

CAPÍTULO II

ÓRGANOS CENTRALES DEL MINISTERIO FISCAL

1. FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1.1 Sección de lo Civil

1.1.1 PLANTILLA DE LA SECCIÓN DE LO CIVIL

La reducida plantilla de la Sección Civil, integrada por 8 personas, permanece invariable desde el 9 de abril de 2021, tras la toma de posesión de la Fiscal de Sala Jefe Excmo. Sra. Dña. Pilar Martín Nájera y del Excmo. Sr. D. Adrián Zarzosa Hernández.

El único cambio que ha tenido lugar en 2022 ha sido que el Excmo. Sr. Fiscal del Tribunal Supremo, integrado en la plantilla de la Sección Civil compatibilizando su trabajo en la misma con el de coordinador de protección de datos de la FGE, por Decreto de la Fiscal General del Estado de fecha 4 de julio, dictado en el expediente gubernativo 460/2022, ha sido asignado en exclusiva a la atención de las obligaciones derivadas de su función como Delegado de Protección de Datos con relevación de toda función dentro de la Sección Civil de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

1.1.2 ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN DE LO CIVIL EN EL EJERCICIO DE 2022

1.1.2.1 *Volumen de asuntos despachados*

La tabla recoge las cifras de actividad de la Sección en los diferentes procedimientos en los que tiene intervención.

En relación con el total de informes despachados en 2022, han sido 7.114, lo que constituye una ligera disminución respecto al trabajo despachado en 2021 cuya cifra ascendió a 7.361, descenso especialmente centrado en las cuestiones de competencia y demandas de revisión; no obstante, el incremento es constatable comparando con los 6.308 dictámenes de 2019 y los 5.180 de 2018.

De los recursos de casación que se han informado sobre admisión o estimación, en 100 casos el Ministerio Fiscal ha apoyado, total o parcialmente su admisión o estimación, lo que representa un 2%. En los recursos por infracción procesal, se ha solicitado la admisión o se ha apoyado la estimación en 44 casos, lo que supone un porcentaje superior al 2%, la mayoría basados en falta de motivación.

Analizando la postura del MF con el sentido de la sentencia dictada por el TS, se observa un índice de coincidencia próximo al 88%, que se eleva notablemente en los conflictos de competencia.

1.1.2.2 *Análisis de los asuntos despachados*

ESTADÍSTICA FISCALÍA SECCIÓN CIVIL AÑO 2022 (DICIEMBRE 2021 A NOVIEMBRE DE 2022)

| | |
|------------------------------------|-------|
| Total Sres./Sras. Fiscales | 7.114 |
| Casación | 4.816 |
| Admisión | 23 |
| Inadmisión | 503 |
| Apoyo. | 50 |
| Apoyo parcial. | 2 |
| Dictamen | 4.188 |
| Adhesión | 3 |
| Impugnación | 47 |
| Infracción Procesal | 1.734 |
| Admisión | 19 |
| Inadmisión | 227 |
| Apoyo. | 11 |
| Apoyo parcial. | 12 |
| Dictamen | 1.443 |
| Adhesión | 2 |
| Impugnación | 20 |
| Exequatur | - |
| Revisión | 86 |
| Competencia | 383 |
| Error judicial | 59 |
| Recurso de Queja | 3 |
| Asistencia Jurídica Gratuita. | 6 |
| Laudo | - |

| | |
|---|---|
| Responsabilidad Civil Jueces y Magistrados..... | – |
| Otros..... | 6 |
| Asistencia Vistas | 7 |
| Procedimiento artículo 38 L.O.P.J. | 2 |
| Procedimiento artículo 42 L.O.P.J. | 2 |
| Procedimientos artículo 61 L.O.P.J..... | – |

Entre los asuntos despachados por la Sección, los procedimientos de divorcio y regulación de relaciones paternofiliales o modificación de medidas ocupan el primer lugar, donde principalmente se discute la atribución de la guarda y custodia compartida y sus consecuencias en relación a la pensión de alimentos, la atribución de la vivienda familiar y de forma especial la regulación del régimen de visitas y estancias que tanto afecta al menor y suele ser un punto de fricción entre los progenitores. La custodia compartida se va generalizando y ya supone el sistema establecido en el 43,1% del total de las sentencias dictadas en 2021, últimos datos publicados por el INE.

Contrasta por ello, la escasa regulación de la custodia compartida y sus efectos en nuestro CC, que si fuera más precisa podría reducir la litigiosidad en esta materia.

La nueva regulación del régimen de visitas y de la guarda y custodia y patria potestad establecidas por la Ley Orgánica 8/2021 y la Ley ordinaria 8/2021, está comenzando a tener reflejo en el ámbito casacional como luego se analizará. La STC 106/2022 de 17 de septiembre, ha marcado las directrices al resaltar la ausencia de automatismo para acordar la suspensión del régimen de visitas que requiere valorar todas las circunstancias y atender al interés superior del menor, materia que por su importancia ha sido objeto de tratamiento específico en las jornadas de fiscales delegados de civil realizadas en octubre de 2022.

Otra manifestación del importante cambio que socialmente se está produciendo en la institución familiar y en la filiación, es el incremento de demandas de reclamación de filiación derivadas de técnicas de reproducción asistida, sobre todo en la gestación por subrogación. No obstante ser nula conforme al art. 10.3 LTRHA, está permitida en otros países a los que acuden las personas que desean tener hijos, quienes posteriormente intentan legalizar su situación a través del RC. El TS en 2022 ha dictado la sentencia 277/2022, de 2 de marzo del Pleno rechazando la gestación por subrogación por atentar contra la dignidad de la madre gestante y del hijo, pero la DGRN desde 2010 permite su inscripción si existe una resolución judicial extranjera que

reconozca la filiación. Los diferentes registros y órganos judiciales mantienen posturas diferentes, situación que ya fue puesta de manifiesto en la memoria de 2016 y que urge abordar dado la complejidad de la materia y la implicación del interés superior del menor.

Le siguen en volumen de trabajo, los procedimientos de protección de derechos fundamentales, especialmente el derecho al honor, pero también imagen e intimidad, derechos muchas veces lesionados a través de redes sociales. El incremento de asuntos continúa debido a las reclamaciones de morosos por su inclusión en los archivos de insolvencia patrimonial. La mayoría de estos recursos no responden a una verdadera vulneración del derecho al honor, sino que buscan un resarcimiento económico por cualquier incumplimiento de los requisitos del requerimiento por parte del acreedor antes de proceder a su inclusión en el fichero. La complejidad y litigiosidad provocada ha dado lugar a varias sentencias del Pleno del TS fijando criterios claros y precisos sobre el requerimiento que serán analizadas más tarde y que se espera reduzca el número de recursos.

En materia de consumidores y usuarios, se constata que poco a poco se ha activado nuestra intervención.

Por un lado, se ha impulsado desde esta Sección una mayor relación con los órganos en materia de consumo, para lo cual se ha elaborado un Protocolo entre la FGE, la Dirección de Consumo y el Consejo de Consumidores y Usuarios, firmado por el FGE en el momento de redactar esta Memoria.

En junio se informó la cuestión prejudicial planteada por el TS en el macro juicio de las cláusulas suelo que estaba pendiente únicamente de dictarse sentencia. La Fiscalía se opuso al planteamiento de las cuestiones alegando que el control abstracto de las acciones colectivas era compatible con el control de transparencia pues se basaría en las prácticas estandarizadas de las entidades. También se razonó que el hecho de que se demandara a múltiples entidades acumuladamente no era obstáculo, al basarse en hechos diferentes y separados, para que el concepto de consumidor medio fuera distinto para cada entidad. Y, por último, que los art. 7 de la Directiva 2009/22/CE y 8 de la Directiva 93/13, no impedían el mantenimiento o la adopción por los Estados miembros de disposiciones que tuvieran por objeto garantizar, a escala nacional, una facultad de actuación más amplia a las entidades habilitadas y un mayor grado de protección, y que en este caso el ejercicio acumulado de acciones restitutorias estaba previsto el artículo 12.2 LCGC. El TS ha elevado al TJUE por auto de 29 de junio de 2022 dos cuestiones, una relativa a la interpretación de los art. 4.1 y del 7.3 de la Directiva 93/13/CEE, y la segunda si resulta

compatible con los arts. 4.2 y 7.3 de la Directiva 93/13/CEE, que pueda hacerse un control abstracto de transparencia desde la perspectiva del consumidor medio cuando varias de las ofertas de contratos están dirigidas a diferentes grupos específicos de consumidores.

Ambas cuestiones tienen gran trascendencia en la delimitación del ámbito de ejercicio de las acciones colectivas sobre condiciones generales de la contratación. También tendrá influencia en el concepto de homogeneidad de las acciones que contempla el Anteproyecto de ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

Por otra parte, se ha informado por la Fiscalía a favor de la inadmisión de dos recursos de casación, uno de ADICAE contra Bankia sobre nulidad de emisión de obligaciones de deuda subordinada. El otro era de Bankia contra Asociación de Consumidores y Usuarios Vascos EKA-ACUV sobre CGC por comisión de posiciones deudoras.

Se ha despachado la consulta de la Fiscalía de Pontevedra en relación a la demanda que iba a presentar ejercitando la acción colectiva de cesación por competencia desleal contra Orange por inclusiones sistemáticas e injustificadas de los clientes en registros de morosos.

En otro orden de cosas, se han informado tres cuestiones de prejudicialidad europea en recursos de revisión formulados por Volvo, por una supuesta maquinación fraudulenta de los demandantes al designar, como domicilio de la empresa en la que ser emplazada para contestar la demanda, el de la filial española y no su domicilio social en Suecia. El TS planteaba, en esencia, la duda de si el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea permitía emplazar correctamente a una sociedad matriz en el domicilio de la sociedad filial domiciliada en el Estado en el que se sigue el proceso judicial. El criterio del MF fue no considerar necesario el planteamiento, dado el limitado objeto del procedimiento de revisión reducido a determinar si hubo actuación negligente u ocultación del domicilio de AB Volvo por los entonces demandantes. El TS ha elevado la cuestión y ha suspendido los procedimientos hasta su resolución.

En materia de concursos de acreedores, hay que mencionar la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, *de reforma del texto refundido de la Ley Concursal*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que ha entrado en vigor el 26 de septiembre de 2022 y que elimina la intervención del MF en la pieza de calificación, lo que ha sido objeto de

una valoración muy favorable por parte de los/as fiscales por entender que nuestra legitimación con frecuencia carecía de sentido por lo que la actuación no aportaba demasiado a la resolución del litigio. No obstante, tal reforma aún no ha tenido incidencia en el trabajo de esta Sección, dado los términos en que se han formulado las disposiciones transitorias y el retraso existente en la Sala 1.^a del TS.

Por último, las cuestiones de competencia territorial continúan representando un importante bloque de informes emitidos por la Sección, siendo muy frecuentes cuando se ejercitan acciones acumuladas de nulidad de contrato y nulidad de cláusulas abusivas especialmente derivadas de intereses usurarios o las reclamaciones derivadas de la infracción de las normas de la competencia en el denominado cártel de coches. No obstante, la Circular FGE 1/2022, cada vez es más consultada y eso se refleja en un ligero descenso de los informes emitidos. La reforma de competencias objetivas entre los juzgados de lo mercantil y lo civil llevada a cabo por la LO 7/2022 donde se da nueva redacción al art. 86 ter) LOPJ, también ha producido un aumento notable de los conflictos de competencia.

1.1.2.3 *Recursos de casación interpuestos*

Se han formalizado, previa consulta con la Sección de lo civil, cuatro recursos de casación:

El primero por la Fiscalía de A Coruña contra la SAP de A Coruña articulado en base al interés casacional por infracción del art. 63 y art. 82.1 TRLGDCU, en concreto sobre el derecho de los consumidores a recibir las facturas en formato papel y sobre la legalidad y abusividad de las condiciones que se impugnan utilizadas por las compañías de telefonía móviles demandadas, abusividad mantenida por el MF en su demanda y que fue desestimada por la AP.

Por su parte, la Fiscalía de Gipuzkoa interpone recurso de casación contra la SAP de fecha 10 de mayo de 2022, que estimó el recurso formulado por unos padres contra la resolución de la Administración Pública por considerar que se ha vulnerado el interés superior del menor, con infracción del art. 2 LO 1/1996, y del art. 19 bis) 3 de la Ley 26/2015, al decidir la reagrupación familiar de un menor de 5 años, 4 de los cuales ha estado acogido en una familia ajena junto a su hermana, produciéndose la separación de ambos hermanos con retorno a la familia biológica que se encuentra separada e inmersa en una situación de violencia de género, cuya madre presenta limitaciones notables como refleja el informe psicosocial.

Los otros dos recursos han sido formulados por la Fiscalía de Cádiz y de Álava frente a sentencias de las respectivas AP relativas a la provisión de medidas de apoyo para personas con capacidad necesitada de protección, por entender que se ha infringido la novedosa Ley 8/2021 de 4 de junio, que no serán comentados al hacer referencia a materia de otra Unidad especializada, sin perjuicio de referir que esta Sección ha prestado su apoyo y colaboración en la formulación de los mismos.

1.1.3 OTRAS ACTIVIDADES DE LA SECCIÓN CIVIL

1.1.3.1 *Anteproyectos de ley informados*

Un aspecto diferente del trabajo que realiza diariamente esta Sección está constituido por los informes a los textos de Anteproyectos de ley de los que se nos ha dado traslado conforme a lo dispuesto en la Instrucción FGE 1/2015 de 13 de julio, relativa a los Fiscales de Sala coordinadores y los Fiscales delegados, y que fueron remitidos a la Fiscalía General del Estado a tenor del art. 14.1 j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

En el periodo analizado se han realizado 4 informes:

El primero relativo al Anteproyecto que regula el procedimiento de evaluación de la edad y al Anteproyecto de ley orgánica complementaria de la ley que regula el procedimiento de evaluación de la edad, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

El segundo Anteproyecto informado, se refiere a la modificación de la LO 1/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, analizando concretamente las medidas para prevenir la eliminación de la publicidad que tenga por objeto la mercantilización de la salud reproductiva y concretamente la promoción comercial de la gestación por sustitución.

El tercero, se refiere a la creación de la figura de la autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero, que supone la trasposición de la directiva de la UE, informando sólo en aquellos aspectos que puedan incidir en el ejercicio de acciones por parte de los consumidores.

El cuarto y último, aborda la adaptación y desarrollo de la Ley 54/2007 de adopción internacional en lo relativo a la actuación de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas en la fase administrativa

1.1.3.2 *Intervención de la Sección de lo Civil como punto de contacto de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil EJN*

La comunicación entre la EJN y los puntos de contacto, incluido el que radica en esta Sección civil, es constante. La preparación y revisión de las reuniones se realiza de manera fluida a través del correo electrónico.

En los 6 encuentros que han tenido lugar durante el año 2022, han sido objeto de debate, temas como: los trabajos en la mejora, funcionamiento y visibilidad del portal e-Justicia; el uso y funcionamiento de IMI (*Internal Market Information*, sistema obligatorio de intercambio de información entre autoridades competentes en materia de mercado interior, desarrollada por la Comisión Europea), sistema del que forma parte el punto de contacto de la Fiscalía; Se analizó la manera de simplificar y facilitar su uso; la formación para los nuevos puntos de contacto; las iniciativas legislativas; presentación de las novedades en la jurisprudencia del TJUE; proyectos de digitalización en la cooperación internacional civil y la posibilidad o conveniencia de la asistencia de Reino Unido a determinadas reuniones de la EJN, siendo la respuesta positiva.

En estas reuniones ha sido objeto de especial tratamiento la situación provocada por la guerra en Ucrania y la repercusión sobre los menores ucranianos. La EJN ha elaborado una ficha informativa sobre «los menores privados de su entorno familiar debido a la agresión militar de Rusia contra Ucrania: instrumentos europeos e internacionales aplicables en asuntos civiles transfronterizos». Dicha ficha aborda la problemática sobre competencia, derecho aplicable, la cooperación entre autoridades centrales y apoyo que la EJN puede prestar en esta materia a través de los puntos de contacto.

Cabe destacar la aplicación y entrada en vigor a partir del 1 de agosto de 2022 de dos importantes instrumentos refundidos:

A) Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, versión refundida, conocido como Reglamento Bruselas II ter. Este Reglamento se aplica a partir del 1 de agosto de 2022, a excepción de los artículos 92, 93 y 103, que fueron aplicables a partir de 22 de julio de 2019.

B) Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos»), versión refundida.

1.1.3.3 *Participación en la formación de fiscales*

Los integrantes de la Sección asumen el bloque de derecho civil en la formación inicial de los nuevos integrantes de la carrera fiscal. También se participa de forma activa en la formación continuada, colaborando con el diseño general y en la programación de los cursos específicos en materia civil, ya sea dirigiendo o impartiendo ponencias.

1.1.3.4 *Participación en los trabajos llevados a cabo por la Comisión de familia del CGPJ*

Esta Comisión, presidida por la Presidenta de la Comisión de igualdad e integrada por magistradas/os, abogadas/os, catedráticas, miembros de los equipos técnicos y fiscalía, ha estado trabajado en sesiones quincenales a lo largo del año en la elaboración de una guía de actuación en materia de derecho de familia aún no finalizada y un documento para promover la constitución de los juzgados especializados en familia.

1.1.4 ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS MÁS RELEVANTES DICTADAS POR EL TS Y POSTURA MANTENIDA POR LA FISCALÍA DEL TS

Como ya se ha reflejado en el apartado estadístico, existe una importante sintonía con la Sala 1.^a en los supuestos en que el MF apoya la admisión o la estimación de todos o algunos de los motivos articulados tanto en el recurso de casación como en el extraordinario por infracción procesal.

En general se trata de supuestos donde se plantean cuestiones resueltas de forma diversa por los diferentes órganos judiciales que requieren unificar criterios, o en los que está comprometido el interés superior del menor y que en opinión del MF en atención a las circunstancias concurrentes no se ha valorado correctamente, o en asuntos

novedosos en los que aún no existe jurisprudencia consolidada. Así podemos mencionar atendiendo a la materia:

1. PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR:

A) En relación con los ficheros de morosos, desde la Sección Civil de la Fiscalía se ha tratado de introducir criterios tendentes a reforzar la seguridad jurídica. Entendemos se ha producido un avance en este sentido con resoluciones como la STS núm. 960/2022, de 21 de diciembre (Pleno), en la que se llega a las siguientes conclusiones:

1. El requisito del requerimiento previo de pago establecido en el art. 38.1.c del Reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007 sigue siendo exigible tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, que no ha derogado aquel precepto reglamentario puesto que no existe incompatibilidad entre uno y otro. Pero ya no es indispensable que en ese requerimiento se advierta al deudor de la posibilidad de comunicar sus datos al fichero de morosos si tal advertencia se ha hecho al celebrar el contrato.

2. Se reitera el enfoque funcional del requerimiento, potenciado su valoración en conexión con los fines que le atribuye la ley, lo que explica la diferencia de significación que se asigna a su omisión o práctica defectuosa en función de las circunstancias concretas de la deuda y la sorpresa para el interesado por la inclusión de sus datos en el fichero, y, por lo tanto, la casuística generada a la hora de determinar su relevancia de cara a la apreciación de la intromisión ilegítima en el derecho al honor, cuya concurrencia, pese a los defectos o falta del requerimiento en algunos casos, no siempre se ha declarado.

3. Solo pueden ser objeto del recurso de casación las cuestiones relativas a los criterios jurídicos aplicables al cumplimiento de dicho requisito, entre ellos, su carácter recepticio, puesto que el requerimiento no se puede considerar eficaz, atendida su finalidad, por el simple hecho de su emisión.

B) Particular interés presenta la STS núm. 959/2022, de 21 de diciembre (Pleno) en la que se declara que la doctrina sobre el carácter recepticio del requerimiento previo de pago no exige la fehaciencia de su recepción, que se puede considerar fijada a través de las presunciones siempre que exista garantía o constancia razonable de ella. Se entiende suficiente la remisión de la comunicación, aunque forme parte de un envío masivo a través del servicio postal, cuando no se ha modificado el domicilio y no hay constancia de la devolución «puesto que dicha circunstancia, igual que si se hubiera presentado de forma independiente e individual, no impide su puesta a disposición del ser-

vicio postal de correos, que opera un número ingente de comunicaciones y que no puede denegar su admisión (documentada en los autos con los albaranes de entrega) por el mero hecho de formar parte de una remesa masiva de envíos que le son confiados por el remitente para la realización de un proceso postal integral (clasificación, transporte, distribución y entrega) que debe garantizar de manera efectiva los derechos de los usuarios y del que, una vez producida la recepción, se hace responsable, conforme a lo dispuesto por el art. 3.12.b) de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, *del servicio postal universal*, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

C) Un caso interesante, desde el punto de vista de la creación artística fue el resuelto por la STS núm. 577/2022, de 19 de julio: se trataba de un procedimiento seguido contra el único integrante vivo del grupo de rock andaluz Triana, por unas expresiones críticas emitidas por este contra unos músicos ajenos a la banda original que se presentaban ante el público bajo el nombre del grupo. La posición del Ministerio Fiscal fue la de considerar que «nos encontramos ante expresiones críticas, acerbas, molestas y desagradables para quien las recibe pero amparadas por la libertad de expresión e información por cuanto: i) no se trata de insultos dirigidos a denostar personalmente a los demandantes sino a atacar una concreta faceta de la actividad desplegada por los mismos en relación con la utilización mercantil del nombre “Triana”; ii) no se individualiza a los destinatarios de las expresiones, sino por su pertenencia a ese nuevo grupo; iii) las expresiones están conectadas con las ideas que se pretenden transmitir (la improcedencia de utilizar el nombre del mítico grupo cuando ninguno de sus miembros originales participa); iv) las expresiones se profieren en un contexto de enfrentamiento v) las expresiones, debidamente contextualizadas, carecen de entidad ofensiva suficiente; vi) el mensaje versa sobre un asunto de relevancia y de interés público y vii) el mensaje –en su dimensión informativa– supera el canon de veracidad. El TS asumió la línea argumental expuesta y declaró que «es una crítica dura, pero si tenemos en cuenta el carácter público que supone publicitarse y presentarse al público como legítimos sucesores del mítico grupo de rock andaluz “Triana”, están obligados a sufrirla, máxime cuando proviene del único miembro superviviente de aquel grupo originario y va dirigida en general a quienes forman parte de este grupo y por el hecho de presentarse como lo hacen. De tal forma que la eventual afectación del honor del demandante [...], en cuanto uno de los que forma parte de este grupo, no alcanza una intensidad suficiente para ser considerada como una vulneración ilegítima del derecho fundamental al honor».

2. FAMILIA:

2.1 Custodia compartida y derecho de visitas cuando existe violencia de género o doméstica.

En primer lugar es preciso citar la STC, Pleno 106/2022 dando respuesta al recurso de inconstitucionalidad formulado y que en relación con el art. 94.4 CC, cuya constitucionalidad avala la sentencia, hace especial incidencia en que la reforma no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, pues atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal por razones fundadas en el interés superior del menor.

En esta materia es de interés analizar la STS 625/22, de 26 de septiembre, donde se debate la aplicación del art. 94 CC y la suspensión del régimen de visitas entre padre e hija atendiendo al interés superior de la menor.

La Audiencia fijó unas visitas tuteladas de muy escasa duración (una hora y media dos días a la semana) en el PEF en atención a las graves circunstancias que concurrían en el demandado. Esta sentencia es anterior a la entrada en vigor de la reforma del art. 94 CC.

Recurrida en casación por la madre, la Fiscalía interesó la estimación del recurso, al entender que el interés de la menor exige la suspensión del régimen de visitas del padre con la hija, atendiendo a las circunstancias concurrentes: a) los antecedentes penales del progenitor por reiterados delitos de violencia de género, estando en vigor la pena de prohibición de aproximación y comunicación con la madre de la menor impuesta en el segundo de los procedimientos; b) el carácter agresivo e impulsivo del padre, del que se desconoce si sigue el tratamiento farmacológico que le fue pautado y del que existen antecedentes de seguimiento irregular, con reacciones desproporcionadas por su parte cuando no está medicado; c) la incapacidad para proporcionar a su hija los recursos emocionales, cognitivos y conductuales necesarios; d) el rechazo que muestra hacía la madre de la menor, a la que responsabiliza de su ingreso en prisión; e) la limitada relación habida entre padre e hija desde que esta nació y el escaso interés del padre por reanudar dicho contacto; f) la corta edad de la menor, su indefensión; g) el rechazo del progenitor a seguir un régimen de visitas supervisado en el PEF.

La Sala Primera, tras recalcar la trascendencia jurídica del régimen de comunicación entre padres e hijos, reitera la doctrina jurisprudencial

dencial relativa a que la prevalencia del interés superior del menor puede justificar la limitación y suspensión del régimen de comunicación entre padres e hijos cuando concurren circunstancias que justifiquen tal restricción.

Recuerda que la Resolución de 6 de octubre de 2021 del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y derecho de custodia de mujeres y los niños, subraya en su apartado i) «que toda forma de violencia incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada ha de ser considerada tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de derechos humanos y acto contra el interés superior del menor».

Y compartiendo íntegramente el criterio del MF, casó la sentencia y acordó la suspensión del régimen de comunicación establecido en atención a: (i) los episodios reiterados de violencia de género en los que incurrió el demandado; (ii) las características patológicas de la personalidad del demandado y las correlativas dificultades de control de impulsos y su reticencia a los tratamientos; (iii) el desinterés parental con respecto a la menor de suerte que no concurren, en este caso, lazos afectivos y de apego seguro entre padre e hija, y (iv) la falta de madurez de la niña para asumir los contactos programados con su progenitor.

No obstante, siguen presentándose casos límite que suscitan dudas importantes no sólo en cuanto a las visitas sino también en lo relativo a la determinación del régimen de guarda y custodia, siendo difícil coherencia el texto legal con el interés superior del menor atendiendo a todas las circunstancias concurrentes.

Por ello, es importante detenerse en el Recurso de casación 8870/21 que ha provocado el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. En este supuesto tanto el juzgado como la Audiencia establecieron el régimen de guarda y custodia compartida respecto al hijo común por ser lo más beneficioso para el mismo en atención al amplio y detallado informe pericial del equipo psicosocial, si bien la AP dicta auto de aclaración de la sentencia donde refiere que el auto de archivo de las actuaciones penales dictado por el JVM ha sido revocado por otro auto dictado por la AP. Por ello la madre recurre en casación por considerar que la SAP vulnera la doctrina del TS respecto al art. 92.7 CC, aportándose auto del JVM por el que se transforman las DP en PA por un delito de malos tratos del art. 153.1 CP.

El Ministerio Fiscal en base al art. 92.7 CC consideró que debía estimarse el recurso de casación y, en consecuencia otorgar la custodia a la madre.

El Tribunal Supremo, al constatar que el niño seguía el régimen de custodia compartida sin incidentes desde 2020, manteniendo una vinculación afectiva muy buena con ambos progenitores y siendo el acto de violencia contra la madre puntual y leve, da un nuevo traslado a las partes para cuestionar si se considera pertinente o no plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre posible contradicción entre el art. 92.7 CC y el art. 10.1 y 39 CE y art. 8 CEDH, en cuanto la redacción taxativa del art. 92.7 CC impide la valoración de las concretas circunstancias concurrentes y del interés del menor como bien constitucional y de orden público. El MF informó en el sentido de estimarla aconsejable a fin de flexibilizar su interpretación y dar entrada a la posibilidad de resolver primando el interés superior del menor en atención a las circunstancias concurrentes y la Sala 1.ª TS elevó cuestión de inconstitucionalidad mediante auto de fecha 11 de enero de 2023, por considerar que la redacción del art. 92.7 supone una injerencia no debidamente justificada en el derecho a la vida privada del art. 8 CEDH y podría colisionar con el interés superior del menor, al no prever otras opciones ni ponderar las circunstancias concurrentes, como si lo hace el art. 94 CC. El TS ha suspendido la deliberación de otro recurso 461/2022 donde el debate se plantea en términos similares, hasta que se resuelva la cuestión.

También al art. 92.7 CC se refiere la STS 228/22, de 28 de marzo. En el presente caso el padre fue condenado a una pena de 10 días de localización permanente por un delito de vejación injusta. La ejecutoria penal se archivó con posterioridad a la sentencia de primera instancia, pero antes de que se dictase la sentencia de apelación, que revoca la de instancia y concede la custodia compartida. El TS declara que «dado que de acuerdo con el art. 136 del Código Penal procede la cancelación de los antecedentes delictivos a los seis meses, debemos concluir que no es computable la condena como óbice para el establecimiento de la custodia compartida, al no estar incurso el progenitor en una condena penal, por lo que cuando la Audiencia Provincial fijó el sistema de custodia compartida, no infringió el art. 92.7 del C. Civil».

2.2 Filiación.

Presenta especial interés la STS 790/2022 de 17 de noviembre, que aborda el alcance y los límites de la cosa juzgada.

La acción ejercitada por el hijo reclamando la filiación paterna no matrimonial fue rechazada en primera y segunda instancia, sin entrar en el fondo por estimar la excepción de cosa juzgada conforme al art. 222 CC, que determina que «excluirá, conforme a la ley, un ulte-

rior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo», al haber sido ya reclamada por la madre en nombre del hijo de corta edad y desestimada.

Recurre en casación el demandante formulando también recurso extraordinario por infracción procesal.

El MF apoya el recurso por estimar que debe ponderarse el derecho del demandante a conocer quién es un padre biológico con las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, atendiendo a las circunstancias concurrentes y conforme a la doctrina TEDH y TC.

El TS estima el recurso y acepta la argumentación del MF señalando que el principio de seguridad jurídica no es absoluto cuando se encuentran en juego otros intereses relevantes, conforme a la doctrina del TEDH y TC, y recuerda que ya la sentencia del Pleno 461/2020, se pronunció en el sentido de considerar que la eficacia de las sentencias alcanza connotaciones propias en los procesos de filiación, que exigen proteger el interés del hijo y salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas, de modo que, según las circunstancias, puede no ser arbitrario otorgar más peso al interés del hijo a obtener la verificación de un dato biológico que al interés del progenitor (entre las más recientes, STEDH, sec. 1.^a, caso B. contra Polonia, de 21 de mayo de 2018).

Concluye que en este caso no juega la cosa juzgada y en el juicio de proporcionalidad entre la seguridad jurídica, de la que es manifestación la cosa juzgada, y el derecho del actor al ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, que le corresponde conforme al art. 133.1 del CC, ha de prevalecer este último en atención a las especiales circunstancias concurrentes, derivadas de que el derecho a la tutela judicial efectiva no fue debidamente satisfecho durante la minoría de edad del demandante en el primer proceso seguido para determinar su filiación, al no activarse todos los resortes para garantizarlo y no recurrir la sentencia, de manera que esa primera sentencia no se puede reputar como antecedente necesario para obviar el ulterior ejercicio de la presente acción por el actor, alcanzada su mayoría de edad, consideraciones, resalta, no extrapolables a otros casos distintos.

En esta materia alcanzan especial interés y actualidad los diferentes pronunciamientos del TS sobre reclamación de maternidad derivada de técnicas de reproducción asistida y en base a la posesión de estado, en que se ha analizado con detalle el consentimiento prestado, la existencia de matrimonio, la estabilidad en la situación de hecho y el interés superior del menor como contrapeso y criterio preferente, sin que en ninguno de los casos que analizaremos a continuación se haya aceptado la determinación de la filiación.

La STS 45/2022, de 27 de enero, pone de relieve la necesidad de una profunda revisión de conjunto del sistema legal de filiación en la que tenga encaje de manera adecuada todas estas realidades y en especial, la derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, tanto por lo que se refiere a la determinación extrajudicial como a las acciones judiciales de reclamación e impugnación, que hoy se ha quedado obsoleta.

El supuesto analizado se refiere a dos mujeres que mantuvieron una relación de pareja y suscribieron en 2014 un documento de consentimiento informado de inseminación artificial con semen de donante, dando a luz un niño que fue inscrito sólo como hijo de la madre biológica y con sus apellidos. Unos meses después contraen matrimonio y a finales de 2015 se produce la ruptura de la pareja, dictándose en 2016 sentencia de divorcio instada por la madre biológica donde consta que no hubo descendencia en común y la madre comitente no compareció, formulando dos años más tarde demanda reclamando la filiación extramatrimonial del niño, que fue estimada en primera instancia y en apelación. Sin embargo, el TS estima el recurso de la madre biológica, en base a que siendo el consentimiento de la esposa de la madre esencial en la determinación extrajudicial de una doble maternidad en el ámbito de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, no es suficiente en una acción de reclamación de filiación por posesión de estado, atendiendo al escaso tiempo de convivencia con el menor y la actitud posterior de la reclamante.

Rechaza el argumento de que siempre el superior interés del menor queda tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de la demanda, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recaiga en dos personas, sino que requiere analizar cada caso y en el presente considera que la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el niño, que desde hace años es cuidado exclusivamente por su madre, no reporta beneficio alguno para el menor.

En el mismo sentido se pronuncia la STS 558/2022, de 11 de julio, en un caso en que se solicita que se declare que la demandante es la madre no biológica del menor nacido de quien era en aquel momento su pareja, quien quedó embarazada mediante un tratamiento de inseminación artificial con semen de donante anónimo. La demandante no aportó material genético ni prestó su consentimiento a la fecundación, rompiéndose la relación de pareja a los 8 meses del nacimiento, manteniendo desde entonces relaciones esporádicas. La sentencia de primera instancia desestima la demanda que, sin embargo, fue estimada

por la Audiencia. El MF solicitó la estimación del recurso oponiéndose al reconocimiento de la filiación por considerar que ningún beneficio supondría para el menor, al no estar de acuerdo con la misma.

El TS revoca y desestima la demanda en síntesis porque la demandante no solo no consintió la inseminación ni realizó intento alguno de que posteriormente quedara determinada la filiación por las vías legales disponibles (alegando que no era posible porque todavía estaba casada con una pareja anterior o que la adopción era muy cara), sino que no ha asumido gastos del menor. Reitera que no siempre se puede afirmar que el interés del menor quedé mejor tutelado por el hecho de que asuman las funciones de la patria potestad dos personas, máxime en este caso en que no resulta de una constante relación de maternidad vivida, sino que además es contraria a la voluntad, los deseos, sentimientos y opiniones de un menor ya adolescente.

Donde se plantean los mayores problemas es en el abordaje de las filiaciones que tienen como base la gestación por sustitución, que analiza la STS de Pleno 277/2022 de 2 de marzo, dando respuesta a un recurso formulado por la Fiscalía, que estima en su integridad. Se reclama la filiación de un menor nacido en México fruto de una gestación por sustitución, filiación materna que le fue reconocida por la Audiencia ordenando la correspondiente inscripción en el registro, resolución que fue recurrida por el MF. La Sala comienza señalando que la gestación por sustitución comercial vulnera los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Advierte que el derecho a la protección de la vida familiar que reconoce el art. 8 del CEDH no protege el simple derecho o deseo de fundar una familia. Si el menor tiene relaciones familiares *de facto* con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial en su favor, la solución que haya de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En cuanto a la protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución considera que el instrumento adecuado es el de la adopción.

2.3 Apellidos.

Innovadora ha sido la STS 795/2022, de 21 de noviembre, en relación con la demanda formulada por una mujer contra la resolución del Ministerio de Justicia que denegó el cambio de apellidos solicitado, consistente en la supresión de los apellidos paternos y la consiguiente

rectificación registral petición que se apoya en el art. 58 LRC por concurrir circunstancias excepcionales, en particular el abandono de su padre cuando tenía 5 años y la vivencia emocional negativa con el apellido paterno.

Tanto en primera como en segunda instancia se niega el cambio de apellidos por considerar que las circunstancias alegadas no son de suficiente entidad para acordar la supresión del apellido paterno en base al art. 58 LRC. La demandante formula recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que fue apoyado por el MF por considerar que el abandono del padre, con incumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la relación de paternidad, la ruptura total de las relaciones paternofiliales y la ausencia de conocimiento y contacto con la familia paterna, causó un grave daño psicológico a la demandada desarrollando un importante rechazo hacia la utilización del apellido paterno debidamente acreditado a través de informes periciales, de manera que ya era conocida en su vida normal con los apellidos maternos, todo lo cual constituye causa excepcional para permitir el cambio de apellidos, suprimiendo el apellido paterno.

El TS, asume esta misma tesis considerando excepcional el abandono de un padre a su hija de corta edad, con ruptura de cualquier relación y tampoco es habitual que esta situación produzca una repercusión psicológica tan negativa como reflejan los informes psicológicos aportados que señalan los efectos que produce en su equilibrio psicológico, que la tiene atrapada y por ello usa en su vida social lo apellidos maternos, y, en consecuencia, valora como proporcionada la medida postulada de usar los apellidos maternos, teniendo en cuenta que no afecta a derechos de terceros.

2.4 Medidas de apoyo para personas con la capacidad modificada.

En esta materia se impone citar la STS 964/22, de 21 de diciembre, que sin embargo no comentaremos por referirse a una materia propia de otra Unidad especializada de la Fiscalía General del Estado.