como casos ejemplificativos se

---

<sup>46</sup> CALAZA LÓPEZ, S., “La mediación penal: de las bambalinas a...”, op. cit, pág. 139.

Se entiende que la Justicia Penal sólo puede proteger a la víctima, castigar al victimario, y en su caso, rehabilitarlo, pero no que ofrece una solución real al conflicto. Sin embargo, la mediación se presenta como una alternativa muy conveniente, al constituirse la palabra en la única herramienta legítima para gestionar una controversia que, inevitablemente, los individuos han de enfrentar a lo largo de sus vidas, interiorizando el diálogo como método de solución de conflictos (BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia...”, op. cit., pág. 4 y CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRIÓN, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia...”, op. cit., pág. 43). También se ha señalado que debería valorarse la admisión de la mediación desde la perspectiva del interés del menor, ya que en determinados casos debería de primar el derecho del menor a relacionarse con su progenitor, así como el derecho a la solución pacífica del conflicto, por ser la única forma de ponderar a los menores en el conflicto parental (GIL VALLEJO, B. “A vueltas con el artículo 416 LEcRim. (Repercusión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 en el uso de la dispensa del art. 416.1 LEcRim., por las víctimas de la violencia de género. La mediación en el ámbito de la violencia de género. Necesidad de flexibilización del sistema actual)”, *Diario La Ley*, N° 8764, 2016, pág. 10). La práctica evidencia un alto grado de reincidencia en los delitos de violencia de género de ámbito doméstico debido al elemento diferenciador que les caracteriza, la relación de afectividad, factor al que el proceso penal no puede dar una solución eficaz. Se estima que en los casos de violencia de género en que la víctima se retracta o pide que se anulen los cargos contra el agresor, a veces por haber llegado al acuerdo de volver juntos o continuar la vida en común, es mejor la intervención de un mediador que contribuya a lograr una solución extrajudicial que consista en un acuerdo equitativo que el mero perdón otorgado por la mujer agredida a su pareja, ya que éste puede producir determinados efectos procesales al incidir en la pretensión de la víctima de retirar la denuncia, en su decisión de retroceder de los hechos inicialmente narrados o, incluso en la de no comparecer en el juicio oral ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal”, en ARANGÜENA FANEGO, C., HOYOS SANCHO, M. y CABRERA MERCADO, R., *Ánalisis de medidas para mejorar la protección judicial y policial de las víctimas de violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011, pág. 130 (https://www.mimp.gob.pe/files/programas\_nacionales/pncvfs/Proyecto\_Apoyo\_Asociacion\_Juristas/Analisis\_Medidas\_Mejorar\_Proteccion\_Policial\_Judicial\_Victimas\_Violencia\_Genero.pdf, consulta: 1/02/2019).

<sup>47</sup> Vid. el Documento Oficial de la Comisión Interamericana de Mujeres sobre “Covid-19 en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados” (https://www.oas.org/es/cim/docs/ArgumentarioCOVID19-ES.pdf, consulta: 29/03/2021).

pueden destacar EEUU, Canadá, Austria, Finlandia, Alemania o Italia. Es más, incluso, en España hay Comunidades Autónomas como Madrid, Cataluña o el País Vasco que han desarrollado proyectos piloto “alegales” en materia de violencia de género con resultados fructíferos<sup>48</sup>.

## 5. LA APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMETIDOS POR MENORES

En el proceso de menores se recurre a la mediación con una finalidad educativa y resocializadora, primando el criterio pedagógico de la responsabilidad del menor, permitiendo la Justicia Reparadora y la oportunidad reglada para determinadas infracciones, como un instrumento adecuado para lograr la rehabilitación del menor, confiriendo al MF varias opciones para desjudicializar la conducta típica del menor infractor<sup>49</sup>. La concepción de la mediación como un instrumento de carácter educativo para el agresor y reparador para la víctima llevó a plantearse la viabilidad de aplicarla también en los delitos de violencia de género en los que el agresor es un menor de edad, pero previamente fue necesario resolver dos cuestiones: 1) si las conductas violentas en parejas adolescentes podían comprenderse dentro del concepto de violencia de género que proporciona la LOVG y, en su caso, 2) qué ley debía aplicarse para perseguir tales conductas, si la LORPM o la LOVG<sup>50</sup>.

En cuanto a la primera cuestión, se consideró que la LOVG no supedita la comisión de un acto de violencia de género a la edad de la víctima. Es más, el artículo 17 LOVG reconoce a todas las mujeres víctimas de violencia de género los derechos garantizados en la misma, con independencia de su origen, religión o cualquier otra “*condición o circunstancia personal*”

---

<sup>48</sup> Vid. SERRAMIÁ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema penal tras las reformas legales del año 2015: Especial incidencia en la violencia de género”, *Dereito*, Vol. 26, N°2, 2017, págs. 12 a 16, CANO SOLE, M<sup>a</sup> A., “La mediación penal como método de resolución de conflictos. Posibilidades de aplicación a los delitos de violencia de género y doméstica”, *La Ley Penal*, N° 109, 2014, pág. 4 y SÁNCHEZ SERRAMIÁ BALAGUER, I.C. y GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M<sup>a</sup> P., “Un sistema alternativo para la gestión de conflictos en casos de...”, op. cit., págs. 70 y 71. ARANGÜENA FANEGO pone de manifiesto que en el Derecho internacional existen sistemas penales como el de EEUU, Alemania o los países escandinavos que permiten la mediación en delitos especialmente violentos y graves, y en los que lejos de considerarse desaconsejable se entiende como “*altamente conveniente*” (ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, op. cit., pág. 115). TRILLO NAVARRO critica la postura del legislador español de prohibir la mediación en delitos de violencia de género cuando la experiencia de otros países de nuestro entorno ha puesto de manifiesto que la mediación puede ser muy satisfactoria para las víctimas de violencia de género si se aplican las técnicas mediadoras apropiadas y las cautelas necesarias (TRILLO NAVARRO, L., “El reto de la mediación penal: el principio de...”, op. cit., pág. 8).

<sup>49</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en España...”, op. cit., pág. 6.

<sup>50</sup> Así, DÍEZ RIAZA pone de manifiesto que el fomento de soluciones encuadradas dentro de la Justicia restaurativa siempre resultan beneficiosas para la víctima al sentir que se ha hecho Justicia por haber podido observar cómo se ha tratado el delito que se cometió en contra de ella (DÍEZ RIAZA, “Mecanismos alternativos al ejercicio del ius puniendi y la desjudicialización de la intervención de los menores infractores”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, pág. 215).

entre las que debería entenderse comprendida la edad<sup>51</sup>. En cuanto al agresor, la LOVG tampoco establece ningún requisito de edad, y si se tiene en cuenta que de acuerdo con el Código Civil los menores de 16 años si están emancipados pueden contraer matrimonio (*ex artículos 46 y 48*), se supone que también pueden mantener relaciones de noviazgo o afectividad<sup>52</sup>. Por tanto, no existe ningún obstáculo para que se cumpla el requisito de la relación de afectividad entre la víctima y el agresor que exige la LOVG para considerar un determinado hecho como un acto de violencia de género<sup>53</sup>, consiguientemente, no hay ningún impedimento para que un menor de entre 14 y 18 años pueda ser autor de un delito de violencia de género contra una víctima (mayor o menor de edad)<sup>54</sup>.

En cuanto a la segunda cuestión tanto la LORPM como la LOVG son leyes especiales que pretenden dar una respuesta jurídica distinta a la delincuencia de menores y a la violencia de género, respectivamente. En tal sentido, se consideró que la propia razón se ser de la Justicia Penal de Menores era suficiente argumento para aplicar en estos supuestos la LORPM y no la LOVG; ya que el desarrollo intelectual, emocional y físico de un menor es diferente al de un adulto, el menor se encuentra en un proceso de formación y si comete un delito debe proporcionársele un proceso y una respuesta penal que contribuya a su educación y reinserción social con la finalidad de que una vez alcanzada la mayoría de edad se incorpore en la sociedad como un adulto responsable<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> No obstante, se considera que la posición de la víctima en el procedimiento de menores es compleja, ya que no encontramos ante un procedimiento cuya finalidad principal es la reeducación y la reinserción del agresor, pero tal finalidad puede que no sea compartida por la víctima que, como ofendida y perjudicada por el delito legítimamente puede reclamar su intervención en el proceso exclusivamente para obtener el resarcimiento del daño derivado del delito y la debida protección (MILLÁN DE LAS HERAS, Mº J., “La Jurisdicción de menores ante la violencia de género”, *Revista de Estudios de Juventud*, N° 86, pág. 140).

<sup>52</sup> VALVERDE MORÁN, E., “Aspectos legales de la violencia de género en adolescentes”, *Jornadas Violencia de género en adolescentes. Una realidad que necesita respuesta*, celebradas en Madrid el 2 de diciembre de 2014, pág. 3 ([https://www.pediatrasiocial.es/HtmlRes/Files/Elena\\_Valverde\\_Moran.pdf](https://www.pediatrasiocial.es/HtmlRes/Files/Elena_Valverde_Moran.pdf), consulta: 08/03/2021).

<sup>53</sup> En tal sentido, la Circular 6/2011, de 2 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer declara que “*aunque la plena capacidad se concede con la mayoría de edad, las mujeres que no la han alcanzado gozan de capacidad para decidir el inicio de una relación sentimental que las sitúa, sin duda bajo la esfera de la tutela penal que se otorga a las mujeres víctimas de violencia de género*”.

<sup>54</sup> PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de género ejercida por menores de edad. Especial referencia a la mediación”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, pág. 381.

<sup>55</sup> PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pp. 382 y 383. En cambio, otros autores señalan que la prohibición del art. 87 ter 5 LOPJ no afecta a la Jurisdicción de Menores porque la LORPM no contiene ninguna previsión especial en materia de violencia sobre la mujer y, por otro lado, la LOPJ solo afecta a las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (MOLINA CABALLERO, Mº J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y mediación”, *Revista Criminológica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 17-24,2015, págs. 21 y 23).

No obstante, la aplicación de la LORPM no implica dejar a la víctima de violencia de género sin su específica protección, pues está salvaguardada por el artículo 17 LOVG, precepto que ha de armonizarse con el interés superior del menor<sup>56</sup>. Además, se ha señalado que la rápida intervención de los especialistas de educación y formación facilita la localización de factores de riesgo en el proceso evolutivo del menor y las causas que han podido “favorecer” los hechos, impidiendo la “*cronificación de conductas violentas, por lo que se abre una puerta a la posibilidad de cambio*”<sup>57</sup>. Sin embargo, si bien se considera que la prohibición del artículo 87 ter LOVG no supone un impedimento para aplicar la mediación en los procesos de menores se señala que se ha de prestar una especial diligencia por si existiese o surgiese una situación desigualdad entre las partes, tanto los Fiscales como los Equipos Técnicos deben tener un extremado cuidado y ante cualquier atisbo de desequilibrio entre las partes han de excluir la mediación por concurrir una situación de desigualdad<sup>58</sup>.

La mediación en el proceso de menores tiene un riguroso carácter reglado, la LORPM establece con precisión los momentos procesales en los que es posible recurrir a este mecanismo alternativo al proceso, los requisitos que han cumplirse, así como distintos controles para asegurar que se respetan los límites legales y las garantías jurídicas básicas de los sujetos intervenientes en la mediación. En los delitos de violencia de género solo sería posible la mediación en los supuestos previstos en los artículos 19 (sobreseimiento por conciliación) y 51.3 LORPM (sustitución de las medidas impuestas por conciliación), respectivamente<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Además, la reforma de la LORPM operada por la Ley Orgánica 8/2006 reforzó la posición de las víctimas de violencia de género que pueden tener una intervención activa en el proceso de menores, al poder personarse como acusación particular (en condiciones semejantes al proceso penal de adultos). Tienen derecho a estar informadas durante todo el proceso de las resoluciones que se adopten y que puedan afectar a sus intereses y seguridad (aunque no estén personadas en el procedimiento). Por otro lado, en el artículo 7 i) se prevé la medida de alejamiento o de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u personas que el Juez determine.

<sup>57</sup> MILLÁN DE LAS HERAS, M° J., “La Jurisdicción de menores ante la violencia de...”, op. cit., pág. 150.

<sup>58</sup> PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pág. 386. En este sentido, el Informe de la Clínica Jurídica de UNIR titulado “El interés del menor agresor frente al interés de la menor víctima de violencia de género en los procedimientos de menores” del año 2016 pone de manifiesto que “*la utilización de la conciliación en supuestos menos graves exige que exista un ambiente de calma y un deseo común de poner fin a la situación de fuerte desequilibrio entre los afectados. En ningún caso deberá utilizarse si el menor maltratador no exterioriza un firme propósito de cesar en sus actos o si la víctima, por el daño sufrido y por la razonada falta de esperanza en la mediación, se encuentre psicológicamente inhabilitada para tomar parte en el proceso*”, pág. 31 (<https://www.fundacionpombo.org/web/wp-content/uploads/2020/05/Interes-del-menor-agresor-frente-al-interes-del-menor-victima-de-violencia-de-genero.pdf>, consulta: 11/03/2021)

<sup>59</sup> El artículo 18 LORPM que permite al MF, practicadas las diligencias preliminares, acordar el desistimiento de la incoación del expediente, pero no se puede aplicar en supuestos de violencia de género, ya que el propio precepto establece que dicho desistimiento solo se podrá acordar cuando se trate de hechos denunciados que “*constituyan delitos menos graves cometidos sin violencia o intimidación en las personas*” o delitos leves, por lo que resulta imposible su aplicación a conductas violentas como son los delitos de violencia de género (PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pág. 385). Por otro lado, hay comentaristas que consideran que el artículo 51.3 LORPM no puede considerarse como una manifestación del llamado “*principio de oportunidad*”, se señala que en este supuesto se llega “*tarde*” para poder hablar de oportunidad, pues la medida ya ha sido impuesta y lo que se pretende es dejarla sin efecto (para lo cual es necesario

El artículo 19 LORPM permite al MF solicitar el sobreseimiento y el archivo de las actuaciones al Juez de Menores (una vez iniciado el procedimiento) si considera que los hechos delictivos fueron cometidos sin violencia ni intimidación graves; y si el menor realiza alguna de las conductas establecidas en la LORPM<sup>60</sup>. El sobreseimiento del proceso por la mediación entre la víctima y el menor se sujeta a tres requisitos: 1) que el hecho sea constitutivo de un delito menos grave o leve, 2) que los hechos se hayan cometido sin violencia o intimidación graves (por lo que se entiende que podría decretarse el sobreseimiento si existiese violencia o intimidación menos grave), 3) que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la misma o al perjudicado; especificando el artículo 19 LORPM en qué debe consistir la conciliación o la reparación de la víctima a efectos de poder solicitar el sobreseimiento<sup>61</sup>.

La conciliación se considera producida cuando el menor reconoce el daño causado, se disculpa con la víctima y ésta acepta las disculpas<sup>62</sup>. Es decir, se precisa la confluencia de dos voluntades (la del menor infractor que debe reconocer el daño causado y disculparse con la víctima) y la de la víctima (que debe aceptar las disculpas). Lo que implica que, si la víctima no acepta las disculpas del menor infractor, *a priori*, no se cumplirían las condiciones que establece el artículo 19.2 LORPM para poder decretar el sobreseimiento y debería de continuarse la

---

haber cumplido un determinado tiempo). Sin embargo, el propósito de la aplicación de los criterios de oportunidad es que el proceso no siga su curso y brindar una solución alternativa (DÍEZ RIAZA, S., “Mecanismos alternativos al ejercicio del ius puniendi...”, op. cit., pág. 204).

<sup>60</sup> En concreto: 1) que haya procedido a conciliarse con la víctima, 2) que haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito o, 3) que se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico. Se considera que la expresión “circunstancias de los hechos y del menor” puede calificarse o considerarse como una especie de “cajón del sastre” en la que cabría incluir la reincidencia del menor o la no comisión precedentemente hechos semejantes (CALLEJO CARRION, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *Diario La Ley*, N° 6366, 2005, pág. 10 y PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pág. 387).

<sup>61</sup> En cuanto a los dos primeros requisitos, en los delitos de violencia de género la mediación por conciliación o reparación entre el menor infractor y la víctima solo podrá tener lugar en aquellos hechos menos graves cometidos sin violencia o intimidación graves como insultos, amenazas o coacciones<sup>61</sup>. Pero, en todo caso, será el Equipo Técnico quien examine las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto para determinar la idoneidad de esta solución extrajudicial (PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pág. 391). El informe de la Clínica Jurídica de Unir estima que en los casos leves en los sea posible aplicar la mediación, en todo caso, es necesario poner en conocimiento del menor infractor que “cualquier otro rebrote será objeto de una respuesta de mayor intensidad, que ya prevé el Código Penal cuando existe reincidencia en el actuar ilícito de su autor”, a su vez, es necesario informar a la víctima de que debe poner en conocimiento del MF cualquier nueva conducta violenta del menor infractor (Informe de la Clínica Jurídica de UNIR “El interés del menor agresor frente al interés de la menor víctima de violencia de género...”, op. cit., pág. 31).

<sup>62</sup> CALLEJO CARRION, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal...”, op. cit., pág. 10. PERIS RIERA considera que la LORPM confiere a la conciliación un perfil “más espiritualizado” y menos material que a la reparación, ya que ““las buenas intenciones” tienen que ir indefectiblemente acompañadas de la realización de acciones por parte del menor” (PERIS RIERA, J.M., “El modelo de reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000”, *LA LEY*, N° 12483/2001, 2001, pág. 2).

tramitación del procedimiento penal. Sin embargo, esta interpretación implicaría dejar exclusivamente en manos de la decisión de la víctima la tramitación o no de la causa, pero cuando los principios rectores del proceso de menores (interés superior del menor y educación) recomiendan el sobreseimiento y el menor se ha disculpado, se puede acordar igualmente, pero ya no nos encontraríamos ante un sobreseimiento por conciliación, sino por alguno de los otros motivos que prevé la ley (ex artículo 19.4 LORPM). Por tanto, el MF podría dar por finalizada la instrucción y solicitar al Juez de Menores el sobreseimiento cuando el menor infractor haya reconocido el daño causado, se haya disculpado con la víctima (y tras la negativa de ésta a aceptarlas), se haya comprometido a realizar una actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico<sup>63</sup>.

En cuanto a la reparación, para que sea real el artículo 19.2 LORPM exige “*su realización efectiva*”, a diferencia de la conciliación, no es suficiente con el mero compromiso del menor, sino que es necesaria la realización material de la actividad reparadora a la que se ha comprometido, motivo por el cual el Equipo Técnico debe mantener informado al MF de los compromisos asumidos por el menor y de su grado de cumplimiento<sup>64</sup>. Por otro lado, es

<sup>63</sup> Así, el apartado cuarto del artículo 19 LORPM sanciona que “una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado”. PILLADO GONZÁLEZ afirma que una apropiada interpretación del artículo 19 LORPM obliga a diferenciar dos cosas: 1) la necesidad del consenso de la víctima para que tenga lugar la conciliación y 2) la exigencia de tal consenso para que se pueda acordar el sobreseimiento. Es decir, es claro que no cabe la conciliación si la víctima no acepta las disculpas del menor infractor, pero esto no implica que tal aceptación sea imprescindible para acordar el sobreseimiento, puesto que debe de prevalecer ante todo el interés superior del menor por lo que la continuación o no del procedimiento no puede depender de la voluntad de la víctima, pudiendo acordarse el sobreseimiento (a pesar de la falta de aceptación de las disculpas por parte de la víctima) por otro de los motivos que prevé la LORPM si se cumplen las condiciones fijadas (PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., págs. 388 y 389; en un sentido similar, PERIS RIERA, J.M., “El modelo de reparación en el nuevo marco de la responsabilidad...”, op. cit., págs. 1 y 2).

<sup>64</sup> El Fiscal solo podrá dar por finalizada la instrucción y solicitar el sobreseimiento cuando el menor concluya los compromisos de reparación o, cuando se verifique que éstos no se pudieron efectuar por causas ajenas al menor (ex artículo 19. 3. y 4 LORPM). En cuanto al contenido de la actividad reparadora que puede llevar a cabo el menor con la finalidad de que se decrete el sobreseimiento, ante la falta de especificación del legislador que se ha ceñido a establecer que consistirá en “*determinadas acciones*” en favor de la víctima o del perjudicado o de la comunidad, para evitar el riesgo que conlleva delimitar mediante un *numeris clausus* las acciones posibles no siendo lo suficientemente exhaustivo, y con el consiguiente menoscabo a la utilidad práctica del precepto. Por ello, debe considerarse que tiene cabida cualquier tipo de actuación por parte del menor que tenga una finalidad reparadora para la víctima o el perjudicado (como por ejemplo, sacar a pasear una persona dependiente bajo custodia de la víctima); o en su caso, en beneficio de la comunidad (como por ejemplo, colaborar en las actividades de una ONG destinada a las mujeres maltratadas), siendo competencia del Equipo Técnico recomendar en cada supuesto la actividad que estime más apropiada para la reeducación del menor (artículo 27.3 LORPM). De acuerdo con el valor educativo que inspira el proceso de menores, se pretende que el menor sea consciente del daño causado y acepte la actividad reparadora como adecuada y proporcionada a la lesión que causó. En consecuencia, la actividad reparadora impuesta al menor debe guardar relación con el bien jurídico perjudicado o puesto en peligro por el hecho delictivo cometido, así como proporcionalidad con la gravedad del delito y la intensidad del daño causado (PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pág.

necesario poner de manifiesto que la reparación del artículo 19 LORPM es simplemente de carácter penal y educativo, lo que implica que no se identifica íntegramente con la responsabilidad civil establecida en los artículos 110 y 112 del Código Penal<sup>65</sup>.

Por lo que respecta a la segunda posibilidad de mediación que establece la LORPM en delitos de violencia de género, el artículo 51.3 LORPM permite la posible conciliación entre el menor y la víctima cuando ya se ha dictado la sentencia y el menor está ejecutando alguna de las medidas que se le impuso, dejándola sin efecto cuando el menor haya cumplido la medida durante un determinado lapso de tiempo, suponiendo que este periodo de cumplimiento junto con su conciliación con la víctima supone un suficiente reproche social de la conducta delictiva que cometió<sup>66</sup>. Se ha considerado que la reparación en este momento del procedimiento podría vulnerar el principio *nom bis in ídem*, ya que se le estaría imponiendo al menor la obligación de reparar a la víctima como requisito para dejar sin efecto una medida de carácter sancionador y educativo que se supone que ha cumplido parcialmente, y que le fue impuesta por los mismos hechos por los que se le estaría exigiendo la reparación de la víctima<sup>67</sup>.

A diferencia del artículo 19 LORPM, para dejar sin efecto la medida es necesario que la víctima acepte las disculpas del menor sin que tengan en este momento del proceso cabida otras alternativas de reparación social como la ejecución de labores socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, ya que ni la Ley ni el Reglamento están previstas<sup>68</sup>. Por otro lado, la Ley no fija ninguna restricción por razón de la gravedad de la medida impuesta, de modo que sería posible dejar sin efecto la medida si se cumplen las condiciones previstas en

---

390 y CALLEJO CARRION, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal...”, op. cit., pág. 10).

<sup>65</sup> Motivo por el cual el artículo 19.2 LORPM señala que “*sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil*”, es decir, la reparación que efectué el menor no extingue la acción civil de responsabilidad *ex delicto*” (PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pág. 391).

<sup>66</sup> El artículo 51.3 LORPM se desarrolla en los artículos 5.3 y 15 del RD 1774/2004 en los que se regulan aspectos procedimentales. Pero existe una cierta contradicción entre los preceptos de la LORPM y del RD 1774/2004, ya que el artículo 51.3 LORPM habilita para dejar sin efecto la medida si la mediación finaliza con una conciliación entre el menor infractor y la víctima en los términos del artículo 19 LORPM (reconocimiento del daño por parte del menor y su petición de disculpas), pero el artículo 15 RD 1774/2004 prevé la posibilidad de dejar sin efecto la medida cuando la mediación concluya con la reparación del daño causado a la víctima.

<sup>67</sup> PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pág. 393.

<sup>68</sup> No obstante, la dejación sin efecto de la medida no se subordina exclusivamente a la existencia de conciliación entre el menor y la víctima, ya que el artículo 51.3 incluye un presupuesto adicional que se concreta en la apreciación subjetiva del Juez de Menores al sancionar expresamente que el Juez debe juzgar si el acto de conciliación y el tiempo de duración de la medida ya cumplido “*expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor*”. En consecuencia, el Juez de Menores puede valorar que el tiempo de ejecución de la medida junto con el hecho de que el menor infractor se haya conciliado con la víctima constituyen un suficiente castigo para el menor (PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de...”, op. cit., pp. 394 y 395).

el artículo 51.3 LORPM, con independencia de que se trate de un delito grave en el que existe violencia o intimidación graves<sup>69</sup>.

El sobreseimiento del artículo 19 LORPM guarda cierta similitud con la suspensión del procedimiento de investigación que pretende introducir el artículo 176 ALECrим 2020 por razones de oportunidad en el proceso de adultos para delitos castigados con penas de hasta cinco años de prisión o cualesquiera de otra naturaleza, condicionando dicha suspensión al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 175<sup>70</sup>. Esto es, a que la persona investigada reconozca su responsabilidad en el delito, se comprometa a cumplir las reglas de conducta que le han sido impuestas en el plazo fijado y por último, a que la víctima muestre su conformidad con la suspensión. Entre las conductas que se le pueden imponer al investigado se encuentran: indemnizar a la víctima, dar al ofendido o perjudicado una satisfacción moral que este considere adecuada y suficiente; participar en programas formativos o cumplir los deberes que el MF estime convenientes para su rehabilitación social, previa conformidad del investigado, siempre que no atenten a su dignidad como persona.

## 6. LÍNEAS DE FUTURO: LA PROPUESTA DEL PRELEGISLADOR Y LAS SUGERENCIAS DE LA DOCTRINA

Como ya se ha puesto de manifiesto parte de la doctrina considera que la mediación es una alternativa muy conveniente al proceso penal, incluso, en los delitos de violencia de género<sup>71</sup>. No obstante, es necesario precisar que con esto no se está pensando en la desaparición o supresión del proceso penal para que la condena o consecuencia jurídica sea impuesta por un mediador, sino que se pretende que ambos procedimientos se complementen. De forma, que el trabajo realizado por el mediador en el marco de un procedimiento restaurativo (siempre que concurren las condiciones necesarias) pueda introducirse en el proceso penal ya sea para

---

<sup>69</sup> CALLEJO CARRION, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero...”, op. cit., p. 18.

<sup>70</sup> El artículo 175 ALECrим 2020 condiciona el archivo del procedimiento de investigación por razones de oportunidad a los siguientes requisitos: 1) que la incidencia sobre los bienes o intereses legalmente protegidos resulte mínima o insignificante, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción o las circunstancias en que se produjo; 2) que pueda reputarse mínima la culpabilidad del responsable, de forma que la imposición de la pena no haya de reportar ninguna utilidad pública; 3) que la comisión de la infracción haya causado a su autor un perjuicio grave que haga innecesaria o manifiestamente desproporcionada la imposición de una pena. Además, sanciona expresamente que el archivo por razones de oportunidad no cabrá cuando: 1) en la comisión del hecho haya mediado violencia o intimidación; b) el investigado haya sido condenado anteriormente por un delito de la misma naturaleza o por más de un delito de naturaleza distinta; c) la persona investigada se haya beneficiado anteriormente de la aplicación por razón de delito de alguno de los supuestos de oportunidad y; d) que la víctima sea menor de trece años.

<sup>71</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el *ius poniendi* del Estado”, *Revista de Derecho Penal*, N° 33, 2011, pág. 23. En tal sentido, ARANGÜENA FANEGO ha puesto de manifiesto que la viabilidad de la mediación penal pre procesal es más que dudosa, y absolutamente rechazable en los supuestos de violencia de género (ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, op. cit., pág. 151).

abreviarlo, para minimizarlo a la “cuasi *mera sentencia*” o, para condicionar el contenido de la misma o de la propia ejecución<sup>72</sup>

De acuerdo con lo anterior, el ALECrим 2020 regula el acceso a la Justicia Restaurativa, habilitando al MF para que pueda, si lo estima conveniente, derivar a la víctima y al autor del delito a un procedimiento restaurativo una vez analizadas las circunstancias del hecho, del ofensor y de la víctima, ya sea de oficio o a instancia de parte (*ex artículo 182.1*). No obstante, en la fase de ejecución le corresponde al Juez, en su caso, acordar la remisión a un procedimiento de Justicia Restaurativa previa audiencia del MF. Este procedimiento se rige según el borrador por los principios de voluntariedad, gratuitad, oficialidad y confidencialidad. El posible sometimiento de la víctima y del autor es voluntario de forma que ninguna de las partes puede ser obligada y en cualquier momento puede revocar su consentimiento y apartarse del mismo. Por tanto, la negativa de las partes a someterse o el abandono del procedimiento de Justicia Restaurativa no tiene ninguna consecuencia en el proceso penal. El ALECrим 2020 garantiza la absoluta confidencialidad de la información que se obtiene en el procedimiento restaurativo que nunca podrá ser utilizada posteriormente, salvo que las partes lo acuerden (*ex artículo 181.4*). El Fiscal no puede tener conocimiento del desarrollo del procedimiento de Justicia Restaurativa hasta que haya finalizado, o en su caso, mediante el acta de reparación (*ex artículo 181. 4 in fine*).

El ALECrим 2020 permite la derivación a un procedimiento de Justicia Restaurativa durante todas las fases del proceso penal, el artículo 182 apartado dos dispone que la remisión por parte del Fiscal a un proceso restaurativo “*no eximirá de la práctica de diligencias indispensables para la comprobación del delito*”, se ha considerado que no podría hacerse de otro modo, pues la paralización de las actuaciones podría conllevar la pérdida de fuentes de prueba esenciales para la conclusión del proceso penal<sup>73</sup>. Por su parte, el artículo 184 ALECrим 2020 dispone que en el juicio oral cuando todas las partes lo soliciten el Tribunal podrá remitir las actuaciones a un procedimiento de Justicia Restaurativa, de forma que si se alcanza un acuerdo se incluirá en las conclusiones definitivas y en la sentencia como atenuante de reparación. Por último, el apartado cinco del artículo 182 establece la potestad del Juez de permitir que las partes acudan a un proceso de Justicia Restaurativa durante la ejecución del proceso.

Una vez finalizado el procedimiento de Justicia Restaurativa, el ALECrим 2020 establece que los Servicios expedirán un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad de conciliación, y en caso positivo, el acta de reparación con los acuerdos que las partes hayan alcanzado. En este último supuesto, el MF a la vista de los acuerdos de las partes, de las circunstancias concurrentes y del estado del procedimiento puede o bien decretar el archivo del procedimiento por oportunidad (*ex artículo 175 ALECrим 2020*) el cual está prohibido expresamente para delitos de violencia de género, acordar la suspensión del procedimiento

---

<sup>72</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en...”, op. cit., pág. 33.

<sup>73</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en España...”, op. cit., pág. 12

imponiendo como reglas de conducta los acuerdos alcanzados con las partes (*ex* artículo 176 ALECrим 2020) o, proceder conforme las reglas especiales del procedimiento de conformidad (*ex* 183 ALECrим 2020).

Por lo que respecta a la doctrina, sobre la confidencialidad ha considerado que debería garantizarse mediante la regulación expresa del secreto profesional de los mediadores y el establecimiento de la prohibición de que puedan ser llamados como testigos o peritos, así como a través de la prescripción de las partes de utilizar como prueba en un proceso penal posterior los hechos reconocidos en el contexto de la mediación con la finalidad de proteger la presunción de inocencia del agresor<sup>74</sup>. El ALECrим 2020 guarda silencio sobre el secreto profesional de los mediadores y sobre que puedan ser llamados como testigos o peritos<sup>75</sup>, se limita a establecer la obligación de que los informes de los Servicios de Justicia Restaurativa no desvelen la información de las comunicaciones mantenidas entre las partes, ni manifiesten opiniones o valoraciones sobre la conducta que han seguido durante el procedimiento restaurativo (*ex* artículo 183. 1 *in fine*); y, además, permite que la información obtenida en el procedimiento pueda ser utilizada ulteriormente si las partes lo acuerdan expresamente.

La reincidencia del autor del delito no es una cuestión pacífica, algunos autores señalan que la conducta del presunto autor del delito debería de ser ocasional, excepcional y esporádica para poder someterse a un procedimiento de Justicia Restaurativa, al considerar que la reincidencia, la persistencia o la habitualidad de conductas delictivas “*casa mal con el arrepentimiento, asunción de la culpa, deseo de proceder al resarcimiento y pacificación relacional futura*”<sup>76</sup>. Pero existen otras posturas que advierten que las circunstancias que envuelven al reincidente en el momento que se produce el delito y la mediación (ya sean personales, sociales, etc.) pueden ser determinantes en la recomposición de las relaciones entre la víctima y el victimario y servir de canalización para una rehabilitación real del agresor. Es decir, el reincidente puede serlo de una conducta que nada tuvo que ver con la actuación anterior, y en consecuencia que los elementos que han de concurrir para poder trabajar con el mediador se den sin problema ninguno<sup>77</sup>. El ALECrим 2020 no dice nada expresamente sobre este punto, pero puede entenderse que cuando sanciona que el Fiscal examinará las “*circunstancias del ofensor*” deberá tener en cuenta la posible existencia de reincidencia.

Respecto al momento en que cabría la mediación tampoco existe consenso. En los delitos de violencia de género, algunos autores han considerado que la fase más apropiada para una

---

<sup>74</sup> ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, op. cit., págs. 137, 138 y 159 y CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en...”, op. cit., 30.

<sup>75</sup> En cambio, el Proyecto de Código Procesal Penal de 2013 en el artículo 144.4 establecía expresamente que el mediador se encontraba sometido al secreto profesional y que no podía declarar sobre los hechos de los tuviera conocimiento como consecuencia de su intervención en la mediación penal.

<sup>76</sup> CALAZA LÓPEZ, S., “La mediación penal: de las bambalinas...” op. cit., pág. 154.

<sup>77</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en...”, op. cit., 26.

conciliación entre la víctima y el autor sería la ejecución de la condena, a semejanza del artículo 51. 3 de la LORMP, ya que en este momento se habría hecho valer el *ius poniendi* del Estado y existiría una condena que imponer<sup>78</sup>. Por el contrario, hay autores que creen que si existe una posición igualitaria entre la víctima y el agresor desde el principio del proceso penal, nada debería obstaculizar un procedimiento de mediación en la fase de investigación, ya que diferenciar los casos en que debe impedirse por falta de igualdad entre las partes y los supuestos en los que es viable, e incluso, conveniente; es una materia ardua que precisa de un proceso metodológico que no tiene por qué impedir siempre y en todo caso una respuesta restaurativa ante un supuesto de violencia de género<sup>79</sup>. Por su parte, el ALECrим 2020 ya se ha puesto de manifiesto que permite la derivación a un procedimiento de Justicia Restaurativa durante todas las fases del proceso penal.

Por lo que respecta a los delitos que podrían someterse a mediación la cuestión es más controvertida aún si cabe, hay autores que consideran en consonancia con el legislador que no son susceptibles de mediación los delitos de violencia de género<sup>80</sup>, otros que creen que todos los delitos son mediabiles<sup>81</sup>, también existen los que estiman que solo cabe la mediación en los delitos menos graves o leves<sup>82</sup>. Y, por último, se encuentran otras posturas, que, con acierto, consideran que el acceso a los mecanismos de Justicia Restaurativa no debería de limitarse en función de la gravedad del hecho delictivo, pues si es aconsejable o no la derivación a

---

<sup>78</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género...”, op. cit., pág. 27. En tal sentido, se ha estimado que en la fase ejecutiva la aplicación de la mediación podría ser conveniente en el trámite previo a la suspensión y sustitución (*ex artículos 80 y ss. CP*) de las penas privativas de libertad, más si se tiene en cuenta que en la sustitución uno de los aspectos que se valoran es el esfuerzo para reparar el daño (TRILLO NAVARRO, L., “El reto de la mediación penal: el principio de...”, op. cit., pág. 8). También se ha apuntado que el comienzo de un proceso de mediación, una vez recaída la sentencia condenatoria al agresor, en delitos especialmente graves y violentos, puede ser positivo, al considerar que el paso del tiempo muchas veces es trascendental para la recuperación de la víctima (SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, op. cit., pág. 4). ARANGÜENA FANEGO señala que la mediación serviría como una forma de canalizar la pena escuchando a la víctima y al condenado al que se le abriría la alternativa entre cumplir de forma efectiva los pactos derivados de la mediación o cumplir en sus propios términos la sentencia (ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...”, op. cit., pág. 154).

<sup>79</sup> GUARDIOLA LAGO, M°. J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia...”, op. cit., pág. 36

<sup>80</sup> FUENTES SORIANO señala que la selección de tipos penales susceptibles de ser sometidos a mediación debería realizarse atendiendo a dos criterios: uno cuantitativo, en función de la gravedad de la pena, y otro, de carácter cualitativo en el que se determinaran los tipos delictivos y los concretos bienes jurídicos protegidos afectados; o, también se podría emplear un sistema mixto con ambos criterios. No obstante, señala que el segundo criterio es más aconsejable, pues la clave de la mediación debería estar en el mayor o menor interés público que presenta la persecución de determinados delitos, al margen de la pena (FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, op. cit., págs. 266 y 267).

<sup>81</sup> FUSTERO BERNAD, A., “La mediación en los delitos de violencia de género”, *Revista Internacional de Mediación*, N° 1, 2014, pág. 9.

<sup>82</sup> Así, SONIA CALAZA apunta que solo podrían someterse a mediación los supuestos de violencia de género de “escasa, mitigada o prácticamente nula enjundia social” (CALAZA LÓPEZ, S., “La mediación penal: de ...”, op. cit., pág. 125). En un sentido similar, SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, trab cit, pág. 1, ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estereotipos legales en la...”, op. cit., pág. 9 y GIL VALLEJO, B., “A vueltas con el artículo 416 LECrim..”, op. cit., pág. 10.

mediación debería condicionarse al examen de cada caso concreto; y, sobre todo, a la concurrencia de determinados presupuestos<sup>83</sup>. En palabras de CASTILLEJO MANZANARES “*la gravedad del hecho, según la calificación y pena que se halle contenida en el Código Penal, no coincide siempre y en todo caso con la gravedad percibida subjetivamente*”, por lo que no tienen por qué estar sistemáticamente excluidos todos los delitos graves ni incluidos todos los delitos leves, pues no todos son susceptibles de mediación<sup>84</sup>.

En particular, en los delitos de violencia de género se considera que la diversidad de relaciones violentas impide que se puedan fijar reglas generales sobre la intervención de la mediación en cada delito específico<sup>85</sup>. Se entiende que en todo caso es necesaria la valoración previa de la mujer y de sus concretas circunstancias para poder determinar qué línea de actuación seguir<sup>86</sup>. De forma que solo serían susceptibles de mediación los delitos de violencia de género cuando existiese igualdad entre la víctima y el agresor, en otros supuestos podría ser necesaria la intervención especializada y profesional de la mujer para situarla en un plano de igualdad frente al hombre para que la mediación fuera viable<sup>87</sup>. Sin embargo, puede ocurrir que la mujer se encuentre en un estado de “*indefensión aprendida*” en el cual es imposible practicar la mediación debido a la absoluta falta de igualdad, la “*indefensión aprendida*” se refiere a una situación de desequilibrio de la mujer frente a su agresor debido a una victimización reiterada que le impide reaccionar contra los ataques que sufre para reequilibrar la balanza, “*el sentimiento de indefensión incapacita a la víctima para encontrar una reacción viable para reducir el sentimiento de vulnerabilidad, pues la posible solución se considera ineficaz para aliviar la angustia*”<sup>88</sup>.

<sup>83</sup>SERRAMIÁ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema...”, op cit., págs. 21 y 22 y ÁLVAREZ SUÁREZ, L., “La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia...”, págs. 1102 y ss).

<sup>84</sup>En tal sentido, CASTILLEJO MANZANARES estima que no es aconsejable la fijación de una lista cerrada de delitos susceptibles de mediación, pero podrían establecerse protocolos revisables en los que se prevean elementos que ayuden a valorar caso por caso y atendidas las circunstancias que permitan la posible remisión del asunto a un Servicio de mediación (CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en España...”, op. cit., pág. 19).

<sup>85</sup>CASTILLEJO MANZANARES, R., “Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género”, *Diario La Ley*, Nº 8882, 2016, pág. 8.

<sup>86</sup> Se considera que entre las circunstancias que deberían tomarse en cuenta en cada caso específico se encuentran las siguientes: el grado, tipo y la reiteración/periodicidad de la violencia, los daños producidos, las secuelas y la capacidad de recuperación de las mismas, la gravedad del episodio de violencia, la existencia o no de otros perjudicados (como hijos o ascendientes), el restablecimiento del equilibrio y la igualdad y el deseo de la víctima de someterse al proceso mediador (SERRAMIÁ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema...”, op.cit., pág. 21).

<sup>87</sup> Se ha señalado que una vez que la víctima adquiere de nuevo su control y se recupera de las secuelas del maltrato no puede resultarle conveniente enfrentarse de nuevo al maltratador, porque de ser así se caería en la incoherencia de “*recuperar*” a la víctima para que ésta entre de nuevo “*en los dominios del maltratador*” (CANO SOLE, M<sup>a</sup> A., “La mediación penal como método de resolución de conflictos...”, op. cit., pág. 11).

<sup>88</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en España...”, op. cit., pág. 23.

No obstante, para poder realizar la mediación entre la víctima y el agresor en los delitos de violencia de género no solo es imprescindible el equilibrio entre la mujer y el hombre<sup>89</sup> también resulta ineludiblemente adoptar una serie de cautelas<sup>90</sup>: 1) el respeto de las garantías procesales durante el transcurso de todo el procedimiento, no privilegiando en exceso a la víctima; 2) el consentimiento libre e informado de la víctima y del victimario<sup>91</sup>; 3) la inexcusable garantía de la protección de la víctima mediante medidas aplicadas antes, durante y después de los encuentros<sup>92</sup>; 4) la asunción de la responsabilidad por el agresor y el reconocimiento de la naturaleza delictiva de los hechos; y, por último, 5) la imparcialidad de los mediadores, su reciclaje continuado y su especialización en este ámbito<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> Se ha señalado que la falta de equilibrio debería de analizarse en cada fase del proceso, ya que podría suceder que, de existir tal desequilibrio, transcurrido un tiempo se supere, y sea la propia víctima la que quiera, o incluso, necesite, dejar su posición de víctima a través de un procedimiento de mediación (RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “Prohibición de la mediación...”, op. cit, pág. 5). Así, la mediación habría de regirse por los principios de igualdad y voluntariedad, asegurando la libertad de decisión de la mujer y del victimario tanto en el momento de inicio como en el desarrollo del procedimiento (MOLINA CABALLERO, M<sup>a</sup> J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género...”, op. cit., pág. 19).

<sup>90</sup> Se ha señalado que la falta de equilibrio debería de analizarse en cada fase del proceso, ya que podría suceder que, de existir tal desequilibrio, transcurrido un tiempo se supere, y sea la propia víctima la que quiera, o incluso, necesite, dejar su posición de víctima a través de un procedimiento de mediación (RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “Prohibición de la mediación...”, op. cit, pág. 5). Así, la mediación habría de regirse por los principios de igualdad y voluntariedad, asegurando la libertad de decisión de la mujer y del victimario tanto en el momento de inicio como en el desarrollo del procedimiento (MOLINA CABALLERO, M<sup>a</sup> J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género...”, op. cit., pág. 19).

<sup>91</sup> Se considera que para que la mujer fuera introducida en el procedimiento mediador voluntariamente en una posición de igualdad respecto al hombre, en todo caso, sería necesario que su inserción fuera precedida de una completa valoración psicológica, en la que, teniendo en cuenta la disposición de la víctima y su relación con el victimario, se valorara si es pertinente o no la mediación para cada caso específico, ya que no en todas las relaciones en las que existe violencia de género el desequilibrio entre las partes se presenta como insuperable, dentro de este ámbito se pueden diferenciar una gran variedad de situaciones que comprenden desde una agresión ocasional, hasta el uso sistemático de la violencia como instrumento de dominación y poder (CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia...”, op. cit., pág. 42).

<sup>92</sup> Para garantizar la seguridad de la víctima se ha abogado por la llamada “mediación indirecta o subrogada”, en la que la mediación no se efectúa directamente careando a ambas partes sino mediante un tercero o a través de sesiones individuales y no conjuntas, impidiendo así la manipulación que el maltratador pudiera ejercer sobre la víctima (MOLINA CABALLERO, M<sup>a</sup> J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género...”, op. cit., pág. 19).

<sup>93</sup> FUENTES SORIANO., “Sobre la mediación penal y su prohibición...”, cit., pág. 277, SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso...”, op. cit, pág. 12 y MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género...”, op. cit., pág. 23.

También se ha expresado que sería conveniente que los mediadores desempeñaran este cargo desde los equipos psicosociales o las Unidades de Valoración Integral, pero nunca desde el órgano jurisdiccional ni la Fiscalía o la policía. Para obtener la capacitación necesaria para ser mediador, además de la preparación que exija la Ley de mediación penal, en los supuestos de violencia contra las mujeres sería precisa una especialización en materia de género e igualdad (MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género...”, op. cit., pág. 31 y CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia...”, op. cit., pág. 44).

En lógica, CASTILLEJO MANZANARES aboga por la abolición de la prohibición de mediar en supuestos de violencia de género al considerar que carece de sentido siempre que la mediación se realice correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir entre la víctima y la persona encausada, situación que podría salvarse mediante la libertad de las partes para intervenir en la mediación plasmada en la firma del documento de consentimiento informado, previa realización de una valoración del psicólogo<sup>94</sup>. Sin embargo, el ALECrим 2020 se decanta por prohibir expresamente el archivo por razones de oportunidad en delitos de violencia de género.

## 7. VALORACIÓN FINAL

El borrador del ALECrим 2020 pretende incorporar manifestaciones del llamado “*principio de oportunidad*” desde la misma fase de investigación, a semejanza de la LORPM. Hablo del denominado “*principio de oportunidad*” porque al igual que algunos autores entiendo que la oportunidad debería de ser un criterio y no un principio, puesto que lo excepcional (oportunidad) nunca puede generalizarse (como los principios). En el borrador del ALECrим 2020 se desarrolla más que en el EVD el mandato procedente de la Unión Europea de implantar y regular mecanismos de Justicia Restaurativa Penal, pero tampoco se determina el instrumento concreto que se pretende utilizar, lo que podría acarrear cierta inseguridad jurídica si finalmente no se detalla con precisión.

Considero que la instauración de la mediación en el ámbito penal es muy positiva debido a las ventajas que presenta tanto para los sujetos activos como para los sujetos pasivos del hecho delictivo. Más aún en los delitos de violencia de género de ámbito doméstico en los concurren unas especiales circunstancias en las que la mediación podría ser muy beneficiosa (hijos en común, hogar, gastos, etc.), siempre que concurran las condiciones necesarias y en esencial la igualdad entre las partes, desecharando este mecanismo de conciliación si existiese el más mínimo desequilibrio entre las partes.

Por otro lado, los beneficios que la mediación puede procurar en el victimario se suelen dejar en un segundo plano siendo igual de relevantes que los que proporciona en la víctima. Se ha puesto de manifiesto que en el proceso penal de menores se utiliza la mediación no solo por el efecto reparador que tiene para las víctimas, sino también por su finalidad educativa, rehabilitadora y resocializadora para el menor. La finalización de la violencia contra las mujeres viene de la mano de un cambio en la educación y en la cultura, tanto en el ámbito público como en el privado, solo así se impedirán las muertes de más mujeres y la comisión de más delitos de violencia de género. Pero para llegar a ese punto todavía queda mucho tiempo y, está comprobado que las medidas o penas severas no disminuyen los delitos de violencia de género,

---

<sup>94</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en España...”, op. cit., pág. 24.

la entrada en vigor de la LOVG no ha supuesto una reducción de estos delitos, sino más bien al contrario.

Estamos en un momento de transformación en el que se pretende mudar por completo el proceso penal de adultos, de modo similar al proceso penal de menores, apostando por los procedimientos de Justicia Restaurativa y los acuerdos que incluyan conductas formativas y educadoras para el autor del delito. Sería un craso error mantener la prohibición de aplicar la mediación en delitos de violencia de género, lo cual parece un hecho si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 175. 3 del borrador del ALECrим 2020. No obstante, creo que la aplicación de la mediación en delitos de violencia de género cometidos por menores y la experiencia internacional debería hacer por lo menos que el prelegislador español se plantease el mantenimiento de la prohibición de la mediación en delitos de violencia de género, más si se tiene en cuenta que el nuevo proceso penal que se está esbozando es muy similar al de la Jurisdicción de Menores.

En definitiva, si la intención del prelegislador es transformar diametralmente el proceso penal de adultos para hacerlo semejante al proceso de menores en el sentido de establecer dilatadas manifestaciones de oportunidad, debería tener en cuenta que uno de los motivos por los que se prevén es dar una respuesta educativa y rehabilitadora al menor, lo que podría ser muy beneficioso en muchos casos de violencia de género donde se dan las condiciones necesarias para poder llevar a cabo mecanismos de Justicia Restaurativa.

## **8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ÁLVAREZ SUÁREZ, L., “La insuficiencia del concepto de violencia de género y la necesidad de una definición amplia de violencia contra las mujeres en el modelo español”, *Mujer y Derecho*, Editorial Astigi, 2020, págs. 27-39

- “La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español” *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, VOL. 5, N° 2, 2019, págs. 1075-1106.
- “La posición jurídico-procesal de las víctimas de violencia de género: estudio hispano-italiano”, *Revista de Derecho Penal y Procesal*, Nº 51, 2018.

ARANGÜENA FANEGO, C., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal”, en ARANGÜENA FANEGO, C., HOYOS SANCHO, M. y CABRERA MERCADO, R., *Ánalisis de medidas para mejorar la protección judicial y policial de las víctimas de violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011, págs. 127-160  
([https://www.mimp.gob.pe/files/programas\\_nacionales/pncvfs/Proyecto\\_Apoyo\\_Asoc](https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/Proyecto_Apoyo_Asoc)

iacion\_Juristas/Analisis\_Medidas\_Mejorar\_Proteccion\_Policial\_Judicial\_Victimas\_Violencia\_Genero.pdf , consulta: 1/02/2019).

ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991.

BARJA DE QUIROGA, J., “El principio de oportunidad: cuestiones generales”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial D, 2020, págs. 63-71.

BORGES BLÁZQUEZ, R., “La prohibición de mediación penal en violencia de género ¿éxito o fracaso?”, *Diario La Ley*, N° 9100, 2017.

CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C. y ALONSO SALGADO, C., “Mediación en violencia de género”, *Revista de Mediación*, N°7, 2011, págs. 38- 45.

CASTILLEJO MANZANARES, R., “El Estado de la mediación penal en España”, *Revista General de Derecho Procesal*, N° 49, 2019.

-“Hipótesis de partida acerca de la posibilidad de mediación en supuestos de violencia de género”, *Diario La Ley*, N° 8882, 2016.

CANO SOLE, M<sup>a</sup> A., “La mediación penal como método de resolución de conflictos. Posibilidades de aplicación a los delitos de violencia de género y doméstica”, *La Ley Penal*, N° 109, 2014.

CALAZA LÓPEZ, S., “La mediación penal: de las bambalinas a la escena”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, págs. 109-170.

- “La subordinación de la oportunidad a la legalidad en el proceso penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 5/2012, 2012.

“¿Es realmente un principio la “oportunidad” ?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 842/2012, 2012.

CALLEJO CARRION, S., “El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *Diario La Ley*, N° 6366, 2005.

CONDE-PUNPIDO FERRERO, C., “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal”, *Poder Judicial*, N° Especial, 1989, págs. 17-36.

- “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, 1989, págs. 289- 308.

CONTRERAS ALFARO, L. H., “Principio de oportunidad y delitos económicos relacionados con la corrupción: Reflexiones en torno a la posibilidad de satisfacción sucedánea del interés público en la persecución penal, a través de la aplicación de facultades de oportunidad basadas en la reparación”, *Revista General de Derecho Procesal*, N° 5, 2004.

DEL POZO PÉREZ, M., “Matices y acotaciones sobre la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004”, *La Ley*, N° 98/99, 2012.

DEL RÍO FERNÁNDEZ , L., “El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad”, *LA LEY*, N° 1708, 2006.

DÍEZ RIAZA , S., “Mecanismos alternativos al ejercicio del ius puniendi y la desjudicialización de la intervención de los menores infractores”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, págs. 195-216.

FUENTES SORIANO, O., “Sobre la mediación penal y su prohibición en violencia de género”, en CASTILLO FELIPE, R. Y TOMÁS TOMÁS, S., *Estudios sobre la mediación y arbitraje desde una perspectiva procesal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, págs. 239-277.

FUSTERO BERNAD, A., “La mediación en los delitos de violencia de género”, *Revista Internacional de Mediación*, N° 1, p. 8-23, 2014, págs. 8-23.

GIL VALLEJO, B. “A vueltas con el artículo 416 LECrime. (Repercusión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 en el uso de la dispensa del art. 416.1 LECrime., por las víctimas de la violencia de género. La mediación en el ámbito de la violencia de género. Necesidad de flexibilización del sistema actual)”, *Diario La Ley*, N° 8764, 2016.

GIMENO SENDRA, V., “El principio de oportunidad y la mediación penal”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, págs. 238-256.

GUARDIOLA LAGO, M<sup>a</sup>. J., “La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal”, *Revista General de Derecho Penal*, N° 12, 2009.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el *ius ponendi* del Estado”, *Revista de Derecho Penal*, N° 33, 2011.

MILLÁN DE LAS HERAS , M° J., “La Jurisdicción de menores ante la violencia de género”, *Revista de Estudios de Juventud*, N° 86, págs. 137-150.

MOLINA CABALLERO, M° J., “Algunas fronteras de la Ley Integral contra la violencia de género: Jurisdicción de menores y mediación”, *Revista Criminológica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 17-24,2015, págs. 1-23.

ORTIZ PRADILLO, J.C., “Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia de la voluntad de la víctima”, *Diario La Ley*, N° 8697, 2016.

PEDRAZ PENALVA, E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, 1989, págs. 323- 385.

PERIS RIERA, J.M., “El modelo de reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000”, *LA LEY*, N° 12483/2001, 2001.

PILLADO GONZÁLEZ, E., “El principio de oportunidad en supuestos de violencia de género ejercida por menores de edad. Especial referencia a la mediación”, en CALAZA LÓPEZ, S. y MUINELO COBO, J., *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid, Editorial Dykinson, 2020, págs. 380-396.

RENEDO ARENAL, M° A., “¿Mediación penal en violencia de género? No gracias”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 23, 2014, págs. 177 -198.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “Prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género: su incidencia en la ejecución”, *La Ley Penal*, N° 130, 2018.

SÁNCHEZ RUÍZ, I. C. y GARCÍA-LONGORIA SERRANO, M° P., “Un sistema alternativo para la gestión de conflictos en casos de violencia de género: La mediación”, *Revista chilena de Derecho y Ciencia política*, Vol. 6, N° 3, 2015, págs. 65-82.

SALVADOR CONCEPCIÓN, R., “Beneficios y perjuicios del uso de la mediación en el ámbito penal. Especial alusión al supuesto de violencia de género”, *La Ley Penal*, N° 112, 2015.

SERRAMIÁ BALAGUER, L., “Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema penal tras las reformas legales del año 2015: Especial incidencia en la violencia de género”, *Dereito*, Vol. 26, N°2, 2017, págs. 1-30.

TRILLO NAVARRO, J. P., “Criminalidad de bagatela: despenalización garantista”, *LA LEY penal*, N° 51, 2008.

VALVERDE MORÁN, E., “Aspectos legales de la violencia de género en adolescentes”, *Jornadas Violencia de género en adolescentes. Una realidad que necesita respuesta*,

celebradas en Madrid el 2 de diciembre de 2014  
([https://www.pediatrasiocial.es/HtmlRes/Files/Elena\\_Valverde\\_Moran.pdf](https://www.pediatrasiocial.es/HtmlRes/Files/Elena_Valverde_Moran.pdf), consulta: 08/03/202

ANÁLISIS



# La regulación de la cláusula *rebus sic stantibus*: ¿Una incorporación urgente y necesaria?

*The regulation of the rebus sic stantibus clause: An urgent and necessary incorporation?*

JESÚS MARTÍN FUSTER

Profesor de Derecho Civil

Universidad de Málaga (España)

[jesusmf@uma.es](mailto:jesusmf@uma.es)



<https://orcid.org/0000-0003-1426-2266>

**Resumen:** Se realiza en este trabajo un estudio de máxima actualidad acerca de la necesidad de incorporar legalmente en nuestro ordenamiento la regulación de la cláusula *rebus sic stantibus*, solicitada por diversos sectores a raíz de la crisis acaecida por el coronavirus y las restricciones que ha conllevado el estado de alarma. Para ello, se analizará la postura mantenida por nuestro Tribunal Supremo sobre este mecanismo, así como los diversos elementos que configuran una posible regulación legal a la vista de las redacciones legales existentes en diferentes textos nacionales e internacionales, con el fin de realizar finalmente unas consideraciones sobre si realmente tal regulación es necesaria o no en nuestro ordenamiento, así como las ventajas que la misma podría conllevar.

**Abstract:** *In this paper we carry out a highly topical study on the need to legally incorporate in our legal system the regulation of the rebus sic stantibus clause, requested by various sectors as a result of the crisis caused by the coronavirus and the restrictions that the state of alarm has entailed. For this purpose, the position of our Supreme Court on this mechanism will be analyzed, as well as the various elements that make up a possible legal regulation in view of the existing legal wording in different national and international texts, in order to finally make some considerations on whether such*

---

Recepción: 14/03/2021

Aceptación: 02/06/2021

Cómo citar este trabajo: MARTÍN FUSTER, Jesús, “La regulación de la cláusula *rebus sic stantibus*: ¿Una incorporación urgente y necesaria?”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 207-232, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.8>

*regulation is really necessary or not in our legal system, as well as the advantages that such regulation could entail.*

**Palabras claves:** regulación, rebus sic stantibus, Tribunal Supremo, coronavirus, renegociación, modificación del contrato, cambio de circunstancias, onerosidad excesiva.

**Keywords:** *regulation, rebus sic stantibus, Supreme Court, coronavirus, renegotiation, contract amendment, change of circumstances, hardship.*

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA: CAMINO HACIA SU REGULACIÓN. 2.1. Reconocimiento por la jurisprudencia. 2.2. Caracteres de la regulación legal de la cláusula *rebus sic stantibus*. 2.2.A. Planteamiento. 2.2.B. Causas que dan lugar a la aplicación de la *rebus sic stantibus*. 2.2.C. Consecuencias tras el cambio de circunstancias. 2.2.E. Trascendencia y novedades de la posible regulación legal. 2.2.E. Análisis de las enmiendas al Proyecto de Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la pandemia ocasionada por el coronavirus (COVID-19) con el consiguiente estado de alarma, junto a las restricciones que las diferentes autoridades competentes están realizando para intentar paliar los efectos de esta pandemia, no cabe duda de que se han visto alterados numerosos contratos y relaciones jurídicas que, de manera más o menos directa o indirecta, han visto cómo las pretensiones pactadas se tornaban difíciles de cumplir, o bien perdían todo o parte del sentido la contratación realizada.

A la vista de estas circunstancias, claramente imprevisibles e inevitables, se puede plantear la aplicación de uno de los mecanismos reconocidos en nuestro ordenamiento, como es la cláusula *rebus sic stantibus*, con el objeto de modificar el contrato, o, en su caso, resolver el mismo. Dicho remedio, a pesar de ser ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, carece de regulación legal.

Esto ha provocado que, ante la situación actual, se alzaran determinadas voces solicitando una regulación de tal institución, con el fin de solventar los problemas que se han producido por la pandemia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> No obstante, también hay autores que entienden que la cláusula *rebus sic statibus* no es la mejor opción ante esta situación de crisis acontecida, entre otros, GREGORACI FERNÁNDEZ, B. “El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 73, Nº 2, 2020: “Este “renacimiento” de la *rebus sic stantibus* debe valorarse, a mi modo de ver, con frialdad (...). En definitiva, no creo que la *rebus* sea la institución jurídica aplicable a muchos de los contratos cuyos problemas debemos tratar de resolver en las circunstancias actuales. Quedan fuera, en particular, todos aquellos (y son muchos ahora) en los que el deudor

Se realizaron diversas enmiendas al *Proyecto de Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*, con el propósito de incorporar esta regulación de la cláusula *rebus*. Dichas enmiendas no fueron aprobadas, optándose finalmente por su tramitación ordinaria como proposición de ley, acordando la Comisión de Justicia con fecha de 21 de julio de 2020 que “*El Gobierno presentará a las Comisiones de Justicia del Congreso de los Diputados y del Senado, en un plazo no superior a tres meses, un análisis y estudio sobre las posibilidades y opciones legales, incluidas las existentes en derecho comparado, de incorporar en el régimen jurídico de obligaciones y contratos la regla *rebus sic stantibus**”, texto que aparece recogido finalmente en la DA séptima de la *Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*<sup>2</sup>.

En espera de conocer en qué se concretará esta futura regulación, si finalmente se consolida, cabe plantearse si la regulación de la cláusula *rebus sic stantibus* es realmente necesaria, tal y como se ha estado reclamando. Es decir, ¿solucionaría dicha regulación los problemas que surgen en la actualidad? ¿Qué aportaría respecto al estado actual de las cosas? Son cuestiones que consideramos interesantes de tratar, para determinar la utilidad y alcance final que puede tener la incorporación de esta cláusula en un texto legal.

Para ello, tras realizar unas breves consideraciones sobre la postura mantenida actualmente por nuestro Tribunal Supremo, realizaremos un análisis de los diferentes caracteres que configuran la regulación legal de la cláusula *rebus sic stantibus*. Para este análisis se tomará en consideración las distintas redacciones de esta figura que existen, ya sea en los ordenamientos de nuestro entorno como en diversos textos internacionales, y se examinará asimismo las propuestas realizadas a través de las enmiendas presentadas para la elaboración del Proyecto de Ley anteriormente mencionado. Todo ello, con el objeto de determinar qué aportes nos brindaría la regulación de la cláusula *rebus* y en qué medida puede suponer un mecanismo “novedoso” para solventar los problemas que se presentan en la actualidad.

---

*tiene dificultades para pagar. Y en mi opinión ni siquiera en aquellos supuestos en que la *rebus* resulte aplicable, por cumplirse sus presupuestos, las soluciones que nos proporciona son las más adecuadas al contexto actual*”; En sentido similar OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, N°. 28, 2020.: “*Sin embargo, por muy conveniente que sea regular la *rebus* con el objeto de acabar con la inseguridad jurídica descrita (en el momento de escribir estas líneas, se ha anunciado que en un breve período de tiempo se modificará el Código Civil con el fin de incluirla en su articulado), lo cierto es que su utilidad será muy limitada, dado que se trata de un remedio poco apropiado para afrontar una crisis generalizada y potencialmente sistémica del entramado de los contratos privados. La alteración sobrevenida de las circunstancias tiene que ser alegada caso a caso, y serán los jueces y tribunales los que intenten —aunque muy difícilmente lo lograrán— restaurar la justicia comutativa a través de las medidas analizadas*”.

<sup>2</sup> De manera similar en el derecho foral catalán, donde en el Decreto-ley 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados, se ha establecido una DF 1<sup>a</sup> en la que establece que “En el plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de este Decreto-ley, y a propuesta del departamento competente en materia de derecho civil, el Gobierno deberá elaborar y aprobar un proyecto de ley para incorporar en el ordenamiento jurídico catalán la regulación de carácter general necesaria para el restablecimiento del equilibrio contractual en los supuestos de cambio imprevisto de circunstancias”.

## **2. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA: CAMINO HACIA SU REGULACIÓN**

### **2.1. Reconocimiento por la jurisprudencia**

Como hemos indicado anteriormente, y es conocido, no existe una regulación general de la cláusula *rebus sic stantibus* en nuestro ordenamiento, pero sí ha sido reconocido ampliamente por nuestro Tribunal Supremo. Como comenta MOCHOLÍ FERRÁNDIZ<sup>3</sup>, si se examina la cláusula *rebus sic stantibus* en los últimos cien años, se puede observar cómo en los grandes momentos de crisis social y económica es cuando se produce una proliferación y reformulación de esta cláusula, configurándose sus requisitos y criterios de aplicación, como ha acontecido en momentos tales como los años de la postguerra, la crisis industrial, la gran crisis de los 90 o la crisis de 2008.

Con carácter general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo admite que la alteración de las circunstancias pueda provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, cuando dicha alteración es de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la propia finalidad del contrato, siendo tales circunstancias sobrevenidas totalmente imprevisibles para los contratantes (STS nº 567/1997, Sala 1<sup>a</sup>, de 23 de junio)<sup>4</sup>.

A falta de dicha regulación expresa, los pronunciamientos judiciales se suelen amparar en diversos artículos del Código Civil, especialmente, en el artículo 7 Cc relativo a la buena fe y prohibición del abuso del derecho, el art. 1258 Cc referido a la exigencia de actuación en el cumplimiento de los contratos conforme a la buena fe, y al artículo 1274 Cc referido a la causa del contrato, sin perjuicio de otros preceptos que apoyen la admisibilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> MOCHOLÍ FERRÁNDIZ, E., “Análisis de la evolución jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus. Su posible aplicación tras la pandemia COVID-19”, *Actualidad civil*, N° 5, Wolters Kluwer, 2020.

<sup>4</sup> ECLI:ES:TS:1997:4436.

<sup>5</sup> MOCHOLÍ FERRÁNDIZ, E., “Análisis de la evolución jurisprudencial de la cláusula rebus sic stantibus. Su posible aplicación tras la pandemia COVID-19”, op.cit. Menciona la autora, a raíz de una de las sentencias pioneras en esta materia, la STS nº 176/1945, Sala 1<sup>a</sup>, de 6 de mayo de 1945, algunos de los preceptos en los que se fundamentaba la cláusula *rebus*: “*Pero lo relevante de la sentencia será cómo se recogen los criterios de aplicación de este principio y su admisibilidad, se alegan los preceptos del Código civil que directa o indirectamente se inspiran en la citada cláusula y permiten inducirla por vía de generalización. Tales, son entre otros los arts. 644 (revocación de donaciones), 1.129 (pérdida por el deudor del derecho de utilizar el plazo en vista de circunstancias sobrevenidas), 1.467 (dispensa al vendedor de la obligación de entregar la cosa por insolvencia posterior del comprador), 1.484 (obligación de saneamiento), 1.488 (derecho del comprador en caso de pérdida posterior de la cosa por caso fortuito sin culpa de aquél, 1.502 y 1.503 (pérdida de perturbación en la posesión de la cosa comprada con posterioridad a la compra), 1.558 (reparaciones urgentes cuya necesidad hubiera sobrevenido durante el arrendamiento), 1.575 (rebaja, de renta en los casos fortuitos extraordinarios o imprevistos), 1.736 (renuncia del mandatario por imposibilidad sobrevenida), 1.749 (devolución de la cosa al comodante si le sobreveniera necesidad urgente de ella), 1.776 (anticipación de la devolución del depósito por supuestos motivos sobrevenidos, etc. En el mismo sentido se inspiran en el Código de Comercio, los arts. 392, 398, número segundo, 400, número segundo, 787, párrafo primero, etc. Igualmente es el principio en gran parte de la normativa que tras la guerra fue dictada para resolver los acuciantes problemas planteados*”.

Aunque dicho mecanismo ha ido variando y matizándose a lo largo del tiempo<sup>6</sup>, resulta trascendente la interpretación fijada por la STS Sala 1<sup>a</sup> de 30 de junio de 2014 nº 333/2014, seguida por posteriores sentencias como la nº 591/2014 de 15 de octubre y nº 64/2015, de 24 de febrero<sup>7</sup>.

Esta STS de 30 de junio de 2014 recoge que, en la actualidad, se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de esta figura, considerándose con anterioridad una cláusula "peligrosa" y de admisión "cautelosa", interpretación que, ajustada a la realidad social, sufre una tendencia hacia la aplicación normalizada de esta figura. Además, defiende que debe abandonarse su antigua fundamentación subjetiva según reglas "de equidad y justicia" en pro de una progresiva objetivación de su fundamento, basado en el orden público económico, concretado en la regla de la comutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe.

Entiende así que el cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando:

- La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable.
- La comutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación.
- La finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado.

Y en relación con la excesiva onerosidad, señala que su incidencia debe ser relevante o significativa respecto a esta base económica del contrato, de modo que refleje un substancial incremento del coste de la prestación, o bien, en sentido contrario, que la excesiva onerosidad represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida.

Recuerda además que, para la aplicación de esta figura, el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del "riesgo normal del contrato" ya por su expresa previsión,

---

<sup>6</sup> Un análisis de dicha evolución puede verse en ORDUÑA MORENO, F., *La moderna configuración de la cláusula "rebus sic stantibus"* Editorial Civitas, SA, enero de 2016; MARAÑÓN ASTOLFIE, M., "Evolución doctrinal de la cláusula *rebus sic stantibus* en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del TS de 6 de marzo de 2020 (JUR 2020/89493)" *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, N° 52, 2020; MOCHOLÍ FERRÁNDIZ, E., "Análisis de la evolución jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*. Su posible aplicación tras la pandemia COVID-19", op.cit.

<sup>7</sup> ECLI:ES:TS:2014:2823; ECLI:ES:TS:2014:5090; ECLI:ES:TS:2015:1698.

o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria<sup>8</sup>.

No se puede realizar una enumeración exacta de supuestos en donde procede o no la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, aunque ESTRUCH ESTRUCH<sup>9</sup> señala algunas ideas orientadoras en base a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de entre las que se puede destacar las siguientes:

- Entiende la jurisprudencia que la vinculación contractual deberá aplicarse con mayor rigor al contratante profesional que al que no lo sea, entendiéndose que dicho profesional opera en el mercado siendo conocedor de los riesgos que puedan acontecer, debiendo asumir las consecuencias negativas de tales riesgos, salvo que conste otra cosa en el contrato.
- En sentido similar, cuando se trate de operaciones comerciales especulativas, no está justificada la excepción a la vinculación contractual, aunque cambien las circunstancias y el especulador quede perjudicado gravemente en su posición contractual.
- Asimismo, en los contratos con un alto componente de aleatoriedad en las contraprestaciones, y en los que el riesgo está implícito, no procedería la revisión o modificación judicial del contrato, aunque circunstancias sobrevenidas perjudiquen gravemente la posición contractual de una de las partes.
- La depreciación o apreciación del valor de los inmuebles, al menos con carácter general, tampoco debe dar lugar a ninguna revisión o extinción del contrato, al igual que el cambio de calificación urbanística de los terrenos objeto del contrato, a menos que en el contrato se hubiera atribuido expresamente a la parte no perjudicada el riesgo del cambio de calificación.
- El cambio de normativa en los mercados altamente regulados no debe aceptarse como supuesto que autorice la revisión o modificación judicial del contrato, pues los contratantes en estos ámbitos son o deben ser conocedores del riesgo regulatorio, salvo que en el contrato igualmente se pacte otra respecto a la atribución del riesgo.
- Cuando la determinación de la prestación se hubiera realizado con referencia a algún índice variable, escala móvil o cláusula de estabilización, se entiende normalmente que el riesgo del incremento o disminución de los precios lo deberá sufrir exclusivamente la parte perjudicada.
- La imposibilidad de obtener financiación por parte del contratante que la necesita no autoriza para resolver o modificar el contrato, a menos que las partes hayan atribuido el riesgo de la falta

---

<sup>8</sup> Este criterio de la asunción del riesgo suele ser el determinante a la hora de negar la aplicación de la *rebus sic stantibus*, como demuestran la STS nº 5/2019 de 9 enero ECLI:ES:TS:2019:13, o la STS nº 452/2019 de 18 julio ECLI:ES:TS:2019:2556.

<sup>9</sup> ESTRUCH ESTRUCH, J., “La aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 96, Nº 780, 2020.

de financiación al otro contratante, o este se hubiera comprometido a conseguir, para el contratante que la necesita, la financiación adecuada para culminar la operación.

## 2.2. Caracteres de la regulación legal de la cláusula *rebus sic stantibus*

### 2.2.A. Planteamiento

Cabe plantearse, a la vista de las diferentes regulaciones existentes en los diferentes textos nacionales e internacionales que prevén la regulación de este mecanismo de la cláusula *rebus sic stantibus*, así como teniendo en cuenta la postura que sigue nuestro Tribunal Supremo, si realmente es necesaria y urgente<sup>10</sup> la inclusión en nuestro Código Civil de la cláusula *rebus sic stantibus*, o si, por el contrario, es una reforma legal prescindible. La respuesta a esta cuestión dependerá en gran medida del modo en que se vaya a recoger la regulación legal de esta figura.

Atendiendo a las diferentes redacciones existentes, que se irán mencionando a lo largo de este trabajo, podemos extraer cómo se regula dicha cláusula *rebus sic stantibus* teniendo en cuenta dos aspectos principales, como son las causas que dan lugar a dicho mecanismo, y las consecuencias que conlleva. A raíz de esta configuración, plantearemos la trascendencia y novedades que tal regulación puede aportar en nuestro ordenamiento.

### 2.2.B. Causas que dan lugar a la aplicación de la *rebus sic stantibus*

Acerca de estas causas o requisitos habilitantes, varias son las circunstancias que, según los diferentes textos, permitirían o no la aplicación de esta cláusula *rebus*, encontrándonos con expresiones tales como excesiva onerosidad o gravamen excesivo, privación del interés o se comprometa la utilidad del contrato, frustración del contrato, variación de la base del contrato, etc. Aunque en realidad, a pesar de la discusión que a veces se plantea sobre el significado de cada uno de estos presupuestos, entendemos que en el fondo no existe gran variación en los mismos, pretendiéndose evitar que sea una parte la que asuma todo el riesgo y perjuicios que se producen ante un cambio de circunstancias imprevisible.

El concepto que más se suele utilizar es el de “excesiva onerosidad”<sup>11</sup>. Este concepto aparece definido en algunos de ellos, describiéndose como alteración del equilibrio contractual

<sup>10</sup> Así lo entiende MOLL DE ALBA, C., “¿Es la cláusula “rebus sic stantibus” la solución a todos los problemas jurídicos del Covid-19?” *Diario La Ley*, Nº 9668, Wolters Kluwer, 2020: *Ante el alud de demandas invocando la rebus que se avecina, resulta urgente que el legislador español regule el principio de modificación de los contratos por cambio imprevisible de circunstancias para así sistematizar de manera clara los presupuestos y efectos de la cláusula rebus, como han hecho otros países como Francia.*

<sup>11</sup> Terminología que aparece recogida expresamente en los siguientes textos: Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010 (art. 6.2.1); Proyecto de Código Europeo de Contratos, elaborado por la Academia de Pavía (art. 97); Código civil italiano (art. 1467); Código civil francés (art. 1195); Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea COM/2011/0635 (art. 89); Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. C.M. 30/05/2014 (art. 416-2); Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Comisión General de Codificación Sección de

(Principios Unidroit<sup>12</sup>), alteración del equilibrio de las prestaciones (Anteproyecto de Código Mercantil<sup>13</sup>), o alteración grave del contenido económico de la obligación o proporcionalidad entre las prestaciones (Derecho foral Navarro<sup>14</sup>). Y, a su vez, esta alteración del equilibrio contractual tiene lugar (según los Principios Unidroit) cuando se aumenta el coste de la prestación a realizar o se disminuye el valor de la que se va a recibir.

No obstante, hay que tener en cuenta, como recuerdan DÍEZ SOTO y GONZÁLEZ PACANOWSKA al comentar la regulación prevista en los Principios Unidroit<sup>15</sup>, que el punto de partida es la subsistencia del deber de cumplimiento, aunque la prestación hubiere devenido más onerosa. Así constan en los Comentarios Oficiales a dichos Principios, así como en la Nota emitida relativa a la interpretación y aplicación de los Principios de Unidroit a raíz del COVID-19<sup>16</sup>, en donde se insiste en la persistencia de aquel deber, aunque el cumplimiento implique pérdidas no previstas, siendo las reglas sobre la *hardship* una excepción a este principio general.

Y respecto al mencionado aumento del coste de la prestación a realizar o la disminución del valor de la recibida, que justificaría la mencionada alteración del equilibrio, la referida Nota interpretativa de los Principios Unidroit señala que es necesario que estas circunstancias puedan ser constatadas y determinadas objetivamente. Además, en los Comentarios a los Principios se señala también que esta pérdida o disminución del valor a recibir comprende también aquellos

---

Derecho Civil. 2009 (art. 1213); Propuesta de Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil (art. 526-5).

<sup>12</sup> Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010: “Artículo 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (*hardship*). Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y: (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato; (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.

<sup>13</sup> Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Ministerio de Justicia. C.M. 30/05/2014: Art.416-2.2: Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapan al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos”.

<sup>14</sup> Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil Foral de Navarra: “Ley 498. “Rebus sic stantibus” Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o trácto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá esta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución”.

<sup>15</sup> DÍEZ SOTO, C. y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del Covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español” *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, Nº. 1, 2021.

<sup>16</sup> Nota relativa a la interpretación y aplicación de los Principios de Unidroit relativos a los Contratos Comerciales Internacionales en el contexto de la crisis sanitaria, social y económica generada por el COVID-19, emitida por el Secretariado del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) el 15 de julio de 2020.

supuestos en donde se frustra el propósito concreto que justifica la celebración del negocio, siendo necesario, en tal caso, que dicho propósito hubiere sido conocido (o debido conocer) por ambas partes.

Y esta misma idea de excesiva onerosidad entendemos que subyace en los otros textos, aunque no se recoja expresamente tal expresión. En sentido similar, el TS, como hemos visto, entiende que desaparece la base económica del contrato cuando se afecta a la comutatividad del mismo, afectando a la equivalencia o proporción entre las prestaciones.

Pero junto a esta excesiva onerosidad, las propuestas de modificación del Código Civil español<sup>17</sup> recogen también expresamente la frustración del fin del contrato, figura típica en el Derecho anglosajón<sup>18</sup>, y que igualmente nuestro Tribunal Supremo tiene en consideración, cuando entiende que también se afecta a la base económica del contrato cuando se frustra la finalidad económica primordial del contrato, o la finalidad económica deseada por una de las partes y conocida por la otra. Sí que resulta interesante este añadido de la frustración del fin del contrato, ya que, aunque en algunos textos se pueda entender implícita tal cuestión (como hemos mencionado anteriormente en los Principios Unidroit), si tal situación no está prevista se podría entender con una interpretación rigurosa que, en algunos casos, a pesar de que se frustre dicho fin, la ejecución de las prestaciones del contrato no afecta al equilibrio de las mismas, siendo en tal caso improcedente la aplicación de dicha cláusula *rebus*.

Además de estas causas mencionadas, será difícil entrar en mayor profundidad o detalle para determinar cuándo se está ante esta excesiva onerosidad o cuándo se frustra el contrato,

<sup>17</sup> Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Comisión General de Codificación Sección de Derecho Civil. 2009: “*Artículo 1213. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución*”; Propuesta de Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Tecnos 2018: “*Artículo 526-5. Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato. 1. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior solo procede cuando: a) El cambio de circunstancias es posterior a la celebración del contrato; b) No es equitativo exigir al contratante perjudicado, atendida especialmente la distribución contractual y legal del riesgo, que permanezca sujeto al contrato; y c) El contratante perjudicado haya intentado de buena fe una negociación dirigida a una revisión razonable del contrato*”.

<sup>18</sup> En el Derecho anglosajón, además de la admisión de las cláusulas contractuales de *force majeure*, y al reconocimiento del Common Law de la regla de la *frustration*, existe una normativa específica para estas cuestiones, la Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943. Dicha ley detalla los efectos de la liberación de las partes respecto de los pagos realizados, gastos y beneficios, cuando un contrato se haya vuelto imposible de cumplir o se haya frustrado.

debiendo ser una tarea judicial el examen de cada caso para ver si concurren tales presupuestos<sup>19</sup>.

En todo caso, sí que resulta importante determinar qué tipo de circunstancias, capaces de ocasionar dicha excesiva onerosidad o frustración del contrato, son las que habilitan este mecanismo de la *rebus sic stantibus*. Parece claro que deben ser circunstancias sobrevenidas, siendo este elemento clave y común por la propia naturaleza de dicha figura. Asimismo, se suele recoger en los textos la imprevisibilidad de estas circunstancias, ya sea apareciendo este término expresamente (ej. las propuestas de modificación del Cc español<sup>20</sup>), ya en términos similares (no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta, como recogen los Principios Unidroit<sup>21</sup> o el Marco Común de Referencia<sup>22</sup>). Dicha imprevisibilidad constituye igualmente un elemento clave a la hora de asignar y repartir los riesgos del contrato, cuestión analizada por la STS nº 791/2020, Sala 1<sup>a</sup>, de 06 de marzo de 2020<sup>23</sup>, cuya valoración suele ser discutida y es

---

<sup>19</sup> En sentido similar, respecto a la determinación de la causa de los contratos, MORALES MORENO, A., “El “propósito práctico” y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)” *Anuario de derecho civil*, Vol. 36, Nº 4, 1983, págs. 1529-1546: “Es forzoso reconocer que nos hallamos ante una cuestión difícil, porque la noción de causa (en sentido subjetivo), noción a la que se atiende preferentemente, resulta insuficiente por sí sola para resolver el otro problema que aquí, casi imperceptiblemente, se nos ofrece: el de la organización del sistema de reparto, entre los contratantes, de ciertos riesgos. Nos hallamos, por ello, en una zona oscura, no bien definida, en la que forzosamente adquieren un importante papel definitorio los fallos de los tribunales, dados los amplios márgenes de discrecionalidad en que inevitablemente actúan. Esa labor jurisprudencial va incluso poniendo a prueba, poco a poco, al propio sistema de conceptos, mostrándonos lo que hay de inútil o artificioso en él”.

<sup>20</sup> Vid. nota 17.

<sup>21</sup> Vid. nota 12.

<sup>22</sup> Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR), versión en español coordinada por Carmen jerez Delgado. BOE 2015: “III.-1:110: Modificación o extinción por el juez a causa de un cambio en las circunstancias.

(1) Toda obligación debe cumplirse aun cuando el cumplimiento de la misma resulte más oneroso como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

(2) Sin embargo, si debido a un cambio excepcional en las circunstancias el cumplimiento de una obligación contractual o de una obligación derivada de un acto jurídico unilateral resulta tan oneroso que sería manifiestamente injusto seguir exigiendo su cumplimiento al deudor, el juez podrá:

(a) modificar la obligación a fin de hacerla más razonable y equitativa en las nuevas circunstancias; o

(b) extinguir la obligación en una fecha y en unas condiciones que determinará el juez.

(3) El apartado (2) se aplicará únicamente si:

(a) el cambio en las circunstancias se produjo después de contraerse la obligación;

(b) el deudor no tuvo en cuenta en ese momento, y cabe razonablemente esperar que no tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo;

(c) el deudor no asumió, y no puede razonablemente darse por asumido, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias; y

(d) el deudor ha intentado, razonablemente y de buena fe, negociar una modificación razonable y equitativa de los términos que regulan la obligación”.

<sup>23</sup> ECLI:ES:TS:2020:791.

clave para determinar la procedencia de la cláusula *rebus sic stantibus*, pero que, igualmente, consideramos difícil su mayor concreción, que deberá ser valorada en el caso concreto.

Junto a dicha imprevisibilidad, puede ser que la regulación incluya además la necesidad de que este cambio de circunstancias sea “excepcional” o “extraordinario”. Así, algunos textos lo incluyen expresamente (ej. Código Europeo de Contratos<sup>24</sup>, propuestas de modificación del Cc español<sup>25</sup>), y otros omiten tal característica (ej. Principios del Derecho Europeo de Contratos<sup>26</sup>, Código Civil francés<sup>27</sup>), entendiendo algunos autores que, en estos casos donde no se exige esta excepcionalidad, la aplicación de este mecanismo es más generoso que en aquellos casos donde se exige<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Proyecto de Código Europeo de Contratos, elaborado por la Academia de Pavía: “Art. 97. Obligaciones que no pueden ser consideradas como incumplidas”.

1. Aunque el deudor se halle en retraso en el cumplimiento de la prestación debida o cuando no la haya realizado más que parcialmente, no se podrá considerar que ha habido incumplimiento cuando se hayan producido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que han hecho que la prestación sea excesivamente onerosa y que, en consecuencia, dan al deudor, como lo prevé el art. 157, el derecho de obtener una nueva negociación del contrato. El deudor debe sin embargo haber comunicado al acreedor su intención de usar de este derecho antes de que expire el término previsto para el cumplimiento o antes de que el acreedor le haya dirigido el requerimiento previsto en el artículo 96, letra a). que precede”.

<sup>25</sup> Vid. nota 17.

<sup>26</sup> Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Preparadas por la Comisión de Derecho europeo de los contratos presididas por el profesor Ole Lando: “Artículo 6:111: Cambio de circunstancias”

(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que:

(a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato.

(b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido.

(c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias.

(3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá:

(a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado.

(b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

En cualquiera de los casos, el juez o tribunal podrá ordenar que la parte que se negó a negociar o que rompió dicha negociación de mala fe, proceda a reparar los daños causados a la parte que sufrió dicha negativa o dicha ruptura”.

<sup>27</sup> Code Civil: “Art.1195. Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation”.

<sup>28</sup> MOLL DE ALBA, C., “El moderno derecho civil francés como modelo para la regulación de la cláusula *rebus en España*” *Diario La Ley*, N° 9634, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 18 de mayo de 2020, Wolters Kluwer: “Si comparamos la norma francesa en vigor con el artículo sobre alteración extraordinaria de las circunstancias

En todo caso, lo que sí que parece claro, y se recoge en la mayoría de los textos, es que este cambio de circunstancias nunca servirá para modificar o extinguir el contrato en aquellos casos en que el riesgo de tal acontecimiento haya sido asumido por la parte perjudicada, ya sea porque se pacte expresamente, o porque así derive de la propia naturaleza o finalidad del contrato, hecho de gran trascendencia práctica.

## **2.2.C. Consecuencias tras el cambio de circunstancias**

Y en cuanto a las consecuencias que se le otorga a este cambio de circunstancias que provoca una excesiva onerosidad o la frustración del fin del contrato, nos encontramos en estas regulaciones dos efectos generales, como son la procedencia de la modificación del contrato, o la resolución o terminación de dicho contrato.

En algunos casos parece claro que esta medida de dejar sin efecto el contrato es subsidiaria a una posible modificación o adaptación del mismo, como se aprecia expresamente en los casos del BGB alemán<sup>29</sup>, o en las propuestas de modificación del Código Civil español<sup>30</sup>, o en aquellos en donde se exige un previo intento de renegociación entre las partes (como es el caso del Código Europeo de Contratos<sup>31</sup>); en otros casos constan indistintamente ambas

---

*esenciales del contrato de la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos, elaborado por la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil, podemos apreciar que tienen un fundamento común y una visión moderna y europea de la institución. Las diferencias son que la norma francesa no exige que se trate de un cambio “extraordinario” y se puede aplicar a circunstancias más naturales, ordinarias, pero que provocan un desequilibrio prestacional”.*

<sup>29</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): “§ 313 Störung der Geschäftsgrundlage

(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.

<sup>30</sup> Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Comisión General de Codificación Sección de Derecho Civil. 2009: “Art.1213: (...) La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quiera obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”; Propuesta de Código Civil. Asociación de Profesores de Derecho Civil: “Art.526-5.3: El juez solo puede estimar la pretensión de resolución cuando no sea posible o razonable imponer la propuesta de revisión ofrecida. En este caso el juez ha de fijar la fecha y las condiciones de la resolución”.

<sup>31</sup> Proyecto de Código Europeo de Contratos: “Art. 157. Nueva negociación del contrato.

1. Cuando se producen acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, como los indicados en el artículo 97, párrafo primero, la parte que pretende hacer valer la facultad, prevista por dicha regla, debe dirigir a la contraparte una declaración conteniendo las indicaciones necesarias y precisar, además - bajo pena de nulidad de la petición -

posibilidades, como es el caso del Derecho portugués<sup>32</sup> o el Derecho Foral navarro<sup>33</sup>; e incluso en el Código civil italiano<sup>34</sup> parece que al contrario, solicitándose la resolución del contrato en primer lugar, y ofreciendo la contraparte la modificación.

Entendemos que es preferible que conste como primera opción la de modificar el contrato, siempre que ello sea posible, especialmente a través de la renegociación de las partes, de modo que se vele por el mantenimiento del mismo a favor de la economía de mercado y de los intereses de los sujetos afectados, dejando la resolución como remedio subsidiario.

---

las diferentes condiciones que propone para mantener en vida el contrato en cuestión. A ésta declaración se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, letra 2.

2. Pero no se podrá interponer acción alguna, antes de que transcurran seis (tres) meses, a contar de la recepción de la susodicha declaración, a fin de dar a las partes la posibilidad de solventar la cuestión por medios extrajudiciales, dejando a salvo la facultad, en caso de urgencia, de demandar al juez las medidas contenidas en el artículo 172.

3. Cuando tiene lugar el caso previsto en el párrafo primero, la contraparte puede dirigirse a la parte cualificada para ejercer la facultad que aquí se prevé, para que declare, en un plazo no inferior a sesenta días, si pretende o no demandar la renegociación del contrato. Si este plazo transcurre inútilmente, se considera a todos los efectos que la persona en cuestión ha renunciado a ello. A la citada intimación se aplican las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 36, párrafo 2.

4. Si antes del plazo a que se refiere el párrafo segundo del presente artículo, las partes no llegan a un acuerdo, la persona legitimada tiene el deber, en los sesenta días siguientes, bajo pena de caducidad, de plantear su petición ante el juez, según las reglas de procedimiento aplicables en el lugar donde el contrato deba ser cumplido.

5. El juez, después de haber valorado las circunstancias y habida cuenta los intereses y las peticiones de las partes, puede, disponiendo eventualmente la práctica de un dictamen pericial, modificar o dejar sin efecto el contrato en su conjunto o en la parte incumplida, y, si ha lugar, y cuando ello le ha sido solicitado, ordenar las restituciones y condenar a la reparación del daño”.

<sup>32</sup> Código Civil portugués: “Artigo 437º (Condições de admissibilidade) 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

438: A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou”.

<sup>33</sup> Ley 498 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, anteriormente referida.

<sup>34</sup> Codice civile: “Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive.

Nei contratti a esecuzione continua o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168).

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923)”.

Y también resulta determinante el “cómo” se haría esa modificación o adaptación del contrato. Señalan así los Principios del Derecho Europeo de los contratos<sup>35</sup> que hay que distribuir las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias entre las partes de forma equitativa y justa. Por un lado, parece claro que dependerá del acontecimiento surgido y de las características derivadas del contrato, ya se hayan pactado, ya sean inherentes a él; pero, por otro lado, también cabe plantearse, como realiza PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, si dependerá de las circunstancias subjetivas de las partes, en atención a quién pueda soportar en mejor medida la pérdida sufrida<sup>36</sup>. En todo caso, como señala este autor, el concepto de buena fe en la que se basa en nuestro ordenamiento la cláusula *rebus*, permitiría efectuar una valoración de las condiciones subjetivas de las partes que, o bien excluyera la aplicación de la cláusula *rebus*, o bien permitiera modular los términos de la novación judicial, en función de la capacidad económica y financiera de ambas partes.

## **2.2.D. Trascendencia y novedades de la posible regulación legal**

Como se puede observar de las diferentes plasmaciones de esta cláusula, en definitiva, muchas de ellas no hacen sino aludir a lo que ya se viene reconociendo por parte de nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, son referentes en nuestro ordenamiento las versiones de las propuestas de reforma del Código Civil tanto de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, como de la Comisión de Codificación<sup>37</sup>, pero si nos fijamos en dichos textos<sup>38</sup>, poca novedad incorporan dichas redacciones, más allá de tener propiamente una regulación legal de esta figura.

---

<sup>35</sup> Vid. nota 26.

<sup>36</sup> PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusula rebus de necesidad y cláusula rebus de estabilización: un análisis en el ejemplo de los locales de arrendamiento de local de negocio y de industria”, en *Diario la Ley*, número 9665, Wolters Kluwer, 2020: “Pero más allá de cuál haya de ser la magnitud del desequilibrio sobrevenido en la relación de intercambio, surge la cuestión de si la aplicación de la cláusula *rebus* requiere además de este desequilibrio del valor de las prestaciones, tener en consideración las circunstancias subjetivas de las partes, en el sentido de cuál de ellas está en mejor situación para amortiguar el impacto de las pérdidas, de manera similar a lo que exige el RD Ley 15/2020 para la aplicación de la moratoria al delimitar su ámbito de aplicación subjetivo por lo que respecta al arrendador (art. 1) y al arrendatario (art. 3). Así entendida, la Cláusula *rebus* no sería un instrumento de restablecimiento de la comunitatividad inicial del contrato, adaptada a las nuevas circunstancias, sino un mecanismo de justicia distributiva que reparte las pérdidas entre las partes en función de la capacidad económica y financiera de cada una de ellas”.

<sup>37</sup> Así lo entiende FERNÁNDEZ SEIJO, J., “Devolver la espada al acreedor enajenado: sobre la aplicación práctica de la cláusulas rebus sic stantibus en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo” *Diario La Ley*, N° 9607, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 3 de abril de 2020: “Si el legislador considera que la crisis del coronavirus supone un impacto equivalente al de un conflicto bélico, si está dispuesto a adoptar medidas excepcionales en el ámbito de las libertades, de la economía y de las obligaciones públicas, tal vez sería conveniente que impulsara por esa misma vía de urgencia una regulación legal que despejara dudas, que permitiera un marco legal cierto y que garantizara la conservación de los contratos, obligando a las partes a una renegociación de los términos de los contratos afectados antes de abocar a las partes a un procedimiento judicial largo, complejo, costoso e incierto. La propuesta de anteproyecto de reforma del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009 es una excelente referencia para esa regulación legal”.

<sup>38</sup> Vid. nota 17 y 30.

Cierto es que siempre es deseable tener una seguridad en el Derecho, y esta plasmación legal supondría desterrar la idea de que se quiere recurrir a un mecanismo “alegal” o no previsto por el Derecho —al menos, no de manera expresa—, pero, más allá de tal situación, no supone una mejora significativa de la realidad ya existente, siendo una herramienta ampliamente admitida por nuestros jueces y tribunales.

También es cierto que esta regulación legal puede sentar con más claridad las bases sobre las que se sustenta la figura, y los requisitos de aplicación. No obstante, al ser una figura peculiar que tiene lugar por el cambio sobrevenido de circunstancias, y ante la multiplicidad de contratos e infinitas situaciones en que nos podemos encontrar, será muy difícil definir con precisión cuáles son los casos que puedan encajar en esta figura y cuáles no. Para ello, la redacción legal debería tener una definición algo abstracta para poder abarcar todos los supuestos posibles y, aunque pudiera parecer lo contrario<sup>39</sup>, consideramos que seguirían siendo igualmente —como acontece en la actualidad— los órganos jurisdiccionales los que, analizando todas las circunstancias del caso concreto, decidan si procede o no la aplicación de esta cláusula *rebus*.

Ahora bien, cuestión distinta, como ha aconteciendo en estos tiempo durante este estado de alarma a causa del COVID-19, es que se regulen particularidades concretas y manifestaciones similares a esta cláusula *rebus sic stantibus* para contratos específicos, como los préstamos hipotecarios, alquileres de viviendas, o alquileres de locales, donde sí se pueden pormenorizar los requisitos aplicables, pero dicha labor no opera cuando se trata de incorporar al Código Civil una regulación general aplicable para todos los contratos. E incluso en estos casos de regulaciones de situaciones o casos específicos que se han elaborado han puesto de manifiesto las dificultades de dichas normativas, no estando las mismas exentas de críticas, entendiéndose por algunos autores que son normas prolijas y excesivamente complejas, a lo que suma el hecho de la dificultad de acreditación de los requisitos y trámites burocráticos que las mismas señalan<sup>40</sup>, o entendiéndose que dichas normas ponen trabas a la competitividad y agilidad de los mercados<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> SALVADOR CODERCH, P., “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4, 2009: “En efecto, la eventual incorporación del texto del art. 1213 de la Propuesta al Código civil supondría cambios de nota en la parte general de nuestro sistema de derecho de contratos: La regla sobre alteración de las circunstancias se incorporaría al derecho positivo y dejaría de ser doctrina legal, es decir, jurisprudencia, la cual y por su propia naturaleza está sujeta a cambios –precisamente jurisprudenciales- por motivos razonados, a juicio de la Sala 1<sup>a</sup> del Tribunal Supremo”.

<sup>40</sup> OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia”, op.cit.:” Por de pronto, las normas que regulan esta cuestión son de una prolijidad y complejidad excesiva y, en su afán de prever exhaustivamente todos los posibles supuestos, inevitablemente dejan muchos casos fuera de su ámbito de aplicación. (...) Por otro lado, no debe 677minusvalorarse el hecho de que la compleja acreditación formal de la presencia de las condiciones subjetivas exigidas (...) puede acabar por desincentivar al deudor que, abrumado por tanta burocracia, acabe por desistir de su intención de solicitar la moratoria”.

<sup>41</sup> DE LA TORRE OLID, F., “Eficacia del contrato en la crisis del coronavirus. El control causal y la cláusula *rebus*”, *Diario La Ley*, Nº 9616, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 20 de abril de 2020: “Puede que no estemos visualizando un segundo plano, en el que se produzcan frenos a la competitividad (si es que ésta consistía en el ahorro de costes de producción); o podemos no ser suficientemente conscientes de que se está restando agilidad

Y es que, incluso en los casos de regulaciones abstractas o genéricas, se suelen plantear problemas de qué supuestos está incluidos o no, según la interpretación que se realice de los mismos. Así, en el caso de la regulación italiana, se ha discutido si el art. 1467 del Código civil italiano<sup>42</sup> está acogiendo la teoría de la presuposición<sup>43</sup>, o si acoge realmente la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*, pudiendo quedar incluidos o excluidos de tal regulación diversos supuestos según la interpretación acogida<sup>44</sup>. Lo cierto es que, como venimos defendiendo, la regulación debe tener carácter de generalidad, cuyas circunstancias concretas y aplicabilidad dependerá al fin y al cabo de las circunstancias y del contrato en cuestión<sup>45</sup>.

Lo que se pretende, al fin y al cabo, con este mecanismo, es dar una respuesta jurídica a una situación que se podría considerar “manifiestamente injusta” —siguiendo el texto del Marco Común de Referencia<sup>46</sup>—, o evitar la permanencia de situaciones que no son “razonables o equitativas” —siguiendo el Código civil holandés<sup>47</sup> o la Propuesta de Reglamento de

---

*a un comercio que ahora requiere la forma escrita del contrato. Incluso puede generarse una litigiosidad no deseada al abrirse el debate sobre si es la propia novedad legislativa la que pueda ser entendida como circunstancia determinante de la quiebra de la base del contrato. (...) Por demás, no hay que olvidar que confiar toda solución al dictado del legislador implica privar de protagonismo a la sociedad civil y restar relevancia a la autonomía privada”.*

<sup>42</sup> Vid. nota 34.

<sup>43</sup> Sobre esta teoría de la presuposición, puede consultarse CATAUDELLA, A. “Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016. Volume 70 – 3; TAMPIERI, M. “La presuposizione e la frustrazione del sinallagma”. *Rivista di diritto privato*, 2020, fasc. 2; GAVIDIA SÁNCHEZ, J., “Presuposición y riesgo contractual”. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 40, N° 2, 1987, págs. 525-600.

<sup>44</sup> GARCÍA CARACUEL, M. La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales, ed. Dykinson. Madrid, 2014: “La cláusula *rebus sic stantibus* y la doctrina de la presuposición quedan pues fuera de la regulación positiva del art. 1467, sin embargo, esto lejos de suponer un inconveniente ha resultado muy útil a la jurisprudencia para resolver supuestos que no se adecúan bien a la literalidad de la onerosidad excesiva pero que sin embargo encajan perfectamente en la filosofía de la cláusula *rebus* o de la presuposición, permitiendo incluso reclamar la restitución de la prestación realizada, lo cual veda el artículo 1467”.

<sup>45</sup> SALVADOR CODERCH, P., “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos” op.cit.: “*De qué orden de magnitud habría de ser el cambio para poder ser calificado como extraordinario es una pregunta que no admite respuesta a priori: los contratos son autorregulaciones de intereses privados y la medida de lo extraordinario estará en función de cada contrato concreto, de las circunstancias en las que se haya celebrado y de sus vicisitudes posteriores*”.

<sup>46</sup> Vid. nota 22.

<sup>47</sup> Burgerlijk Wetboek: “Artikel 258

De rechter kan op vordering van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorzienbare omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.

2 Een wijziging of ontbinding wordt niet uitgesproken, voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.

3 Voor de toepassing van dit artikel staat degene op wie een recht of een verplichting uit een overeenkomst is overgegaan, met een partij bij die overeenkomst gelijk”.

compraventa europea<sup>48</sup>—, permitiendo así la modificación o terminación de dicho contrato para dar remedio a tal situación. Esto es lo mismo que ya refiere el TS, como hemos visto, cuando sostiene que dicho mecanismo de la cláusula *rebus sic stantibus* está basada en reglas y principios de nuestro sistema codificado, como es el principio de la buena fe —como reconoce igualmente el Código civil portugués<sup>49</sup>—, recogiendo el TS en la mencionada STS, Sala 1<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2014, que “*el principio de buena fe en la economía de los contratos, sin perjuicio de su aplicación como interpretación integradora del contrato (...), permite una clara ponderación de los resultados que se deriven de la regla de que los pactos deben siempre ser cumplidos en sus propios términos (...) cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado*”.

De este modo, como hemos referido, más allá de dotar a nuestro ordenamiento de un reconocimiento legal a un mecanismo existente, poca novedad aportaría tal regulación en nuestro Código Civil respecto de la doctrina jurisprudencial ya existente acerca de la cláusula *rebus sic stantibus*. Ciento es que a veces se critica que este mecanismo se use por los jueces de una manera más o menos restrictiva, pero, en todo caso, debido al carácter de generalidad de la

<sup>48</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD): “Artículo 89. Cambio en las circunstancias. 1. Una parte deberá cumplir sus obligaciones aun cuando el cumplimiento de las mismas resulte más oneroso como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

Cuando el cumplimiento resulte excesivamente oneroso debido a un cambio excepcional en las circunstancias, las partes tendrán el deber de iniciar negociaciones para adaptar o resolver el contrato.

2. Si las partes no llegan a un acuerdo en un plazo razonable, un órgano jurisdiccional, a petición de cualquiera de las partes, podrá:

a) adaptar el contrato para adecuarlo a lo que las partes habrían razonablemente acordado en el momento de su celebración si hubieran tenido en cuenta el cambio en las circunstancias; o

b) resolver el contrato a tenor del artículo 8 en fecha y condiciones que deberán ser fijadas por él.

3. Los apartados 1 y 2 se aplicarán únicamente si:

a) el cambio en las circunstancias se produjo después de la celebración del contrato;

b) la parte que invoca el cambio de circunstancias no tuvo en cuenta en ese momento, y no pueda esperarse que lo tuviese en cuenta, la posibilidad de que se produjese dicho cambio en las circunstancias o la magnitud del mismo; y

c) la parte perjudicada no asumió, y es razonable suponer que no asumiera, el riesgo de dicho cambio en las circunstancias.

4. A efectos de los apartados 2 y 3, se entenderá que los tribunales arbitrales forman parte de los órganos jurisdiccionales”.

<sup>49</sup> Vid. nota 32.

cláusula, y a las particularidades que habrá de analizarse por el órgano judicial en el caso concreto, estas situaciones seguirán existiendo.

No obstante, sí que se puede observar ciertas novedades que sí podrían tener algún peso respecto del sistema actual existente.

La primera de ellas es la de establecer legalmente la obligación o deber de renegociar el contrato, de modo que, si una parte se niega a tal renegociación, o si renegocia con mala fe, se pueda establecer una indemnización por daños y perjuicios a favor de la otra parte. Esto puede tener un importante efecto, ya que fuerza y fomenta que las partes, llegado a una situación excepcional habilitadora de tal mecanismo, se tengan que poner de acuerdo o al menos intentarlo, evitando así tener que ir a la Justicia con el colapso que ya de por sí sufre, y que se ve aumentado aún más ante estas situaciones de crisis sobrevenidas e imprevisibles.

Como acertadamente comenta PARRA LUCÁN<sup>50</sup>, no es preciso que una norma recuerde a las partes que pueden negociar, posibilidad que existe siempre. Pero su inclusión en la norma legal sí que supone, en primer lugar, llamar la atención sobre el hecho de que la solución ideal es la negociada, siendo secundaria la decisión judicial. Y todo ello, al establecerse como deber u obligación, conlleva asimismo una consecuencia ante el incumplimiento, como es una indemnización en caso de no cumplir con tal deber o hacerlo con mala fe.

Por un lado, es cierto que este deber de renegociar facilita la búsqueda de una solución consensuada y menos conflictiva, volviéndose ciertamente una solución “ideal”. Pero, igualmente habría que preguntarse hasta qué punto es legítimo obligar a una parte a renegociar un contrato, a que acepte unas condiciones distintas a las queridas y pactadas, e incluso imputarle responsabilidad por no querer ese cambio o adaptación del contrato —especialmente en los contratos de trato sucesivo o de larga duración—.

Puede parecer que se está produciendo una intromisión en la esfera privada del sujeto, obligándole a hacer algo que no quiere o no le conviene, o incluso a fingir una negociación, para que no se le pueda imputar una conducta contraria a la buena fe. Estimamos igualmente en estos casos difícil de determinar cuándo se negocia de mala fe si, como decimos, a la otra parte no le conviene seguir con el contrato si se cambian las circunstancias. En sentido similar, como realiza OLIVA BLÁZQUEZ<sup>51</sup>, puede parecer también discutible que se le atribuya al juez la facultad de modificación contractual cuando las partes no han sido capaces de alcanzar un acuerdo.

---

<sup>50</sup> PARRA LUCÁN, M., “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4, 2015.

<sup>51</sup> OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia”, op.cit.: “Si los contratantes, que son los primeros interesados en mantener el contrato, no han podido alcanzar un acuerdo para adaptarlo, difícilmente podrá hacerlo un juez, habida cuenta de los limitados conocimientos y elementos de decisión con los que contará. Además, imponer los términos de un nuevo contrato manu militari es garantía del fracaso inminente de la relación contractual”.

Por este motivo, quizás, en algunas de las redacciones legales anteriormente referidas que recogen el mecanismo de la cláusula *rebus* simplemente refieren a la posibilidad de renegociar y modificar el contrato, y a la terminación del mismo si tal modificación no se quiere o no es posible. En todo caso, habrá de analizarse caso por caso, en atención a todas las circunstancias concurrentes y las derivadas del contrato, para determinar si existe o no esa mala fe en la negativa a renegociar o en la propia negociación.

## **2.2.E. Análisis de las enmiendas al *Proyecto de Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia***

Las reformas que se propusieron recientemente como enmiendas al *Proyecto de Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*, aunque fueron rechazadas, pueden servir para apreciar el camino que se puede seguir y para examinar su mayor o menor utilidad.

Estas enmiendas fueron realizadas principalmente por el Grupo Parlamentario Plural y Grupo Parlamentario Ciudadanos, en donde con ocasión del art. 1258 Cc, se añadía este mecanismo de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Enmienda número 1 firmada por Joan Baldoví Roda del Grupo Parlamentario Plural<sup>52</sup>:

*“Texto que se propone: “Disposición adicional quinta. Agilización procesal.*

*Modificación del artículo 1258 del Código Civil.*

*Uno. En el Libro Cuarto, Título II, Capítulo I “Disposiciones generales”, el artículo 1258 del Código Civil, queda redactado de la siguiente forma:*

*1. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

*2. Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma significativa e imprevisible durante su ejecución, de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya alterado significativamente la base económica del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de los riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto a la inalterabilidad de dicho contrato, podrá solicitar, por el cauce de la jurisdicción voluntaria, a través del Letrado de la Administración de Justicia, la*

---

<sup>52</sup> Enmiendas e índice de enmiendas al articulado. 121/000018. Proyecto de Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Boletín Oficial de las Cortes Generales 9 de julio de 2020.

*renegociación del contrato con base en la incidencia de la alteración de las circunstancias operadas y de cara a la conservación o mantenimiento del contrato.*

*3. El Letrado de la Administración de Justicia, conforme a la naturaleza y complejidad del caso, concederá un plazo razonable y prudente para que las partes puedan renegociar el contrato. Igualmente, la parte afectada por el cambio extraordinario de circunstancias podrá solicitar que, mientras dure el período de renegociación, se suspenda provisionalmente el cumplimiento del contrato o, en su caso, se fije un cumplimiento mínimo que resulte razonable para los intereses de las partes. Dicha solicitud se elevará al Juez que resolverá lo procedente, con audiencia de las partes.*

*4. Si las partes alcanzasen un acuerdo sobre la adecuación del contrato, deberán comunicarlo al Letrado de la Administración de Justicia, que ratificará la modificación acordada mediante el oportuno Decreto. En caso contrario, la parte afectada por la alteración de las circunstancias estará legitimada para solicitar judicialmente, mediante el correspondiente juicio declarativo, bien la modificación del contrato, o bien su resolución. En este último supuesto, la solicitud de resolución del contrato podrá ir acompañada, en su caso, de la reclamación de daños y perjuicios, cuando la negativa de la otra parte a la renegociación pueda ser calificada de arbitraria, contraria a las prácticas o usos del sector, o carente de justificación en atención a la naturaleza y circunstancias específicas del contrato.*

*5. La modificación del contrato será provisional, mientras duren las contingencias derivadas del cambio extraordinario de las circunstancias.*

*6. En todo caso, la parte que se haya visto afectada por dicho cambio extraordinario de circunstancias, no estará sujeta al pago de indemnización alguna por la resolución del contrato”.*

La versión del Grupo Ciudadanos es prácticamente idéntica a esta versión del Grupo Parlamentario Plural, con el añadido de que, además de poderse llevar este procedimiento ante el Letrado de la Administración de Justicia, se incluye también el Notario.

En resumen, se prevé que si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma significativa e imprevisible durante su ejecución, de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya alterado significativamente la base económica del contrato, el contratante perjudicado podrá solicitar, por el cauce de la jurisdicción voluntaria a través del Letrado de la Administración de Justicia, o ante el Notario (en la propuesta del Grupo Ciudadanos), la renegociación del contrato, ratificando el acuerdo alcanzado. A falta de acuerdo, la parte perjudicada podrá solicitar al juez, mediante procedimiento declarativo, su modificación o resolución, pudiéndose añadir en estos casos de resolución una indemnización ante la negativa injustificada a la renegociación de la otra parte. En todo caso, la modificación será provisional mientras duren las nuevas circunstancias.

Vemos como utiliza parte de los términos anteriormente expuestos, como son los de cambio “significativo e imprevisible” de las circunstancias, que causen una “excesiva onerosidad”, o que afecte significativamente “base económica del contrato”. Pero además de esto, lo primero a destacar por la novedad que supone respecto al sistema vigente actual, es este deber de renegociar el contrato ante circunstancias sobrevenidas imprevisibles y extraordinarias, con la posible indemnización de daños y perjuicios cuando “*la negativa de la otra parte a la renegociación pueda ser calificada de arbitraria, contraria a las prácticas o usos del sector, o carente de justificación en atención a la naturaleza y circunstancias específicas del contrato*”. Sobre este punto, nos remitimos a lo acabado de exponer en el subepígrafe anterior.

En segundo lugar, establece un trámite específico, que se configura como de jurisdicción voluntaria, ante el Letrado de la Administración de Justicia, trámite que, en otra de las enmiendas presentadas, también se facultaba a que se realizase ante los Notarios. Sin embargo, ya sea ante unos u otros, ninguno de los dos tienen facultades para imponer o decidir acerca de la modificación o resolución del contrato, siendo simplemente operadores que ratificarán el acuerdo alcanzado por las partes, por lo que al final, si una parte quiere modificar o extinguir el contrato y la otra se niega, se acabará igualmente acudiendo a un procedimiento declarativo como ocurre en la actualidad, aunque sí que se prevé la posibilidad de solicitar la suspensión del cumplimiento de la obligación, que la normativa prevé “que se elevará” al juez, procedimiento que quizás sí puede tener un trámite más rápido y directo que intentar realizarlo a través de un procedimiento declarativo o a través de las medidas cautelares, en su caso.

Por tanto, cabría preguntarse qué utilidad reporta este trámite previo ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante el Notario. Y entendemos que la respuesta es que tales trámites servirían para dejar constancia fehaciente del intento de renegociación, y de la actitud adoptada por ambas partes, de modo que cuando le llegue el asunto al juzgado, el juez ya tendría conocimiento de lo pretendido por ambas partes, así como de la posible actitud maliciosa de la parte que se niega a renegociar o admitir un ajuste del contrato, para conceder la correspondiente indemnización establecida.

En la Justificación de estas enmiendas, se argumenta que se pretende buscar *mecanismos de flexibilización que permitan tanto mantener o conservar los contratos, como evitar la excesiva judicialización*. Ciertamente, es loable y necesario conseguir estos objetivos, siendo importante lograr que subsistan los contratos que se hayan celebrado, con el fin de no quebrantar los negocios y la economía en general, así como evitar, como hemos referido, el colapso de los juzgados y tribunales. Para ello se señala en dicha Justificación que se establece como uno de los pilares efectivos el “*deber de renegociación de las partes*”, que ciertamente constituye un elemento novedoso y que permitiría conseguir estos objetivos, aunque teniendo en cuenta las salvedades y dificultades que pueden plantearse ante una negociación obligada que una parte no puede desear, como mencionamos anteriormente.

Además de esta renegociación, se argumenta en la Justificación de las enmiendas que, en caso de fracasar la misma, se configura unas “amplias potestades” del juez para modificar o adaptar

el contrato a las nuevas circunstancias, aunque lo cierto es que la regulación que se propuso nada añadía al respecto, limitándose a que el juez podrá modificar o resolver el contrato mediante un procedimiento declarativo, que al fin y al cabo es lo que ya existe actualmente.

### **3. CONCLUSIONES**

En conclusión, parece claro, según nuestro punto de vista, que en cuanto a las causas y consecuencias que van a dar lugar a la cláusula *rebus sic stantibus*, no va a suponer un gran cambio ni va a solucionar de manera inmediata las problemáticas contractuales que se están planteando en esta situación extraordinaria que estamos viviendo a consecuencia de la pandemia (así como los sucesivos eventos sobrevenidos que se puedan dar en el futuro). Esto se debe a que, como hemos mencionado, y en consonancia con lo dictado por algunos autores<sup>53</sup>, no consideramos absolutamente urgente su regulación, existiendo la jurisprudencia del TS que admite tal mecanismo, y siendo los jueces y tribunales los últimos en decidir en todo caso según las circunstancias del caso concreto.

A pesar de ello, como hemos referido, una regulación sí que puede suponer una mejora en dos aspectos principales:

El primero de ellos, la inclusión como mecanismo legal de la cláusula *rebus sic stantibus*. Con esta configuración legal se gana cierta “normalidad” en la aplicación de esta cláusula, configurándose como remedio legal válido ante las circunstancias habilitantes, por lo que dejaría de ser un mecanismo basado en la equidad (3.2 Cc) o buena fe (7.1, 1258 Cc), y pasaría

---

<sup>53</sup> AVILÉS GARCÍA, J., “Por el momento, la cláusula rebus sic stantibus en manos del Tribunal Supremo” *Diario La Ley*, Nº 9687, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 2 de septiembre de 2020. Dicho autor, siguiendo a CARRASCO PERERA, considera que: “*Desde esta perspectiva nos parece sensata, en efecto, la opinión de aquellos autores que piensan que realmente, en la situación en que nos encontramos, “no tiene ninguna importancia cómo esté formulada [o pase a estarlo] una cláusula rebus*”, pues a su juicio ni tan siquiera parece preciso que esta se encuentre formulada para que pueda funcionar adecuadamente. Es más, si acaso en estos momentos críticos sería tan solo suficiente con “limitarse a contener una remisión al entendimiento ‘ordinario’ que la mucha jurisprudencia del TS viene haciendo de esa cláusula desde 1944”. Aquí cabría incluir un análisis concienzudo sobre las pautas de la nueva doctrina del TS a partir de 2014, sin desechar sus planteamientos. Con todo, la normativización urgente de la cláusula rebus parece que debiera resolverse sin precipitaciones, pues es sabido que la Sala I del TS dispone de todos los elementos a su disposición (doctrina tradicional y normalizada), para poder interpretar, elaborar y delimitar su amplia doctrina, adaptándola a las nuevas y cambiantes situaciones que ahora va a tener que analizar y resolver”.

a ser un auténtico derecho reconocido legalmente de modo expreso<sup>54</sup>, hecho que facilitaría también su desenvolvimiento procesal<sup>55</sup>.

Y, en segundo lugar, resulta interesante la inclusión del “deber de renegociar”<sup>56</sup>. Se conseguiría así reforzar la necesidad de que las partes lleguen a un acuerdo de modificación del contrato ante el cambio de circunstancias, conocedora la parte no perjudicada de que la otra tiene un derecho legal a tal modificación, que, si no acepta voluntariamente mediante un acuerdo, será dictada tal modificación o incluso la resolución por el órgano judicial, cuya solución puede ser menos satisfactoria que la pactada, hecho al que se le puede añadir una indemnización por daños y perjuicios ante dicha negativa a renegociar o la realización de tal renegociación con mala fe. Aunque, no obstante, igualmente complejo resulta determinar qué daños y perjuicios son indemnizables en estos casos<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> SALVADOR CODERCH, P., “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, op.cit.: “*Y, consecuentemente, la positivación de la regla conllevaría la desaparición de la primera y fundamental cautela sobre el carácter alegal de la cláusula, tradicionalmente antepuesta por el Tribunal Supremo a cualquier otra consideración sobre su aplicabilidad. Por la misma razón, dejaría de ser una doctrina basada en la equidad (art. 3.2 CC). Pasaría a estarlo en el derecho positivo y bastaría la referencia al art. 1213 o a su equivalente en el texto definitivo para constituir un Fundamento de Derecho*”.

<sup>55</sup> CALAZA LÓPEZ, S., “No hay pandemia que no remita: hoja de ruta de la *rebus sic stantibus*” *Actualidad Civil*, Nº 1, Sección Derecho de los contratos / A fondo, Wolters Kluwer, enero 2021: “*La regulación de la rebus, llegado este momento, constituye un ejercicio de auténtica responsabilidad. Y ello no sólo para perfilar, en la Ley, su más perfecta construcción identitaria, con especificación de sus notas configuradoras —y, por tanto, diferenciadoras de figuras afines como el caso fortuito o la fuerza mayor con las que comparte alguna seña de identidad—, su proyección, sus límites, sus fortalezas; también, acaso, su evidenciable debilidad —el oportunismo—, que ya han sido afrontados —y analizados— en sede jurisprudencial, con la consiguiente reacción doctrinal; sino, sobre todo, para colmar el gran abismo al que, en verdad, se enfrenta la rebus: la construcción de su procedimiento judicial en un auténtico campo de minas*”.

<sup>56</sup> En sentido similar HIJAS CID, E., “*¿Es necesaria una regulación de la cláusula “rebus” para 2021?*” *El Notario del Siglo XXI*, Nº 94, noviembre - diciembre 2020: “*una redacción a grandes rasgos de la misma no sería más que un marco genérico de actuación, puesto que, en la práctica, los jueces deben examinar las circunstancias de cada caso concreto y ver qué solución es la adecuada. Sin embargo, su inclusión en el Código Civil produciría dos importantes efectos: acabar con su excepcionalidad y aplicación subsidiaria (limitada hasta ahora a aquellos casos en que no existe otro remedio conocido) e incentivar a las partes a buscar soluciones consensuadas para la alteración de las circunstancias del contrato, sin que ninguna de ellas se pudiera escudar en el consabido pacta sunt servanda. Entiendo que estos dos beneficios constituyen una motivación más que suficiente para dar carta de naturaleza legal a la cláusula, de modo que tenga una regulación que, desde mi punto de vista, debería ser escueta y concisa (sobre todo si se incardina en el artículo 1258 de nuestro Código Civil), dejando la apreciación de los detalles de cada caso concreto a los tribunales de justicia*”.

<sup>57</sup> PARRA LUCÁN, M., “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, op.cit. “*Pero negociar, incluso de buena fe, no implica que se alcance un acuerdo, por lo que solo la falta de voluntad negociadora de mala fe podría dar lugar a una indemnización de daños. La cuestión es, ¿qué daños deberán indemnizarse? Parece excesivo identificar los perjuicios sufridos por la otra parte por la falta de negociación con todas las consecuencias de la no adaptación del contrato. Para ello sería preciso valorar primero cómo debía adaptarse el contrato, lo que a su vez resulta complejo, pero, sobre todo, equivaldría a condenar a quien no ha querido negociar a responder por el incumplimiento del contrato tal y como pudo ser adaptado, lo que es desproporcionado porque no es imputable a su comportamiento. De hecho, el remedio a esa falta de negociación, en las propuestas de armonización, es la atribución al juez del poder de adaptar o resolver el contrato*”.

A pesar de ello, siendo clara la necesidad de la deseada colaboración entre las partes y de la renegociación del contrato para buscar su viabilidad, nos encontramos con discrepancias igualmente sobre su pertinencia respecto a su regulación legal e incentivación de dicha negociación, existiendo algunos autores que lo consideran básico y necesario, como PASQUAU LIAÑO<sup>58</sup>, que se muestra a favor de la propuesta presentada por el grupo CovidWarriors<sup>59</sup>, mientras que otros se muestran en contra de tal regulación, como DÍEZ SOTO y GONZÁLEZ PACANOWSKA<sup>60</sup>.

#### **4. BIBLIOGRAFÍA**

AVILÉS GARCÍA, J., “Por el momento, la cláusula rebus sic stantibus en manos del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, Nº 9687, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 2 de septiembre de 2020.

CALAZA LÓPEZ, S., “No hay pandemia que no remita: hoja de ruta de la rebus sic stantibus”, *Actualidad Civil*, Nº 1, Sección Derecho de los contratos / A fondo, Wolters Kluwer, enero 2021.

CARRASCO PERERA, A., “Al fin la madre de todas las batallas del Covid 19: “rebus sic stantibus”. Con ocasión de una reciente propuesta institucional”, Revista *CESCO*, 22 mayo 2020.

CATAUDELLA, A. “Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016. Volume 70 – 3.

---

<sup>58</sup> PASQUAU LIAÑO, M., “Covid-19: los contratos también se contagian. ¿Hay fórmulas para mitigar el colapso judicial?”, *Diario La Ley*, Nº 9665, Wolters Kluwer, 2020.

<sup>59</sup> En la propuesta de regulación presentada por dicho grupo se encuentra lo siguiente: “3. No se admitirán a trámite las demandas que se fundamenten en lo previsto en el apartado primero de este artículo si no van acompañadas de un principio de prueba de que el demandante ha intentado o ha aceptado una negociación de buena fe. Para calificar la buena fe en la negociación se atenderá principalmente al contenido de la o las ofertas remitidas a la otra parte. En todo caso, se considerará que ha habido un intento de negociación de buena fe por parte del demandante cuando el demandado ha rechazado, o no ha respondido, a la oferta de negociación en el plazo de quince días naturales. El demandante quedará exento del pago de las tasas judiciales.

4. Si una de las partes se hubiera negado a negociar, o hubiera roto las negociaciones de mala fe, podrá ser condenada al pago de las costas procesales, aunque la sentencia o laudo no estime íntegramente las pretensiones de la otra parte, y adicionalmente podrá ser condenado a indemnizar los daños y perjuicios causados a la otra parte que sean consecuencia directa de dicha falta de negociación o ruptura”.

<sup>60</sup> DÍEZ SOTO, C. y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del Covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español”, op. cit.: “*El tiempo extraordinario que vivimos obliga sin duda a subrayar las ideas en torno a la cooperación de las partes en el ámbito contractual, así como la disposición a renegociar los contratos bajo el signo de la buena fe. Es indudable que las partes son los mejores árbitros de su propia relación contractual y cuentan con toda la información relevante. No parece el mejor momento para improvisar una norma que amplíe considerablemente el marco de decisión equitativa del Juez, ni siquiera como incentivo para la deseable renegociación*”.

DE LA TORRE OLID, F., “Eficacia del contrato en la crisis del coronavirus. El control causal y la cláusula rebus”, *Diario La Ley*, Nº 9616, Sección Tribuna, 20 de abril de 2020.

DÍEZ SOTO, C. y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y los efectos derivados del Covid-19 sobre las relaciones contractuales: una perspectiva desde el Derecho español” *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, Nº. 1, 2021.

ESTRUCH ESTRUCH, J., “La aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus"" *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 96, Nº 780, 2020.

FERNÁNDEZ SEIJO, J., “Devolver la espada al acreedor enajenado: sobre la aplicación práctica de la cláusula rebus sic stantibus en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, Nº 9607, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 3 de abril de 2020.

GARCÍA CARACUEL, M. *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, ed. Dykinson, Madrid, 2014.

GREGORACI FERNÁNDEZ, B. “El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 73, Nº 2, 2020.

HIJAS CID, E., “¿Es necesaria una regulación de la cláusula “rebus” para 2021?”, *El Notario del Siglo XXI*, Nº 94, noviembre - diciembre 2020.

MARAÑÓN ASTOLFIE, M., “Evolución doctrinal de la cláusula rebus sic stantibus en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la Sentencia del TS de 6 de marzo de 2020 (JUR 2020/89493)”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Nº 52, 2020.

MOCHOLÍ FERRÁNDIZ, E., “Análisis de la evolución jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*. Su posible aplicación tras la pandemia COVID-19”, *Actualidad civil*, Nº 5, Wolters Kluwer, 2020.

MOLL DE ALBA, C., “¿Es la cláusula “rebus sic stantibus” la solución a todos los problemas jurídicos del Covid-19?”, *Diario La Ley*, Nº 9668, Wolters Kluwer, 2020.

MOLL DE ALBA, C., “El moderno derecho civil francés como modelo para la regulación de la cláusula rebus en España”, *Diario La Ley*, Nº 9634, Sección Tribuna, Wolters Kluwer, 18 de mayo de 2020.

MORALES MORENO, A., “El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 36, Nº 4, 1983.

*La regulación de la cláusula rebus sic stantibus: ¿Una incorporación urgente y necesaria?*

OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Eficacia y cumplimiento de los contratos en tiempos de pandemia”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Nº. 28, 2020.

ORDUÑA MORENO, F., *La moderna configuración de la cláusula “rebus sic stantibus”*, Editorial Civitas, SA, enero de 2016.

ORDUÑA MORENO, F., “La cláusula “rebus sic stantibus” y la crisis derivada del coronavirus”, *Aranzadi digital* num. 1/2020 parte Estudios y comentarios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2020.

PARRA LUJÁN, M., “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4, 2015.

PASQUAU LIAÑO, M., “Covid-19: los contratos también se contagian. ¿Hay fórmulas para mitigar el colapso judicial?”, *Diario La Ley*, Nº 9665, Wolters Kluwer, 2020.

PERTIÑEZ VILCHEZ, F., “Cláusula rebus de necesidad y cláusula rebus de estabilización: un análisis en el ejemplo de los locales de arrendamiento de local de negocio y de industria”, *Diario la Ley*, número 9665, 2020.

SALVADOR CODERCH, P., “Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4, 2009.

TAMPIERI, M. “La presuposizione e la frustrazione del sinallagma”. *Rivista di diritto privato*, fasc. 2, 2020

# El acogimiento familiar y residencial en Andalucía (2020)

*Family and residential care in Andalusia (2020)*

**ANA CARMEN BRUZÓN SÁNCHEZ**

Graduada en Derecho

[anacarmen@outlook.com](mailto:anacarmen@outlook.com)

 <https://orcid.org/0000-0003-4697-0275>

**Resumen:** El presente estudio tiene por objeto examinar la regulación estatal y particularmente, autonómica andaluza del sistema de acogimiento familiar y residencial, marcada por la dispersión normativa y por la reforma obrada a través de la LO 8/2015 y la Ley 26/2015. Cuando la Entidad Pública, en cumplimiento de su labor de protección de menores, asume la guarda o tutela de un menor, debe constituir para él un acogimiento, que podrá ser de diversos tipos – temporal o estable, familiar o residencial –. Tales decisiones deberán ser valoradas a la luz del superior interés del menor, sobre la base de las características y necesidades del mismo y de los criterios y preferencias establecidos legalmente. El menor que permanece en acogimiento tiene el derecho a mantener el contacto con su familia de origen y a retornar a ella, siempre que le resulte posible y conveniente, pero, en ocasiones, tal derecho se ha visto vulnerado, provocando, tanto a él como a su familia, daños irreparables. Tales cuestiones serán objeto de análisis del presente trabajo.

**Abstract:** *This study aims to examine the national and the autonomic government regulation of the family foster and residential care system, characterized by the regulatory dispersion of legislation and the reform carried out by the LO 8/2015 and the Law 26/2015. When the Public Entity, in compliance with its work to protect minors, assumes the custody or guardianship of a minor, it must constitute foster and residential care for him/her, which may be of various types - temporary or stable, family or residential. Such decisions must be evaluated considering the minor's best interests, based on his or her characteristics and the criteria and preferences established by law. The minor who remains in foster care has the right to maintain contact with his or her family of origin and to return to it, whenever it is possible and convenient, but, on occasions, this right has been violated, causing both him/her and his/her family, irreparable harm. Such issues will be the object of analysis in this study.*

---

Recepción: 27/03/2021

Aceptación: 24/05/2021

Cómo citar este trabajo: BRUZÓN SÁNCHEZ, ANA CARMEN, “El acogimiento familiar y residencial en Andalucía (2020)”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 233-278, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.9>

**Palabras claves:** Acogimiento familiar, acogimiento residencial, interés superior del menor, riesgo, desamparo, patria potestad, tutela, guarda.

**Key words:** *Foster care, residential care, best interests of the child, risk, abandonment, parental authority, guardianship, custody.*

**Sumario:** 1. CONCEPTOS GENERALES. 1.1. El interés superior del menor tras la reforma del art. 2 LOPJM. 1.2. Situaciones de desprotección. 1.2.A. *Las situaciones de riesgo.* 1.2.B. *Las situaciones de desamparo.* 2. EL ACOGIMIENTO. 2.1. Acogimiento familiar. 2.1.A. *Acogimiento familiar de urgencia.* 2.1.B. *Acogimiento familiar temporal.* 2.1.C. *Acogimiento familiar permanente.* 2.1.D. *Acogimiento familiar especializado.* 2.1.E. *Familia de acogida y familia colaboradora.* 2.1.F. *Familia extensa y familia ajena.* 2.2. Acogimiento residencial. 2.3. Acogimiento familiar versus acogimiento residencial. 3. PROBLEMÁTICA AL RESPECTO DEL DERECHO DEL MENOR ACOGIDO A MANTENER EL CONTACTO CON SU FAMILIA DE ORIGEN Y A RETORNAR A ELLA. 4. CONCLUSIONES FINALES.

## 1. CONCEPTOS GENERALES

Previamente a proceder con el estudio del acogimiento familiar y residencial en Andalucía, que constituye el objeto central del presente trabajo de investigación, es conveniente analizar una serie de términos determinantes en la materia, que delimitan, en la práctica, las decisiones administrativas y judiciales concernientes a la misma.

### 1.1. El interés superior del menor tras la reforma del art. 2 LOPJM

La Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (en adelante CDN) enuncian principios y reconocen derechos de la infancia de aplicación obligatoria por todos los Estados partes, ocupando un lugar preeminente en la normativa internacional de protección de menores.

Anteriormente a la reforma obrada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante LOMSPIA), la referencia al interés superior del menor ya se encontraba presente en la legislación nacional e internacional y en la práctica judicial y administrativa, constituyendo un principio inspirador de todas aquellas decisiones y actuaciones que tuvieran relación con aquel.

La Constitución Española (en adelante CE), en su artículo 39, como principio rector de la política social y económica, dispone la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, dentro de esta, singularmente, la de los menores. Posteriormente, cambia de manera sustancial el ordenamiento jurídico de protección del menor con la promulgación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican

determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción que da lugar a la desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LOPJM). Y, en virtud de la competencia en asistencia social que podía ser asumida por las Comunidades Autónomas sobre la base del artículo 148.1.20 CE, estas aprueban su propia normativa sobre la materia<sup>1</sup>, lo que da lugar a la supletoriedad de la legislación estatal en el ámbito de protección de menores y a una alta dispersión normativa a lo largo de todo el territorio nacional<sup>2</sup>.

A pesar de que el interés superior del menor se reconocía y protegía en toda la normativa internacional, estatal y autonómica, se presentaba como un concepto jurídico difuso e impreciso, lo que conducía a que la valoración y determinación del mismo en las decisiones que concernían a menores no siguieran un proceso uniforme y existiera un amplio margen de apreciación<sup>3</sup>, lo que, en la práctica, se traducía en una excesiva discrecionalidad en la toma de decisiones y, a la postre, en inseguridad jurídica.

En el año 2013 el Comité de los Derechos del Niño publica su Observación General nº14 al respecto del interés superior del menor contemplado en el párrafo primero del artículo 3 de la CDN<sup>4</sup>. Tal Observación tiene como finalidad dotar de contenido el concepto de interés superior del menor que ya preveía el propio artículo precitado, especificando que el menor goza del derecho a que en la toma de toda decisión que le afecte, tanto en la esfera pública como en la privada, su interés superior sea considerado de manera primordial.

La mencionada Observación General manifiesta que el interés superior del menor tiene como objetivo, por un lado, que todos los derechos reconocidos por la CDN sean plenamente efectivos y, por otro, que sea garantizado el desarrollo *“físico, mental, espiritual, moral,*

---

<sup>1</sup> La Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor (en adelante Ley 1/1998) define el marco jurídico de actuación en materia de atención y protección a la infancia y adolescencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía. No obstante, es conveniente citar la reciente aprobación de la tramitación de la nueva Ley de Infancia y Adolescencia en Andalucía, que plantea avances respecto de la previamente citada y que, según la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Infancia y Adolescencia de Andalucía publicado el 19 de enero de 2021, BOPA nº 495, *“nace con la vocación de garantizar una protección a la infancia y adolescencia en el ámbito del territorio andaluz, atender tanto a las necesidades que ya venían existiendo, como a las que han ido surgiendo en tiempos más recientes”*.

<sup>2</sup> Argelich Comelles, 2017, p. 125. La autora asegura que tal dispersión provoca una menor “unidad de actuación y eficacia frente a una problemática común, pudiendo ocasionar agravios comparativos según el territorio y la proactividad del legislador competente”.

<sup>3</sup> Núñez Zorrilla, 2016, p.123.

<sup>4</sup> Observación General nº14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, como órgano internacional compuesto por 18 profesionales en la materia, supervisa la aplicación de la Convención que se realiza por parte de dichos Estados y da a conocer el contenido de la misma a través de sus Observaciones Generales; UNICEF, 2001, p.3.

*psicológico y social del niño*<sup>5</sup> y, en consonancia con ello, entiende que el interés superior del menor consta de un triple contenido:

En primer lugar, constituye un derecho subjetivo del menor directamente susceptible de invocación ante los Tribunales;

En segundo lugar, actúa como principio jurídico interpretativo fundamental, de forma que, si una norma jurídica puede ser interpretada de más de una manera, se optará por aquella que redunde en un mayor beneficio para el menor; y,

En tercer lugar, es norma de procedimiento, de manera que no solo deben respetarse todas las garantías del proceso, sino que, además, se admitirá la fijación de medidas en atención al interés del menor aun cuando ellas no hayan sido solicitadas por las partes<sup>6</sup>.

El legislador español, en sintonía con la CE, la jurisprudencia y las últimas directrices marcadas por el Comité de los Derechos del Niño, reforma el artículo 2 LOPJM, amplía su texto y enuncia diversos criterios generales, que deben ser apreciados, valorados y ponderados a la hora de dilucidar el interés superior del menor caso por caso<sup>7</sup>. Debe indicarse que los citados elementos de decisión, los cuales serán desarrollados a continuación, no tienen ánimo exhaustivo, de manera que el responsable de la toma de decisión podrá atender adicionalmente a otros factores pertinentes al respecto, adecuándola al contexto, necesidades y circunstancias específicas e individuales de cada caso<sup>8</sup>. En el primer apartado del citado artículo se fija novedosamente el ámbito en que opera y el alcance que ha de tener el interés superior del menor. Establece que deberá primar su interés superior sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en todas las decisiones y acciones públicas o privadas, directas o indirectas que conciernan a un menor.

La estimación del interés superior del menor de manera primordial ya era preceptiva, por cuanto tal interés se encuentra reconocido en la CDN, ratificada por España en 1990, y el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General citada, ya había aclarado su prevalencia en el año 2013. La novedad en este caso proviene de la incorporación explícita en una norma de carácter estatal de su debida consideración primordial, pues, antes de la reforma, el reconocimiento del interés superior del menor debía estar presente en las decisiones que se tomaran en aplicación de la LOPJM, en virtud de su artículo 2 previo a la reforma, pero, tras la misma, tal principio se ve reforzado. Ahora, el citado artículo establece que estará presente en

---

<sup>5</sup> Comité de los Derechos del Niño, 2013, p.3.

<sup>6</sup> López Azcona, 2016, p.40.

<sup>7</sup> Tal reforma permite, a criterio de López San Luis, “crear un marco legal común y la coordinación entre los diversos sistemas legislativos autonómicos y del resto de los sistemas públicos”. 2016, p.95.

<sup>8</sup> Núñez Zorrilla, 2016, p.127.

todas las medidas concernientes al menor ya sean directas o indirectas, por parte de instituciones públicas o privadas, de los Tribunales o del poder legislativo.

En el segundo y tercer apartados de dicho precepto se enuncian, respectivamente, una serie de criterios generales que deben tenerse en cuenta a la hora de interpretar y aplicar el interés superior del menor, así como diversos elementos de ponderación cuya valoración será necesaria para tomar en consideración adecuadamente los primeros. Al respecto del acogimiento como objeto del presente estudio, conviene reseñar que, como criterios generales, se deberá procurar la satisfacción de las necesidades básicas del menor en el aspecto material, físico, educativo, emocional y afectivo; estimar sus deseos, emociones y opiniones; garantizar su desarrollo en un entorno familiar adecuado; priorizar la permanencia en su familia de origen y proteger su identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexuales e idioma. Los citados criterios habrán de sopesarse en función de diversos elementos de ponderación: la edad y madurez<sup>9</sup> del menor; el irreversible efecto del paso del tiempo en su desarrollo, así como la necesidad de estabilidad de las soluciones que se tomen; la necesidad de garantizar la no discriminación por razón de su especial vulnerabilidad y la preparación del tránsito a la vida adulta e independiente.

En el apartado cuarto del mencionado artículo se fijan dos elementos de resolución en caso de colisión del interés superior del menor con otros intereses legítimos, de modo que, si existe la posibilidad de respetar conjuntamente todos los intereses en juego, se priorizará dicha opción, pero, en caso de que ello no sea posible, deberá primar el interés superior del menor. Por ello, toda acción llevada a cabo o medida adoptada en interés superior del menor debe previamente valorar los intereses que pudieran encontrarse afectados y, en todo caso, los derechos fundamentales de otras personas.

A este respecto cabe mencionar que el artículo 3, párrafo primero, CDN estima que en toda medida que se tome relacionada con el menor, el interés superior de aquel será una de las consideraciones primordiales. Ello supone que no será la única cuestión estimada fundamental, salvo en las decisiones relacionadas con la adopción y otros supuestos<sup>10</sup> y, por ende, si excepcionalmente se resuelve de forma diversa a lo que aconseja el interés superior del menor, deberán indicarse todos los motivos que demuestren que en el proceso dicho derecho se tuvo en cuenta y se aplicaron todas las garantías a pesar del resultado final<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Establece el artículo 9 LOPJM que tal madurez “habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso”, considerando en todo caso que el menor tiene suficiente madurez cuando sea mayor de doce años.

<sup>10</sup> Comité de los Derechos del Niño, 2013, p.10.

<sup>11</sup> Comité de los Derechos del Niño, 2013, p.20.

En último lugar, el quinto apartado del nuevo artículo determina una serie de garantías que, junto con todas aquellas debidas de manera general, deben ser respetadas en particular en todo proceso de toma de decisión de medidas tendentes a procurar el interés superior del menor. En particular, debe garantizarse el derecho del menor a ser informado, oído y escuchado y parte del proceso<sup>12</sup>; la intervención de profesionales cualificados o expertos, pues cada menor tiene sus propias singularidades y necesidades y estas solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales en la materia<sup>13</sup> y la posibilidad de revisión de las decisiones adoptadas en caso de que en el proceso de toma de las mismas no se haya considerado el interés superior del menor como primordial o bien hayan cambiado las circunstancias que las motivaran.

Igualmente deben los progenitores, tutores o representantes legales del menor, en función de su grado de confianza de este con aquellos, poder participar en el proceso a fin de transmitir objetivamente la opinión del menor en caso de que este no pueda expresarla por sí mismo o no convenga a su interés superior<sup>14</sup> pero, en caso de conflicto o discrepancia, será designado un Defensor judicial conforme a los artículos 299 a 302 Código Civil (en adelante CC). Y, por su parte, el Ministerio Fiscal siempre actuará en promoción de las medidas que estime más convenientes a los derechos del menor<sup>15</sup>.

Por último, se añade como garantía que la adopción de una decisión incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar y las garantías procesales respetadas.

A pesar de que ya se procuraba su presencia y salvaguardia en toda decisión que afectara a un menor en España, era necesario que el interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, se tornara menos difuso y adquiriera unos contornos más delimitados. La reforma del artículo 2 LOPJM ha contribuido de manera muy positiva a la concreción del término y, por ende, a un menor margen de discrecionalidad que ha conllevado, en última instancia, a una reforzada garantía de protección de los derechos e intereses de los menores.

---

<sup>12</sup> El artículo 9 LOPJM incluye, tras la reforma, el derecho del menor a ser escuchado. Anteriormente se le reconocía el derecho a ser oído, entendido como el derecho a expresar su opinión cuando así lo solicitara un tercero. Ahora, se incluye el derecho a ser escuchado, en virtud del cual es el propio menor el que puede reclamar expresar su opinión ante la persona responsable de tomar una decisión que le repercuta. Rabadán Sánchez-Lafuente, 2015, p. 123.

<sup>13</sup> Núñez Zorrilla, 2016, p.130.

<sup>14</sup> Podría ocurrir que, a pesar de que el menor fuera capaz de verbalizar sus propias emociones y deseos, no tuviera suficiente madurez o padeciera una enfermedad o deficiencia psíquica, de forma que, de tener en cuenta su opinión, pudiera no garantizarse la salvaguarda de su interés superior, caso en que sería preferible la participación en el proceso de sus progenitores, tutores o representantes legales.

<sup>15</sup> Núñez Zorrilla, 2016, p.131.

## 1.2. Situaciones de desprotección

La protección de la infancia y la adolescencia se alcanza a través de un sistema de medidas tendentes a la prevención, atención y corrección de todas aquellas situaciones en que los menores<sup>16</sup> no alcancen a tener cubiertas sus necesidades básicas, o bien estén en riesgo de que ello se produzca.

### 1.2.A. Las situaciones de riesgo

La reforma legal efectuada por la promulgación de la LOMSPIA y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante LMSPIA), ha conllevado numerosos cambios normativos que han afectado, entre otros, a las figuras del riesgo y el desamparo<sup>17</sup>.

En el reformado artículo 17 LOPJM se regula expresamente la situación de riesgo, definiéndola como aquella en que las circunstancias que rodean al menor provocan un perjuicio en su desarrollo, su bienestar o sus derechos y que, sin embargo, no comportan la suficiente gravedad que pudiera justificar que la Entidad Pública procediera a declarar su desamparo, pero que sí conlleva la necesidad de la intervención administrativa con el fin de evitar que se llegue, finalmente, a una situación deteriorada que motive la separación del menor de su familia<sup>18</sup>. Nos resulta muy acertada la introducción de esta medida, pues el artículo 2 LOPJM, en su apartado segundo, letra c), incluye como uno de los criterios generales a tener en cuenta a la hora de apreciar el interés superior del menor, la conveniencia de que aquel permanezca en su familia de origen, con la salvedad de que ello no sea posible o positivo para aquel y la protección a las situaciones de riesgo contribuye a lograr que el menor no tenga que ser separado de su familia,

---

<sup>16</sup> Tal menor no podrá estar emancipado ni habilitado de edad pues, al “*haber alcanzado la independencia jurídica en la esfera persona*”, ya no necesita la salvaguardia del sistema de protección a la infancia y la adolescencia; Mayor del Hoyo, 2017, p.243. Y sí podrá ser susceptible de protección el menor de edad cuando sea nacional, así como “*el extranjero – considerado menor de edad en el caso de no poderlo demostrar – declarado en desamparo cuando no se pueda realizar la repatriación, configurado como el instrumento preferente*” Argelich Comelles, 2017, p.139.

<sup>17</sup> Cabe reseñar a este respecto el Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia de 19 de junio de 2020, que en su Exposición de Motivos indica su propósito de combatir “la violencia sobre la infancia y la adolescencia desde una aproximación integral, en una respuesta extensa a la naturaleza multidimensional de sus factores de riesgo y consecuencias” y que “favorece que el conjunto de las administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, refuerzen su implicación en un objetivo de alcance general como es la lucha contra la violencia sobre los niños, niñas y adolescentes, del todo consecuente con los compromisos internacionales del Estado”.

<sup>18</sup> Así, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº5 de Málaga, núm. 69/2015, de 13 de julio de 2015, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], revocó una declaración de desamparo de un menor por basarse exclusivamente en una discapacidad mental de la madre, pero, a la vista de las circunstancias, ordenó a la Entidad Pública la puesta en marcha de un *Proyecto de intervención* tendente a la eliminación de la situación de riesgo sin requerir, para ello, su separación del núcleo familiar.

puesto que se actúa cuando la convivencia, aun siendo problemática, no resulta negativa para aquél.

El citado artículo no incluye una lista de parámetros que determinen la concurrencia de una situación de riesgo. Existe, como se verá posteriormente, una lista de indicadores de desamparo que puede facilitar la tarea de determinar cuándo existe una situación de desamparo, y, por exclusión, no de riesgo. Pero la definición de riesgo del artículo 17 LOPJM utiliza una formulación abierta, al hacer referencia a circunstancias que perjudiquen el desarrollo o bienestar del menor, que puede dar lugar a la apreciación por parte del responsable de la toma de decisiones de la inexistencia de una situación de riesgo a pesar de que efectivamente esta tenga lugar. Por ello sería recomendable integrar en tal precepto una lista de indicadores de riesgo que reduzcan el margen de discrecionalidad y, con ello, se alcance a prevenir de manera efectiva una eventual situación de desamparo.

No obstante, tal precepto sí indica que será un indicador de riesgo “*el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias de la familia hayan cambiado de forma evidente*”, así como la existencia de “*carencias materiales*”, si bien este último factor nunca podrá concluir por sí solo la conveniencia de una separación familiar. Igualmente, en el apartado décimo incluye que se considerará situación de riesgo la negativa a prestar consentimiento al respecto de tratamientos médicos que se presenten indispensables para la vida del menor, o para su integridad física o psíquica, ya sea por parte de sus progenitores, tutores, guardadores o acogedores<sup>19</sup>. No obstante, si en un determinado caso, el alejamiento del menor de su núcleo familiar se torna necesario para salvaguardar así el derecho del menor a la vida o a su integridad, se procederá a la declaración de desamparo<sup>20</sup>.

Adicionalmente, el artículo 17.9 LOPJM determina que en caso de que los servicios sanitarios detecten una situación de riesgo prenatal, la Entidad Pública, en colaboración con los primeros, deberán adoptar medidas de prevención, intervención y seguimiento tendentes a evitar una posterior declaración de riesgo o desamparo y, tras el nacimiento, se deberá mantener la vigilancia para detectar una posible desprotección del recién nacido. Este riesgo, incluye, existirá en los casos en que la mujer no cuide debidamente de su embarazo, consuma en exceso sustancias adictivas o perjudique de alguna manera el desarrollo o la salud del menor.

---

<sup>19</sup> Cuestión tratada en la STC (Pleno) núm. 154/2002 de 18 julio [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], que entendía que el interés superior del menor conllevaba la necesaria salvaguarda de su vida por parte de sus progenitores y de los poderes públicos. Con la citada reforma del artículo 17.10 LOPJM, “*cuando el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho del menor, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente*” y que “*aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial [...] para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible [...] en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente*” Vázquez-Pastor Jiménez, 2019, p. 34.

<sup>20</sup> Díez García, 2016, p.511.

En caso de que, tras el nacimiento se observen en el recién nacido secuelas de grave entidad, se deberá proceder a declarar su desamparo en base al artículo 18.2.c) LOPJM, pero nos parece muy conveniente que la Entidad Pública intervenga en los casos de riesgo prenatal, pues la protección efectiva de la infancia no puede circunscribirse al momento del nacimiento, habida cuenta de la posibilidad de que en ese momento ya se encuentre perjudicado por secuelas que podrían haberse evitado durante la gestación. De hecho, la Declaración de los Derechos del Niño, en su Preámbulo, cita que *“el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*.

Tal precepto toma como instrumento de detección de riesgo prenatal a los servicios sanitarios, pero creemos que la Entidad Pública debería llevar a cabo actuaciones de investigación más allá de la colaboración de los mismos, a fin de identificar a aquellas mujeres gestantes que descuiden por completo su embarazo, sin acudir a controles de salud pues, si estos no se detectan, no se puede alcanzar el propósito de protección de la norma<sup>21</sup>.

Igualmente, respecto del consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo a que hace referencia el citado artículo, proponemos, por un lado, que, aun sin considerarse riesgo prenatal, se intervenga y controle aquellas situaciones en que la madre consuma algún tipo de droga, aun en cantidades no excesivas, y, por otro, que se defina claramente el término *“abusivo”*, pues brinda un amplio margen de apreciación y conlleva el peligro de que, ante una situación de efectivo riesgo, no se llegue a tal conclusión por parte de la persona responsable de interpretar el caso. Nos parece asimismo favorable la inclusión de una fórmula abierta al final del artículo, que engloba como riesgo prenatal toda actuación en que se perjudique el desarrollo del futuro nacido, pero creemos conveniente que se concreten, al menos, los principales indicadores, a fin de reducir el margen de discrecionalidad a la hora de interpretar si existe o no tal perjuicio pues, de ello puede depender que el recién nacido sufra secuelas que le afecten no solo durante la infancia, sino también durante un largo período de su vida.

En una situación de riesgo de cualquier tipo, el artículo antedicho ordena la intervención de la Administración Pública competente, que deberá ser coordinada con los centros escolares, servicios sociales y sanitarios y diversas entidades colaboradoras, con la finalidad de disminuir los factores de riesgo. En concreto, debe elaborar y poner en marcha un *Proyecto de*

---

<sup>21</sup> Así, la Delegación Territorial de Sevilla de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, procedió en el año 2016 a declarar el desamparo provisional y posterior ratificación e inicio de acogimiento preadoptivo de dos gemelos. En este caso, la madre era drogodependiente, no sometió a ningún control su embarazo y no estuvo sometida a ninguna medida preventiva, de forma que sus hijos recién nacidos, tras una analítica, dieron positivo en cocaína y opiáceos. Posteriormente, el desamparo fue confirmado por el Juzgado de Primera Instancia nº26 de Sevilla y por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2<sup>a</sup>) en su Sentencia núm. 92/2016 de 18 de marzo [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Igualmente, la SAP de Huelva (Sección 2<sup>a</sup>), núm. 87/2019, de 7 de febrero, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] confirmó la declaración de desamparo de una menor, en favor de la cual la actuación de la Entidad Pública comienza varios días después de nacer, y no preventivamente durante la gestación, al presentar la bebé positivo en cocaína.

*intervención social, educativo y familiar* que incluya los objetivos a lograr, las actuaciones que se realizarán para alcanzarlos, los recursos disponibles y los plazos previstos para ello, siempre debiendo promover la protección del menor y el mantenimiento de este en su entorno familiar.

A pesar de que se ordena la elaboración y puesta en marcha del *Proyecto de intervención*, no se especifica qué tipo de actuaciones deben ser llevadas a cabo y, por tanto, la normativa estatal no establece cuáles deberían ser las medidas adecuadas en aras de prevenir y ayudar a solventar la situación de riesgo a las familias que se encuentren en tales circunstancias<sup>22</sup>. Esta cuestión sí ha quedado solventada en la normativa andaluza, en el artículo 20 Ley 1/1998, que establece que las medidas de apoyo a las familias podrán ser tanto de tipo técnico, consistiendo estas en intervenciones sociales y terapéuticas con el menor y su familia a fin de evitar el desarraigo, como de tipo económico, para aquellas familias que carezcan de recursos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los menores, con carácter preventivo y temporal. Asimismo, añade dicho artículo que las Administraciones Públicas andaluzas desarrollarán programas de integración social para menores con dificultades especiales que les permitan alcanzar su desarrollo personal así como una integración educativa y social, programas de información y sensibilización programas formativos de garantía social a fin de ofrecer alternativas al rechazo, fracaso y absentismo escolar, a través de cursos de formación profesional que favorezcan la incorporación de los adolescentes al mundo laboral.

El artículo 17 LOPJM -en su versión dada por la reforma del año 2015- indica que los progenitores, tutores, acogedores o guardadores deben colaborar activamente en el citado *Proyecto de intervención*, tanto a la hora de definirlo, puesto que preferiblemente deberá ser consensuado, como en las funciones que en virtud del mismo les pudieran corresponder. Para tratar de eliminar o reducir los factores de riesgo, el *Proyecto de intervención* deberá contener, en caso de que fuera necesario, medidas tendentes a asistir a los progenitores, tutores y guardadores para que estos puedan cumplir adecuadamente sus obligaciones al respecto de los menores<sup>23</sup>. Y añade que si, a pesar de la implementación de dichas medidas, los anteriores mantienen la negativa a cooperar, ello provocará la declaración de la situación de riesgo del menor mediante una resolución administrativa motivada, con previa audiencia de los progenitores, tutores, acogedores o guardadores y, además, del menor si tuviera suficiente madurez o, en todo caso, a partir de los 12 años. Dicha declaración contendrá las medidas asistenciales, los deberes de los progenitores, tutores y guardadores y el *Proyecto de intervención*. Contra la misma cabrá, no obstante, recurso conforme al artículo 780 Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>24</sup> (en adelante LEC).

---

<sup>22</sup> Noriega Rodríguez, 2018, p. 123. Añade la autora que resultaría recomendable su establecimiento a nivel de estatal, a fin de garantizar que en todas las Comunidades Autónomas se desarrollaran las medidas apropiadas a las situaciones de riesgo.

<sup>23</sup> Berrocal Lanzarot, 2017, pp. 159 y 160.

<sup>24</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

## 1.2.B. Las situaciones de desamparo

La nueva redacción del reformado artículo 18 LOPJM establece que, si la Entidad Pública constata que existen menores en situación de desamparo, deberá actuar conforme a los artículos 172 a 174 CC.

El artículo 172.1, párrafo 2, CC define la situación de desamparo a través de una relación de causalidad entre el “*incumplimiento o [...] imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección*” de guarda sobre los menores y la carencia de estos de la asistencia moral o material básica que necesitan<sup>25</sup>. Ello supone que, a efectos de comprobar la concurrencia de una situación de desamparo, es indiferente si esta pudiera provenir de un incumplimiento o de una imposibilidad de observancia por parte de los progenitores, tutores o guardadores<sup>26</sup>.

El artículo 18 LOPJM complementa, como novedad en una norma de carácter estatal, la noción de desamparo del anterior artículo con la finalidad de unificar los criterios determinantes de su declaración. Señala que la pobreza de los progenitores, tutores o guardadores<sup>27</sup> o bien la discapacidad del menor o de los progenitores, no podrán determinar la efectividad de la situación de desamparo. Y añade que sí será un indicador de desamparo tener un hermano en dicha situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de manera evidente.

Adicionalmente, y a la inversa de lo que ocurre con la situación de riesgo, la LOPJM, en su artículo 18, establece una lista, aunque *numerus apertus*, de indicadores de desamparo, que en concreto son ocho y garantizan un menor margen de apreciación y, con ello, una mayor seguridad jurídica.

Existirá una situación de desamparo cuando concurran los indicadores citados, pero estos deben suceder con suficiente gravedad, ser ponderados en base a los principios de necesidad y proporcionalidad y, además, suponer una amenaza para la integridad física o mental del menor. Tales condiciones se establecen con el fin de comprobar casuísticamente lo más apropiado para su superior interés, a la luz del artículo 2.2.c) LOPJM, que determina la conveniencia de que el menor permanezca en su núcleo familiar de origen siempre que le resulte positivo. Es por ello que la jurisprudencia ha venido a reiterar que la declaración de desamparo debe considerarse de manera restrictiva, de forma que solo procederá cuando efectivamente se acredite que los

---

<sup>25</sup> Los menores del sistema de protección, a causa de la situación de desamparo en que se encuentran, suelen compartir ciertas características tales como un déficit en su desarrollo afectivo y cognitivo, dificultad para crear o mantener relaciones sociales, problemas de apego y trastorno de la conducta; Características de los menores susceptibles de acogimiento familiar (s.f.).

<sup>26</sup> Berrocal Lanzarot, 2017, 171.

<sup>27</sup> Antes de la reforma del sistema de protección a la infancia del año 2015, existían pronunciamientos jurisprudenciales contrarios al respecto de este dilema, sin existir un criterio unificado; Noriega Rodríguez, 2018, p.127.

incumplimientos por parte de progenitores, tutores o acogedores afectan a las necesidades más básicas del menor<sup>28</sup>.

Se detallan en los párrafos siguientes los indicadores de desamparo enumerados en el precitado artículo, el primero de los cuales consiste en el abandono del menor por aquellos a quienes corresponda el ejercicio de su guarda, ya sea porque estos no tengan la posibilidad o la voluntad de ejercerla<sup>29</sup>. Igualmente, tendrá tal valoración la situación en que, habiendo acabado el plazo de guarda voluntaria, los responsables legales no tengan intención de hacerse cargo del menor; o el hecho de que el menor sufra un riesgo para su “*vida, salud e integridad física*” a causa de acciones u omisiones por parte de las personas que ejercen su guarda<sup>30</sup>, o por terceros con el consentimiento de aquellos, o a causa de un conflicto de intereses entre el menor y los progenitores, tutores o guardadores o por mera tolerancia<sup>31</sup>.

Igualmente, indicará tal circunstancia el riesgo para la integridad moral, la salud mental y el desarrollo de la personalidad del menor a causa de un maltrato psicológico continuado<sup>32</sup> o de una falta de atención grave y crónica<sup>33</sup>. No obstante, si dicha falta de atención a las necesidades

---

<sup>28</sup> Entre otras, STS (Sala 1<sup>a</sup>) núm. 540/2015 de 15 octubre [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] y STS (Sala 1<sup>a</sup>) núm. 565/2009 de 31 julio [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

<sup>29</sup> Así se entiende por la SAP de Cádiz (Sección 5<sup>a</sup>), núm. 472/2013 de 1 octubre [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], a causa de la falta de habilidades parentales de unos progenitores que reciben ayudas sanitarias, educativas, económicas y sociales y, aun así, no entienden ni asumen la situación. Mantienen la vivienda sin suficientes condiciones higiénicas y no hacen uso de las ayudas a fin de mejorar las condiciones vitales de los menores. En los mismos términos se pronuncia la SAP de Cádiz (Sección 5<sup>a</sup>), núm. 375/2019, de 17 de mayo, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], que confirma la declaración de desamparo de tres menores con falta de higiene y atención médica, y muestran escasa estimulación y déficit en su desarrollo afectivo.

<sup>30</sup> Tal situación provoca la declaración de desamparo, estimada posteriormente por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6<sup>a</sup>) en su Sentencia núm. 946/2019 de 29 de octubre, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], de cinco menores que se encontraban en una vivienda inhabitable, con acumulación de basura y restos “*putrefactos*”, siendo ello un foco de infección. Los hijos asistían al colegio sucios, dos de ellos acudieron con liendres y piojos sin recibir tratamiento para ello, una de las hijas se desmayó dos veces en la escuela a causa de una negligente alimentación y, en una ocasión, la Policía tuvo que intervenir al percatarse de que la madre había dejado a su bebé en el coche mientras hacía compras. Se constató que progenitores e hijos, aun así, se tenían afecto, pero los primeros no eran conscientes de la situación y, por tanto, no eran capaces de cubrir las necesidades básicas de sus hijos. Asimismo, se pronuncia la SAP de Córdoba (Sección 1<sup>a</sup>), núm. 540/2017 de 25 de septiembre, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], al respecto de un menor al cual se le diagnostica el síndrome del niño zarandeadó, a causa de sacudir al bebé de manera enérgica y repetida, provocándole de manera no accidental un traumatismo craneoencefálico grave con lesiones cerebrales y diversos hematomas, confirmando el Tribunal su desamparo sin perjuicio de la valoración de los hechos y la autoría que tuviera lugar en el respectivo procedimiento penal.

<sup>31</sup> Entendiendo por mera tolerancia la falta de esfuerzo suficiente para evitar las acciones u omisiones mencionadas.

<sup>32</sup> Así, la SAP de Huelva (Sección 2<sup>a</sup>), núm. 454/2019 de 2 de julio [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] confirma el desamparo de una menor por maltrato infantil por parte de su madre, la cual no es capaz de controlar sus impulsos. Además, la madre consume tóxicos y agrede verbalmente de forma continuada a su propia madre en presencia de la menor, lo que provoca que aquella reproduzca tales comportamientos al relacionarse con su abuela.

<sup>33</sup> La SAP de Jaén (Sección 1<sup>a</sup>), núm. 371/2016 de 2 junio, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] confirma la declaración de desamparo por ser ambos progenitores consumidores de alcohol y sustancias ilegales,

afectivas o educativas del menor se debe a un trastorno mental grave o a conductas adictivas habituales<sup>34</sup> de los representantes legales, solo se podrá considerar indicador de desamparo el hecho de que los mismos no estén sometidos a tratamiento alguno o, estando, no presten la colaboración oportuna.

Será indicador de desamparo un entorno o unas condiciones de vida deteriorados gravemente que provoquen el incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de la guarda y, con ello, se perjudique el desarrollo o la salud mental del menor<sup>35</sup>. Y, también, la explotación del menor a través de la mendicidad, delincuencia, prostitución o cualquier otra forma de naturaleza o gravedad similar<sup>36</sup>; la falta de escolarización o asistencia de manera reiterada y el absentismo cuando exista causa de tolerancia o inducción, y siempre que se produzca en etapas de educación obligatoria<sup>37</sup>.

El artículo 18 LOPJM incluye una cláusula abierta, que indica que cualquier situación que provoque un grave perjuicio para el menor como consecuencia del “*incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio*” de la guarda y que no pueda evitarse manteniendo la permanencia del menor en su entorno familiar se entenderá como una situación de desamparo. En esta cláusula abierta podría circunscribirse el hecho de que los progenitores no cumplieran el *Proyecto de intervención* familiar para situaciones de riesgo, pues hay ocasiones en que, si las medidas establecidas y los recursos ofrecidos son rechazados tajantemente, no podrán evitar la desprotección del menor. Ello ocurrió en un caso juzgado por el Tribunal Supremo en el año

---

careciendo de habilidades de comunicación ni de resolución de conflictos y exponiendo a los menores a aislamiento social, situaciones de violencia y falta de higiene personal y de la vivienda. Igualmente, la SAP de Jaén (Sección 1<sup>a</sup>), núm. 1132/2019 de 26 de noviembre, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] estima el desamparo de un menor a causa de su exposición reiterada a episodios de violencia verbal entre sus progenitores y deficiente alimentación e higiene por parte de estos, que son consumidores de cocaína y se niegan a colaborar con los Servicios Sociales, sin asumir sus comportamientos incorrectos ni el riesgo que ellos conllevan para el menor.

<sup>34</sup> Existirá un consumo habitual cuando sea perjudicial, o haya abuso o dependencia; Berrocal Lanzarot, 2017, p.164.

<sup>35</sup> La SAP de Córdoba (Sección 1<sup>a</sup>), núm. 521/2016 de 7 octubre [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] considera que es imposible el cumplimiento de los deberes de guarda por parte de dos progenitores privados ambos de libertad pues se tornan incompatibles con las relaciones familiares solicitadas. Asimismo, se declara en desamparo a una menor cuyo entorno se encuentra gravemente deteriorado a causa de vivir con su madre en un camping aislado, sin suministro de agua, luz y gas, haciendo fuegos en la calle en una zona conflictiva en la que hay peleas y consumo de drogas y ante lo cual la madre no asume su responsabilidad ni acepta la intervención de los Servicios Sociales y así lo estima la SAP de Cádiz (Sección 5<sup>a</sup>), núm. 1132/2019 de 26 de noviembre [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

<sup>36</sup> La SAP de Córdoba (Sección 2<sup>a</sup>), núm. 42/2001, de 2 marzo, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] confirma la procedencia de la declaración de desamparo por utilizar una madre a su hija para ejercer habitualmente la mendicidad. No tenían vivienda, recursos ni apoyo familiar. La niña se encontraba en un grave estado de desnutrición y no tenía cubiertas las necesidades mínimas de higiene.

<sup>37</sup> La SAP de Málaga (Sección 6<sup>a</sup>), núm. 808/2015, de 21 diciembre, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] estima el desamparo de un menor sin escolarización habitual, habiendo estado matriculado en tres colegios durante un año y no habiendo asistido a ninguno.

2017<sup>38</sup>, en que un menor de seis años tenía un retraso grave en la adquisición del lenguaje y su madre no era consciente del problema por el que atravesaba su hijo, rechazando reiteradamente las propuestas de apoyo y el tratamiento del menor en un centro de estimulación precoz del aprendizaje del lenguaje. Si tales recomendaciones hubieran sido seguidas, no habría sido necesario declarar la situación de desamparo, pero, ante la negativa reiterada a cumplir sus deberes parentales y a colaborar con los Servicios Sociales, perjudicando claramente el desarrollo del menor, no quedó otra alternativa.

Le corresponde a las Delegaciones Territoriales de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de la Junta de Andalucía, cuando conozcan de una posible situación de desamparo de un menor, iniciar un expediente de protección para recabar todos los datos pertinentes. Dicho expediente dilucida si en el concreto caso que se examina existe una efectiva situación de desamparo y, en su caso, resuelve sobre el ejercicio de la guarda conforme al artículo 23, apartados dos y tres, Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía. Ahora bien, la normativa andaluza, en el artículo 21 Decreto 42/2002,<sup>39</sup> indica que, previamente a la apertura de tal expediente, la Entidad Pública podrá promover acciones tendentes a obtener una información previa que permita determinar la existencia de indicios de desamparo, de manera que, si no se aprecian los mismos, procederá al archivo del procedimiento. A este respecto, existe un caso visto por la Audiencia Provincial de Málaga en el año 2016<sup>40</sup>, en que la Delegación Territorial de Málaga de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, archivó un procedimiento porque presentaba “*una situación meramente incipiente de inadaptación escolar y, como mucho, de riesgo*”.

Primeramente, el simple hecho de constatarse una situación de riesgo habría sido suficiente para abrir un expediente de protección, independientemente de que al final de este se determinara la concurrencia de una situación de desamparo, de riesgo o bien que no existía desprotección alguna<sup>41</sup>. Pero, además, había un informe de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Málaga que indicaban un absentismo escolar grave, habiendo llegado el menor, en algunos meses, a acudir tan solo al 20 o 25% de las clases, aparte de asistir sucio y con mal olor. Al igual que estima la Audiencia Provincial de Málaga en este caso, entendemos que tal informe debería haberse considerado suficiente información previa como para determinar la existencia de un indicio de desamparo, pero creemos que la normativa andaluza debería establecer qué se entiende por información previa y cuándo se estima que el órgano competente ha actuado suficientemente a la hora de indagar y obtener los datos suficientes que

---

<sup>38</sup> STS (Sala 1<sup>a</sup>), de 2 de octubre de 2017, núm. 535/2017 [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

<sup>39</sup> Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

<sup>40</sup> SAP de Málaga (Sección 6<sup>a</sup>), núm. 160/2016, de 10 de marzo [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

<sup>41</sup> Tal razonamiento también se recoge en otras sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6<sup>a</sup>), como la Sentencia núm. 206/2016 de 31 de marzo [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] y la Sentencia núm. 548/2016 de 21 de julio [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

le permitan constatar un posible indicio de desamparo o bien, pueda proceder a archivar el expediente de protección.

La consecuencia de la constatación por parte de la Administración Pública competente de la situación de desamparo es la asunción automática de la tutela por ministerio de la ley<sup>42</sup>. Ahora bien, dicha situación de desamparo habrá de declararse a través de una resolución administrativa que declare la misma y que contenga un plan individualizado que incluya los objetivos y plazos de las medidas de protección a adoptar. Dicha resolución deberá estar motivada, será ejecutiva y podrá incluir un plan de reintegración familiar<sup>43</sup>. En caso de que los menores sean extranjeros no acompañados, estos gozarán de los derechos que le brinda la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y de la propia LOPJM, que, en su artículo 19 bis, establece que se llevará a cabo la búsqueda de la familia de origen y se perseguirá la restauración de la convivencia, siempre que ello se estime conveniente para el interés del menor y no suponga un riesgo para su seguridad.

La tutela asumida por la Administración Pública a consecuencia de la declaración de desamparo es de titularidad pública, pero su ejercicio debe delegarse. Conlleva la asunción de las funciones de contenido personal, la representación legal del menor y la administración del patrimonio de aquel. Es decir, la Administración deberá absorber no solo las tareas de cuidado personal del menor – como procurarle alimento, educación, formación, etc. – sino que, además, deberá desempeñar las tareas administrativas y de representación<sup>44</sup>. No obstante, a pesar de que dicha resolución conlleva igualmente la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, los progenitores, tutores y guardadores podrán realizar actos de contenido patrimonial en representación del menor siempre y cuando estos sean beneficiosos para el interés superior del mismo. Y, asimismo, en caso de que la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal lo consideraran procedente, podrán promover la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela ordinaria, conforme a los párrafos tercero y cuarto del artículo 172.1 CC, lo cual constituye una novedad con respecto a la legislación anterior, en la cual solo era posible la suspensión de la

---

<sup>42</sup> A criterio de Pedro de Pablo Contreras, tal tutela administrativa, que no civil u ordinaria, es una potestad de Derecho público de ejercicio unilateral por parte de la Entidad Pública cuya asunción no afecta a la titularidad de la patria potestad ni de la tutela civil, sino solo a su contenido personal, que queda suspendido y, de hecho, el artículo 172.1CC añade que “serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste”. No obstante, la Entidad Pública tiene, en virtud del artículo 172.1CC, la legitimación – que también tiene el Ministerio Fiscal – para solicitar del juez, si procediere, la privación de la patria potestad o la remoción de la tutela, por la concurrencia de las causas de los artículos 170CC y 247CC, respectivamente, de aquellos que las tuvieren suspendidas. Como consecuencia de lo último, tendría lugar la “privatización” de la tutela de la Entidad Pública, que pasaría a englobar todo el contenido de la tutela, tanto patrimonial como personal, propio de una tutela ordinaria o civil. De Pablo Contreras, 2015, p.129-140.

<sup>43</sup> Berrocal Lanzarot, 2017, p.175.

<sup>44</sup> Berrocal Lanzarot, 2017, p.180.

patria potestad o de la tutela ordinaria<sup>45</sup>, de manera que ante un incumplimiento grave directamente se solicita la privación de la patria potestad o tutela y no la declaración de desamparo<sup>46</sup>.

Tras la reforma efectuada en 2015 se han regulado, en el artículo 172.5 CC, las causas por las que finaliza la tutela de aquellos menores en desamparo, en las cuales se incluyen las situaciones en que la Entidad Pública constate la desaparición de las causas que motivaron su declaración; el menor se haya trasladado a otro país de manera voluntaria; hayan transcurrido 6 meses desde que el menor abandonara el centro de protección y se encuentre en paradero desconocido; el menor se encuentre en otra Comunidad Autónoma la cual hubiera dictado alguna medida de protección o bien entendiera que la situación torna innecesario adoptar tales medidas. Igualmente, sobre la base de los artículos 276 y 277 CC, serán causas de finalización de la tutela administrativa algunos de los supuestos de extinción de la tutela ordinaria, como que el menor cumpla dieciocho años, sea adoptado, fallezca, se le conceda el beneficio de la mayor edad y cuando quien estuviera privado o suspendido de la patria potestad del menor la recupere.

## **2. EL ACOGIMIENTO**

Cuando la patria potestad o la tutela devienen ineficaces<sup>47</sup> para brindar al menor la necesaria asistencia moral y material que necesita y este es declarado en desamparo, la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación<sup>48</sup> tendrá, por ministerio de ley, la tutela de aquel. Derivado de tal declaración de desamparo, el artículo 172.1CC establece que, además, queda suspendida la patria potestad o la tutela ordinaria y la Entidad Pública procederá a adoptar una medida de protección para la guarda del menor. Existen otros casos en los que la Consejería no llega a asumir la tutela del menor, sino solo su guarda, no quedando suspendidas la patria potestad ni la tutela civil, como son los supuestos de guarda provisional<sup>49</sup> o de guarda voluntaria<sup>50</sup>. Para todos los casos en que la Administración asuma la guarda de un menor, esta

---

<sup>45</sup> Berrocal Lanzarot, 2017, 182.

<sup>46</sup> Noriega Rodríguez, 2018, p.132.

<sup>47</sup> Se tendrá cuenta la ineficacia de la patria potestad o la tutela independientemente de la voluntad de aquellos que ostenten su titularidad, y, por tanto, ya sea a causa del incumplimiento, imposible o inadecuado ejercicio de las mismas, como indica el artículo 18 LOPJM.

<sup>48</sup> De la Junta de Andalucía, al ser la Entidad Pública competente en materia de protección de menores en dicha Comunidad.

<sup>49</sup> El reformado artículo 14 LOPJM obliga a la Entidad Pública a actuar de manera inmediata cuando así lo necesite un menor. A fin de proveer al mismo de la salvaguarda y atención inmediata que requiera, podrá la Entidad Pública asumir la guarda provisional entretanto practica las diligencias tendentes a la averiguación de la identidad del menor, sus circunstancias y la eventual efectividad de su situación de desamparo. La asunción de la guarda provisional se realizará mediante resolución administrativa, sin necesidad de declarar la situación de desamparo, en virtud del artículo 172.4 CC, que incluye que deberá ser comunicada al Ministerio Fiscal.

<sup>50</sup> La guarda administrativa o voluntaria se encuentra regulada en los artículos 19 LOPJM y 172 bis CC y es de carácter asistencial, pues está destinada a aquellos progenitores o tutores que, interesados en ejercer

se llevará a cabo a través de la figura del acogimiento, que podrá ser familiar o residencial y transitorio o indefinido.

En el presente epígrafe se procederá al análisis de los distintos tipos de acogimiento que se desarrollan en la actualidad en la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como de una serie de cuestiones problemáticas al respecto y otras que surgen tras la reforma legal del sistema de protección a la infancia del año 2015.

El acogimiento puede clasificarse sobre la base de la duración de tal figura de protección, del tipo de acogedor y del objetivo específico que persiga la medida. Por esta razón, a continuación se analizarán los dos grandes grupos de acogimiento en función de si el acogedor es familiar o residencial y, dentro de ambas clasificaciones, se estudiarán los diversos tipos de acogimiento según su duración y, en su caso, objetivo específico.

## **2.1. Acogimiento familiar**

Esta figura, que en la práctica informal existe desde hace siglos<sup>51</sup>, fue introducida en el sistema jurídico de protección a la infancia por la Ley 21/1987<sup>52</sup>. A 31 de diciembre de 2018, se encontraban en Andalucía 2.732 menores en acogimiento familiar, un 13,3% menos que la misma fecha del año anterior y, de entre ellos, un 62,8% eran menores de seis años<sup>53</sup>.

La Entidad Pública es la que determina la persona o las personas que desempeñarán el acogimiento familiar, de acuerdo con la legislación de protección de menores y persiguiendo que los hermanos permanezcan unidos<sup>54</sup>, de manera que se priorizará su guarda por una misma institución o persona conforme a los artículos 172 ter. 2 CC y 27 Ley 1/1998. El menor debe

---

cuidadosamente sus funciones paternales o tutelares, se vean imposibilitados a ello de manera temporal, por un período de hasta dos años prorrogables de manera excepcional si el interés superior del menor así lo aconseja. De tal forma, se consigue evitar que, aun por causa de fuerza mayor, el menor sea declarado en desamparo; Moreno Flórez, 2012, p.118.

<sup>51</sup> Abad Arenas, 2018, p.15.

<sup>52</sup> Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

<sup>53</sup> Defensor del Menor en Andalucía, 2019, p.20. Tal informe añade que el 23,6% tenía entre 7 y 10 años; el 10,8%, entre 11 y 14 años y 2,2%, entre 15 u 17 años.

<sup>54</sup> En la STS (Sala 1º) de 17 de marzo de 2016, núm. 2517/2014, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], no obstante, se confirma la procedencia de la constitución de un acogimiento familiar preadoptivo a favor de un menor a pesar de que ello suponía la separación de su hermano, con el que convivía en un centro de protección de Baeza. Ello se justifica en que se habían creado fuertes vínculos entre el menor y su familia de acogida que aconsejaban el mantenimiento de tal medida. Ciento es que se había intentado un acogimiento conjunto de ambos hermanos por parte de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, pero, al no haber sido ello posible, se optó por dar prioridad al interés superior del primero, que pasaba por permanecer en su nueva familia de acogida. No obstante, el Ministerio Fiscal solicita que continúe la relación entre ambos hermanos, lo cual, al no haber sido objeto del debate, no pudo decidirse, recomendando, a tal fin, el Tribunal Supremo que se planteara tal cuestión ex novo.

participar plenamente en la vida familiar de sus acogedores, como determina el artículo 20 bis. 2. c) LOPJM, los cuales deben ejercer el contenido personal de la tutela<sup>55</sup>, por lo cual tendrán la obligación de velar por su bienestar, “*tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo*” y, si el menor tuviera alguna discapacidad, continuar adecuadamente el tratamiento que estuviera recibiendo o bien procurarle otro más conveniente a sus necesidades sobre la base de los artículos 173.1 CC y 20 bis LOPJM.

Asimismo, los artículos 20 bis. 2. e) y 20 bis. 2. k) LOPJM determinan que los acogedores familiares deben colaborar en el cumplimiento del régimen de visitas del menor con su familia de origen y en las medidas adoptadas tendentes a su reintegración en la misma o a una forma de protección más estable. Es por ello por lo que el acogimiento familiar se constituye como una medida tanto de protección al menor como a su familia de origen<sup>56</sup>.

Tras la reforma llevada a cabo en el año 2015, la guarda con fines de adopción<sup>57</sup> y el acogimiento temporal<sup>58</sup>, han sustituido al acogimiento preadoptivo y al acogimiento simple, respectivamente<sup>59</sup>, de manera que los supuestos de acogimiento familiar quedan concretados en los siguientes.

## 2.1.A. Acogimiento familiar de urgencia

Una de las conclusiones a las que llega la Comisión Especial del Senado de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, del año 2010, es a la pertinencia de

---

<sup>55</sup> Los guardadores deberán ejercer el contenido personal de la patria potestad o, en su caso, de la tutela. Ambos contenidos coinciden, pero, en este caso, al tener la Entidad Pública asumida la tutela del menor, se debe hacer mención de esta última; Berrocal Lanzarot, 2017, p.202.

<sup>56</sup> Características de los menores susceptibles de acogimiento familiar (s.f.).

<sup>57</sup> En sede de adopción, cuando una familia ha sido seleccionada y se encuentra preparada para adoptar a un menor, el cual también ha sido debidamente informado y ha aceptado, en su caso, la adopción, tiene lugar la fase de acoplamiento. Dicha fase tiene como finalidad que la familia de adopción y el menor se vayan conociendo a través de diversos encuentros y salidas. Si dicha fase finaliza satisfactoriamente, entonces la Administración aprueba motivadamente una resolución de guarda con fines de adopción a través de la cual delega la guarda a la familia adoptiva. Formalizada la anterior, la Delegación Territorial de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de la Junta de Andalucía remite, salvo que considere necesario un período de adaptación que no podrá superar el año, propuesta de adopción al Juzgado competente. El auto de adopción emitido por el Juzgado es irrevocable y supone la ruptura de los vínculos entre el menor y su familia de origen, creando unos nuevos de aquel con su familia adoptiva; Pasos principales para realizar una adopción nacional (s.f.).

<sup>58</sup> El acogimiento simple no se encontraba sujeto a plazo y se empleaba en casos en que la reintegración del menor en su familia de origen era de prever o bien cuando resultaba necesario provisionalmente en tanto en cuanto se decidía la constitución de una adopción o una tutela ordinaria.

<sup>59</sup> Por ello, la Disposición Adicional Segunda de la LMSPIA indica que toda referencia “*en las leyes y demás disposiciones*” que se hagan al acogimiento preadoptivo y al acogimiento simple deberán entenderse hechas a la guarda con fines de adopción y al acogimiento temporal, respectivamente.

promover el acogimiento de urgencia para los menores de escasa edad<sup>60</sup>, de manera que estos no se vieran obligados a pasar por un centro de protección<sup>61</sup>. Es por ello que se incorpora el acogimiento de urgencia al Código Civil, en su artículo 173 bis.2, el cual establece que, principalmente, dicha modalidad tiene como objetivo específico evitar la institucionalización de los menores de seis años y una duración, como máximo, de seis meses.

En concreto, la presente medida será de utilidad en los casos de guarda provisional, al procurarse una atención inmediata en un entorno seguro mientras se practican las pertinentes diligencias de averiguación de las circunstancias que rodean al menor; de guarda voluntaria y de tutela administrativa, entretanto la Administración decide la medida de protección oportuna y cuando, habiéndose decidido finalmente la medida apropiada, esta no se pueda constituir de inmediato por el motivo que sea<sup>62</sup>.

En Andalucía las familias que deseen ser acogedores de urgencia deberán, además de cumplir los requisitos de idoneidad, tener disponibilidad permanente y plena dedicación (si se trata de una pareja, esta condición podrá cumplirla solo uno de ellos), contemplando que, por cada persona de la familia que pueda ofrecer dedicación total, se podrá acoger, como máximo, a dos menores al mismo tiempo<sup>63</sup>.

El entorno en el que crece un niño tiene una amplia influencia sobre su desarrollo y aprendizaje, de manera que la crianza en un contexto con carencias afectivas, culturales y económicas tendrá perjuicios claros sobre la evolución de aquél<sup>64</sup> y, por tanto, creemos que resulta esencial que la Entidad Pública sitúe urgentemente en un lugar seguro a cualquier menor que esté padeciendo

---

<sup>60</sup> Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la adopción nacional y otros temas afines, 2010, p.49. Tal Informe indica, en su apartado I, que “*el origen de este Acuerdo del Senado hay que situarlo en un escrito de 19 de septiembre de 2008 dirigido a la Mesa del Senado en el que [...] 25 Senadores solicitan la creación de una Comisión Especial sobre esta materia con la finalidad de estudiar la forma en que las Comunidades Autónomas están solventando los principales problemas que plantea; [...] la situación y perspectivas de institucionalización de menores desamparados; la eficacia de las diferentes modalidades de acogimiento; la cooperación entre las distintas administraciones competentes; los efectos de la dilatada institucionalización de los menores en su desarrollo personal; la suficiencia de la normativa actual para hacer frente a los procesos de acogimiento y adopción nacional; y cuantos aspectos afecten directa o indirectamente al interés superior del menor, bien jurídico fundamental a proteger*”. Asimismo, el precitado apartado acaba por señalar que “*como resultado de estos trabajos, en la última sesión de la Comisión, que tuvo lugar el día 15 de noviembre de 2010, fue aprobado, por unanimidad, el presente Informe*”.

<sup>61</sup> Posteriormente, siguiendo tal Recomendación, la LMSPIA reforma el artículo 21.3 LOPJM, estableciendo que los menores de tres años no podrán estar sujetos a acogimiento residencial, salvo casos de imposibilidad o conveniencia para su superior interés, y que, igualmente, se evitará que los menores de seis años pasen por un centro de protección y que, de hacerlo, será por el mínimo tiempo posible. En ambos casos, añade el citado artículo, se perseguirá que la estancia en tales centros no supere los tres meses de duración.

<sup>62</sup> Berrocal Lanzarot, 2017, p.205.

<sup>63</sup> Modalidades de acogimiento familiar (s.f.).

<sup>64</sup> Gutiez Cuevas et al., 1993, p.121.

algún tipo de maltrato o carencias afectivas o materiales, mientras se investiga y decide al respecto.

Pero, adicionalmente, y habida cuenta de que los primeros años de vida del ser humano resultan vitales para la adquisición y mejora de las habilidades y capacidades propias de su desarrollo<sup>65</sup>, creemos que, en los casos de menores de escasa edad, resulta crucial conseguir que permanezcan en el seno de una familia, al ser, sin duda, el entorno que mejor puede estimular el aprendizaje físico, mental, social y afectivo de aquellos. Por ello, nos resulta acertado que tal tipo de acogimiento se encuentre remunerado en todos los casos de Andalucía<sup>66</sup>, garantizando que el menor cuente con todos los recursos que le resulten necesarios y, así, se consiga evitar que aquellas familias que deseen ofrecerse como acogedoras, pero no tengan suficientes medios económicos, no vean en ello un impedimento<sup>67</sup>, lo que, en última instancia, contribuye a potenciar esta medida de protección del menor en nuestra sociedad.

Proponemos asimismo, para los casos de guarda provisional y de tutela administrativa de menores de seis años, con motivo de una futura reforma de la ley, que se brinde la posibilidad de ofrecer a las familias de origen la posibilidad de permanecer, durante el plazo que se determinara conveniente, en casas o residencias donde pudieran convivir con sus hijos, bajo el control de la Entidad Pública que, entretanto, desarrollara y pusiera en marcha para ellos todas las medidas que estimara adecuadas, y así se alcanzara a compatibilizar la salvaguarda del menor con su permanencia en el seno de su propia familia, dando cumplimiento a la preferencia del artículo 2.2.c) LOPJM.

## 2.1.B. Acogimiento familiar temporal

La presente modalidad de acogimiento tiene carácter transitorio, es decir, el menor solo permanecerá bajo la guarda del acogedor el tiempo imprescindible para permitirle la reinserción en su familia o bien proporcionarle otra medida de protección adecuada a sus necesidades, en virtud del artículo 173 bis.2.b) CC, a la vez que se somete a la familia de origen a un plan de mejora tendente a la reintegración del menor en ella<sup>68</sup>. Podrá aplicarse para casos de guarda provisional, guarda administrativa y tutela administrativa entretanto se determine la opción

---

<sup>65</sup> A mayor ahondamiento, resulta de vital importancia la protección a los primeros seis años de vida puesto que en esta etapa mejora globalmente el desarrollo del niño, en cuanto a que consigue un gran avance del desarrollo motor, fija los sonidos de la lengua y mejora su comprensión y explicación sobre el mundo, consolida su comportamiento autónomo, aprende a relacionarse, comunicarse y convivir en un entorno social con otros niños, adquiere patrones de comportamiento afectivo-social y toma de referencia a sus padres, hermanos y otros convivientes. Bidegain, Nicolás et al., 2011 p.4 y Gutiez Cuevas et al., 1993, p.123.

<sup>66</sup> Modalidades de acogimiento familiar (s.f.).

<sup>67</sup> Sugería el Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la adopción nacional y otros temas afines en el año 2010, además, la creación de una bolsa de acogedores a nivel estatal para acogimientos de urgencia y la captación de familias de esta modalidad a través de campañas, lo cual nos parece acertado, así como crear, en palabras de dicho Informe, una “cultura del acogimiento” en nuestro país.

<sup>68</sup> Abad Arenas, 2018, p.32.

definitiva idónea para cada menor<sup>69</sup> y ello es congruente con la finalidad que persigue tal modalidad de evitar la institucionalización de menores en centros de protección a la vez que se les sitúa en un entorno seguro de manera estable, aunque no definitiva<sup>70</sup>.

Anteriormente a la reforma no se establecía plazo alguno, pero, tras ella, conforme al artículo 173 bis.b) CC, podrá tener una duración de hasta dos años<sup>71</sup>, prorrogables si así lo aconseja el interés superior del menor y se prevé una pronta reintegración del menor en su familia o bien otra medida de protección que sea definitiva. No obstante, a pesar de la previsión legal de prórroga, creemos que su duración no debe alargarse en exceso pues, de lo contrario, se estaría contraviniendo la necesidad del menor de tener una estabilidad en las medidas adoptadas para su protección del artículo 2.3.d) LOPJM.

Los acogedores idóneos para esta modalidad deberán, además de cumplir los criterios de aptitud generales, ser conscientes y aceptar la ausencia de expectativas de permanencia en el acogimiento o de adopción, tener valores educativos similares a los de la familia de origen y residir en una zona geográfica cercana a la misma, pues es importante, en pos del éxito de la medida, que, durante el período que dure la protección, el menor siga manteniendo la relación con su familia de origen. Y es por ello que la familia extensa suele postularse como idónea para tal tipo de acogimiento<sup>72</sup>.

La estancia temporal en España de menores extranjeros es una institución regulada en los artículos 187 y 188 RD 557/2011<sup>73</sup> que, sin constituir un acogimiento temporal, brinda la posibilidad a aquellos de permanecer, a través de programas de carácter humanitario, médico, escolar o de vacaciones, durante períodos de hasta 90 días en España, gracias a financiación de fuentes ajenas a sus progenitores o tutores, los cuales deberán firmar una autorización expresa para la realización de tales estancias<sup>74</sup>. A pesar de que la presente institución supone que durante un período transitorio se delega la guarda de los menores a determinadas familias o instituciones, ello no debe confundirse con el acogimiento temporal, ya que no tiene lugar por encontrarse aquellos necesitados de protección ante una situación de desamparo, ni porque se

---

<sup>69</sup> Berrocal Lanzarot, 2017, p.206.

<sup>70</sup> Acogimiento familiar temporal (s.f.).

<sup>71</sup> Tal plazo se establece en dos años habida cuenta del derecho de los padres o tutores reconocido en el artículo 172.2CC, a solicitar la revocación de la declaración de desamparo – y, por ende, el cese de la suspensión de la patria potestad o de la tutela – durante los dos años siguientes a la notificación de la resolución de tal declaración. Pasado tal plazo, decae el derecho. No obstante, cabe la posibilidad, de manera excepcional, de que la Entidad Pública apruebe durante ese período de dos años una medida de protección estable, como un acogimiento permanente o, incluso, una guarda con fines de adopción, si existe un “pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen” Mayor del Hoyo, 2017, p.242.

<sup>72</sup> Mayor del Hoyo, 2017, p.245.

<sup>73</sup> Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

<sup>74</sup> Estancia temporal de menores extranjeros (s.f.).

estén investigando sus circunstancias, ni porque sus progenitores hayan precisado asistencia administrativa. Igualmente, para poder realizar estos programas se necesita de la autorización de sus progenitores o tutores, mientras que en el acogimiento temporal ello no es requerido.

### 2.1.C. Acogimiento familiar permanente

Esta modalidad, según establece el artículo 173 bis.2.c) CC, se constituye cuando finaliza el plazo de los dos años del acogimiento temporal sin ser posible su reintegración familiar o bien, sin necesidad de pasar por lo anterior, en caso de que se trate de menores con necesidades especiales o que se encuentren en circunstancias que no aconsejen o no hagan posible otra alternativa. Puede finalizar cuando el niño cumple la mayoría de edad o bien cuando se encuentra una opción más ventajosa para el menor<sup>75</sup> pero, a pesar de tener tal vocación indefinida, y al contrario que en la adopción, en esta institución no se crean vínculos de filiación, por lo que, entre otros efectos, el menor acogido no toma los apellidos de los acogedores ni tiene derecho a pensión de orfandad por el fallecimiento de aquellos<sup>76</sup>.

Este tipo de acogimiento entraña la particularidad de que la Entidad Pública puede solicitar del Juez la atribución a los acogedores de funciones propias de la tutela más allá de las de carácter personal, incluyendo las de ámbito patrimonial y de representación<sup>77</sup>, siempre garantizando que ello redunde en el interés superior del menor. En la Comunidad Autónoma de Andalucía es requisito para ser acogedor permanente, además de cumplir los criterios de idoneidad, ser consciente y aceptar que la situación no tiene fecha de finalización predeterminada, pero que tampoco supone la constitución de una adopción. A pesar de que no existe previsión de retorno a la familia biológica, deberá la familia de acogida aceptar y favorecer las relaciones del menor con aquella, siempre que ello resulte beneficioso para su superior interés<sup>78</sup>.

### 2.1.D. Acogimiento familiar especializado

El presente tipo de acogimiento, contemplado en el artículo 173 bis.1.CC, solo se constituye en familia ajena, cuando alguno de sus miembros esté suficientemente cualificado para cumplir el objetivo específico de este tipo de acogimiento, que no es otro que el de atender a menores con necesidades o circunstancias especiales, siguiendo el segundo párrafo del artículo 20.1 LOPJM, como sería el caso de grupos de hermanos, menores próximos a la mayoría de edad o con

---

<sup>75</sup> Abad Arenas, 2018, p.35.

<sup>76</sup> Mayor del Hoyo, 2017, p.247. La STS (Sala 4<sup>a</sup>), de 3 de noviembre de 2004, núm. 2345/2003, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] explica que el hecho de que los hijos adoptados y los menores acogidos en modalidad de acogimiento permanente tengan diferente régimen jurídico no es contrario al principio de igualdad, puesto que tal principio exige que, ante situaciones iguales, se apliquen consecuencias jurídicas iguales. Habida cuenta de que la naturaleza y los efectos de ambos son distintos, es justo que el menor acogido no reciba pensión de orfandad por el fallecimiento de su acogedor.

<sup>77</sup> El juez deberá determinar qué facultades otorga y con qué límites. Berrocal Lanzarot, 2017, p.207.

<sup>78</sup> Acogimiento familiar permanente (s.f.).

discapacidades o enfermedades crónicas. También podría ser el caso, como indica la normativa andaluza en el artículo 7.3 Orden de 11 de febrero de 2004, de la Consejería de Asuntos Sociales<sup>79</sup>, de menores procedentes de la inmigración o que hayan sido víctimas de malos tratos o abusos sexuales y durará el tiempo necesario, según sea temporal o permanente. La finalidad en estos casos es, por tanto, proteger al menor evitando su institucionalización a través de su permanencia en un entorno familiar adecuado, a la vez que la cualificada atención a sus necesidades especiales.

En la Comunidad Autónoma andaluza para que las familias puedan optar a tal modalidad, deberán, además de cumplir los criterios de idoneidad y formación específica, contar con, al menos, un miembro con disponibilidad total para el cuidado de dichos menores. Y será remunerado en todos los casos, tanto por la especial atención que requiere el menor como por la especial cualificación del acogedor<sup>80</sup>.

El acogimiento profesionalizado constituye una especialidad dentro de la modalidad de acogimiento especializado, regulada en el tercer párrafo del artículo 20.1 LOPJM y en la que, además de cumplirse los precitados requisitos, existe entre el acogedor y la Entidad Pública una relación laboral. En estos casos, indica la normativa andaluza en el artículo 7.2 Orden de 11 de febrero de 2004, de la Consejería de Asuntos Sociales<sup>81</sup>, se persigue situar al menor en un entorno familiar a la vez que atender sus necesidades específicas de una manera cualificada.

Ambos supuestos suponen la posibilidad de materializar la conveniencia de que el menor se desarrolle en un entorno familiar, preferencia enunciada en el artículo 2.1.c) LOPJM, para aquellos menores que, en familias de acogida sin la cualificación adecuada, no tendrían cubiertas sus necesidades especiales y para los cuales, por tanto, solo quedaría la opción de vivir permanentemente en un centro especializado.

## 2.1.E. Familia de acogida y familia colaboradora

La LMSPIA ha introducido<sup>82</sup>, en el artículo 172 ter.3 CC<sup>83</sup>, la posibilidad de que los menores en acogimiento familiar o residencial puedan disfrutar de *“estancias, salidas de fines de semana”*

---

<sup>79</sup> Orden de 11 de febrero de 2004, de la Consejería de Asuntos Sociales, por la que se regulan las prestaciones económicas a las familias acogedoras de menores.

<sup>80</sup> Modalidades de acogimiento familiar (s.f.).

<sup>81</sup> Orden de 11 de febrero de 2004, de la Consejería de Asuntos Sociales, por la que se regulan las prestaciones económicas a las familias acogedoras de menores.

<sup>82</sup> Siguiendo la Recomendación núm. 71 del Informe de la Comisión Especial del Senado de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, del año 2010.

<sup>83</sup> En el mismo sentido se expresa, pero solo al respecto del acogimiento residencial, el artículo 36.4 Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor.

*o de vacaciones*” en familias<sup>84</sup> o instituciones especializadas en tal labor. Creemos que tales salidas y estancias tienen diferente repercusión en el menor en función de si se encuentra en acogimiento familiar o residencial. En el primer caso, teniendo en cuenta que el menor ya se encuentra conviviendo con una familia acogedora, tal posibilidad puede enriquecer su desarrollo y aprendizaje cognitivo y emocional al conocer nuevas personas y diferentes modos de vida. En el segundo de los casos, nos parece que tal figura cobra aún más importancia<sup>85</sup> pues, además de brindar los beneficios anteriores, constituye la única vía a través de la cual el menor puede conocer y aprender a relacionarse en un entorno familiar. La Entidad Pública, a tenor del precitado artículo y como titular de la guarda del menor acogido, podrá acordar tales salidas y estancias, solo si lo considera beneficioso para su superior interés, habiéndolo previamente oído si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años<sup>86</sup>.

## 2.1.F. Familia extensa y familia ajena

Cualquiera que sea la modalidad de acogimiento familiar, este podrá a su vez serlo en familia extensa o ajena. Al igual que en el resto de España, el acogimiento en familia extensa es la medida de protección familiar más extendida en la Comunidad Autónoma de Andalucía y ello se debe, en gran medida, a una tradicional propensión a resolver en el seno de la propia familia los problemas de alguno de sus miembros<sup>87</sup>. No obstante, en otros países la familia extensa juega un papel secundario, frente a un mayoritario acogimiento en familia ajena, al entenderse que este último garantiza en mayor medida la protección y crianza del menor en un entorno libre de posibles influencias y deficiencias<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> Berrocal Lanzarot, 2017, p.223, entiende que tales salidas y estancias pueden producirse tanto con la familia de origen como con otras “*alternativas*”, pero, no obstante, López Azcona, 2016, p.23, cree que el precepto solo hace referencia a que las mismas pueden tener lugar en familia ajena, por cuanto entiende que, a pesar de que el Preámbulo de la LMSPIA hace referencia a tales salidas con respecto de la familia biológica, el artículo 161CC ya habilita a la Administración para “*fijar el régimen de visitas y comunicaciones*” con la misma. A nuestro parecer, quizás, el legislador pretende con esta regulación dar una mayor flexibilidad a las relaciones del menor con su familia de origen, evitando circunscribirlas a lo prefijado en el régimen de visitas y comunicaciones y que, más allá de aquél, a criterio de la Entidad Pública, se puedan acordar otras salidas adicionales cuando así convenga al superior interés del menor. En cualquier caso, es seguro que tales salidas y estancias son supuestos distintos a aquellos que establecen visitas y comunicaciones del menor con sus familiares y allegados y que tienen por finalidad dar cumplimiento al mandato de los artículos 160CC y 161CC.

<sup>85</sup> Al igual que López Azcona, 2016, p.24.

<sup>86</sup> De la dicción del precepto se deduce que no es necesario oír a la familia biológica ni a la de acogida, bastando con comunicarles tal decisión. Martínez Calvo, 2017, p.265.

<sup>87</sup> Observatorio de la Infancia en Andalucía, 2014, pp. 23 y 24. Afirma tal estudio que ello se fundamenta principalmente en “la lealtad familiar, [...] la inmediatez del apoyo y la ayuda, [...] la continuidad de relaciones y la ausencia de ruptura de lazos y conexiones”. Y que, en efecto, en numerosas ocasiones, las familias tienden a resolver los problemas internos constituyendo guardas de hecho cuya situación, posteriormente, es legalizada por las Entidades Públicas “que con mucha frecuencia entran en escena para formalizarlo sólo cuando el acogimiento es ya una realidad de hecho”.

<sup>88</sup> Observatorio de la Infancia, 2004, p.25.

El artículo 3.2 Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento Familiar y Adopción en Andalucía, define familia extensa como aquella en la que existe una “*relación de parentesco por consanguinidad o por afinidad hasta de tercer grado, entre el menor y los solicitantes del acogimiento*”, siendo la familia ajena toda relación, de parentesco o no, que no quede comprendida dentro de tal concepto. El legislador estatal no ofrece definición alguna sobre familia extensa<sup>89</sup>, por lo que cada Comunidad Autónoma ha establecido la suya propia. La preferencia por la familia extensa sobre otras familias ajenas se fundamenta en los beneficios adicionales que ella puede ofrecer al menor, pero falta un criterio unánime sobre hasta qué punto la vinculación con el menor puede realmente suponer tal ventaja para el mismo.

Desde mi punto de vista, debería extenderse el concepto de familia extensa en la normativa andaluza, eliminando la referencia a los grados de parentesco o afinidad y estableciendo la posibilidad de acoger al menor por “*personas idóneas de su propia familia o que mantuvieren una relación de proximidad con él, si las hubiere*”<sup>90</sup> siempre y cuando los uniera “*una especial y cualificada relación que deberá ser apreciada por el Servicio especializado*”<sup>91</sup>, pues creo que, en numerosas ocasiones, existen personas cercanas al menor que, sin ser de su propia familia, desearían y podrían cubrir sus necesidades morales y materiales y que, además, le aportarían beneficios similares a los que le proporcionaría el acogimiento por su familia extensa. Se hace necesario, en cualquier caso, estudiar y unificar en todo el territorio nacional el criterio más adecuado al interés superior del menor.

El artículo 8.2 Decreto 282/2002, establece que el acogimiento del menor deberá tener lugar “*en su entorno y, preferentemente, en el seno de su familia extensa*” salvo que ello no sea conveniente a su superior interés<sup>92</sup>. Tal preferencia se manifiesta en los distintos criterios de selección establecidos legalmente para determinar la aptitud para el acogimiento del menor, en función de si el acogedor forma parte de su familia extensa o no<sup>93</sup>. En concreto, hay que diferenciar dos procesos: la declaración de idoneidad y la selección de familia para cada menor. En cuanto al proceso de declaración de idoneidad, en Andalucía<sup>94</sup>, aquellas familias que deseen acoger, pero no tengan la condición de familia extensa, deben someterse a un estudio a través

---

<sup>89</sup> Abad Arenas, 2018, p.36.

<sup>90</sup> Como indica el artículo 24.1 Decreto 108/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre intervención de las Administraciones Públicas de La Rioja en la protección y guarda de los menores.

<sup>91</sup> Como cita el artículo 76.2 Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo.

<sup>92</sup> En la misma línea, el artículo 31 Decreto 282/2002 establece que “el acogimiento, simple o permanente, en familia extensa tendrá preferencia respecto del acogimiento en familia ajena”.

<sup>93</sup> Habida cuenta de la imposibilidad de ejercer la guarda por quien no tenga permitido ser tutor, en virtud del artículo 172 ter. 1. CC, que remite a los artículos 241 ss. CC.

<sup>94</sup> El artículo 20.2 LOPJM reproduce, de manera paralela, los criterios de idoneidad que ya previamente contemplaban algunas legislaciones autonómicas, entre las cuales se encontraba el Decreto 282/2002. López Azcona, 2016, p.26.

del cual se valore su idoneidad, que consta de dos fases<sup>95</sup>. Una vez finalizado tal proceso, la Comisión Provincial de Medidas de Protección dicta una resolución sobre la idoneidad de los mismos que, en caso de ser estimatoria, se procede a registrar en el Registro de Solicitantes de Acogimiento y Adopción de Andalucía. Pero tal evaluación positiva y registro, como índice el artículo 62.1 Decreto 282/2002, solo supone el reconocimiento administrativo de idoneidad para el acogimiento, que no el derecho a que este efectivamente tenga lugar<sup>96</sup>.

Y, de hecho, el proceso de selección de una familia de acogida para un menor concreto que se encuentre tutelado por la Administración de la Junta de Andalucía, siempre dará preferencia a la familia extensa sobre la ajena. Por ello, sobre la base del artículo 33 Decreto 282/2002, solo en caso de “*inexistencia de parientes interesados en su constitución o por falta de idoneidad de éstos*”<sup>97</sup> se podrá acudir a seleccionar para el menor a una familia ajena de entre aquellas cuya declaración de idoneidad haya sido inscrita en el Registro de Solicitantes de Acogimiento y Adopción de Andalucía<sup>98</sup>.

Y es que el legislador establece, en el artículo 2.2.c) LOPJM, que conviene al interés superior del menor permanecer en su propia familia de origen, salvo que ello no le resulte “*possible o positivo*”, y, en base a ello, hay ocasiones en que, a pesar de que la familia extensa no cumple algunos de los requisitos exigidos para la valoración de idoneidad de la familia ajena, se considera que esta podría compensarlos a través de los beneficios adicionales que puede aportar

---

<sup>95</sup> La primera de ellas supone la asistencia a diversas sesiones de formación e información; Artículo 13.2 Decreto 282/2002. Y la segunda, una valoración de su situación psicológica, sanitaria, educativa, personal, familiar y social. En concreto, se valorarán las “*motivaciones*”, “*capacidad afectiva*”, “*ausencia de enfermedades y/o discapacidades físicas o psíquicas*” que pudieran perjudicar el desarrollo integral del menor, “*estabilidad familiar y madurez emocional*”, “*aceptación del acogimiento*” por el resto de personas con que convivan, “*habilidades personales para abordar las situaciones*”, “*apoyo social que puedan recibir*”, “*actitud positiva y flexible para la educación del menor, y disponibilidad de tiempo para su cuidado y ocio*”, “*actitud positiva*”, “*condiciones adecuadas de habitabilidad de la vivienda*”, “*nivel de integración social*” y “*capacidad de aceptación de diferencias étnicas, culturales y sociales de los menores*”; Artículo 14.1 Decreto 282/2002.

<sup>96</sup> Para más información sobre el proceso de valoración y selección de familias de acogida en Andalucía, *vid.* artículos 13 a 22 Decreto 282/2002.

<sup>97</sup> Ello ocurría, a modo de ejemplo, en la SAP de Cádiz (Sección 5<sup>a</sup>), de 22 de enero de 2018, núm. 39/2018, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], donde se confirmaba la falta de idoneidad de los abuelos maternos para acoger a sus nietos por una motivación “*centrada en los intereses propios y de conveniencia personal*”, “*falta de ejercicio adecuado de la crianza*”, “*dejadez*”, “*insuficiencia de recursos y mala gestión de los mismos*”. Igualmente, afirma la SAP de Cádiz (Sección 5<sup>a</sup>), de 27 de octubre de 2018, núm. 564/2017, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], la no idoneidad de los abuelos paternos para acoger a su nieto a causa de “*limitaciones de los solicitantes, derivadas básicamente al sobreproteger a su hijo*” y de la “*la ocultación de datos a fin de que no se desvelaran situaciones o factores de riesgo*”.

<sup>98</sup> A efectos de hacer prevalecer el acogimiento por la familia extensa, la valoración de la idoneidad de esta no tomará en cuenta la extensa lista de requisitos que se evalúan para determinar la aptitud de los solicitantes de familias ajena. En concreto, se tomará en cuenta si la familia extensa tiene “*suficiente interés [...] por el bienestar del menor*”, “*vínculo afectivo [...] o posibilidades de establecerlo*”, “*capacidad [...] de preservar al menor de las condiciones que generaron la situación de desamparo*” “*adecuada aptitud educadora*”, “*ausencia de oposición al acogimiento*” por las personas con quienes convivan y una “*menor distancia generacional entre los solicitantes y el menor*”; artículo 32 Decreto 282/2002.

al menor, como la mayor posibilidad de desarrollar un sentimiento de pertenencia o de crear una sólida identidad personal<sup>99</sup>. Estamos de acuerdo con que la permanencia en la familia extensa debe tratar de priorizarse, pero no debe obviarse que el menor nivel de exigencia que se requiere para determinar la idoneidad de la familia extensa puede conllevar serios riesgos para el menor<sup>100</sup>. Es por ello que creemos que la Administración, como titular de la guarda de tales menores, ha de garantizar que la crianza de los mismos se desarrolle en unas condiciones seguras y positivas y, por ello, debe, cuando lo considere conveniente, exigir a aquellas familias extensas que resulten seleccionadas para constituir un acogimiento, someterse a programas de formación e información que mejoren sus aptitudes como acogedores. Y que, además, sería decisivo incorporar un mayor número de equipos profesionales, propios de la Administración de la Junta de Andalucía o ajenos debidamente autorizados, que lograran implementar un sistema de seguimiento más focalizado y periódico, apropiado a las necesidades de cada menor y de cada familia.

Y, en todo caso, si finalmente no es posible o conveniente para el menor la permanencia en su familia extensa, no debe olvidarse que las familias ajenas pasan por rigurosas evaluaciones de idoneidad para el acogimiento y que, en tales ocasiones, permitirán al menor crecer en un entorno que le brinde las condiciones necesarias para su óptimo aprendizaje y desarrollo.

## 2.2. Acogimiento residencial

El acogimiento residencial<sup>101</sup> supone alojar al menor en un centro<sup>102</sup> donde reciba servicios de alojamiento, manutención, educación, formación<sup>103</sup> y apoyo integral<sup>104</sup>. Se trabaja en un plan individualizado para cada menor considerando sus características propias y necesidades y

---

<sup>99</sup> Así, la STS (Sala 1<sup>a</sup>) de 3 de julio de 2018, núm. 413/2018, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw], a pesar de reconocer respecto de la abuela “*los factores desfavorables que se recogieron en el informe psicosocial*” (en concreto, que la vivienda no tenía suficiente espacio y que el horario de trabajo de la misma no le permitía dedicar el tiempo necesario a su nieto, necesitando delegar su cuidado constantemente en su hija menor), tales hechos no eran “*de tal entidad*” que hicieran a la abuela “*inhábil o inadecuada para ostentar la condición de guardadora*”. En la misma línea apunta el Observatorio de la Infancia de Andalucía, 2004, p.26 que tal situación “*puede llevar a considerar aceptables*” en la familia extensa diversos aspectos que determinarían la falta de idoneidad de una familia ajena.

<sup>100</sup> El Observatorio de la Infancia en Andalucía, 2007, pp. 31 a 33, hacía referencia a que las familias extensas cuentan con menos formación e información, y con planes de seguimientos más escasos. Además, suelen tener “*menor nivel educativo y estatus laboral, menor disponibilidad de recursos materiales para la vida cotidiana, mayor edad y más precaria salud, hogares menos estimulantes*”, etc.

<sup>101</sup> Que se acordará por resolución de la Junta de Andalucía o del juez competente en base al artículo 36.1 Ley 1/1998.

<sup>102</sup> Que deberán estar habilitado a tales efectos por la Entidad Pública, bajo lo dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; así como cumplir los estándares de calidad y accesibilidad exigidos; 21.2 LOPJM.

<sup>103</sup> Con especial consideración de las necesidades especiales de los menores con diversidad funcional; 21.1.f) LOPJM.

<sup>104</sup> Berrocal Lanzarot, 2017, p. 215.

tratando de alcanzar su desarrollo pleno y su integración social. Ello tiene lugar a través de la delegación en el director o responsable del centro del ejercicio de los deberes de tutela o guarda por parte de la Administración de la Junta de Andalucía, la cual realiza durante tal estancia una vigilancia - junto con la superior del Ministerio Fiscal a tenor del artículo 36.3 Ley 1/1998-, toda vez que sigue manteniendo la tutela o guarda del menor<sup>105</sup>.

A 31 de diciembre de 2018 se encontraban en Andalucía 3.449 menores acogidos en centros de protección, habiendo aumentado un 32,7% respecto de la misma fecha del año anterior. En este caso, solo el 8,1% de ellos eran menores de seis años, mientras que el 49,9% estaba conformado por menores de entre 15 y 17 años<sup>106</sup>.

Los centros de protección que ejerzan la guarda de los menores en acogimiento deberán, conforme al artículo 37.1 Ley 1/1998, ajustar su funcionamiento, organización y regulación a lo establecido por la Administración de la Junta de Andalucía y, en todo caso, deberán contar con un “*reglamento interno de funcionamiento democrático*”. Además, se establece como requisito indispensable que tales centros tengan “*dimensiones reducidas*”<sup>107</sup>, de manera que el limitado número de menores alojados permita que aumente la cercanía en el trato hacia ellos por parte de los profesionales del centro. Así, al menos en parte, el legislador andaluz persigue que aquellos puedan crecer en un ambiente similar al de una familia. Igualmente, requiere la normativa andaluza que cada menor en tales centros cuente con “*un Proyecto socioeducativo que persiga su pleno desarrollo físico, psicológico y social*”<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> López San Luis, 2016, pp.88 y 89.

<sup>106</sup> Defensor del Menor en Andalucía, 2019, p.19, que añade que el 13,7% tenían entre 7 y 10 años y el 27,1%, entre 11 y 14 años.

<sup>107</sup> Al igual que la LOPJM, que en su artículo 21.2, cita que “la Entidad Pública promoverá modelos de acogimiento residencial con núcleos reducidos de menores que convivan en condiciones similares a las familiares”. A tal respecto indica Morales Ocaña que “existe una tendencia actual y generalizada a seguir un modelo de acogimiento residencial en base a pequeñas unidades quasi-familiares”, por lo que, según la autora, en la actualidad se está dando cumplimiento a tal exigencia legal. 2019, p.46. Además de aquellos, existen los centros de protección tipo residencias, con núcleos de convivencia similares a las casas donde los menores comparten zonas comunes; Acogimiento residencial en centros de protección de menores (s.f.).

<sup>108</sup> El artículo 12 de la Orden de 13 de julio de 2005, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se aprueba el Proyecto Educativo Marco para los centros de protección de menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía establece que a lo largo del proceso de atención a cada menor en los centros de protección, se elaborarán tres principales documentos: el “*Plan de Intervención*”, que define técnicamente los objetivos de la atención al menor, así como los plazos, recursos y régimen de las relaciones de los profesionales con el mismo; el “*Proyecto Educativo Individualizado*”, que, basándose en el anterior, sintetiza la acción educativa y relacional con el menor de manera flexible y dinámica; y el “*Proyecto Personal de Vida*”, que sirve de base a la actuación para con el menor en el marco del Programa+18 y debe plasmar el resultado final de los anteriores programas, así como las propuestas y compromisos del propio menor, que participa en su elaboración. A tal efecto, el Ministerio Fiscal deberá vigilar “*los Proyectos Educativos Individualizados, el Proyecto Educativo del Centro y el Reglamento Interno*”, así como todos los servicios y centros de acogimiento residencial; artículo 21.4 LOPJM. Y la Entidad Pública deberá inspeccionar y supervisar los servicios y centros de manera semestral; artículo 21.5. LOPJM.

La Junta de Andalucía, sobre la base del artículo 5 Orden de 13 de julio de 2005, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se aprueba el Proyecto Educativo Marco para los centros de protección de menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, atiende a los menores sujetos a acogimiento residencial, en base a sus perfiles individuales, circunstancias y necesidades, de manera colectiva, de forma que dentro de cada centro de protección se desarrolle actuaciones de atención y asistencia variadas, a través de programas destinados a diferentes grupos. En concreto, el citado artículo especifica dichos programas, que se diferencian en base a sus límites temporales y objetivos específicos y se concretan en los siguientes:

Los Programas destinados a la Acogida Inicial e Inmediata, para aquellos menores que apenas acaban de ser separados de sus padres, en tanto en cuanto se diagnostica y decide la mejor opción para ellos.

Los Programas de Atención Residencial Básica, el desarrollado en la mayor parte de los centros de protección, de duración indefinida y que persigue educar, promover el desarrollo personal y social a la vez que conjugar “*calidad y calidez*”, tratando de normalizar una convivencia de tipo familiar.

Los Programas Específicos de Atención a la Diversidad, que suponen un acogimiento a menores con necesidades especiales que requieren una atención separada, por trastornos del comportamiento o de la conducta o por grave discapacidad<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> La reforma obrada por la LOMSPIA, en palabras de Martín Azcano, introdujo los centros de protección específicos como una modalidad de acogimiento para menores con problemas conductuales a través de su integración positiva y con oportunidades en un ambiente “socio-educativo y terapéutico”, pero solo se recurrirá a ellos de manera residual, cuando el resto de opciones familiares o educativas hayan fracasado. Tales centros, dice la autora, no deben concebirse como instrumentos para la protección social, sino para la educación del menor, la normalización de su conducta y el libre y positivo desarrollo de su personalidad. 2013, pp. 272 a 277. Asimismo, López Azcona concibe este tipo de acogimiento residencial como “*una suerte de tertium genus entre los centros ordinarios de protección y los centros de reforma [...] porque autorizan la aplicación de medidas restrictivas de derechos fundamentales y tienen un reglamento de régimen interno más estricto que los centros de protección ordinarios que incluye medidas disciplinarias*”. En efecto, “*los centros reservados a los menores con problemas de conducta, aún específicos, son centros de protección y no establecimientos para la ejecución de medidas privativas de libertad impuestas a menores infractores [...] pero, y aquí radica su divergencia con los centros ordinarios de protección, a la par que se prevé su carácter asistencial y educativo [...], se contemplan diversas medidas que implican importantes restricciones de derechos fundamentales y un régimen disciplinario, en atención al especial perfil de sus usuarios*”. Tales usuarios, “*primero, han de encontrarse bajo la guarda o tutela de la Administración; y, segundo, deben haber sido diagnosticados con problemas de conducta*”, lo cual quiere decir que debe existir “*una grave y persistente situación de inadaptación familiar y social que se materializa en comportamientos disruptivos y aún agresivos*” excluyendo de la posibilidad de ser objeto de ingreso en centros de protección específicos, por tanto, a los “*menores que adolecen de un trastorno psíquico y a los menores infractores*”. No obstante, tal distinción, cita la autora, se encuentra lejos de resultar sencilla en la práctica. Habida cuenta de las medidas restrictivas de derechos fundamentales que se pueden adoptar en los citados centros y al régimen disciplinario del que los mismos deben dotarse, este tipo de acogimiento residencial exige un “*procedimiento judicial de carácter contradictorio, dirigido a obtener la oportuna autorización judicial a la que, en todo caso, se supedita el ingreso en estos centros*”, excepto en los casos en que “*razones de urgencia hagan necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso se exige su ulterior ratificación judicial [...], lo que*

Adicionalmente, la Orden de 9 de noviembre de 2005, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social<sup>110</sup> introduce los Programas Complementarios, que, a través de entidades colaboradoras, ofrecen recursos y apoyo para que los menores con necesidades especiales sean atendidos en un contexto normalizado, preferiblemente, en vez de en programas específicos.

Nos parece que la intervención que se realice debe responder a las características y necesidades de cada menor, pues, al igual que entiende el legislador andaluz, creemos que el hecho de incluirlo en dinámicas de grupo diferenciadas según los perfiles podría enriquecer su progreso social, educativo, personal y psicológico. No obstante, no debe olvidarse que tales actuaciones de agrupamiento obedecen a necesidades técnicas de organización del propio centro y que, por tanto, conllevan un grave peligro para el interés superior del menor si su implementación no se fundamenta en una verdadera ventaja para aquel.

Igualmente, existe un Plan de Emergencia de Atención a menores inmigrantes, a través de centros de protección adscritos a las ocho provincias de Andalucía, que se encargan de estar preparados ante la llegada masiva de inmigrantes a las costas andaluzas, actuando de la forma más rápida posible para garantizar la atención y acogimiento de menores no acompañados<sup>111</sup>.

Los centros de protección deberán, sobre la base de los artículos 37.1 Ley 1/1998 y 21.1.m) LOPJM, formar a los menores con la finalidad de fomentar su inserción laboral y prepararlos para la vida independiente y, a tal fin, establece el artículo 37.2 Ley 1/1998, que la Administración de la Junta de Andalucía mantendrá un seguimiento y, en su caso, ayuda técnica, durante, al menos, el año posterior a la salida de los menores de los centros de protección para comprobar su efectiva integración social y laboral. A tal fin se desarrolla el Programa+18, destinado a mayores de edad que han sido o son tutelados por la Junta de Andalucía, de manera que antes de alcanzar la mayoría de edad y, en ocasiones, hasta los veinticinco años, estos jóvenes cuentan con profesionales que los orientan en sus experiencias laborales, enseñan habilidades y facilitan el acceso a una vivienda, además de proporcionarles diversos recursos. Dichos recursos pueden ser de dos tipos: pisos de autonomía, que brindan a los jóvenes que carecen de la posibilidad de vivir de manera autónoma todos los medios necesarios; o centros de día, donde se realizan actuaciones y seguimiento para alcanzar la integración sociolaboral a través de, entre otros, becas para el estudio o ayudas para el alquiler de la vivienda<sup>112</sup>.

---

*se justifica por su incidencia en los derechos fundamentales de sus correspondientes destinatarios". 2018, pp. 146 a 174.*

<sup>110</sup> Orden de 9 de noviembre de 2005, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se regula la cooperación entre la Consejería y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores.

<sup>111</sup> Chamizo de la Rubia, 2007, p.26. y Acogimiento residencial en centros de protección de menores (s.f.).

<sup>112</sup> Orden de 13 de julio de 2005, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se aprueba el Proyecto Educativo Marco para los centros de protección de menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Tales programas, tomando como base los "Proyectos Personales de Vida" de los menores previamente

Dentro de las principales obligaciones de los centros de protección para con el menor existen el deber de favorecer la relación del mismo con su familia de origen, cuando se considere que es positivo para su superior interés y, por ello, deben fomentarse las relaciones y la comunicación con la familia y el retorno del menor a ella, si resultara posible y conveniente para aquél, además de promover la convivencia entre hermanos, tratar que se aloje a los menores en un centro ubicado en su propia provincia y potenciar la integración del menor en su comunidad, a través de su participación en los servicios de ocio, cultura y educación que en ella se desarrollen, conforme establece el artículo 21.1, letras d), e) y k), LOPJM.

### **2.3. Acogimiento familiar versus acogimiento residencial**

A pesar de la preferencia legal por que el menor se desarrolle en un entorno familiar enunciada en el artículo 2.2.c) LOPJM, habrá de estarse a las necesidades del menor y a las circunstancias de cada caso pues, como sugieren diversos autores, “*lo que es bueno para un menor puede no serlo para otro*”<sup>113</sup>.

El Preámbulo de la LMSPIA viene a afirmar que “*existe total consenso entre los psicólogos y pedagogos*” al respecto de que el menor, para el desarrollo de su personalidad, necesita de un “*ambiente familiar adecuado*”. El crecimiento en el seno de una familia no solo brinda al menor la satisfacción de sus necesidades básicas, así como educación y protección, sino que, además, le permite integrarse satisfactoriamente en la sociedad y construir “*sentimientos de pertenencia*” y una “*identidad personal*”<sup>114</sup>.

Es por ello que el artículo 36.2 Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, determina que el acogimiento residencial se acordará por la Administración de la Junta de Andalucía por el “*periodo más breve posible*” y cuando “*no sea posible o aconsejable*” otra medida de protección del menor<sup>115</sup>. Por lo que añade el artículo 8.1 Decreto 282/2002 que cuando un menor se encuentre en acogimiento residencial, tendrá derecho a que la Administración de la Junta de Andalucía trate de constituir para él, en el plazo más breve posible, un acogimiento familiar o una adopción. Es decir, el legislador trata de priorizar el

---

citados, se desarrollan a través de la coordinación de la Dirección de Personas Mayores, Infancia y Familia; y gracias a la participación de numerosas entidades colaboradores que, a través de Convenios de Colaboración con la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, facilitan a estos jóvenes, además, acceso al empleo, estableciéndose una red de empresas que forman y contratan a los mismos, reduciendo así su riesgo de exclusión social; Acogimiento residencial en centros de protección (s.f.).

<sup>113</sup> López Sánchez et al., 1995, p.129.

<sup>114</sup> Gómez Bengoechea y Berástegui Pedro-Viejo, 2009, p.177.

<sup>115</sup> Igualmente, el artículo 172 ter.1CC establece que “la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial” y el artículo 21.3 LOPJM que “Con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor”. Vid. epígrafe 2.1.1.1.I, donde el citado artículo 21.3 LOPJM ha sido analizado al respecto del acogimiento familiar y residencial para los menores de tres y seis años.

acogimiento familiar frente al residencial, que tendrá carácter subsidiario, únicamente previsto para aquellos casos en que el primero no resulte posible o aconsejable.

No obstante, el acogimiento residencial resulta apropiado en diversos supuestos. En primer lugar, el propio precepto citado descarta la preferencia por el acogimiento familiar en caso de que este “*no sea conveniente*” para el interés superior del menor, como podría ser el caso de que el menor tuviera trastornos conductuales que hicieran aconsejable su alojamiento en un centro de protección específico. En segundo lugar, será recomendable tal modalidad en los casos en que entretanto se decide una medida de protección para el menor, se necesita actuar de forma provisional y urgente<sup>116</sup>. Y, en tercer lugar, será de utilidad, como “*instrumento de transición*” para los casos en que se retorne a la familia de origen habiendo permanecido previamente en acogimiento familiar, de manera que se ordene un régimen transitorio a través de un acogimiento residencial provisional que facilite el acercamiento y evite la confusión del menor entre las dos familias<sup>117</sup>.

Y, finalmente, existe un supuesto en que la Entidad Pública, pese a la preferencia legal por el acogimiento familiar, opta por acordar el acogimiento residencial, y no porque ello resulte conveniente al interés superior del menor, sino por la mera imposibilidad de encontrar familias de acogida. Precisamente, la práctica refleja que la situación actual está lejos de alcanzar el propósito del legislador por cuanto, tal como se expuso previamente, en Andalucía, a 31 de diciembre de 2018, un 44,20% de los menores acogidos, en concreto 2.732, lo estaban en la modalidad familiar; mientras que el 55,80% de los mismos, un total de 3.449, se encontraban en la modalidad residencial.

Por ello, estamos plenamente de acuerdo con la Recomendación núm. 44 del Informe de la Comisión Especial del Senado de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, del año 2010, que propone sensibilizar a la ciudadanía en el acogimiento familiar, haciéndole saber la gran utilidad que tendría su asistencia en la protección a los menores. Andalucía ofrece a las familias de acogida diversos recursos y apoyos específicos de diversa

---

<sup>116</sup> Abad Arenas, 2018, p.50.

<sup>117</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 71/2004, de 19 abril, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] considera que la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6<sup>a</sup>) en su Auto núm. 64/2001, de 8 marzo, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] “*indudablemente*” persiguió actuar conforme al superior interés de una menor al entender en su pronunciamiento que “*al acordarse de que se deje sin efecto el acogimiento, ha de decirse simultáneamente que la menor ha de volver con su madre, cuya recuperación de guarda y custodia ordenamos, y que por ello, y a fin de evitarle un daño derivado del tiempo que lleva conviviendo con los acogedores y separada de su madre, es procedente seguir un régimen transitorio consistente en transformar el acogimiento familiar en residencial provisional a fin de que al separarla de la familia acogedora e ir propiciando el acercamiento a su madre, no se le induzca a confusión entre ambas familias, duración residencial por el tiempo que aconsejen los informes y evaluaciones que deberá ir haciéndose respecto de la evolución de las visitas que la madre ha de hacerle en tal centro; y para acordar esto el tribunal ya cuenta con que este régimen transitorio lógicamente alguna perturbación temporal va a ocasionar en la menor, pero que queda supeditada al mayor beneficio que la recuperación de su madre le producirá en el futuro, de ahí que el tribunal no haya considerado necesario un informe pericial que valore la repercusión en la menor de tal medida*”.

índole<sup>118</sup>, pero nada de ello servirá si la población no llega a percibirse de la inestimable ayuda que su acción podría suponer para la vida de tantos menores. Deben existir potentes campañas de concienciación a gran escala, de manera coordinada tanto a nivel autonómico como estatal, para extender una nueva filosofía en nuestra sociedad, que se base en la disposición de la mayoría de las familias a ser acogedoras o, al menos, colaboradoras, permitiendo así que todos los menores de nuestro país puedan disfrutar, crecer y aprender en un ambiente familiar.

### **3. PROBLEMÁTICA AL RESPECTO DEL DERECHO DEL MENOR ACOGIDO A MANTENER EL CONTACTO CON SU FAMILIA DE ORIGEN Y A RETORNAR A ELLA**

El Informe de Quejas del Defensor del Pueblo del año 2017<sup>119</sup> indicaba la recepción de numerosas quejas por la indefensión que, en algunos casos, se había producido a causa de la apreciación administrativa de la situación de riesgo o de desamparo, mediando error en la interpretación del caso. Aseguraba tal Informe que la Administración cuenta con unas “*potestades muy contundentes*” para decidir la separación del menor de su familia<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Cabe citar, a modo de ejemplo, la labor que realizan las Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar (ICIFS), que son asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro, habilitadas por la Junta de Andalucía para, entre otros, captar familias de acogida; formar y valorar a las familias en cuanto a su idoneidad; realizar el seguimiento del menor, su familia de origen y la de acogida durante el acogimiento familiar; ofrecer apoyo técnico y coordinación de los servicios “*sociales, sanitarios y educativos*”; mediar en las visitas del menor con su familia biológica; etc.; Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar (ICIFS) (s.f.). Adicionalmente, las familias cuentan con prestaciones económicas “*básicas, específicas y extraordinarias*”; Orden de 26 de julio de 2017, de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, por la que se modifica la Orden de 11 de febrero de 2004, por la que se regulan las prestaciones económicas a las familias acogedoras de menores. Igualmente, se ofrece a las familias de acogida permisos por acogimiento en virtud de la Ley 9/2018, de 8 de octubre, de modificación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía; y permiso de lactancia, excedencia para el cuidado de menores en acogimiento permanente o reducción de la jornada laboral sobre la base del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Para más información, la Junta de Andalucía tiene habilitado un directorio web desde el cual se puede acceder a toda la normativa vigente al respecto de las ayudas, apoyos y recursos disponibles para las familias acogedoras, disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticasocialsyconciliacion/areas/infancia-familias/apoyos-especificos-familias.html>; Apoyos específicos a las familias acogedoras, guardadoras con fines de adopción y familias adoptivas (s.f.).

<sup>119</sup> Defensor del Pueblo, 2018, p.110.

<sup>120</sup> Es menester reseñar a este respecto que se han creado numerosos instrumentos estandarizados de valoración a lo largo del territorio español destinados a orientar la labor protectora, pues se ha puesto de manifiesto que existe una baja coincidencia entre los profesionales a la hora de calificar la gravedad de la situación que viven los menores, conllevo tal circunstancia errores y perjuicios para el futuro de los mismos y de sus familias. En concreto, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, se ha desarrollado el denominado “*Valórame*”, un instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo, desprotección y desamparo de la infancia en Andalucía, que persigue reducir las probabilidades de error en las decisiones administrativas que se tomen en este ámbito. Orden de 30 de julio de 2019, de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, por la que se aprueba y publica el instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo, desprotección y desamparo de la infancia y adolescencia en Andalucía (VALÓRAME).

Efectivamente, y a modo de ejemplo, la Administración del Principado de Asturias fue condenada<sup>121</sup> a indemnizar con 22.000€ a una familia por el daño moral provocado a causa del “*sufrimiento, ansiedad, zozobra*”, “*las vicisitudes y tensiones sufridas, el vía crucis familiar*” y “*la innegable lesión emocional*” ocasionadas a un menor, su padre y su abuela al haber declarado por error al primero en desamparo. El menor se vio obligado a residir en un centro de protección cuando no se había llegado a probar el hecho en el que tal declaración de desamparo se fundaba, una violencia física intrafamiliar que era incierta. La Sentencia del Principado de Asturias (Sala 1<sup>a</sup>), núm. 1075/2018 de 28 de diciembre de 2018, núm. 306/2017, que califica los hechos como “*maltrato institucional*”, indica el alcance que tiene la anulación de una resolución administrativa explicando que la teoría de la responsabilidad objetiva<sup>122</sup> ha sido matizada jurisprudencialmente<sup>123</sup>, de manera que, siempre que la Administración tenga la potestad discrecional de aplicar conceptos jurídicos indeterminados, existe un “*margin de tolerancia*”, dentro del cual, lejos de que la actuación administrativa pueda provocar una lesión antijurídica, será el sujeto obligado por la norma quien deberá soportar un “*possible resultado lesivo*”. Tal Sentencia añade que la potestad administrativa para declarar el desamparo de un menor o para adoptar medidas provisionales de acogimiento, deberá someterse en todo caso a la supremacía de su interés superior – artículo 11.2.a) LOPJM –, que conlleva tanto la necesidad de salvaguarda de aquel, como la exigencia a la Administración de actuar proporcionalmente y con cautela al decidir una eventual separación del menor de su familia, cuyo desconocimiento conlleva la improcedencia de la decisión. Por tanto, tal potestad administrativa no se entiende ni “*estrictamente reglada, ni tampoco abiertamente discrecional*”, de manera que, aun siendo posible la invalidación judicial de las decisiones tomadas sobre su base, ello no comportará automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En el caso objeto de la presente Sentencia, la Administración del Principado de Asturias habría actuado correctamente si hubiera existido una situación de violencia física intrafamiliar, pero tal hecho no fue probado. Existía ciertamente una situación de tensión familiar que pudo haber provocado una errónea interpretación de la realidad, pero, se determinaron “*conclusiones precipitadas y con ello desorbitadas*”, a través de un funcionamiento anormal de los servicios públicos que provocó la ruptura injustificada de la convivencia familiar y, con ello, el derecho de indemnización por los daños morales ocasionados tanto al menor como a su familia.

---

<sup>121</sup> STSJ del Principado de Asturias (Sala 1<sup>a</sup>), núm. 1075/2018 de 28 de diciembre de 2018, núm. 306/2017 [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

<sup>122</sup> La responsabilidad objetiva o de resultado conlleva la obligación de la Administración Pública de indemnizar, independientemente de que su funcionamiento fuera normal o anormal, y sin necesidad de mediar dolo ni culpa; siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración y el resultado lesivo. No obstante, tal responsabilidad objetiva encuentra una matización cuando la norma brinde a la Administración un margen de apreciación dentro de lo “*razonado*” o “*reasonable*”. STSJ del Principado de Asturias (Sala 1<sup>a</sup>), núm. 1075/2018 de 28 de diciembre [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

<sup>123</sup> STSJ del Principado de Asturias (Sala 1<sup>a</sup>), núm. 1075/2018 de 28 de diciembre [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

La finalidad de la declaración de desamparo debe ser la reinserción del menor en su propia familia o, al menos, en un núcleo familiar adecuado a través del acogimiento<sup>124</sup>. Y es por ello que el derecho de visitas que conservan los progenitores y los “*hermanos, abuelos, parientes o allegados*” sobre la base del artículo 160CC, debe contemplarse con la finalidad de procurar la reunificación familiar, para lo cual es necesario que permanezcan los vínculos familiares. No obstante, la Entidad Pública, conforme al artículo 161CC, podría acordar motivadamente la suspensión de tales visitas y comunicaciones, puesto que las mismas solo deben tener lugar si resultan beneficiosas para el menor<sup>125</sup>, habiendo de tener presente el derecho de este a que su superior interés será considerado primordial.

En los casos de constitución de una guarda con fines de adopción, la Entidad Pública puede suspender las visitas y comunicaciones en pos de fortalecer los vínculos con la familia que adoptará al menor, pero no se procederá de tal manera en caso de que la autoridad judicial estime que su mantenimiento resulta conveniente al interés del mismo y exista tal posibilidad por parte de los futuros adoptantes<sup>126</sup>.

<sup>124</sup> López San Luis, 2016, p.75. Así, el artículo 8 Convenio Europeo de Derecho Humanos prohíbe, en pos del derecho a la vida privada y familiar, la “*injerencia de la autoridad pública [...] sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria*”. A tal respecto, López San Luis añade que la Sentencia de Estrasburgo de 18 de junio de 2013, demanda nº28775/12, que condena a España por contravenir el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, determina que “*para un progenitor y su hijo estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar*”, “*que la desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez*” y “*que se suspenderá en cuanto las circunstancias lo aconsejen*”. 2016, p.76. Adicionalmente, otros preceptos hacen referencia a la conveniencia de que el menor permanezca en el seno de su familia de origen, como el artículo 39 CE, que reconoce el derecho a la protección de la familia y de los hijos e, igualmente, el artículo 2.2.c) LOPJM, que dice que “*se priorizará la permanencia en su familia de origen*.”

<sup>125</sup> Múrtula Lafuente, 2016, p.161. Efectivamente, el artículo 2.2.c) LOPJM indica que se deberá procurar el mantenimiento del contacto con la familia de origen, pero “*siempre que sea posible y positivo para el menor*.” Se pronuncian en tal sentido la SAP de Málaga (Sección 6<sup>a</sup>), núm. 902/2019, de 21 de octubre [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] y la SAP de Jaén (Sección 1<sup>a</sup>), núm. 1188/2019, de 10 de diciembre [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

<sup>126</sup> Argelich Comelles, 2017, p.145. A modo de ejemplo, en el caso que trata la STS (Sala 1<sup>a</sup>), de 14 de febrero de 2018, núm. 78/2018, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] se considera que la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación había actuado correctamente al constituir un acogimiento familiar preadoptivo de tres menores que se encontraban en acogimiento familiar simple y, por ende, al suspender las visitas y contactos con su madre biológica, pues se constataba un “*desarraigo afectivo*” hacia la misma y en ningún momento se probó que la continuación de las visitas no pudieran provocar en los menores una desorientación de su actual entorno familiar. Igualmente, la STS (Sala 1<sup>a</sup>), de 15 de junio de 2018, núm. 366/2018 [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] indica que, aunque el mero hecho de iniciar un procedimiento de acogimiento preadoptivo (que tras la reforma de 2015, ha pasado a denominarse guarda con fines de adopción) no tendría por qué suponer la suspensión de las relaciones y visitas con la familia de origen, puesto que habría de valorarse la conveniencia al superior interés de los menores. No prospera, en este caso, la solicitud de visitas por parte de una abuela al no presentar valoración o informe alguno sobre la ausencia de posibles perjuicios que tales relaciones pudieran tener sobre el “*desarrollo físico, intelectivo o de integración en su nuevo medio*” de sus nietas. En este caso, el Tribunal pudo comprobar que la relación entre abuela y nietas no era perjudicial para las menores, pero no se presentó prueba alguna sobre si el mantenimiento de las visitas entre ellas podría obstaculizar el proceso de adaptación a la nueva familia adoptiva, por lo que se mantuvo la suspensión de las mismas.

No obstante, la guarda con fines de adopción entraña el grave peligro de provocar la separación definitiva del menor de su familia a causa de fallos en el funcionamiento de los servicios públicos. Ello ocurrió en el caso objeto de la STS (Sala 1<sup>a</sup>), de 21 de diciembre de 2016, núm. 740/2016, en que un menor fue declarado en desamparo por haber sido agredido sexualmente en dos ocasiones por su primo, acarreándole ello importantes secuelas psicológicas. No obstante, se constató que su madre, con la que convivía cuando ocurrieron tales hechos, no tuvo responsabilidad alguna, ni siquiera por negligencia, en los mismos. El niño fue trasladado a un centro de protección de menores y sus progenitores se opusieron a las resoluciones administrativas dictadas por el Departamento de Bienestar Social y Juventut del Consell Insular de Menorca en 2013: las dos primeras de las cuales procedían a reducir las visitas del menor con sus progenitores<sup>127</sup> y la tercera, que dejaba sin efecto el acogimiento residencial, autorizando la constitución de un acogimiento familiar preadoptivo.

El Tribunal Supremo, reprocha a la Administración del Consell Insular de Menorca, sobre la base de los informes y la documental obrantes en autos, no haber seguido las pautas tendentes a conseguir que el menor pudiera retornar a su familia biológica. Igualmente, tal Administración reconoció no haber aplicado los trámites adecuados para dictar las resoluciones objeto de oposición y la psicóloga forense, tras una pormenorizada exploración del menor, fue muy crítica con la actuación del Consell y habló de un “*injusto proceso de pérdida familiar*” al que se había sometido al niño.

Siguiendo la doctrina, a la hora de decidir el retorno de un menor a su familia se deben tener en cuenta las circunstancias presentes en el momento de resolver<sup>128</sup>, por lo que, a pesar de los reproches que merecía la actuación administrativa, se debía ahora valorar si, en el momento presente, la reinserción del menor en su familia biológica era lo más adecuado a su superior interés conforme al artículo 2.1. LOPJM, pues “*el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen [...] cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas*”<sup>129</sup> y “*el derecho de los padres biológicos no es reconocido por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional [...] sino de fin subordinado*” al interés superior del menor<sup>130</sup>. Y, en la misma línea, el reformado artículo

---

<sup>127</sup> Tendría el menor derecho a una visita de una hora cada dos meses con su padre y a una llamada telefónica supervisada de una hora al mes con su madre.

<sup>128</sup> STS, (Sala 1<sup>a</sup>), núm. 565/2009, de 31 de julio [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

<sup>129</sup> STS (Sala 1<sup>a</sup>), núm. 60/2012 de 17 de febrero [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw]. Así, el artículo 9 Declaración de los Derechos del Niño de 1989 determina que el niño tiene derecho a vivir con sus progenitores salvo que ello no sea conveniente a su superior interés, el artículo 172 ter.2CC establece que “*se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia*”, el artículo 2.2.c) LOPJM indica que, a la hora de dirimir la conveniencia de retorno del menor a su familia deberá primar “*siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia*”. Y, asimismo, el 11.2 LOPJM incluye, como principio de la actuación de los poderes públicos, el mantenimiento del menor en su familia de origen, no siendo absoluto, sino subordinado a la supremacía de su interés superior.

<sup>130</sup> STS, (Sala 1<sup>a</sup>), núm. 565/2009, 31 de julio [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

19 bis.3 LOPJM<sup>131</sup> establece que el retorno del menor a su familia de origen solo podrá tener lugar si se comprueba una “*evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar*”, además del propósito de los progenitores de cumplir sus obligaciones parentales y la ausencia de riesgos relevantes para el menor, que deberá ser constatado por un equipo técnico. No obstante, añade el citado artículo que los anteriores requisitos no serán suficientes para acordar el retorno del menor, en los casos de acogimiento familiar, si la ponderación del “*tiempo transcurrido*” de convivencia con la familia de acogida, así como la integración en ella y su entorno y el “*desarrollo de vínculos afectivos con la misma*” hacen concluir que la decisión más conveniente a su superior interés es la permanencia en ella<sup>132</sup>.

En el caso precitado, se hacía imposible que los progenitores recuperaran a su hijo. Aquel había sido dado en acogimiento preadoptivo a los ocho años de edad y, por tanto, se había configurado para él un régimen de visitas y comunicaciones ínfimo con sus progenitores en pos de favorecer la integración y los vínculos afectivos con su futura familia adoptiva. Quedó probado que tal decisión correspondía a una reprochable actuación de la Administración del Consell Insular de Menorca, que no había actuado conforme a los principios rectores de la acción administrativa y había contravenido los derechos del propio menor y de sus padres biológicos. Pero ya, con diez años de edad, habían transcurrido dos años desde que comenzara la convivencia con su nueva familia de acogida, afirmando la psicóloga forense que el menor se encontraba “*feliz*”, que le gustaba su colegio y disfrutaba de las actividades y de sus nuevos amigos, y que mostraba inquietud ante la idea de tener que “*abandonar a su familia actual*”. Por ello, la psicóloga forense entendía que “*un nuevo proceso de cambio y desarraigo sería muy perjudicial para la estabilidad del menor*”, además de que tampoco podía considerarse que la vuelta a su entorno

---

<sup>131</sup> Tal artículo recoge la doctrina que sentaba la STS, (Sala 1<sup>a</sup>), núm. 565/2009, 31 de julio [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] en virtud de la cual “*para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico*”.

<sup>132</sup> De tal modo, la SAP de Jaén (Sección 1<sup>a</sup>), de 29 de noviembre de 2019, núm. 1162/2019, [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw] considera que la guarda con fines de adopción de un menor atiende a su superior interés a pesar de la evolución favorable de su padre, su deseo de recuperarlo y su compromiso de asumir sus obligaciones parentales. Ello es así porque tal evolución en el progenitor no supone la garantía de que el retorno de su hijo con él, a la salida del centro penitenciario en el que cumple condena, pueda resultar beneficioso a su superior interés y, además, porque el menor, tras el tiempo transcurrido en acogimiento, se encuentra integrado satisfactoriamente en su familia de acogida.

ofreciera suficientes garantías de “*seguridad y estabilidad*”. Y que, por tanto, compensaba a su superior interés que permaneciera en su futura familia adoptiva.

A nuestro entender, en el caso de que la vuelta al entorno biológico del menor sí ofreciera suficientes garantías de “*seguridad y estabilidad*”, por añadidura a las pruebas de que la madre no tuvo responsabilidad alguna en los hechos que motivaron el desamparo y que, por el contrario, tenía un sincero propósito de cumplir sus obligaciones respecto de su hijo, habrían devenido insuficientes para acordar el retorno a su familia de origen. Y ello porque los factores preponderantes a la hora de resolver el recurso fueron – sobre la base del artículo 19 bis.3 LOPJM y, en último término, del interés superior del menor –el tiempo transcurrido en la familia de acogida, los fuertes vínculos afectivos con ella creados y su integración en la misma.

Y no debe olvidarse que, la constitución del acogimiento preadoptivo y la reducción de las comunicaciones y visitas con los progenitores por parte de la Administración del Consell no hicieron otra cosa que contribuir a tal resultado final. A buen seguro el menor sería protegido y querido por su nueva familia, pero, al margen de la responsabilidad patrimonial de los servicios públicos, que la Sala anima a los progenitores a exigir; qué duda cabe de que el daño ocasionado, tanto a sus progenitores como al menor, no podrá llegar a alcanzar cuantía indemnizatoria que lo compense y que tal error debe tomarse en cuenta para evitar en el futuro actuaciones similares.

Actualmente se encuentra recurrida ante el Tribunal Supremo por la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación de la Junta de Andalucía, y por los guardadores con fines de adopción de una menor de cinco años, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5<sup>a</sup>), de 12 de febrero de 2020, núm. 130/2020<sup>133</sup> que declara idónea a la abuela materna para acoger a la misma. Tal pronunciamiento obligaba a la Junta de Andalucía a cesar los trámites del proceso de guarda con fines de adopción en el que se encontraba sumida la niña y constituir un acogimiento permanente a favor de su abuela. En concreto, se trata de una señora que en el año 2015 comunicó al centro de tratamiento ambulatorio que su hija, embarazada, consumía cocaína. A los pocos días de nacer la menor fue, de manera procedente, declarada en desamparo, pero la Consejería, a la hora de decidir la medida de protección más conveniente para la bebé, entendió que la abuela materna no era idónea para el acogimiento<sup>134</sup>. Cuando la niña tenía diez meses, se constituyó para ella una guarda con fines de adopción por una familia de Granada, por lo que se estableció en favor de su abuela materna un escaso régimen de visitas consistente en pocas horas a la semana. La abuela, que vive en Chiclana de la Frontera, lleva desde entonces acudiendo a Granada, una vez por semana, con la única finalidad de visitar a su

---

<sup>133</sup> SAP de Cádiz (Sección 5<sup>a</sup>), de 12 de febrero de 2020, núm. 130/2020 [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

<sup>134</sup> Esgrimía motivos tales como que la abuela se encontraba en trámites de separación y ello provocaba una situación de pareja ambigua. Además, se entendía que no supo poner suficientes límites a la conducta disruptiva de su hija, la madre de la menor, la cual le llegó a agredir en una ocasión por cuanto la culpaba de que su hija hubiera sido dada en acogimiento.

nieta. En tales encuentros, destaca la Sentencia, hay “*abundantes muestras de cariño, abrazos y besos, [...] interacciones mutuas, etc.*”, lo que denota los fuertes lazos afectivos que unen a ambas.

Cinco años después, el caso sigue sin ser resuelto. Tanto el Juzgado de Primera Instancia<sup>135</sup> como la Audiencia Provincial de Cádiz<sup>136</sup> consideraron que la Consejería había errado en su interpretación sobre la inidoneidad de la abuela, por múltiples motivos que concluían que “*no solo se debe tener por idónea teóricamente a la abuela, sino asimismo en el sentido práctico de las relaciones entre abuela y nieta*”<sup>137</sup>.

No obstante, y a pesar de la preferencia legal por que el menor sea acogido por su propia familia extensa, creemos que hay que tener en cuenta que la niña, que ya tiene cinco años de edad, lleva viviendo desde los 10 meses de vida en otra familia y que la guarda con fines de adopción ha conllevado la atenuación del régimen de visitas y, por tanto, la aminoración de la relación de la niña con su familia biológica. Es claro que, tal y como ordena el artículo 19 bis.3 LOPJM, la situación actual de su familia extensa es positiva y “*suficiente para restablecer la convivencia familiar*”, que se ha comprobado que “*el retorno no supone riesgos relevantes*” y que no solo se han mantenido los vínculos, sino que se han consolidado, siendo muestra de ello el cariño manifiesto que existe entre abuela y nieta. Pero, igualmente, la niña lleva prácticamente toda su vida viviendo en Granada, con sus guardadores con fines de adopción, y podría ser que el Tribunal Supremo resolviera, a la vista de la “*integración en la familia y su entorno*” y el “*desarrollo de vínculos afectivos con la misma*” – tal como en el caso del Consell Insular de Menorca previamente expuesto<sup>138</sup> – en favor de sus guardadores con fines de adopción.

Ante tan angustiosas realidades, nos resulta acertada la propuesta del Defensor de Pueblo<sup>139</sup> de que, frente a las amplias potestades administrativas que existen en el sistema de protección de menores, se implemente un método “*de examen y ratificación judicial obligatoria*” de las resoluciones de los órganos administrativos, de manera que frente al modelo procesal de oposición a las medidas administrativas, el propio poder judicial debiera analizar y confirmar

---

<sup>135</sup> Sentencia, Juzgado de Primera Instancia, nº4, de Cádiz, de 2 de noviembre de 2018 [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

<sup>136</sup> SAP de Cádiz (Sección 5<sup>a</sup>), de 12 de febrero de 2020, núm. 130/2020 [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

<sup>137</sup> Se entendía que el hecho de encontrarse en trámites de separación podía suponer un nerviosismo propio y lógico de tal situación que no conllevaba la desprotección de la menor; que no puede culparse en absoluto a los progenitores de una adicción a las drogas de su hija y que, de hecho, la abuela tenía otra hija a la que había educado adecuadamente y sabido imponer normas y límites. Y, además, que la relación conflictiva que mantenía con su hija no podía considerarse un factor de valoración negativo para la abuela sino, al contrario, una manifestación de su “*búsqueda de lo mejor para su nieta*”. Además, contaba con “*estabilidad económica y de la vivienda. Apoyo de la familia extensa. Apoyo de las relaciones informales. Ausencia de patologías físicas o psíquicas*”, etc.

<sup>138</sup> STS (Sala 1<sup>a</sup>), de 21 de diciembre de 2016, núm. 740/2016 [Versión electrónica. Base de datos de Westlaw].

<sup>139</sup> Defensor del Pueblo, 2018, p.11.

las mismas, consiguiendo así una reducción de los tiempos judiciales, algo vital en aquellos casos en que se hubiera producido algún error por parte de la Administración en perjuicio del interés del menor y de su familia. Ello parece lógico habida cuenta que tales decisiones pueden llegar a determinar sustancialmente el devenir de la vida de numerosos menores, cuyo interés superior debe ser considerado en todo caso primordial.

#### **4. CONCLUSIONES FINALES**

El sistema de acogimiento familiar y residencial ha experimentado en los últimos años una mejora por cuanto se ha reforzado la salvaguarda de los derechos de los menores. A ello ha contribuido la reforma obrada por la LOMSPIA y la LMSPIA, que han venido a introducir, modificar y suprimir varias instituciones de protección; así como a dotar de mayor efectividad a algunos procedimientos; a sustituir y clarificar diversos conceptos jurídicos y a procurar servir de referencia para el desarrollo legislativo de las Comunidades Autónomas, tratando de alcanzar la armonización del sistema de protección de menores a lo largo de todo el territorio nacional.

No obstante, la normativa autonómica destaca por su dispersión y la legislación nacional, subsidiaria en la materia, es insuficiente, todo lo cual provoca deficiencias en el sistema y, en ocasiones, una inefectiva defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia, que, además, difiere en cada Comunidad Autónoma.

Es por ello que sería conveniente que una norma de carácter estatal clarificara una serie de conceptos que han quedado sin concretar, a fin de servir de marco para el desarrollo legislativo autonómico y así unificar los mismos a lo largo de la geografía nacional. En este sentido, se debería, en primer lugar, más allá de utilizar una fórmula abierta definitoria de las situaciones de riesgo y de riesgo prenatal, incluir una lista de indicadores no tasados, pues subsiste el peligro de que, ante una verdadera situación de riesgo, no se advierta su concurrencia ni, por tanto, la necesidad de intervenir y, consecuentemente, tales circunstancias se agraven hasta provocar una cierta situación de desamparo del menor que habría sido evitable.

Igualmente, debería una norma de carácter estatal – como hace la Ley andaluza 1/1998 – establecer qué medidas concretas de prevención, intervención y seguimiento se debieran llevar a cabo en los casos de constatación de una situación de riesgo, de manera que sirviera de referencia a la respectiva legislación de las Comunidades Autónomas.

Asimismo, sería necesario que se estudiara y unificara el concepto de familia extensa más adecuado al interés superior del menor, habida cuenta de las importantes consecuencias que la preferencia legal por la misma conlleva. En particular, creemos que la normativa andaluza, en el artículo 3.2 Decreto 282/2002, debería ampliar el concepto de familia extensa, eliminando los grados de parentesco y de afinidad, e incluir a todas aquellas personas, sean o no familiares, con las que el menor comparta una próxima y cualificada relación debidamente acreditada, como se hace, a modo de ejemplo, en las normativas de las Comunidades Autónomas de La

Rioja<sup>140</sup> y Aragón<sup>141</sup>. Tal modificación del concepto de familia extensa permitiría que, en los casos en que existieran personas disponibles muy cercanas al menor, fueran familiares o no, y siempre que se comprobara su idoneidad, estas tendrían preferencia frente a las familias ajenas, por cuanto serían igualmente capaces de aportar importantes beneficios añadidos.

De la misma manera, sobre la base de que, en ocasiones, se consideran aceptables diversos elementos de riesgo en la familia extensa los cuales determinarían la inidoneidad de la familia ajena, por entender que esta puede brindar al menor otros elementos positivos adicionales, creemos recomendables las dos siguientes propuestas. Por un lado, que la Administración cuente con la posibilidad de exigir a las familias extensas que hayan sido seleccionadas para constituir un acogimiento, cuando lo estime conveniente, adquirir o mejorar su formación en habilidades y aptitudes como acogedores. Y, por otro, que se lleve a la práctica un sistema reforzado de seguimiento, más focalizado, periódico, y adaptado a las necesidades de cada menor y de cada familia, a través de un mayor número de equipos profesionales disponibles, ya fueran propios de la Administración de la Junta de Andalucía o ajenos debidamente autorizados.

Igualmente, tras haber estudiado diversos casos en Andalucía en los que se archivaron expedientes de protección previamente a los cuales no había existido una investigación suficiente que permitiera descartar la concurrencia de indicios de desprotección y que, por tanto, habían sido improcedentes, resulta conveniente que el artículo 21 Decreto 42/2002 se modifique para incluir qué se entiende por la “*información previa*” a la que hace referencia, la cual permite al órgano competente estimar si existe un posible indicio de desamparo o, por el contrario es procedente archivar el expediente de protección.

Asimismo, a pesar de las garantías que ofrece la actuación de la Administración Pública, hemos observado las amplias potestades de las que dispone la misma, y las trascendentales consecuencias en la vida de los menores que, en ocasiones, han podido conllevar. Ello nos hace creer pertinente plantear la implementación de un sistema de examen y confirmación judicial de las resoluciones administrativas en el ámbito de protección de menores.

Por último, en base a los datos previamente analizados, afirmamos que Andalucía cuenta con un número insuficiente de familias de acogida y colaboradoras disponibles y, por ello, nos parece vital, de cara a la mejora del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, lograr una mayor sensibilización ciudadana, a través de campañas a gran escala, coordinadas tanto a nivel estatal como autonómico, que hagan partícipes a muchas familias del deseo de colaborar en el auxilio de todos aquellos menores que se ven desprotegidos.

---

<sup>140</sup> Artículo 24.1 Decreto 108/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre intervención de las Administraciones Públicas de La Rioja en la protección y guarda de los menores.

<sup>141</sup> Artículo 76.2 Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo.

En el término del presente estudio, desearía hacer mención especial de todas aquellas personas que colaboran como familias de acogida o colaboradoras y que contribuyen con ello a construir una sociedad más justa e igualitaria, salvando a muchos menores de caer en un futuro difícil y sin esperanzas. Tal encomiable objetivo se alcanza en gran parte gracias a ellos pues, cierto día, se ofrecieron voluntarios sin esperar a cambio ningún tipo de provecho, pero, eso sí, sintiendo la dulce satisfacción de ayudar, transformar nuestra sociedad y mejorar nuestra convivencia.

## **5. BIBLIOGRAFÍA**

Abad Arenas, E. (2018). *Acogimiento de menores*. Juruá Editorial.

Acogimiento familiar permanente (s.f.). Junta de Andalucía. Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticasocialesyconciliacion/ares/infancia-familias/acogimiento/paginas/acogimiento-permanente.html> [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2020]

Acogimiento familiar temporal (s.f.). Junta de Andalucía. Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticasocialesyconciliacion/areas/infancia-familias/acogimiento/paginas/acogimiento-simple.html> [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2020]

Acogimiento residencial en centros de protección de menores (s.f.). Junta de Andalucía. Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticasocialesyconciliacion/areas/infancia-familias/separacion-familia/paginas/acogimiento-residencial.html> [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2020]

Apoyos específicos a las familias acogedoras, guardadoras con fines de adopción y familias adoptivas (s.f.). Junta de Andalucía. Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticasocialesyconciliacion/areas/infancia-familias/apoyos-especificos-familias.html> [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2020]

Argelich Comelles, C. (2017). Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo. *Revista de Derecho Civil*, IV, 123–180.

Berrocal Lanzarot, A. I. (2017). La guarda y tutela administrativa de menores. El acogimiento familiar y residencial. S. A. Wolters Kluwer España, *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*. (pp. 132–259).

Características de los menores susceptibles de acogimiento familiar (s.f.). Junta de Andalucía. Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Recuperado de: [https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticas\\_socialesyconciliacion/areas/infancia-familias/acogimiento/paginas/caracteristica\\_s-menores-acogimiento.html](https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticas_socialesyconciliacion/areas/infancia-familias/acogimiento/paginas/caracteristica_s-menores-acogimiento.html) [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2020]

Chamizo de la Rubia, J. (2007). Entrada y tutela. *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía* (pp. 13-32).

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. (2013). *Observación General nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. 44192, 1–22.

De la Torre Olid, F., & Conde Colmenero, P. (2014). Allegados y responsabilidad civil: la red social por Derecho. Wolters Kluwer, *Diario La Ley* (Vol. 8426).

Defensor del Menor en Andalucía. (2019). *Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz relativo a la gestión realizada por el Defensor del Menor de Andalucía correspondiente al año 2018*.

Defensor del Pueblo. (2018). *Los niños y los adolescentes en el informe anual del Defensor del Pueblo 2017*.

Díez García, H. (2016). Comentarios a los artículos 172 a 174 del Código Civil. Tirant lo Blanch , *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (pp. 495–646).

Estancia temporal de menores extranjeros (s.f.). Junta de Andalucía. Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Recuperado de: [https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticas\\_socialesyconciliacion/areas/infancia-familias/estancias-temporales.html](https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticas_socialesyconciliacion/areas/infancia-familias/estancias-temporales.html) [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2020]

Gómez Bengoechea, Blanca; Berástegui Pedro-Viejo, A. (2009). El derecho del niño a vivir en familia. *Miscelánea Comillas* (Vol. 67, 130, pp. 175–198).

Gutierrez Cuevas, P; Saenz-Rico de Santiago, B; Valle Trapero, M. (1993). Proyecto de intervención temprana para niños de alto riesgo biológico, ambiental y con alteraciones o minusvalías documentadas. *Revista Complutense de Educación*, 4(2), 113–132.

Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (2010).

Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar (ICIFS) (s.f.). Junta de Andalucía. Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Recuperado de: [https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticas\\_socialesyconciliacion/](https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticas_socialesyconciliacion/)

areas/infancia-familias /acogimiento/paginas/icifs.html [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2020]

López Azcona, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. *Boletín Del Ministerio de Justicia*, 2185, 1–50.

López Azcona, A. (2018). El acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta: un instrumento de protección de menores con incidencia en los derechos fundamentales. *Derecho Privado y Constitución*, 32, 133-186.

López San Luis, R. (2016). La regulación del acogimiento tras las últimas reformas legislativas en materia de protección a la infancia y a la adolescencia en el derecho español. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 1(2), 47.

López Sánchez, et al. (1995). *Actuaciones frente a los malos tratos y el desamparo de menores*. Ministerio de Asuntos Sociales.

Martín Azcano, E. M. (2017). Centros de protección específicos: la respuesta de la Ley Orgánica 8/2015 a la problemática de los menores con trastornos de conducta. S. A. Wolters Kluwer España, *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio*. (pp. 262–321).

Martínez Calvo, J. (2017). La regulación de las visitas del menor acogido tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Aranzadi Thomson Reuters, *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* (pp. 249–266).

Mayor del Hoyo, M. V. (2017). El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/2015, de 28 de julio. Aranzadi Thomson Reuters, *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* (pp. 219–248).

Modalidades de acogimiento familiar (s.f.). Junta de Andalucía. Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.esorganismos/igualdadpoliticasocialyconciliacion/areas/infancia-familias/ acogimiento/ paginas/modalidades.html> [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2020]

Morales Ocaña, A. (2019). Respuesta escolar a los niños y niñas en situación de acogimiento residencial: entre la inclusión y la exclusión educativa. Estudios de caso. *Universidad de Granada. Tesis Doctorales*. Vol. 4, 1.

Moreno Flórez, R. M. (2012). Acogimiento familiar. *Dykinson*.

- Múrtula Lafuente, V. (2017). El interés del menor en las situaciones de riesgo y desamparo provocadas por la violencia de género. Aranzadi Thomson Reuters, *El nuevo régimen jurídico del menor: la reforma legislativa de 2015* (pp. 149–168).
- Noriega Rodríguez, L. (2018). Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia. *Anuario de Derecho Civil*, 71(1), 111–152.
- Núñez Zorrilla, C. (2016). El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Persona y Derecho*, 73(73), 117–160.
- Observatorio de la Infancia de Andalucía. (2004). Acogimiento familiar en Andalucía. *Alianza Ensayo*, 259, 278.
- Observatorio de la Infancia de Andalucía. (2014). Familia extensa, familia ajena. Junta de Andalucía. Consejería de Igualdad, *Valoración de idoneidad para el acogimiento familiar*. (pp. 23–30).
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (s.f.). *Naciones Unidas. Derechos Humanos*. Comité de Los Derechos Del Niño. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/aboutus/Pages/WhoWeAre.aspx> [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2020]
- Pasos principales para realizar una adopción nacional (s.f.). Junta de Andalucía. Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Recuperado de: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticasocialyconciliacion/areas/infancia-familias/adopcion-nacional/paginas/pasos-adopcion.html> [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2020]
- Perez Vallejo, A. M. (2019). Medidas urgentes de protección de menores a la luz de la salvaguarda de su interés superior. Comares. *La protección del menor. Situación y cuestiones actuales* (pp. 37–56).
- Rabadán Sánchez-Lafuente, F. (2015). El derecho a la audiencia tras las últimas reformas legislativas en materia de protección de la infancia y adolescencia. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3, 120–127. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5394338orden=1&info=link%0Ahttps://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=5394338> [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2020]
- UNICEF. (2001). *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*.
- Uriz Bidegain, Nicolás; Armentia López de Suso, Marisa; Belarra Gorrochategui, R. (2011). El desarrollo psicológico del niño de 3 a 6 años. *Padres y Maestros / Journal of Parents*

*and Teachers, 213, 18.* Recuperado de: [www.cfnavarra.es/publicaciones](http://www.cfnavarra.es/publicaciones) [Fecha de consulta: 1 de agosto de 2020]

Vázquez-Pastor Jiménez, L. (2019). El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos. *Boletín Del Ministerio de Justicia, 2221*, 1–80.

# Percepción de legitimidad institucional y composición del constructo en una muestra de menores extranjeros en situación de calle

*Perception of institutional legitimacy and composition of the construct in a sample of foreign minors living on the streets*

**ELENA CASADO PATRICIO**

Investigadora Predoctoral  
Universidad de Málaga (España)

elenacasado@uma.es

 <https://orcid.org/0000-0002-3299-0913>

**Resumen:** Este artículo pretende analizar la percepción de legitimidad institucional de una muestra de menores extranjeros no acompañados en situación de calle y conocer cómo se agrupan las variables que la literatura académica ha indicado que forman el concepto de legitimidad. El aumento de menores extranjeros no acompañados en situación de calle, la falta de estudios que traten de conocer qué componentes integran la percepción de legitimidad para este colectivo y las consecuencias que la legitimidad tiene en la conformidad hacen especialmente importante el trabajo que aquí se presenta. En concreto, se analiza qué percepción de legitimidad de la Policía Local, Policía Nacional, Guardia Civil y del centro de protección tienen los menores extranjeros no acompañados que se encuentran en situación de calle en la ciudad autónoma de Ceuta; y cómo se agrupan en factores las variables que configuran el constructo de legitimidad. Los resultados muestran, a través de una metodología cuantitativa, que la percepción de legitimidad, así como la agrupación factorial, no sigue un patrón general, sino que depende de la institución analizada.

**Abstract:** *This article aims to analyze the perception of institutional legitimacy of a sample of unaccompanied foreign minors in a street situation and to know how the variables that the academic literature has indicated that form the concept of legitimacy are grouped. The increase in unaccompanied foreign minors living on the streets, the lack of studies that try to find out which components make up the perception of legitimacy for this group and the consequences that legitimacy has on compliance makes the work presented here especially important. Specifically, the perception of legitimacy of the*

---

Recepción: 30/03/2021

Aceptación: 06/06/2021

Cómo citar este trabajo: CASADO PATRICIO, Elena: “Percepción de legitimidad institucional y composición de constructo en una muestra de menores extranjeros en situación de calle”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 279-305, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.10>

*Local Police, National Police, Civil Guard and the protection center have unaccompanied foreign minors who are in a street situation in the autonomous city of Ceuta. And how the variables that make up the legitimacy construct are grouped into factors. The results show, through a quantitative methodology, that the perception of legitimacy, as well as the factorial grouping, does not follow a general pattern, but rather depends on the institution analyzed.*

**Palabras claves:** Justicia procedimental, policía, centro de protección, análisis factorial, inmigración.

**Key words:** *Procedural justice, police, protection center, factorial analysis, immigration.*

**Sumario:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. MARCO TEÓRICO. 3. METODOLOGÍA 4. RESULTADOS. 5. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUCCIÓN

El número de menores que se desplazan cruzando las fronteras solos aumenta día a día<sup>1</sup>. Las migraciones de menores extranjeros acompañados o no acompañados han pasado a formar parte de un “régimen migratorio global polarizado” debido al desarrollo desigual, a los conflictos globales, a la falta de oportunidades laborales y a la rigidez de las sociedades<sup>2</sup>.

Los países limítrofes o cercanos a África son los que, hoy en día, reciben mayores migraciones de menores extranjeros no acompañados, como España o Italia. En España este fenómeno comenzó a mitad de la década de los 90 en Canarias, cuando se interceptó la primera embarcación con menores a bordo. A partir de ese momento se inició un aumento de llegadas de menores extranjeros sin un adulto como referente<sup>3</sup>.

Para los menores, la emigración constituye una estrategia para poder mejorar las expectativas sociales, ya que esta mejora no es posible en sus países de origen. La emigración es el medio para romper la situación de estancamiento económico y laboral en la que se encuentran<sup>4</sup>. El

---

<sup>1</sup> SAVE THE CHILDREN (2016). Infancias invisibles. Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España. Save the Children. España. Disponible en: <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancias-invisibles-ninos-migrantes-refugiados-trata-save-the-children.pdf>

<sup>2</sup> BHABHA, J. (2002). Internationalist gatekeepers: the tension between asylum advocacy and human rights. *Harv. Hum. Rts. J.*, 15, 155.

<sup>3</sup> SALMERÓN-MANZANO, E., & MANZANO-AGUGLIARO, F. (2019). Unaccompanied minors: worldwide research perspectives. *Publications*, 7(1), 2.

<sup>4</sup> QUIROGA, V., ALONSO, A., & SORIA, M. (2010). “Sueños de bolsillo, Menores Migrantes No Acompañados/as en España”. *Unicef, Banesto*.

principal problema al que se enfrentan estos menores es a la dificultad para llevar a cabo su proyecto migratorio por vías seguras y legales, por lo que recurren a vías irregulares para alcanzar su objetivo<sup>5</sup>.

A pesar de que la gran mayoría de menores llega con un proyecto migratorio claro, como puede ser estudiar, trabajar o llegar a otro país de Europa para vivir con un familiar, al llegar a España ven truncadas sus expectativas cuando se topan con el sistema de protección y la regulación de extranjería. Esta no les permite trabajar, y el ámbito tutelar no le deja salir de la comunidad autónoma donde están tutelados. Por ello, muchos menores huyen de los centros de protección donde se encuentran y acaban viviendo en la calle<sup>6</sup>, convirtiéndose en una situación frecuente en ciudades fronterizas como Ceuta y Melilla, debido a su ubicación geográfica, y siendo cada vez más común en provincias de la península debido al aumento progresivo de inmigración de los menores extranjeros no acompañados. Concretamente en Ceuta se encuentran actualmente tutelados unos 300 menores, pero se calcula que alrededor de unos 50 niños de media están en situación de calle<sup>7</sup>.

En España se ha trabajado sobre todo el análisis cuantitativo y cualitativo de la delincuencia juvenil, sus motivos, así como sus factores de riesgo y protección<sup>8</sup>. Sin embargo, no se han dedicado tantos esfuerzos a conocer las razones por las que se obedecen las normas, se acepta y se cumplen las decisiones de las instituciones de poder<sup>9</sup>. En los últimos años las investigaciones sobre esta temática y su relación con la legitimidad institucional y justicia procedural están proliferando cada vez más, incluso aquellas que van orientadas en conocer la percepción de legitimidad institucional que tiene población menor de edad<sup>10</sup>. Pero, no se han dirigido esos esfuerzos a conocer la percepción de legitimidad de los menores extranjeros no acompañados.

En este contexto, este artículo pretende analizar la legitimidad institucional otorgada por los menores extranjeros en situación de calle en la ciudad autónoma de Ceuta a la policía y al centro de protección de la ciudad y conocer cómo se agrupan las variables que la academia ha utilizado para medir la legitimidad institucional. Así como a comparar estas agrupaciones con aquellas

---

<sup>5</sup> UNICEF (2017). *A child is a child. Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation*. Report UNICEF Office of Research, United Nations, USA.

<sup>6</sup> SAVE THE CHILDREN (2016). Ob. cit.

<sup>7</sup> GARCÍA-ESPAÑA E. & CARVALHO DA SILVA, J. (2019). *Assessment of a Juvenile Delinquency Prevention Program for Unaccompanied Foreign Minors in Street Situations*.

<sup>8</sup> LOEBER, R., FARRINGTON, D., & ILLESCAS, S. R. (2011). La transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta. *Revista española de investigación criminológica*, 9, 1-41.

<sup>9</sup> BERNUZ, M. J. (2014). La legitimidad de la justicia de menores: entre justicia procedural y justicia social. *InDret*, (1).

<sup>10</sup> BAZ CORES, O., & FERNÁDEZ-MOLINA, E. (2018). Process-based model in adolescence. Analyzing police legitimacy and juvenile delinquency within a legal socialization framework. *european Journal on criminal policy and research*, 24(3), 237-252.

aportadas por la literatura previa. La principal novedad de este artículo es que analiza cómo se comporta la percepción de legitimidad en una muestra con menores extranjeros en situación de calle y la desglosa por institución.

## **2. MARCO TEÓRICO**

Uno de los autores que más ha profundizado en el estudio de la legitimidad y quién insertó el concepto en las ciencias sociales y jurídicas fue WEBER<sup>11</sup>. Este autor en su teorización y argumentación acerca de la autoridad y su función social sentó las bases de los futuros debates sobre legitimidad, ya que consideró que la competencia para tomar decisiones que tuvieran que ser respetadas no dependía, en exclusiva, de tener una posición de autoridad, sino que precisaba de la legitimidad que dicha autoridad o institución poseyera. En este sentido, se considera que una de las principales consecuencias derivadas de la legitimidad es el sometimiento voluntario de los miembros de la sociedad a las autoridades públicas<sup>12</sup>.

No obstante, es necesario mencionar que, por su parte, HINSCH<sup>13</sup> diferencia dos conceptos de legitimidad. Por un lado, la normativa u objetiva, la cual es considerada por el autor como aquella correspondiente a la filosofía política; y, por otro lado, la legitimidad empírica o subjetiva que atribuye a las ciencias sociales. Estos dos conceptos presentan similitudes y diferencias. En cuanto a las similitudes, se considera legítima una ley, decisión, norma o institución, tanto objetiva como subjetivamente, cuando se pasa a considerar que estas tienen autoridad normativa, es decir, poder para establecer normas que deban ser cumplidas. Además, supedita a las personas que le otorgan esa condición de legitimidad, a la conformidad y cumplimiento, imponiendo de esta manera deberes y obligaciones. Por tanto, ambas perspectivas se aplican en el ámbito del ejercicio del poder.

Por otro lado, también se establecen diferencias entre ambos conceptos de legitimidad. El primero tipo de legitimidad, el que ha sido identificado como legitimidad normativa, hace referencia a juicios objetivos que otorgan legitimidad a las instituciones y autoridades, así como a sus normas y decisiones. Es decir, la legitimidad normativa consiste en la conformidad y cumplimiento institucional basado en pruebas objetivas, no basadas en estados mentales o percepciones, sino basadas en el cumplimiento de requisitos de justicia y racionalidad por parte de la norma o institución que se legitima. La legitimidad de las instituciones vendría obtenida por la existencia de protocolos o códigos deontológicos de actuación que aseguren la no arbitrariedad de sus intervenciones y decisiones como, por ejemplo, los protocolos de actuación

---

<sup>11</sup> WEBER, M. (1978). *Economy and society: An outline of interpretive sociology* (Vol. 1). Univ of California Press.

<sup>12</sup> MESKO, G., & TANKEBE, J. (Eds.). (2014). *Trust and legitimacy in criminal justice: European perspectives*. Springer.

<sup>13</sup> HINSCH, W. (2008). *Legitimacy and Justice. A Conceptual and Functional Clarification*. W: J. Kühnelt (red.). *Political Legitimization without Morality*.

de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, intentando asegurar a través de ellos las actuaciones, identificaciones o paradas no arbitrarias<sup>14</sup>.

Por su parte, el concepto de legitimidad empírica, sin embargo, es un concepto más subjetivo, en tanto en cuanto la legitimidad de las instituciones depende de las percepciones de las personas que forman parte de la sociedad<sup>15</sup>. Esta noción no tiene en cuenta exclusivamente la rentabilidad o rendimiento de una institución, sino que tiene además en cuenta las percepciones sobre las actuaciones de estas<sup>16</sup>. Es decir, la legitimidad subjetiva de las instituciones depende de las valoraciones que la ciudadanía haga de las mismas y de sus decisiones y normas, sin que sea necesario tener en cuenta condiciones objetivas<sup>17</sup>. Se otorga legitimidad empírica a una institución, así como a sus normas y decisiones, si estas son aprobadas o aceptadas por un conjunto de personas que forman parte de la sociedad<sup>18</sup>. La legitimidad o deslegitimidad que las personas confieren a una institución puede variar en función del contexto social, político y jurídico del país en el que se encuentre inserta la institución<sup>19</sup>.

La legitimidad empírica, como diferentes autores han señalado<sup>20</sup>, es un término multidimensional ya que cuenta con tres elementos o niveles diferentes. Estos autores consideran que a una institución se le da legitimidad cuando se logran estas tres condiciones: la obligación, la legalidad y la afinidad moral. Estas condiciones no son disyuntivas, sino que todas contribuyen a que una institución, así como sus normas y decisiones, sean legítimas de manera conjunta. Es decir, cuando se satisfacen se crean los fundamentos morales necesarios para que los ciudadanos cumplan y cooperen con las autoridades.

El elemento de la afinidad moral es el más importante, puesto que las normas e instituciones operan dentro de un contexto social<sup>21</sup>. Las instituciones, sus normas y decisiones son legítimas

<sup>14</sup> REQUENA, I. (2016). La legitimidad policial y la colaboración ciudadana con la policía. *Revista para el análisis del derecho*, 1-42.

<sup>15</sup> REQUENA, I. (2016). Ob. Cit.

<sup>16</sup> DÍEZ, F., BLANCO, A., & PRADO, C. (2010). Legitimidad como factor clave del éxito organizativo. *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, 16(3), 127-143.

<sup>17</sup> HOUGH, M., JACKSON, J., & BRADFORD, B. (2013). ¿De qué depende la legitimidad de la policía? Resultados de una investigación europea. *InDret*, (4).

<sup>18</sup> BOTTOMS, A., & TANKEBE, J. (2012). Beyond procedural justice: A dialogic approach to legitimacy in criminal justice. *The journal of criminal law and criminology*, 119-170.

<sup>19</sup> JACKSON, J., & BRADFORD, B. (2019). Blurring the distinction between empirical and normative legitimacy? A methodological commentary on ‘police legitimacy and citizen cooperation in China’. *Asian Journal of Criminology*, 14(4), 265-289.

<sup>20</sup> BEETHAM, D. (1991). *The legitimization of power*. Macmillan International Higher Education; BOTTOMS, A., & TANKEBE, J. (2012). Ob. Cit; COICAUD, J. M. (2002). *Legitimacy and politics: A contribution to the study of political right and political responsibility*. Cambridge University Press; HOUGH, M., JACKSON, J., & BRADFORD, B. (2013). Ob. Cit

<sup>21</sup> BOTTOMS, A., & TANKEBE, J. (2012). Ob. Cit.

si se basan en creencias o valores compartidos con la ciudadanía, y esto permite la existencia de afinidad moral entre los que ostentan la autoridad y los gobernados<sup>22</sup>. Las instituciones legitimadas son aquellas cuyas decisiones y procedimientos se encuentran en armonía con las normas, creencias, valores y principios del sistema social. Estos legitiman a las instituciones y les otorgan las cualidades necesarias para la asunción y el ejercicio del poder<sup>23</sup>.

Para el estudio de la legitimidad, destacan valores más específicos como son la justicia procesal<sup>24</sup>. Al estudiar la legitimidad empírica, los investigadores apuestan por preguntar a los ciudadanos si las instituciones ejercen la autoridad de manera adecuada. Dado el carácter abstracto del concepto y su dificultad para medirlo, se opta concretamente por utilizar los juicios de calidad procesal, como predictores de la legitimidad institucional. La medición de la legitimidad que se usa en el mundo académico parte de los modelos de justicia procedural que diseñó TYLER<sup>25</sup>. Por ello, se considera necesario estudiar la legitimidad operacionalizada a través de los componentes que integran la teoría de la justicia procedural. Esta hace referencia a que las autoridades e instituciones ven reforzadas o fortalecidas su legitimidad si las personas consideran o perciben sus procedimientos como justos<sup>26</sup>. La equidad procesal o la justicia procesal hace referencia a la equidad o calidad en los procesos empleados para tomar decisiones<sup>27</sup>. Es decir, se basa en la calidad de los procedimientos que, en una deficiente traducción, ha pasado a denominarse por el mundo académico como justicia procedural. Por tanto, se hace alusión a la cooperación y cumplimiento normativo con las instituciones cuando estas emplean procedimientos justos y neutrales<sup>28</sup>.

Según TYLER<sup>29</sup> hay varios elementos que aparecen en la constitución de ese concepto de justicia procedural o de calidad en el procedimiento. Concretamente, la teoría de la justicia procedural está compuesta de cuatro elementos principales: participación, respeto, neutralidad y motivos de confiabilidad<sup>30</sup>.

---

<sup>22</sup> BEETHAM, D. (1991). Ob. Cit

<sup>23</sup> BOTTOMS, A., & TANKEBE, J. (2012). Ob. Cit; TANKEBE, J. (2013). Ob. Cit; HUQ, A. Z., JACKSON, J., & TRINKER, R. (2017). Legitimizing practices: Revisiting the predicates of police legitimacy. *British Journal of Criminology*, 57(5), 1101-1122.

<sup>24</sup> BOTTOMS, A., & TANKEBE, J. (2012). Ob. Cit.

<sup>25</sup> TYLER, T. (1990). Why people obey the law. Princeton, NJ: Princeton University Press.

<sup>26</sup> BAZ CORES, O., & FERNÁDEZ-MOLINA, E. (2018). Ob. Cit.

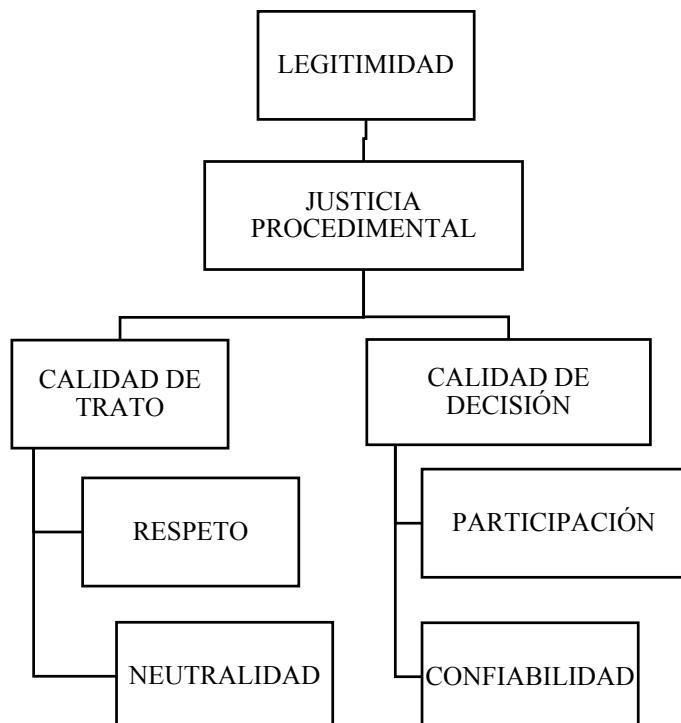
<sup>27</sup> TYLER, T. (1990). Ob. Cit.

<sup>28</sup> VAZQUEZ MORALES, D & FERNANDEZ-MOLINA, E (2013). Confianza en los tribunales penales: una vía normativa a la cooperación ciudadana con la justicia más allá de la amenaza y la coerción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194*.

<sup>29</sup> TYLER, T. (2000). Social justice: Outcome and procedure. *International journal of psychology*, 35(2), 117-125.

<sup>30</sup> TYLER, T. (2000). Ob. Cit; TYLER, T. R. (2004). Enhancing police legitimacy. *The annals of the American academy of political and social science*, 593(1), 84-99; TYLER, T. R., & BLADER, S. L. (2003). The group

Algunos autores agrupan en dos categorías estos elementos para explicar mejor el constructor de calidad del procedimiento y ayudar a su operacionalización. Estos dos conceptos son la calidad de trato interpersonal y calidad de decisión. De esta manera, dentro de cada categoría se incluyen los elementos que forman la justicia procedural para ayudar a su medición. En la calidad en el proceso de toma de decisiones encontramos que la literatura académica ha identificado el elemento de neutralidad y confiabilidad, y, por otro lado, los elementos de respeto y participación se incluirían dentro de la categoría de calidad de trato interpersonal<sup>31</sup>.



**Figura 1:** Esquema operacionalización de legitimidad según la literatura académica. Elaboración propia.

El componente de participación demuestra que los ciudadanos se sienten más justamente tratados o con mayor calidad cuando se les permite participar de manera activa en la resolución de sus problemas o conflictos<sup>32</sup>. Es la posibilidad de participar o tener voz en los procedimientos

engagement model: Procedural justice, social identity, and cooperative behavior. *Personality and social psychology review*, 7(4), 349-361.

<sup>31</sup> TYLER, T. R., & BLADER, S. L. (2003). Ob. Cit; TYLER, T. R., & FAGAN, J. (2008). Legitimacy and cooperation: Why do people help the police fight crime in their communities. *Ohio St. J. Crim. L.*, 6, 231.

<sup>32</sup> TYLER, T. (2000). Ob. Cit.

lo que hace que la ciudadanía legitime a las autoridades<sup>33</sup>. La oportunidad de hablar da valor y está relacionado con la percepción de legitimidad, en tanto en cuanto las personas consideran un procedimiento más justo si tienen voz en el mismo, incluso a sabiendas de que esa intervención es posterior a que la decisión esté tomada o, aunque esa intervención no tenga ninguna o poca influencia en las decisiones finales de las instituciones<sup>34</sup>.

Otro elemento que da sentido a las percepciones u opiniones de las personas sobre la legitimidad o justicia de un procedimiento, y que se encuentra dentro de la categoría de calidad en el proceso de toma de decisión<sup>35</sup> es el componente de confiabilidad. Este es considerado de manera general como la intención de ayudar por parte de las instituciones<sup>36</sup>. Concretamente, esta pieza de justicia procedural hace referencia al sentimiento de la ciudadanía de sentirse escuchado por las instituciones, de manera que se tenga en cuenta sus argumentos en el procedimiento. Así como que las personas consideren que las autoridades se preocupan por sus situaciones personales y necesidades individuales y que estas tratan de actuar de manera justa y realizando lo correcto para ellos<sup>37</sup>. Las instituciones demuestran motivos de confiabilidad cuando tratan con preocupación y con el objetivo de cuidar el bienestar de la sociedad<sup>38</sup>. El sentimiento de ser escuchado es uno de los indicadores más importantes de la justicia procedural para todas las partes implicadas en los procedimientos, no sólo para los posibles infractores<sup>39</sup>. Por ello, las instituciones deben saber transmitir que están utilizando procedimientos justos basados en los argumentos de los ciudadanos, haciendo ver que los razonamientos han sido considerados y tratando de explicar por qué estos han sido aceptados o rechazados, pero con la importancia de que los ciudadanos entiendan o sientan que estos se han tenido en cuenta durante el procedimiento<sup>40</sup>.

Para medir la categoría de participación y confiabilidad se recurren a preguntas como las siguientes: *¿Me dan explicaciones de sus actuaciones?, ¿me siento escuchado por ellos?, ¿la policía explica claramente las razones de sus acciones a las personas con las que trata?*<sup>41</sup>.

---

<sup>33</sup> VAZQUEZ MORALES, D & FERNANDEZ-MOLINA, E (2013). Ob. Cit; SHERMAN, L.W. (2001). Trust and confidence in criminal justice. *National Institute of Justice Journal*, 248, 22-31.

<sup>34</sup> TYLER, T. R., & BLADER, S. L. (2003). Ob. Cit.

<sup>35</sup> BLADER, S. L., & TYLER, T. R. (2003). A four-component model of procedural justice: Defining the meaning of a “fair” process. *Personality and social psychology bulletin*, 29(6), 747-758; TYLER, T. R., & FAGAN, J. (2008). Ob. Cit.

<sup>36</sup> VAZQUEZ MORALES, D & FERNANDEZ-MOLINA, E (2013). Ob. Cit.

<sup>37</sup> TYLER, T. (2000). Ob. Cit.

<sup>38</sup> MASTROFSKI, S. D., ZAMIR, T., MOYAL, S., & WILLIS, J. J. (2016). Predicting procedural justice in police–citizen encounters. *Criminal justice and behavior*, 43(1), 119-139.

<sup>39</sup> BERNUZ, M. J. (2014). Ob. Cit.

<sup>40</sup> TYLER, T. (2000). Ob. Cit.

<sup>41</sup> BAZ CORES, O., & FERNÁDEZ-MOLINA, E. (2018). Ob. Cit; REISING, M. D., BRATTON, J., & GERTZ, M. G. (2007). The construct validity and refinement of process-based policing measures. *Criminal justice and*

Aunque también se recurre a preguntar más concretas para medir la confiabilidad como la *opinión o confianza que le confiere las instituciones*<sup>42</sup>.

Por otro lado, el componente de dignidad y respeto es entendido como la valoración que las personas hacen cuando sus derechos son respetados, cuando se les trata con dignidad como personas y como miembros de la sociedad<sup>43</sup>. Este elemento no tiene relación con los resultados obtenidos, sino con la calidad de trato que reciben en el procedimiento.

El indicador de dignidad y respeto para medir la legitimidad institucional es con frecuencia medido mediante preguntas concretas que tratan de operacionalizar ese concepto, como las siguientes: *¿Dirías que la policía generalmente trata a los jóvenes con respeto?, ¿la policía lo trataría con respeto si tuviera contacto con ellos por algún motivo?*<sup>44</sup>.

Por último, el componente de neutralidad se basa en la creencia por parte de la sociedad de que las instituciones no deben permitir que sus valores y prejuicios personales intervengan en el procedimiento de toma de decisiones, considerando, por tanto, que estas deben tomar decisiones objetivas para que los procedimientos sean justos<sup>45</sup>. Es decir, las personas consideran una autoridad o institución legítimas cuando sus actuaciones se basan en honestidad, imparcialidad y objetividad<sup>46</sup> y su procedimiento de decisión no está sesgado o guiado por ningún interés<sup>47</sup>. Además, se considera que la neutralidad institucional en el procedimiento puede incrementar la conformidad con las decisiones institucionales, e incluso, con las sanciones específicas<sup>48</sup>.

---

*behavior*, 34(8), 1005-1028; SUNSHINE, J. & TYLER, T. R. (2003). The role of procedural justice and legitimacy in shaping public support for policing. *Law & Society Review*, 37(3), 513-548; TANKEBE, J. (2013). Ob. Cit.

<sup>42</sup> FAGAN, E. & TYLER, T (2005), "Legal socialization of children and adolescents", *Social Justice Research* 18 (3), págs. 217-242.; MURPHY, K. (2015). Does procedural justice matter to youth? Comparing adults' and youths' willingness to collaborate with police. *Policing and society*, 25(1), 53-76; TYLER, T. (1990). Ob. Cit.

<sup>43</sup> TYLER, T. (2000). Ob. Cit.

<sup>44</sup> BAZ CORES, O., & FERNÁDEZ-MOLINA, E. (2018). Ob. Cit; REISING, M. D., BRATTON, J., & GERTZ, M. G. (2007). Ob. Cit; SUNSHINE, J. & TYLER, T. R. (2003). Ob. Cit; TANKEBE, J. (2013). Ob. Cit; TYLER, T. (1990). Ob. Cit.

<sup>45</sup> TYLER, T. (2000). Ob. Cit.

<sup>46</sup> MURPHY, K. (2009). Public satisfaction with police: The importance of procedural justice and police performance in police-citizen encounters. *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 42(2), 159-178.

<sup>47</sup> TYLER, T. y HUO, J. (2002), Trust in the law: Encouraging public cooperation with the police and courts, *Russell-Sage Foundation, New York*.

<sup>48</sup> WOOLARD, J., HARVELL, S., & GRAHAM, S. (2008). Anticipatory injustice among adolescents: Age and racial/ethnic differences in perceived unfairness of the justice system. *Behavioral Sciences & the Law*, 26(2), 207-226.

Con frecuencia este elemento es operacionalizado mediante preguntas acerca de la igualdad de trato que las víctimas de delito o aquellas personas que lo cometen reciben por parte de las instituciones de poder, como la policía o los jueces<sup>49</sup>.

### 3. METODOLOGÍA

El objetivo principal de este trabajo es analizar la legitimidad institucional otorgada por los menores extranjeros no acompañados en situación de calle en Ceuta a la policía y al centro de protección de la ciudad a través de los elementos que integran la teoría de la justicia procedural. Además, se pretende explorar cómo se agrupan en factores los elementos que forman la legitimidad y comparar esta agrupación con la que la literatura académica ha realizado previamente.

Esta investigación se encuadra en un proyecto de investigación e intervención con menores extranjeros no acompañados en situación de calle. Dicho proyecto se llevó a cabo en Ceuta y recibe el nombre de PREMECE (prevención de la delincuencia de menores extranjeros solos en las calles de Ceuta)<sup>50</sup>. Por ello, la población objeto de estudio son los menores extranjeros no acompañados en situación de calle en Ceuta. La selección de esta muestra se realizó mediante el muestreo no aleatorio, ni representativo, por bola de nieve. Este tipo de muestreo es recomendado para estudios de poblaciones minoritarias, excluidas o invisibilizadas, como es el caso de las personas inmigrantes que configuraron la muestra del estudio<sup>51</sup>. Para la obtención de la muestra se aprovechó la intervención del equipo de calle con menores extranjeros no acompañados. La muestra piloto contenía 56 cuestionarios con menores extranjeros en situación de calle y finalmente la muestra estuvo compuesta por 99 de ellos.

Se diseñó un cuestionario estructurado donde se recogieron una batería de preguntas que pretendían operacionalizar la justicia procedural a través de sus componentes principales. Para la elaboración de este cuestionario se utilizó una serie de fuentes bibliográficas que sirvieron como guía para realizar un grupo de preguntas que operacionalizaran la legitimidad institucional a través de la justicia procedural, que según la literatura académica es la que mejor predice la legitimidad<sup>52</sup>. Concretamente se usó como referencia las preguntas de la ESE<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> TANKEBE, J. (2013). Ob. Cit.

<sup>50</sup>Para saber más: García-España, E., Carvalho, J.; Casado, E y Prado, B. (2020). “Menores marroquíes en las calles de Ceuta: una cuestión de políticas públicas”. Ed. OCSPI.

García España, E. y Carvalho da Silva, J. (2019). “Assessment of a juvenile delinquency prevention program with foreign unaccompanied minors in street situation” en *Kriminologie*. Special Issue

<sup>51</sup> HUESO GONZÁLEZ, A. Y CASCANT, M. (2012). Metodologías y técnicas de investigación. *Cuadernos docentes en proceso de desarrollo*. N° 1.

<sup>52</sup> TYLER, T. (1990). Ob. Cit.

<sup>53</sup>ENCUESTA SOCIAL EUROPEA (2010): [https://www.upf.edu/ess/\\_pdf/5a-ola/Datos/ResultadosQuintaEdicion\\_FINAL.pdf](https://www.upf.edu/ess/_pdf/5a-ola/Datos/ResultadosQuintaEdicion_FINAL.pdf) [Online] acceso 20 de febrero de 2018.

que posee un bloque temático sobre legitimidad y confianza institucional, así como distintas investigaciones que abordan escalas para medir la percepción de legitimidad institucional<sup>54</sup>. De esta manera, se diseñó un cuestionario piloto en español que recogía preguntas sobre neutralidad, respeto, opinión, sentirse escuchado y recibir explicaciones de los diferentes Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Las investigaciones realizadas hasta la fecha, en este sentido, analizaban a la policía en general ya que han sido estudios realizados en otros países, o las que se han realizado en España se han centrado sobre todo en el análisis de la percepción de legitimidad en el sistema judicial o en el policía en general, sin diferenciar por institución. Sin embargo, en esa investigación se optó por distinguir a las diferentes Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, concretamente entre: Policía Local de Ceuta, Policía Nacional y Guardia Civil. También, se les preguntó por el centro de protección de la ciudad autónoma. La intención de diferenciar por institución se justifica en la competencia diferente que cada una tiene con los menores extranjeros no acompañados.

Las respuestas a todas las preguntas estuvieron medidas mediante una escala Likert de cuatro puntos, desde el 1 al 4. Esta decisión pretendía evitar que los encuestados tuvieran una alternativa imparcial intermedia y en el caso que no quisieran dar su percepción podrían optar por la opción “no sabe/no contesta”<sup>55</sup>.

Posteriormente, este cuestionario fue convertido a soporte visual a través de imágenes y emoticonos, con el objetivo de ser entendido por los menores extranjeros no acompañados en situación de calle que no poseían el suficiente conocimiento de la lengua española.

Existen estudios que avalan que el uso de imágenes o fotografías en los cuestionarios podría aumentar marginalmente la tasa de respuestas<sup>56</sup>. Además, el desarrollo de herramientas para medir la actitud de niños a través de imágenes o emoticonos han sido apoyadas por

<sup>54</sup> TYLER, T. (2001). Public trust and confidence in legal authorities: What do majority and minority group members want from the law and legal institutions? *Behavioral Sciences & the Law*, 19(2), 215-235; HINDS, L. (2007). Building police-youth relationships: The importance of procedural justice. *Youth Justice*, 7(3), 195-209; FERNÁNDEZ MOLINA, E. & GRIJALVA ETERNOD, A. E. (2012). Diseño y validación de dos escalas para medir el miedo al delito y la confianza en la policía. *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, (10), 2-26; ACHUTEGUI OTAULAURRUCHI, P. (2016). Justicia procedural aplicada. Efectos de la interacción entre menores y policía. *Boletín criminológico*, (162), 1-10; MACHURA, S., JONES, S. O., WÜRGLER, A., CUTHBERTSON, J., & HEMMINGS, A. (2019). National identity and distrust in the police: The case of North West Wales. *European Journal of Criminology*, 16(1), 60-80; BARKWORTH, J. M., & MURPHY, K. (2015). Procedural justice policing and citizen compliance behaviour: The importance of emotion. *Psychology, Crime & Law*, 21(3), 254-273; PÉREZ, F., BECERRA, J. & AGUILAR, A. A. (2018). Cómo perciben los menores infractores la justicia que se les aplica: un acercamiento desde la justicia procedural. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 16, 1-26; BAZ CORES, O., & FERNÁNDEZ-MOLINA, E. (2018). Ob. Cit; BAZ CORES, O., & FERNÁNDEZ-MOLINA, E. (2020). An empirical approach to the study of legal socialization in adolescence. *European Journal of Criminology*, 1477370819896212.

<sup>55</sup> FERNÁNDEZ MOLINA, E. & GRIJALVA ETERNOD, A. E. (2012).

<sup>56</sup> GENDALL, P. (1996). The effect of questionnaire cover design in mail surveys. *MARKETING BULLETIN-DEPARTMENT OF MARKETING MASSEY UNIVERSITY*, 7, 30-38.

investigadores, evaluadores de programas y médicos, que a menudo usan las escalas Likert convertidas en imágenes en sus herramientas. Por ello, se considera que el uso de estas escalas con la peculiaridad, dado el aumento en la calidad de las investigaciones y evaluaciones, podría ser fructífero no solo para los investigadores, sino también para los médicos o psicólogos<sup>57</sup>. Estas medidas tomadas para diseñar instrumentos o escalas para evaluar las percepciones de menores de edad podrían resultar incluso más acertadas al tratarse de menores que acaban de llegar a España y desconocen el uso de la lengua castellana.

Con todo, se recurrió al equipo de intervención en calle del proyecto, adultas de referencia para estos adolescentes con conocimientos fluidos de árabe marroquí, para poder garantizar el grado de entendimiento del cuestionario apoyado de imágenes e iconos. De esta manera, era posible conseguir a través de una alternativa al cuestionario convencional, un instrumento que tuviera la capacidad de alcanzar los objetivos previamente planteados.

Para lograr esto se formó con el equipo de intervención al objeto de que entendieran qué se pretendía medir o qué se quería conseguir que los menores entendieran en cada pregunta. También sirvió para que sugirieran mejoras en el cuestionario<sup>58</sup>, a pesar de que se basaba en los distintos instrumentos de recogida de datos utilizados por otros estudios en la materia, y, por tanto, con respaldo metodológico adecuado. La validación por expertas en intervención con menores extranjeros no acompañados permitió asegurar que la muestra objeto de estudio entendía a ciencia cierta lo que se le estaba preguntando y, por tanto, poder medir de manera fiable las percepciones de legitimidad institucional.

Para realizar el análisis de datos se utilizó el software estadístico SPSS (*Statistical Package for the Social Sciences*). Para medir la fiabilidad interna del cuestionario se usó el test de Alpha de Cronbach con los resultados de la muestra piloto, obteniéndose un coeficiente del 0,82. Al ser un coeficiente elevado cercano a 1, refleja que el cuestionario tiene una buena consistencia interna y que por tanto es fiable. De esta manera, se calcula la correlación de cada ítem con cada uno de los otros que forman el instrumento de medida<sup>59</sup>.

Una vez evaluado el cuestionario se siguió recogiendo información a través del mismo. Se ha realizado un análisis factorial de los datos para intentar conocer cómo se comportan o agrupan los diversos elementos que forman la justicia procedimental. Se trata de un análisis factorial confirmatorio ya que se pretende comprobar si estos análisis factoriales confirman la

---

<sup>57</sup> REYNOLD, L., & JOHNSON, R. (2011). Is a picture is worth a thousand words? Creating effective questionnaires with pictures. *Practical Assessment, Research, and Evaluation*, 16(1), 8; ZHANG, J., SMITH D., LAM, E. T., BRIMER, J., & RODRIGUEZ, A. (2002). Development of an evaluation scale to measure participant perceptions of after-school enrichment programs. *Measurement in Physical Education and Exercise Science*, 6(3), 167-186.

<sup>58</sup> ROBLES, P. & ROJAS, M. (2015). La validación por juicio de expertos: dos investigaciones cualitativas en Lingüística aplicada. *Revista Nebrija de lingüística aplicada a la enseñanza de lenguas*, (18), 124-139.

<sup>59</sup> QUERO, M. (2010). Confiabilidad y coeficiente Alpha de Cronbach. *Telos*, 12(2), 248-252.

agrupación que la literatura hace de la percepción de justicia procedural. Concretamente, se ha utilizado el método de extracción de factorización de ejes principales porque es el método que mejor funciona cuando la muestra no cumple el supuesto de normalidad (Kolmgorov-Smirnov  $p<0,05$ ), así como la rotación varimax, que simplifica la interpretación de los factores<sup>60</sup>.

#### 4. RESULTADOS

En primer lugar, se ha realizado una serie de análisis descriptivos para conocer qué percepción de legitimidad institucional tienen los menores extranjeros no acompañados en situación de calle medida por las diferentes variables que la literatura ha utilizado. La tabla 1 muestra que la mayoría de los menores tienen una muy buena (32,3%) o buena percepción (32,3%) de la Policía Local. Sin embargo, se encuentran nada de acuerdo (61,6% y 53,7%, respectivamente) con que la Policía Local los trate igual que a los menores y que a los adultos españoles. Tampoco consideran que esta institución les dé explicaciones de sus actuaciones (59,4%). Pero sí se muestran totalmente (27,3%) o bastante de acuerdo (27,3%) con que la Policía Local los trata con respeto. Igualmente se sienten escuchados por ellos (totalmente de acuerdo 17,8% y bastante de acuerdo 24,7%).

**Tabla 1.** Variables de legitimidad de la Policía Local.

	<i>Muy buena</i>	<i>Buena</i>	<i>Mala</i>	<i>Muy mala</i>
<i>¿Cuál es tu opinión de la Policía Local?</i>	32,3	32,3	16,2	19,2
	<i>Totalmente de acuerdo</i>	<i>Bastante de acuerdo</i>	<i>Poco de acuerdo</i>	<i>Nada de acuerdo</i>
<i>Me tratan igual que a menores españoles</i>	10,1	9,1	19,2	61,6
<i>Me trata igual que a adultos españoles</i>	11,6	15,8	18,9	53,7

<sup>60</sup> LÓPEZ-AGUADO, M., & GUTIÉRREZ-PROVECHO, L. (2019). Com dur a terme i interpretar una anàlisi factorial exploratòria utilitzant SPSS. *REIRE Revista d'Innovació i Recerca en Educació*, 12(2), 1-14.

<i>Me tratan con respeto</i>	27,3	27,3	18,2	27,3
<i>Me dan explicaciones de sus actuaciones</i>	11,5	16,7	12,5	59,4
<i>Me siento escuchado por ellos</i>	17,8	24,7	14,4	34

Fuente: elaboración propia

Con referencia a la Policía Nacional, la mayoría de los menores en situación de calle tienen muy buena (30,9%) o buena (23,7%) opinión de la institución. Pero, al igual que con la Policía Local, estos se muestran nada de acuerdo con que la Policía Nacional los trata igual que a los menores (54,5%) y que a los adultos españoles (58,9%). También se muestran poco o nada de acuerdo (10,2% y 43,9%, respectivamente) con que la Policía Nacional les dé explicaciones de sus actuaciones. Sí consideran que esta institución los trata con respeto (totalmente y bastante de acuerdo 30,6%) y también se sienten escuchado por ellos (totalmente de acuerdo 24,5% y bastante de acuerdo 29,6%).

**Tabla 2:** Variables de legitimidad de la Policía Nacional.

	<i>Muy buena</i>	<i>Buena</i>	<i>Mala</i>	<i>Muy mala</i>
	<i>Totalmente de acuerdo</i>	<i>Bastante de acuerdo</i>	<i>Poco de acuerdo</i>	<i>Nada de acuerdo</i>
<i>¿Cuál es tu opinión de la Policía Nacional?</i>	30,9	23,7	21,6	23,7
<i>Me tratan igual que a menores españoles</i>	15,2	16,2	14,1	54,5
<i>Me trata igual que a adultos españoles</i>	12,6	17	10,5	58,9
<i>Me tratan con respeto</i>	30,6	30,6	9,2	29,6
<i>Me dan explicaciones de sus actuaciones</i>	15,3	30,6	10,2	43,9

<i>Me siento escuchado por ellos</i>	24,5	29,6	15,3	30,6
--------------------------------------	------	------	------	------

Fuente: elaboración propia

Por su parte, la Guardia Civil es valorada de manera negativa, la mayoría de los menores tienen una opinión muy mala (64,6%) de esta institución. Además, se muestran nada de acuerdo con que los tratan igual que a los menores españoles (76,5%), con que se les trata igual que a los adultos españoles (64,9%), que se les trata con respeto (70,7%), con que les dan explicaciones de sus actuaciones (63,3%) ni, tampoco, se sienten escuchado por ellos (61,5%). De hecho, la Guardia Civil es la fuerza de seguridad peor valorada, con una percepción de legitimidad bastante más baja que los otros dos cuerpos analizados.

**Tabla 3:** Variables de legitimidad de la Guardia Civil

	<i>Muy buena</i>	<i>Buena</i>	<i>Mala</i>	<i>Muy mala</i>
	<i>Totalmente de acuerdo</i>	<i>Bastante de acuerdo</i>	<i>Poco de acuerdo</i>	<i>Nada de acuerdo</i>
<i>¿Cuál es tu opinión de la Guardia Civil?</i>	12,5	9,4	13,5	64,6
<i>Me tratan igual que a menores españoles</i>	10,2	4,1	9,2	76,5
<i>Me trata igual que a adultos españoles</i>	14,9	7,4	12,8	64,9
<i>Me tratan con respeto</i>	7,1	12,1	10,1	70,7
<i>Me dan explicaciones de sus actuaciones</i>	8,2	10,2	18,4	63,3
<i>Me siento escuchado por ellos</i>	9,4	10,4	18,8	61,5

Fuente: elaboración propia

Por último, con respecto al centro de protección, la mayoría de los menores extranjeros en situación de calle tienen una muy mala (54,7%) opinión de él. Al igual que ocurría con la Guardia Civil, la mayoría de los menores se mostraban nada de acuerdo con que en el centro

de protección les trataba de manera neutral y con respeto; tampoco consideraban que se les dieran explicaciones de sus actuaciones, ni se sentían escuchados por ellos.

Además, se creó un índice por cada institución para conocer la media de percepción de legitimidad que los menores extranjeros en situación de calle tenían de los tres cuerpos policiales y del centro de protección. Para ello, en primer lugar, hay que señalar que todas las variables estaban medidas en una escala Likert de 1 a 4, donde 4 significaba muy buena o totalmente de acuerdo y el número 1 era muy mala o nada de acuerdo. La institución mejor valorada en la escala de legitimidad creada fue la Policía Nacional ( $\alpha=0,817$ ), seguida de la Policía Local ( $\alpha=0,812$ ). Las peores valoradas fueron la Guardia Civil ( $\alpha=0,817$ ) y el centro de protección ( $\alpha=0,7$ ). En todos los casos las escalas para medir la percepción de legitimidad en las instituciones eran fiables.

**Tabla 4:** Variables de legitimidad del centro de protección

	<i>Muy buena</i>	<i>Buena</i>	<i>Mala</i>	<i>Muy mala</i>
	<i>Totalmente de acuerdo</i>	<i>Bastante de acuerdo</i>	<i>Poco de acuerdo</i>	<i>Nada de acuerdo</i>
<i>¿Cuál es tu opinión del centro de protección?</i>	11,6	17,9	15,8	54,7
<i>Me tratan igual que a menores españoles</i>	5,2	16,5	12,4	66
<i>Me trata igual que a adultos españoles</i>	9,9	11	17,6	61,5
<i>Me tratan con respeto</i>	12,4	22,7	12,4	52,6
<i>Me dan explicaciones de sus actuaciones</i>	13,3	11	22	53,8
<i>Me siento escuchado por ellos</i>	15,1	21,5	11,8	51,6

Fuente: elaboración propia

**Tabla 5:** análisis descriptivo de la percepción de legitimidad

	Policía Local	Policía Nacional	Guardia Civil	Centro de protección
Media	2,15	2,27	1,61	1,83
Desviación estándar	,79	,83	,73	,74

Para comprobar si la estructura de los datos es adecuada para ser analizada factorialmente se han realizado las pruebas de esfericidad de Barlett y la prueba de adecuación de Kaise-Meyer Olkin (en adelanto, KMO).

**Tabla 6:** test de KMO y esfericidad de Barlett.

	Policía Local	Policía Nacional	Guardia Civil	Centro Protección
KMO	,767	,770	,818	,773
Prueba de esfericidad de Barlett	185,461	189,888	214,479	140,406
Sig	,000	,000	,000	,000

Fuente: elaboración propia

Los valores de la prueba de KMO ( $>0,6$ ) indican que la matriz de datos es apropiada para realizar la prueba de factorización. De igual manera el nivel de significación de la prueba de esfericidad de Barlett ( $sig<0,05$ ) muestra que el grado de intercorrelación de las variables es muy elevado y que, por tanto, es adecuado realizar el análisis factorial.

A continuación, se muestra el análisis factorial para cada institución analizada. En primer lugar, se realizó sobre la Policía Local y se observa que la extracción de factores agrupó las seis variables en un único factor.

**Tabla 7:** Análisis factorial de la percepción de legitimidad en la Policía Local

COMPONENTES	
<i>¿Cuál es tu opinión sobre la Policía Local?</i>	,626
<i>La Policía Local me trata igual que a los menores españoles</i>	,575
<i>La Policía Local me trata igual que a los adultos españoles</i>	,689
<i>La Policía Local me trata con respeto</i>	,789
<i>La Policía Local me da explicaciones de sus actuaciones</i>	,643
<i>Me siento escuchado por la Policía Local</i>	,587

Fuente: elaboración propia

En segundo lugar, se realizó el mismo proceso sobre la Policía Nacional. En esta ocasión el análisis factorial agrupó las variables en dos factores. Por un lado, el factor 1 estaba compuesto por la variable de opinión, por las dos variables de neutralidad de trato y por la de respeto. Por su lado, el factor 2 extraído contaba con la variable de sentir que la Policía Nacional daba explicaciones de sus actuaciones (participación) y que los menores en situación de calle se sentían escuchados por la Policía Nacional.

**Tabla 8:** Análisis factorial de la percepción de legitimidad en la Policía Nacional

COMPONENTES	
Factor 1	Factor 2
<i>¿Cuál es tu opinión sobre la Policía Nacional?</i>	,695

<i>La Policía Nacional me trata igual que a los menores españoles</i>	,653
<i>La Policía Nacional me trata igual que a los adultos españoles</i>	,659
<i>La Policía Nacional me trata con respeto</i>	,583
<i>La Policía Nacional me da explicaciones de sus actuaciones</i>	,765
<i>Me siento escuchado por la Policía Nacional</i>	,754

Fuente: elaboración propia

En tercer lugar, idéntico análisis se realizó con la Guardia Civil que agrupó en el factor 1 las variables de opinión, el respeto, el sentirse escuchado y la participación. Y en el factor 2 agrupó las variables de neutralidad.

**Tabla 9:** Análisis factorial de la percepción de legitimidad en la Guardia Civil

COMPONENTES		
	Factor 1	Factor 2
<i>¿Cuál es tu opinión sobre la Guardia Civil?</i>	,736	
<i>La Guardia Civil me trata igual que a los menores españoles</i>		,657
<i>La Guardia Civil me trata igual que a los adultos españoles</i>		,617

*La Guardia Civil me trata con respeto* ,708

*La Guardia Civil me da explicaciones de sus actuaciones* ,781

*Me siento escuchado por la Guardia Civil* ,788

---

Fuente: elaboración propia

Con referencia al centro de protección las variables se agruparon en dos factores de idéntica manera que en el caso de la Guardia Civil. El factor 1 estaba compuesto por el indicador de respeto, participación y sentirse escuchado y el factor dos estaba compuesto por la variable de opinión y las dos de neutralidad.

**Tabla 10:** Análisis factorial de la percepción de legitimidad en el centro de protección

---

COMPONENTES		
	Factor 1	Factor 2
<i>¿Cuál es tu opinión sobre el centro de protección?</i>		,505
<i>En el centro de protección me trata igual que a los menores españoles</i>		,699
<i>En el centro de protección me trata igual que a los adultos españoles</i>		,642
<i>En el centro de protección me trata con respeto</i>	,672	
<i>En el centro de protección me da explicaciones de sus actuaciones</i>	,710	

*Me siento escuchado en el centro de  
protección* ,578

---

Fuente: elaboración propia

## 5. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

La percepción de legitimidad de los menores extranjeros en situación de calle varía en función de la institución analizada. La institución que peor valoran es la Guardia Civil y la segunda peor valorada es el centro de protección. La mala percepción de legitimidad hacia la Guardia Civil podría estar explicada, entre otros motivos, porque esta institución es la encargada de custodiar el área restringida del puerto de Ceuta y es la zona en la que los menores entran sin autorización para intentar *“hacer riski”*, aunque eso no justifica el trato desigual y sin respeto que los menores perciben de la institución.

Por otro lado, la mala percepción de legitimidad hacia el centro de protección podría estar condicionado por la situación de hacinamiento que sufre el centro y que dificulta que los trabajadores dediquen tiempo y cuidados a cada menor, e incluso por el desconocimiento que muchos de ellos tienen del centro, del cual solo saben lo que otros menores comentan de él.

Esta mala percepción hacia esas instituciones tiene varias consecuencias negativas tanto para los menores, en la medida en que se exponen a situaciones de riesgo por permanecer en calle y se podría cronificar esta situación, como para las dos instituciones mencionadas ya que la percepción de legitimidad condiciona la conformidad posterior con las normas y decisiones de estas<sup>61</sup>. Es decir, la mala percepción de los menores extranjeros no acompañados en situación de calle hacia la Guardia Civil y el centro de protección podría debilitar, de acuerdo con la literatura previa, la conformidad y el cumplimiento de las normas y decisiones de estas instituciones.

Por otra parte, la Policía Local y la Policía Nacional están mejor valoradas que las anteriores, tienen mejor percepción de legitimidad. Consideran que ambas instituciones policiales los escuchan y los tratan con respeto. Esto podría derivar, según estudios anteriores<sup>62</sup>, en una mayor conformidad y cooperación con estas dos instituciones analizadas.

Sin embargo, los menores coinciden en que ninguna de las cuatro instituciones los trata con igualdad, ni les dan explicaciones de sus actuaciones. Es decir, los menores podrían considerar

---

<sup>61</sup> HINSCH, W. (2008). Ob. Cit.; WOOLARD, J., HARVELL, S., & GRAHAM, S. (2008). Ob. Cit.

<sup>62</sup> HINSCH, W. (2008). Ob. Cit; WOOLARD, J., HARVELL, S., & GRAHAM, S. (2008). Ob. Cit.

que los miembros de estas instituciones actúan movidos por sus prejuicios personales y no con la objetividad necesaria para ser consideradas neutrales<sup>63</sup>.

Esta percepción está medida por una serie de variables que la literatura indica que componen la justicia procedural<sup>64</sup> y que se considera un elemento esencial para medir la legitimidad: participación (*me dan explicaciones de sus actuaciones*), respeto (*me tratan con respeto*), neutralidad (*me tratan igual que a los menores y adultos españoles*), confiabilidad (*me siento escuchado por ellos, opinión que merece la institución*)<sup>65</sup>. Debido a la complejidad del constructo en esta investigación se realizó un análisis factorial confirmatorio para tratar de comprobar si en este caso concreto las variables se agrupaban como la literatura indicaba. Con el objetivo de poder realizar en el futuro un mejor análisis de la percepción de legitimidad conociendo como se agrupan las variables en este colectivo y en las diversas instituciones.

Las variables de justicia procedural han sido agrupadas por diferentes autores en dos factores: el primer factor que denominaron la calidad de trato compuesto por las variables de respeto y de participación, y el segundo factor que consideraban la calidad de decisión compuesto por las variables de neutralidad y de confiabilidad<sup>66</sup>. Sin embargo, en este estudio los resultados mostraron que la agrupación factorial variaba en función de la institución analizada y con respecto a la clasificación tradicional de otros autores<sup>67</sup>. Concretamente, el análisis indicó que, en todas las instituciones, menos en la Policía Local, las variables se agrupan en dos factores. Por su parte, la Policía Local agrupa las variables en único factor. Es decir, el análisis factorial mostró que la agrupación de factores en la percepción de legitimidad no sigue un patrón general, sino que depende de la institución analizada y probablemente de la muestra objeto de estudio.

La percepción y la agrupación va a variar por institución posiblemente porque cada una tiene unas competencias diferentes con los menores extranjeros no acompañados y esto puede condicionar la opinión acerca de las mismas. Por un lado, la función policial puede ser más de control de las conductas de estos menores, sin embargo, el centro de protección tiene una función de protección. También hay que tener en cuenta que no existen estudios previos que permitan su comparación, ni las investigaciones anteriores han realizado una diferenciación por cuerpos policiales en España. Tampoco se ha analizado, con anterioridad a este estudio, la

---

<sup>63</sup> TYLER, T. (2000). Ob. Cit.

<sup>64</sup> TYLER, T. (2000). Ob. Cit.

<sup>65</sup> FAGAN, E. & TYLER, T (2005). Ob. Cit; MURPHY, K. (2015). Ob. Cit; TYLER, T. (1990). Ob. Cit.

<sup>66</sup> BLADER, S. L., & TYLER, T. R. (2003). Ob. Cit; TYLER, T. R., & FAGAN, J. (2008). Ob. Cit.

<sup>67</sup> BLADER, S. L., & TYLER, T. R. (2003). Ob. Cit; TYLER, T. R., & FAGAN, J. (2008). Ob. Cit.

percepción de legitimidad hacia un centro de protección. En España se ha trabajado más comúnmente en este sentido la policía en general o el sistema de justicia juvenil<sup>68</sup>.

Por ello, al ser la primera investigación que trabaja la percepción de legitimidad de menores extranjeros en situación de calle y que desglosa la percepción por instituciones, diferenciando entre el centro de protección y los diferentes Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que tienen competencias distintas con los menores extranjeros no acompañados, podría sentar las bases para futuras investigaciones con ese colectivo. Una aportación interesante de este trabajo, por tanto, ha sido explorar cómo los elementos de la percepción de estos menores se agrupan en factores de forma diferente a otros colectivos con el objetivo de conocer qué variables podrían crear escalas o ser cruzadas con otras variables para un mejor tratamiento de los datos.

Además, los resultados de esta investigación sientan las bases de futuras investigaciones para seguir profundizando y aclarando si la calidad del proceso de decisión y la calidad de trato interpersonal están compuestas de diferentes variables en función de la institución que se está analizando, así como del colectivo del que emana la percepción de legitimidad. Y, permiten repensar el modo de intervenir con estos menores para mejorar la percepción de legitimidad en las instituciones encargadas de su protección.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACHUTEGUI OTAULAURRUCHI, P. (2016). Justicia procedural aplicada. Efectos de la interacción entre menores y policía. *Boletín criminológico*, (162), 1-10.
- BARKWORTH, J. M., & MURPHY, K. (2015). Procedural justice policing and citizen compliance behaviour: The importance of emotion. *Psychology, Crime & Law*, 21(3), 254-273.
- BAZ CORES, O., & FERNÁDEZ-MOLINA, E. (2018). Process-based model in adolescence. Analyzing police legitimacy and juvenile delinquency within a legal socialization framework. *european Journal on criminal policy and research*, 24(3), 237-252.
- BAZ CORES, O., & FERNÁDEZ-MOLINA, E. (2020). An empirical approach to the study of legal socialization in adolescence. *European Journal of Criminology*, 1477370819896212.
- BEETHAM, D. (1991). *The legitimization of power*. Macmillan International Higher Education.

---

<sup>68</sup> BAZ CORES, O., & FERNÁDEZ-MOLINA, E. (2018). Ob. Cit; BAZ CORES, O., & FERNÁDEZ-MOLINA, E. (2020). Ob. Cit; BERNUZ, M. J. (2014). Ob. Cit; PÉREZ, F., BECERRA, J. & AGUILAR, A. A. (2018). Ob. Cit; VAZQUEZ MORALES, D & FERNANDEZ-MOLINA, E (2013). Ob. Cit.

- BERNUZ, M. J. (2014). La legitimidad de la justicia de menores: entre justicia procedural y justicia social. *InDret*, (1).
- BHABHA, J. (2002). Internationalist gatekeepers: the tension between asylum advocacy and human rights. *Harv. Hum. Rts. J.*, 15, 155.
- BLADER, S. L., & TYLER, T. R. (2003). A four-component model of procedural justice: Defining the meaning of a “fair” process. *Personality and social psychology bulletin*, 29(6), 747-758.
- BOTTOMS, A., & TANKEBE, J. (2012). Beyond procedural justice: A dialogic approach to legitimacy in criminal justice. *The journal of criminal law and criminology*, 119-170.
- COICAUD, J. M. (2002). *Legitimacy and politics: A contribution to the study of political right and political responsibility*. Cambridge University Press.
- DÍEZ, F., BLANCO, A., & PRADO, C. (2010). Legitimidad como factor clave del éxito organizativo. *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, 16(3), 127-143.
- ENCUESTA SOCIAL EUROPEA (2010): [https://www.upf.edu/ess/\\_pdf/5a-ola/Datos/ResultadosQuintaEdicion\\_FINAL.pdf](https://www.upf.edu/ess/_pdf/5a-ola/Datos/ResultadosQuintaEdicion_FINAL.pdf) [Online] acceso 20 de febrero de 2018.
- FAGAN, E. & TYLER, T (2005), "Legal socialization of children and adolescents", *Social Justice Research* 18 (3), págs. 217-242.
- FERNÁNDEZ MOLINA, E. & GRIJALVA ETERNOD, A. E. (2012). Diseño y validación de dos escalas para medir el miedo al delito y la confianza en la policía. *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, (10), 2-26.
- FUENTES LARA, C. (2016). Las porteadoras: la vergüenza institucionalizada de la frontera sur europea. El caso de Ceuta. *Informe de Derechos Humanos en la Frontera Sur*, 37-48.
- GARCÍA-ESPAÑA E. & CARVALHO DA SILVA, J. (2019). Assessment of a Juvenile Delinquency Prevention Program for Unaccompanied Foreign Minors in Street Situations.
- GENDALL, P. (1996). The effect of questionnaire cover design in mail surveys. *MARKETING BULLETIN-DEPARTMENT OF MARKETING MASSEY UNIVERSITY*, 7, 30-38.
- HINDS, L. (2007). Building police-youth relationships: The importance of procedural justice. *Youth Justice*, 7(3), 195–209.

- HINSCH, W. (2008). Legitimacy and Justice. A Conceptual and Functional Clarification. W: J. Kühnelt (red.). Political Legitimization without Morality.
- HOUGH, M., JACKSON, J., & BRADFORD, B. (2013). ¿De qué depende la legitimidad de la policía? Resultados de una investigación europea. *InDret*, (4).
- HUESO GONZÁLEZ, A. Y CASCANT, M. (2012). Metodologías y técnicas de investigación. *Cuadernos docentes en proceso de desarrollo*. N° 1.
- HUQ, A. Z., JACKSON, J., & TRINKER, R. (2017). Legitimizing practices: Revisiting the predicates of police legitimacy. *British Journal of Criminology*, 57(5), 1101-1122.
- JACKSON, J., & BRADFORD, B. (2019). Blurring the distinction between empirical and normative legitimacy? A methodological commentary on 'police legitimacy and citizen cooperation in China'. *Asian Journal of Criminology*, 14(4), 265-289.
- LEÓN, F. J. (2014). Mecanismos generadores de la confianza en la institución policial. *InDret* (2).
- LOEBER, R., FARRINGTON, D., & ILLESCAS, S. R. (2011). La transición desde la delincuencia juvenil a la delincuencia adulta. *Revista española de investigación criminológica*, 9, 1-41.
- LÓPEZ-AGUADO, M., & GUTIÉRREZ-PROVECHO, L. (2019). Com dur a terme i interpretar una anàlisi factorial exploratòria utilitzant SPSS. *REIRE Revista d'Innovació i Recerca en Educació*, 12(2), 1-14.
- MACHURA, S., JONES, S. O., WÜRGLER, A., CUTHBERTSON, J., & HEMMINGS, A. (2019). National identity and distrust in the police: The case of North West Wales. *European Journal of Criminology*, 16(1), 60-80.
- MASTROFSKI, S. D., ZAMIR, T., MOYAL, S., & WILLIS, J. J. (2016). Predicting procedural justice in police–citizen encounters. *Criminal justice and behavior*, 43(1), 119-139.
- MESKO, G., & TANKEBE, J. (Eds.). (2014). *Trust and legitimacy in criminal justice: European perspectives*. Springer.
- MURPHY, K. (2009). Public satisfaction with police: The importance of procedural justice and police performance in police-citizen encounters. *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 42(2), 159-178.
- MURPHY, K. (2015). Does procedural justice matter to youth? Comparing adults' and youths' willingness to collaborate with police. *Policing and society*, 25(1), 53-76.

- PÉREZ, F., BECERRA, J. & AGUILAR, A. A. (2018). Cómo perciben los menores infractores la justicia que se les aplica: un acercamiento desde la justicia procedural. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 16, 1-26.
- QUERO, M. (2010). Confiabilidad y coeficiente Alpha de Cronbach. *Telos*, 12(2), 248-252.
- QUIROGA, V., ALONSO, A., & SORIA, M. (2010). "Sueños de bolsillo, Menores Migrantes No Acompañados/as en España". *Unicef, Banesto*.
- REISING, M. D., BRATTON, J., & GERTZ, M. G. (2007). The construct validity and refinement of process-based policing measures. *Criminal justice and behavior*, 34(8), 1005-1028.
- REQUENA, I. (2016). La legitimidad policial y la colaboración ciudadana con la policía. *Revista para el análisis del derecho*, 1-42.
- REYNOLD, L., & JOHNSON, R. (2011). Is a picture is worth a thousand words? Creating effective questionnaires with pictures. *Practical Assessment, Research, and Evaluation*, 16(1), 8.
- ROBLES, P. & ROJAS, M. (2015). La validación por juicio de expertos: dos investigaciones cualitativas en Lingüística aplicada. *Revista Nebrija de lingüística aplicada a la enseñanza de lenguas*, (18), 124-139.
- SALMERÓN-MANZANO, E., & MANZANO-AGUGLIARO, F. (2019). Unaccompanied minors: worldwide research perspectives. *Publications*, 7(1), 2.
- SAVE THE CHILDREN (2016). Infancias invisibles. Menores extranjeros no acompañados, víctimas de trata y refugiados en España. Save the Children. España. Disponible en: <https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/infancias-invisibles-ninos-migrantes-refugiados-trata-save-the-children.pdf>
- SHERMAN, L.W. (2001). Trust and confidence in criminal justice. *National Institute of Justice Journal*, 248, 22-31.
- SUNSHINE, J. & TYLER, T. R. (2003). The role of procedural justice and legitimacy in shaping public support for policing. *Law & Society Review*, 37(3), 513-548.
- TANKEBE, J. (2013). Viewing things differently: The dimensions of public perceptions of police legitimacy. *Criminology*, 51(1), 103-135.
- TYLER, T. (1990). *Why people obey the law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- TYLER, T. (2000). Social justice: Outcome and procedure. *International journal of psychology*, 35(2), 117-125.

- TYLER, T. (2001). Public trust and confidence in legal authorities: What do majority and minority group members want from the law and legal institutions? *Behavioral Sciences & the Law*, 19(2), 215-235.
- TYLER, T. R. (2004). Enhancing police legitimacy. *The annals of the American academy of political and social science*, 593(1), 84-99.
- TYLER, T. R., & FAGAN, J. (2008). Legitimacy and cooperation: Why do people help the police fight crime in their communities. *Ohio St. J. Crim. L.*, 6, 231
- TYLER, T. R., & BLADER, S. L. (2003). The group engagement model: Procedural justice, social identity, and cooperative behavior. *Personality and social psychology review*, 7(4), 349-361.
- TYLER, T. & HUO, J. (2002), Trust in the law: Encouraging public cooperation with the police and courts, *Russell-Sage Foundation, New York*.
- UNICEF (2017). A child is a child. Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation. Report UNICEF Office of Research, United Nations, USA.
- VAZQUEZ MORALES, D & FERNANDEZ-MOLINA, E (2013). Confianza en los tribunales penales: una vía normativa a la cooperación ciudadana con la justicia más allá de la amenaza y la coerción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194*.
- WEBER, M. (1978). *Economy and society: An outline of interpretive sociology* (Vol. 1). Univ of California Press.
- WOOLARD, J., HARVELL, S., & GRAHAM, S. (2008). Anticipatory injustice among adolescents: Age and racial/ethnic differences in perceived unfairness of the justice system. *Behavioral Sciences & the Law*, 26(2), 207-226.
- ZHANG, J., SMITH D., LAM, E. T., BRIMER, J., & RODRIGUEZ, A. (2002). Development of an evaluation scale to measure participant perceptions of after-school enrichment programs. *Measurement in Physical Education and Exercise Science*, 6(3), 167-186



CRÓNICAS



# **Poligamia, matrimonio por el rito gitano y derecho a la pensión de viudedad: la reciente postura del Tribunal Constitucional frente al criterio del Tribunal Supremo y su contradictorio impacto en la aplicación del derecho a la no discriminación**

*Polygamy, marriage by the gypsy rite and the right to a widow's pension: the recent position of the Constitutional Court against the criteria of the Supreme Court, and its contradictory impact on the application of the right to non-discrimination*

**M<sup>a</sup> JOSÉ CERVILLA GARZÓN\***

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Cádiz (España)

[mariajose.cervilla@uca.es](mailto:mariajose.cervilla@uca.es)

 <http://orcid.org/0000-0001-5245-3878>

La presente reflexión trae causa de la inicial perplejidad que nos causa el diferente criterio con el cual los tribunales, Supremo y Constitucional, están valorando dos modelos de convivencia (pues, realmente, entendemos que como tales los podemos considerar, a falta de vínculos matrimoniales con validez en nuestro ordenamiento jurídico), en relación a sus efectos en el posible reconocimiento de pensiones de viudedad a alguno de los convivientes. Esta cuestión, que inicialmente podría considerarse fácil de resolver si nos atenemos al concluyente contenido de nuestra Ley General de Seguridad Social, sin embargo se torna mucho más compleja si lo ponemos en relación con su posible impacto en un derecho constitucional de transversal aplicación y sobre el cual nunca acaban los Tribunales de aclararse acerca de su interpretación y alcance: el derecho a la no discriminación.

---

Recepción: 10/03/2021

Aceptación: 11/03/2021

Cómo citar este trabajo: CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup> José, “Poligamia, matrimonio por el rito gitano y derecho a la pensión de viudedad: la reciente postura del Tribunal Constitucional frente al criterio del Tribunal Supremo y su contradictorio impacto en la aplicación del derecho a la no discriminación”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.<sup>o</sup> 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 309-318, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.11>

Poniendo el contenido de nuestras normas jurídicas en su contexto, el derecho a la pensión de viudedad se configura para un único beneficiario o beneficiaria, generalmente éste último caso, que ha contraído matrimonio o se ha constituido legalmente como pareja de hecho, con los condicionantes previstos en el art. 220 y ss de la Ley General de Seguridad Social. Pero obviando una visión simplista de la aplicación de la norma, que es lo que precisamente pretende evitar el reconocimiento constitucional del derecho a la no discriminación, sobre todo en su vertiente de prohibición de la discriminación indirecta, hay varias diversas circunstancias que concurren en nuestro entorno social y que no debemos pasar por alto. En primer lugar, que la pensión de viudedad tiene un destacado impacto de género, por cuanto sus beneficiarias son mayoritariamente mujeres (por citar un dato concreto, a diciembre de 2020, según los datos del Ministerio Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de 8.721 altas en la pensión de viudedad, sólo 1.003 corresponden a varones beneficiarios). En segundo lugar, que la sociedad española se caracteriza por una nada desdeñable diversidad de etnias, nacionalidades y religiones, algunas más presentes que otras, pero entre las que sin duda destacan los inmigrantes de origen marroquí, con la correlativa presencia de sujetos que profesan la religión islámica, y las personas que pertenecen a la etnia gitana. Quiere esto decir que hay que ser particularmente cuidadoso en la valoración de posibles aplicaciones de la norma que puedan implicar injustificadas desigualdades de trato por razón de religión, de nacionalidad o de origen étnico (o racial), pues la diversidad es nuestro sustrato social fundamental, preservándose, en paralelo, la protección de la mujer frente a la discriminación por razón de sexo.

En concreta relación a la incidencia de la población romaní en el global de la población española, siguiendo el estudio realizado en el año 2011 por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, “Diagnóstico social de la comunidad gitana en España”, el 1,87% de la población española pertenece a la etnia gitana, existiendo más de 7 millones en el contexto de la Unión Europea y siendo considerada como la primera minoría étnica europea. Otros informes incluso incrementan su presencia en el territorio español, avanzando la posible existencia de hasta 1.500.000 personas de esta etnia en el año 2019 (“Estudio comparado sobre la situación de la población gitana en España en relación al empleo y la pobreza”, informe realizado por la Fundación Secretariado Gitano y el equipo ISEAK, Initiative for socio-economic analysis for knowledge). Este último también revela un dato preocupante sobre la posición económico-laboral de las mujeres en esta población, pues su tasa de actividad es muy inferior a la de los varones (un 38.5 %), incluso en comparación con la población general (donde las mujeres tienen una tasa de actividad del 53%).

La doctrina judicial sobre la aplicación genérica del principio de igualdad y no discriminación está más que asentada, lo que no quiere decir que, ante distintas situaciones de posible discriminación basadas en causas diversas, se aplique con el mismo alcance y rigor. Resumiendo muy brevemente el contenido de esta doctrina, el principio de igualdad no implica que, en todos los casos, se ofrezca un tratamiento legal equivalente, de forma que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción de este principio. Sólo se conculcará cuando se produzca una diferencia entre situaciones que se puedan considerar iguales, siempre que no exista una justificación objetiva

y razonable. Para que la diferencia de trato sea lícita, desde la perspectiva constitucional, es imprescindible que las consecuencias jurídicas derivadas de la distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, es decir, el juicio de proporcionalidad se realiza entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Integrando tal principio el derecho a la no discriminación, éste implica la ilegitimidad de tratamientos diferenciados respecto de lo que operan como factores determinantes los enunciados por el art. 14 CE u otros, que pueden ser excepcionalmente utilizados como criterio de diferenciación jurídica siempre que superen el juicio de proporcionalidad de forma más estricta.

Sentadas todas estas premisas, emergen inevitables interrogantes: ¿está constitucionalmente justificado que se otorgue validez a una situación de poligamia para ser beneficiario de una pensión de viudedad, pero que no se reconozca la eficacia a los mismos efectos del matrimonio por el rito gitano?, ¿el impacto discriminatorio del no reconocimiento es mayor en un caso que en el otro, y por ello los Tribunales ofrecen soluciones diversas?. A bote pronto es evidente que la situación resulta muy poco comprensible si tenemos en cuenta que, por una parte, la poligamia es contraria al orden público español precisamente por su carácter discriminatorio, ofensivo y degradante para la mujer, e incluso es constitutiva de delito (no así una unión por el rito gitano), y, por otra, que es mucho más numerosa la población gitana que reside en el territorio español frente a posibles sujetos que profesen el islam, casados en situación de poligamia (sobre todo a raíz de la reforma de la Mudawana marroquí que mantiene la posible poligamia pero con mayores limitaciones), que puedan reunir los requisitos para solicitar la pensión del sistema español. Adicionalmente, el impacto discriminatorio de género puede ser mucho mayor en el caso de mujeres pertenecientes a la etnia gitana, puesto que la situación de doble discriminación en la que se pueden encontrar está, incluso, reconocida a nivel de la Unión Europea.

Pasemos, pues, a analizar las argumentaciones utilizadas por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de diciembre de 2019 (dictada en los mismos términos que su sentencia de 24 de enero de 2018), y por el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 25 de enero de 2021, para aclarar si la tutela antidiscriminatoria ha tenido algún impacto en sus resoluciones y, de ser así, cual es el motivo que justifica lo contradictorio de sus pronunciamientos.

Por lo que se refiere al reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad en caso de poligamia a todas las viudas, es cierto que hay un dato normativo que no se produce en el caso de los matrimonios celebrados por el rito gitano, y es que el Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social contempla que todas las viudas pueden ser perceptoras de la pensión, excluyéndose a los trabajadores pertenecientes al Régimen de Clases Pasivas del Estado (art. 23). Pero la existencia de dicha norma no legitima, ni mucho menos, el reconocimiento del derecho a pensión si tenemos en cuenta, fundamentalmente, dos circunstancias. En primer lugar, que el convenio debe aplicarse de conformidad con el orden público español según en art. 12.3 Código Civil, en virtud del cual "en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público", es decir, no puede incluir preceptos contrarios a los principios constitucionales. En segundo lugar, que, aun cuando demos por válida la aplicación de este convenio por entender que entra en juego la excepción del orden público atenuado, es

decir, el hecho de otorgar efectos jurídicos “periféricos” a leyes extranjeras que, de suyo, atentan contra el orden público establecido, si no producen un daño sustancial a la sociedad, no perjudican a ningún particular y contribuyen a la instauración de la justicia formal, los Tribunales van mucho más allá porque ya se ha generalizado el reconocimiento del derecho a pensión de todas las viudas en los supuestos de poligamia, independientemente de su nacionalidad y de la posible aplicación o no del convenio citado.

Y ello teniendo en cuenta que los dos matrimonios no pueden ser válidos conforme a nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no están ambos inscritos en el Registro Civil. De hecho, para poder formalizar la solicitud de la pensión, la entidad gestora requiere el Libro de familia, acta del Registro Civil o documento extranjero equivalente debidamente legalizado o sellado, en su caso, y traducido, que acredite el matrimonio con el causante fallecido. La legalización de estos matrimonios exige que el encargado del Registro Civil compruebe que la certificación matrimonial expedida en el extranjero se ajusta a la legalidad española y, como en el caso del matrimonio poligámico esto no es así, lo que impide su reconocimiento e inscripción, para que tales matrimonios puedan desplegar algún tipo de efecto es imprescindible que se admita el funcionamiento de la cláusula del orden público atenuado.

El reconocimiento del derecho a pensión sucede, en parte, por una argumentación que está vinculada al principio de no discriminación por razón de sexo, pero sin que podamos perder la perspectiva de que la poligamia es una situación ilegal según el código penal, y discriminatoria por denigrar la situación de la mujer conforme al art. 14 CE. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2019 afirma que la determinación en singular de los beneficiarios de la pensión por la Ley General de Seguridad Social “ha de ser interpretado atemperándolo necesariamente a esos parámetros de igualdad, consagrados en el artículo 14 de la Constitución Española, en los casos en que nos encontramos con situaciones de poligamia”, e, igualmente, que debe hacerse una interpretación “integradora e igualitaria” del artículo 23 del Convenio. Es más, según dicha sentencia, la aplicación del art. 14 es lo que legitima extender la previsión del contenido del convenio hispano-marroquí, por “vía interpretativa”, a otras situaciones de poligamia no contempladas en dicho convenio.

Y es que realmente la situación discriminatoria se puede producir desde la perspectiva del cónyuge casado que no va percibir pensión, en una aplicación estricta de las normas en juego, si tenemos en cuenta que es el varón el que puede decidir, en caso de reagrupamiento familiar, a cual de las cónyuges le causaría este perjuicio. Y esto, sin duda, supone un gravísimo atentado contra el principio de igualdad de trato y no discriminación constitucionalmente reconocido y que, por lo tanto, forma parte del orden público español. La justicia material se produce, tal y como afirma el Tribunal Supremo, con el reconocimiento de pensión a todas las viudas que, por otra parte, y esta cuestión parece que puede ser muy determinante, no produce ningún perjuicio económico al Sistema de Seguridad Social.

Pues bien, ¿Qué sucede en el caso del matrimonio por el rito gitano, siendo una situación conforme al orden público español, producida en una comunidad de gran impacto en el conjunto de la población española, que afecta a mujeres estadísticamente en situación de desigualdad en

el acceso al empleo, para entender que no es aplicable el principio de no discriminación a los efectos de reconocerles el derecho a pensión de viudedad si no está inscrito civilmente el matrimonio?. En el caso de la poligamia, el Tribunal Supremo reinterpreta la exigencia de que el beneficiario de la pensión sea uno sólo en aras a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, por lo tanto, ¿no puede reinterpretarse la exigencia de unión matrimonial inscrita en el Registro Civil, o pareja de hecho constituida conforme a sus propias previsiones, en aplicación del mismo principio?

En primer lugar, es muy importante considerar el contenido de resoluciones con posible incidencia en esta cuestión, dictadas con anterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional, si bien es cierto que ninguna responde, exactamente, a las mismas circunstancias. Aun así, de ellas es posible extraer algunas conclusiones.

La primera sentencia a destacar es la del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2004, en la cual afirmó la validez del matrimonio canónico, no inscrito en el Registro Civil, a efectos de considerar a los cónyuges sujetos causantes de pensión de viudedad al aplicar el art. 61 del Código Civil: “El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración”. Pero, ciertamente, no podemos considerar que estemos ante circunstancias equivalentes con la aquí analizada, pues el matrimonio canónico se había celebrado de forma válida, pudiendo considerarse cónyuges legítimos al estar este matrimonio reconocido por nuestro ordenamiento jurídico<sup>1</sup>. No es lo que sucede con el matrimonio por el rito gitano, que no cuenta con ningún tipo de reconocimiento jurídico y, por ende, de validez.

De forma similar, pero en sentido contrario, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 1 de diciembre de 2014, rechazó la validez de un matrimonio islámico, no inscrito en el Registro Civil, a efectos de causar los contrayentes derecho a pensión de viudedad, puesto que, en este caso, el matrimonio no era válido al no haberse presentado el preceptivo certificado de capacidad matrimonial y, por ello, no se podía inscribir.

Pero, sin duda, la sentencia más relevante para el caso que nos ocupa, como precedente a la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de enero de 2021, es la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de diciembre de 2009 (asunto Muñoz Díaz contra España), que, aun cuando incorpora un elemento que falta en la sentencia que procedemos a comentar, integra algunas apreciaciones que, entendemos, deben tenerse muy en cuenta. Lo primero que debemos puntualizar es que esta sentencia determina que es válido un matrimonio celebrado por el rito gitano, a los efectos de ser sus contrayentes causantes del derecho a pensión de viudedad, pero no en base a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación, sino por el hecho de que el Estado había admitido determinados actos jurídicos que podían llevar a los contrayentes a considerar, de buena fe, como válido su matrimonio (como determinados

---

<sup>1</sup> Conforme al art. 60.2 Código Civil: “se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España”.

documentos de la Seguridad Social, donde aparecen como cónyuges, o en el propio libro de familia). Por lo tanto, sólo por lo concluyente de esta circunstancia, es decir, que el propio Estado estaba admitiendo una cierta legitimidad del matrimonio a través de actos muy concretos, ya era posible determinar que también fuese legítimo a efectos del percibo de pensiones de viudedad, sin tener que entrar en otras argumentaciones.

Sin embargo, lo destacable de esta sentencia, a nuestros efectos, es que el Tribunal adopta dos posturas ambivalentes, pero con una evidente intención de llamar la atención sobre la necesaria protección de la etnia gitana y su inevitable reconocimiento como población que necesita una tutela particular.

En primer lugar, realiza una serie de afirmaciones que, nos parece, suponen un cierto reconocimiento de la entidad que tiene el matrimonio celebrado por el rito gitano a efectos de la posible aplicación del principio de no discriminación por razón de pertenencia a una etnia determinada. En este sentido, llamamos la atención sobre el siguiente párrafo de la sentencia: “El Tribunal observa, a este respecto, que en el seno de los Estados contratantes del Consejo de Europa surge un consenso internacional para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, su identidad y su modo de vida (ver, apartado 33 supra, concretamente el Convenio-marco para la Protección de las Minorías no sólo con el objetivo de salvaguardar los intereses de las propias minorías sino también para preservar la diversidad cultural lo que beneficia a la sociedad en su conjunto. El Tribunal considera que, aunque la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicar estas Leyes. El Tribunal ha tenido ocasión en la sentencia Buckley (ciertamente, en un contexto diferente) de subrayar que la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría, implica prestar una especial atención a sus necesidades y a su modo de vida, tanto en el ámbito reglamentario admisible en materia de regulación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares. Ciertamente, el artículo 174 de la Ley General de Seguridad vigente en el momento de los hechos, sólo reconocía la pensión de viudedad en caso de ausencia de matrimonio legal cuando el matrimonio era nulo de buena fe. Sin embargo, esta disposición no permite al Estado demandado exonerarse de toda responsabilidad en relación al Convenio”.

Se deduce, sin duda, de su contenido, su reconocimiento de la etnia gitana como necesitada de una particular tutela, que debe influir en la manera de aplicar las leyes que afectan a la regulación del matrimonio, citando, en concreto, el Convenio-marco para la protección de las minorías. Incluso afirma, de forma expresa, que este matrimonio “no es contrario al orden público”, para justificar el reconocimiento a la pensión. Como afirmábamos anteriormente, dado el reconocimiento implícito del matrimonio en determinados documentos oficiales estas afirmaciones tan categóricas casi eran innecesarias y por algún motivo estarán en el contenido de la sentencia, aun cuando su reflexión no se centra en la existencia de posible discriminación.

Pero, por otra parte, de forma bastante expresa rechaza que la legislación española esté vulnerando el principio de no discriminación al no admitir el matrimonio por el rito gitano a efectos de generar derecho a pensión, sobre lo que destacamos el siguiente párrafo: “Es cierto

que algunas formas religiosas de consentimiento matrimonial están admitidas en la legislación española, pero estas formas religiosas están reconocidas en virtud de acuerdos anteriores de estas confesiones con el Estado y producen, por tanto, los mismos efectos que el matrimonio civil, mientras que otras formas (religiosas o tradicionales) no están reconocidas. Sin embargo, el Tribunal constata que se trata de una diferencia derivada de la pertenencia a una confesión religiosa, no aplicable en el caso de la comunidad gitana. Además, esta diferencia no impide o prohíbe el matrimonio civil, abierto a los gitanos en las mismas condiciones de igualdad que a las personas que no pertenecen a esta comunidad, y responde a motivos que el legislador debe tener en cuenta y que dependen, como subraya el Gobierno, de su margen de apreciación. Por tanto, el Tribunal considera que el hecho de que las uniones gitanas no originen efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación ilegal considerando el artículo 14”.

Entrando ya en el fondo de la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de enero de 2021, en la cual se demanda la validez del matrimonio por el rito gitano para generar derecho a pensión de viudedad, en base a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación por razón de pertenencia a una determinada raza o etnia, en el supuesto de hecho planteado no concurren las circunstancias particulares que se daban al enjuiciar el asunto Muñoz Díaz contra España, al no haberse producido esa apariencia de legalidad en documentos oficiales. Para abundar en lo controvertido de este asunto, la sentencia cuenta con un Voto Particular, al igual que incluía uno la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2018, que se recurre en Amparo.

Dicha sentencia falló en contra de la validez del rito gitano a los efectos analizados, básicamente por razones parecidas a las esgrimidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: que el art. 174 de la Ley General de Seguridad Social (actuales arts. 200 y ss) es neutral, y que la vulnerabilidad de minorías étnicas o culturales no puede conllevar excepciones en la aplicación de la Ley so pena de comprometer la seguridad jurídica y la uniformidad normativa, haciéndose de peor condición a los que por razones ideológicas no se hayan constituido como pareja de hecho legal. Su Voto Particular, sin embargo, aprecia indicios de discriminación indirecta en la aplicación de los arts. 200 y ss. de la Ley General de Seguridad Social, aparentemente neutros, pues el colectivo de raza gitana se puede ver particularmente afectado debido a las particularidades de sus tradiciones. Por ello, entiende que una interpretación acorde al respecto de las minorías étnicas permitiría flexibilizar su aplicación si es posible afirmar que la convivencia se ha mantenido de forma real y efectiva, y con indiscutible carácter de pareja unida maritalmente.

Los razonamientos del Tribunal Constitucional, para mantener el criterio previo del Tribunal Supremo, se basan, fundamentalmente, en los siguientes argumentos:

- En primer lugar, que el art. 14 CE no ampara la denominada “discriminación por indiferenciación”, pues no consagra un derecho a la desigualdad de trato por no existir ningún derecho normativo a un trato desigual. No concurre, pues, una situación discriminatoria sino una decisión personal, libre y voluntaria de no acceder a las fórmulas de constitución en Derecho del vínculo matrimonial, las cuales no están condicionadas por la pertenencia a una

raza y, por lo tanto, no es posible apreciar discriminación directa. De hecho, en palabras del Tribunal, a cualquier situación de no formalización de una relación de hecho se le denegaría también la pensión.

- En segundo lugar, y ya en relación a la posible apreciación de discriminación indirecta, el Tribunal realiza una afirmación que es el fundamental objeto de cuestionamiento por parte del Voto Particular. Así, teniendo en cuenta que la discriminación indirecta implica un tratamiento formalmente neutro del que, sin embargo, se deriva un impacto o resultado adverso sobre los miembros de un colectivo protegido, según el Tribunal no cabe advertir fundamento objetivo alguno de la existencia de un perjuicio mayor y verdaderamente desfavorable en la norma o en su aplicación, desde una perspectiva cualitativa o cuantitativa, en razón de pertenecer a esta minoría, frente al que puede acarrear para cualquier otro colectivo que opte por la no formalización de sus relaciones de convivencia.

Para afirmar la existencia de discriminación indirecta, el Voto Particular de la sentencia abunda en dos cuestiones, que sin duda pasa por alto el Tribunal Constitucional. La primera de ellas, al igual que apuntó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se basa en el contenido del Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, cuyo art. 5 establece que es necesario promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad. Ciertamente a nuestro juicio no parece que la exigencia de inscripción registral del matrimonio sea una forma de no preservar un elemento esencial de la identidad propia de la etnia gitana, pero sí lo es si tenemos en cuenta la validez de otras fórmulas como la poligamia.

En segundo lugar, el Voto Particular, como es lógico, pone de manifiesto que, conforme a lo establecido en otras sentencias del Tribunal Constitucional, en la valoración de la discriminación indirecta debe atenderse a los datos por la estadística, y en este punto el impacto de la población romaní en el conjunto de la población española es más que evidente. Aporta, en este sentido, varios datos que sustentan el considerable impacto que, desde el punto de vista estadístico, tiene la denegación de los efectos del matrimonio por el rito gitano (suponen en torno al 1.57% de la población española, con un 28% de los miembros de su comunidad con personas casadas por su rito cultural tradicional, frente al 6% de la población general que está unida de hecho de manera informal, y con altos niveles de desempleo de larga duración). Incluso aprecia un sesgo de posible discriminación por motivo de género, atendiendo al dato anteriormente indicado de la gran prevalencia de mujeres beneficiarias de estas pensiones que, incluso, se puede incrementar en la población gitana, como apunta el Voto Particular, habida cuenta de que en el 83% de los casos el sustentando principal de la familia es el varón.

Como conclusiones para reflexionar sobre estas distintas valoraciones del alcance del principio de no discriminación, parece que la argumentación contenida en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ciertamente nos llevaría a indicar que no hay discriminación directa en la denegación de efectos al matrimonio por el rito gitano al ser posible la inscripción registral, en igualdad de condiciones que en cualquier otro caso. Sin embargo, frente a este

criterio, su propia llamada de atención a la necesaria protección de esta minoría, a la que obliga el Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, y los datos estadísticos puestos de manifiesto en el Voto Particular de la sentencia del Tribunal Constitucional, reveladores del impacto cualitativo y cuantitativo que tiene la formal neutralidad de las normas establecidas en la Ley General de Seguridad Social, dan, desde luego, para reflexionar sobre la necesidad de trascender su simple aplicación directa.

Pero cuando ponemos en conexión las argumentaciones del Tribunal Constitucional con el reconocimiento del derecho a pensión en situaciones de poligamia que valida el Tribunal Supremo, es cuando nos parece que se puede estar distorsionando la aplicación del derecho a la no discriminación, probablemente en función de un factor que, desgraciadamente, cada vez preside más la interpretación de las normas, cual es el impacto económico de las mismas. Basta con tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- Tanto en el caso del matrimonio poligámico como en el celebrado por el rito gitano estamos ante matrimonios que no tienen legitimidad conforme a lo previsto en el Código Civil español. Pero hay que tener en cuenta una gran diferencia: que el celebrado por el rito gitano siempre será posible llegar a formalizarlo e inscribirlo, pero no así el poligámico al constituir esta situación un delito penal. Por lo tanto, cuanto el Tribunal afirma que a toda situación no legalmente formalizada se le denegará el derecho a pensión, eso no es cierto.
- Como expresamente afirmó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el matrimonio celebrado por el rito gitano no es contrario al orden público y, sin embargo, si lo es la poligamia por discriminatoria por razón de género. Además, el Convenio de Seguridad Social sobre el que se apoya el reconocimiento del derecho a pensión es de carácter preconstitucional y, por lo tanto, podría ser considerado contrario al orden público.
- La poligamia no es una situación que ya tenga una gran incidencia en países islámicos, pero sí lo es la integración de la población gitana en el territorio español, es decir, en términos estadísticos sí tiene un impacto considerable la denegación de efectos al matrimonio por el rito gitano y, por ende, tiene impacto en una parte no despreciable de la población de sexo femenino. Por lo tanto, no cabe discusión sobre su estatus de minoría que necesita una especial protección y tutela.
- Por último, en el caso de la poligamia para reconocer el derecho a pensión se reinterpreta el contenido de un precepto que es claro, cual es el art. 219.1 de la Ley General de la Seguridad Social, al establecer que tiene derecho, en singular, el cónyuge superviviente. Sin embargo, la posible reinterpretación de otro precepto, cual es el art 221 de la Ley General de la Seguridad Social (al establecer las condiciones de las parejas de hecho), se rechaza para dar validez al matrimonio por el rito gitano, sin que exista una justificación objetiva y proporcionada.

Afirma el Tribunal Constitucional que “incluso cuando se ha optado por dotar de efectos en materia de prestaciones de seguridad social a otras formas de convivencia tampoco es posible apreciar connotaciones de exclusión étnica”. Teniendo en cuenta lo expuesto, esta afirmación

nos resulta particularmente controvertida, pues sí nos parece que hay una preferencia no justificada por la protección de la identidad islámica y las prácticas que les son propias, frente a la de una etnia que, conforme a sus propia identidad, cultura y valores, constituyen matrimonios válidos. Y tan legítimo es proteger la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, en un caso, como el principio de no discriminación por razón de pertenencia a una etnia o raza en el otro, teniendo en cuenta, además, su tangencial impacto en la discriminación por razón de género.

Como razón última de este cuestionable tratamiento diverso de dos formas de convivencia frente a la tutela antidiscriminatoria, vislumbramos, como afirmamos con anterioridad, una motivación de carácter económico pues, si el reconocimiento del derecho a pensión a las distintas viudas en caso de poligamia sólo implica que una única pensión ya reconocida se va a repartir entre todas ellas, en caso de dar validez al matrimonio por el rito gitano se obliga al Sistema al desembolso económico que supone el pago de estas pensiones inicialmente no reconocidas. Lo que debemos plantearnos es si motivaciones vinculadas a la sostenibilidad del sistema de pensiones pueden ser las que deban determinar el mayor o menor alcance de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en nuestro ordenamiento jurídico.

**RECENSIONES**



**APARICIO ALDANA, Rebeca Karina, *Derechos a la libertad de información y expresión en el contrato de trabajo*, J. M. Bosch, Barcelona, 1<sup>a</sup> ed., 2020, 418 páginas**

**DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Politécnica de Cartagena (España)

djamil.kahale@upct.es

 <https://orcid.org/0000-0002-0266-3380>

La obra que nos presenta nuevamente la Dra. Rebeca Karina Aparicio Aldana con el título “Derecho a la libertad de información y expresión en el contrato de trabajo”, editado por JM Bosch, cuenta con el prólogo de José Eduardo López Ahumada, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá y Académico correspondiente de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación.

El estudio aborda con gran profundidad los derechos a la libertad de información y expresión ceñido en el contrato de trabajo; obra novedosa y original, en este sentido. Como bien señala el prologuista “estamos ante derechos fundamentales inespecíficos de la relación de trabajo, que se proyectan en el ámbito laboral con una singular proyección. Son derechos que es preciso interpretar, incorporando las nuevas resoluciones jurisprudenciales, que conforman los límites y las posibilidades de ejercicio de dichos derechos configurados constitucionalmente como libertades públicas”. La Dra. Aparicio Aldana hilera aquellos derechos con una interpretación garantista en la resolución de los conflictos colectivos.

---

Recepción: 14/01/2021

Aceptación: 23/04/2021

Cómo citar este trabajo: KAHALE CARRILLO, Djamil Tony, “APARICIO ALDANA, Rebeca Karina, *Derechos a la libertad de información y expresión en el contrato de trabajo*, J. M. Bosch, Barcelona, 1<sup>a</sup> ed., 2020, 418 páginas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 321-325, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.12>

No es la primera vez que la autora se adentra en este mundo de los derechos a la libertad de información y expresión en el contrato de trabajo, ya antes dio muestra de su maestría en esta materia al publicar su tesis doctoral con el título “Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico laborales”, que defendió en la Universidad Rey Juan Carlos y en el que tuve el honor de juzgar, como vocal, en el tribunal constituido al efecto.

La obra se estructura en ocho capítulos, y, a su vez, cuenta con una introducción, conclusiones y bibliografía. En el primero, aborda el “Derecho a la libertad de información y expresión: estado de la cuestión y diferencias conceptuales”, en el que se distribuye en 2 apartados: I. Estado de la cuestión: Derechos a la libertad de expresión, y II. Delimitación conceptual entre el derecho a la libertad de información y expresión. Este último apartado se subdivide en los siguientes epígrafes: 1. Derecho a la libertad de información; 2. Teoría del desaliento y ejercicio del derecho a la libertad de información; 3. Reportaje neutral; 4. Derecho a la libertad de expresión; 5. El derecho a la libertad de expresión como manifestación de otros derechos fundamentales; 6. Diferencia entre ideas o pensamientos, sentimientos y opiniones, y la exigencia de veracidad en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión; 7. Las opiniones como causa de la dificultad para delimitar los derechos de libertad de información y expresión; 8. Uso de la teoría del elemento preponderante para distinguir el derecho a la libertad de información y de expresión; 9. Teoría del desaliento y derecho a la libertad de expresión; 10. El supuesto conflicto entre el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen; 11. Supuesta posición preferente del derecho a la libertad de expresión e información frente a los derechos al honor, intimidad y a la propia imagen; y, 12. Derecho a la libertad de información y expresión en el ámbito laboral: una visión armonizadora.

Una de las conclusiones más importantes que destaca la Dra. Aparicio es que la “doctrina jurisprudencial española parte de una posición conflictivista cuando se encuentra frente a la supuesta colisión entre los derechos a la libertad de expresión o de información de los trabajadores y los derechos a la intimidad, honor, propia imagen ejercidos por la empresa, por los empresarios o por sus compañeros de trabajo”.

El segundo capítulo, analiza el “Derecho a la libertad de información en el ámbito laboral: Aspectos generales”, que comprende un gran epígrafe titulado “Criterios específicos de ajuste del derecho a la libertad de información en la relación laboral”, que, a su vez, se subdivide en los siguientes cuatro epígrafes: 1. Exigencias de veracidad; 2. Deber de buena fe; 3. Delimitación del concepto de interés general en las relaciones laborales; y, 4. Información de interés de la empresa objeto del derecho de libertad de información de los trabajadores.

Con relación a la “Exigencia de veracidad” la autora llega a la conclusión que aquella hay que estudiarse, por una parte, desde la “prohibición de difundir información falsa”. Por otra, desde la “Teoría del desaliento y ejercicio de la libertad de información en las relaciones laborales”. Bajo este contexto, manifiesta que a consecuencia “al respecto a la dimensión subjetiva del derecho a la libertad de información, el trabajador no tiene derecho a difundir información falsa sobre la empresa (...) Por lo tanto, en la delimitación del derecho a la libertad de información

ha de aplicarse el límite interno de veracidad siendo exigible cierta diligencia en su averiguación que condicione su legitimidad constitucional”.

El tercer capítulo, estudia el “Derecho a la libertad de información en su dimensión de deber de la empresa de informar a los trabajadores y deber de sigilo y reportaje neutral”, que consta de los tres siguientes epígrafes: I. Información de interés para el trabajador; II. Información de interés en las relaciones colectivas de trabajo; y, III. Reportaje neutral en el ejercicio del derecho a la libertad de información en el ámbito laboral.

La conclusión más importante es que los trabajadores “tienen derecho a informar y a pedir información, en el seno de las reuniones y asambleas, sobre las acciones de otros trabajadores que afecten intereses laborales y sobre las actividades que en ejercicio de sus funciones de representación realicen los representantes de los trabajadores. Es inherente a las funciones de representación que los trabajadores representados ejerzan un poder de control sobre las acciones de sus representantes ostentando, además, la facultad de revocarlos en cuanto lo consideren oportuno”.

El cuarto capítulo, aborda el “Derecho a la libertad de información en su dimensión referida al derecho a difundir información sindical”, que cuenta con dos epígrafes: I. Tablón de anuncios, y II. Nuevas tecnologías. Este último lo conforman los siguientes subapartados: 1. Uso sindical del correo electrónico corporativo; 2. La “nube” como medio adecuado de almacenamiento de información sindical; 3. Intranet como tablón de anuncios; 4. Local sindical y su implementación tecnológica.

La profesora Aparicio dispone, en cuanto al tablón de anuncios, que aquel “trata de garantizar a los representantes de los trabajadores un medio de comunicación cercano a sus bases, por ello, independientemente del soporte material del tabón, debe encontrarse en un lugar accesible y apropiado para la difusión; cómodo para la consulta y libre para la colocación de avisos o información que puedan interesar a los afiliados del sindicato y a los trabajadores en general”.

El quinto capítulo, estudia el “Derecho a la libertad de información e información de interés público conocida en el marco de una relación laboral por el trabajador”, que lo componen los siguientes cuatro epígrafes: I. Libertad de información y trabajo en la administración pública; II. Conocimiento del trabajador de cuestiones de interés general sobre el proceso productivo, organizativo o de fabricación de su empleador; III. Directiva (UE) 2019/1937 y la figura del *Whistleblower* en la relación laboral; y, IV. Conocimiento del trabajador de cuestiones de interés vital: Especial referencia al caso del Covid-19.

En cuanto a este último epígrafe la autora señala que “con respecto a esta situación resulta importante tener en cuenta que la información sobre si un trabajador padece o no la enfermedad del Covid-19 es un dato personal de carácter sensible, por lo que debe atenderse a este respecto a la normativa sobre protección de datos personales”.

El sexto capítulo, analiza el “Derecho a la libertad de expresión en el ámbito laboral: cuestiones básicas”, que cuenta con un gran epígrafe “Criterios específicos de ajuste del derecho a la

libertad de expresión en el ámbito laboral”; que, a su vez, se subdivide es dos apartados: 1. Deber de buena fe, y 2. Delimitación del derecho de crítica de los trabajadores. Este último lo compone los siguientes seis epígrafes: 1. Derecho de crítica del trabajador para con el empresario, jefes o compañeros de trabajo; 2. Prohibición de las ofensas; 3. Ofensas de terceros; 4. Deber de respeto a la coexistencialidad pluricultural y social dentro de la empresa; 5. Teoría del desaliento y libertad de expresión en las relaciones laborales; 6. Redes sociales y libertad de expresión.

En cuanto a este último epígrafe la autora manifiesta que “las redes sociales también tienen sus inconvenientes, tanto en el ámbito laboral individual como colectivo, pues muchas de las opiniones o informaciones que en ella se cuelguen, muy posiblemente, puede llegar a ser conocidas por su empleador, si no se tiene la diligencia de establecer las debidas medidas de seguridad para garantizar que lo allí vertido sólo será conocido por un número restringido de personas a quienes se les tiene la confianza suficiente o que lo contenido en el grupo sindical que se forme en internet sólo será accesible a los trabajadores afiliados”.

El capítulo siete, analiza el “Derecho de libertad de expresión en su dimensión de derecho de crítica de los representantes de los trabajadores”, que cuenta con dos epígrafes: I. Derecho de crítica de los representantes de los trabajadores, y II. Ámbito de aplicación del derecho de consulta.

La Dra. Aparicio Aldana indica que “los representantes de los trabajadores tendrán derecho a emitir opinión mediante informe, con carácter precio a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste”, en cuenta a ciertas particularidades como, entre otros, las reestructuraciones de las plantillas.

El octavo capítulo, estudia los “Problemas comunes en la delimitación de los derechos a la libertad de expresión e información en las relaciones laborales”, que consta, a su vez, de dos epígrafes: I. El problema de las opiniones en la distinción de los derechos de libertad de información y expresión, y II. El problema de la ponderación en el supuesto conflicto de derechos de libertad de expresión e información: Una alternativa armonizadora. Este último lo conforma los siguientes dos apartados: 1. El uso de un juicio utilitario entre beneficios y perjuicios para justificar la restricción del derecho a la libertad de expresión o información, y 2. Uso de la teoría de la posición preferente y del elemento preponderante.

La autora dispone que “la ponderación de derechos en sentido estricto utilizada por el conflictivismo para comprobar si una medida es o no restrictiva de un derecho fundamental, se caracteriza por determinar si tal restricción produce más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. De tal forma que, si una determinada comunidad política da prioridad a intereses sociales o colectivos, la restricción de un derecho fundamental estará justificada, pues la merma al derecho fundamental producirá mayores ventajas al interés general”.

Finalmente, la obra presenta nueve grandes conclusiones que el lector interesado en los “Derechos a la libertad de información y expresión en el contrato de trabajo” debe consultar y llegar a sus propias reflexiones.

Se trata, por consecuencia, de una obra de referencia a tener muy en cuenta en el Derecho del Trabajo, especialmente, en los “Derechos a la libertad de información y expresión en el contrato de trabajo” y cuya consulta resulta imprescindible para quien decida conocer de primera mano la comprensión armonizadora de aquellos derechos.



**FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia, *La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral*, La Ley, Madrid, 1<sup>a</sup> ed., 2020, 340 páginas**

**TIAGO PIMENTA FERNANDES\***

Professor Adjunto Convidado

Instituto Politécnico do Porto (Portugal)

[tiagof@upt.pt](mailto:tiagof@upt.pt)

 <https://orcid.org/0000-0002-0954-9521>

Por todo o mundo, a inclusão do doente crónico no mercado de trabalho é cada mais encarada como um passo importantíssimo para que estigmas como o da invalidez e da dependência sejam definitivamente ultrapassados. Em Portugal, estima-se que as doenças crónicas incapacitantes correspondam a cerca de 40% a 45% das doenças registadas. Ainda assim, a trabalhador com doença crónica não beneficia ainda de um estatuto jurídico próprio, sendo em alguns ordenamentos jurídicos destinatário de um regime jurídico similar ao trabalhador portador de deficiência, figura que mereceu indiscutivelmente uma maior atenção por parte do legislador. Na opinião de alguma doutrina, “a divisão entre a noção de doença e deficiência não é clara em muitos casos, nomeadamente quando a pessoa é portadora de uma doença crónica e, por isso, tem limitações funcionais que poderão ser consideradas cobertas pelo conceito de deficiência”<sup>1</sup>.

---

Recepción: 30/03/2021

Aceptación: 23/04/2021

Cómo citar este trabajo: PIMENTA FERNANDES, Tiago, “FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia, *La regulación jurídica de las enfermedades crónicas en el ámbito laboral*, La Ley, Madrid, 1<sup>a</sup> ed., 2020, 340 páginas”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 3, Universidad de Cádiz, 2021, pp. 327-330, DOI: <http://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2021.i3.13>

\* Professor Auxiliar da Universidade Portucalense, Infante D. Henrique.

<sup>1</sup> TERESA COELHO MOREIRA, *Igualdade e não discriminação*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 192.

No ordenamento jurídico português, a criação de um regime laboral específico para os trabalhadores portadores de deficiência, assim como a equiparação da doença crónica à deficiência para efeitos da legislação do trabalho, ocorreu com o início de vigência do Código de Trabalho de 2003. Acresce que o art. 84.º do atual CT prevê princípios similares para os trabalhadores com capacidade de trabalho reduzida. A Constituição da República Portuguesa impõe, desde a sua versão originária, ao Estado nos arts. 59.º, n.º 2, al. c), e 71.º, uma especial proteção dos cidadãos portadores de deficiência. No primeiro normativo legal, a referida proteção é assegurada através da consagração de uma garantia especial do seu direito ao trabalho e, no segundo, reconhecendo ao cidadão portador de deficiência o gozo pleno dos direitos e a sujeição aos deveres consignados na Constituição, prevendo-se, ainda, que o Estado se obriga a realizar uma “política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores”. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA identificam neste preceito um “direito de igualdade, a não serem vítimas de um *capitis deminutio*, não podendo ser privados de direitos, ou ver os seus direitos restringidos por motivo de deficiência, para além daquilo que seja consequência forçosa da deficiência”<sup>2</sup>. Os mesmos autores extraem deste normativo um duplo direito positivo face ao Estado, pois a pessoa portadora de uma deficiência tem, por um lado, um direito ao tratamento e à reabilitação da sua deficiência e, por outro, o direito à proteção do Estado para a efetiva realização dos seus direitos de cidadãos, como seja, o direito à liberdade de deslocação, o direito de voto, o direito ao ensino e o direito ao trabalho<sup>3</sup>. Este duplo direito deverá, quanto a nós, ser também reconhecido por analogia ao cidadão portador de doença crónica, relativamente ao qual ao Estado incumbirá, entre outras, a relevante função de incentivar a proteção no emprego e a devida integração profissional positiva, promovendo a igualdade e a proibição de discriminação no acesso ao mercado de trabalho<sup>4</sup>. De referir, ainda, que o texto constitucional luso admite ainda medidas de discriminação positiva, nos termos do art. 9.º, al. d), ao consagrar a necessidade de o Estado promover “a igualdade real entre os portugueses”. Na área das relações de trabalho, o Código do Trabalho prevê várias normas que visam proteger a posição jurídica do trabalhador com doença crónica, em função das suas características, que acabam, muitas vezes, por diminuir a sua capacidade de trabalho. No contexto da União Europeia, o art. 19.º do TFUE confere à União o direito de adotar medidas adequadas para combater a discriminação em razão da deficiência, entre outros

<sup>2</sup> J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, artigos 1.º a 107.º - Volume I*, 4<sup>a</sup> edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 879.

<sup>3</sup> *Op. cit.*, pp. 879-880.

<sup>4</sup> Ao nível do Código do Trabalho português, assinalamos os artigos 85.º e 86.º, que fazem recair sobre o Estado e o empregador obrigações de adoção de medidas adequadas a promover o acesso ao emprego, a progressão na carreira e a formação profissional de pessoas portadoras de deficiência ou de doença crónica.

motivos, dentro dos limites das suas competências. E, com base nesta competência, o Conselho adotou a Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro, que estabelece um quadro geral da igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional.

Esta interessante obra, da autoria de Silvia Fernández Martínez, insere-se precisamente nesta necessidade atual e pertinente de estudo e definição de um estatuto jurídico do trabalhador portador de doença crónica.

A obra divide-se essencialmente em dois capítulos sendo que, no primeiro capítulo, a autora parte em busca de outras figuras especialmente reguladas no ordenamento jurídico e que se revelam próximas do trabalhador portador de doença crónica – trabalhador com deficiência, trabalhador particularmente sensível aos riscos laborais, trabalhador com incapacidade permanente –, no sentido de apurar se será possível proceder-se a uma equiparação legal entre regimes jurídicos. Ao nível internacional, a autora observa particularmente o modo como a questão da deficiência e da doença crónica no emprego é tratada noutros países, bem como ao nível da União Europeia, dando como assente que a inclusão desses dois grupos de trabalhadores num mesmo regime está longe de ser pacífica ou universal.

Por seu turno, o segundo capítulo direciona-se para uma análise profunda e atenta dos vários direitos e deveres que integram a esfera jurídica concreta do trabalhador com doença crónica. Com efeito, o contrato de trabalho celebrado com este trabalhador apresenta traços específicos, que em nada alteram a forma ou a natureza do vínculo, mas que requerem do empregador a adoção de várias medidas positivas, visando evitar um diferente tratamento do trabalhador em função da sua incapacidade, de modo que o reconhecimento dos elementos produtivos de cada um destes profissionais seja valorizado e apoiado pelos empregadores e pelo Estado. Os aspetos mais característicos do vínculo criado com o trabalhador portador de doença crónica resultam de um conjunto de normas de direito ordinário, mas também por um histórico de diretrizes internacionais que foram surgindo ao longo do tempo. Daí que se revele de extrema importância assegurar o respeito por vários diplomas emanados pela Organização das Nações Unidas, pela União Europeia e pela Organização Internacional do Trabalho, desde o princípio básico da igualdade de direitos das pessoas com doença crónica até a formação profissional e oportunidades de emprego, como a obra bem evidencia. Neste seguimento, a autora realiza uma reflexão essencial acerca das especificidades inerentes à condição destes trabalhadores, no sentido de avaliar o seu impacto na relação de trabalho, por um lado, e de medir o grau de sensibilidade do ordenamento jurídico-laboral para as necessidades de inclusão e integração do trabalhador com doença crónica, por outro.

O segundo capítulo da obra também se divide em duas partes, sendo que, na primeira, a autora debruça-se sobre o direito à saúde, ao trabalho e à não discriminação destes trabalhadores. No que diz respeito ao acesso ao emprego, existem mecanismos que visam a tutela e a promoção da empregabilidade de pessoas portadoras doença crónica, que podem passar por programas e tipos de emprego, que vão de apoios económicos, a

custos salariais mais reduzidos, a apoios para os empregadores poderem dotar o local de trabalho de maior acessibilidade. No plano sensível da proibição da discriminação, a autora destaca a relevante Diretiva n.º 2000/78/CE, do Conselho, de 27 de novembro, que tem por objeto “estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à actividade profissional, com vista a pôr em prática nos Estados-Membros o princípio da igualdade de tratamento”, a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, segundo a qual todos têm direito a igual proteção contra toda a discriminação, e ainda o Convénio n.º 111 da OIT relativo à discriminação em matéria de emprego e ocupação de 1958, e prossegue um desenvolvimento aprofundado da temática na *Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, diploma de referência sobre esta matéria no ordenamento jurídico nacional espanhol.

Numa segunda parte do segundo capítulo, aprofunda-se a matéria dos poderes e das obrigações do empregador, dando particular enfoque à questão da adaptação das condições de trabalho à específica situação do trabalhador. Com efeito, o trabalhador com doença crónica é igual aos demais em matéria de direitos e deveres no acesso ao emprego, formação profissional, evolução na carreira e condições de trabalho, exceto no que especificamente respeite à sua situação, o que obriga a entidade empregadora ao cumprimento de uma série de deveres que têm por objetivo assegurar a plena adaptação deste trabalhador em contexto de trabalho, desde a proteção contra a discriminação à matéria de segurança e saúde no trabalho.

A obra termina com uma pertinente menção às formas de cessação do contrato de trabalho, em particular, ao regime jurídico do despedimento por inaptidão superveniente do trabalhador e do despedimento por ausência ao trabalho, figuras particularmente delicadas e que têm despertado a atenção da jurisprudência de vários países e do próprio Tribunal de Justiça da União Europeia, que a autora tão acertadamente salienta e analisa.

Em tempos de grave crise e de desigualdade social, a insegurança e o perigo de exclusão são ainda infelizmente uma realidade muito presente, alimentada por um fenómeno alarmante de discriminação direta e indireta da mão-de-obra com menor capacidade para o trabalho, que sairá certamente agravado pelo cenário de austeridade que muitos países enfrentam, fruto da pandemia da COVID-19. Por tudo isto, e porque, seja qual for o impacto social de qualquer crise financeira, as estratégias e medidas de recuperação não devem ignorar os princípios da igualdade e não discriminação, não conseguimos pensar em momento mais oportuno para o surgimento desta inovadora obra de excelência, que tão bem elucida o leitor acerca do enquadramento jurídico-laboral aplicável à figura do trabalhador portador de doença crónica, e que melhor ainda responde às questões que este discreto regime legal continua a suscitar no intérprete.



