

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 244 | Mayo 2021

ISSN: 2697-1631

La infrarrepresentación femenina en el gobierno corporativo

María José Puyalto Franco

Alarma y tutela judicial

Eduardo Sánchez Álvarez

Libertad de expresión y delito

Wendy Pena González

El derecho preconcursal en el Real Decreto legislativo 1/2020

César Gilo Gómez



CURSOS TELEPRESENCIALES

MAYO-JUNIO 2021

+ ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS

- Metodologías ágiles para la gestión de proyectos
- Power BI
- Excel aplicado a la gestión financiera y empresarial

+ CONTABILIDAD Y FINANZAS

- Gestión del patrimonio inmobiliario
- Intensivo de contabilidad
- Intensivo en análisis de estados financieros
- Gestión de costes y control del resultado interno
- Intensivo sobre bolsa y mercados financieros
- Visual basic para Excel
- Gestión contable y fiscal con A3 software
- Excel aplicado a la gestión financiera y empresarial

+ JURÍDICA

- Experto en mediación: civil y mercantil
- Concurso de personas físicas y autónomos. La exoneración del pasivo insatisfecho
- Intensivo sobre derecho concursal
- Intensivo sobre cuándo cerrar tu empresa con el menor coste posible

+ MARKETING Y VENTAS

- SEO y SEM: marketing en buscadores
- Analítica web y redes sociales

+ LABORAL Y RECURSOS HUMANOS

- Intensivo sobre gestión de nóminas
- Intensivo sobre valoración de puestos, registro y auditoría retributiva
- Intensivo sobre despidos
- Intensivo sobre negociación colectiva
- Intensivo sobre derecho laboral
- Intensivo sobre gestión de políticas retributivas
- Intensivo sobre gestión de equipos de teletrabajo

+ TRIBUTACIÓN

- Consolidación fiscal
- Intensivo sobre operaciones vinculadas y precios de transferencia
- Intensivo gestión fiscal de patrimonios
- Prorrata general, especial y la regularización de bienes de inversión en el IVA
- Suministro inmediato de información y facturación
- Intensivo sobre el convenio para evitar la doble imposición con China y sobre aspectos aduaneros del comercio con China
- Intensivo sobre el impuesto de sociedades

PLAZAS LIMITADAS

MATRICÚLATE

Revista CEFLegal

Núm. 244 | Mayo 2021

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

Francisco Javier Arias Varona. Profesor titular de Derecho Mercantil. URJC

Javier Avilés García. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Catedrático de Derecho Civil. UAM y director de Bercovitz-Carvajal

María Isabel Candelario Macías. Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Íciar Cordero Cutillas. Profesora titular de Derecho Civil. Universidad Jaume I

Fernando Díez Estella. Profesor titular acreditado de Derecho Mercantil. Universidad Villanueva

Gabriel Domenech Pascual. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

Antonio Fernández de Buján y Fernández. Catedrático de Derecho Privado, Social y Económico. UAM

Paula Fernández Ramallo. Abogada en Eric & Fernández Abogados de La Coruña

Rafael Fernández Valverde. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Susana García Couso. Letrada del Tribunal Constitucional y profesora de Derecho Constitucional. URJC

Íñigo del Guayo Castiella. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería

Ximena Lazo Vitoria. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Carlos Lema Devesa. Socio director de Estudio Jurídico Lema y catedrático de Derecho Mercantil. UCM

Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF y consejera de Gómez Acebo y Pombo

Luis Medina Alcoz. Profesor titular de Derecho Administrativo y letrado del Tribunal Constitucional

Eva María Menéndez Sebastián. Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

Carlos Francisco Molina del Pozo. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Francisco Monterde Ferrer. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Vicente Moret Millás. Letrado de las Cortes Generales y Of counsel en Andersen Tax & Legal

José María Segovia Cañadas. Socio de Uría y Menéndez

Antonio Serrano Acitores. CEO de Spartanhack, abogado y doctor en Derecho

Camino Vidal Fueyo. Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Burgos y letrada del TC

Edita

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es



Revista CEFLegal

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2021) (11 números) 165 € en papel / 90 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista CEFLegal*. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición digital: www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Imprime

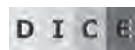
Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Revista CEFLegal

ISSN: 2697-1631
ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

- La infrarrepresentación femenina en el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas españolas: una aproximación holística 5-50
The female underrepresentation in the corporate governance of the Spanish listed companies: a holistic approach
María José Puyalto Franco

Constitucional-administrativo

- Tutela judicial efectiva y estado de alarma para hacer frente a la covid-19 51-88
Due process of law and state of alarm to tackle covid-19
Eduardo Sánchez Álvarez
- Libertad de expresión y delito: cuestiones de actualidad 89-126
Freedom of expression and criminal offences: current issues
Wendy Pena González
- La importancia del derecho preconcursal en el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal 127-140
The importance of pre-bankruptcy law in the Royal Legislative Decree 1/2020, of May 5, which approves the consolidated text of the insolvency law
César Giló Gómez

Casos prácticos

Civil

<i>Rebus sic stantibus</i> versus Real Decreto-ley 15/2020 Adelaida Medrano Aranguren	141-150
La protección de la infancia como límite a las libertades de expresión y de información Casto Páramo de Santiago	151-156
Transparencia e información en la contratación de productos financieros José Ignacio Esquivias Jaramillo	157-166

Administrativo

Dominio público marítimo terrestre y posible enajenación de finca de dominio público Julio Galán Cáceres	167-190
Normas de publicación	191-192

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina administrativa de la DGRN. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.civil-mercantil.com>



La infrarrepresentación femenina en el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas españolas: una aproximación holística

María José Puyalto Franco

Profesora de Derecho Mercantil.

Universitat de Lleida

mariajose.puyalto@udl.cat | <https://orcid.org/0000-0001-6858-416X>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Iciar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Extracto

Este trabajo pretende ofrecer una aproximación holística para interpretar adecuadamente el fenómeno de la infrarrepresentación femenina en el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas españolas. Ello requiere, por un lado, la revisión del variado elenco de normas legales y reglamentarias y normas de autorregulación que, desde diferentes perspectivas, articulan los instrumentos jurídicos para promover la igualdad en el contexto citado. Por otro, una valoración de dichos instrumentos a la luz de las aportaciones efectuadas por las ciencias sociales y los *practitioners*, para intentar dilucidar aquellos aspectos que han sido soslayados o simplemente inadvertidos por quienes los formulan. En este sentido se constata que, al margen de la introducción de las reformas normativas necesarias para dotar a dichos instrumentos de mayor robustez y coherencia, es imprescindible un firme compromiso del consejo de administración y la alta dirección para promover un cambio de cultura corporativa que favorezca la igualdad de género en todos los niveles de la empresa.

Palabras clave: gobierno corporativo; sociedades cotizadas; igualdad de género; responsabilidad social corporativa.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Puyalto Franco, M.^a J. (2021). La infrarrepresentación femenina en el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas españolas: una aproximación holística. *Revista CEFLegal*, 244, 5-50.



The female underrepresentation in the corporate governance of the Spanish listed companies: a holistic approach

María José Puyalto Franco

Abstract

The current work provides a holistic approach to adequately interpret the phenomenon of the female underrepresentation in the corporate governance of the Spanish listed companies. This aim requires, on the one hand, the review of the wide catalogue of legal norms and regulations as well as self-regulatory standards, that from different perspectives draft the legal instruments to promote the equality in the examined context. On the other hand, it is needed the assessment of these instruments, taking into consideration the contributions of the social science researchers and the practitioners, so as to tackle those aspects that have been eluded or simply neglected. As a consequence, it could be stated, that aside from the introduction of regulatory reforms to provide a greater fortitude and coherence of these instruments, it is indispensable a firm compromise of the Board of Directors and the Senior Management to promote a change of the corporate culture that could encourage the gender equality at every level of the company.

Keywords: corporate governance; listed companies; gender equality; corporate social responsibility.

Citation: Puyalto Franco, M.^a J. (2021). La infrarrepresentación femenina en el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas españolas: una aproximación holística. *Revista CEFLegal*, 244, 5-55.



Sumario

1. Planteamiento y propósito de este trabajo
 2. El enfoque de la igualdad de género en el marco jurídico del gobierno corporativo
 - 2.1. La diversidad como estrategia para favorecer la igualdad de género en los consejos de administración
 - 2.2. La diversidad de género en los códigos de buen gobierno españoles
 - 2.3. La diversidad de género en la Ley de sociedades de capital
 3. El enfoque de la igualdad de género en el marco de la responsabilidad social corporativa
 - 3.1. La Ley Orgánica 7/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres
 - 3.2. Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad
 4. Recapitulación y crítica
- Referencias bibliográficas

1. Planteamiento y propósito de este trabajo

No hay duda de que 2020 será recordado como el año de la pandemia causada por el coronavirus SARS-CoV-2. Sin embargo, antes de que este virus arrasara con cualquier vestigio de normalidad en el panorama mundial, 2020 iba camino de convertirse en una suerte de marco temporal para la revisión de algunas metas fijadas por normas jurídicas y políticas públicas dirigidas a promover la igualdad entre hombres y mujeres. En 2020 se cumplen 25 años de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y la adopción de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing¹. La transformación fundamental que se produjo en Beijing fue el reconocimiento de la necesidad de trasladar el centro de la atención de la mujer al concepto de género², aceptando que toda la estructura de la sociedad y todas las relaciones entre los hombres y las mujeres en el interior de esa estructura tenían que ser reevaluadas. Este cambio de paradigma representó una reafirmación firme de que los derechos de la mujer eran derechos humanos y de que la igualdad entre los géneros era una cuestión de interés universal y de beneficio para todos³. Para conmemorar esta efeméride y proceder a la revisión y evaluación de su aplicación se habían planificado una serie de eventos⁴,

¹ Documentos recuperados en: <<https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>>. Desde 1995 se han ido publicando los documentos finales correspondientes a los periodos extraordinarios de sesiones de las Naciones Unidas Pekín +5, +10, +15 y +20 sobre nuevas acciones e iniciativas para poner en práctica la Declaración y la Plataforma de Acción de Pekín, aprobados el 9 de junio de 2000, el 11 de marzo de 2005, el 2 de marzo de 2010 y el 9 de marzo de 2015, respectivamente. En el año 2020 también se celebra el 20.º aniversario de la resolución 1325 del Consejo de Seguridad sobre las Mujeres, la Paz y la Seguridad; el 10.º aniversario de la creación de ONU Mujeres, y el 5.º aniversario de la Agenda 2030, que pone la igualdad de género en el centro del desarrollo sostenible.

² El concepto género hace referencia a los estereotipos, roles sociales, condición y posición adquirida, comportamientos, actividades y atributos apropiados que cada sociedad en particular construye y asigna a varones y mujeres. Véase documento recuperado en: <<http://www.who.int/topics/gender/en/index.html>>.

³ Documento recuperado en: <<http://www.un.org/es/globalissues/women/#1325>>.

⁴ La hoja de ruta de esta conmemoración puede consultarse en: <<https://www.unwomen.org/es/get-involved/beijing-plus-25/about>>. Otro de los eventos previstos era la celebración del Foro Generación Igualdad, un encuentro mundial para la igualdad de género convocada por ONU Mujeres en colaboración con los Gobiernos de México y Francia, con el que se pretendía, entre otros objetivos, diseñar una agenda de acción que permita lograr resultados tangibles en materia de igualdad de género durante el Decenio de Acción de las Naciones Unidas (2020-2030), a fin de alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Recuérdese que el ODS n.º 5 corresponde a la igualdad de género: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>>.

entre los que destacaba la celebración del sexagésimo cuarto periodo de sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de las Naciones Unidas (CSW, por sus siglas en inglés), en el que estaba previsto evaluar los desafíos actuales que afectan a la aplicación de la Plataforma de Acción y al logro de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer. Asimismo, se planteaba contribuir a la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible mediante una perspectiva de género.

Precisamente, en relación con este acontecimiento, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución de 13 de febrero de 2020 sobre las prioridades de la UE para dicho periodo⁵. En este texto, el Parlamento Europeo constata que

si bien la Plataforma de Acción de Pekín se creó hace 25 años, muchos de los desafíos determinados en 1995 siguen siendo pertinentes en la actualidad (como las brechas de género en materia salarial y de pensiones, las bajas tasas de empleo entre las mujeres, *la infrarrepresentación en la toma de decisiones*⁶, la distribución desigual del trabajo no remunerado y la violencia de género, entre otros muchos)⁷.

En especial, se reconoce que

si bien la proporción de mujeres que ocupan puestos decisorios ha aumentado en su mayor parte desde 2013, el progreso ha sido por lo general lento y desigual; que el grado de infrarrepresentación de las mujeres varía según los sectores y los Estados miembros; que se perciben niveles de representación femenina especialmente bajos (alrededor del 20 % o inferiores) en *muchos puestos decisorios de los sectores económico y empresarial*⁸.

Consecuentemente con lo anterior, el Parlamento formula una serie de recomendaciones dirigidas al Consejo tales como

que confirme su compromiso inquebrantable con la Plataforma de Acción de Pekín y las conferencias de revisión posteriores [...]; que reconozca que trabajar en pro de los derechos de las mujeres y de la igualdad de género requiere un enfoque coordinado y multisectorial en el que participen todas las partes interesadas y en el que se aborden las múltiples formas de discriminación que persisten, los estereotipos de género imperantes y la falta de igualdad entre géneros⁹.

⁵ Documento recuperado en: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0039_ES.html>.

⁶ La cursiva es nuestra.

⁷ Considerando C de la resolución.

⁸ Considerando J de la resolución. La cursiva es nuestra.

⁹ Observación general a) de la resolución.

Y, en particular,

que garantice la plena integración de las mujeres en pie de igualdad con los hombres a todos los niveles y en todos los ámbitos y promueva activamente una representación equilibrada en cuanto al género y equitativa de todas las preocupaciones e intereses de las mujeres en todos los niveles de la toma de decisiones; que dé ejemplo y desbloquee en el Consejo Europeo la Directiva sobre la presencia de la mujer en los consejos de administración¹⁰.

Lo expresado pone de manifiesto que, a pesar de un bagaje de más de 50 años en políticas de igualdad de género a nivel de la UE, las desigualdades entre hombres y mujeres siguen estando presentes, particularmente en el contexto de la toma de decisiones económicas.

En el panorama patrio la situación es similar. Según el *Gender Equality Index* (2019) elaborado por el European Institute for Gender Equality (EIGE)¹¹, España ocupa el noveno lugar en la UE con 70,1 de 100 puntos. Respecto a la dimensión del poder, que analiza la forma en que el objetivo de igualdad de género puede verse enormemente afectado por la falta de participación de la mujer en los procesos decisorios, la puntuación es de 62,0, con un fuerte aumento de 16,1 puntos desde 2005. A pesar de que se trata de la quinta puntuación más alta de la UE, es también la más baja para España en relación con el resto de dimensiones contemplados por el índice: Trabajo¹² (72,9), Dinero¹³ (76,7), Conocimiento¹⁴ (67,4), Tiempo¹⁵ (64) y Salud¹⁶ (90,1). A mayor abundamiento, el subdominio «poder económico», fundamentalmente expresado en la presencia de mujeres en los consejos de las mayores empresas que cotizan en los mercados de valores, es de solo 53,4 puntos, muy por debajo del subdominio «poder político» (76,8) o del «poder social» (58,1).

¹⁰ Observación general W de la resolución. Con esta sugerencia, el Parlamento hace referencia a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines (2012), una propuesta que, pese a los informes y dictámenes favorables del propio Parlamento y del Consejo Económico Social Europeo, ha encontrado serios escollos en el Consejo de Europa.

¹¹ Toda la información está disponible en: <<https://eige.europa.eu/>>.

¹² La dimensión del empleo no solo analiza los patrones de mujeres y hombres a la hora de incorporarse al mercado laboral, sino también a la hora de progresar en él. Además, recopila algunos de los patrones de género que existen en el mercado laboral: participación, segregación y calidad del trabajo.

¹³ En la dimensión del dinero se analizan los recursos financieros. Esto incluye sueldos y salarios, ingresos por trabajo y otras formas de renta como, por ejemplo, las transferencias sociales.

¹⁴ La dimensión del conocimiento muestra diferencias entre mujeres y hombres en materia de educación y formación.

¹⁵ Esta dimensión se centra en el equilibrio entre las actividades económicas, las asistenciales y otras de carácter social tales como culturales, cívicas, etc.

¹⁶ La dimensión salud se ocupa de las diferencias entre mujeres y hombres en términos de estado de salud, comportamiento que tiene repercusiones para la salud y acceso a las estructuras sanitarias.

Centrando la atención en uno de los aspectos más relevantes del ámbito relativo al poder económico, el Informe anual de gobierno corporativo de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados regulados (IAGC) referido al ejercicio 2019¹⁷ apunta a que el porcentaje de mujeres en los consejos se ha incrementado desde 2016 en 6,8 puntos porcentuales, hasta situarse en el 23,4 % en 2019¹⁸. Lejos, por tanto, del objetivo del 30 % del total de miembros del consejo de administración recomendado por el Código de Buen Gobierno (CBG) y aún más lejos del objetivo del 40 % de la Ley Orgánica 7/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (LOI). Se constata, además, un incremento de todas las categorías de consejeras, situándose dichos aumentos entre 5,4 puntos porcentuales para las consejeras independientes (hasta alcanzar el 35,8 %), y 0,6 puntos porcentuales en el caso de las consejeras ejecutivas (5,5 %). En lo que respecta a la alta dirección, en 2018 se registraba un total de 171 mujeres, lo que suponía un 16 % sobre el total¹⁹. Sin embargo, en el Informe de 2019 se observa un descenso tanto en el porcentaje de altas directivas (15,9 %)²⁰ como en el de sociedades que cuentan con mujeres en su alta dirección (58,3 %)²¹. En definitiva, después de casi 14 años de vigencia de la LOI y 6 de la publicación del CBG no se ha alcanzado ninguno de los objetivos recomendados en materia de igualdad. Es probable que este ejercicio de «procrastinación» haya sido la razón de sendas propuestas de modificación de dichas normas, que serán analizadas más adelante.

En cualquier caso, llegados a este punto es inevitable plantearse si las causas de la infrarrepresentación femenina en el ámbito del poder económico y, más concretamente, en el consejo de administración de las sociedades cotizadas pueden localizarse en la idoneidad del propio marco normativo o si resulta necesario identificar otros factores ajenos a él. En este sentido hay quienes defienden que los cambios sociales se pueden estimular a través del derecho, a partir de la creación o aplicación de normativas con sentido de modificación o renovación del *statu quo*, pero ¿es suficiente con el derecho? (Cique Herrainz, 2018).

¹⁷ Documento recuperado de <<https://www.cnmv.es/portal/Publicaciones/PublicacionesGN.aspx?id=21>>.

¹⁸ 19,7 % en 2018.

¹⁹ Si contrastamos estos datos con los más recientes ofrecidos por el informe Mujeres en los consejos de las empresas cotizadas correspondiente al ejercicio 2019, que analiza la presencia femenina en los órganos de gobierno de todas las empresas cotizadas en el Índice General de la Bolsa de Madrid, se obtiene que el peso relativo de las mujeres en los consejos de todo el mercado continuo es de 23,1 %, con 300 consejeras, quedando a 7 puntos del 30 % recomendado para 2020 por el CBG. Sin embargo, cabe señalar que hay 12 sociedades cotizadas (de 128) que alcanzan o superan el 40 %. En cuanto a las sociedades del IBEX 35 se contabilizan un total de 124 consejeras, lo que supone un 27,25 % sobre el total. Con este dato, el índice retorna a niveles de 2016 después de dos años prácticamente congelado. El informe está elaborado por la consultora de comunicación Atrevia junto a la escuela de negocios IESE. Se obtiene previa solicitud en: <<https://www.atrevia.com/solicita-el-informe/>>.

²⁰ Se ha pasado de 171 mujeres en 2018 a 164 en 2019.

²¹ En 2018 era del 59,9 %.

Como señala la Recomendación General 25 del Comité de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés),

un enfoque jurídico o programático puramente formal no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva [...]. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado [...]. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer²².

En este trabajo proponemos realizar una aproximación holística para interpretar adecuadamente el fenómeno de la infrarrepresentación femenina en los consejos de administración y en la alta dirección de las sociedades cotizadas españolas. Ello requiere, por un lado, la revisión crítica del variado elenco de normas legales y reglamentarias y normas de autorregulación que, desde diferentes perspectivas, articulan los instrumentos jurídicos para promover la igualdad en el contexto citado. Por otro, una valoración de dichos instrumentos a la luz de las aportaciones efectuadas por las ciencias sociales y los *practitioners*, para intentar dilucidar aquellos aspectos que han sido soslayados o simplemente inadvertidos por quienes los formulan.

2. El enfoque de la igualdad de género en el marco jurídico del gobierno corporativo

Uno de las aproximaciones más relevantes a la llamada «igualdad de género»²³ en el contexto de la toma de decisiones económicas, rutinariamente los consejos de administración y la alta dirección de las sociedades cotizadas, se encuentra en el propio marco jurídico del gobierno corporativo. Un marco jurídico integrado por un conjunto de normas imperativas y los ya conocidos códigos de buen gobierno²⁴, en los que se ofrecen los principios

²² Documento recuperado: <<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>>.

²³ La igualdad de género se define como «la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades de las mujeres y los hombres, y las niñas y los niños». La igualdad no significa que las mujeres y los hombres sean lo mismo, sino que los derechos, las responsabilidades y las oportunidades no dependen del sexo con el que nacieron. La igualdad de género supone que se tengan en cuenta los intereses, las necesidades y las prioridades tanto de las mujeres como de los hombres, reconociéndose la diversidad de los diferentes grupos de mujeres y de hombres. Véase en: <<https://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm>>.

²⁴ Los códigos de gobierno corporativo suelen ser formulados por comisiones especializadas de personas expertas, constituidas a iniciativa de órganos oficiales, con el objetivo de marcar unas pautas y criterios a los que deben someterse las empresas.

de gobierno corporativo como meras sugerencias o recomendaciones cuyo cumplimiento tiene carácter voluntario, pero sometido en todo caso al principio «cumplir o explicar». Sin embargo, antes de ofrecer un examen de estas normas es necesario realizar una breve digresión sobre el concepto de gobierno corporativo y los diversos modelos enunciados y descritos por la teoría económica, con el objeto plantear adecuadamente el objeto de estudio de este epígrafe.

Aun a riesgo de simplificar el tema, hay cierto consenso en afirmar que los dos grandes modelos utilizados en la teoría económica sobre el gobierno de la empresa son el denominado modelo financiero o accionarial y el enfoque pluralista o *stakeholder*²⁵. El primero de ellos se atiene al planteamiento formulado por Jensen y Meckling (1976), que contempla la empresa como un sistema de relaciones entre individuos (relaciones de agencia), que pese a tener objetivos dispares cooperan entre sí y están ligados a la organización por vínculos contractuales, que pueden ser explícitos o implícitos. Las relaciones de agencia se definen entonces como «un contrato bajo el cual una o más personas (el principal o los principales) encarga a otra persona (agente) la realización de algún servicio en su interés, incluyendo delegación de autoridad en el agente»²⁶. Sin embargo, no hay garantía de que los agentes actúen siempre buscando el mayor interés de los principales, es más, la teoría de la agencia presume que el agente tiene la tentación constante de maximizar su propio interés, incluso a costa de interés del principal. En una empresa, especialmente cuando su titular es una sociedad anónima cotizada, pueden identificarse diversas relaciones de agencia, entre las que destaca aquella que se produce en el contexto de la división de funciones entre propiedad y control. Esta división implica que los accionistas (principales) encargan a los directivos (agentes) la realización de determinadas tareas a su favor a cambio de una remuneración y otorgándoles amplia capacidad de decisión²⁷. La existencia de relaciones de agencia como la descrita lleva al establecimiento de distintos mecanismos, a través de los cuales se pretende un alineamiento eficiente de los intereses del agente y del principal para reducir los costes de agencia. En esta sede, sin embargo, nos interesa destacar uno de los mecanismos internos más eficaces para aliviar los problemas de agencia: el establecimiento de un marco adecuado de gobierno corporativo. En el paradigma descrito, el gobierno corporativo se ha entendido «como el conjunto de normas jurídicas, mecanismos e instrumentos mediante los cuales aquellos que aportan el capital financiero se aseguran de que

²⁵ Por todos, Rodríguez Fernández (2008, p. 83).

²⁶ Traducción del original: «We define an agency relationship as a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent» (Jensen y Meckling, 1976, p. 308).

²⁷ El riesgo de un comportamiento oportunista del directivo deriva de la presencia de asimetrías de información y de la divergencia de intereses entre la gerencia profesional y los principales que adopta múltiples manifestaciones. Una descripción de los comportamientos oportunistas de los directivos puede encontrarse en Lozano Garica, de Miguel Hidalgo y Pindado García (2004, p. 226 y ss.); Salas Fumás (2002, p. 76 y ss.).

la dirección y gestión de la compañía va encaminada a defender sus intereses» (Folgado Fernández *et al.*, 2012, p. 61). Puesto que el objetivo principal de este modelo es la satisfacción de los intereses de los accionistas mediante la obtención del máximo beneficio, las reglas de gobierno se centran en el estudio del consejo de administración, como instrumento de control de la actuación de los directivos, y en las posibles soluciones a los problemas de agencia y de información asimétrica de las sociedades mercantiles en general y de las sociedades cotizadas en particular.

Sin embargo, en las últimas décadas se ha asistido a una evolución de este concepto financiero del gobierno corporativo que va más allá de procurar un equilibrio de poderes y la maximización del valor para el accionista. En este modelo, la empresa se concibe como «una organización, que mediante la producción de bienes y servicios, desea satisfacer las necesidades de los diferentes grupos que la integran, y de los cuales depende su supervivencia» (Folgado Fernández *et al.*, 2012, p. 67). Por tanto, el objetivo general de la empresa se consigue «promoviendo la creación y el crecimiento de la riqueza neta total para el conjunto de los partícipes, incluyendo el registro de los efectos externos positivos y negativos» (Folgado Fernández *et al.*, 2012). Este planteamiento conduce a la consideración del gobierno corporativo como «el conjunto de estructuras, reglas y procedimientos institucionales que determinan el ejercicio del poder de control, los incentivos de los diversos partícipes, *stakeholders* o partes interesadas (accionistas, directivos, empleados, acreedores, clientes, proveedores, etc.), la realización de inversiones y la distribución de riesgos, así como la generación y el posterior reparto del excedente logrado por la empresa» (Rodríguez Fernández, 2008, p. 85) o también «como la manera en la que las organizaciones gestionan, dirigen y realizan el proceso de toma de decisiones teniendo en cuenta las necesidades de los grupos de interés (*stakeholders*)» (González Esteban, 2007, p. 208).

El modelo adoptado por los sucesivos códigos de gobierno españoles ha sido una versión matizada o ilustrada del modelo financiero denominada *enlightened shareholder value model* (Rodríguez Fernández, 2008, p. 88), en el que el objetivo prioritario del gobierno corporativo sigue siendo la protección de los intereses de los accionistas, si bien «se declara tener presentes y procurar satisfacer en una medida razonable las demandas de las otras partes interesadas, los *stakeholders* no accionariales, entendiéndose que, en la práctica, estas son medios o instrumentos imprescindibles para alcanzar un mayor valor de modo sostenible y a largo plazo para los propios accionistas» (Rodríguez Fernández, 2008)²⁸. El vigen-

²⁸ Así, el Código Olivencia (1998) recomendaba como objetivo último de la compañía y, consiguientemente, como criterio que debe presidir la actuación del consejo «la maximización del valor de la empresa o, para decirlo con una fórmula que ha arraigado en medios financieros, *la creación de valor para el accionista*», para acto seguido precisar que «esto no significa que el consejo y la dirección de la compañía hayan de perseguir los intereses de los accionistas a cualquier precio, *desconsiderando o considerando insuficientemente los que atañen a otros grupos implicados en la empresa y a la propia comunidad en que ésta se ubica*». En este sentido, «el interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que necesariamente habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el derecho [...]

te CBG (2020)²⁹ postula este modelo financiero revisado en el principio 9 con el siguiente tenor: «El consejo de administración asumirá, colectiva y unitariamente, la responsabilidad directa sobre la administración social y la supervisión de la dirección de la sociedad, con el propósito común de promover el interés social». Tal y como aclara la recomendación 12, este interés debe ser entendido «como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa». Sin embargo, insta a las sociedades a «conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente».

En todo caso, y con independencia del enfoque o modelo de gobierno corporativo adoptado, el consejo de administración presenta un protagonismo indiscutible, puesto que es el principal responsable, cuando menos, de controlar los resultados de la dirección y ofrecer una rentabilidad adecuada a los accionistas, al tiempo que trata de evitar conflictos de intereses y alcanzar un equilibrio entre las exigencias contrapuestas que afronta la empresa. En esta situación es razonable conjeturar que la eficacia de este instrumento de supervisión y control vaya a depender, en gran medida, de su composición *cualitativa* y, por ende, de los procedimientos y procesos de selección de sus miembros. A este respecto conviene precisar que si bien la competencia legal para la designación de consejeros/as recae sobre la junta general³⁰, el propio consejo de administración desempeña un papel primordial dentro de este proceso, debido, entre otros factores, a la facultad para cubrir provisionalmente las vacantes por el sistema de cooptación³¹ y de someter a los accionistas las correspondientes propuestas de nombramiento. Es por ello que los sucesivos códigos de buen gobierno han recomendado instaurar procedimientos formales que propicien la transparencia y el escrutinio por parte de todos los miembros del consejo de la selección de personas

cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales explícitas e implícitas concertadas con otros interesados (trabajadores, proveedores, acreedores, clientes) y, en general, observando aquellos deberes éticos que razonablemente sean apropiados para la responsable conducción de los negocios». El Código Aldama (2003) acogió el modelo financiero ilustrado, que ha sido descrito apuntando que, si bien la primera obligación de la empresa es el cumplimiento de su misión dentro del marco legal general, era necesario resaltar la importancia de «asumir libre y voluntariamente obligaciones o compromisos de carácter ético o social en el marco de la responsabilidad social de la empresa». En la misma línea que sus predecesores, el Código Unificado de Buen Gobierno (CUBG) de 2006, también conocido como Código Conthe, y su revisión de 2013, consideraban que «el objetivo último de la compañía y, por tanto, el criterio que presida la actuación del Consejo sea la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa» y a continuación reproducía las mismas observaciones del Código Olivencia respecto a tener presentes y procurar satisfacer en una medida razonable las demandas de las otras partes interesadas distintas de los accionistas.

²⁹ Documento recuperado en: <<https://www.cnmv.es/portal/Publicaciones/CodigosGovCorp.aspx>>.

³⁰ Artículo 160 b) de la LSC.

³¹ Párrafos 1 y 2 del artículo 529 decies de la LSC.

candidatas, atribuyendo un especial protagonismo a la Comisión de Nombramientos y Retribuciones (CNR), una comisión que devino obligatoria por mor de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo³², a la que haremos especial referencia en otro epígrafe. La misión principal de esta comisión delegada del consejo de administración es contribuir a la captación y retención de talento, lo que implica procurar que la compañía cuente con los mejores profesionales en sus órganos de gobierno y alta dirección. Teniendo en cuenta lo anterior, está plenamente justificado que la aproximación al tema de la igualdad de género en las normas sobre gobierno corporativo se ubique, precisamente, en el contexto de las reglas sobre la composición del consejo de administración y los correspondientes procedimientos de selección de sus miembros.

2.1. La diversidad como estrategia para favorecer la igualdad de género en los consejos de administración

El criterio que ha servido como estrategia para favorecer la igualdad de género en los consejos de administración y la alta dirección ha sido, sin duda, la diversidad³³. Como señala Barberá Heredia (2004, p. 40)³⁴, se trata de una regla procedente de la tradición anglosajona, cuya filosofía se ha plasmado en diversos enfoques educativos y psicopedagógicos y que, en la actualidad, también se aplica a entornos organizacionales con el propósito de lograr «el máximo aprovechamiento del potencial ofrecido por grupos heterogéneos, es decir, diversos en cuanto a sexo, edad, etnia, nacionalidad, orientación sexual, etc.». La autora citada añade que «la estrategia de la diversidad ofrece a las organizaciones la posibilidad de atraer y mantener talentos diversos representativos de ambos sexos» (Barberá Heredia, 2004, p. 40). De este modo, «el foco de atención no se dirige a reivindicar los derechos fundamentales que poseen las mujeres ni tampoco a analizar los obstáculos que se interponen en su desarrollo profesional» sino que «se apela a las ventajas del "criterio de diversidad" y a los beneficios que la "diversidad de género" puede aportar a las organizaciones y al progreso social general» (Barberá Heredia *et al.*, 2002, p. 62).

Frente a este planteamiento, Figueruelo Burrieza (2014) advierte acerca de la necesidad de distinguir claramente el principio de igualdad de género del de diversidad,

pues las mujeres no son ni un grupo ni una minoría, sino una de las dos formas de manifestarse los seres humanos y constituyen más de la mitad de la población mundial y el 45 % de la mano de obra europea, [por consiguiente] la participación equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de decisión de las empresas no

³² Párrafo 2 del artículo 529 terdecies de la LSC.

³³ Tomamos el argumento *mutatis mutandis* de Barberá Heredia (2004).

³⁴ También en Barberá Heredia *et al.* (2002, p. 62).

es solo una cuestión de diversidad, sino un requisito básico de los principios fundamentales de la democracia y los derechos humanos, tal y como queda reconocido en los tratados de la UE y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE del 2000, cuyo valor jurídico vinculante se reconoce en el Tratado de Lisboa vigente desde 2009 (p. 244)³⁵.

Sea como fuere, el criterio de diversidad se puede adoptar por diversas razones: éticas, reglamentarias (para demostrar que se cumplen las leyes contra discriminación) y económicas (para generar unos beneficios económicos superiores a los costes de su adopción)³⁶, siendo esta última ratio la que más desarrollo ha tenido a nivel europeo. En 2005 la Comisión publicó los resultados del proyecto *The business case for diversity Good practices in the workplace*³⁷, cuyo objetivo era examinar y comprender mejor el *business case* para la diversidad, con el fin de evaluar qué otras políticas, acciones y recomendaciones se necesitaban a nivel de la Unión Europea, nacional, local y empresarial. En este contexto, el proyecto tenía como objetivo identificar y analizar una selección de ejemplos exitosos e innovadores de buenas prácticas en la gestión de la diversidad, implementados por empleadores y empresas en toda la Unión Europea. Con base en dicho informe, los principales beneficios que las empresas estaban logrando (o esperaban obtener) de sus políticas de diversidad, eran: 1.º Resolver la escasez de mano de obra y reclutar y retener personal de alta calidad; 2.º Mejorar la reputación de imagen de una empresa y su posición en las comunidades locales; 3.º Potenciar la innovación, que conduce al diseño de nuevos productos y servicios y a la apertura de nuevos mercados potenciales.

En 2011 se dio a conocer el Libro Verde de la UE con el título «La normativa de gobierno corporativo de la UE»³⁸. Entre otros, este documento pretendía abordar uno de los temas centrales del gobierno corporativo: el consejo de administración. En el epígrafe relativo a la composición del consejo, el libro postula que «los consejeros no ejecutivos deben ser seleccionados con arreglo a un amplio conjunto de criterios, a saber, el mérito, las cualificaciones profesionales, la experiencia, las cualidades personales del candidato, la independencia y *la diversidad*»³⁹. Sobre este particular, el Libro Verde distingue entre una

³⁵ Y debiéramos añadir que también es un principio jurídico de nuestro ordenamiento jurídico. Véase Mateu de Ros (2019).

³⁶ Costes y beneficios de la diversidad (2003), informe realizado por el Centre for Strategy & Evaluation Services por encargo de la Comisión Europea. Disponible en: <http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/prog/studies_en.htm>.

³⁷ El proyecto fue encargado por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea en el marco del Programa de Acción Comunitaria para combatir la discriminación (2001-2006). Disponible en: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/57e667e2-d349-433b-b21d-1c67fd10ebb1>>.

³⁸ COM (2011) 164 final.

³⁹ La normativa de gobierno corporativo de la UE (versión española), p. 6.

diversidad profesional, internacional y de género. La primera hace referencia a la variedad de procedencias profesionales para que «el consejo en su conjunto comprenda, por ejemplo, la complejidad de los mercados mundiales, los objetivos financieros de la empresa y la repercusión del negocio para las diferentes partes interesadas, incluidos los empleados»⁴⁰. Se considera entonces que el factor más importante al seleccionar nuevos consejeros/as no ejecutivos ha de ser la evaluación precisa de la cualificación y los conocimientos especializados⁴¹, por tanto, las políticas de contratación que determinen las cualificaciones precisas que necesita el consejo pueden ayudar a aumentar su capacidad para supervisar la empresa con eficacia⁴². Respecto a la diversidad internacional, el Libro Verde expone las discrepancias entre los que la consideran esencial, particularmente cuando se trata de empresas transnacionales, y los que subrayaron las dificultades que se derivarían de las diferencias de origen cultural y de idioma. En cualquier caso, el conocimiento de los mercados regionales se menciona a menudo como un factor clave para elegir candidatos extranjeros al consejo.

En cuanto a la diversidad de género, el Libro Verde contextualiza esta cuestión en el marco de otras iniciativas políticas llevadas a cabo por la Comisión, como su Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015, que le han permitido constatar una situación que, cuando menos, es susceptible de mejora. Merece destacarse que, en el entorno del gobierno corporativo, la Comisión se aproxima al criterio de la diversidad de género con un enfoque de *business case*, enumerando una serie de ventajas que se derivan de la adopción del mismo, tales como: 1.º. Contrarrestar el pensamiento grupal; 2.º. Un estilo distinto de liderazgo de las mujeres; 3.º. Una correlación positiva con el rendimiento empresarial, si bien afirma que, en este punto, los estudios no son concluyentes⁴³. En todo caso, se afirma sin ambages que «promover la presencia de mujeres en los consejos tiene un efecto positivo incuestionable: contribuye a aumentar el talento común de que dispone una empresa para sus funciones superiores de dirección y supervisión»⁴⁴.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ De hecho, algunas normas de gobierno corporativo como las que contiene la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, o la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, exigen específicamente que los administradores y las personas que ejerzan la dirección efectiva o desempeñen funciones que integren el sistema de gobierno de la entidad, tengan conocimientos especializados para hacer posible la gestión sana y prudente de la entidad.

⁴² La normativa de gobierno corporativo de la UE (versión española), p. 6.

⁴³ Respecto a la correlación entre el rendimiento empresarial y la diversidad de género, cabe destacar un trabajo académico reciente que investiga la influencia de un mayor porcentaje de mujeres en el consejo de administración de las empresas (excepto compañías financieras) incluidas en el IBEX 35 durante el periodo 2003-2017. Los resultados de este estudio muestran que el número creciente de las mujeres en los consejos *está positivamente relacionado* con un mayor rendimiento financiero (Valls Martínez y Cruz Rambaud, (2019).

⁴⁴ La normativa de gobierno corporativo de la UE (versión española), p. 7.

Aceptando lo anterior, es evidente que cuando las empresas invierten en políticas de diversificación del personal incurren en una serie de costes adicionales⁴⁵, tales como los derivados del cumplimiento de la legislación, que pueden incluir los relacionados con los sistemas de registro, la formación del personal y la comunicación de las nuevas políticas⁴⁶; los costes de la diversificación, entre los que destacan los relativos al personal especializado, la educación y la formación, las instalaciones y servicios, las condiciones de trabajo y los beneficios⁴⁷; los costes de oportunidad de la diversificación, que representan la pérdida de beneficios debida a la imposibilidad de emplear un recurso escaso en otras actividades de producción⁴⁸; y, finalmente, los riesgos empresariales de la diversificación, pues a veces la ejecución de los programas diseñados para cambiar la cultura de la empresa lleva más tiempo del previsto o fracasa completamente. En todo caso, es claro que el éxito del cambio de cultura en una empresa da lugar a políticas de diversificación sostenibles.

2.2. La diversidad de género en los códigos de buen gobierno españoles

El Código Unificado de Buen Gobierno de 2006 (CUBG) fue el primero que hizo referencia al criterio de la diversidad en relación con la «estructura funcional» del consejo de administración, postulando que este órgano «debe reflejar la diversidad de conocimientos, de género y de experiencias precisa para desempeñar sus funciones con eficacia, objetividad e independencia»⁴⁹. Además, bajo el epígrafe «diversidad de género», el CUBG argumentaba que

lograr una adecuada diversidad de género en los consejos de administración no constituye solo un desafío en el plano de la ética, de la política y de la «responsabilidad social corporativa»; es también un objetivo de eficiencia que las sociedades cotizadas deben plantearse, al menos a medio plazo⁵⁰.

En esta línea, el CUBG formulaba la recomendación 15:

⁴⁵ Costes y beneficios de la diversidad (2003), p.12.

⁴⁶ En cualquier caso, los costes de una empresa dependerán de la escala y la naturaleza de los procesos internos existentes y de los requisitos jurídicos.

⁴⁷ Algunos de estos costes son excepcionales y a corto plazo, pero la mayoría corresponden a gastos recurrentes a largo plazo.

⁴⁸ Estos costes incluyen la desviación del tiempo de alta gestión y de gestión funcional y la falta de productividad

⁴⁹ CUBG, p. 15.

⁵⁰ CUBG, p. 19.

Que cuando se escasee o nulo el número de consejeras, el Consejo explique los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir tal situación⁵¹; y que, en particular, la Comisión de Nombramientos vele para que al proveerse nuevas vacantes: a) los procesos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras; b) la compañía busque deliberadamente, e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado⁵².

La versión actualizada del CUBG (2013) mantuvo incólume la invitación a que «las sociedades con escasa presencia femenina en sus consejos hagan un esfuerzo deliberado por buscar posibles candidatas cada vez que deba cubrirse alguna vacante en el Consejo, especialmente para puestos de independientes», y preservó con leves ajustes la recomendación 15, que pasó a ser la número 14, como complemento a los requisitos de transparencia establecidos en la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo⁵³. En concreto, la recomendación 14 eliminó la mención a la explicación de los motivos por los que, a pesar de haber adoptado las medidas oportunas, fuera escaso o nulo el número de consejeras.

Del CBG (2015) interesa destacar los principios 10 y 22 y sus correspondientes recomendaciones⁵⁴. En efecto, el principio 10 manifiesta que:

El consejo de administración tendrá la dimensión precisa para favorecer su eficaz funcionamiento, la participación de todos los consejeros y la agilidad en la toma de decisiones, y la política de selección de consejeros promoverá la diversidad de conocimientos, experiencias y género en su composición⁵⁵.

En la motivación de este principio, el CBG sugiere que las sociedades expliciten su compromiso con una composición diversa del consejo de administración desde la fase inicial de selección de posibles candidatos. Además, dada la insuficiente presencia de mujeres en los consejos de administración, se recomienda que se incluyan objetivos concretos que la favorezcan. En consecuencia, el CBG, en su redacción anterior a la reforma, formulaba la recomendación 14 con el siguiente tenor:

⁵¹ En aquel momento el deber de formular un informe de gobierno corporativo estaba previsto en el artículo 116 de la Ley 24/1988, de Mercado de Valores.

⁵² Los autores del informe advierten que dicha recomendación se decidió mantener a pesar de que «fue objeto de críticas». CUBG, p. 6

⁵³ Esta orden sustituyó a la anterior Orden ECO/3722/2003. Los modelos de informe anual de gobierno corporativo fueron desarrollados por la Circular 5/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

⁵⁴ Respecto a los anteriores, el CBG presenta un nuevo formato que distingue entre principios y recomendaciones de carácter concreto y específico.

⁵⁵ La cursiva es nuestra.

Que el consejo de administración apruebe una política de selección de consejeros que: a) Sea concreta y verificable. b) Asegure que las propuestas de nombramiento o reelección se fundamenten en un análisis previo de las necesidades del consejo de administración. c) Favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias y género. Que el resultado del análisis previo de las necesidades del consejo de administración se recoja en el informe justificativo de la comisión de nombramientos que se publique al convocar la junta general de accionistas a la que se someta la ratificación, el nombramiento o la reelección de cada consejero. Y que la política de selección de consejeros promueva el objetivo de que en el año 2020 el número de consejeras represente, al menos, el 30 % del total de miembros del consejo de administración. La comisión de nombramientos verificará anualmente el cumplimiento de la política de selección de consejeros y se informará de ello en el informe anual de gobierno corporativo.

El principio 22 hace referencia a la CNR, una comisión especialmente relevante dado que, como argumenta el CBG, «el acierto en el nombramiento y motivación posterior de los consejeros resulta decisivo para el eficaz funcionamiento del consejo de administración». El principio se enuncia del siguiente modo:

La comisión de nombramientos y retribuciones, que en las sociedades de elevada capitalización⁵⁶ serán dos comisiones separadas, además de cumplir los requisitos legales, estará compuesta por una mayoría de consejeros independientes y sus miembros se designarán teniendo en cuenta los conocimientos, aptitudes y experiencia necesarios, y sus normas de funcionamiento reforzarán su especialización, independencia y ámbito de actuación.

Este principio acoge nada menos que cinco recomendaciones, entre las que nos interesa destacar la recomendación 47:

Que los miembros de la comisión de nombramientos y de retribuciones –o de la comisión de nombramientos y la comisión de retribuciones, si estuvieren separadas– se designen procurando que tengan los conocimientos, aptitudes y experiencia adecuados a las funciones que estén llamados a desempeñar y que la mayoría de dichos miembros sean consejeros independientes.

Las recomendaciones citadas deben completarse con una serie de principios, criterios y buenas prácticas de funcionamiento de la CNR recogidos en la Guía Técnica 1/2019, aprobada por el Consejo de la CNMV⁵⁷. En relación con aspectos de carácter general: 1.º la guía incide

⁵⁶ A estos efectos se consideran empresas de elevada capitalización aquellas incluidas en el índice IBEX 35.

⁵⁷ Documento recuperado en: <<https://www.cnmv.es/Portal/Legislacion/Guias-Tecnicas.aspx>>. Esta guía se aprueba al amparo de lo previsto en el apartado 3 del artículo 21 del texto refundido de la Ley del mercado de valores, aprobado por el Real Decreto legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

en el ejercicio de las funciones de la CNR, no solo con respecto a los miembros del consejo de administración, sino también en relación con su secretario y con los miembros de la alta dirección de la sociedad⁵⁸. En este sentido recuerda que el artículo 529 quince de la LSC ya atribuye a la CNR algunas funciones específicas en relación con la alta dirección y que «esta es fuente o vivero natural de los consejeros ejecutivos»⁵⁹; 2.º Destaca como buena práctica la posibilidad de contar «con asesoramiento externo en relación con aspectos de carácter técnico o particularmente relevantes, especialmente en compañías que desarrollen actividades complejas desde el punto de vista operativo»⁶⁰. 3.º Propone que la composición de la CNR sea diversa «en lo relativo a género, experiencia profesional, competencias, capacidades personales y conocimientos sectoriales [...] experiencia internacional o procedencia geográfica»⁶¹.

Respecto a la función de evaluación y selección de consejeros, en particular, la guía técnica considera buenas prácticas: 1.º La elaboración de una matriz con las competencias necesarias del consejo que defina las aptitudes y conocimientos de los candidatos a consejeros, especialmente los de los ejecutivos y los de los independientes, y que ayude a la CNR a definir las funciones que deben corresponder a cada puesto a cubrir, así como las competencias, conocimientos y experiencia más adecuados para el mismo⁶²; 2.º Que con carácter previo al inicio del proceso de cada selección y teniendo en cuenta la matriz de competencias la CNR concrete el perfil y capacidades requeridas en el nuevo consejero. A tal efecto, considera necesario que la CNR evalúe la idoneidad de cada candidato, independientemente de la categoría a la que vaya a ser adscrito y de quién le haya propuesto (incluidos los que vayan a ser nombrados en ejercicio del derecho de nombramiento por el sistema proporcional), dejando constancia de la evaluación realizada y de la adecuación del candidato a la categoría a la que haya sido adscrito en el acta de la sesión en la que se haya debatido la cuestión, y en los casos en que sea aplicable, en el informe o propuesta que la CNR deba remitir al consejo con motivo del nombramiento o reelección de consejeros⁶³. 3.º Que, durante el proceso, la CNR, o al menos su presidente, o alguno de sus miem-

⁵⁸ A los efectos de la guía, se consideran miembros de la alta dirección quienes desarrollen funciones directivas bajo la dependencia directa del consejo, de comisiones ejecutivas o del primer ejecutivo, así como el auditor interno.

⁵⁹ Guía Técnica 1/2019, p. 3.

⁶⁰ Guía Técnica 1/2019, p. 5. Sobre este particular, también se recomienda que el consejo dote a la CNR de un presupuesto anual o establezca mecanismos alternativos para facilitar y hacer más eficiente y expeditivo su acceso a recursos con los que poder contratar cuando lo estime necesario un asesor externo. Asimismo, ofrece algunos criterios para evitar o aliviar eventuales conflictos de interés.

⁶¹ Guía Técnica 1/2019, p. 6. La diversidad en cuanto experiencia internacional y procedencia geográfica es relevante en aquellas entidades con un grado importante de internacionalización.

⁶² Guía Técnica 1/2019, p. 9. Esta matriz de competencias debería elaborarse y actualizarse periódicamente en función de los retos y oportunidades a los que se estime se enfrentará la compañía en el corto, medio y largo plazo.

⁶³ Guía Técnica 1/2019, p. 8.

bros, se reúnan con cada uno de los candidatos a consejeros antes de emitir su informe o propuesta, dejando constancia de las reuniones y al menos de la valoración que hayan merecido los candidatos finales o considerados idóneos en las actas de las reuniones de la CNR. Adicionalmente, y aunque no se considera imprescindible, se sugiere la utilidad de recabar la colaboración y auxilio de los asesores externos en esta evaluación⁶⁴; 4.º Que la propuesta o informe de nombramiento o reelección de consejeros describa no solo el resultado del análisis previo realizado de las necesidades del consejo, sino también las razones que justifican la adecuación del candidato teniendo en cuenta la matriz de competencias. En esta descripción y justificación la CNR se debe referir a los aspectos y circunstancias específicas de cada caso que hayan sido relevantes en la decisión, evitando justificaciones meramente genéricas o estándar⁶⁵. Como indica la guía, esta práctica propicia el rigor en el proceso de selección y nombramiento de consejeros, al objetivar los criterios de selección aplicados y posibilitar la verificación posterior de su cumplimiento.

Como ya se había adelantado en la introducción de este trabajo, la CNMV publicó el 15 de enero de 2020 la propuesta de modificar algunas de sus recomendaciones⁶⁶, y en particular las correspondientes a los números 14 y 15. Al respecto expone que «llegado el año 2020, deja de tener sentido que el Código recomiende que la política de selección de consejeros de las sociedades promueva que el número de consejeras represente en 2020 al menos el 30 % del total de miembros del consejo de administración, por lo que procede reformular la recomendación convirtiéndola en una recomendación directa de contar con un porcentaje mínimo de consejeras», por tanto, sugiere situar el porcentaje en el 40 % «a fin de que la recomendación contemple una situación de igualdad real en lo que se respecta a la composición del consejo» y que «se refiera al número de consejeros del sexo menos representado en el consejo, en lugar de simplemente al número de consejeras». Asimismo, la propuesta argumenta que «habiéndose constatado que el objetivo de alcanzar el porcentaje de consejeras ejecutivas es especialmente bajo, lo que guarda relación con la, en general, escasa presencia femenina en la alta dirección de las empresas cotizadas, se propone prever específicamente en la recomendación que la política de selección incluya medidas que fomenten que haya un número suficiente de altas directivas».

Una vez finalizada la fase de consulta⁶⁷ y revisadas las aportaciones relativas a las modificaciones de las recomendaciones 14 y 15, estamos en condiciones de clasificarlas en tres grupos: en primer lugar, la de aquellos que, aun coincidiendo con la CNMV en que es

⁶⁴ Guía Técnica 1/2019, p. 8.

⁶⁵ Guía Técnica 1/2109, p. 9.

⁶⁶ Documento recuperado de: <https://www.cnmv.es/DocPortal/DocFaseConsulta/CNMV/CT_Consul-taCBG_2020.pdf>.

⁶⁷ El periodo finalizó el 14 de febrero de 2020. El documento, con todas las aportaciones realizadas, está disponible en: <https://www.cnmv.es/DocPortal/DocFaseConsulta/CNMV/Coments_CT_Consul-taCBG_2020.pdf>.

razonable situar el porcentaje de personas del sexo menos representado en el 40 %, postulan la necesidad de fijar un plazo de transición entre el 30 % de la recomendación vigente y el 40 % de la propuesta de modificación o de ofrecer una formulación más flexible⁶⁸; en segundo lugar, los que presentan sugerencias que contribuyen a concretar y fortalecer las citadas recomendaciones para alcanzar el objetivo propuesto⁶⁹, y, finalmente, los que defienden la necesidad de adoptar medidas alternativas de carácter imperativo para lograr la paridad en los consejos de administración⁷⁰.

En esta sede resultan especialmente interesantes las contribuciones de Woman Forward⁷¹, a medio camino entre la segunda y la tercera categorías. En efecto, esta fundación apoya sin fisuras la consecución del objetivo del 40 %, pero es consciente de que «la falta de presión anterior y la evidente falta de sensibilización de las empresas sobre la necesidad de esta medida» dificultará su logro, por lo que propone una especie de moratoria de dos años. Durante este periodo, Woman Forward formula dos iniciativas: la primera es la implementación de un índice de diversidad de género en las empresas cotizadas⁷² que permita una comparativa de empresas por tamaño, sector y localización en relación con los principales indicadores de las políticas de diversidad de género y el porcentaje de cada sexo en los puestos de máxima decisión; la segunda iniciativa consiste en la creación de una *task force* de sensibilización y educación a las empresas compuesto por líderes de este debate, que Woman Forward se ofrece a liderar desde el punto de vista operativo. Los principales objetivos de esta plataforma serían los siguientes: 1.º Elaborar un *business case* que recoja las inquietudes y necesi-

⁶⁸ En este grupo se encuentran la Asociación Española de Banca, Bolsas y Mercados Españoles, Confederación Española de Cajas de Ahorros, Corporance Asesores de Voto SL, Deloitte Legal, Emisores Españoles, Georgeson, EOS at Federated Hermes, el Instituto de Consejeros-Administradores y Uría Menéndez.

⁶⁹ Nos referimos a Alembeeks, la Asociación Española de Ejecutiv@s y Consejer@s, Javier García Lacalle (profesor del Departamento de Contabilidad y Finanzas), Glass, Lewis & Co, Mercer, Morrow Sodali, Robeco, Woman Forward y Women CEO.

⁷⁰ El Colegio de Abogados de Barcelona argumenta que «no se han plasmado medidas eficientes para conseguir los objetivos establecidos hace 5 años y los que ahora parecen proponerse tampoco ofrecen garantías suficientes para conseguir el nuevo objetivo del 40 %, con lo que se hace difícil pensar que lo que no se ha conseguido con un porcentaje inferior se vaya a poder alcanzar con un porcentaje superior», por tanto, sugiere la necesidad de formular una norma de carácter imperativo con medidas más exigentes y controlables, como, por ejemplo, denegar la inscripción registral en el Registro Mercantil de aquellos cambios en los consejos de administración de las sociedades cotizadas que no cumplieran con el objetivo del 40 %. En la misma línea, la profesora de Derecho Mercantil Elena Pérez Carillo, quien propone seguir el modelo francés.

⁷¹ Woman Forward es una fundación que trabaja por impulsar la creación de valor en las organizaciones, promoviendo el talento femenino a través de la investigación. En particular, interesa destacar el informe «La creación de valor en los consejos y la diversidad de género: Cómo progresar para incrementar el número de mujeres en los consejos de administración en España 2/2016», disponible en <<https://biopen.bi.no/bi-xmlui/handle/11250/2408360>>.

⁷² Disponible en: <<https://womanforward.org/indice-de-diversidad-de-genero/>>.

dades específicas del mundo empresarial español; 2.º Invitar a personas relevantes dentro de los principales grupos de *stakeholders* con buen nivel de interlocución en asociaciones de ejecutivos y en federaciones empresariales para colaborar en la elaboración de la estrategia de concienciación y comunicación para ganar el respeto de la clase empresarial por la inclusión de las mujeres procedentes de un *talent pool* extendido; 3.º Dotar de actividad a la *task force* de competencias de supervisión para verificar el progreso e informar a las instancias políticas, incluyendo la CNMV; 4.º Proponer a las empresas de selección la adopción de un código de conducta que establezca el compromiso de presentar nuevos perfiles de candidatas de forma intensiva a los consejos de administración, e incluso dispuestos a ejercer ciertas tareas educativas respecto al *business case* adoptado, ampliando el *talent pool* a empresarias, académicas y funcionarias; 5.º Promover que las empresas contemplen estos esfuerzos al máximo nivel ejecutivo, incorporando medidas para incluir talento diverso, así como el diseño de carreras para las mujeres ejecutivas dentro de su organización. El propósito final es que una vez transcurridos los dos años, la *task force* elabore un informe con los avances obtenidos dirigido a las instancias políticas responsables, quienes habrán de valorar la adopción de medidas, tales como una ley de cuota de género u otras similares.

Por su parte, la Asociación Española de Ejecutiv@s y Consejer@s (EJECON)⁷³, además de solicitar la incorporación de la dimensión edad entre los criterios de diversidad⁷⁴, propone la inclusión de un recomendación 14 bis en la que contempla que el consejo de administración apruebe una política dirigida a procurar el equilibrio de género en los puestos sénior (son los que dependen del comité de dirección) y en los comités de dirección, a fin de asegurar la consistencia y estabilidad del recambio profesional o generacional en los puestos de máxima responsabilidad de las compañías y sus consejeros, y a fin de que en el año 2025 el número de altas directivas represente al menos el 30 % del total de los miembros del comité de dirección. Asimismo, sugiere que las propuestas para los puestos sénior y las de los miembros del comité de dirección sean presentadas en terna de candidatos y mediante un informe «ciego» que carezca de datos irrelevantes para decidir sobre la idoneidad del candidato/a. En caso de que no sea posible la terna, la CNR debe justificarlo.

Finalmente, algunos *proxy advisers*⁷⁵, como Alembeeks y Glass Lewis advierten, que, de cara a establecer una recomendación de voto, se fijarán no solamente en las cuotas de mujeres y diversidad estrictamente, sino que prestarán especial atención a planes y medidas que fomenten dicha diversidad. Por ello resulta imprescindible que las sociedades co-

⁷³ EJECON es una asociación que trata de favorecer el talento y la visibilidad de las mujeres en la alta dirección y el acceso a los consejos de administración. Más información en: <<https://ejecon.org/>>.

⁷⁴ Tanto la edad como el género son dimensiones que están presentes en todas las personas, por tanto, la propuesta es adecuada.

⁷⁵ Los *proxys advisers* son compañías de asesoría especializadas en elaborar recomendaciones de voto (*voting recommendations*) sobre los asuntos que una determinada sociedad va a someter a votación en una próxima junta de accionistas.

tizadas revelen las acciones concretas que se hayan llevado a cabo en cada ejercicio con el propósito de cumplir los objetivos de la política de selección de consejeros, como ya se han indicado en algunas iniciativas internacionales como el 30 % Club⁷⁶, el *whitepaper* de Robert Walters, *Diversity and Inclusion in Recruitment*⁷⁷, o de carácter privado como el *Gender Diversity Action Plan* de Fujitsu UK&I⁷⁸.

Tras la publicación de la versión revisada del CBG (2020) es evidente que ha prosperado la primera de las posiciones anunciadas, es decir, la de quienes postulaban la necesidad de fijar un plazo de transición entre el 30 % de la recomendación vigente y el 40 % de la propuesta de modificación, o de ofrecer una formulación más flexible con el siguiente enunciado añadido a la recomendación 15: «Y que el número de consejeras suponga, al menos, el 40 % de los miembros del consejo de administración antes de que finalice 2022 y en adelante, no siendo con anterioridad inferior al 30 %». Por su parte, la recomendación 14 presenta ciertas diferencias respecto a la redacción anterior y, en concreto, las siguientes: 1.º Se elimina la referencia a una política «de selección de consejeros» por una política «dirigida a favorecer una composición apropiada del consejo de administración»; 2.º Al hilo del tercer requisito de esta política, esto es, que favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias y género, se añade un párrafo precisando que «se considera que favorecen la diversidad de género las medidas que fomenten que la compañía cuente con un número significativo de altas directivas»; 3.º Finalmente, se suprime la referencia al objeto de representación del 30 % que, como se ha dicho, se incorpora a la recomendación 15.

Al margen de nuestra decepción por una fórmula que no hace sino diferir, una vez más, la consecución del objetivo de la igualdad de género en el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, es censurable que no se haya aprovechado la revisión/reforma del CBG para introducir alguna de las mejoras que serán apuntadas en este trabajo, como, por ejemplo, dotar de una mayor precisión y detalle la descripción de la política «dirigida a favorecer una composición apropiada del consejo de administración». Además, la bienintencionada pero demasiado imprecisa alusión a «las medidas que fomenten que la compañía cuente con un número significativo de altas directivas» como una de las estrategias para favorecer la diversidad de género seguramente tendrán poco recorrido.

⁷⁶ El 30 % club es una organización global liderada por presidentes y directores ejecutivos que promueven medidas para aumentar la diversidad de género en el consejo de administración y la alta dirección. Actualmente está presente en 15 países, entre los que, por cierto, no se encuentra España. Más información disponible en: <<https://30percentclub.org/>>.

⁷⁷ Robert Walters es una consultora dedicada a la búsqueda y selección especializada de mandos intermedios y directivos a nivel global. El documento que se cita explora estrategias que los empleadores pueden usar para acceder a grupos de talentos más diversos para crear una fuerza laboral que sea diversa e inclusiva. Disponible en: <<https://www.robertwalters.co.uk/hiring/campaigns/diversity-and-inclusion-in-recruitment.html>>.

⁷⁸ <<https://www.fujitsu.com/uk/about/local/corporate-responsibility/responsible-business-report/diversity-inclusion/>>.

2.3. La diversidad de género en la Ley de sociedades de capital⁷⁹

Los códigos de gobierno publicados entre 1988 y 2006 fueron coetáneos del texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, aprobado por el Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. Como es sabido, esta norma no contuvo ninguna disposición específica sobre el régimen jurídico de las sociedades cotizadas que, por otra parte, se hallaba previsto en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, que a su vez remitía a la norma societaria para todas aquellas cuestiones no contempladas en el título X (De las sociedades cotizadas). Unos años después de la publicación del CUBG, entró en vigor el Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (LSC)⁸⁰. En su redacción inicial, la LSC apenas contenía normas especiales relativas a la administración de la sociedad cotizada, salvo la exigencia de contar con un consejo de administración (art. 516) y las referencias al reglamento de dicho consejo (arts. 516 y 517).

Este estado de cosas empezó a cambiar cuando, como parte del Plan Nacional de Reformas de 2013, el Consejo de Ministros acordó crear una comisión de expertos⁸¹ para que elaborase un estudio que analizara la situación del buen gobierno de las sociedades en España y propusiese cuantas medidas fueran oportunas, con el fin de mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas⁸². Todas las propuestas contenidas en dicho informe fueron la base sobre la que se elaboró la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de las sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo. Cuatro años después, la LSC fue objeto de una nueva modificación en virtud de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo

⁷⁹ Por limitaciones derivadas de la extensión máxima, en este trabajo nos limitaremos a comentar alguna de las normas de gobierno corporativo contenidas en la LSC, sin embargo, hay que tener en cuenta que, en razón de su actividad, algunas sociedades cotizadas están sujetas a una profusa regulación sectorial de la gobernanza del sector que engloba aspectos tales como la idoneidad, las incompatibilidades las remuneraciones de los altos cargos de las entidades, o la estructura de sus órganos de administración y consiguientes comités. Este es el caso, por ejemplo, de las entidades de crédito y las entidades aseguradoras.

⁸⁰ La LSC derogó el título X de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de mercado de valores, relativo a las sociedades cotizadas, con excepción de los apartados 2 y 3 del artículo 114 y los artículos 116 y 116 bis. Estos preceptos fueron a su vez derogados por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, cuya disposición final quinta incorporó un nuevo capítulo VI a la Ley 24/1988 con el título «Informe anual de gobierno corporativo», que constaba de dos artículos, 61 bis y 61 ter, con disposiciones relativas a dicho informe y al informe anual sobre remuneraciones de los consejeros respectivamente.

⁸¹ Como dato curioso conviene señalar que, por primera vez, en este grupo de trabajo había mujeres. En particular, la presidenta y vicepresidenta de la CNMV, así como la abogada general del Estado en representación del Ministerio de Justicia.

⁸² La constitución de este grupo de trabajo coincidió con la publicación de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, que sirvió como referente, entre otros, para la elaboración del Informe de la Comisión de Expertos.

y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos⁸³.

Tras las citadas reformas, los aspectos relativos a la composición del consejo de administración y los requerimientos para la selección de sus miembros se reflejan en los preceptos que seguidamente serán comentados. En primer lugar, el artículo 529 bis de la LSC⁸⁴, además de proclamar el carácter necesario del consejo de administración en las sociedades cotizadas, impone a dicho órgano el deber de velar

porque los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad respecto a cuestiones, como *la edad*, el género, *la discapacidad* o la formación y experiencia profesionales y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, *que faciliten la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres*⁸⁵.

Como acertadamente explica Conthe⁸⁶,

en el periodo 2014-2015 tanto el artículo 529 bis de la LSC [en su redacción original]⁸⁷ como el CBG equipararon la diversidad de conocimientos y experiencia a la de género, lo que solo se explica racionalmente si se parte de la premisa de que las mujeres y los hombres actúan de forma distinta o mantienen sistemáticamente puntos de vista o perspectivas distintas, lo que hace conveniente mezclarlos, para que el consejo se enriquezca no solo de la multiplicidad de conocimientos [...] y experiencias [...], sino también con las distintas perspectivas de hombres y mujeres.

⁸³ Documento recuperado de <<http://data.europa.eu/eli/dir/2014/95/oj>>. Siendo más precisos, la transposición de la directiva se realizó en primer término mediante el Real Decreto-ley 18/2017, sobre información no financiera y diversidad, del 24 de noviembre, que asumió una transcripción casi literal de aquella. Posteriormente se tramita la ley sobre información no financiera y diversidad procedente del Real Decreto-ley 18/2017. Esta nueva norma sustituye el Real Decreto-ley, conteniendo importantes novedades.

⁸⁴ El Informe del grupo de expertos empezaba señalando que las cuestiones relativas al tamaño del consejo de administración, su estructura funcional, el número y la proporción de cada una de las clases de consejeros y, en especial, de los consejeros independientes, eran aspectos que no debían ser objeto de regulación imperativa, puesto que estaban directamente relacionados con las singularidades propias de cada sociedad. No obstante lo anterior, se reconocía la importancia del criterio de diversidad para el efectivo funcionamiento del órgano de administración, por lo que el grupo de expertos aconsejaba la introducción de una norma programática en esta línea, sin perjuicio de analizar la conveniencia de la inclusión de recomendaciones más concretas en esta materia en la reforma prevista del CUBG.

⁸⁵ Las cursivas son nuestras y reflejan las modificaciones introducidas por la Ley 11/2018.

⁸⁶ Documento recuperado en: <<https://www.expansion.com/blogs/conthe/2019/02/24/diversidad-de-genero-y-buen-gobierno.html>>.

⁸⁷ El texto entre corchetes es nuestro.

Sin embargo, la modificación introducida por la Ley 11/2018, que incorpora el criterio de la discapacidad, sugiere que el legislador español concibe la diversidad como una cuestión de derechos humanos⁸⁸. En nuestra opinión, no es equiparable la dimensión de género con el criterio «discapacidad»; la primera está presente en todos los seres humanos mientras que otras características, como la discapacidad, varían de persona a persona. Dicho de otro modo, es necesario situar el género en primer plano (hombres y mujeres), considerando de manera sistemática sus necesidades y prioridades y su situación específica⁸⁹.

Respecto a la CNR, que, como hemos visto, adquiere un papel central en el procedimiento de selección de las personas candidatas al consejo de administración⁹⁰, la LSC contempla su constitución obligatoria en el segundo párrafo del artículo 529 terdecies, y se refiere a su composición y funciones en el artículo 529 quinceles. Si bien esta última norma efectúa una remisión a los estatutos de la sociedad o el reglamento del consejo de administración en aspectos relativos al número de miembros y el funcionamiento de dicha comisión, también fija, con carácter imperativo, algunas exigencias tales como que esté integrada exclusivamente por consejeros no ejecutivos⁹¹ y que, como mínimo, dos de ellos sean consejeros independientes, así como que el presidente de la comisión sea designado de entre estos últimos. En cuanto a las funciones de la CNR, además de las previstas en los estatutos o en el reglamento del consejo de administración, el artículo 529 quinceles de la LSC ofrece una relación de las mismas, entre la que cabe destacar «el establecimiento de un objetivo de representación para el sexo menos representado en el consejo de administración y elaborar orientaciones sobre cómo alcanzar dicho objetivo».

Puesto que en el procedimiento de selección de los miembros del consejo parece pivotar la clave para favorecer el criterio de la diversidad, el artículo 529 decies de la LSC prevé

⁸⁸ Conviene recordar que la Directiva 2014/95 únicamente hace referencia, como criterios de diversidad, a la edad, el género y la formación y experiencias profesionales, pero no a la discapacidad.

⁸⁹ De hecho, la Resolución del Parlamento Europeo de 30 de noviembre de 2017, sobre la aplicación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad (2017/2127(INI)) resalta el hecho de que las mujeres y las niñas con discapacidad sufren una doble discriminación *debido a la confluencia de género y discapacidad*. Asimismo, reitera que las mujeres con discapacidad *se encuentran a menudo en situaciones de mayor desventaja* que los hombres con discapacidad, y que se encuentran con mayor frecuencia en riesgo de pobreza y exclusión social.

⁹⁰ Como establece el segundo párrafo del artículo 529 terdecies, puede haber una única comisión o dos separadas, si bien el CBG, tal y como hemos visto, recomienda esta última opción en el caso de sociedades de elevada capitalización.

⁹¹ En virtud de lo establecido en el artículo 529 duodecies de la LSC, se consideran consejeros ejecutivos aquellos que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella, los que sean altos directivos o consejeros de sociedades pertenecientes al grupo de la entidad dominante de la sociedad de que se trate y aquellos que simultaneen funciones de dirección y, al mismo tiempo, sean o representen a un accionista significativo o que esté representado en el consejo de administración. Son consejeros no ejecutivos todos los restantes consejeros de la sociedad, pudiendo ser dominicales, independientes u otros externos.

los siguientes requisitos: 1.º Que la propuesta de nombramiento de cualquier miembro del consejo vaya acompañada de un informe justificativo, que se unirá al acta de la junta general o del propio consejo y que valorará específicamente y en profundidad la competencia, experiencia y méritos del candidato; 2.º Que la propuesta de nombramiento o reelección de cualquier consejero independiente provenga necesariamente de la CNR; y 3.º Que se cuente con el informe previo de la CNR respecto de la propuesta de nombramiento o reelección de cualquier otro consejero. Asimismo, teniendo en cuenta precisamente la especial relevancia de una composición diversa en género, experiencias y conocimientos, y las especialidades en materia de procedimiento de nombramiento de los consejeros, se dispone que, como excepción al régimen general, no quepa en las sociedades cotizadas la designación de suplentes con la finalidad de que sea, en el momento de su nombramiento efectivo, cuando se valore su aptitud y adecuación para el cargo⁹².

Finalmente, la Ley 31/2014 incorporó a la LSC la sección 3.^a del capítulo IX del título XIV, integrada por los artículos 540 y 541, relativos al Informe anual de gobierno corporativo y al Informe anual sobre remuneraciones a los consejeros. De este modo se impuso a las sociedades cotizadas el deber de ofrecer información sobre

las medidas que, en su caso, se hubiesen adoptado para procurar incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres, así como las medidas que, en su caso, hubiere convenido en este sentido la Comisión de Nombramientos⁹³.

Este apartado fue modificado por la Ley 11/2018 exigiendo

una descripción de la política de diversidad aplicada en relación con el consejo de administración, de dirección y de las comisiones especializadas que se constituyan en su seno, por lo que respecta a cuestiones como la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesional de sus miembros; incluyendo sus objetivos, las medidas adoptadas, la forma en la que se han aplicado, en particular, los procedimientos para procurar incluir en el consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres y los resultados en el periodo de presentación de informes, así como las medidas que, en su caso, hubiera acordado respecto de estas cuestiones la comisión de nombramientos. Asimismo, las sociedades deberán informar si se facilitó

⁹² Apartado 3 del artículo 529 decies de la LSC.

⁹³ Subapartado 6.º de la letra c) del número 4 del artículo 540 de la LSC. Esta previsión es exigible únicamente a las sociedades cotizadas. El último inciso del subapartado 6.º de la letra c) del número 4 del artículo 540 expresamente prevé que «las entidades pequeñas y medianas, de acuerdo con la definición contenida en la legislación de auditoría de cuentas, únicamente estarán obligadas a proporcionar información sobre las medidas que, en su caso, se hubiesen adoptado en materia de género».

información a los accionistas sobre los criterios y los objetivos de diversidad con ocasión de la elección o renovación de los miembros del consejo de administración, de dirección y de las comisiones especializadas constituidas en su seno. En caso de no aplicarse una política de este tipo, se deberá ofrecer una explicación clara y motivada al respecto⁹⁴.

Debe tenerse en cuenta que la divulgación se plantea más bien como un instrumento y no como un fin en sí mismo. Y ello porque lo que realmente se espera es que dicha divulgación contribuya a la reflexión de las empresas sobre esta cuestión y a tener en cuenta la necesidad de una mayor diversidad en sus consejos de administración⁹⁵.

3. El enfoque de la igualdad de género en el marco de la responsabilidad social corporativa

Otra de las aproximaciones a la igualdad de género en el contexto de la toma de decisiones económicas, se produce en el marco de la responsabilidad social corporativa (RSC)⁹⁶.

⁹⁴ Véase la Circular 2/2018, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se modifica, entre otras, la Circular 5/2013, de 12 de junio, que establece los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores.

⁹⁵ Este enfoque estaba claramente presente en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones con el título «Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo - un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas (COM/2012/0740 final)». El objeto de este plan era presentar las iniciativas que la Comisión Europea se proponía adoptar para modernizar el derecho de sociedades y la normativa de gobierno corporativo, siendo una de sus líneas estratégicas el fomento de la transparencia y, más en particular, la divulgación de la política de diversidad del Consejo de Administración.

⁹⁶ Utilizamos los términos «responsabilidad social corporativa» y «responsabilidad social de la empresa» como sinónimos y, por tanto, en este trabajo nos referimos indistintamente a uno u otro. En nuestro país, el debate acerca de la RSE cristalizó en el Informe para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas (2006), más conocido como el Libro Blanco de la RSE en España, elaborado por la Subcomisión Parlamentaria de Responsabilidad Social del Congreso de los Diputados. El informe fue aprobado por unanimidad de todos los grupos políticos españoles, publicado en el BOCG 31 del 31 de julio 2006. Resulta destacable apuntar que es el primer documento de este tipo aprobado por un Parlamento Europeo. El Libro Blanco acoge la definición del Foro de Expertos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, apuntando que la RSE es «*además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes*, la integración voluntaria en su gobierno y su gestión, en su estrategia política y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, medio ambientales y de respeto de los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que se derivan de sus acciones. Una empresa es socialmente responsable cuando responde satisfactoriamente a las expectativas que sobre su funcionamiento tienen los

Desde 2011, la Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas la define como

la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad⁹⁷ [y abarca, como mínimo], los derechos humanos, las prácticas de trabajo y de empleo (como

distintos grupos de interés». Entre las recomendaciones formuladas por el Libro Blanco se encuentran las dirigidas a las empresas, especialmente las dirigidas al fomento de la igualdad entre hombres y mujeres en todos los planos de actividad de la empresa. Sobre este particular el Libro Blanco reconoce que la empresa es uno de los espacios sociales en los que más difícil está resultando la igualdad de derechos entre las mujeres y los hombres y en el que resultan evidentes discriminaciones en el salario, en las profesiones, en la carrera profesional, en los órganos directivos, etc. Por tanto, defiende que una política integral de RSE debe incluir un compromiso firme y decidido por ir superando esas desigualdades y debe tener aplicación en todos los planos de actividad empresarial. Unos años después se publicó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuyo capítulo VI estaba dedicado a la promoción de la RSE. En particular, el artículo 39 ordena a las Administraciones públicas a mantener una política de promoción de la RSE con el objetivo de incentivar la incorporación o desarrollo de políticas de RSE en instituciones públicas y privadas, especialmente pymes y autónomos. Esta política de promoción se concreta en la difusión del conocimiento de la RSE y las mejores prácticas, así como en el estudio y el análisis de los efectos de estas políticas sobre la competitividad empresarial. Adicionalmente, el precepto prevé que el Gobierno ponga a disposición «un conjunto de características e indicadores» para la autoevaluación de la RSE, así como modelos y referencias de reporte de acuerdo con los estándares internacionales en la materia. Estos indicadores y modelos de referencia han de atender en especial a una serie de objetivos, entre los que se encuentran el buen gobierno corporativo y la promoción de la integración de la mujer y de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Unos años después, el Consejo de Ministros adoptó la Estrategia 2014-2020 para empresas, Administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora. Dicha estrategia parte de 6 principios y se articula en torno a 4 objetivos y 10 líneas de actuación que enmarcan un total de 60 medidas. El documento incluye, además, en su parte final una clasificación de las 60 medidas que contempla según su prioridad y determina qué entidades son las encargadas de impulsar y poner en marcha cada una de las actuaciones. Precisamente en el marco de una de las líneas de actuación consistente en el «buen gobierno y transparencia como instrumentos para el aumento de la confianza» se enmarcaron, entre otras, la elaboración de la Ley 31/2014. La línea de actuación citada afirma la idea de que «las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia son señas de identidad de las organizaciones socialmente responsables»; asimismo señala que «el papel de los consejos de administración y órganos directivos en el desarrollo y seguimiento de la estrategia de las compañías es crítico como motor del impulso de prácticas responsables». Otra de las líneas de actuación que interesa destacar es la relativa a la «gestión responsable de los recursos humanos y fomento del empleo» en cuyo contexto se plantea una de las medidas consistente en «impulsar actuaciones para favorecer la diversidad en las plantillas, mediante una política de igualdad de oportunidades». En este sentido, la estrategia argumenta que «la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en las empresas, incluidos los propios comités de dirección y los consejos de administración, constituye una medida eficaz para alcanzar la igualdad en materia de selección, promoción, formación y retribución salarial».

⁹⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas, Bruselas, 25.10.2011, COM (2011) 681 final. Documento recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011DC0681>.

la formación, *la diversidad, la igualdad de género*⁹⁸ y la salud y el bienestar de los trabajadores), las cuestiones medioambientales (como la biodiversidad, el cambio climático, el uso eficiente de los recursos, la evaluación del ciclo de vida y la prevención de la contaminación) y la lucha contra el fraude y la corrupción. La participación de las comunidades locales y el desarrollo, la integración de las personas con discapacidad y los intereses de los consumidores, incluida la intimidad, forman parte también de la agenda sobre la RSE. Se admite que la promoción de la responsabilidad social y medioambiental en la cadena de suministro y la divulgación de información no financiera son aspectos transversales importantes⁹⁹.

Es importante señalar que la Estrategia de la UE integra los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos¹⁰⁰ en el marco normativo de referencia para la aplicación de la RSE. En dicho texto, así como en los que fueron aprobados para su aplicación¹⁰¹, los derechos de las mujeres aparecen vinculados a los principios fundacionales y a la debida diligencia *en materia de derechos humanos*. En opinión de algún autor (Gil Sánchez, 2013, p. 185) esta cuestión es especialmente relevante para el reconocimiento de los derechos de las mujeres en la esfera transnacional. En este sentido, los principios *advierten* que el primer paso para asegurar el cumplimiento de los derechos humanos es evaluar e identificar la naturaleza de las posibles consecuencias negativas de las actividades empresariales, y añaden que

las empresas deben prestar especial atención a las consecuencias concretas sobre los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones expuestos a un mayor riesgo de vulnerabilidad o de marginación, y *tener presentes los diferentes riesgos que pueden enfrentar las mujeres y los hombres*¹⁰².

⁹⁸ La cursiva es nuestra.

⁹⁹ El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo manifestó su decepción con el planteamiento de la comunicación, argumentando que «el plan de acción de la Comisión es sobre todo un reflejo de la antigua (y ya abandonada) definición de la RSE y representa una mera continuación de las actividades promocionales de los últimos diez años». Véase Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas» COM (2011) 681 final (2012/C 229/15).

¹⁰⁰ Los principios rectores fueron aprobados por consenso por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el 2011 y constituyen el estándar global de referencia sobre el tema de empresas y derechos humanos. Documento disponible en: <<https://observatoriorisc.org/principios-rectores-sobre-las-empresas-y-los-derechos-humanos-puesta-en-practica-del-marco-de-las-naciones-unidas-para-proteger-respetar-y-remediar/>>.

¹⁰¹ Nos referimos, por ejemplo, a «La Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos: Guía para la interpretación». Documento disponible en <<http://acnudh.org/18632/>>.

¹⁰² Los principios rectores (versión en español), p. 1. La cursiva es nuestra.

Así pues, se confirman algunas de nuestras reflexiones anteriores acerca de situar el género en primer plano (hombres y mujeres), considerando de manera sistemática sus necesidades y prioridades y su situación específica.

A nivel interno el CBG, tanto en su versión de 2015 como en la actual, argumenta que «es recomendable que las empresas analicen cómo impacta su actividad en la sociedad y cómo esta impacta, a su vez, en la empresa. De esta manera, utilizando como referencia la cadena de valor, la empresa puede identificar cuestiones sociales que permitan la creación de valor compartido»¹⁰³. En consecuencia, el CBG (2015) incorporaba el principio 24 con el siguiente tenor: «La sociedad promoverá una política adecuada de responsabilidad social corporativa, como facultad indelegable del consejo de administración, ofreciendo de forma transparente información suficiente sobre su desarrollo, aplicación y resultados». Y en el mismo sentido, el artículo 529 ter 1 a) de la LSC. Dicho principio ha experimentado algunos cambios tras la revisión efectuada en 2020, de modo que la referencia a «una política adecuada de responsabilidad social corporativa» se sustituye por la de «una política adecuada de sostenibilidad en materias medioambientales y sociales»¹⁰⁴.

En su redacción de 2015, el principio 24 albergaba dos recomendaciones, la primera (recomendación 54) desarrollaba el contenido mínimo recomendado de la política de RSC, cuya aprobación corresponde al consejo de administración, siendo una de las menciones «las prácticas concretas en cuestiones relacionadas con: accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, *diversidad*, responsabilidad fiscal, respeto de los derechos humanos y prevención de conductas ilegales»¹⁰⁵. La recomendación 55 ordenaba que la sociedad informe sobre los asuntos relacionados con la responsabilidad social corporativa, utilizando para ello alguna de las metodologías aceptadas internacionalmente. Tras la revisión del CBG, la actual recomendación 55 (equivalente a la antigua 54) enuncia el contenido de las políticas de sostenibilidad en materias medioambientales en términos similares a su predecesora y, además, se elimina el contenido de la recomendación 55 dado que, como veremos, el informe al que se refiere ha devenido obligatorio para las sociedades cotizadas de más de 500 empleados, por lo que se entiende que no tendría sentido mantenerla solo para las sociedades más pequeñas a las que la ley exime de tener que formular el estado de información no financiera. El IAGC (2019)¹⁰⁶ informa de

¹⁰³ CBG, p. 47.

¹⁰⁴ A la vista de la nueva redacción de las recomendaciones parece claro que el nuevo CBG (2020) apuesta por el concepto de sostenibilidad, si bien conviene matizar que la referencia a esta idea no es totalmente nueva, ya que el anterior CBG de 2015 la incorporó en su recomendación 12 como un componente necesario en el propósito de las sociedades de definir el interés social como «la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa y que procure conciliar los intereses de los diferentes grupos de interés».

¹⁰⁵ La cursiva es nuestra.

¹⁰⁶ IAGC, p. 97. El informe explica que este incremento en la recomendación 55 «se debió a que la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, la Ley de Sociedades de

que «siguió incrementándose el porcentaje de sociedades que contaban con una política de responsabilidad social corporativa con el contenido mínimo recomendado por el Código, con un 80,3 % en 2019, 3 puntos porcentuales más que en 2018». Por su parte, «gran parte de las empresas de menor capitalización que no seguían la recomendación explicaban que consideraban adecuado desarrollar únicamente los contenidos apropiados para una empresa de su tamaño»¹⁰⁷.

Al margen del CBG, en el ordenamiento jurídico español existen dos normas jurídicas que expresamente abordan el tema de la igualdad de género en los consejos de administración y, más en general, en la empresa, desde el enfoque de la RSC.

3.1. La Ley Orgánica 7/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres

Tal y como vaticinaba el Informe de los autores del CUBG, apenas 10 meses después de su aprobación entró en vigor la LOI. Esta norma transpuso al ordenamiento jurídico español una serie de directivas comunitarias¹⁰⁸, si bien su contenido

desborda las previsiones de los referidos instrumentos jurídicos, pues, como se desprende de su título, se plantea la aplicación de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la plenitud de las relaciones políticas, laborales, económicas, culturales y sociales, así como en las personales y familiares, incidiendo para ello en todo el Ordenamiento jurídico (Valpuesta Fernández, 2007, p. 5).

El preámbulo de la LOI argumenta que

el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el

Capital y la Ley de Auditoría de Cuentas en materia de información no financiera y diversidad incorporó esta práctica al ordenamiento jurídico para las compañías que cuenten con más de 500 empleados».

¹⁰⁷ IAGC, p. 98.

¹⁰⁸ Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, de igualdad de trato de hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesionales, a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y suministro, que reflejan la preocupación de las instituciones de la Unión Europea por la situación de las mujeres, y el impulso que desde las mismas se está dando para corregirla. También incorpora la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

mayor desempleo femenino, *la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica*, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres [...] es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos¹⁰⁹.

Por ello, defiende la necesidad de

una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla.

En este contexto, el título VII de la LOI contempla la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social por las empresas en materia de igualdad, que pueden ser también objeto de concierto con la representación de los trabajadores y las trabajadoras, las organizaciones de consumidores, las asociaciones de defensa de la igualdad o los organismos de igualdad (art. 73) y regula el uso de estas acciones con fines publicitarios (art. 74). En este título se incluyó el fomento¹¹⁰ de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración¹¹¹ de las sociedades mercantiles¹¹², obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviadas (por tanto se incluyen todas las cotizadas)¹¹³, con-

¹⁰⁹ La cursiva es nuestra.

¹¹⁰ Aunque es evidente que se trata de una medida de carácter no imperativo, entre la doctrina se ha planteado cierto debate sobre la naturaleza jurídica de la misma. En particular Embid argumenta que nos encontramos ante una obligación de medios; el satisfactorio cumplimiento está vinculado al empleo de la diligencia por parte de las sociedades afectadas por la norma. Así, estas sociedades harán, dentro del marco de su diligencia, todo lo posible para que se logre, dentro del plazo establecido en la ley, la ya mencionada presencia equilibrada de mujeres y hombres en el consejo de administración, sin que la ausencia de este resultado, *per se*, deba considerarse incumplimiento de su obligación (Embid Irujo, 2008, p. 340).

¹¹¹ La disposición adicional primera de la LOI precisa qué ha de entenderse por «presencia equilibrada», que, en el contexto de los consejos de administración, significa que las personas (vocales del consejo) de cada sexo no superen el 60 % ni sean menos del 40 %.

¹¹² En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del artículo 75 de la LOI hay dos cuestiones relevantes. La primera es que se exceptúan del alcance de la disposición reseñada aquellas sociedades que tengan organizada su estructura administrativa mediante cualquiera de las otras formas previstas en el ordenamiento jurídico, que no sea específicamente el consejo de administración, por lo tanto, quedan excluidas las que adopten fórmulas de organización del órgano de administración de carácter unipersonal (administrador único) o pluripersonal (varios administradores, mancomunados o solidarios). Respecto a la «mercantilidad» de las sociedades, es claro que se refiere a las sociedades contempladas en el artículo 122 del Código de Comercio: (1) la sociedad regular colectiva, (2) la sociedad comanditaria simple o por acciones, (3) la sociedad anónima y (4) la sociedad de responsabilidad limitada.

¹¹³ Recuérdese que en virtud de lo establecido en el artículo 536 de la LSC, «las sociedades cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Eu-

cediendo para ello un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta norma (art. 75). Como indica el preámbulo, la finalidad de esta medida es que «el criterio prevalente en la incorporación de consejeros sea el talento y el rendimiento profesional, ya que, para que el proceso esté presidido por el criterio de imparcialidad, el sexo no debe constituir un obstáculo como factor de elección». Así pues, parece claro que el artículo 75 de la LOI contiene una directriz que «conserva la naturaleza voluntaria predominante en las acciones de responsabilidad social corporativa» (Campuzano Laguillo, 2019, pp. 51 y 52). Sobre este particular, Campuzano argumenta que «la consolidación de este principio en las empresas privadas incluidas en la norma dependerá, esencialmente, de ellas y de la repercusión externa que implique su adopción».

Once años después de la entrada en vigor de la LOI, el grupo parlamentario Socialista presentó una proposición de ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹¹⁴ de aciaga trayectoria¹¹⁵, puesto que transitó a lo largo de dos legislaturas¹¹⁶, concluyendo, invariablemente, con la retirada o caducidad de la misma. No fue hasta el comienzo de 2019, con el Gobierno socialista conformado tras la moción de censura, que se aprobó el 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 ocupación¹¹⁷, que contiene alguna de las medidas de las sucesivas proposiciones de ley. En particular, modifica la LOI en dos aspectos importantes: en primer lugar, cambia el apartado 2 del artículo 45, que establece la obligatoriedad de elaborar y aplicar un plan de igualdad a las empresas de 50 trabajadores o más en lugar

ropea no podrán formular balance y estados de cambios en el patrimonio neto abreviados *ni cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas*».

¹¹⁴ Presentada el 7 de marzo de 2018 (BOCG. Congreso de los Diputados, núm. B-231-1 de 16 de marzo de 2018, p. 1), cuya caducidad fue anunciada en el BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-519 de 27 de marzo de 2019.

¹¹⁵ Cuestión nada sorprendente teniendo en cuenta las convulsas circunstancias que acaecieron durante las legislaturas XII y XIII.

¹¹⁶ En efecto, durante la XII legislatura se presentó nuevamente dicha proposición el 1 de agosto de 2018 (BOCG. Congreso de los Diputados, núm. B-306-1 de 7 de septiembre de 2018, p.1) que también caducó. En la XIII legislatura se registró la proposición el 19 de julio de 2019, retirada el 25 de julio de 2019, y de nuevo el 23 de julio de 2019 (BOCG. Congreso de los Diputados, núm. B-69-1 de 30 de julio de 2019, pág. 1) caducada el 23 de octubre de 2019 (BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-70 de 23 de octubre de 2019, p. 31).

¹¹⁷ Este decreto-ley fue convalidado por el Congreso de los Diputados (Resolución de 3 abril de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación 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 (BOE de 10 abril de 2019). El 7 de mayo de 2019, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 2206-2019, promovido por más de 50 diputados del grupo parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, contra el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo.

de los 250 que exigía el precepto con anterioridad¹¹⁸. En segundo término, se modifica el apartado 2 y se añaden tres nuevos apartados, 4, 5 y 6, al artículo 46, relativo al contenido de los planes de igualdad de las empresas¹¹⁹.

Sin embargo, el decreto-ley no ofreció ninguna previsión respecto al artículo 75 de la LOI, por lo que conviene detenerse en la proposición de ley que mostró un recorrido más amplio, específicamente nos referimos a la registrada el 1 de agosto de 2018¹²⁰. La exposición de motivos de esta proposición reconocía que en tanto los contenidos fundamentalmente obligatorios de la LOI habían tenido un impacto relevante a la hora de hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (por ejemplo, los planes de igualdad), las medidas de naturaleza fundamentalmente promocional o de fomento, como la prevista en el artículo 75 de la LOI, habían obtenido resultados discretos, cuando no insignificantes, lo que contravenía la propia finalidad de la norma. Por este motivo se proponía reformular su redacción para establecer una obligación, para que se cumpliera con el principio de presencia equilibrada en el año 2023, pero sin contemplar ninguna sanción en caso de incumplimiento. La modificación del artículo 75 únicamente fue objeto de tres enmiendas¹²¹, presentadas por los grupos parlamentarios Ciudadanos¹²², Socialista¹²³ y Mixto¹²⁴, que no cuestionaron en ningún caso el establecimiento de esta medida, sino más bien su ámbito subjetivo de aplicación.

3.2. Ley 11/2018, de 28 de diciembre, en materia de información no financiera y diversidad

Aunque ya hemos referencia a esta norma en otro epígrafe, conviene ahora detenerse sobre aquellas modificaciones que la misma introdujo en la LSC y en el Código de Comercio en relación con la presentación del estado de información no financiera (EINF). El preámbulo de la Ley 11/2018, reproduciendo parte del contenido del considerando 3 de la Directiva 2014/95/UE, indica que

¹¹⁸ Téngase en cuenta que el decreto-ley introdujo una disposición transitoria décima segunda en la LOI de aplicación paulatina de los artículos 45 y 46.

¹¹⁹ En este sentido, se concretan las materias que, como mínimo, deben integrar el plan de igualdad, tales como: a) Proceso de selección y contratación, b) Clasificación profesional, c) Formación, d) Promoción profesional, e) Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres, f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral, g) Infrarrepresentación femenina, h) Retribuciones, i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

¹²⁰ Expediente 122/000268.

¹²¹ BOCG. Congreso de los Diputados, núm. 306-4-B de 17 de enero de 2019.

¹²² Enmienda núm. 45.

¹²³ Enmienda núm. 193.

¹²⁴ Enmienda núm. 166, del Sr. Campuzano i Canadés.

la divulgación de información no financiera *o relacionada con la responsabilidad social corporativa* contribuye a medir, supervisar y gestionar el rendimiento de las empresas y su impacto en la sociedad. A la vez, su anuncio resulta esencial para la gestión de la transición hacia una economía mundial sostenible que combine la rentabilidad a largo plazo con la justicia social y la protección del medio ambiente¹²⁵.

Entrando ya en aspectos concretos de esta nueva obligación legal, en virtud de lo establecido en el artículo 2.3 de la Ley 11/2018, que modifica el artículo 262 de la LSC relativo al «contenido del informe de gestión», las sociedades cotizadas que tengan un número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio superior a 500¹²⁶ deberán incluir en el informe de gestión un EINF (individual o consolidado) o elaborar un informe separado con el mismo contenido que el previsto por el artículo 49, apartados 5, 6 y 7 del Código de Comercio¹²⁷. A tenor del artículo 49.6 del citado texto legal, el EINF ha de incluir la información necesaria para comprender la evolución, los resultados y la situación del grupo, y el impacto de su actividad

respecto, al menos, a cuestiones medioambientales y sociales, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno, así como relativas al personal, incluidas las medidas que, en su caso, *se hayan adoptado para favorecer el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres*¹²⁸.

En particular, el apartado II, párrafo 6 del artículo 49 del Código de Comercio exige aportar información significativa sobre cuestiones sociales y relativas al personal, tales como

las medidas adoptadas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres; planes de igualdad (Capítulo III de la Ley Orgánica 3/2007, de

¹²⁵ La cursiva es nuestra.

¹²⁶ En efecto, el apartado 5 del artículo 262 de la LSC dispone que:

Están obligadas a presentar el estado de información no financiera, individual o consolidado, las sociedades en las que concurren los siguientes requisitos: a) Que el número medio de trabajadores empleados por la sociedad o el grupo, según el caso, durante el ejercicio sea superior a 500. b) Que o bien tengan la consideración de entidades de interés público de conformidad con la legislación de auditoría de cuentas, o bien, durante dos ejercicios consecutivos, reúnan a la fecha de cierre de cada uno de ellos, a nivel individual o consolidado, según el caso, al menos dos de las circunstancias siguientes: 1) Que el total de las partidas del activo sea superior a 20.000.000 de euros. 2) Que el importe neto de la cifra anual de negocios supere los 40.000.000 de euros. 3) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 250.

En este sentido, conviene recordar que las sociedades cotizadas son entidades de interés público en virtud de lo establecido en el artículo 3.5 a) de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

¹²⁷ Artículo 262.5 de la LSC.

¹²⁸ Para la redacción de la información financiera pueden ser sumamente útiles las directrices sobre la presentación de informes no financieros (2017/C 215/01).

22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) [...] la política contra todo tipo de discriminación y, en su caso, de gestión de la diversidad.

Teniendo en cuenta que, según la disposición transitoria de la Ley 11/2018, las modificaciones introducidas por esta serán de aplicación para los ejercicios económicos que se inicien a partir del 1 de enero de 2018, resulta interesante valorar la calidad de la información sobre los aspectos citados proporcionada en la documentación y en las memorias públicas y accesibles de las sociedades cotizadas o, cuando menos, de las que integran el IBEX 35. En este sentido, el Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa¹²⁹ publicó en fechas recientes un estudio con el título «La Responsabilidad Social Corporativa en las memorias anuales de las empresas del IBEX 35» correspondiente al ejercicio 2018¹³⁰, en el que concluye que:

si bien la práctica totalidad de las empresas analizadas hacen mención explícita en sus memorias de sostenibilidad y estados de información no financieros a los problemas y desafíos relacionados con cada una de las áreas de estudio –fundamentalmente en relación con medio ambiente, social y corrupción–, la calidad de la información que presentan respecto a cada uno de estos aspectos es *todavía deficiente*, y no alcanza un nivel adecuado en ninguna de las áreas analizadas a pesar de las obligaciones impuestas por la nueva ley mercantil (p. 42)¹³¹.

En cuanto a las medidas adoptadas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, el Informe del Observatorio explica que

un total de 22 empresas del IBEX aportan explicaciones en su EINF que permiten conocer realmente qué tipo de herramientas está utilizando la empresa en este sentido, esta vez, todas las empresas del Sector de Servicios Financieros aportan información. Solo 9 empresas explican en sus EINF sus planes de igualdad, algunas hacen una exposición más o menos detallada de las líneas maestras de sus planes de igualdad, pero no hacen públicos los mismos¹³².

¹²⁹ El Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa (Observatorio de RSC), es una organización sin ánimo de lucro que nace en el año 2004 de la mano de varias organizaciones de la sociedad civil con el objetivo de trabajar en el impulso de la correcta aplicación de la responsabilidad social corporativa. Más información disponible en: <<https://observatoriorsc.org/>>.

¹³⁰ Documento recuperado, previa solicitud en: <<https://observatoriorsc.org/la-responsabilidad-social-corporativa-en-las-memorias-anuales-de-las-empresas-del-ibex-35/>>. El estudio indica que, con la finalidad de proporcionar homogeneidad al análisis, se han tomado como base las memorias de sostenibilidad o similares del ejercicio 2018 elaboradas por las empresas españolas que contuvieran información sobre aspectos de RSC. En el caso del análisis de indicadores procedentes de la Ley 11/2018 sobre información no financiera y diversidad se ha procedido al análisis del estado de información no financiera que forma parte del informe de gestión consolidado.

¹³¹ La cursiva es nuestra.

¹³² «La Responsabilidad Social Corporativa en las memorias anuales de las empresas del IBEX 35», p. 346.

4. Recapitulación y crítica

Desde la perspectiva del gobierno corporativo, los instrumentos jurídicos a favor de la diversidad de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas se articulan en torno a una norma programática, que no contiene proposiciones imperativas ni establece mecanismos suficientes para asegurar su aplicación, y a una recomendación que puede cumplirse o no, siempre que, en este último caso, se expliquen las razones de dicho incumplimiento. La primera (art. 529 bis LSC) insta al consejo a «cuidar solícitamente»¹³³ de los *procedimientos de selección de sus miembros* a fin de que faciliten la diversidad y, específicamente, la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres (40%/60%). La segunda (recomendación 14) sugiere que el órgano colegiado de administración apruebe «una política dirigida a favorecer una composición apropiada del consejo de administración» y, en particular, que «favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias, edad y género», entendiéndose que favorecen la diversidad de género las medidas que fomenten que la compañía cuente con un número significativo de altas directivas.

Es interesante advertir la diversa utilización de los términos «procedimiento de selección» y «política», surgiendo la duda acerca de si pueden considerarse equivalentes. Para resolver esta cuestión conviene distinguir previamente entre «procedimiento» y «proceso» acudiendo, a falta de un referente mejor, a las normas de gestión de la calidad¹³⁴. Así, un proceso puede ser entendido como un conjunto de fases sucesivas para realizar una actividad determinada (qué se hace). Sin embargo, un procedimiento explica cómo se lleva a cabo cada proceso y marca las pautas de cómo se desarrolla *en la práctica* la secuencia de actividades de un proceso (cómo se hace). Por otra parte, una «política» podría definirse como una suerte de plan general de acción que sirve de guía orientadora para la aplicación de las prácticas concretas en la materia de que se trate (Quirós Tomás, 2015). Algunos magníficos ejemplos del contenido de una política se encuentran en el propio CBG, en particular, en las recomendaciones 45 (Política de control interno y gestión de riesgos) y 55 (Políticas de sostenibilidad en materias medioambientales y sociales)¹³⁵ que, por cierto, resultan mucho más minuciosas y precisas que la política prevista en la recomendación 14. Sobre la base de lo expuesto se concluye que

¹³³ Esta es la séptima acepción del verbo «velar» en el DRAE.

¹³⁴ Se han consultado la ISO 9001 2015 y el modelo de evaluación de AUDIT, entre otros.

¹³⁵ El contenido actual de la recomendación 55 es el siguiente:

Que las políticas de sostenibilidad en materias medioambientales y sociales identifiquen e incluyan al menos: a) Los principios, compromisos, objetivos y estrategia en lo relativo a accionistas, empleados, clientes, proveedores, cuestiones sociales, medio ambiente, diversidad, responsabilidad fiscal, respeto de los derechos humanos y prevención de la corrupción y otras conductas ilegales. b) Los métodos o sistemas para el seguimiento del cumplimiento de las políticas, de los riesgos asociados y de su gestión. c) Los mecanismos de supervisión del riesgo no financiero, incluido el relacionado con aspectos éticos y de conducta empresarial. d) Los canales de comunicación, participación y diálogo con los grupos de interés. e) Las prácticas de comunicación responsable que eviten la manipulación informativa y protejan la integridad y el honor.

«procedimiento» y «política» no son en absoluto equiparables, como lo demuestra, además, la nueva redacción del subapartado 6.º de la letra c) del número 4 del artículo 540 de la LSC. En este sentido nótese que dicha política comprende, entre otras cuestiones, *los procedimientos* para procurar incluir en el consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada. Precisamente al hilo de este precepto, surge un nuevo dilema sobre si la «política» a la que se refiere la recomendación 14 del CGB y la «política de diversidad» (aplicada al Consejo) pueden considerarse documentos análogos. En nuestra modesta opinión, la política de diversidad presenta un carácter más general, que permitiría incluir aspectos concretos relativos a la selección de consejeros/as y personal de la alta dirección, pero los textos de referencia no contienen ningún indicio al respecto.

En todo caso sería aconsejable que, al margen de homogeneizar la terminología utilizada, el legislador contemplara el establecimiento de una política de diversidad como una facultad indelegable del consejo de administración, y ello no solo para evitar cualquier tipo de discordancia o confusión, sino porque se trata de un asunto crucial para el correcto desempeño del máximo órgano de supervisión y control. En cuanto al CBG, convendría que la recomendación sobre la política «dirigida a favorecer una composición apropiada del consejo de administración» mostrara, cuando menos, el mismo nivel de detalle y concreción que el resto de políticas a las que se ha hecho referencia.

Respecto al procedimiento de selección en sentido estricto, tanto la LSC como el CBG coinciden en atribuir *su gestión* a una comisión delegada del consejo integrada mayoritariamente por consejeros/as independientes que, *a priori*, desempeñen sus funciones sin verse condicionados por relación alguna con el equipo gestor ni con los accionistas de control de la sociedad. Por cierto, las alusiones al criterio de diversidad o, más bien, a la necesidad de su consideración en relación con esta comisión, se encuentran en la Guía Técnica 1/2019¹³⁶ y, de forma tangencial, en el subapartado 6.º de la letra c) del número 4 del artículo 540 de la LSC, pero no de modo expreso en las normas que hacen referencia específicamente a la composición de la CNR.

Lo que en ningún caso queda claro es a quién le corresponde el diseño de dicho procedimiento. En principio, no parece que sea el propio consejo, ya que del tenor del artículo 529 bis de la LSC parece deducirse que sus funciones se limitan a supervisar que el mismo *carezca de sesgos implícitos* que le impidan lograr los objetivos de diversidad y presencia equilibrada. Con independencia de esta cuestión, la LSC alude indirectamente a dos aspectos de este procedimiento cuando enuncia las funciones de la CNR. En primer lugar, se refiere a la que podríamos denominar «fase de análisis de la necesidad de selección y definición del perfil requerido», estableciendo como una de las funciones inexcusables de la CNR la de «evaluar las competencias, conocimientos y experiencia necesarios en el consejo de administración» y la definición de «las funciones y aptitudes necesarias en los candidatos que deban cubrir cada vacante»; el segundo aspecto corresponde a la exigencia de formular un informe jus-

¹³⁶ Guía Técnica 1/2019, p. 6

tificativo que avale las propuestas de la CNR. Por tanto, no hay ninguna indicación a otras fases intermedias del procedimiento de selección como el reclutamiento de candidatos/as, la preselección o la selección de los mismos (González Merino, 2014), si bien la Guía Técnica 1/2019 proporciona algunas sugerencias al respecto. Además de la gestión del procedimiento de selección, la LSC también encomienda a la CNR el establecimiento de un objetivo de representación para el sexo menos representado en el consejo de administración y la elaboración de orientaciones sobre cómo alcanzar dicho objetivo, cuestión esta criticable ya que, en atención a lo expuesto, dicho objetivo correspondería fijarlo al propio consejo en el contexto de la política «dirigida a favorecer una composición apropiada del consejo de administración de Selección» o de diversidad.

Sin duda, el diseño del procedimiento de selección es un tema crítico, hasta el punto de que se alude a la falta de transparencia de los criterios de cualificación y de los procedimientos de selección para puestos en los consejos como uno de los parámetros que contribuyen a perpetuar la selección de miembros con características similares y, por tanto, a la falta de diversidad de este órgano¹³⁷. Por este motivo consideramos imprescindible que: 1.º Se dilucide el responsable de su diseño; 2.º El procedimiento explique de manera detallada el ámbito de aplicación, los actores que intervienen, el desarrollo de la secuencia de actividades y cómo se concreta la participación de los grupos de interés. Asimismo, es esencial que contemple los objetivos, el seguimiento y la evaluación de los resultados, y la toma de decisiones de mejora a partir de la evaluación; 3.º Se formalice en un documento de acceso público (por ejemplo, en la web corporativa de la sociedad).

En vista de lo anteriormente expuesto, es razonable cuestionar la eficacia de este entramado normativo, que se caracteriza por una cierta descoordinación y una patente falta de precisión en aspectos sumamente relevantes. Por tanto, no puede descartarse que uno de los factores explicativos del *gap* entre la retórica (jurídica) y la práctica a la hora de promocionar mujeres en los consejos de administración radique en un marco jurídico manifiestamente mejorable. Las evidencias, al margen del persistente incumplimiento de los objetivos de representación femenina, se encuentran en la redacción de las políticas de selección de consejeros y en el grado de seguimiento de la recomendación 14. En efecto, una simple lectura de estas políticas permite constatar la vaguedad e imprecisión de sus propuestas que, en muchos casos, se limitan a reproducir los preceptos legales (como el objetivo del 30 %) sin aportes adicionales que permitan discernir el compromiso de la sociedad con la diversidad¹³⁸. Por otro lado, el IAGC (2019)¹³⁹ expone que

¹³⁷ De la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines (2012).

¹³⁸ Obviamente hay alguna excepción en el caso de las sociedades del IBEX como, por ejemplo, Caixa-bank, Sabadell, Santander, Bankia, Iberdrola y Red Eléctrica Española, cuyas políticas de selección destacan por un mayor nivel de detalle.

¹³⁹ IAGC, p. 91

aunque sigue mejorando respecto a ejercicios anteriores, el grado de seguimiento de la recomendación 14 (que el consejo de administración apruebe una política de selección de consejeros que favorezca la diversidad de conocimientos, experiencias y género en su composición) siguió siendo bajo, 16 puntos porcentuales menos que la media del Código de buen gobierno.

Y añade que

a pesar de que afirmasen contar con una política de selección de consejeros que favorecía la diversidad de género, la mayoría de las sociedades que no seguían esta recomendación no van a conseguir el objetivo de que en el año 2020 el número de consejeras represente, al menos, el 30 % del total de miembros del consejo¹⁴⁰.

Sin embargo, es evidente que las deficiencias técnicas del marco jurídico no son las únicas razones que considerar para analizar el fenómeno de la infrarrepresentación femenina en los consejos de administración y la alta dirección de las sociedades cotizadas. Una nutrida cantidad de publicaciones científicas e investigaciones desarrolladas por distintos organismos públicos y organizaciones y asociaciones de carácter privado analiza con detalle las causas de desigualdad en el ámbito económico y empresarial en España, identificando las barreras que impiden que las mujeres puedan desarrollar plenamente su trayectoria profesional y personal. Barreras de carácter organizativo, sociopolítico, familiar y personal que «tienen en común su carácter invisible y cotidiano, y unos ejes sobre los que en gran medida pivotan: la maternidad y la doble carga laboral»¹⁴¹. Por razones de espacio, no podemos entrar en un estudio en profundidad de los aspectos señalados, por lo que limitaremos el análisis a dos cuestiones que nos parecen esenciales en este contexto, nos referimos a la persistencia de los estereotipos de género y a la existencia de una cultura empresarial dominada por hombres¹⁴².

Tradicionalmente las mujeres han concebido su vida como un conjunto de prácticas afectivas y materiales orientadas al cuidado y la atención de otros, ya sean hijos o personas mayores. Para los hombres, el papel socialmente asignado es el de proveedor de recursos para la familia. De esta forma se habla de un «rol reproductivo» para las mujeres y de un «rol productivo» para los hombres. El primero se desarrolla en el ámbito doméstico-familiar y no se le asigna normalmente un valor monetario: se trata del trabajo mediante el cual se atiende a la familia tanto en la subsistencia directa como en los cuidados asistenciales y el mantenimiento del hogar, y que incluye también el desempeño de tareas de mediación entre

¹⁴⁰ IAGC, p. 91

¹⁴¹ Del informe «Buenas prácticas para la gestión del talento y la mejora de la competitividad en la empresa» (2019) elaborado por EJECON. Disponible en: <<https://ejecon.org/descargas/informe-buenas-practicas-talento-competitividad-empresas-ejecon-pdf/>>.

¹⁴² Aspectos señalados en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines (2012).

la familia y la sociedad. Por el contrario, el rol productivo se define por ser desarrollado en el ámbito de lo laboral, al que se le asigna un valor monetario determinado por el mercado (salario). A partir de esta concepción sobre las funciones de uno y otro sexo se van creando y desarrollando diferentes *estereotipos de conducta* y modos de concebir las distintas realidades humanas masculinas y femeninas, es decir, un conjunto de ideas preestablecidas sobre hombres y mujeres que se transfieren en el tiempo, pudiendo llegar a adquirir la categoría de verdades indiscutibles¹⁴³. Los procesos y los mecanismos de transmisión de estas opiniones o prejuicios generalizados acerca de los atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer y de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían desempeñar son tan complejos y sutiles que en muchas ocasiones ni siquiera somos conscientes de ellos, sin embargo, constituyen la base sobre la que se adoptan decisiones sumamente relevantes. Un documento titulado «Sesgos no conscientes y equidad de género en el mundo corporativo: Lecciones del taller Sesgos no conscientes»¹⁴⁴ ofrece diversas aproximaciones al fenómeno de los sesgos implícitos desde la neurociencia y la psicología. En particular, una de las coautoras de esta publicación¹⁴⁵ argumenta la importancia de los sesgos en las cuestiones ligadas a la representación femenina en las empresas, identificando cinco principales tipos de sesgos: 1.º El sesgo de afinidad es la tendencia a sentir mayor afinidad hacia aquellos con quienes nos sentimos identificados¹⁴⁶. 2.º El sesgo de percepción ocurre cuando las personas creen y refuerzan estereotipos sin fundamentos fácticos; 3.º El sesgo confirmatorio se caracteriza por la predisposición a hallar hechos que convaliden nuestras hipótesis iniciales, ignorando aquellas que las contradigan; 4.º Efecto de halo o aureola, es la propensión a estar dispuesto a evaluar positivamente una serie de informaciones a partir de una única información positiva o agradable; 5.º Efecto de grupo, es la tendencia a seguir el comportamiento del grupo para no desviarse del patrón vigente.

El efecto de estos sesgos en los procedimientos de selección de consejeros/as y alta dirección ha de tener en cuenta el segundo factor enunciado, esto es, una cultura empresarial dominada por hombres. Sobre este particular, el profesor Conthe¹⁴⁷ aporta una interesante perspectiva argumentando que

¹⁴³ *De la conciliación a la corresponsabilidad: buenas prácticas y recomendaciones* (2008). Instituto de la Mujer (Ministerio de Igualdad).

¹⁴⁴ Se trata de una guía que tiene como objetivo compartir conocimientos teóricos y prácticos respecto de los sesgos no conscientes, también conocidos en inglés como *Unconscious Bias*, fruto del taller «*O inconsciente nas tomadas de decisão*», realizada en conjunto por Insper, Movimento Mulher 360, PwC Brasil y ONU Mujeres el día 3 de junio de 2016.

¹⁴⁵ Nos referimos a Regina Madalozzo, doctora en Economía por la Universidad de Illinois Urbana-Champaign y especialista en economía del trabajo, más específicamente en economía de géneros.

¹⁴⁶ La autora precisa que esta tendencia no es consciente ni racional, sino que se encuentra sesgada por nuestro cerebro, que ante la necesidad de adoptar una decisión importante en forma acelerada, actúa fuera del control de nuestra consciencia.

¹⁴⁷ Véase en: <<https://www.expansion.com/blogs/conthe/2019/02/24/diversidad-de-genero-y-buen-gobierno.html>>.

la presencia dominante de hombres en los consejos puede verse, desde la óptica de la Teoría de la Competencia, como un supuesto en que un «operador dominante» [...] disfruta de primacía no por méritos especiales, sino por razones históricas, como le ocurría, tras la liberalización del mercado, a los antiguos monopolios en telecomunicaciones.

Este predominio histórico

consolida unos métodos de reclutamiento y selección de consejeros que perpetúa su dominio (así, por ejemplo, si los futuros consejeros tienen que acudir con asiduidad al palco de algún club de fútbol, asistir a cacerías, o haber sido compañeros de colegio o universidad de los directivos de la sociedad en cuestión, será difícil que resulten nombrados quienes no compartan esas características)¹⁴⁸.

En definitiva, en el contexto de una cultura empresarial dominada por hombres (blancos y en un rango de edad restringido, cabría añadir), la presencia de los sesgos descritos tiene un gran potencial para afectar negativamente a la selección de consejeras y directivas, y por tanto a la diversidad de género en los consejos de administración y la alta dirección de las sociedades cotizadas. Es por ello que, además de definir con rigor unas políticas de diversidad y unos procedimientos de selección que eliminen o atenúen la adopción de decisiones automáticas o inconscientes, es preciso adoptar algunas de las medidas que han sido sugeridas en la primera parte de este trabajo, y en particular las relativas a la sensibilización y formación. En efecto, los prejuicios derivados de los sesgos inconscientes pueden evitarse, pero se trata de un objetivo a largo plazo que requiere mucho entrenamiento. Por este motivo, resultan especialmente interesantes iniciativas como el Proyecto Implícito¹⁴⁹, que tiene como objetivo concienciar y educar al público respecto de los sesgos no conscientes a través de los denominados test de asociación implícita (TAI), disponibles virtualmente¹⁵⁰. En el entorno corporativo, la herramienta puede ayudar a entender algunas prácticas y contribuir al desarrollo de la diversidad e inclusión, pues facilita la percepción de patrones de contratación o promociones en el ambiente profesional en el que están insertas y que pueden estar siendo causados por sesgos no conscientes.

En esta línea de concienciación e influencia, deben entenderse incluidas alguna de las iniciativas formuladas por Women Forward a propósito de la reforma del CBG y las aportaciones del Código de buenas prácticas para la gestión del talento y la mejora de la competitividad

¹⁴⁸ Ídem.

¹⁴⁹ El Proyecto Implícito es una organización sin fines de lucro que estudia los sentimientos y pensamientos que están fuera del control de las personas y, por medio de investigaciones académicas, busca transformar las informaciones obtenidas en soluciones prácticas para su empleo en el día a día. Información disponible en: <<https://www.projectimplicit.net/>>.

¹⁵⁰ El test TAI está disponible en: <<https://implicit.harvard.edu/implicit/spain/>>.

de la empresa, de EJE&CON¹⁵¹. Estas medidas deben hacerse extensivas, por cierto, a las empresas externas a quienes se les encomiende la gestión de una parte del procedimiento de selección de consejeros/as (por ejemplo, la fase de reclutamiento) y a los asesores que colaboren con la CNR en esta cuestión, o, cuando menos, se debe comprobar *su aptitud y su actitud* respecto a la promoción de la igualdad y la diversidad de talento en la línea del *whitepaper* de Robert Walters.

En cuanto al enfoque de la igualdad de género en el marco de la RSC, no debemos olvidar la contextualización de esta en un modelo de gobierno corporativo financiero revisado, que es el que postula el CBG. En opinión de algunos autores, se trata de una versión estratégica e instrumental de la RSC (*strategic corporate social responsibility*) (Rodríguez Fernández, 2008, p. 88), que se percibe en términos de reciprocidad, sugiriendo «la conveniencia de establecer unas relaciones empresa-sociedad mutuamente beneficiosas para ambas partes, incluso articulando un diálogo con las diversas partes interesadas, para conocer sus opiniones y demandas, promover algunas actividades comunitarias, etc., en la práctica dentro de determinados límites» (Rodríguez Fernández, 2008, p. 89). Sin embargo, alertan de que este modelo de RSC pone más énfasis en conseguir reputación hacia el exterior y, en cambio, presenta ciertas resistencias frente a las responsabilidades que deberían asumirse en relación con los *stakeholders* internos (Rodríguez Fernández, 2008). Y es que, en el fondo, los *grupos de interés* distintos de los accionistas (por ejemplo, empleados) son considerados «estrictas restricciones secundarias, aunque sean restricciones ineludibles por la necesidad de mantener buenas relaciones con ellos y lograr su colaboración en beneficio de los accionistas» (Rodríguez Fernández, 2008, p. 90). Es probable que ello explique una cierta falta de compromiso sustantivo y no meramente formal en materia de igualdad de género a la vista de las valoraciones del Observatorio de RSC sobre la deficiente calidad de la información, o directamente su ausencia, en los EINF, amén de las evidencias que ya han sido comentadas en otros epígrafes.

Si se nos permite la metáfora, puesto que «de lo que abunda en el corazón habla la boca»¹⁵², apuntamos dos estrategias distintas pero complementarias que pueden contribuir a dotar de mayor robustez a las acciones de RSC directamente relacionadas con la consecución real de la igualdad de género en la empresa y, por ende, en los consejos de administración y la alta dirección. En primer lugar, es evidente que la RSC

se comprende mejor dentro de un esquema lógico que comienza con un modelo de empresa y termina con una doble vertiente de *outputs* o respuesta social de la organización: de una parte, la propia articulación institucional de un gobierno corporativo global, para que de alguna manera tengan voz incluso *stakeholders* no accionariales, en su caso; por otro lado, los correlativos resultados para los diversos *stakeholders* o partes interesadas (Rodríguez Fernández, 2008, p. 85).

¹⁵¹ Documento disponible en: <<https://ejecon.org/codigo/>>.

¹⁵² Lucas 6:45.

Dicho de otro modo, una RSC amplia se acomoda con más facilidad en el modelo *stakeholder* o pluralista que en el modelo accionarial que acoge el CBG, porque «existe un ajuste natural entre la idea de la responsabilidad social corporativa y los *stakeholders* de una organización»¹⁵³. Es por ello que, con todas las cautelas derivadas de los múltiples desafíos que se plantean al hilo de esta propuesta, tal vez convendría plantearse el avance hacia un modelo de gobierno corporativo pluralista en los términos que han sido planteados en otro epígrafe de este trabajo¹⁵⁴.

En segundo término, se propone la adopción de la perspectiva de género en el desarrollo de la RSC

no solo por motivos de justicia, equidad o de oportunidad, sino porque la gestión de la diversidad y la integración plena y equilibrada de los géneros en las empresas conlleva un aprovechamiento óptimo del capital humano en las empresas y un impacto positivo en los resultados de la empresa (Larrieta-Rubín de Celis *et al.* 2014, p. 183).

Se habla entonces de «responsabilidad social de género» (RSG) como «la inclusión del objetivo de búsqueda de igualdad de género en las diversas iniciativas de RSC desarrolladas por la organización»¹⁵⁵. En este sentido, hay numerosos estudios¹⁵⁶ que describen modelos de implantación de la RSG que permiten la materialización del compromiso con la igualdad de género en la empresa mediante la identificación de las áreas y las iniciativas claves en este ámbito¹⁵⁷. Todos ellos coinciden en apuntar tres factores internos clave que

¹⁵³ Ídem, citando a Carroll, A. B. (1991). The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders, *Business Horizons*, 34(4), 39-48.

¹⁵⁴ Señaladamente desafíos de carácter legal e incluso económico por lo que los autores se afanan en formular diversas estrategias que permitan la aplicabilidad funcional de este modelo pluralista. En esta línea, San-José Ruiz de Aguirre y Retolaza (2012).

¹⁵⁵ Ídem, p. 185, citando a Velasco, E., Aldamiz-Echevarría, C., Fernández de Bobadilla, S., Intxaurburu, G. y Larrieta, I. (2013). *Guía de Buenas Prácticas en Responsabilidad Social de Género*. Ediciones Pirámide.

¹⁵⁶ En particular, destacan los trabajos de Larrieta-Rubín de Celis *et al.* (2014, pp. 185 y ss.) y Larrieta-Rubín de Celis (2015).

¹⁵⁷ En lo que respecta a la RSG interna, las acciones en el área de *recursos humanos* conllevan garantizar la igualdad en todos los procesos de selección y reclutamiento, promoción y retribución, así como en facilitar la conciliación de la vida laboral, personal, social y familiar tanto para mujeres como para hombres de la empresa. En el ámbito de la *salud*, supone contemplar las diferencias de género, yendo más allá de los riesgos específicos femeninos vinculados con la maternidad y el acoso sexual y favoreciendo la participación de la mujer en la evaluación de riesgos de puestos de trabajo. En lo concerniente a la *adaptación al cambio*, o procesos de reestructuración y desvinculación forzosa o voluntaria, estos deberían asegurar que no producen discriminación por razón de género. En el ámbito de la *gestión medioambiental*, las empresas no pueden permitirse el lujo de desaprovechar el talento de las mujeres en la I+D+i y las ciencias ambientales. Las políticas de contratación, retención y promoción de investigadoras en los departamentos de medio ambiente, I+D o diseño deberían añadir medidas a favor de la igualdad de género. En Larrieta-Rubín de Celis *et al.* (2014, pp. 196 y ss.).

contribuyen a aumentar el impacto de la implantación de la estrategia de la diversidad de género en las compañías: el compromiso del consejo de administración y la alta dirección, la involucración de toda la organización a través de una cultura común coherente y la importancia de contar con datos e indicadores derivados de análisis cuantitativos y cualitativos que permitan medir y hacer seguimiento de las iniciativas aplicadas en la organización¹⁵⁸.

En definitiva, sin el compromiso y liderazgo del consejo de administración y la alta dirección, para promover un cambio de cultura corporativa que favorezca la igualdad de género en todos los niveles de la empresa, la presencia femenina en el gobierno corporativo de las sociedades cotizadas españolas no llegará a experimentar mejoras sustanciales.

Referencias bibliográficas

- Barberá Heredia, E. (2004). Diversidad de género, igualdad de oportunidades y entornos laborales (La diversidad de género como estrategia favorecedora de la igualdad de oportunidades en los entornos laborales). *Ciriec-España*, 50, 37-53.
- Barberá Heredia, E., Ramos, A., Sarrío, M. y Candela, C. (2002). Más allá del «techo de cristal» Diversidad de género. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 40, 55-68.
- Campuzano Laguillo, A. B. (2019). La igualdad de género en el acceso a los puestos de responsabilidad en las sociedades de capital. En *Gobierno Corporativo e Igualdad de Género. Realidades y tendencias regulatorias actuales* (pp. 26-78). Tirant lo Blanch.
- Cique Herrainz, J. (2018). *El derecho: causa o consecuencia del cambio social; reflexiones a propósito de un caso* (tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid.
- Diéguez Méndez, Y. (2011). El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad. *Derecho y Cambio Social*, 8(23), 1-28.
- Embid Irujo, J. (2008). Los aspectos mercantiles de la Ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (pp. 269-354). La Ley.
- Figueruelo Burrieza, A. (2014). Igualdad de género en la toma de decisiones; sobre la composición equilibrada de los consejos de administración de las grandes empresas. En *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla* (pp. 241-252).

¹⁵⁸ Del informe «Iniciativas que suman mujeres: cómo impulsar la presencia de mujeres en puestos directivos en España» (2017), elaborado por la The Boston Consulting Group.

- Folgado Fernández, J. A., Hernández Mogoílón, J. M. y Mariño Romero, J. M. (2012). Responsabilidad social corporativa: una herramienta para un nuevo enfoque del gobierno corporativo. *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, 24, 57-79.
- Gil Sánchez, G. (2013). La definición europea de la responsabilidad social de las empresas y su insensibilidad hacia la justicia de género. *Lan Harremanak*, 28, 65-190.
- González Esteban, E. (2007). La Teoría de los Stakeholders: un puente para el desarrollo práctico de la ética empresarial y de la responsabilidad social corporativa. *Veritas*, 11(17), 205-224.
- González Merino, M. (2014). *Selección de personal. Buscando al mejor candidato*. Altaria.
- Jensen, M. C y Meckling, W. H. (1976). Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, 3, 305-360.
- Larrieta-Rubín de Celis, I. (2015). *La gestión de la responsabilidad social de género desde la configuración de un marco de actuación y su aplicación en empresas comprometidas con la igualdad de género* (tesis doctoral). Universidad del País Vasco.
- Larrieta-Rubín de Celis, I., Velasco Balmaseda, E. M., Aldamiz-Echevarría González de Durana, C., Fernández de Bobadilla Güemez, S. e Intxaurburu Clemente, G. (2014). La responsabilidad social como instrumento para el fomento de la igualdad de género en la empresa: La responsabilidad social de género. *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, 21, 181-202.
- Lozano Garica, M. B., Miguel Hidalgo, A. de y Pindado García, J. (2004). El conflicto accionista-directivo: problemas y propuestas de solución. *Tribuna de Economía ICE*, 813, 225-246.
- Mateu de Ros, R. (2019). El principio jurídico de la igualdad de género. En *Gobierno corporativo e Igualdad de Género. Realidades y tendencias regulatorias actuales* (pp. 83-105). Tirant lo Blanch.
- Quirós Tomás, F. J. (2015). *Análisis de las tendencias en gestión de los recursos humanos desde una perspectiva académica y empresarial* (tesis doctoral). Universidad de Sevilla.
- Rodríguez Fernández, J. M. (2008). Modelo Stakeholder y responsabilidad social: El Gobierno Corporativo Global. *M@nagement*, 11(2), pp. 81-111.
- Salas Fumás, V. (2002). El gobierno de la empresa. *Colección Estudios Económicos*, 29, 1-216.
- San-José Ruiz de Aguirre, L. y Retolaza, J. L. (2012). Participación de los stakeholders en la gobernanza corporativa: fundamentación ontológica y propuesta metodológica. *Universitas Psychologica*, 11(2), 619-628.
- Valpuesta Fernández, R. (2007). Comentarios a la Ley para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. *Colección Actualidad (Centro de Estudios Andaluces)*, 19, 1-29.
- Valls Martínez, M. C. y Cruz Rambaud, S. (2019). Women on corporate boards and firm's financial performance. *Women's Studies International Forum*, 76. <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0277539519302432?via%3Dihub>



Tutela judicial efectiva y estado de alarma para hacer frente a la covid-19

Eduardo Sánchez Álvarez

Doctor en Derecho, profesor asociado.

Universidad de Oviedo

sanchezaeduardo@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0003-0794-4875>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

Con la irrupción de la pandemia de la covid-19 en marzo de 2020, los poderes públicos se vieron obligados a arbitrar un estado constitucional de excepción en forma de estado de alarma. En este trabajo se busca un análisis expositivo y crítico de los efectos de esa declaración operada mediante el Real Decreto 463/2002, de 14 de marzo (previa reflexión sobre su naturaleza jurídica y alcance constitucional) sobre la Administración de Justicia y, particularmente, sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que la misma dispensa y presta.

Palabras clave: alarma; Constitución; covid-19; judicial; efectiva.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Sánchez Álvarez, E. (2021). Tutela judicial efectiva y estado de alarma para hacer frente a la covid-19. *Revista CEFLegal*, 244, 51-88.



Due process of law and state of alarm to tackle covid-19

Eduardo Sánchez Álvarez

Abstract

With the outbreak of the covid-19 pandemic in March 2020, the public authorities were forced to arbitrate a constitutional state of emergency in the form of a state of alarm. This paper seeks an expositive and critical analysis of the effects of this declaration declared by Royal Decree 463/2020, of March 14 (after reflection on its legal nature and constitutional scope) on the Administration of Justice and, particularly, on the fundamental right to effective judicial protection which the same dispensation and provision provides.

Keywords: alarm; Constitution; covid-19; judicial; effective.

Citation Sánchez Álvarez, E. (2021). Tutela judicial efectiva y estado de alarma para hacer frente a la covid-19. *Revista CEFLegal*, 244, 51-88.





Sumario

1. Introducción
 2. Marco normativo en liza y doctrina del Tribunal Constitucional: ¿riesgos razonables de inconstitucionalidad?
 - 2.1. Perspectiva jurídico-positiva
 - 2.1.1. Consideraciones generales
 - 2.1.2. Consideraciones específicas concernientes al estado de alarma
 - 2.2. Interpretación del estado de alarma en la doctrina del Tribunal Constitucional
 - 2.3. Valoración constitucional del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo
 3. La tutela judicial efectiva. Mención ubicativa
 4. Tutela judicial efectiva y estado de alarma
 - 4.1. Regulación
 - 4.2. Valoración crítica
 - 4.3. Modulaciones (a la modulación)
 5. El día después. Reactivación a la espera de un tsunami
 6. Apunte conclusivo
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Un virus de nuevo cuño surgido en la lejana China, expandido con pasmosa facilidad por el resto del globalizado mundo mediante aviones y personas a las que utiliza de vector de propagación, también ha llegado a nuestro país, provocando una nueva y contagiosísima enfermedad, la covid-19.

Las medidas adoptadas por los poderes públicos para capear la situación e intentar frenarla han sido inéditas para la inmensa mayoría de las generaciones vivas: parón económico prácticamente integral, confinamiento domiciliario en casi todos los países del mundo, articulación de regímenes de excepción... Este aldabonazo que la Historia nos ha puesto delante nos recuerda la consustancial fragilidad del ser humano, que sigue expuesto al albur de la Naturaleza y sus inderogables reglas, por mucho que pensemos que nuestro desarrollo tecnológico nos hace invulnerables a avatares que erróneamente parecían cosas lejanamente pasadas y distantes.

Este fenómeno es analizable desde todas las ópticas posibles. Su transversalidad sobre nuestro devenir cotidiano lo justifica. Y así habremos de proceder desde nuestros campos de conocimiento respectivos buscando reflexionar, valorar y también aprender sobre aspectos que mejorar e integrar en nuestros protocolos cara a eventuales episodios análogos que, en el futuro, pudieran volver a presentarse.

No se busca con estas páginas una indiciaria reflexión acerca de las consecuencias de la pandemia de la covid-19 desde otra óptica que no sea la jurídica. Y, más acotadamente, la valoración a partir de la articulación en España de un estado de emergencia constitucional, en forma de estado de alarma, y su adaptación pacífica a los imperativos y postulados constitucionales. Aun en una crisis de esta envergadura, el Estado de derecho sigue vigente. Debe hacerlo, si acaso con más razón de ser e intensidad que nunca; dado que la protección de la salud pública corresponde a la autoridad competente, pero sirviéndose siempre y en todo caso o supuesto de las reglas prefijadas por el Estado de derecho, que cupularmente encarna la Norma constitucional.

Concretamente, se anhela exponer y valorar cómo ha respondido a este azote uno de los poderes del Estado, la Administración de Justicia, manifestación drásticamente estatal que alberga y dispensa el tratamiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

que previene el artículo 24 de nuestra Constitución (CE). Justamente en estos momentos es cuando debe analizarse la fortaleza constitucional, su capacidad de brindar adecuada respuesta jurídica a una sociedad que atraviesa una crisis de tal calado y que la necesitará ante la avalancha de problemas económicos, sociales, administrativos... que la epidemia dejará tras de sí.

2. Marco normativo en liza y doctrina del Tribunal Constitucional: ¿riesgos razonables de inconstitucionalidad?

Con carácter previo a la concreción al supuesto de crisis vigente, es necesario balizar el sustento jurídico que se ha predeterminado para abordar situaciones como la que se halla en curso. Esa urdimbre es doble.

De un lado, habremos de considerar las previsiones jurídico-normativas contenidas en la propia CE y su normativa de directo desarrollo (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio; LOAES, en lo sucesivo). Y, con pretendida sujeción en ese basamento, la promulgación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19 (RDAL, a partir de ahora), quien a su vez arbitra una cascada de disposiciones normativas ulteriores de desarrollo y concreción jurificada de todo ese rosario de medidas que se fueron adoptando, entre las que se hallarán las concernientes al sistema judicial.

De otro, tendremos que tener en cuenta la doctrina que sobre la figura del estado de alarma ha tenido ya ocasión de formular nuestro Tribunal Constitucional (TC), en su Sentencia (STC) 83/2016, de 28 de abril y, previamente, en su Auto (ATC) 7/2012, de 13 de enero.

2.1. Perspectiva jurídico-positiva

En perspectiva puramente legislativa, resulta evidente que constituye punto de partida de la regulación de este derecho constitucional de excepción el artículo 116 de la CE, previendo que «una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes». Hay dos acotaciones esenciales implantadas ope CE que deben tenerse presentes:

- En primer término, ex artículo 116.5 de la CE, no podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el referenciado artículo, quedando automáticamente convocadas las cámaras si no estuvieren en periodo de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado –subráyese, *infra*–, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

- En segundo, a tenor del artículo 116.6 de la CE, la declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.

Hemos de reseñar que el paradigma constitucional no pauta una graduación, un orden de menor a mayor en intensidad de estados excepcionales pero dentro de un mismo proceso, sino un ramillete de supuestos que, cualitativamente, resultan dispares: estado de alarma para situaciones históricas de origen principalmente natural o tecnológico; estado de excepción si se altera el orden público sin que esperablemente sea embridable por los mecanismos ordinarios; y estado de sitio si lo que se afecta es el orden constitucional y, eventualmente, la propia subsistencia del Estado. Las consecuencias y medidas apegadas a cada tipología serán, correlativamente, diferentes. A la luz del artículo 116 de la CE, como bien indica Cruz Villalón (2004),

el constituyente de 1978 se mostró tradicional al configurar como pieza esencial de la constitución de excepción el instituto de los estados excepcionales configurado por el constitucionalismo continental del XIX. Optó así por un esquema de tres estados excepcionales en respuesta a otras tantas emergencias de distinto orden, más que de distinta gravedad (p. 190).

Su desarrollo, en los términos constitucionalmente prefijados, lo ofrece la LOAES. Se trata de una norma capital a la hora de encarar el análisis de este derecho constitucional de excepción al que nos estamos refiriendo, dado que «ha recibido de parte del constituyente una posición de privilegio por cuanto, sin ella, las disposiciones constitucionales de excepción [...] se hallaban en suspenso, como derecho constitucional excepcionalmente no inmediatamente aplicable» (Cruz Villalón, 1981, p. 93). De hecho, la LOAES cumplimenta múltiples objetivos: identifica las diversas situaciones motivadoras de un estado excepcional, instrumenta cómo se formaliza cada uno de ellos, y finalmente pauta las consecuencias que esas adopciones proyectan sobre el ordenamiento jurídico.

2.1.1. Consideraciones generales

No podemos perder de vista en ningún momento que, a pesar de preverse y reglarse pensando en supuestos realmente graves, catastróficos y delicados para la sociedad y el Estado, el artículo 116 de la CE erige una norma más de las que se integran en ese corpus jurídico-normativo. Seguimos hallándonos ante el imperio de la Constitución, por más que se proyecte hacia momentos singularmente críticos que podemos atravesar, como estamos ahora comprobando. Así pues, siguiendo a Aba Cotoira, si la CE es «atendiendo a su naturaleza jurídica y política, norma jurídica primaria a la que están subordinadas todas las demás normas que integran el Ordenamiento jurídico», lo que obliga «indefectiblemente –a que– haya de quedar protegida jurídicamente, a través de las garantías jurídico-constitucio-

nales», también es absolutamente consustancial a su posición cupular en el sistema jurídico prever los «mecanismos necesarios para poder hacer frente a situaciones de anomalía democrática con el único fin de restablecer el orden público democrático».

Se constitucionalizan también, consecuentemente, normas que suponen un derecho de excepción, dado que tienen por teleología la resolución y superación de episodios igualmente excepcionales que el derecho ordinario no es capaz de enfrentar. Se exterioriza así un derecho, un conjunto de previsiones normativas, «que legitima la respuesta del Estado para protegerse, ya sea previendo ya sea sancionando, pero que ofrece los medios jurídicos necesarios para su protección y permanencia». La existencia de esta serie de normas, constitucionalmente habilitada, persigue en última instancia el mantenimiento del «imperio de la ley, la separación de poderes y el reconocimiento y garantía de los derechos y libertades de la ciudadanía», entre los que resplandece con especial brillo la tutela judicial efectiva, por supuesto (Aba Cotoira, 2011, pp. 315-316).

Que se decrete un estado excepcional, por consiguiente, queda justificado en que concurre una necesidad constitucional. Sus consecuencias principales radicarán en la suspensión de ciertas garantías constitucionales (no en su eliminación) desde un claro y forzosamente quirúrgico criterio de proporcionalidad y con sujeción al principio de necesidad, que lógicamente insufla al derecho de excepción. Igualmente, esas determinaciones únicamente habrán de regir por el tiempo estrictamente preciso para superar la crisis que se afronta, decayendo tan pronto se encarrile esa situación acaecida, volviendo a la normalidad y a su correspondiente derecho preexistente que retoma su pleno valor y eficacia. Las medidas y su duración, vista la legislación positiva, «serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará en forma proporcionada a las circunstancias» (art. 1.2. LOAES). Téngase en cuenta que bajo ningún concepto un estado excepcional suspende o deja sin contenido al estado de derecho. Más bien al contrario, habrá que extremar en su curso cautelas y garantías. La normatividad regirá siempre, sea excepcional u ordinariamente, en cánones y recintos absolutamente constitucionalizados.

Así pues, las modificaciones que el Derecho de excepción opera en el derecho ordinario, CE incluida, son ocasionalmente severas, pero han de permanecer como puntuales, las estrictamente necesarias en orden a sofocar la situación de crisis nacida. Ello implica, acto seguido, que el derecho ordinario quede primordialmente incólume a lo largo del curso de la emergencia. La afectación de lo común, existiendo llamativamente, ha de ser la excepción dentro de estos estados.

Este conjunto de estados de excepción erige

una institución constitucional o legal que adquiere vigencia ante el surgimiento de situaciones de excepcionalidad, siendo de aplicación un conjunto de normas con vigencia limitada en el tiempo, lo que dure la situación excepcional, que van

a desplazar a las normas ordinarias de Derecho común, cuya justificación reside en la necesidad de proteger el sistema constitucional (Aba Catoira, 2011, p. 319).

Pero, se insiste, al tratarse de normas regladas y prevenidas en la CE forman parte integrante de la misma. Para su aplicación tiene que concurrir algún supuesto de excepcionalidad que requiriera acudir a ellas, en los términos asimismo predefinidos por la Norma Suprema. Se estaría ante supuestos de anormalidad constitucional, pero constitucionalizados, es decir, sin ser capaces de subvertir o suspender la pujanza constitucional. El tenor del artículo 55 de la CE deja entrever de manera bastante diáfana que adentrarnos en uno de estos estados excepcionales no permite una suspensión constitucional. Esa suspensión alcanza exclusivamente a los derechos que se enumeran en el referido precepto *–numerus clausus–* en los casos de estado de excepción y de sitio *–nótese, a contrario, no en un estado de alarma, infra–*¹.

Otra idea que debe subrayarse de forma señera radica en que, dado que la constatación y declaración de esos estados de excepcionalidad conlleva poderes asimismo extraordinarios conferidos a determinados órganos constitucionales, deben ejercitarse con una formidable medida. Su alcance tiene que quedar forzosamente acotado, operando como límite la pronta solución de la crisis surgida y teniendo por objeto el más inmediato retorno a la normalidad constitucional. En correlato, afectados eventualmente los derechos ciudadanos en el desenvolvimiento de esa situación de excepcionalidad, ha de asegurarse sin duda el normal funcionamiento institucional, y lo que es más importante, las garantías de control, fiscalización y revisión del obrar administrativo (cfr. p. ej. art. 106.1 CE) que, desde luego, no se disipan en estas situaciones. Antes al contrario, han de amurallarse habida cuenta de que se confieren los referidos poderes gubernativos reforzados. En efecto, el ejercicio del poder, fortalecido o concentrado, continúa reciamente sujeto a controles jurídicos. La discrecionalidad, como no puede ser de otra forma, queda volatilizada sin que sea válido acudir a ella bajo la excusa de la tribulación en desarrollo: una situación excepcional no abre constitucionalmente la génesis de recintos afóticos, exentos de ser controlados y revisados. Lo que nunca está excepcionado es el Estado de derecho, y muy cualificadamente su control de legalidad: permanecen expeditos tanto el control jurisdiccional de actos y disposiciones de las diversas Administraciones públicas como el derecho de los ciudadanos a ser resarcidos por los daños y perjuicios que en esos periodos sufran por actos que no les sean imputables.

No en vano, según ya adelantábamos más arriba, dados los artículos 116 de la CE y 1.4.º de la LOAES, su declaración *«no interrumpe –ius cogens– el normal funcionamiento de los*

¹ «Las únicas excepciones al normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado, así como la vigencia de los derechos fundamentales con las expresamente previstas o salvadas en la misma norma constitucional, arts. 55.1, 116 y 117.5 CE. Más allá de ello hay que hablar de Constitución resistente a la excepción o a prueba de excepción» (Cruz Villalón, 1981, p. 112).

poderes constitucionales del Estado», como sin duda, traído al terreno que aquí tratamos, lo es el judicial ex título VI de la CE. En suma, adentrarnos en uno de esos estados no transforma de manera significativa el funcionamiento usual de los poderes estatales, únicamente puede condicionarlos de forma puntual y, ciertamente, tangencial.

2.1.2. Consideraciones específicas concernientes al estado de alarma

En el concreto supuesto del estado de alarma, el presupuesto fáctico que lo habilita radica en una emergencia de tipo no político, rasgo que lo individualiza respecto a los otros dos estados excepcionales. El legislador orgánico lo engarza a la respuesta que deba dar el Estado a una catástrofe, bien natural, bien tecnológica. En este caso, la LOAES prevé medidas como la posible limitación de la circulación o de la permanencia en lugares determinados, las requisas temporales, el límite en el uso de servicios, la impartición de órdenes para asegurar el abastecimiento, medidas específicas contra enfermedades infecto-contagiosas, intervención de empresas y la movilización de su personal a fin de asegurar su funcionamiento (arts. 11 y 12).

Entonces, se colige que el estado de alarma se diferencia de forma ciertamente expeditiva de los estados de excepción o de sitio en su génesis fáctica. Y justamente porque nace de una catástrofe natural o tecnológica, que no política, no supone legislativamente la suspensión de ningún derecho, sino que solamente permitiría «la adopción de determinadas medidas de limitación, requisa e intervención» (Aba Catoira, 2011, p. 330)². Ciertamente, la misma formulación de este estado excepcional, de su contenido y consecuencias aparejables, presenta ambigüedades innegables, un poso reseñable de inconcreción. Esa nebulosidad, tanto en las causas determinantes que, teniendo carácter no político, resultan quizás demasiado amplias cuanto en las medidas que su adopción permite, añade interferencias a su recia aprehensión. De hecho, hasta ahora, se ha acudido a este mecanismo tanto para un avatar tan concreto como un conflicto colectivo de controladores aéreos que obstaculizan el tráfico aeronáutico (Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo)³, cuanto para hacer frente a una epidemia globalizada que se ha llevado por delante

² Conforme apunta Cruz Villalón (1981, p. 97), «el estado de alarma quería ser, pues, varias cosas a la vez. De un lado, el instrumento de respuesta frente a las grandes catástrofes, tanto las más tradicionales como las que hoy pueden amenazar a una sociedad altamente tecnificada; de otro lado, la primera respuesta frente a una emergencia de orden público. Y [...] también servir para hacer frente a situaciones de conflictividad social directamente influyentes sobre la vida de la comunidad [...] pasando a ser una serie taxativa de cuatro supuestos: catástrofes, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos esenciales y situaciones de desabastecimiento».

³ En detalle sobre este concreto supuesto, *vid.* Vidal Prado y Delgado Ramos (2011).

no solamente algo tan banal como los viajes, sino la vida de decenas de miles de personas y ha hecho enfermar a centenares de miles de ellas (RDAL)⁴.

Está claro que hemos de hallarnos ante una crisis con derivada social, que conlleve alteraciones mínimamente significativas para el devenir colectivo habitual pero que, por no nacer de una conflictividad política, en realidad no comprometa la existencia y permanencia del Estado y su coraza jurídica como tal.

Lo que parece indudable es que un estado de alarma no permite la suspensión de derecho constitucional alguno, como tampoco una redistribución alterativa de poderes entre las instituciones del Estado. Lo que habilita serían limitaciones en los mismos. El matiz no es precisamente sencillo: ¿hasta dónde una acotación parcial de un derecho subjetivo supondría una limitación y a partir de cuándo implicaría una suspensión que, a su vez, inconstitucionalizaría un estado de alarma de adoptarse en su curso? Si nos centramos en la libertad de circulación, precisamente muy llamativa en el estado de alarma gestado por la covid-19, el artículo 11 a) de la LOAES prevé que en su desarrollo quepa «limitar la circulación o permanencia de personas y vehículos», mientras el artículo 20.1 para el estado de excepción refiere que devenga factible «prohibir la circulación de personas y vehículos». En detalles tan fronterizos y sutiles como el indicado radicará la ponderación última de constitucionalidad de la determinación adoptada por el RDAL⁵.

2.2. Interpretación del estado de alarma en la doctrina del Tribunal Constitucional

A lo largo del periodo democrático, por fortuna, solamente hemos tenido ocasión de experimentar un par de estados de alarma (*supra*). El TC ha llegado a enjuiciar el primero de ellos, vía recurso de amparo, mediante la STC 83/2016, de 28 de abril. De la doctrina allí contenida pueden entresacarse algunos aspectos significativos.

En su fundamento jurídico –FJ– segundo, se acota el objeto de enjuiciamiento. La cuestión nuclear, novedosa y de relevancia constitucional intachable, radica en la

⁴ No podemos evitar dejar indicado que, paradójica y antitéticamente, los dos estados de alarma activados hasta el verano de 2020 en el periodo constitucional han tenido por elemento muy destacado la movilidad ciudadana y, por tanto, el derecho fundamental del artículo 19 de la CE: bien para asegurarla (viajes aéreos), bien para limitarla prácticamente en absoluto (crisis sanitaria con confinamiento domiciliario).

⁵ De no superarse ese juicio de constitucionalidad, tendríamos ante nosotros una encrucijada jurídico-constitucional tremendamente peliaguda, que habría provocado al socaire de la crisis de la covid-19 una enorme involución a un camino de reconocimiento y protección de derechos y libertades durante los últimos 40 años. La cascada de impugnaciones ciudadanas a sus resultados, además, colaboraría a un incremento mayor del colapso de la Administración de Justicia, llamada a declarar y reparar esas actuaciones administrativas que resultaran espurias y arbitrarias, contrarias a nuestras reglas de ordenación social...

fiscalización jurisdiccional, con la consiguiente delimitación de nuestro Ordenamiento, de los ámbitos propios de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción constitucional de los reales decretos por los que se declara el estado de alarma y se acuerda su prórroga [...], lo que, a su vez, presenta una indudable incidencia en el contenido del derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva [nótese] en defensa de sus derechos e intereses legítimos, en la vertiente primigenia de este derecho, esto es, la de acceso a la Jurisdicción *–infra–*.

Ciertamente, ello se anuncia teniendo en cuenta que el derecho referido «al ser un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal» (FJ 4.º, e *infra*).

Bien, la primera idea que se extrae del razonamiento del TC consiste en despejar, ante todo, «el rango o valor de los citados reales decretos» (FJ 6.º). Como ya se señala en la STC 49/2008, de 9 de abril, «los problemas relacionados con el sistema de fuentes solo pueden abordarse partiendo del concreto contenido de la regulación contenida» (FJ 6.º). Atendiendo también a lo explicitado en el ATC 7/2012, de 13 de enero, resulta que tanto la CE como la ley orgánica reguladora del TC

han querido acotar un *genus* de normas, decisiones y actos, del que serían especificaciones, además de la propia ley parlamentaria, otras fuentes en parte equiparadas a la misma por la propia Constitución, así como algunos otros actos, decisiones o resoluciones no identificados como tales ni en la Constitución ni en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, pero que sí gozarían de aquel valor o rango, [siendo] de subsumir también en la misma aquellas decisiones o actos parlamentarios que sin ser leyes o fuentes equiparadas a la ley, sí pueden, conforme a la propia Constitución, afectar a aquellas normas legales o asimiladas, esto es, excepcionarlas, suspenderlas o modificar su aplicabilidad legítimamente. Si la Constitución y el Ordenamiento habilitan a determinados actos, decisiones o resoluciones parlamentarias para modificar de tal modo la aplicación de las leyes, no es de dudar que tales actos, decisiones o resoluciones ostenten ese genérico rango o valor de ley (FJ 3.º).

Así pues, «las locuciones valor de ley, rango de ley o fuerza de ley no quedan exclusivamente circunscritas en nuestro Ordenamiento a actos o decisiones de origen parlamentario», que en el caso del decreto que declara el estado de alarma «se trata [...] de una competencia atribuida al Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la administración» (FJ 10.º). En fin,

aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe

entenderse que queda configurada en nuestro Ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley [...] queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma (FJ 10.º, nuevamente).

Esclarecida la primera incógnita concerniente al valor normativo del decreto en cuestión, ya se exterioriza el segundo de los jalones a considerar: los efectos que la adopción de esta declaración, formulada jurídicamente como se ha expuesto, conlleva. En efecto,

la decisión gubernamental por la que se declare [...] no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho estado [...]. Establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara [...]. Dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos –destáquese y reténgase–. La decisión gubernamental viene así a integrar [...] sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del Derecho de excepción, al complementar el Derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esa legalidad excepcional [...] desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo de aplicabilidad a determinadas normas [sic] (FJ 10.º, una vez más).

En consecuencia, se provocan «excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas [sic, de nuevo] del Ordenamiento vigente, incluidas [...] determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria» (ATC 7/2012, de 13 de enero, FJ 4.º).

En resumen, extraemos de la exégesis del TC sobre esta figura constitucional que el decreto que declara y establece el estado de alarma cuenta con fuerza o valor de ley, luego con aptitud constitucional para afectar a otras normas con ese rango, desplazándolas durante su vigor en su aplicación ordinaria. Pero, en cualquier caso, se trata de excepciones *pro tempore*, como lo es el propio estado de alarma, justificadas desde la proporcionalidad y la medida en que las diversas autoridades concernidas no puedan desplegar desde esa legalidad ordinaria y sus poderes asimismo ordinarios la situación de crisis, emergencia o anormalidad acaecida. Obviamente, *a contrario sensu*, esta norma jurídica no cuenta con capacidad derogadora de elementos normativos preexistentes en el ordenamiento que no queden intensamente conectados a esas imposibilidades, que no guarden relación directa y profunda con el acometimiento y superación de la catástrofe en curso y que, entonces, han de hallarse a pleno rendimiento dado que su vigencia, aun temporalmente, no ha resultado impactada por las circunstancias cuyo combate se juridifica en el decreto de alarma a través de la correspondiente batería de medidas de contrabalanceo.

Además, reiteraremos que un estado de alarma no puede suspender ningún derecho fundamental, pero sí puede permitir la adopción de medidas que acarreen limitaciones o restricciones momentáneas a su ejercicio –*supra*–.

2.3. Valoración constitucional del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo

Si lo que irrumpió entre nosotros es una crisis sanitaria sin precedentes, considerando todas las apreciaciones que hemos sintetizado en los párrafos precedentes, parece evidente que la autoridad gubernativa identificó atinadamente la causa que habría que activar la implementación de un estado excepcional, es decir, en este caso un estado de alarma. El problema no llega en el diagnóstico, sino en las consecuencias y medidas que su adopción puede conllevar y que, evidentemente, no son ilimitadas y han de acompañarse con máxima fidelidad al catálogo que para cada uno de esos estados previene escrupulosamente la LOAES⁶.

En nuestra opinión, la clave de constitucionalidad del RDAL estriba en efectuar ese juicio no de la idoneidad del estado de alarma como categoría jurídica, sino de la inclusión de las medidas a su amparo tomadas ajustadas a la proporcionalidad con la situación; léase, si los objetivos de acometimiento y superación de la crisis serían alcanzables por otras vías, igualmente normativizadas, que resultaran menos dañosas a derechos constitucionalizados, incluidos los de índole fundamental igualmente afectos.

Y dentro de este aspecto neurálgico, a su vez, se alza prominente la necesidad de concluir si se han limitado o suspendido *de facto* alguno de esos derechos. Si lo que se ha hecho ha consistido en una subversión del mandato constitucional y orgánico, rebasando

⁶ Indica Urrutia Sagardia (2020) que «las medidas que se contienen en el Real Decreto 463/2020 son las consideradas por el Gobierno y expertos como las imprescindibles para hacer frente a la situación creada por la expansión del virus, las considera proporcionadas en relación a la gravedad y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55 CE), si bien, realmente, este es un Real Decreto que establece las bases sobre las cuales las autoridades competentes (Gobierno y Ministros) van a dictar órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas que sean necesarias para garantizar la prestación de todos los servicios a los ciudadanos, es decir, día a día iremos conociendo qué disposiciones se dictan, con su alcance y efectos» (p. 33). Así las cosas, no solamente cabe destacar que la autoridad gubernativa afirme la licitud de su obrar como proclama sin mayor respaldo justificativo, sino que extiende la necesidad de valoración de ajuste a la legalidad constitucional y orgánica del contenido del elenco de medidas que se irán tomando más allá del propio RDAL, redactado en muchas ocasiones con vaguedad e imprecisión (qué entender, por ejemplo, por «productos de primera necesidad» cuya adquisición justificaría la rotura puntual del confinamiento domiciliario), hasta todas las disposiciones ulteriores que, a su abrigo, se fueran dictando. Además, entendemos, por pura jerarquía normativa, que esas normas infralegales habrían de permanecer inequívocamente sujetas a las normas de rango legal que no hayan sido momentáneamente removidas por el RDAL.

esos linderos sutiles y escurridizos pero sólidamente existentes y predeterminados, no se superaría un juicio positivo de constitucionalidad. De otro modo, no es asumible que se hubiera modulado aun temporalmente un régimen de derechos y libertades sujeto a limitaciones (estado de alarma) por una regla general de limitaciones que estuvieran puntualmente excepcionadas (que requeriría un estado de excepción, no *a limine* por tratarse de una crisis sanitaria en cuanto presupuesto fáctico habilitante, sino *ex post facto*, teniendo presente qué medidas se adoptan si se estiman las convenientes en la emergencia surgida). Entendemos, particularmente, que la duda razonable existe. Si se confina a la población, está claro que su libertad deambulatoria en cuanto derecho fundamental está afectada. ¿Qué ha sucedido en este caso? ¿Limitación o suspensión? ¿Dónde encajar una regla general de confinamiento si existen puntualísimas excepciones? ¿Si la limitación es tan extensa e intensa, no entra aun colateralmente en el ámbito suspensivo? ¿Aunque sean eficaces, tal vez las únicas de hecho, pueden tomarse medidas de ese cariz comprometiendo derechos fundamentales sin la cobertura jurídica adecuada? Otro tanto puede plantearse respecto a los derechos de reunión, manifestación, libertad religiosa...

Sin juzgar la gravedad de la epidemia desatada y la innegable necesidad de tomar medidas drásticas para hacerle frente y evitar su imparable diseminación, ¿es irracional plantearse que se ha producido una aplicación exorbitada de lo que ha de ser un estado de alarma? A nuestro juicio, no. Si entre las determinaciones adoptadas se halla, por ejemplo, la generalizada limitación, tan honda que roza o se adentra en la suspensión de derechos fundamentales (libertad de circulación, por mantener el ejemplo principal del que nos hemos servido), ¿no queda conculcado potencialmente el artículo 55.1 de la CE? No cuestionamos que deba protegerse sin ninguna cortapisa la vida y la salud pública (fondo), pero las medidas que al efecto se implementen, excepcionales mas sujetas a la CE (*supra*), deben tomar la formulación jurídica adecuada (forma), dado que el Estado de derecho también es, tantas veces, formas y procedimientos que exteriorizan el cumplimiento de garantías. El fin no justifica los medios, ambos deben hallarse perfectamente compatibilizados. En caso contrario, podríamos asomarnos al abismo de la arbitrariedad, a la consumación de la inseguridad jurídica, generando en consecuencia nuevas conculcaciones a principios igualmente constitucionalizados (sin más, art. 9.3 CE) y sufrir el riesgo de la disipación de una Norma Suprema, que lógicamente ha de ser interpretada y aplicada como una unidad sistémica. Como con reiteración ha señalado el TC, siempre ha de tenerse presente

la importancia de la interpretación sistemática, consecuencia del principio de unidad de la Constitución –STC 179/1994, de 16 de junio–, pues esta es un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática –STC 5/1983, de 4 de febrero– (STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5.º).

Por eso planteamos que el análisis de este espinoso asunto debe ser bidireccional. No se trata solamente de ceñirnos al presupuesto habilitante con una automaticidad irreflexiva (crisis sanitaria, *ergo* estado de alarma). Es necesario mantener hermenéuticas completas,

expandidas, sinalagmáticas y, por qué no, de retorno o inversas; que se extiendan a las medidas que han de ser tomadas, que valoren si una crisis sanitaria también puede ser un problema de orden público, que sea capaz de alterar su mantenimiento en condiciones de habitualidad. Lo que no se estima admisible es aprovechar solamente el mecanismo activador para luego adoptar, sin salirse de la categoría jurídica aparentemente coadyuvante, medidas que exceden tal institución. Si enfrentarse a una epidemia de una enfermedad infecto-contagiosa impide la salvaguarda convencional del orden público (sanitario en esta ocasión, pero la modulación sería un puro epíteto), y requiere determinaciones que limiten derechos en los términos del artículo 55.1 de la CE (libertad de ambulatoria, *supra*), ¿no debería haberse declarado un estado de excepción?

El tratamiento que se ha dado, específicamente, al derecho a la tutela judicial efectiva por el RDAL ha entroncado con esa línea genérica que postulamos en orden a su cierto cuestionamiento. Una vez esbozado el marco genérico en que surge esta particularidad, a ella nos ceñimos a partir de ahora.

3. La tutela judicial efectiva. Mención ubicativa

Nos queremos referir en este trabajo al concreto derecho fundamental que prevé el artículo 24.1 de la CE, una tutela judicial y efectiva. Repasemos fugazmente cuál es su contenido y alcance para encuadrar mejor los estándares constitucionales a los que habemos de atenarnos, por jerarquía normativa (arts. 9.1 CE y 5.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial –LOPJ– de consuno) con independencia de que se declare un estado de alarma.

Si se proclama la viveza de un Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE), cuyos poderes públicos se ven obligados a promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, con remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE), de inmediato se hace perentoria la implantación de una Administración de Justicia eficaz, eficiente, rápida, accesible, transparente, cualitativamente bien dotada y que garantice a los ciudadanos de manera definitiva y ejecutiva el correcto desarrollo de la totalidad de las relaciones sociales, del tráfico jurídico, económico... resolviendo cuantos conflictos puedan nacer en su seno con aptitud lesiva para esa arquitectura social. Como se comprenderá, la situación actual y toda la intensa problemática laboral, económica, mercantil... que está generando hiperbolizan más si cabe semejante apreciación y necesidad –*vid. infra*–.

Debemos contar entonces con un servicio público esencial enraizado en unas garantías irrefutables que asegure a la ciudadanía una eficaz resolución de sus conflictos *desde y en* derecho, reforzadamente en tiempos difíciles como estos que han irrumpido ante nosotros. Resulta imprescindible formular una concepción de la Justicia como un servicio público, que asevere que nos hallamos ante una estructura directamente afectante a la justificación

misma de la existencia estatal, considerando que en ella ha de habitar también un poder del Estado. La Justicia cumple un papel primordial en la ordenación social, prestacionalmente orientada a resolver conflictos de plúrima índole, pero desde su inequívoca condición de parte privilegiada del corpus del Estado.

La herramienta que el ordenamiento jurídico configura y entrega individualmente para activar, de ser necesario, ese itinerario impetrando la actuación de la Justicia tendente a la superación de cualesquiera incidencias es el derecho a una tutela judicial, que ha de resultar efectiva, a quien además adorna con rango de fundamental, proscribiendo que pueda producirse indefensión en ningún caso. Por consiguiente, como es sobradamente sabido, nos hallamos ante uno de los elementos nucleares del ordenamiento jurídico español. Su ubicación sistemática en el texto constitucional (sección primera, capítulo segundo, título primero) impone esta conclusión: protección mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (art. 53.2 CE), incluyendo en su caso el recurso de amparo ante el TC (art. 161.1.b CE), contenido esencial⁷ portado *per se* e indisponible al legislador ordinario (art. 53.1 CE) a modo de «núcleo constitucionalmente garantizado» (Ortells Ramos, 2010, p. 254) y desarrollo mediante ley orgánica (art. 81.1 CE)⁸, aunque convenga dejar expuesto que en el caso de este derecho fundamental «el legislador posconstitucional no se atrevió a elaborar una ley que [lo] desarrollara [...], a diferencia de lo que hizo en relación con otros» (Banacloche Palao, 2018, p. 55). De hecho, ni siquiera la LOPJ incorporó referencias a la tutela judicial efectiva, más allá de una genérica alusión a su existencia, de refilón además, en su artículo 11.3.

Naturalmente, ello no significa que administrar Justicia se ciña a un mero interés particular de los interesados, ya que su propia propulsión hacia la paz social magnifica las consecuencias agregadas al derecho en cuestión. De igual modo, este marco parece desterrar cualquier interés mercantilista sobre la pura función jurisdiccional, esto es, la resolución de esos conflictos mediante la aplicación recta del derecho por jueces independientes (art. 117.1 CE). Más aún, en tiempos de zozobra y de mayor conflictividad social, la labor del

⁷ Así pues, «el derecho a obtener la tutela judicial efectiva permite al legislador [...] su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero [...] esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, imponiendo para su ejercicio –como declarábamos en la STC 185/1987– obstáculos o trabas arbitrarias o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en algún modo justificada por el servicio o un fin constitucionalmente lícito» (STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3.º).

⁸ «Los derechos fundamentales son normas jurídicas de rango constitucional que contienen reglas que permiten al individuo ser libre (garantía de la vinculación negativa del Ordenamiento jurídico) o que prohíben al poder público (o a los privados) vincular positivamente al individuo a un mandato o a una prohibición. Pero son reglas, no principios ni meros argumentos de una decisión judicial o administrativa sobre a qué norma o regla de prioridad en detrimento de otras con las que concurre contradictoriamente en el caso concreto. Un derecho fundamental es una regla sobre el uso de la fuerza para justamente excluirla de su ámbito de vida, y que se formaliza en un permiso con rango constitucional» (Villaverde Menéndez, 2018, p. 46).

pilar estatal que supone la Justicia gana relevancia y dimensión. No en vano la Justicia es Estado y hace Estado⁹.

A grandes rasgos, el derecho fundamental a la tutela judicial cobija a los individuos frente a otros ciudadanos y frente al mismo poder, sea el Estado sean, singularmente, los órganos jurisdiccionales (cfr. STC 175/2001, de 26 de julio, FJ 4.º y 6.º), lo que lo une a la dignidad humana que se imbrica a la persona (art. 10.1 CE), como tal más que como ciudadano (el precepto constitucional otorga este derecho a «todas las personas», en la medida en que tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les correspondan) y le apareja las subsiguientes notas de irrenunciabilidad e indisponibilidad. Obviamente, de nada sirve que se proclamen derechos subjetivos, que se incluyan en la CE o en normas de otro rango, si no se cuenta con instrumentos que los hagan efectivos, de llegar el caso, con plena eficacia. De ahí la cenital incidencia de este derecho fundamental: un derecho que soporta la garantía jurisdiccional de otros derechos, que los defiende y permite su ejercicio en caso de conflicto o ataque.

En lo que concierne a su contenido, con Sáez Lara (2004, pp. 28 y ss.) cabe afirmar que abarca esencialmente un alcance trimembre: el acceso a los tribunales, la prohibición de indefensión y la efectividad de la sentencia que llegue a dictarse, es decir, su ejecutividad (juzgar y ejecutar lo juzgado, según se lee en el art. 117.3 CE). Aparte de apuntalar el derecho subjetivo de las personas para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, el artículo 24.1 de la CE extendería su amplio radio de acción normativo hasta el control judicial de todas las normas y actos jurídicos, esto es, la actividad de la Administración entendida *latu sensu* –cfr. de nuevo el art. 106.1 CE, invocado *supra*–, siendo por ende contraria a la Norma fundamental toda exclusión del control jurisdiccional del obrar administrativo (p. ej. ATC 731/1985, de 23 de octubre; o STS de 3 de diciembre de 1993); extremo crucial vista la apoteosis administrativa (y coactiva) que provoca un estado de alarma que, además, se fue prolongando durante mucho tiempo. Se produce, insistimos, entonces la constitucionalización de la protección de los derechos: brota un derecho subjetivo a la salvaguarda de otros derechos¹⁰.

Desarrollando más pormenorizadamente el contenido del artículo 24.1 de la CE, tras efectuar una exégesis de la abundante doctrina del TC sobre la materia, Garberí Llobregat afirma que ha de integrar los siguientes aspectos o descomponerse en estos sectores: (1) el derecho de acceso a la jurisdicción¹¹; (2) el derecho a obtener de los tribunales un pronunciamiento fundado en el derecho objetivo, que será de fondo cuando concurran todos

⁹ «Invertir en Justicia es invertir en consolidación del Estado» (Palomar Olmeda, 2003, p. 29).

¹⁰ Calificado por Díez-Picazo (1987, p. 44) como «el precepto estrella del firmamento jurídico-constitucional».

¹¹ Es un primer contenido del derecho a obtener la tutela de jueces y tribunales en óptica lógica y cronológica, focalizado en el derecho a ser parte en un proceso, incitando y promoviendo la actividad jurisdiccional que culmine en una decisión judicial relativa a las pretensiones deducidas (STC 220/1993, de 30 de junio, FJ 2.º).

los presupuestos procesales y observará los requisitos de motivación y congruencia; (3) el derecho a los recursos que las leyes establezcan contra las resoluciones judiciales; (4) el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales; (5) el derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes fuera de los cauces legalmente prefijados; y (6) el derecho a no sufrir indefensión en el proceso (Garberí Llobregat, 2009, p. 129). La mera enunciación de ese contenido demuestra la expansividad del derecho en liza, acorde a esa posición nuclear que le hemos predicado como eje axial de la garantía de los derechos e intereses subjetivos de la ciudadanía, entre sí o frente a los mismos poderes públicos –*supra*–¹².

Los eventuales ataques que puedan infligirse a este derecho pueden provenir bien del mismo legislador (p. ej. obstaculizando o entorpeciendo el acceso del justiciable a la jurisdicción, máxime cuando la tutela judicial efectiva es un derecho prestacional de notable configuración legal, visto de que su ejercicio y dispensa se pliegan a la concurrencia de los requisitos que se establezcan casuísticamente en la legislación procesal en debida armonía con su contenido nuclear propio e indisponible *ope Constitutione*), bien del Poder Judicial (cfr. STC 1/2007, de 15 de enero). Pero, como derecho fundamental, tiene un contenido directamente extraíble *ex Constitutione* –art. 53.1 CE, *supra*–; que a la par actuará como límite inasequible a la legislación de desarrollo que no podrá subvertirlo sin incurrir en vicio de nulidad, por pura jerarquía normativa (art. 9.3 CE). Y esos límites permanecerán activos en un episodio de aplicación de derecho constitucional de excepción como el que se ha venido desenvolviendo (*infra*).

A título conclusivo a retener cara al desarrollo ulterior de estas páginas, parece pacífico asumir que el derecho del artículo 24.1 de la CE puede resultar conculcado por las disposiciones legales que impongan requisitos impeditivos u obstativos al acceso a la jurisdicción, siempre que estos obstáculos resulten innecesarios, excesivos, ayunos de razonabilidad o equilibrio respecto a distintos fines que lícitamente pueden perseguirse legislativamente, principalmente orientados a la preservación de otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, guardando debida proporcionalidad con la naturaleza del proceso (SSTC 133/2004, de 22 de julio, FJ 4.º; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 5.º), lo que encaja significativamente bien con el analizado estado de alarma.

Así ha de ser si tenemos presente que este derecho fundamental no es una carcasa, un mero continente, una especie de reenvío en blanco a una dimensión primordialmente iusnaturalista, un principio definido por su indeterminación, maleable a su gusto por el legislador sin limitaciones. Aunque su desarrollo esté presidido por una innegable necesidad de configuración legal, la CE impone unas premisas indisponibles. Ostenta un contenido mínimo y directamente exigible –luego no modulable por el legislador en situaciones de excepción si no fuera absolutamente necesario, con proporcionalidad y mínima afectación material y temporal, en cualquier caso–. No es un principio que requiera ser rellenado en su fondo, no

¹² En detalle, Díez-Picazo (2003, pp. 363 y ss.). Igualmente, Cordón Moreno (2004, pp. 215 y ss.).

es un criterio moral o meramente interpretativo. Es una norma jurídico-positiva constitucional, directamente aplicable al menos en sus aspectos esenciales y primordiales, que han ganado semejante condición normativa a máximo rango jerárquico.

4. Tutela judicial efectiva y estado de alarma

Desde estas premisas constitucionalizadas, considerando el marco que envuelve la situación de emergencia que estamos padeciendo, ¿cuál ha sido la incidencia del RDAL en el derecho fundamental que se observa? ¿Lo ha comprometido perjudicialmente? Procederemos a bifurcar la descripción de los aspectos al efecto formulados y la valoración de esas normaciones con ánimo crítico.

4.1. Regulación

La clave en la interacción del artículo 24.1 de la CE con el RDAL, a nuestro entender, nos la ofreció su disposición adicional segunda. El criterio que se implanta es una innegable limitación de la actividad judicial a resultas del estado de alarma que se declara. A tenor de la aludida previsión, se acordó que las únicas actuaciones jurisdiccionales que pervivieran con la normalidad de costumbre, rubricadas «servicios esenciales», fueran entendidas como las que encierran en sí una urgencia o perentoriedad que obligara a un pronunciamiento apremiante e irretardable, como salvedad a la proclamación –regla general– consistente en que

se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanuda en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

Por contraposición, los referidos servicios esenciales serían los siguientes:

- a) En el orden jurisdiccional penal la suspensión e interrupción no se aplicaría a los procedimientos de *habeas corpus*, a las actuaciones encomendadas a los servicios de guardia, a las actuaciones con detenido, a las órdenes de protección, a las actuaciones urgentes en materia de vigilancia penitenciaria y a cualquier medida cautelar en materia de violencia sobre la mujer o menores. Asimismo, en fase de instrucción, el juez o tribunal competente podría acordar la práctica de aquellas actuaciones que, por su carácter urgente, sean inaplazables.
- b) El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, regu-

- ladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones judiciales previstas en el artículo 8.6 de la citada ley.
- c) Los procedimientos de conflicto colectivo y para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas regulados en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
 - d) La autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico prevista en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC).
 - e) La adopción de medidas o disposiciones de protección del menor previstas en el artículo 158 del Código Civil (CC).

Por último, como cláusula de cierre, se previó que el juez o tribunal pudiera acordar la práctica de cualesquiera actuaciones judiciales necesarias para evitar perjuicios irreparables en los derechos e intereses legítimos de las partes en el proceso (criterio abiertamente indeterminado).

Todo el resto de cuestiones y procedimientos jurisdiccionales, consecuentemente, quedaban paralizados.

En una suerte de peculiar desarrollo *secundum legem*, adicionando al RDAL, aunque curiosamente previo a su promulgación, el Consejo General del Poder Judicial –CGPJ– dictó un acuerdo (concretamente, su Comisión Permanente en fecha 13 de marzo de 2020)¹³ disponiendo la suspensión de las actuaciones judiciales y de los plazos procesales en todo el territorio nacional, salvaguardando esa categoría de «servicios esenciales». En este sentido, se detallaron esos servicios esenciales bajo la rúbrica «actuaciones procesales», acordados por el CGPJ, Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado. Por destacar algunos, indicamos los siguientes:

- a) Cualquier actuación judicial que, de no practicarse, pudiera causar perjuicio irreparable (discrecionalidad para valoración casuista, por tanto).

[...]

- e) En materia de Registro Civil, se debe prestar atención permanente durante las horas de audiencia. En particular, habrían de asegurarse la expedición de licencias de enterramiento, las inscripciones de nacimiento en plazo perentorio y la celebración de matrimonios del artículo 52 de la CC.

[...]

¹³ Disponible tanto en la página web del CGPJ como en la del Ministerio de Justicia.

- h) Actuaciones urgentes en materia de vigilancia penitenciaria (quedando pendiente determinar, claro está, cuándo concurriría esa urgencia habilitante)
- i) En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, las autorizaciones de entradas sanitarias, urgentes e inaplazables; derechos fundamentales cuya resolución tenga carácter urgente; medidas cautelarísimas y cautelares que sean urgentes; y recurso contencioso-electoral.

Por otra parte, la Comisión Permanente del CGPJ dictó acuerdo de 18 de marzo de 2020¹⁴ prohibiendo la presentación de escritos procesales de manera presencial, limitándose a la telemática vía LexNET o por los sistemas análogos en las comunidades autónomas con competencias transferidas en materia de justicia que cuenten con aplicaciones propias, y ceñidos a los que tuvieran por objeto única y exclusivamente esas actuaciones precedentemente declaradas urgentes e inaplazables, esenciales. El CGPJ argumentó que ignorar, entre tanto se mantuviera el estado de alarma, la prohibición que introducía suponía contrariar la finalidad que declarar ese estado buscaba, ya que la presentación de un escrito desencadenaría la correlativa obligación procesal de que fuera proveído, lo cual chocaba con el tenor de la disposición adicional segunda del RDAL.

4.2. Valoración crítica

A nuestro juicio, se ha enfocado de manera incorrecta y ciertamente desarmónica con la CE cuál habría de haber sido la interacción de un estado de alarma con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, vistos los postulados constitucionalizados que hemos tenido ocasión de repasar más arriba y considerando también la doctrina del TC sobre cuál ha de ser el alcance (y por tanto los límites) que esa situación de derecho excepcional ha de portar consigo.

Recordemos: la declaración de un estado de alarma no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado entre los que, inequívocamente, destaca prominente el Judicial. La rúbrica del título VI de la CE es argumento más que suficiente para mantener ineluctablemente esta afirmación sin mayor justificación. Si un estado excepcional implica exorbitancias y concentraciones de poder, o afección a derechos ciudadanos, la labor del Poder Judicial, como fiscalizador, garante y revisor de la actividad administrativa, se torna si cabe más relevante que en un estado ordinario en que se desarrolle jurídicamente nuestra normalidad. Es en estas situaciones tan especiales donde el Estado de derecho ha de activar todos sus controles y contrapesos a pleno funcionamiento, fortificando sin atisbos de duda que se halle a pleno despliegue el imperio de la ley. Es inequívoco que la declaración de un estado de alarma no implica la suspensión de ningún derecho fundamental sino, a lo sumo, alguna limitación puntual como excepción a la regla general, de fugaz

¹⁴ Disponible para su consulta en las respectivas páginas web del CGPJ y del Ministerio de Justicia.

duración por añadidura –*supra*–. En el plano que aquí estudiamos, pues, un estado de alarma adolece de aptitud o cobertura técnico-jurídica para suspender (y particularmente se entiende que limitar, dado que no interfiere en absoluto con el campo material de medidas que deban aplicarse al control y contención de una crisis sanitaria) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Si se produce este resultado, además en un marco en que las deficiencias de formulación normativa son ostensibles (*infra*), ¿qué tipo de garantía judicial generalizada se arbitra justamente cuando más perentoria puede llegar a ser?

Parece asimismo claro que las medidas que la LOAES previene para cada uno de los estados excepcionales cuya regulación efectúa suponen, precisamente por tratarse de un derecho de excepción, un *numerus clausus*. Así, el Gobierno de turno, aun actuando como órgano constitucional y no como cúspide de la Administración, solamente puede implementar las que la norma habilitante predefine y no cualesquiera otras que estimara convenientes, incluso cuando objetivamente pudieran resultar especialmente útiles *ad casum*. Bien, entendemos que ex artículo 11 de la LOAES no es defendible que el Gobierno tenga capacidad de decidir una suspensión de plazos procesales que, en realidad, no deja de encubrir la paralización posiblemente integral de un poder independiente del Estado. Y si este poder es quien en régimen de monopolio ostenta capacidad de dispensar el derecho a la tutela judicial efectiva en los términos que la legalidad procesal prevea –por cierto, también narcotizada en su práctica totalidad como fácilmente se colegirá–, parece más que probable que el RDAL estuviera acordando, en realidad, la suspensión de tal derecho.

Hay ámbitos materiales, ubicados en posiciones singularmente privilegiadas en nuestro ordenamiento jurídico, que no son disponibles sin una sólida justificación al derecho de excepción que en este caso plasma un estado de alarma; por ejemplo, afectando a terrenos que, por simple lectura del artículo 81 de la CE, como ocurre en el campo del desarrollo de los derechos fundamentales, requieren de ley orgánica. Más particularmente, la regulación específica del Poder Judicial en la CE la contempla el artículo 122; remitiendo a una ley orgánica concreta, la LOPJ, entre otros elementos, «el funcionamiento» de juzgados y tribunales. Entendemos, pues, que un real decreto, aun con valor de ley ordinaria, no puede entrar en esa colisión con la LOPJ, despojando hasta la práctica desactivación el funcionamiento de una Administración que, de inmediato, conlleva también la hibernación de un derecho fundamental que en monopolio satisface. Podría aceptarse una modulación puntual, que el RDAL estableciera un régimen acotadamente momentáneo en razón de las circunstancias, haciendo que la médula de la LOPJ *colaborara con* su finalidad constitucionalmente legítima (superación de una crisis). Pero otra cosa muy distinta consiste en que se desarbole de manera prácticamente íntegra la regulación orgánica en liza. Por extraordinarias y graves que sean las circunstancias, no parece sensato asumir sin más que el RDAL pueda ir tan abierta y expansivamente contra un poder del Estado a quien se desactiva provisionalmente (contra la propia prevención de la CE y la LOAES, *supra*) y, lo que es más destacable todavía, se desconfiguren elementos esenciales del derecho del artículo 24.1 de la CE (cfr. la STC 111/1983, de 2 de diciembre), máxime si su inacción no tiene nada que ver con la contención del estallido de una crisis sanitaria.

La ilimitación en el potencial impacto del RDAL implica subversión de ese sistema de fuentes y, por ende, lesiona el contenido mínimo de un derecho que, indudablemente, se halla garantizado constitucionalmente. En fin, el RDAL estaría atacando la indisponible pujanza de la CE, donde el artículo 116 ni es un islote desagregado del resto del corpus constitucional que habilite la plena discrecionalidad gubernamental ni, de hecho, en sí mismo tomado exime de control y supervisión a las medidas que se tomen. ¿Acaso suspender ese derecho fundamental durante ese estado de alarma no modula –o impide, sin ambages– poder ejercitar en toda su extensión esas tareas por el tiempo en que esté en activo?

El RDAL aborda el flanco judicial que se quiere dar al estado de alarma a través de una regulación de excepción del tiempo de las actuaciones judiciales. Esta realidad se encuentra reglada, precisamente, de forma común para todos los órdenes en que ex artículo 117.5 de la CE se articula la única jurisdicción, sin perjuicio de las especificidades que ulteriormente para cada uno de ellos arbitren las diversas leyes procesales, en los artículos 179-185, ambos inclusive, LOPJ, sin que en ellos se atisbe la idea «suspensión», que por tanto sería una creación *ex nihilo* del RDAL. Merece especial atención la previsión contenida en el artículo 183 de la LOPJ, cuando se dispone la inhabilidad de los días del mes de agosto para la realización de todo tipo de actuaciones procesales, salvo las que se declaren urgentes por las normas adjetivas; añadiéndose que el CGPJ (no el Gobierno, nótese) pueda habilitar los días del mes de agosto a efectos de otras actuaciones y mediante reglamento –ejercitando entonces una potestad reglamentaria que le es propia por previa atribución legal, art. 560.1.16.º f) LOPJ–. En interpretación inversa, podemos concluir que lo que la LOPJ sienta es la posibilidad de habilitar días inhábiles en esos términos y por un órgano constitucional concretamente individualizado; pero ¿cabe declarar inhábiles (dado que en eso se traduce en fin la suspensión que se invoca) días que, por disposición de la LOPJ, son hábiles? Por mucha explicación que se pudiera argüir por las instancias implicadas, no se ha declarado inhabilidad alguna, contrariando la prevención del artículo 182 de la LOPJ, a nuestro entender diáfanoamente supérstite aun en situación de derecho de excepción. Todavía más, no se prohibió a la ciudadanía acudir a los órganos jurisdiccionales (cfr. art. 7.1 RDAL), lo que empasta de forma extraña con todas esas prevenciones restrictivas.

Consecuentemente, el RDAL golpea de lleno en una materia que encuentra su acomodo normativo en esa concreta sede orgánica, activando las dudas que hemos sugerido. En plano ordinario, y supletorio ex artículo 4 de la LEC, los artículos 132 a 136 del texto rituario civil insisten en las previsiones orgánicas: los plazos procesales son improrrogables y las actuaciones procesales se han de practicar en los términos y plazos que se señalen para cada una de ellas. Cabe interrupción de plazos y demora de los términos –nuevamente, no se utiliza el término «suspensión», lo cual hemos de dejar subrayado en todo caso– en los casos de fuerza mayor que impidan cumplirlos, «reanudándose su cómputo en el momento en que hubiera cesado la causa determinante de la interrupción o demora» (art. 134 LEC).

No se trata solamente de que la legislación procesal no baraje una suspensión de plazos, o de que esa previsión se contenga en la LOPJ, aspecto que quizás vedaría la capa-

ciudad de incidencia omnímoda del RDAL en cuanto norma con valor de ley ordinaria; es que los efectos que se apegan a la interrupción seguramente serán divergentes a los que el legislador de excepción pergeñe. Interrupción y suspensión son dos instituciones diferentes desde el momento en que en la primera resulta inútil en tiempo que haya corrido, luego en cuanto cese la causa que la motivó se computa de nuevo todo el plazo afectado (p. ej. ATS, Sala Primera, de 7 de febrero de 2018); mientras en la segunda sí se tendría en consideración el tiempo que hubiera pasado, y cesada la causa que la ocasionó se reanuda el cómputo desde ese momento, no por completo¹⁵. Si queremos pasar esta situación por el tamiz del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), se intuye que el resultado pueda ser intensamente desalentador, dada la inexactitud legislativa al formular el pasaje del RDAL referido.

Todos estos mimbres nos llevan a razonar que, al igual que ha podido suceder con otros derechos constitucionales, en el concreto supuesto de la tutela judicial efectiva la intensidad limitativa que inyecta el RDAL, con obstáculos, impedimentos, restricciones groseras... ha tenido tal calibre que ha podido limar o deshilar su contenido esencial, procediendo a su suspensión en un porcentaje elevadísimo de las canalizaciones procesales en que se vierte y vertebrado camino de su tramitación y resolución judicial en forma de acciones. Y ello es así habida cuenta de que, como nos recordaba la ya venerable STC 11/1981, de 11 de abril, se ha injerido en «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles [...] resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (FJ 8.º). Así es, las generalizadas cortapisas arbitradas convirtieron al derecho fundamental en análisis, virtualmente, en inaccesible e impracticable, muchísimo más allá de lo que habría de ser una modulación puntual o razonable adaptada a las circunstancias, considerando el necesario imperio del principio *pro actione*. No ha sido esta la decisión del RDAL, adentrándose resueltamente en una suspensión del derecho que, como ya se ha reiterado, no es a nuestro entender constitucionalmente factible al abrigo de un estado de alarma.

¿Por qué se ha actuado así? ¿Cuál es la razón de esa paralización que, consustancialmente, ha provocado que se anestesiara al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

¹⁵ En respuesta a consulta al efecto formulada, con fecha 20 de marzo de 2020, la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado aclara, respecto a la disposición adicional tercera del RDAL, en la que se aprecia idéntica contradicción que la que nos ocupa respecto a los plazos de naturaleza administrativa, que «la suspensión de un plazo implica que el mismo se detiene, se congela en el tiempo en un momento determinado debido al surgimiento de algún obstáculo o causa legal, reanudándose cuando dicho obstáculo o causa ha desaparecido, en el mismo estado en el que quedó cuando se produjo la suspensión [...]. Por el contrario, en los casos en que legalmente esté prevista la interrupción de un plazo, una vez que tiene lugar el acto interruptivo, el plazo vuelve a contar desde cero, volviendo a nacer en toda su extensión y quedando sin efecto el tiempo del plazo hasta entonces transcurrido». Por todo ello, se concluye que en el supuesto analizado los plazos procedimentales quedarían suspendidos, luego al alzarse el estado de alarma se reanudarían, no se reiniciarían los cómputos de plazos afectados. Sobre este particular, nos remitidos a nuestro trabajo (Sánchez Álvarez, 19 de mayo de 2020).

precisamente cuando debería hallarse más espabilado? A nuestro juicio, dos son los ejes sobre los que se puede hacer girar semejante decisión.

El primero de ellos, obvio y muy visible, estriba en el mantenimiento de la salud e integridad física de los distintos operadores jurídicos que convergen en las sedes judiciales y se encargan de desarrollar los distintos cometidos que requiere el ejercicio de la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 de la CE encomienda a juzgados y tribunales: jueces y magistrados (a quienes sí en régimen de monopolio corresponde el desarrollo de la función jurisdiccional), a los que habría que añadir profesionales y ciudadanos en general que han de acercarse a esta Administración en defensa de sus intereses o en desarrollo de sus labores profesionales. Hablamos de volúmenes de personas verdaderamente relevantes: jueces, fiscales, forenses, funcionarios, miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad, abogados, procuradores, graduados sociales, peritos, testigos, público en general... Si uno de los principales vectores de propagación del coronavirus Sars-CoV-2, caracterizado precisamente por su facilísimo y veloz contagio, habita en las aglomeraciones de personas en las que no se guarde una distancia interpersonal de unos dos metros, es sencillamente entendible que las sedes judiciales, tantas veces antiguas, mal dotadas, deficientemente ventiladas, con condiciones higiénicas manifiestamente mejorables, con hacinamiento de muchos operarios en espacios insuficientes... constituirían un espacio especialmente proclive a la expansión descontrolada del patógeno. La salud de todos esos colectivos de personas, que los poderes públicos personificados en las Administraciones públicas prestacionales en materia de Justicia en función de los ámbitos (CGPJ, Ministerio de Justicia o comunidades autónomas con competencias asumidas en materia de justicia)¹⁶ no podrían ni remotamente garantizar con los equipos de protección individual correspondiente, hizo prácticamente inevitable suspender, por el momento, ese pulso judicial cotidiano tan presencial, tan físico, tan interpersonal.

El segundo, tal vez menos evidente pero no por ello menos contundentemente cierto, se traduce en la histórica y nunca superada postración medial de la Administración de

¹⁶ Significativamente, en el Acuerdo de la Comisión Permanente del CGPJ de 16 de marzo de 2020 (consultable en las páginas web del propio Consejo y del Ministerio de Justicia), leemos que este órgano constitucional se arroga la condición de «suprema autoridad judicial gubernativa del Estado [sic] en el marco competencial previsto en nuestra Constitución y en la LOPJ». En el acuerdo de la misma comisión de fecha 19 de marzo de 2020, disponible asimismo en los canales indicados, «exige a las Administraciones con competencia en medios personales y materiales de la Administración de Justicia y a todos sus servidores públicos que se abstengan de adoptar medidas que, directa o indirectamente, impidan o dificulten el cumplimiento de los servicios esenciales de la Administración de Justicia definidos en los acuerdos adoptados» por el CGPJ. La exigencia, en un marco de colaboración interinstitucional, seguramente suponga una fórmula cuando menos descortés e inadecuada. Pero deja entrever, de un lado, que arrogarse nominalmente la primacía gubernativa no tiene correlato práctico en el mando efectivo sobre una Administración que, de hecho, está fragmentada y atomizada en su gestión a niveles probablemente poco operativos y, de otro, que tantos centros con competencias en una misma realidad suponen en sí mismos un potencial problema si para la toma de cualquier decisión, especialmente si ha de ser desde la celeridad, es poco ágil.

Justicia, máxime en comparación con otros giros estatales. Dejemos de lado que, en algunos casos, el diseño procesal puede exigir sin posible vadeo la presencia física de los interesados para la realización de algún hito del procedimiento. Pero, incluso considerando semejante salvedad, nos parece indudable que si la actividad jurisdiccional se hallara debidamente digitalizada, y se arbitraran todos los mecanismos de impreterible seguridad técnica valorando el tipo de materia, siempre sensible, que se trata por estos lares, hubiera sido perfectamente susceptible de estar abierta a su mantenimiento, valiéndose de una gestión telemática de su actividad.

Esa digitalización, a niveles adecuados y suficientes que no sean actuaciones cosméticas, experimentales o parciales, es una quimera a día de hoy. No en la letra legal, que tiene una capacidad de soportar ideas prácticamente infinita, pero sí al interactuar con la crueldad descarnada del principio de realidad que requiere, previamente, decisiones políticas y una dotación presupuestaria y económica suficiente que la plasme más allá del mundo ininteligible.

Contamos con La Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que entró en vigor, nada menos, que al día siguiente de su publicación (BOE del 6 de julio de 2011). Proclama su aplicación a la Administración de Justicia, a los ciudadanos en sus relaciones con ella y a los profesionales que actúen en su ámbito, así como a las relaciones entre aquella y el resto de Administraciones y organismos públicos (art. 2). Implanta una serie de derechos de los ciudadanos (art. 4), y un conjunto de prestaciones de servicios y disposición de medios e instrumentos electrónicos –con carácter *ius cogens* en los verbos: «Las Administraciones con competencia en materia de Justicia habilitarán [...] asegurarán [...]»– (art. 5). Pauta el uso obligatorio de medios e instrumentos electrónicos (art. 8). Sobre todo, previene la tramitación electrónica de los procesos judiciales (título IV), definiendo en su artículo 26 al expediente judicial electrónico como «conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento judicial, cualquiera que sea el tipo de información que contenga», y concediendo consideración de documento judicial electrónico a «las resoluciones y actuaciones que se generen en los sistemas de gestión procesal, así como toda [sic] información que tenga acceso de otra forma al expediente cuando incorporen datos firmados electrónicamente» (art. 27). Asimismo, regula cómo comunicaciones y notificaciones, así como la propia tramitación, deba producirse electrónicamente (arts. 33-43, ambos inclusive). Traza un esquema de interoperabilidad y seguridad (arts. 46-54). Y, en fin, proclama su «carácter transversal para todos los órdenes jurisdiccionales y complementa la legislación vigente en lo concerniente al uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia» (disposición adicional séptima)¹⁷.

La red normativa es tupida, suficiente, completa seguramente. Lo es desde 2011. Estamos en 2021 y sabemos sobradamente por pura contrastación empírica que ese paradig-

¹⁷ A mayor abundamiento sobre esta norma, Gamero Casado y Valero Torrijos (2012).

ma teóricamente vigente dista mucho de existir en la praxis. Básicamente, por cuestiones presupuestarias, pero también por otros factores coadyuvantes (por ejemplo, demasiados entes gestores en colusión sobre este aspecto tan concreto, que fomenta la multiplicidad de criterios, la disparidad, la primacía de visiones particularizadas, los ritmos no uniformes en la implementación de las medidas normativas y presupuestarias, etc). ¿De qué nos sirve esa normativa si no hay medios o voluntad política de ponerla en marcha de veras? Tal vez para generar decepción y hastío, especialmente en circunstancias como las actuales, por los motivos añadidos que ahora pasamos a relatar.

Ese retraso ha dejado desnuda ante la cruel realidad sobrevenida a una Administración de Justicia que sigue actuando en tantas ocasiones como un hermoso engranaje decimonónico, que está esperando desesperada que llegue su hora, que sin cesar parece ser una prioridad para los distintos gestores que se van sucediendo a su frente pero que nunca terminan por acometen con seriedad y empeño llevar a la práctica tantos discursos bien-intencionados; que siempre se encuentra con imprevistos, crisis, retardos, ahogos presupuestarios, prioridades preferentes que la vuelven a relegar y la mantienen postergada ya en una asincronía o descontextualización temporal insoportable para un Estado de derecho del siglo XXI. Una hora tan deseada que nunca llega. La brecha digital impera en esta Administración, y la expone a tener que obrar de una manera pretecnológica cuando sobreviene, por ejemplo, una pandemia, reaccionando exactamente igual que si hubiera llegado en 1876, cerrando sus puertas por pura seguridad y salud, sin ser capaz de trabajar integralmente de otra forma que no sea sobre el papel en cada oficina judicial. Y el problema no es solamente organizativo, no se ciñe a una cuestión doméstica del Poder Judicial y su administración instrumental. Golpea de lleno, condicionándolo dañosamente, en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, conexamente postrado por la incapacidad del cauce en que se vierte para gestionarlo con solvencia y eficacia.

En la epidemia en curso, se han comprobado con descarnada frialdad los efectos del desbarajuste entre la Administración de Justicia y las tecnologías de la información contemporáneas que, en otras Administraciones, sí están implantadas con naturalidad (baste considerar si, por ejemplo, la Administración tributaria paralizó la campaña de gestión del IRPF de 2019, pese a su coincidencia de forma prácticamente integral con el primer estado de alarma decretado para gestionar la crisis sanitaria de la covid-19). Como es notoriamente sabido por cualquier operador jurídico o ciudadano mínimamente avezado que haya tenido contacto con la Administración de Justicia, los distintos órganos judiciales que se integran en el único Poder Judicial que exterioriza el principio constitucional de unidad de jurisdicción carecen de una plataforma digital única; no hay un programa informático exclusivo con que trabajar e interactuar con los diversos órganos judiciales, sino que en cada ámbito territorial la administración prestacional pertinente instaura la aplicación que estima oportuna, con sangrante ausencia de interoperabilidad con las restantes homólogas usadas en otros territorios. Gran parte de las comunicaciones que se reciben en los decanatos y oficinas de reparto correspondientes son físicas, en soporte papel. Los sistemas informáticos que se instauran tienen una capacidad tan limitada que una demanda con un volumen no escaso

de documental aneja desborda la misma y ya abre la duda a cómo obrar para subsanar esa deficiencia... El parcheo, las soluciones hemipléjicas, demuestran ahora más que nunca el alto precio que pueden hacernos pagar.

Que los procedimientos judiciales, en el mejor de los casos, estén informatizados solo de manera parcial impide su integral tramitación telemática y aborta, de inmediato, una modalidad de teletrabajo absolutamente plena. La imposibilita, de hecho.

Pero aun en esos jirones procedimentales tecnologizados tampoco sería arbitrable pacíficamente la tramitación telemática de pleitos y causas. Seguramente, por el CGPJ se han entregado equipos informáticos portátiles, que reúnan los requisitos de seguridad precisos y tengan instaladas las aplicaciones pertinentes, a buena parte de jueces y magistrados. Ello es intrínsecamente positivo. Ahora bien, ¿de qué sirve obrar así, que esas autoridades puedan dictar un número indeterminado de resoluciones de trámite o definitivas si no pueden hacerse llegar idénticos equipos, y con esos mismos medios técnicos luego con pulcra salvaguarda de la salud y de las medidas del RDAL, a los demás funcionarios integrantes del órgano jurisdiccional que son quienes en exclusiva las vuelcan e integran en los respectivos sistemas informáticos de gestión procesal, las notifican, publican...? La competencia para desarrollar tal medida, en ese caso, corresponderá a otra Administración prestacional, o a varias si nos extendemos a letrados de la Administración de Justicia (Ministerio de Justicia) y resto de personal auxiliar (comunidades autónomas con competencias transferidas y, de no haberlas asumido, el Ministerio de Justicia también). ¿No se ha comprendido todavía que un órgano jurisdiccional precisa para llevar a cabo su labor de un perfecto engranaje, personal y se comprueba que también técnico, entre sus distintos operadores integrantes; que si no están perfectamente afinados e imbricados todos esos eslabones la cadena de trabajo se rompe y, claro, se tiene que parar? ¿No habría sido conveniente ir dejando de lado modernizaciones tal vez innecesarias de equipos de mesa, presenciales y presentistas, e ir sustituyéndolos por ordenadores portátiles corporativos? ¿De veras es útil seguir aferrados a la tan antigua necesidad del presentismo, de un estar por estar que no implica productividad alguna?

Ahí tenemos el problema de fondo en todo su esplendor. La ausencia de medios adecuados, de formación, de interés por parte de las Administraciones prestacionales que priorizan otros ramos con más lustre (u objetivos) para ellas y relega a la Administración de Justicia hasta tal punto que, ante una epidemia, no queda otro remedio que paralizarse y, prácticamente, cerrarse; que deja sedado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En fin, a nuestro parecer esas han sido las dos causas que han abocado a la parálisis de la Administración de Justicia y de un derecho fundamental. La no modernización de este ámbito estatal ha gestado, como no podría ser de otro modo, una respuesta asimismo anquilosada ante la epidemia desatada si no se quería comprometer seriamente la salud de los operadores jurídicos, exigiéndoles una inevitable presencia física en las sedes judiciales, bien jurídico lógicamente superior e indisponible. La respuesta dada es la única que se pudo dar.

4.3. Modulaciones (a la modulación)

Todavía tenemos que efectuar alguna modulación más en el análisis de la cuestión que hemos propuesto. Y para ello debemos acudir nuevamente a la fuente principal del derecho de excepción activado en forma de estado de alarma que es el RDAL. Sin duda, lo que atañe a la actividad procesal y, consiguientemente, al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se hilvana a su disposición adicional segunda, que en todo momento hemos de tener presente. Pero hay otro tipo de derivadas que también confluyen sobre el objeto de estudio.

Ante todo, el artículo 4 del RDAL declaró a los efectos del estado de alarma como autoridad competente al Gobierno. Concretamente, bajo la superior dirección del presidente del Gobierno, serían autoridades competentes delegadas en sus respectivas áreas de responsabilidad los ministros de Defensa, Interior, Transportes y Sanidad. En las áreas de responsabilidad que no recaigan en la competencia de alguno de los ministerios señalados (Justicia, a los fines que aquí perseguimos), «será autoridad competente delegada el ministro de Sanidad».

Desarrollando esas previsiones, la autoridad competente delegada, es decir, el ministro de Sanidad, dictó Orden SND/261/2020, de 19 de marzo, para la coordinación de la actividad profesional de los miembros de los cuerpos de funcionarios regulados en el Libro VI de la LOPJ durante la vigencia del estado de alarma declarado por el RDAL. En su apartado 1, «se encomienda al Ministro de Justicia la coordinación de la actividad profesional de los miembros de los Cuerpos de funcionarios» relatados «en todo el territorio del Estado». Asimismo, le correspondería «la coordinación de los servicios públicos prestados a través de los Colegios profesionales que actúen en el ámbito de la Administración de Justicia y, en particular, el turno de oficio y la asistencia jurídica gratuita». Su apartado 3 añadió que

en el ámbito de aplicación fijado en el apartado primero de la presente orden, el ministro de Justicia [...] podrá adoptar, cuando sea indispensable, las resoluciones y disposiciones que sean necesarias para garantizar, en todo el territorio del Estado, una aplicación homogénea de los servicios esenciales para la salvaguarda de derechos y libertades de la ciudadanía y de las recomendaciones establecidas por este Ministerio para la salvaguarda de la salud pública.

Ciertamente, entendemos que la mención al ámbito material acota la delegación que se efectúa al ministro de Justicia, que parece ser eminentemente orgánico, organizativo, y no estrictamente procesal desde el momento en que tal esfera, afectante sin duda a la función jurisdiccional y reservada estrictamente a la ley (sin más, art. 1 LEC), podría ser únicamente retocada en situación excepcional, y con las dudas que ya hemos apuntado, con una norma de ese rango, es decir, el RDAL. En ese sentido estrictamente organizativo se encuadraron disposiciones que emanan desde diversos niveles del Ministerio de Justicia. Así sucede con la Resolución de la Secretaría de Estado de Justicia de 14 de marzo de 2020 sobre servicios esenciales en la Administración de Justicia; la Resolución de la Secretaría de Estado de

Justicia de 23 de marzo de 2020 sobre el cálculo y distribución de dotaciones de servicios esenciales en la Administración de Justicia durante la pandemia covid-19; o la Resolución del Ministro de Justicia de 30 de marzo de 2020 por la que se adapta la cobertura de servicios esenciales de la Administración de Justicia al Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo¹⁸.

Con todo, también nos hemos encontrado en esa constante pulsión normativa con otras disposiciones que nos sugieren más reservas a la hora de valorarlas. Procederemos a escrutar con más detenimiento la Instrucción 1/2020, de 25 de marzo, del Secretario General de la Administración de Justicia, relativa a la gestión de la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales durante la vigencia del estado de alarma declarado por el RDAL. Su preámbulo constata el irrefutable hecho que consiste en que el estado de alarma en marcha «ha supuesto la limitación de la actuación de las Administraciones públicas a los servicios esenciales prestados por cada una de ellas». Busca basamento a lo que se va a reglar en la Resolución del Secretario de Estado de Justicia de 14 de marzo de 2020, que establece los servicios esenciales que en todo caso debe proporcionar la Administración de Justicia, «entre los que se incluye cualquier actuación judicial que, de no practicarse, pudiera causar perjuicios irreparables». Naturalmente, las medidas de estricta contención activadas van a dificultar o impedir durante su viveza «el normal desempeño de prestaciones laborales y empresariales, y por tanto la percepción de retribuciones o la disposición de efectivo para afrontar la situación». Considerando que de ordinario las cuentas de depósitos y consignaciones judiciales son receptoras de sumas embargadas o satisfechas para la cobertura de necesidades perentorias de sus destinatarios (pensiones de alimentos, indemnizaciones a víctimas de delitos...) y la importancia de que los destinatarios de estas cantidades puedan recibirlas con regularidad, se «hace imprescindible que no se queden retenidas en las cuentas de los órganos judiciales durante el periodo de alarma», por lo que se opta por dejarlas activas y en funcionamiento dándose «preferencia al pago por transferencia directa en cuenta corriente».

Considerando por tanto el artículo 463 de la LOPJ, y los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica que ordenan el Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia del que el secretario general de la Administración de Justicia es cima¹⁹; teniendo presente que ese concreto actor inserto en los órganos judiciales es el responsable de la gestión y llevanza de la Cuenta de depósitos y consignaciones, se dictó la mencionada instrucción de la que extraemos estas determinaciones que, una vez entresacadas de su texto, transcribimos:

- Las cuantías depositadas en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales que deban ser entregadas a las partes o a terceros tendrán la consideración de actuaciones inaplazables durante el periodo de vigencia del estado de alarma.

¹⁸ Disponibles para su consulta en la página web del Ministerio de Justicia.

¹⁹ Sobre su repercusión y su estatuto jurídico, nos remitimos más detalladamente a nuestro trabajo (Sánchez Álvarez, 2013).

- Se acordará el pago de las cuantías depositadas preferentemente mediante transferencia directa a la cuenta corriente de los beneficiarios, limitándose la expedición de mandamientos de devolución en soporte físico a supuestos en que no se haya facilitado previamente esa información y el interesado o su representación procesal no la faciliten a requerimiento al efecto acordado.
- Los secretarios coordinadores provinciales remitirán recordatorio (?) a los colegios de procuradores y abogados de su territorio sobre la conveniencia de aportar los datos de cuenta corriente de los beneficiarios de las cantidades depositadas, para que los pagos se puedan verificar con mayor agilidad mediante transferencia directa.

Ante todo, es imprescindible efectuar una apreciación inicial que aclare cuál es el valor jurídico de una instrucción.

El artículo 24.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, prevé que los reglamentos se ajustarán a estas normas de competencia y jerarquía: disposiciones aprobadas por real decreto del presidente del Gobierno o del Consejo de Ministros y disposiciones aprobadas por orden ministerial, *ergo* otra clase de disposiciones de naturaleza jurídica por determinar no van a participar de valor reglamentario: una instrucción evoca racionales dudas de su inmanente normatividad general²⁰. La doctrina del TC parece coincidir en que este tipo de fenómenos manifiestan potestad jerárquica (STC 27/1983, de 20 de abril, FJ, 2.º, 3.º y 4.º), sin que sean considerados disposiciones de carácter general (STC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 4.º). De hecho, «las circulares e instrucciones materializan directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de la relación jerárquica sin que sea menester su publicación» –STC 50/1994, de 23 de mayo, FJ 5.º–. No son equiparables a normas reglamentarias, al no cumplir los límites formales y sustantivos (competencia, jerarquía, procedimiento...) que habilitan la validez de las disposiciones administrativas generales.

Este instrumento se asocia irremediamente a la función directiva intraadministrativa («los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio», art. 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público), fundada al principio de jerarquía prevenido en este sector por el artículo 103.1 de la CE. Ahora bien, sin perjuicio de que estas manifestaciones administrativas en ningún caso puedan considerarse fuentes del derecho, no podemos ningunear que lleguen a ser susceptibles de provocar efectos *ad extra* de la propia organización administrativa, bien a través de los órganos inferiores como destinatarios intermedios, bien directamente al administrado/justiciable prescindiendo de esos subordinados eslabones. Se comprenderá que dotarlas de contenidos relevantes en este *statu*

²⁰ Un completo estudio de este tema en Moreno Rebato (1998, pp. 159 y ss.).

quo es absolutamente sorprendente e inaceptable. La práctica, desgraciadamente, confirma esa hipótesis. Contra la lógica jurídica, aspectos procesalmente significativos encuentran asiento pretenciosamente «normativo» en estas herramientas administrativas. Nada podemos objetar respecto a que desde la Secretaría General de la Administración de Justicia se disponga doméesticamente lo que se considere oportuno a través de instrucciones y circulares. Otra cosa bien diferente es que este tipo de fenómenos ordenatorios rebasen este confín, puedan tener relevancia externa, proyectarse sobre el proceso, los justiciables y, en suma, la tutela judicial efectiva a quien el proceso encauza medialmente. No en vano, ya nos dejó escrito Chiovenda (1922), que «la naturaleza procesal de una ley no debe, pues, deducirse del lugar en que aparece incluida, sino de su objeto» (p. 120).

Postulamos que así sucede en el concreto caso que ahora centra nuestra atención. Una creación puramente administrativa condiciona en realidad un aspecto concreto apegado a lo radicalmente procesal, incidiendo en un ámbito que no le puede ser propio por afectar al curso de procedimientos jurisdiccionalizados. No se ciñe a una disposición gubernativa jerárquica, doméstica, sino que, por muy loables que sean sus motivaciones, se proyecta mucho más allá, en lo personal (justiciables, procuradores, abogados) y en lo material (procesos judiciales, ejecuciones... que no son administrativos). Nos hallamos ante una expresión de potestad jerárquica que sin duda no tiene por destinatarios solo a sus subordinados.

Ítem más, ¿qué cobertura normativa tiene esta determinación gubernativa pero desbordante de lo doméstico en un estado de alarma? ¿No forma parte del derecho de excepción? ¿Es armónica a la disposición adicional segunda del RDAL que, recordemos, tiene rango de ley o se opone a ella por excepcionarla si indudablemente surge a consecuencia de la situación de emergencia y, por tanto, ha de enlazarse a su marco jurídico rector? ¿Puede ampliar el elenco de servicios esenciales allí previstos sin más? ¿Bajo qué base jurídica? ¿Cómo encajar esta excepción a la excepción, una modulación a la modulación?

5. El día después. Reactivación a la espera de un tsunami

Nuestro alarmado legislador, consciente de los perjuicios irrogados con sus previas decisiones al devenir de la Administración de Justicia y, consecuentemente, al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que en su seno se dispensa y colma, habrá de apreciar la necesidad de articular una actuación reparadora urgente que intente retomar y recuperar toda la paralización experimentada.

Es evidente que los daños que ha generado esa parálisis tienen dos esferas o connotaciones: los procedimientos que ya estaban en curso y que, afectados por el RDAL quedaron en suspenso, en los dispares momentos procesales en que se hallaran (incoación, emplazamiento, señalamiento, escritos de trámite por proveer, vistos para sentencia o resolución final, tramitación de recurso...) y, especialmente, todos los que la propia gestión de la crisis

activará. No es desdeñable, en absoluto, el volumen de asuntos que estén por ingresar en el *íter* judicial, muchos de ellos nacidos justamente a la luz del estado de alarma en los que un reto añadido consistirá en ser capaces de desagregar intensos componentes emocionales tan frescos en nuestras memorias tras haber atravesado una experiencia vital tan traumática: revisión de las sanciones administrativas impuestas por presuntas infracciones cometidas contra las medidas restrictivas acordadas, eventuales responsabilidades penales, un volumen de incremento de procedimientos concursales –personas jurídicas y físicas– que desgraciadamente la hecatombe económica que se barrunta más que inevitable determinará, un número ingente de procesos de índole laboral a causa de ERE/ERTE/despidos...

El agregado de todos esos flancos de actuación a converger en la Administración de Justicia anuncia un probable colapso, un retardo aún mayor en su gestión y resolución dada semejante avalancha de asuntos. Si lo más dramático de la crisis sanitaria tras el doloroso número de fallecimientos registrados se localizó en la situación de auténtica medicina bélica que hubo de practicarse en tantas unidades de cuidados intensivos de nuestros hospitales (métodos de triaje, por ejemplo), quizá ahora tengamos que enfrentarnos a un escenario similar, con todas las distancias conceptuales posibles, en sede judicial. Y el agobio en cuestión puede tener una causa pareja en ambos casos, la paupérrima penuria medial y la mala planificación previa (*infra*). La Administración de Justicia, como la sanitaria, visto lo que ha sucedido, sufre una estructural carencia de elementos personales y materiales y trabaja en una situación institucionalizada de agobiante sobrecarga.

Sin perder de vista ya este condicionante, no es menos cierto que ahora mismo tenemos que ir considerando al sistema Justicia, con todas las especificidades y matizaciones precisas, como lo hacemos con el sistema de Sanidad. Si este ayuda a la salvación física de enfermos, aquel habrá de aprestarse a colaborar de forma decisiva e indelegable a una salvación económica que se apunta neurálgica ante el cataclismo que en esa faz se nos acerca. Su eficacia habrá de ser afinada al máximo, ha de preverse este evento que indudablemente va a suceder y dotarla de los medios convenientes, si es que se quiere conseguir esa meta que exige una sociedad exhausta y azotada por la epidemia, también en sus cuitas económicas y jurídicas de las que juzgados y tribunales serán sus hospitales. Medialmente, la actividad judicial, reforzada y a pleno rendimiento, se torna indeclinable en la ordenación de todos esos efectos dañosos (laborales, concursales, contractuales...).

Es muy fácil, muy tentador de hecho, pensar que el BOE opera la taumaturgia de resolver cualquier problema que se nos ponga por delante con la mera publicación en él de cualquier disposición. No es aceptable que ahora se obre así por el legislador para superar el empantanamiento previo de la Administración de Justicia, formulando disposiciones que contengan ocurrencias imaginativas y planes de imposible ejecución; o poniendo a los órganos judiciales en la tesitura de tener que enfrentar semejante desaire, exigiéndoles de paso un ejercicio de heroísmo para plasmarlos (improbo en el caso del personal sanitario, todo sea dicho). Las reformas, las medidas urgentes, siempre han de ser realistas y cautas, concretas y específicas, realizables, sensatas y plausibles, y por supuesto con la mam-

postería sustentadora de inversiones presupuestarias adecuadas, aun austeras. Debemos pedir al legislador que en esta ocasión no actúe como en otras tantas precedentes, que no emprenda medidas puntuales (o incluso aproveche para introducir reformas de más calado) que no estén respaldadas por la necesaria dotación económica, sin la cual se queden en agua de borrajas y solamente provoquen más frustración a la comunidad jurídica y, en suma, a toda la sociedad.

Las propuestas sobre las que se empezó a trabajar se sirven de aspectos como estos: (1) implantar como presupuesto de procedibilidad la previa interposición de reclamaciones ante instancias administrativas; (2) proceder de igual forma respecto al sometimiento a técnicas de resolución alternativa de conflictos, especialmente la mediación; (3) imposición de multas si se ejercitaran acciones de manera abiertamente temeraria o infundada; (4) medidas (inconcretas, todo ha de decirse) de refuerzo de los órganos jurisdiccionales (por ejemplo, acudiendo al art. 98 LOPJ); (5) dictado de sentencias orales en el orden civil exceptuando el criterio tajante asentado en el artículo 210.3 de la LEC que las proscribe expresamente en cualquier caso; (6) simplificaciones y celeridades en materia de actos de comunicación procesal; (7) reducción de resoluciones susceptibles de ser impugnadas (recursos interlocutorios); u (8) habilitación horaria de tardes y días del mes de agosto, como así ha sucedido ulteriormente. Las normaciones introducidas tanto por el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y administrativas para hacer frente a la covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, como por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre²¹, corroboran a nuestro entender esas medidas esencialmente cosméticas que no llegan a una transformación o adecuación de fondo a los reales y estructurales problemas de la Administración de Justicia ahora acuciados por la circunstancia sanitaria sobrevenida²².

Particularmente, todas esas ideas nos producen un creciente escepticismo, pues llevan en su envés aspectos cuando menos problemáticos: la plausible afectación del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, la implantación de restricciones al acceso a la jurisdicción en cuanto primera manifestación integrante del artículo 24.1 de la CE *–supra–*, encarecer la solución de conflictos desde el momento en que las técnicas extrajudiciales al efecto aplicables no tienen por qué ser gratuitas, lo que cribaría el acceso a sus posibles ventajas en función de la capacidad económica del solicitante (tal vez escasa en las circunstancias en ciernes), afectación potencial al derecho del justiciable a la adecuada motivación del fallo en que se base la resolución que se le ofrece... Todas esas apreciaciones, por ende, son perfectamente susceptibles de comprometer el contenido constitucio-

²¹ La cual, aun rubricada «de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia», no se corresponde con tal contenido abiertamente disparejo con tal proclamación, insertando soslayadamente en sus disposiciones adicionales y finales previsiones que afectan a aspectos como la contratación pública.

²² Más particularizadamente, nos remitimos a nuestros trabajos (Sánchez Álvarez, 19 de mayo de 2020 y 17 de julio de 2020).

nalmente exigible y protegido del derecho a la tutela judicial efectiva, como hemos tenido ocasión de comprobar anteriormente en el curso de la exposición, lo que de inmediato extendería sobre ellas el velo de la duda y la inadecuación.

Además, todo lo que se haga con la teleología de superación del marasmo de la covid-19 en estos lares deberá no estar bajo ningún concepto lastrado por los intereses, tantas veces desarmónicos o, cuando menos, individualizados, de todo ese ramillete de sujetos gestores, en distintos grados de responsabilidad y alcance, mas todos ellos confluentes en fin sobre una misma realidad que, a la postre, es nacional y debe responder a un servicio público forzosamente coordinado y único: el sistema Justicia (CGPJ y Administraciones prestacionales, es decir, Ministerio de Justicia y comunidades autónomas con competencias transferidas: Galicia, Asturias, Cantabria, País Vasco, La Rioja, Navarra, Aragón, Cataluña, Valencia, Andalucía, Canarias y Madrid). A esas Administraciones instrumentales les compete ex artículo 37 de la LOPJ la prestación de medios personales y materiales para que la función jurisdiccional se lleve a cabo, Sin ellas no cabe esperar ningún resultado. ¿Podemos tener plena certeza de que todas esas instancias actuarán al unísono, sin fisuras?

6. Apunte conclusivo

Estimamos que se han producido muchos errores de difícil justificación en la gestión de esta emergencia por el ámbito del sistema Justicia, no solo por factores apegados a la crisis en sí, sino endógenos, preexistentes, que ahora se han mostrado en toda su crudeza, y que han resultado acrecentados por una actuación gubernamental a través del RDAL desafortunada y en ocasiones, vistos sus desarrollos ulteriores, contradictoria y antinómica, adoleciente de la adecuada seguridad jurídica.

La realidad constata que la tutela judicial efectiva se ha hibernado por el RDAL, se ha sedado una norma jurídico-constitucional que, en principio, no tiene razón para verse cesada para la superación de la crisis sanitaria desatada. Justamente al contrario, es un ariete esencial para lograr esa meta. Las necesidades de salud pública, lógicamente, han precipitado esta decisión a la que, por este motivo, nada hay que objetar. La salvaguarda de la vida y salud de los operadores jurídicos y de la ciudadanía que acude a las diversas actuaciones procesales que cada día se desarrollan en las sedes judiciales que se reparten por toda España no precisa de mayor justificación. Es un bien jurídico absolutamente superior ante el que otras incidencias han de ceder.

Ahora bien, en esa determinación también influyen otros factores coadyuvantes sin cuyo concurso, tal vez, no hubiera tenido que ser adoptada en unos términos tan amplios y graves por su lesividad al contenido básico de un derecho fundamental. La ausencia de medios de protección (equipos personales, desinfección continuada y radical de sedes...) colaboró a esta medida. Pero, sin duda, entendemos que la parcial (y en tantas ocasiones

inexistente) digitalización de la Administración de Justicia, así como la patente carencia de medios técnicos al efecto, han cercenado cualquier atisbo sensato de poder arbitrar tramitación generalizada y telemática de los procedimientos judiciales, con pleno aseguramiento simultáneo de la salud de todos los operadores jurídicos (teletrabajo). Nuestro legislador tiene un reto en este flanco: arbitrar un marco adecuado (ya prácticamente cerrado jurídicamente en una norma en vigor, la Ley 18/2011, de 5 de julio, todo sea dicho) y adecuadamente dotado en lo personal y material (formación, protocolos de seguridad, condiciones laborales bien predefinidas, interoperabilidad, equipos suficientes para todas las autoridades judiciales y funcionarios afectados) que verdaderamente permita, en lo sucesivo, esta modalidad de trabajo que se ha demostrado tan práctica y útil. De haberse hallado a un mínimo rendimiento y productividad, no hubiera hecho preciso el cierre de la actividad procesal. Se requiere pues inversión.

La Administración de Justicia, y una tutela judicial efectiva reanudada que se preste de forma ágil, garantista y segura, es un elemento absolutamente crucial en la salida de la crisis que la covid-19 ha causado, en los múltiples efectos de su impacto que requerirán de la intervención judicial. Ha de hacerse una llamada a la responsabilidad del legislador. Que las medidas que implemente sean sensatas y razonables, predecibles, que aporten seguridad jurídica y no meros retoques cosméticos; que sean ejecutables y no pura mercadotecnia hueca; que tengan suficiente respaldo presupuestario para llevarse a cabo. Otra vez, se requerirá inversión, medios.

No es la Administración de Justicia quien se juega su porvenir en este envite en que el *fatum* nos ha colocado violentamente. Lo hace el Estado de derecho de quien actúa como apéndice garantista, como valedora de los derechos subjetivos en sus zozobras y ataques, en sus perjuicios y daños, como instancia estatal a quien acudir para dotarlos de un contenido que no es suficiente con que esté meramente formulado en una norma legal si requiere de una defensa activa. Si no es así, si no hay medios para poder cumplir la misión justificativa de la existencia de este pilar estatal, el fracaso será de todos, del Estado y del ciudadano de ese Estado incapaz de auxiliarle; no de una parte de él, sino *in toto*. Bastante desprestigio puede suponer la suspensión de un derecho fundamental. Su postración continuada tendrá unos efectos devastadores en su credibilidad y confiabilidad, en su maltrecha *autoritas*. Anhelamos altura de miras ante un reto histórico sin parangón. Ojalá seamos testigos de ella y nos podamos congratular y enorgullecer como sociedad de nuestro Estado y de su Administración de Justicia. La misión, desde luego, no puede ser más complicada.

Referencias bibliográficas

- Aba Catoira, A. (2011). El estado de alarma en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, UNED.
- Banacloche Palao, J. (2018). El desarrollo de los derechos fundamentales por el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. *Estudios de Deusto*, 66(2).
- Chiovenda, G. (1922). *Principios de Derecho Procesal Civil*, I.
- Cordón Moreno, F. (2004). El derecho a obtener la tutela judicial efectiva. En *Derechos procesales fundamentales*, Manuales de formación continuada del CGPJ, 22.
- Cruz Villalón, P. (1981). El nuevo Derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2.
- Cruz Villalón, P. (2004). Normalidad y excepción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71.
- Díez-Picazo, L. M.^a (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson-Civitas.
- Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. (Coord). (2012). *Las tecnologías de la información y la comunicación de la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Garberí Llobregat, J. (2009). *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Thomson-Reuters.
- Moreno Rebato, M. (1998). Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico. *Revista de Administración Pública*, 147.
- Ortells Ramos, M. (Dir.). (2010). *Introducción al Derecho Procesal*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Palomar Olmeda, A. (2003). Los problemas estructurales de la función Justicia en su acepción tradicional. *Revista del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, 2, Ministerio de Justicia.
- Sáez Lara, C. (2004). *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*. Thomson-Civitas.
- Sánchez Álvarez, E. (2013). Una reflexión sobre los crecientes poderes procesales de la Administración: Estudio de la figura del Secretario General de la Administración de Justicia. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 31.
- Sánchez Álvarez, E. (19 de mayo de 2020). Análisis de urgencia sobre el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y administrativas para hacer frente a la covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. *Diario La Ley*, 9635.
- Sánchez Álvarez, E. (17 de julio de 2020). Imposturas normativas y perplejidades jurídicas: Administración de Justicia y covid 19 (algunas reflexiones ante el mes de agosto de 2020). *Diario La Ley*, 9676.
- Urrutia Sagardia, E. (2020). *Estado de alarma en España por el Covid 19. Medidas del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo*, dossier Incidencia del coronavirus en el ámbito laboral y medidas del Real Decreto-ley 7/2020 y el Real Decreto 463/2020. Thomson Reuters.
- Vidal Prado, C. y Delgado Ramos, D. (2011). Algunas consideraciones sobre la declara-



ción del estado de alarma y su prórroga. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 92.

Villaverde Menéndez, I. (2018). El constitucionalismo líquido. La dogmática constitucional de los derechos fundamentales

del siglo XXI tras 40 años de Constitución Española de 1978. En *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018). Estudios sobre el desarrollo de la Constitución española*. Thomson Reuters Civitas y Universidad de Oviedo.



Libertad de expresión y delito: cuestiones de actualidad

Wendy Pena González

*Contratada predoctoral FPU.
Universidad de Salamanca*

wendy.pena.g@usal.es | <https://orcid.org/0000-0001-9204-8711>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

Este trabajo tiene por objeto analizar algunas cuestiones de actualidad sobre los crímenes, que pueden resultar controvertidos en su relación con el derecho fundamental a la libertad de expresión. Se analizan, en primer lugar, los delitos de propaganda y enaltecimiento del terrorismo. A continuación, se estudian el enaltecimiento y negación de los delitos de genocidio, lesa humanidad y conflicto armado, y de los delitos de discriminación, y, en tercer lugar, la propuesta de punición de la exaltación del franquismo. Posteriormente son analizados los delitos de injurias a la corona. Finalmente, se estudia la necesidad de sanción penal de las noticias falsas. Se concluye que muchas de las figuras delictivas analizadas manifiestan una falta de lesividad suficiente, lo que hace que prepondere el respeto a la libertad de expresión y que su mantenimiento en el Código Penal sea incompatible con dicha libertad. Los delitos de propaganda del terrorismo, enaltecimiento del terrorismo y de delitos cometidos por motivos discriminatorios no están justificados, y menos en la redacción actual, como tampoco lo está la incorporación de un delito de exaltación del franquismo ni de delitos contra noticias falsas. Se advierte también del peligro de la interpretación amplia de dichos delitos y de los delitos de injurias a la corona. En definitiva, se trata de garantizar la máxima de que, en democracia, el pensamiento no delinque.

Palabras clave: libertad de expresión; delitos de expresión; enaltecimiento; noticias falsas.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Pena González, W. (2021). Libertad de expresión y delito: cuestiones de actualidad. *Revista CEFLegal*, 244, 89-126.



Freedom of expression and criminal offences: current issues

Wendy Pena González

Abstract

This paper aims at analysing some current issues about controversial crimes and their relation to freedom of expression. First, propaganda and praise of terrorism are discussed. Next are praise for and denial of genocide, crimes against humanity and war crimes, along with discrimination offences, and third is the proposed punishment of praise for the Francoist regime. Subsequently, criminal defamation of the Crown is examined. Finally, the need for consideration of fake news as a crime is addressed. It is concluded that many of the crimes reviewed lack enough harmfulness, therefore freedom of speech prevails over them and their keeping in the Penal Code becomes incongruous. Praise for terrorism and discrimination offences are not justified, not even in their current wording, nor is the addition of new offences as praise for the Francoist regime or fake news broadcasting. Fair warning is given on open interpretations thereof as well as on criminal defamation of the Crown. In short, it's all about the core idea that, in a democracy, thought is not crime.

Keywords: freedom of expresión; speech crimes; praise; fake news.

Citation: Pena González, W. (2021). Libertad de expresión y delito: cuestiones de actualidad. *Revista CEFLegal*, 244, 89-126.



Sumario

1. Introducción
 - 1.1. El derecho fundamental a la libertad de expresión
 - 1.2. Limitaciones
 - 1.3. Titularidad. Los presos como titulares de las libertades de expresión e información
 2. Propaganda, protesta, discurso del odio y libertad de expresión: ¿una legítima represión de la palabra?
 - 2.1. Enaltecimiento del terrorismo y figuras afines
 - 2.1.1. Delitos de propaganda y provocación
 - 2.1.2. En particular, el enaltecimiento del terrorismo y la libertad de expresión
 - 2.1.3. ¿Punición legítima o vulneración de la libertad de expresión?
 - 2.2. Enaltecimiento y negación de los delitos de genocidio y discriminación
 - 2.2.1. Provocación genérica al odio, discriminación, hostilidad o violencia
 - 2.2.2. Enaltecimiento, negación o trivialización de los delitos de genocidio, lesa humanidad o conflicto armado
 - 2.2.3. Enaltecimiento o justificación pública de delitos discriminatorios
 - 2.2.4. Conclusiones
 - 2.3. ¿Exaltación del franquismo?
 - 2.4. Injurias a la corona
 3. Difusión de *fake news* y la libertad de información
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: Este artículo es una edición revisada y actualizada del presentado al Premio Estudios Financieros en mayo de 2020.

1. Introducción

1.1. El derecho fundamental a la libertad de expresión

El artículo 20 de la Constitución, en el apartado primero, reconoce y protege los derechos: a) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; b) a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, c) a la libertad de cátedra, y d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

Este artículo supone el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales –las libertades de comunicación (libertad de expresión y de información), la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y la libertad de cátedra– con cierta conexión, pero independientes entre sí, estableciendo el apartado segundo una garantía expresa para las mismas: la interdicción de censura de previa¹. No obstante, se ha considerado que la formulación de la primera de las facetas del apartado primero del artículo 20 de la CE (la libertad de expresión en sentido estricto), «podría considerarse como una definición prácticamente omnicomprendiva de las diversas facetas de la libertad de expresión» (López Guerra *et al.*, 2018, p. 253), entendida en su acepción más extensa.

En particular, el Tribunal Constitucional ha reconocido que las libertades de expresión e información (que algunos autores han englobado bajo el concepto de «libertades de comunicación») (Sánchez Muñoz, 2018) sí se pueden deslindar y tienen elementos que las diferencian (STC 6/2020 [NCJ064591], de 27 de enero, FJ 3.º), si bien en ocasiones es difícil la escisión pues «se encuentran tan cercanos que, en ocasiones, resultará imposible deslindarlos dentro de un mismo acto de comunicación»². En la STC 89/2018 (NSJ058917),

¹ En relación con esta prohibición de censura previa tiene particular interés la reciente STC 6/2020, de 27 de enero, en la que se considera que la denegación de permiso de entrevista de un interno con un profesional de prensa por la dirección de un establecimiento penitenciario suponía una clara censura previa, en la medida en que se vulneraban sus libertades de expresión e información, por considerar que se haría un «mal uso» de las mismas.

² STC 6/2020 (NCJ064591), FJ 3.ºA.a.

de 6 de septiembre, se recoge la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual el derecho a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, comprendiendo creencias y juicios de valor (FJ 3.º a). La libertad de expresión se entiende más amplia que la libertad de información, al no operar en el ejercicio de la primera el límite interno de veracidad, que sí es aplicable a la segunda (así, *v. gr.* se pronuncia la STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2.º). En todo caso, se ha sintetizado la diferencia entre ambos en que la libertad de expresión comprende juicios de valor (con matiz subjetivo) y la libertad de información comprende hechos noticiables y veraces (con matiz, por tanto, objetivo)³. Sin embargo, tal diferencia no es tan fácil de apreciar en la práctica, porque los juicios de valor suelen versar sobre hechos y los hechos expresarse a través de juicios de valor. En cualquier caso, la libertad de expresión en sentido estricto, matriz y antecedente lógico de todas las demás reconocidas en el artículo 20, es la libertad en la que se centra en este trabajo (si bien también hay un pequeño apartado centrado en la difusión de noticias falsas y la libertad de información).

Además, se ha hecho énfasis por parte de nuestra jurisprudencia constitucional en la relevancia de las libertades de expresión e información en el marco de un sistema democrático. Se ha expresado, de esta manera, que «el reconocimiento de la libertad de expresión garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática» (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3.º; 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3.º; 9/2007, de 15 de enero [NCJ040975], FJ 4.º). Así, el artículo 20 de la CE «garantiza el interés constitucional de la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática» (SSTC 9/2007, de 15 de enero [NCJ040975], FJ 4.º; 6/2020, de 27 de enero [NCJ064591], FJ 3.ºA). Las libertades del artículo 20 de la CE son, en consecuencia, objeto de protección reforzada cuando se ejercita su dimensión institucional, contribuyendo aquellas a la opinión pública libre. Como consecuencia de todo lo anterior, se considera que estas libertades, al constituir fundamento indiscutible del orden constitucional español, están colocadas en una posición preferente como objetos de especial protección (STC 101/2003, de 2 de junio [NCJ042475], FJ 3.º).

1.2. Limitaciones

La doctrina distingue entre los límites internos y los límites externos a la libertad de expresión (Caruso Fontán, 2007, p. 42). Los internos son aquellos que nacen del contenido o fundamento de la propia libertad de expresión. Los límites externos son aquellos

³ Así, por todos, *vid.* Sánchez Muñoz (2018, RB 18.2).

que estarán constituidos por el ejercicio de otros derechos con los que pueden entrar en colisión, y, según Vives Antón (1995, p. 118), requieren de una justificación muy clara para ser legítimos.

En virtud del apartado 4 del artículo 20 de la CE, las libertades reconocidas por el artículo encuentran su límite en los derechos reconocidos en el título I, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. También, como ha expresado el Tribunal Constitucional, las libertades de expresión e información constituyen «límites naturales» a dichos derechos (SSTC 190/2013, de 18 de noviembre [NCJ058133], FJ 3.º; 6/2020, de 27 de enero [NCJ064591], FJ 3.ºA).

En cualquier caso, los límites expresados no suponen que la crítica no esté contemplada como parte de la libertad de expresión, como expresa el Tribunal Constitucional: este derecho comprende «la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar [...] o disgustar a quien se dirige» [así, SSTC 6/2000, de 27 de enero, FJ 5.º; 49/2001, de 26 de febrero [NCJ051634], FJ 4.º; 204/2001, de 15 de octubre [NCJ050233], FJ 4.º). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en numerosas sentencias (SSTEDH de 7 de diciembre de 1976 «Handyside c. Reino Unido» § 49; y de 8 de julio de 1986 «Lingens c. Austria» § 41; y, más recientemente, las SSTEDH de 23 de abril de 1992, «Castells c. España» § 42; de 29 de febrero de 2000, «Fuentes Bobo c. España» § 43; 13 de marzo de 2018, «Stern Taulats y Roura Capellera c. España» § 30), al considerar que es una exigencia del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura propios de una sociedad democrática. En particular, cuando la crítica se refiere a la labor profesional de un funcionario público se amplían los límites permisibles (como expresa la STC 6/2020 [NCJ064591], FJ 3.ºA), debiéndose prestar atención al contexto, tono, afectación o no a las facetas íntimas y privadas de los titulares en el cargo, a la existencia de *animus injuriandi*, «[...] y, por encima de todo, si contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre» (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 171/1990, de 2 de noviembre, entre otras).

En igual sentido, ha reconocido el Tribunal Constitucional en la STC 23/2010 (NCJ052093), de 27 de abril (FJ 5.º) que «más allá de esos topes constitucionalmente establecidos a la vis expansiva de la libertad de expresión [...] el respeto al contenido del derecho, y a su dimensión general en cuanto garantía esencial del Estado democrático, impide someterlo a bienes o valores de rango infraconstitucional», añadiendo que «el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales a dicho derecho» (Vives Antón, 1995).

Por último, nuestro Tribunal Constitucional ha situado extramuros de la libertad de expresión las manifestaciones constitutivas del «discurso del odio», de manera que la punición de dichas expresiones es legítima si concurren los elementos de algún tipo delictivo. Sin embargo, una separación artificiosa entre libertad de expresión y discurso del odio es muy peligrosa, como se verá *infra*.

1.3. Titularidad. Los presos como titulares de las libertades de expresión e información

Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, a partir de la STC 6/1981, de 16 de marzo⁴, la afirmación de que la titularidad de los derechos del artículo 20 de la CE (aunque tiene especial interés en relación con el derecho a la libertad de información) no solo corresponde a los periodistas, sino a todos los ciudadanos, incluso en los supuestos en que estos no difundan públicamente el material noticiable de forma directa, sino transfiriéndolo a profesionales de los medios de comunicación para que procedan a su publicación. Y, en concreto, es también interesante la reciente reiteración por el Tribunal Constitucional de su doctrina en virtud de la cual la titularidad de las libertades de expresión e información corresponde también a los presos (STC 11/2006, de 16 de enero [NCJ041109], FJ 2.º; reiterada recientemente en la STC 6/2020, de 27 de enero [NCJ064591], FJ 3.ºA). Sin embargo, a consecuencia del *status libertae* limitado que corresponde a los reclusos (en virtud del art. 25.2 CE), el ejercicio de dichos derechos fundamentales puede verse limitado⁵. Pese a ello, tiene especial trascendencia tal reconocimiento, pues dichas libertades son elementales para la finalidad de reinserción social de las penas, funcionando las libertades de expresión e información como un contacto con el mundo exterior

mediante la exteriorización, más allá de los muros del centro penitenciario, de sus pensamientos, ideas, y opiniones, así como con la recepción y comunicación de información, el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y ello le permite mantenerse en contacto con el exterior, y, en definitiva, prepararse para su futura vida en el seno de la sociedad⁶.

2. Propaganda, protesta, discurso del odio y libertad de expresión: ¿una legítima represión de la palabra?

La ya sobradamente conocida expansión del derecho penal que ha venido caracterizando las modificaciones de las distintas normativas penales de Occidente (Silva Sánchez, 1999) ha venido, en muchos casos, a interferir con manifestaciones vinculadas con la libertad de expresión, existiendo una indudable tensión entre algunos delitos y dicho derecho fundamental. En relación con ello, gozan de particular importancia en el caso español los delitos de propaganda, enaltecimiento del terrorismo y figuras afines; negación, enaltecimiento y trivialización del genocidio y de injurias a la Corona. Se estudian con especial extensión y

⁴ STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4.º

⁵ También STC 11/2006, de 16 de enero (NCJ041109), FJ 2.º; reiterada recientemente en la STC 6/2020, de 27 de enero (NCJ064591), FJ 3.º A.

⁶ STC 6/2020, de 27 de enero (NCJ064591), FJ 4.º

profundidad los delitos de propaganda y enaltecimiento del terrorismo, dada su indudable trascendencia y notoriedad en los últimos años.

2.1. Enaltecimiento del terrorismo y figuras afines

2.1.1. Delitos de propaganda y provocación

2.1.1.1. Normativa europea

El 11 de septiembre de 2001 (11-S) es, probablemente, la fecha más citada del mundo, y provocó un cambio de paradigma en la política antiterrorista a nivel global, determinando el desarrollo de políticas públicas de intervención preventiva (Murphy, 2015, pp. 11-15). En particular, en el marco de la Unión Europea los delitos de terrorismo entran de lleno, a partir de entonces, en el elenco de materias jurídico-penales para armonizar en la Unión Europea⁷, lo que se refleja en la Decisión Marco 2002/475/JAI, de 13 de junio (Cancio Meliá, 2016). En esta expansión del derecho penal antiterrorista se vio también muy implicada España, pese a que nuestra normativa ya sobrepasaba claramente los límites mínimos que vino a introducir la Unión Europea.

La Decisión Marco 2002/475/JAI, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo, se aprueba con el fin de desarrollar un marco jurídico común en la Unión Europea en materia de terrorismo, y con ella se articula por primera vez una definición armonizada de los delitos de terrorismo en la Unión Europea. Sin embargo, en esta decisión marco (DM) no se hacía referencia alguna (inicialmente) a la tipificación de la apología o provocación. Por otra parte, la DM incide en la necesidad de preservar los derechos fundamentales, en concreto, el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, en primer lugar, en el considerando 10 se señala que «nada de lo dispuesto en la presente decisión marco podrá interpretarse como un intento de reducir u obstaculizar derechos o libertades fundamentales tales como el derecho [...] de expresión [...]». En el artículo 1.2 se reitera, señalando que la DM «no puede tener como consecuencia la modificación de la obligación de respetar los derechos y principios fundamentales sancionados por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea».

Sin embargo, antes de la aprobación de la DM de 2002, España ya tenía una regulación suficientemente prolija (Pena González, 2019; Cancio Meliá, 2016), por lo que la DM no tuvo impacto en nuestra legislación positiva. En relación con la provocación a la comisión de delitos de

⁷ Pese a que no se ha transferido la competencia en materia penal a la Unión Europea, esta tiene mucha influencia en el ámbito penal de los Estados miembros. Como explica Arroyo Zapatero (2013), a pesar de que se mantiene todavía una línea de resistencia a la incorporación de figuras o reglas penales en el ámbito de la Unión Europea (por la fuerte relación entre derecho penal y Estado-nación) se ha llevado a cabo con la transposición de directivas y decisiones marco.

terrorismo, si bien la UE todavía no recogía en la DM de 2002 la regulación de la provocación, España ya la había incluido en su normativa. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, había incorporado el delito de provocación e incluía como modalidad de esta el delito genérico de apología (art. 18 CP) y castigaba la provocación del terrorismo en el artículo 578. Además, la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre⁸, había introducido ya el delito de enaltecimiento del terrorismo en el artículo 578 (trasladándose la provocación al terrorismo al art. 579.1), que se analizará con más profundidad *infra*). Nuestro Código Penal ya contemplaba, en definitiva, una gran cantidad de delitos relacionados con la provocación, incluso antes de que el Derecho de la UE contemplase la inducción, que se incorpora en la DM de 2002.

Posteriormente, la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, modifica el contenido de la DM de 2002, e introduce en ella la provocación al terrorismo, señalándose, de nuevo, la necesidad de hacer frente al fenómeno terrorista. En el considerando 1 de la DM de 2008 se señala que «el terrorismo constituye una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales» así como de la «democracia y el Estado de Derecho». Además, pone el acento en el uso de Internet por las organizaciones terroristas (considerando 2), por el cual «las actividades de provocación a la comisión de delitos de terrorismo, la captación y el adiestramiento terroristas se han multiplicado con un coste y unos riesgos muy bajos».

A consecuencia de ello, en el artículo 2 de la DM de 2002 se establece que los Estados Miembros «adoptarán las medidas necesarias para garantizar que entre los delitos ligados a actividades terroristas se incluyan los siguientes actos dolosos: a) provocación a la comisión de un delito de terrorismo». En el artículo 1 de la DM de 2002 se incorpora la definición de la provocación a la comisión de delitos de terrorismo, entendida como «la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de la comisión de uno o alguno de dichos delitos».

Por tanto, se introduce la provocación a la comisión de los delitos de terrorismo, con dos exigencias que delimitan su contenido. En primer lugar, se exige que se trate de un delito doloso, por lo que la difusión de mensajes debe estar «destinada a inducir a la comisión de delitos de terrorismo». En segundo lugar, se exige que conlleve el riesgo de la comisión de delitos de terrorismo, con independencia de que se promueva directa o indirectamente su comisión.

En todo caso, el considerando 14 aclara que «la provocación a la comisión de delitos de terrorismo, la captación y el adiestramiento de terroristas son delitos dolosos» y que

⁸ Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

«la expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas sensibles, incluido el terrorismo, queda fuera del ámbito de la presente Decisión marco y, en especial, de la definición de provocación a la comisión de delitos de terrorismo». Esta previsión, como se verá en próximos apartados, es difícilmente compatible con los delitos de propaganda, y, particularmente, con el de enaltecimiento del terrorismo.

En cualquier caso, el legislador español introduce una reforma con la Ley Orgánica 5/2010⁹; con invocación casi de forma exclusiva de la DM de 2008, se introduce una nueva figura: un «delito de propaganda»^{10, 11} o «provocación impropia»¹², cuya constitucionalidad, como se verá, es muy dudosa. De nuevo, con la Ley Orgánica 2/2015, de 3 de marzo¹³, se invoca la normativa europea y se modifica esta normativa, modificándose la fórmula del delito de propaganda e introduciendo un nuevo tipo penal, figuras que se analizarán en el siguiente apartado.

Más recientemente, la Directiva 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 se aprueba con objeto de sustituir a la Decisión Marco 2002/474/JAI. Sin embargo, España no ha necesitado realizar ninguna transposición, dado que ya estaba sobradamente adaptada a la normativa. Según la directiva «los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes [...] con objeto de obtener apoyo para las causas terroristas o de intimidar gravemente a la población». Tales conductas deben ser tipificadas cuando conlleven el «riesgo de que puedan cometerse actos terroristas». Así, la directiva incorpora directamente en la definición de provocación las conductas de apología y enaltecimiento del terrorismo (ya incorporadas en el Código Penal español desde hace más de 15 años), aunque solo cuando se realicen «con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población» y «conlleven el riesgo» de comisión de delitos terroristas. La exigencia de que las conductas se realicen con objetivo de obtener apoyo para causas terroristas o intimidar gravemente a la población no se exige en nuestro derecho interno. Por otra parte, aunque el tipo penal del Código Penal español no exige la generación de un riesgo, como se verá *infra*, dicha exigencia se corresponde con los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en materia de enaltecimiento del terrorismo. Se añade en la directiva que, en cada caso concreto, al examinarse si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor, destinatario y contexto del acto o mensaje. También debe considerarse «la

⁹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁰ Señala el preámbulo que el delito se introduce en la línea «apuntada por la normativa armonizadora europea».

¹¹ Según la denominación de Cancio Meliá (2016, p. 50).

¹² Así lo denomina García Alberó (2016, p. 1.942).

¹³ Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional».

Por último, se establece en el artículo 21 de la directiva la obligación de establecer medidas para eliminar los contenidos en línea que constituyan la provocación pública a delitos de terrorismo, obligación que ya había incorporado España en relación con los delitos de enaltecimiento del terrorismo a través de la Ley Orgánica 2/2015, de 3 de marzo (art. 578.4). En cualquier caso, se incide en la directiva en la protección de la libertad de expresión y los demás derechos fundamentales, indicando en el considerando 40 que «la expresión pública de opiniones radicales, polémicas o controvertidas sobre cuestiones políticas delicadas queda fuera del ámbito de aplicación de la presente directiva y, en especial, de la definición de provocación pública a la comisión de delitos de terrorismo» (considerando 40). En adición, señala en el artículo 23 que la directiva no tendrá por efecto la modificación de las obligaciones de respetar los derechos fundamentales ni los principios fundamentales de la Unión Europea.

2.1.1.2. Figuras de propaganda al terrorismo en la normativa española

Como se ha expresado, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, había incorporado el delito de provocación en nuestro Código Penal e incluía como modalidad de esta el delito genérico de apología (art. 18 CP) y castigaba la provocación del terrorismo (en el art. 578, posteriormente trasladado al art. 579.1). También se contemplaba desde el año 2000 el delito de enaltecimiento del terrorismo, que se analiza en el siguiente apartado.

Pese a que España ya superaba los mínimos exigidos por la Unión Europea, el legislador de 2010 introduce el delito de propaganda en la reforma aludiendo a la línea desarrollada por la DM de 2008, aunque, sin embargo, como explica Cancio Meliá «el legislador falta a la verdad [...] cuando invoca la Decisión Marco de la UE 2008/919/JAI como justificación de la introducción de esta figura» (Cancio Meliá, 2013, p. 321), pues la DM solo demanda la inclusión de la provocación a la comisión de un delito terrorista, entendida como difusión de mensajes destinados a inducir a la comisión de delitos de terrorismo (dolosa y generadora de riesgo).

Se introdujo así el delito de propaganda en el párrafo II del artículo 579.1, donde se proscribían las conductas de «distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer» la comisión de delitos de terrorismo, «generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión». Además, se introduce como figura subsidiaria, para los supuestos en que «no quede comprendida en el párrafo anterior o en otro precepto de este Código que establezca mayor pena». Como señala Cancio Meliá (2013, p. 320), a pesar de la referencia al necesario incremento de riesgo por la conducta es difícil defender su constitucionalidad, pues está castigando la adhesión ideológica, y es incluso menos que la apología o la justificación.

Lo más criticable es que parece que se intentaba, al introducir el delito de propaganda, cerrar todos los flecos, introduciendo un delito residual donde puedan caber las expresiones

que no se enmarcasen en otros delitos de expresión relacionados con el terrorismo. Además, el incremento de riesgo es una exigencia muy genérica y difícil de concretar en la práctica.

La doctrina ha señalado que la introducción de este delito no puede justificarse invocando la Decisión Marco 2008/919/JAI (García Albero, 2016, p. 1.940), pues la norma solo obliga a tipificar la provocación, entendida como incitación directa a los delitos de terrorismo. Esta conducta ya estaba incluida en nuestro Código Penal desde antes de la aprobación de la DM de 2002. Además, es muy diferente el delito de propaganda introducido por el legislador de 2010 de la regulación incorporada por la DM, pues el delito de propaganda es mucho más genérico y abstracto¹⁴, y (a pesar de la exigencia de creación de un riesgo) difícil de compatibilizar con el derecho a la libertad de expresión. Expresa muy bien García Albero la extralimitación que realiza nuestro legislador: «se tipificaba pues una provocación que no era provocación» (García Albero, 2016, p. 1.942) con la excusa de adaptar la normativa europea, y ello pese a que esta normativa comunitaria incide en la protección de la libertad de expresión.

Pocos años después, la aprobación de la Ley Orgánica 2/2015, de 3 de marzo¹⁵, de nuevo tiene influencia sobre la «provocación». Se sustituye entonces la fórmula del «delito de propaganda» por otra nueva, en el artículo 579.1 del CP, y se traslada la «provocación» genérica –y los otros actos preparatorios, proposición y conspiración– al artículo 579.3 de la CP. La nueva fórmula del apartado 1 no es menos represora, pues castiga tanto «la difusión de mensajes o consignas que tengan como finalidad [...] incitar a otros a la comisión [...] de un delito de terrorismo» (equivalente a la fórmula establecida en el antiguo delito de propaganda, pero sin el requisito de la creación de «riesgo», por lo que es todavía más amplio), como «la difusión de mensajes o consignas [...] idóneos para incitar» a otros a la comisión de delitos terroristas. Esta nueva fórmula desborda incluso el concepto de «provocación» (García Albero, 2016, p. 1.940), y abandona el requisito doloso de intencionalidad que se establecía en la anterior regulación de la propaganda, y también en la normativa europea (se limitaría así el elemento subjetivo a un dolo cognitivo sobre la idoneidad de los mensajes para incitar al riesgo: de nuevo muy genérico y difícil de contemplar). La falta de lesividad de esta conducta al no exigirse creación de riesgo ni un elemento subjetivo específico hace que sea preponderante la protección de la libertad de expresión, y, por tanto, que el delito no deba mantenerse en tanto representa un recorte innecesario a la misma.

Además, la reforma de 2015 introdujo un nuevo delito. La nueva figura es una forma específica de provocación (García Albero, 2016): la incitación a cometer delitos de terrorismo públicamente o ante una concurrencia de personas –y a quien solicite a otra persona que los cometa– (art. 579.2 CP). Esta previsión es completamente superflua, pues las conductas encajan perfectamente en los artículos 18 y 579.3 del CP (en la figura de provocación genérica) (García Albero, 2016).

¹⁴ Como explica Cancio Meliá (2013, p. 321), «una cosa es alentar inducir, y otra alentar o favorecer».

¹⁵ Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

Muñoz Conde (2019) ha señalado que los apartados 1 y 2 son inconstitucionales por su incompatibilidad con el derecho fundamental a la libertad de expresión, conclusión agravada al «no referirse [el precepto] a personas concretas, penalizando incluso la mera manifestación de ideas» (p. 835), y ha criticado que la Ley Orgánica 2/2015 tratase de «acuñar legalmente algunas discutibles interpretaciones jurisprudenciales que, a través del delito de apología, declarado repetidas veces inconstitucional por el Tribunal Constitucional, se habían sancionado anteriormente».

2.1.1.3. Conclusiones respecto de los delitos de propaganda

Difícil es considerar que las figuras de propaganda son compatibles con el derecho fundamental a la libertad de expresión. En primer lugar, porque la difícil concreción de sus elementos de tan genérico contenido permite incluir un gran elenco de conductas que, probablemente, solo expresan adhesión ideológica a unas u otras ideas, adhesión que no debe ser sancionada en democracia. En segundo lugar, porque se aprecia en la punición de estas conductas la carencia de un bien jurídico que proteja el delito. Si bien autores como Ruiz Landaburu (2002) (aunque en relación con el delito de enaltecimiento, pero es extensible a estos delitos de propaganda) han entendido que el bien jurídico protegido, que es «la paz social y el mantenimiento del orden constitucional» (p. 80), como ha indicado en un voto particular a la STS 4/2017 (NCJ062006), de 18 de enero, el magistrado Andrés Ibáñez, lo que convierte en criminales las conductas (del delito de enaltecimiento del terrorismo) es su aptitud para favorecer la comisión de delitos de terrorismo, lo que significa que las conductas penadas deberían ser funcionalmente capaces de favorecer tales delitos (de nuevo, apreciación extensiva a los delitos de propaganda). Se ha visto que realmente las conductas tipificadas no son funcionalmente capaces de favorecer el terrorismo, ni ponen en riesgo el sistema de libertades o la paz social, por lo que el bien jurídico es espurio, aparente, no real¹⁶, y no justifica la restricción de la libertad de expresión. Se están castigando, en realidad, opiniones. Por último, porque al extender el elenco de figuras hasta incluir una figura residual (la del delito de propaganda) y otra cuya inclusión carece de sentido (la última a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior) por quedar su contenido ya abarcado por otros delitos, no se deja títore con cabeza, parece que el legislador pretendía abarcar todas las conductas posibles, relegando a los jueces la difícil tarea de delimitar el contenido de los delitos. El legislador penal ha configurado un elenco de conductas limitativas de la libertad de expresión que carece de justificación y de sentido. Y pese a que la normativa europea ha venido reiterando la necesidad de que las conductas sancionadas penalmente respeten, en particular, la libertad de expresión, y, en general, todos los derechos fundamentales, no parece que se haya asumido esta idea por nuestro legislador, famélico de expansión. Esta regulación, unida a la del enaltecimiento del terrorismo, que se verá a continuación, permiten que toda palabra esté sancionada en nuestro Código Penal, cuando tenga una mínima relación con el terrorismo, aunque no genere ningún riesgo.

¹⁶ En este sentido, Pena González (2019a, p. 99); Cancio Meliá (2010, p. 285).

2.1.2. En particular, el enaltecimiento del terrorismo y la libertad de expresión

2.1.2.1. La introducción del delito de enaltecimiento. Caracteres básicos

Según Vives Antón (2011, p. 814), la regulación de la apología en España es «un fantasma» que recorre el derecho penal de la democracia. Tras varias sentencias del Tribunal Constitucional en que este declaraba inconstitucional la penalización del elogio o defensa de ideas o la expresión de ideas subjetivas sobre acontecimientos históricos o actuales (Muñoz Conde, 2015, p. 592; Giménez García, 2007, pp. 3706-3707), el Código Penal de 1995 reguló la apología estableciendo que «solo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito». Esta limitación no es respetada (Muñoz Conde, 2015, p. 592) por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, que introduce en el apartado primero del artículo 578 el delito de enaltecimiento del terrorismo.

Este delito de enaltecimiento o exaltación del terrorismo sanciona el enaltecimiento o justificación pública de los delitos de terrorismo o de quienes hayan participado en su ejecución. En cualquier caso, este delito se regula junto al delito de humillación a las víctimas de terrorismo, en la segunda parte de ese mismo apartado (donde se castigan los actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación a las víctimas de terrorismo o sus familiares) estableciendo una pena para ambas conductas de prisión de 1 a 3 años y multa de 12 a 18 meses. Se ha considerado que la adjunción de ambas conductas en un mismo apartado tiene por objeto legitimar el enaltecimiento del terrorismo a través de su unión al delito de humillación (Muñoz Conde, 2015, p. 592). Este último es más fácil de justificar, tanto en su respeto a los principios del derecho penal como a los derechos fundamentales, y, en particular, a la libertad de expresión, pues, como ya se ha expuesto, es precisamente el honor uno de los límites específicos a dicha libertad. Sin embargo, no deja de ser también criticable que se haya incluido bajo el lema de los delitos de terrorismo, cuando no se comete en el marco de estos ni por sujetos relacionados con organizaciones o grupos terroristas¹⁷, sino por sujetos desvinculados de las mismas. Lo mismo sucede con el delito de enaltecimiento.

Aunque este delito no fue modificado en 2010, sí fue reformado con la Ley Orgánica 2/2015, ya citada. Tras esta reforma se indica en el apartado 2 que la pena se impondrá en su mitad superior cuando se realice a través de medios de comunicación, internet, comunicaciones electrónicas o tecnologías de la información. Paradójicamente ya entonces, y más en la actualidad, la forma más habitual de comisión del delito es mediante expresiones vertidas en las redes sociales, por lo que el legislador hace de la regla general la agravación, convirtiendo «en excepción el tipo básico» García Alberó (2016). Asimismo, se incluye un apartado tercero con un tipo superagravado para los supuestos en que los hechos, a

¹⁷ En este sentido, González Cussac (2016).

la vista de las circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor en la población o parte de ella. Y en el apartado cuarto se incluye una serie de medidas relativas al borrado de contenidos o documentos.

En cualquier caso, este delito se ha considerado por el Tribunal Supremo como una suerte de apología *in genere*, con sustantividad propia en relación con los delitos de los artículos 18 y 579 del CP, que exigen una invitación directa a delinquir, adelantándose la barrera de protección y «exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, bien de los actos terroristas bien de quienes los efectuaron» (STS 224/2010, de 3 de marzo, FJ 3.º). De esta manera, el delito se desvincula, como ya se había adelantado, de los límites establecidos por nuestro Código Penal en el artículo 18 (como ya adelanta la exposición de motivos de la LO 7/2000), y se aleja de los pronunciamientos previos del Código Penal.

2.1.2.2. Elementos típicos

El tipo objetivo del delito estaría constituido por la realización de conductas que ensalcen o justifiquen públicamente al terrorismo o a sus autores, exigiendo tener en consideración tres elementos: la conducta (ensalzar o justificar), el objeto (los delitos terroristas o sus autores), y el medio (que posibilite la publicidad)¹⁸. Además, como se verá con posterioridad, es necesario que se genere un riesgo por las conductas para las personas, los derechos de terceros o el sistema de libertades (lo que debería traducirse en la probabilidad de que se cometan delitos de terrorismo). En cuanto al tipo subjetivo, parece claro que el delito exige conocimiento y voluntad de ensalzar al terrorismo o a sus autores. Sin embargo, el Tribunal Supremo en la STS 4/2017 (NCJ062006), de 18 de enero, diferencia entre «móvil» y «dolo», señalándose que «el artículo 578 del CP solo exige el dolo, esto es, el conocimiento de los elementos que definen el tipo objetivo». Por tanto, el tipo subjetivo se limitaría a una suerte de dolo cognitivo, muy limitado, en la medida que solo será necesario saber que objetivamente se están ensalzando los crímenes terroristas o sus autores, y acercándose peligrosamente a la responsabilidad objetiva.

2.1.2.3. Fenomenología

En origen, el delito pretendía castigar lo que se ha conocido como actos de «reafirmación interna», rituales de cohesión del segmento social que se identificaba con ETA y los legitimaba (Cancio Meliá, 2010, p. 278), aplicándose de forma vasta a este tipo de acciones. Así, por ejemplo, en la STS 585/2007, de 20 de junio, se confirma la condena a Arnaldo Otegui por su participación como orador en el homenaje a Argala, antiguo dirigente de ETA, en el aniversario de su asesinato. También se producen numerosas condenas por la exhibición de pancartas u objetos propagandísticos a favor de presos de ETA o de la propia banda en el

¹⁸ SAN 12/2017, de 21 de marzo, FJ 1.º

ámbito de fiestas patronales de diferentes localidades vascas¹⁹ y por la realización de pintadas a favor de la banda ETA²⁰.

En estos casos estamos hablando de una verdadera alabanza o justificación de los presos de ETA. Sin embargo, no deja de ser una mera adhesión ideológica a ciertas ideas que no es deseable que ninguna democracia no militante sancione (y menos, penalmente). Las ideas pueden ser perversas o dañinas, y desde luego son repudiadas por los principios generales que erige la población española. Pero ello no justifica la punición de ideas que nos desagraden. Además, como ha expresado ya Cancio Meliá (2010, p. 285), es absurdo punir las ideas como si de esta forma fuesen a desaparecer de las cabezas de quienes las poseen. Sería mejor idea invertir en educación para la democracia, el respeto del pluralismo y el rechazo de la violencia.

Con posterioridad, con la pérdida progresiva de vigor y fuerza por parte de ETA, se reduce también el apoyo social a la banda, determinando la reducción de dichos actos de reafirmación. Sin embargo, el delito se aplica a reclamaciones de unificación y liberación de presos de ETA, y a reclamación de la mejora de sus condiciones carcelarias. En este caso ya ni siquiera se está hablando de sujetos que se identifiquen con ETA ni que la legitimen, sino únicamente de reclamaciones de mejora de las condiciones en que los presos de la banda se encuentran: ya no existe intención de exaltar a los líderes ni a la banda, ni existe un elemento cognitivo de conocer que se les está exaltando, porque objetivamente no era así. En la STS 282/2013, de 1 de abril, se estima que es enaltecimiento del terrorismo la exhibición de banderolas a favor de los presos de ETA y fotografías de sus miembros en el paso por una prisión de una carrera popular con el fin de reivindicar el reagrupamiento. No obstante, en posteriores sentencias el Tribunal Supremo rechaza que el enaltecimiento quede cubierto con la exhibición de fotografías con el fin de reivindicar la aproximación de presos a sus hogares o reivindicar la amnistía (incluso en casos en que se denomina a los presos de ETA «presos políticos»)²¹. En cualquier caso, la aplicación no deja de ser errática, lo que es contrario a la seguridad jurídica y no deja de poner en la cuerda floja a la libertad de expresión en el marco de estas manifestaciones: p. ej. en la STS 590/2013, de 26 de junio, se considera que sí es enaltecimiento la colocación de pancartas y fotografías de presos de ETA con la inscripción «tampoco los queremos en las fotos, los queremos en la calle» (aunque el acusado es absuelto por otros motivos).

Lo más grave de esta aplicación *in crescendo* del delito de enaltecimiento del terrorismo comienza cuando se empiezan a realizar «prospecciones» en redes sociales, paralelas a las que se suelen hacer para la búsqueda de petróleo, en la búsqueda incesante de palabras o expresiones que pudieran, de alguna remota manera, considerarse justificadoras del terrorismo.

¹⁹ Así, v. gr. SSTS 597/2010, de 2 de junio o 812/2011, de 21 de julio.

²⁰ Ejemplo de ello lo es la SAN 40/2012, de 19 de septiembre.

²¹ Así las SSTS 340/2013, de 15 de abril; 587/2013, de 28 de junio; 755/2013, de 16 de octubre, y 843/2014, de 4 de diciembre, por ejemplo.

Así se hizo a través de las diferentes series de la operación Araña de la Guardia Civil, como la propia Audiencia Nacional reprochó a esta (Pinheiro, 24 de marzo de 2017). Así, comenzó una pesadilla de expansión totalitaria del delito por la que se acabó castigando cualquier cosa, tanto por el delito de enaltecimiento del terrorismo como por el de humillación a las víctimas.

Así, por ejemplo, en la STS 623/2016, de 13 de julio, se consideran constitutivas de un delito de humillación a las víctimas algunas expresiones de mofa o burla de las víctimas de terrorismo, pero también un chiste sobre el asesinato de Carrero Blanco. Bastante dudosa era ya la compatibilidad del delito con la libertad de expresión, pero en el momento en que se comienza a aplicar a expresiones humorísticas las dudas se despejan, quedando clara la vulneración del derecho a la libertad de expresión (por muy de mal gusto que sean los chistes).

También se enjuicia y se condena a diferentes sujetos por el contenido de letras de canciones. Así, en la STS 106/2015, de 19 de febrero, se analiza la concurrencia del delito de enaltecimiento del terrorismo con ocasión de la letra de canciones del rapero Pablo Hasél (encontrándose entre ellas títulos como «Libertad presos políticos», o «No me da pena tu tiro en la nuca»), concluyéndose que las letras sí se subsumen en el precepto, al señalar que «el cantante subió y consintió que otros subieran a la red social YouTube, diversos archivos de audio o vídeo, conteniendo canciones de su creación que tuvieron gran difusión», con referencia a las organizaciones terroristas Grapo, ETA, Al Qaeda, RAF, Terra Lliure y a sus miembros, «en claro apoyo a los mismos y a dichas organizaciones terroristas, ensalzando y alabando sus acciones, justificando su existencia, pidiendo que vuelvan a cometer sus acciones terroristas y presentándolos como víctimas del sistema democrático». Se ignora así que las canciones son tal cosa, que pueden tener contenido de protesta, y que quien las reproduce o canta no tiene por qué adherirse a lo que dicen sus letras. ¿No puede un ateo cantar un villancico navideño sin adherirse a la religión católica?

En el mismo sentido, la SAN 4/2017, de 21 de febrero, condena por el contenido de unas letras de canciones al músico conocido como Valtonyc a los delitos de humillación a las víctimas y enaltecimiento del terrorismo por frases como «Tu bandera española está más bonita en llamas, igual que un [...] patrol de la guardia cuando estalla». Señala la Audiencia Nacional, entre otras cosas, que «ensalza a terroristas [...] los califica como presos políticos y critica la prisión y la condena de los mismos, diciendo que "entregan su vida a la lucha"». Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Supremo en la STS 79/2018, de 14 de febrero, a pesar de que el Tribunal Supremo señala que se debe acreditar la finalidad o motivación de los actos de enaltecimiento y valorar el riesgo que generan para las personas, derechos de terceros o el sistema de libertades. Sin embargo, la finalidad puede ser de protesta o sarcástica, y además difícilmente dichas canciones generan un riesgo para los derechos de terceros, personas o el sistema de libertades, ni incrementan la comisión de delitos de terrorismo (ni, evidentemente, se constata así en el relato de la sentencia). Los ejemplos de la punición por letras de canciones no solo ponen en cuestión el respeto al derecho a la libertad de expresión en sentido estricto, sino también, particularmente, el derecho fundamental a la libertad de creación artística, que reconoce y protege también el artículo 20 de la CE.

Por último, en 2018 la Audiencia Nacional condena a Pablo Hasél –por el contenido de una serie de tuits– a penas de prisión (por enaltecimiento del terrorismo) y multa (por los delitos de enaltecimiento del terrorismo, injurias y calumnias contra la Corona y contra instituciones del Estado). Con posterioridad, en 2020 el Tribunal Supremo desestima el recurso de apelación confirmando la resolución de la Audiencia Nacional²². En todo caso, como se indica en el voto particular a la sentencia suscrito por los magistrados Miguel Colmenero Menéndez de Luarca y Ana María Ferrer, si bien «los tuits analizados ponen de relieve una cierta sintonía ideológica con los personajes a los que se cita, incluso coincidencia de objetivos políticos», ello no implica necesariamente coincidencia «de medios»²³. De hecho «ninguno patentiza con la claridad e intensidad exigibles el carácter laudatorio respecto a las acciones violentas propagandizadas por quienes son citados, y aun menos una invitación a que se reproduzcan»²⁴.

En cualquier caso, como se verá, los pronunciamientos relativos al delito de enaltecimiento del terrorismo por el Tribunal Constitucional han supuesto un punto de inflexión y la toma de sentido común por los tribunales que enjuician este delito.

2.1.3. ¿Punición legítima o vulneración de la libertad de expresión?

Los delitos de propaganda, provocación y enaltecimiento del terrorismo entran claramente en tensión con el derecho fundamental a la libertad de expresión, como se ha podido ver. El Tribunal Supremo ha reiterado la existencia de una «zona intermedia» entre el derecho a la libertad de expresión y el delito de enaltecimiento del terrorismo (así, *v. gr.* en la STS 224/2010, de 3 de marzo, FJ 3.º), aunque ha considerado que al enmarcarse en lo que se conoce como «discurso del odio», el delito de enaltecimiento del terrorismo no vulnera la libertad de expresión. En todo caso –y como sucede con todas las libertades–, la libertad de expresión no es ilimitada, pero ello no significa en ningún caso que la punición de cualquier discurso quede justificada.

2.1.3.1. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional: generación de riesgo y necesidad de análisis de la libertad de expresión en pronunciamientos judiciales

A) STC 112/2016

El Tribunal Constitucional no se había pronunciado hasta una fecha reciente acerca de la compatibilidad entre el derecho a la libertad ideológica y de expresión y el delito de enaltecimiento del terrorismo. La jurisprudencia acudía a las sentencias en que el Tribunal Cons-

²² STS 135/2020, de 7 de mayo (NCJ064813), ponente: Vicente Magro Servet.

²³ *Ibidem*, voto particular.

²⁴ *Ibidem*.

titucional se había pronunciado sobre el delito de apología en la STC 159/1986 y el delito de enaltecimiento del genocidio en la STC 235/2007²⁵.

Sin embargo, como se ha visto, el Tribunal Constitucional sí se había pronunciado en relación con la limitación específica que a las libertades reconocidas en el artículo 20 de la CE (libertades de expresión y creación) impone su propio apartado 4, con el fin de proteger el derecho al honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia. Estas limitaciones cumplen, según la STC 23/2010 (NCJ052093), de 27 de abril, una «"función limitadora" en relación con las libertades». Y, además, como se ha expresado, como había señalado el propio Tribunal Constitucional, «más allá de esos topes constitucionalmente establecidos a la vis expansiva de la libertad de expresión [...] el respeto al contenido del derecho, y a su dimensión general en cuanto garantía esencial del Estado democrático, impide someterlo a bienes o valores de rango infraconstitucional»; y, añade, en concreto, que «el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales a dicho derecho». Esta idea es sin duda extensiva a las expresiones vertidas en redes sociales.

El Tribunal Constitucional dio una primera respuesta a ese vacío en la STC 112/2016 (NCJ061437), de 20 de junio, en la que se enjuicia la compatibilidad de la libertad de expresión con un caso clásico de aplicación del delito, en relación con la STS 180/2012, de 14 de marzo, en que se había condenado a un político con motivo de su participación en un homenaje a Argala. La sentencia afirma, en primer lugar, que «la labor que debe desarrollar el órgano judicial penal consiste en valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión». Además, el Tribunal Constitucional especifica que esta exigencia «de que la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho a la libertad de expresión». De esta manera, se impone un requisito de generación de riesgo para las personas, derechos de terceros o el sistema de libertades, para considerar que la conducta integra el discurso del odio –extramuros, según el TC, de la libertad de expresión–. Los supuestos de ausencia de dicho análisis previo llevarán consigo, según el Tribunal Constitucional, la vulneración del derecho a la libertad de expresión.

Tal interpretación es más coherente con la regulación actual de la Directiva 541/2017 (Pena González, 2019a, pp. 119 y ss.) del Parlamento Europeo y del Consejo²⁶. Sin embargo, la aplicación que hace el Tribunal Constitucional en la sentencia hace dudar de tal con-

²⁵ SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, y 235/2007, de 7 de noviembre.

²⁶ Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

clusión –en el caso, afirma que sí concurre una incitación indirecta a la violencia por parte del sujeto, pero lo hace sin llevar a cabo ninguna labor de ponderación para llegar a dicha conclusión (como señala en su voto particular el magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos), y, difícilmente, la conducta enjuiciada en la sentencia integra un riesgo para los derechos de terceros o el orden constitucional–.

B) Giro doctrinal

Con reticencias iniciales, posteriores sentencias comienzan a asumir este análisis. Así, la SAN 12/2017, de 21 de marzo –absolutamente rigurosa en su análisis del delito, de las distintas manifestaciones del delito a través de redes sociales–, seguida de otras, como las SSTS 378/2017, de 25 de mayo; 600/2017, de 25 de julio, o 52/2017 (no fue así en otros casos, como el del rapero conocido como Valtonyc, cuya condena todavía fue reafirmada por el TS en la STS 79/2018, de 30 de enero; la STS 4/2017, de 18 de enero del caso «Strawberry»).

En particular, ha obtenido notable relevancia el caso de «Cassandra Vera», una usuaria de la red social Twitter, que también había vertido numerosos mensajes jocosos sobre el atentado de Carrero Blanco. La Audiencia Nacional había condenado en la sentencia de instancia de 2017 a la joven, como responsable de un delito de humillación a las víctimas del terrorismo, a una pena de un año de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo e inhabilitación absoluta durante 7 años. La propia nieta del expresidente franquista señaló que era un disparate (Junquera, 19 de enero de 2017). Con posterioridad, el Tribunal Supremo en la STS 95/2018, de 26 de febrero, absuelve a la tuitera, afirmando que «que no todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto abarcada por el art. 578» (FJ 2.º), existiendo otras formas de reparación de los excesos verbales (no jurídico-penales) en nuestro sistema jurídico, como consecuencia de los principios de *ultima ratio* o fragmentariedad del derecho penal, de manera que, como añade el Tribunal Supremo:

No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo²⁷.

El Tribunal Supremo, en adición, señala que los tuits enjuiciados «no contienen ningún comentario ácido contra la víctima del atentado ni expresan frases o comentarios hirientes,

²⁷ STS 95/2018, de 26 de febrero, FJ 2.º

lacerantes o ultrajantes contra su persona o cualquier aspecto concreto de su vida pública o privada»²⁸, solo existe mofa o sarcasmo en la forma en que se produjo el atentado, aprovechándose el humor negro para cuestionar al personaje, «en una reacción muy propia de nuestro entorno social de criticar u hostigar sarcásticamente a cualquier personaje público en cuanto sale al paso cualquier contingencia que permita improvisar un chiste idóneo para ridiculizar o parodiar un defecto o una desgracia personal»²⁹. Además, contextualiza el Tribunal Supremo los hechos, dado que «el atentado objeto de mofa o burla ha tenido lugar hace ya 44 años».

C) STC 35/2020

Como se ha dicho, si bien tras la STC 112/2016 se produjo un cambio jurisprudencial en la aplicación del delito, mucho más restrictiva y rigurosa en el respeto a la libertad de expresión, en algunas sentencias todavía se mantuvo una laxa interpretación del delito, que no respetuosa en absoluto con los límites propios de la libertad de expresión.

En la reciente STC 35/2020 (NCJ064674), de 25 de febrero, se enjuicia la constitucionalidad de la condena al músico conocido como Strawberry por enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas (STS 4/2017, de 18 de enero), en relación con su compatibilidad con la libertad de expresión. Strawberry había compartido una serie de mensajes a través de la red social Twitter, como «el fascismo sin complejos de Esperanza Aguirre me hace añorar hasta a los Grapo», «cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero» o «a Ortega Lara habría que secuestrarle ahora». La Audiencia Nacional, en la SAN 20/2016, de 18 de julio, absolvió al acusado tras contextualizar y analizar los tuits uno por uno, concluyendo que «no puede entenderse que con esta manifestación pretenda el acusado hacer apología del terrorismo y provocar el discurso del odio, sino una crítica hacia el extremismo de cualquier signo, llevando su ironía a comparar un partido político con un grupo terrorista», no apareciendo con la claridad que exige el tipo penal que el acusado trate de elogiar a ETA, ni que trate de humillar o vejear a sus víctimas, por más que los comentarios sean en extremo desacertados. Concluye que al estar desprovistos los comentarios del carácter humillante o vejatorio que requiere el tipo delictivo, es posible, en cambio, interpretar que tenían una intención irónica.

Con posterioridad, el Tribunal Supremo condenó al músico, con una interpretación en extremo abierta del delito. Así, la STS 4/2017, de 18 de enero, concluye que la conducta del músico se enmarca en los delitos de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas. El Tribunal Supremo, en la sentencia, incidió en la diferencia entre «móvil» y «dolo», de tal manera que convertía prácticamente el delito en un supuesto de responsabilidad objetiva, exigiéndose en el caso únicamente una especie de dolo cognitivo. Ello, en el caso, se traducía a la necesidad de que el músico hubiera tenido «plena conciencia y voluntad de que se está difundiendo un

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

mensaje en el que se contiene una evocación nostálgica de las acciones violentas de un grupo terrorista». Así, ignorando el carácter sarcástico de muchas de las expresiones, y el carácter confuso de otras, el Tribunal Supremo considera que sí constituyen un delito de terrorismo.

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional 35/2020 (NCJ064674), de 25 de febrero analiza si se ha respetado el derecho a la libertad de expresión del condenado. La sentencia concluye que se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión del recurrente en la medida en que no se había llegado a ponderar con carácter previo y de manera suficiente si las expresiones controvertidas eran una manifestación del derecho a la libertad de expresión (en aplicación de la doctrina contenida en la STC 112/2016). Si bien el Tribunal Supremo hace una referencia genérica al derecho a la libertad de expresión, no llega a entrar a realizar la ponderación con la intensidad exigida por la doctrina constitucional. En realidad, cabe señalar que el Tribunal Supremo no hizo ninguna ponderación, pese a que mencionó la existencia de una tensión con la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional expresa que faltan en dicha sentencia consideraciones relativas a la dimensión institucional de la libertad de expresión (importancia de los mensajes para la formación de la opinión pública libre y del pluralismo político, consideración de si la punición de los mensajes podría provocar un efecto desaliento de la libertad de expresión, y análisis sobre si los mensajes son equiparables a la defensa de la violencia). En todo caso, aunque no lo indica el Tribunal Constitucional, también se omitió entre los elementos de ponderación el análisis de la generación de una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades –riesgo que, parece evidente, no concurre por la emisión de unos tuits con contenido sarcástico–. Pese a que la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional es acertada, se ha perdido una oportunidad de que hubiese promovido una cuestión interna de inconstitucionalidad y hubiese entrado en el análisis de la constitucionalidad del delito, en su redacción típica, en relación con el derecho a la libertad de expresión.

En todo caso, según la doctrina del Tribunal Constitucional en las SSTC 112/2016 (NCJ061437) y 35/2020 (NCJ064674), cabe entender que existen dos planos para poder aplicar el delito de enaltecimiento del terrorismo. En el primero habría que analizar la compatibilidad de las conductas con el derecho a la libertad de expresión, evaluando si concurren o no los elementos que integran el discurso del odio, y, por tanto, si se genera o no un riesgo para personas, derechos de terceros o para el sistema de libertades. También, en el mismo análisis debería evaluarse la compatibilidad con otros elementos limitadores de la libertad de expresión, y con los elementos definitorios de la misma (necesidad del contenido del mensaje para la opinión pública libre y pluralismo político, por ejemplo). En el segundo, se procede ya a la aplicación de la teoría jurídica del delito para evaluar si concurre en el caso.

2.1.3.2. El «discurso del odio» y el enaltecimiento del terrorismo

Las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre y 235/2007 (NCJ043010), de 7 de noviembre ya habían establecido que el discurso del odio estaba excluido del ámbito de protección de las libertades del artículo 20 de la CE (Rodríguez Montañés, 2012, p. 301).

Con posterioridad, el Tribunal Supremo ha reiterado que el bien jurídico protegido por el delito del artículo 578.1 «es la interdicción de lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional califican como discurso del odio», que define como «la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión o ideológica», dado que «el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en la aterrorización colectiva como medio de conseguir esas finalidades» (STS 224/2010, de 3 de marzo, FJ 3.º).

Por ello, según el Tribunal Supremo es «un plus cualitativamente distinto del derecho a expresar opiniones arriesgadas que inquieten o choquen a sectores de una población, porque la Constitución también protege a quienes la niegan [...] porque nuestra Constitución no impone un modelo de "democracia militante"». Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que «determinadas restricciones a la libertad de expresión pueden ser legítimas y necesarias ante conductas que puedan incitar a la violencia o [...] provocar especial impacto dentro de un contexto terrorista»³⁰.

En cualquier caso, es bastante dudoso que las opiniones que, como se ha visto, se han llegado a castigar bajo el extenso paraguas del delito de enaltecimiento del terrorismo sean constitutivas de un discurso del odio, como alabanza o justificación de acciones terroristas que persigue el exterminio del distinto. El sarcasmo, la ironía, el humor o la protesta en ningún caso pueden considerarse integradas en un discurso (llámese «del odio») excluido del derecho a la libertad de expresión. Parece claro, en cambio, que para que la libertad de expresión se pueda ver restringida por el discurso del odio, este debe ser efectivamente lesivo de algún valor o principio fundamental de igual o superior valor al que tiene la libertad de expresión: las críticas expresadas sobre los delitos de propaganda y enaltecimiento, y la aplicación práctica en muchos casos de los delitos de enaltecimiento y humillación a las víctimas hace difícil la compatibilidad de dichos tipos con la libertad de expresión. Esta referencia al discurso del odio como límite negativo a la libertad de expresión y, por tanto, legitimador de la punición de su contenido si constituye un delito de enaltecimiento del terrorismo, también fue realizada por el Tribunal Constitucional en la STC 112/2016 (NCJ061437), ya citada.

Tras el giro jurisprudencial, la STS 95/2018, de 26 de febrero (caso «Cassandra Vera») matiza lo expuesto indicando que la invocación extendida de los nocivos efectos del discurso del odio no ayuda a la labor exegética del tipo, debiéndose apartar el análisis judicial de una «convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso»³¹, porque:

El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo discurso, incluso en su simple acepción grama-

³⁰ STS 224/2010, de 3 de marzo, FJ 3.º

³¹ STS 95/2018, de 26 de febrero, FJ 2.º

tical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima quien lo pronuncia³².

Esta prudente afirmación pone sobre la mesa que la separación entre el discurso del odio y el discurso que es manifestación de la libertad de expresión es muy peligrosa, porque el «odio» es un sentimiento (que solo puede ser juzgado por criterios éticos), y la separación entre derecho y moral es esencial en el ámbito de un Estado democrático. En democracia no se castigan las ideas, ni la exposición de pensamientos, no se castiga una expresión que no lesione o ponga en peligro un bien de superior valor que el de la libertad de expresión. Ello es necesario no solo para la protección de la libertad de expresión, sino también para el respeto a los principios del derecho penal que, en parte, sirven para garantizar esta: los principios del hecho, *ultima ratio* o intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal.

2.1.3.3. Conclusión. Sarcasmo, humor y canciones. Disolución de ETA y riesgos

Todo lo anterior se ve reforzado en la medida en que se ha ampliado el ámbito de aplicación del delito de exaltación del terrorismo y humillación a las víctimas a los contenidos de letras de canciones o contenidos sarcásticos o humorísticos.

Además, la explosiva utilización actual de las redes sociales ha generalizado la exposición pública de lo que expresa una sociedad que todavía no está educada ni preparada para utilizarlas. Más que aplicar el Código Penal para reprimir lo que es, sin duda, libertad de expresión, se debe fomentar la educación en el respeto, el civismo y el buen uso de las nuevas tecnologías entre los ciudadanos.

A ello se añaden las consecuencias de la disolución del grupo terrorista ETA, al que se refieren todavía la mayoría de las expresiones sancionadas por el Tribunal Supremo en el ámbito de aplicación del delito del artículo 578.1 del CP. La organización había perdido progresivamente apoyo entre la sociedad civil, y, paralelamente, se fue desarticulando y perdiendo vigor, cometiendo su último asesinato en España en el año 2009. En 2010 se produjo el último asesinato de ETA en Francia, y, en 2011, se anunció el cese definitivo de la actividad armada de la banda terrorista. Finalmente, en el año 2017, ETA llevó a cabo su desarme de manera unilateral (aunque, en realidad, ya no existía ninguna organización que pudiera considerarse tal cosa). Se ha cuestionado ya por gran parte de la doctrina que puedan existir delitos de terrorismo sin una organización que los ampare, si bien es una cuestión controvertida. Pero es todavía más difícil de sostener que una expresión en una red social sobre una banda terrorista ya inexistente pueda provocar delitos de terrorismo. Por tanto, la limitación a la libertad de expresión es aún más injustificada en los supuestos en que las expresiones versen sobre

³² *Ibidem*.

organizaciones inexistentes o desarticuladas, porque el resultado de lesión o de peligro que justificaría la restricción de la libertad de expresión desaparece completamente. En consecuencia, además, no queda cubierto el requisito establecido por el Tribunal Constitucional en la STC 112/2016 (NCJ061437) de necesaria generación de una «situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho a la libertad de expresión».

A la vista de todo lo anterior, parece claro que el contenido del tipo del artículo 578 del CP es demasiado amplio, pudiendo incluir expresiones, opiniones sarcásticas, irónicas y humorísticas, o el contenido de letras de canciones, y es incompatible con el derecho a la libertad de expresión y creación literaria y artística. El delito de enaltecimiento del artículo 578 y los delitos de propaganda al terrorismo que, como se ha visto, recoge el artículo 579 son, en definitiva, delitos de expresión que no deberían estar extramuros de la libertad de expresión del artículo 20 de la CE³³.

2.2. Enaltecimiento y negación de los delitos de genocidio y discriminación

Tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se modifica el artículo 510 del CP, que comprende, en su apartado primero, una regulación de los delitos de promoción e incitación al odio, discriminación, hostilidad y violencia (incluyendo posesión y distribución de materiales idóneos para ello), de los delitos de negación y enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad y conflicto armado o de sus autores, y que, en el apartado segundo, incorpora la sanción penal del enaltecimiento o justificación de delitos cometidos por motivos discriminatorios³⁴. La finalidad de esta modificación es, según el preámbulo de la ley orgánica, doble:

De una parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre (NCJ043010) impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

³³ De hecho, autores como Muñoz Conde (2019, p. 831) han considerado que también el delito de adoc-trinamiento recogido entre las modalidades del apartado 2 del artículo 577 del CP como una forma de colaboración con el terrorismo es muy discutible, pues es «difícilmente distinguible de la mera expresión de ideas que, por discutibles que sean, están dentro de la libertad de expresión, salvo que se trate de una forma de proposición o provocación ya punible de forma general en relación con terrorismo en el art. 579».

³⁴ En su apartado segundo incluye, por otra parte, la sanción penal de determinados delitos contra la inte-gridad moral, cuya justificación es mucho mayor que de los restantes delitos.

Luzón Cuesta (2018, p. 454) ha señalado que este es uno de los artículos que, en nuestro Código Penal, protegen la igualdad, como valor superior del ordenamiento jurídico y como principio; sin embargo, es cierto que tal y como se configura, con tipos abiertos y sin requisitos de lesividad (como mucho, requiriendo la generación de un clima determinado), en realidad no protege nada.

Los delitos de este artículo se han denominado por parte de la doctrina «delitos de odio» (Vicente Martínez, 2018, p. 105) y también se consideran sancionables al ser expresivas del discurso del odio, extramuros de la libertad de expresión³⁵.

2.2.1. Provocación genérica al odio, discriminación, hostilidad o violencia

La letra a) del apartado primero del artículo 510 del CP recoge la sanción de una provocación genérica³⁶ al odio, discriminación, hostilidad o violencia. Así, castiga a quienes «públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel» (en adelante, contra un grupo), «por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

En definitiva, se trata de una provocación genérica que excede los límites establecidos para la apología en el artículo 18.1 del CP en la medida en que también se admiten la incitación indirecta, la promoción o el fomento, produciéndose un adelantamiento tal de la barrera de protección penal que la puesta en peligro del bien jurídico protegido se desdibuja, dificultando que se justifique la limitación de la libertad de expresión (en esas modalidades indirectas y genéricas). No obstante, según el Tribunal Constitucional en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, es suficiente para justificar el castigo de las conductas el que inciten de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia (Muñoz Conde, 2019, p. 742). No se exige ningún resultado de peligro o lesión más allá del fomento, promoción o incitación.

Los objetivos de la incitación (la hostilidad, odio, discriminación o violencia) tampoco dejan de ser excesivamente amplios. El odio y la hostilidad, en particular, son meros sentimientos, y convertir un sentimiento en delito lleva consigo numerosos riesgos, entre ellos los de negación del principio *cogitationis poenam nemo patitur* y de trivialización del respeto al principio del hecho.

En cuanto al tipo subjetivo, según la STS 72/2018, de 9 de febrero, tanto el delito de enaltecimiento como el de incitación al odio solo requieren la concurrencia de un dolo básico que

³⁵ A estos efectos son aplicables las mismas críticas que las expresadas en el apartado 1.3. 2.º del epígrafe II.

³⁶ *Ibidem*, p. 455.

«se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y de no tratarse de una situación incontrolada o de una reacción momentánea» (STS 72/2018, de 9 de febrero, FJ único).

En adición, también se sanciona en la letra b) de ese apartado 1 del artículo 510 del CP un conjunto de conductas omnicomprendidas de todas las fases de producción, elaboración, facilitación, posesión con finalidad de distribuir, etc., de escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para promover, fomentar o incitar directa o indirectamente al odio, violencia, hostilidad o discriminación contra aquellos grupos por los motivos discriminatorios. En este tipo se adelanta todavía más la barrera de punición, pues solo se exige la posesión o facilitación de materiales que sean idóneos para producir esos efectos de favorecimiento (amplísimos y no necesariamente lesivos) de sentimientos hostiles o de odio.

2.2.2. Enaltecimiento, negación o trivialización de los delitos de genocidio, lesa humanidad o conflicto armado

En la letra c) del apartado primero del artículo 510, por su parte, se sanciona el enaltecimiento, negación y trivialización de los delitos de genocidio, lesa humanidad o conflicto armado o de sus autores. El delito de enaltecimiento del genocidio, previamente regulado en el artículo 607.2 del CP, había sido estudiado por el Tribunal Constitucional en la STC 235/2007, de 7 de noviembre (NCJ043010), donde se declaró inconstitucional el inciso «nieguen o». El Tribunal Constitucional había concluido que la sanción penal de la mera negación del genocidio «frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane», pues ni tendencialmente persiguen objetivamente la creación de un clima de hostilidad social contra las personas pertenecientes a los grupos ni pueden, *per se*, conseguirlo (FJ 8.º). En cualquier caso, el Tribunal Constitucional abrió la puerta en dicha sentencia a la regulación actual del artículo 510.1 c) siempre que se exigiese otro elemento adicional: «que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado» (FJ 8.º), requisito que sí incluye la redacción actual de la negación, trivialización o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad, conflicto armado o de sus autores.

El artículo 510.1 c) sanciona así a quienes públicamente «nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos». Se configura, así, como un delito de clima, exigiéndose solo como resultado de peligro la promoción de un indeterminado clima de sentimientos hostiles, violentos, o de violencia o discriminación.

El delito no deja de plantear problemas, como indica Muñoz Conde (2019, p. 743), dadas las campañas desarrolladas por los Estados que cometen los delitos mencionados con el fin de justificarlos o negarlos, que dan lugar a informaciones opuestas entre sí.

2.2.3. Enaltecimiento o justificación pública de delitos discriminatorios

Por último, la letra b) del apartado segundo del artículo 510 del CP castiga a «quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución». Se trata, de nuevo, de una «apología *in genere*» con sustantividad propia en relación con la genérica del artículo 18 del CP, dado que no se atiene a los límites señalados por este.

En segundo lugar, a este delito son de aplicación las mismas críticas que se han comentado en relación con el delito de enaltecimiento del terrorismo dada su similitud³⁷. En este sentido, cabe señalar que el delito no recoge ningún requisito de favorecimiento de un resultado de peligro (ni de un clima hostil), estableciéndose únicamente una agravación para los supuestos en que «se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos». Así, el tipo básico del delito es contrario al principio del hecho al castigar meras expresiones, por muy repudiables que estas puedan ser, determinando un adelantamiento de la barrera de protección hasta la barrera de las opiniones. La conducta sancionada penalmente no es constitutiva ni de una provocación a la comisión de los delitos discriminatorios, ni se exige que genere un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación, vulnerando también el principio de intervención mínima y sus derivados. Además, el potencial expansivo que se ha apreciado que tiene el delito de enaltecimiento del terrorismo en la práctica también es propio de este delito, siendo claro ejemplo de un defecto de técnica legislativa en su redacción. Por todo ello, se debe considerar que el delito es vulnerador del derecho a la libertad de expresión y que las conductas que castiga no deben incluirse en un derecho penal de un Estado democrático.

2.2.4. Conclusiones

En cualquier caso, esta extensísima regulación lleva a la conclusión de que lo más razonable es suprimir este delito. En definitiva, estamos hablando de un artículo regulador de conductas apologeticas, conductas de negación o trivialización de hechos históricos,

³⁷ En el mismo sentido, Muñoz Conde (2019, p. 745).

y conductas de promoción, fomento, o incitación siquiera indirecta (que ya son conceptos jurídicos bastante abiertos e indeterminados) de sentimientos (como hostilidad u odio). Además, no se exige en ningún caso que se produzca un resultado de lesión o de peligro para algún bien jurídico (solo en la exigencia que ya he comentado de un clima de odio, hostilidad o violencia), pero este resultado es absolutamente subjetivo e inconcreto.

Por ello, se opone al principio de lesividad (no existe un verdadero bien jurídico protegido por el delito), y con el principio de legalidad material y los principios de fragmentariedad y *ultima ratio* del derecho penal (sería mucho más eficaz una buena política educativa y las propias sanciones que establecen las propias redes sociales en el caso de que el delito se desarrolle a través de un medio de comunicación). Incluso, este delito se opone al principio de legalidad formal por la absoluta ausencia de taxatividad en los conceptos referidos.

Por tanto, al no protegerse nada merecedor de protección penal con este delito se está vulnerando el derecho a la libertad de expresión. No se quiere decir con esto que esas ideas y opiniones no sean reprochables, desde luego lo son moralmente y hasta son molestas para quien escribe estas líneas, pero no se justifica por ello su punición a través del Código Penal.

Sin embargo, pese a que lo más razonable sería la supresión de este delito, la DM de 2008 –muy desacertadamente– impone su inclusión en nuestro ordenamiento punitivo (aunque, también hay que decirlo, no con la amplitud y extensión que incorporó después el legislador penal español, que es todavía menos comprensible). Por ello, lo que se debería hacer, en la actualidad, es reformar este delito para restringirlo en la medida en que sea posible para mantener su conformidad con la normativa de la Unión Europea.

Así, el apartado 1 se reduciría a la incitación pública y directa por alguno de los motivos discriminatorios recogidos en el artículo 22.4 a la comisión de delitos contra la vida, la integridad física y psíquica, la integridad moral, la igualdad, la libertad, la libertad sexual, de daños, de genocidio y de lesa humanidad, contra grupos vulnerables o sus miembros, que genere el riesgo inminente de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos³⁸. Parece oportuno reducir la conducta a la incitación pública y directa (de conformidad con el artículo 18 del CP en el respeto a la libertad de expresión), y que esa incitación no se dirija a crear sentimientos, sino a cometer delitos (que es lo que protege el Código Penal, y no la promoción indirecta de un sentimiento). Asimismo, es muy oportuno incluir un catálogo cerrado de delitos (los más graves), exigir un resultado de peligro (el riesgo inminente de que se cometan esos delitos), y especificar el elenco de motivos discriminatorios (por exigencias de taxatividad).

³⁸ Así lo defendí en el webinar «Aporofobia: Una forma ignorada de discriminación», de la Universidad de Málaga, en diciembre de 2020. Título de la ponencia (que desarrollé junto a la catedrática Ana Pérez Cepeda y la investigadora Isabel García Domínguez): «Comentarios al Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia: aporofobia y libertad de expresión».

Sin embargo, también parece oportuno que en el apartado segundo se aclare (a diferencia de lo que ha considerado el GEPC) –por exigencias de la DM relativas a la apología, negación o trivialización y a la difusión o reparto de escritos (aunque esta sea en extremo desacertada)–, que la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, y la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales, solo serán delictivos (de conformidad con este artículo) si constituyen una incitación pública y directa a los delitos mencionados en el apartado anterior por motivos discriminatorios contra grupos vulnerables y siempre que se genere un riesgo inminente de comisión de dichos delitos.

Asimismo, en el apartado tercero, se aclararía que es grupo vulnerable el que habitualmente es objeto de discriminación (siguiendo la propuesta del GEPC, pero aclarándolo en el artículo, a diferencia de lo que señala el GEPC, por exigencias de taxatividad).

En el apartado cuarto se podrían incluir también los delitos contra el honor de las personas pertenecientes a estos colectivos. En cualquier caso, estos delitos no parecen más que una modalidad agravada de delitos contra el honor, por lo que podrían incluirse más bien en el título dedicado a ello. Si se mantiene este apartado de delitos contra el honor, parece desde luego necesario suprimir la referencia a la posesión, difusión, etc. de textos idóneos para humillar, menospreciar o desacreditar a estas personas o grupos, pues constituye un adelantamiento injustificado de la punición penal.

En cuanto a las demás conductas delictivas, dada la redacción actual, se considera que no se puede incluir, por exigencias del derecho a la libertad de expresión, ni la mera negación y trivialización ni el enaltecimiento, pues se debe exigir que las conductas generen al menos una incitación indirecta a la comisión de delitos. En general, además, el incluir el enaltecimiento de cualquier delito cometido por motivos discriminatorios parece todavía menos justificado, por ello es oportuno limitarlo a los delitos más graves indicados.

En cuanto a las agravaciones, en primer lugar, el favorecimiento de un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación debe ser suprimido como agravante, porque se configura a través de conceptos subjetivos e indeterminados. Lo mismo sucede con la agravante de idoneidad para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor en el grupo. En segundo lugar, tampoco parece oportuno mantener la agravante de la realización de la conducta a través de un medio de comunicación social, internet o las nuevas tecnologías, pues solo constituyen una modalidad de comisión del tipo básico, al requerir este la publicidad.

2.3. ¿Exaltación del franquismo?

Recientemente se ha materializado en España la entrada en el debate político de la propuesta del PSOE y Unidas Podemos de tipificar la apología y exaltación del franquismo como delito (Marcos, 10 de febrero de 2020), adquiriendo notable popularidad entre parte de la población española.

Entre otros motivos, esta propuesta suele justificarse a través de la comparativa con el StGb alemán, si bien, aunque en Alemania se sanciona el uso de símbolos de organizaciones políticas declaradas inconstitucionales o prohibidas, se indica expresamente que el comportamiento no será delictivo si «sirve a la ilustración de la ciudadanía, a la defensa frente a planes contrarios a la Constitución, al arte o a la ciencia, investigación o enseñanza, a informar sobre noticias actuales o de la historia o a fines similares», o se exige para castigar la incitación al odio racial, que esta se haya hecho «de un modo idóneo para perturbar la paz pública» (Cancio Meliá, 15 de febrero de 2021).

En cualquier caso, las razones por las cuales se ha rechazado la tipificación de los delitos referidos *supra* deben hacer rechazar una expansión del derecho penal que pretenda comprender este nuevo delito.

La cuestión no es que en democracia «no se homenajee a dictadores ni a tiranos» (como manifestaba la portavoz del grupo parlamentario socialista), sino que en democracia las instituciones públicas y el Estado no los homenajeen. Lo que unos y otros ciudadanos piensen sobre los dictadores o sobre sistemas políticos propios de otro milenio no debe ser objeto de censura –y menos por la vía jurídico-penal–, porque una democracia no debe penar las ideas, por muy reprochables que sean. Para actuar con memoria y justicia, lo que se debe hacer es instar el cumplimiento de la ignorada Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de memoria histórica, retirar los honores simbólicos concedidos por el Estado a los miembros y ejecutores de la barbarie estatal cometida por la dictadura franquista, poner en marcha una Comisión de la Verdad, y reconocer y proteger a las víctimas. La sanción penal de las libertades de pensamiento y expresión ni es necesaria ni es admisible.

Además, es necesario tener en cuenta que es mucho más eficaz, a estos efectos, una buena educación, tanto positiva (en los valores de la democracia) a lo largo de la vida del sujeto, como negativa (a través del reproche social sobre dichas expresiones por los pequeños grupos en que el individuo se desarrolle).

De hecho, hay que tener en cuenta de que ni a efectos de eficacia tiene sentido esta punición. La sanción penal del discurso del extremismo no es la solución al problema, sino que lo alimenta; y más en la actualidad, donde las organizaciones y partidos políticos tienen medios para distribuir todo tipo de información (inclusive tergiversada, o de odio) a través de la web, lo que facilita que puedan emitir un discurso de victimización frente a un derecho penal opresor que está vulnerando el derecho a la libertad de expresión.

A ello se suman las críticas expresadas ya para los delitos del artículo 510 del CP y el delito de enaltecimiento del terrorismo. Incluso si se desarrollase una redacción del tipo que fuese restrictiva, incluyendo un requisito de generación de un riesgo de retorno a una dictadura o de comisión de los crímenes de Estado habituales en el franquismo, no parece que pudiese adquirir virtualidad práctica en la actualidad. En realidad, solo supondría penar la palabra propia del ámbito de la libertad de expresión y no respetaría los principios del hecho, intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal.

2.4. Injurias a la corona

El artículo 490 del Código Penal español sanciona, en su apartado 3, al que calumniare o injuriare «al Rey o Reina a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de estas», diferenciando la pena si la calumnia o injuria fueran graves o no lo fueren. Además, el artículo 491 castiga, en su apartado 1, las calumnias o injurias contra las personas mencionadas fuera de los supuestos previstos al mismo. En el apartado 2 se castiga «al que utilizare la imagen del Rey o Reina o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe o Princesa de Asturias, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona».

Con estos delitos se pretender proteger el honor y la propia imagen de la figura de la Corona a través de la protección a las personas que la integran, de conformidad con el sistema de monarquía parlamentaria que rige el Estado español. Explica Muñoz Conde (2019) que la tipificación de los ataques al honor de estas personas, diferenciada del régimen común, «procede del carácter carismático y casi mítico con que se rodeaba la figura del Jefe del Estado en la dictadura franquista» (p. 729) (si bien con penas inferiores), y se encuentra en los linderos de la libertad de expresión y crítica. Precisamente este autor (como la doctrina mayoritaria) señala que en una democracia nadie puede estar exento de crítica, dada su posición, y que se deben contextualizar los delitos, que no han de comprender o incluir sátiras, caricaturas, chistes, etc., que serán habituales para quienes detentan el poder (Muñoz Conde, 2019).

No obstante, se ha aplicado el delito de injurias a la Corona a caricaturas en revistas satíricas, lo que deberían estar fuera de un derecho penal democrático. Por ejemplo, la SAN 62/2007, de 13 de noviembre condena por un delito de injurias al príncipe heredero del artículo 491.1 y 491.2 del Código Penal a dos humoristas gráficos de profesión y colaboradores habituales de la revista *El Jueves*, que realizaron una portada «con motivo del anuncio por parte del Presidente del Gobierno de España de otorgar una subvención de 2.500 euros para cada familia con residencia legal en España por cada nuevo hijo que nazca o adopte»³⁹. La portada consistía en un dibujo donde, explica la Audiencia Nacional, «aparecen caricaturizados, desnudos, pero perfectamente identificables, Su Alteza Real el Príncipe de Asturias, Heredero de la Corona, junto a su esposa, Su Alteza Real la Princesa de Asturias, bajo el titular "¡SE NOTA QUE VIENEN ELECCIONES, ZP! 2.500 POR NIÑO", en una explícita postura sexual, atribuyendo al Príncipe de Asturias las siguientes expresiones; "¿Te das cuenta?

³⁹ SAN 62/2007, de 13 de noviembre (ponente: D. José María Vázquez Honrubia). Conclusión confirmada en apelación, como explica Rebollo Vargas (2009).

Si te quedas preñada... ¿esto va a ser lo más parecido a trabajar que he hecho en mi vida!">». La Audiencia Nacional expone que tal caricatura «tilda al Príncipe, esencialmente, de vago y, por ende, codicioso»⁴⁰, lo que, señala Rebollo Vargas, es infundado y va más allá de lo que dice el texto⁴¹.

Tanto la doctrina del TEDH como del TC han sostenido que no basta para incardinar el delito que las expresiones o discursos pinten cuadros negativos del rey como institución, pues la posición de árbitro neutral del rey no lo pone al abrigo de todas las críticas por el ejercicio de sus funciones oficiales o por su condición de representante del Estado (SAN 4/2017, de 21 de febrero, FJ 2.º). Es necesario, en cambio, que la condena se refiera a hechos o expresiones que cuestionen la vida privada del monarca, excediendo la mera crítica política y afectando a su reputación y honorabilidad personal⁴².

No obstante, incluso dentro de estos límites, pueden apreciarse interpretaciones jurisprudenciales discutibles por su amplitud en relación con los delitos de calumnias e injurias a la corona. La STC 177/2015, de 22 de julio (NCJ060206) confirma la condena a dos sujetos que habían irrumpido (con el rostro tapado) en una concentración posterior a una manifestación celebrada en protesta de una visita real, y habían procedido a quemar una fotografía de gran tamaño de los reyes colocada boca abajo, mientras eran jaleados. Considera el Tribunal Constitucional que cuando una idea u opinión se manifiesta mediante la destrucción de elementos con un valor simbólico, debe atenderse especialmente a las circunstancias del caso (FJ 4.º), y considera, en consecuencia, que la escenificación del acto simbólico «traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados, sin que deba dejar de advertirse además que el lóbrego acto provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte»⁴³. Dicha interpretación del Tribunal Constitucional es completamente discutible, en la medida en que la colocación boca abajo y quema de una fotografía de los reyes no implica, necesariamente, la voluntad de ajusticiarlos, pudiendo desde luego significar la voluntad de poner fin al sistema monárquico (como señala en su voto particular el magistrado Xiol Ríos). Estima, en consecuencia, el Tribunal Constitucional que el acto es «no solo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la creación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio», y tiene particularmente en cuenta la falta de espontaneidad de los recurrentes (argumento nada convincente)⁴⁴. Es difícilmente admisible la interpretación

⁴⁰ SAN 62/2007, de 13 de noviembre, FJ 2.º

⁴¹ Aunque Rebollo Vargas (2009, p. 201) hace referencia a la sentencia de apelación.

⁴² SAN 4/2017, de 21 de febrero, FJ 2.º

⁴³ STC 177/2015, de 22 de julio (NCJ060206), FJ 4.º

⁴⁴ STC 177/2015, de 22 de julio (NCJ060206). Voto particular que formula el magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos.

desarrollada por el Tribunal Constitucional, pues es perfectamente plausible que la acción realizada por dos personas opuestas a la institución monárquica significase algo más que una crítica al sistema, que desde luego debería estar sobradamente admitida por el derecho a la libertad de expresión.

Por otra parte, la SAN 4/2017, de 21 de febrero (ya citada en relación con el delito de enaltecimiento y humillación a las víctimas del terrorismo) condena también por calumnias e injurias graves al rey y a los miembros de la familia real, del artículo 490.3 del CP, al músico conocido como Valtonlyc por diferentes expresiones, entre las cuales se encuentran algunas referencias a la falta de carácter democrático de la figura del monarca («no es democrático, es un dictador enmascarado»), la importancia que atribuía Juan Carlos I a los derechos humanos y a la relación con determinados países y los convenios relativos a la compraventa de armas (aunque también se incluyen diversas expresiones muy insultantes de algunos miembros de la familia real que no hace falta reproducir aquí). Concluye la sentencia que «todas estas expresiones [...] constituyen un "ataque personal gratuito a su reputación como persona", "afectan a los aspectos íntimos de la vida privada del monarca" y de su familia, "atacan a la honorabilidad personal" y obviamente no son necesarios para criticar el sistema monárquico ni para defender la República» (SAN 4/2017, de 21 de febrero, FJ 2.º). Sin embargo, desde luego, las expresiones relativas a la relación entre la monarquía y la democracia, los derechos humanos y las relaciones con otros Estados no deben considerarse excluidas de la crítica a la propia institución y por tanto tampoco del derecho fundamental a la libertad de expresión (sin perjuicio de que otras de las expresiones vertidas sí pertenecen claramente al ámbito de la vida privada y son especialmente insultantes, en particular, las vertidas en relación con una de las entonces infantas).

Expresiones y manifestaciones como las mencionadas en este apartado son parte de la crítica a la institución y pertenecen, por tanto, al ámbito propio de la libertad de expresión –y, más específicamente, en algunos de los casos, a la libertad de producción y creación artística–. Como se ha expuesto ya, aunque el insulto no queda legitimado por la libertad de expresión, tampoco el buen gusto es un límite a la misma. En nuestro Estado democrático y de derecho la admisibilidad de las diversas opiniones, por soeces o malsonantes que sean, son parte indispensable de los valores superiores del ordenamiento jurídico que recoge el artículo 1.1 *in fine* de la Constitución: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Y este es el sentido en que se pronunciaba el Tribunal Constitucional en la STC ya citada 23/2010 (NCJ052093), cuando señalaba que «el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales» al derecho a la libertad de expresión, derecho que no se puede someter a límites de rango infraconstitucional. En definitiva, es particularmente importante que se restrinja mucho más el ámbito de aplicación de los delitos mencionados, pues parece que en lugar de proteger el honor de la Jefatura del Estado como titular o representante del poder que emana del pueblo, se está protegiendo, en realidad, la interdicción del mal gusto en las expresiones o representaciones relativas a la Corona –lo que, desde luego, no es un bien jurídico digno de protección penal que pueda preponderar sobre la libertad de expresión–.

3. Difusión de *fake news* y la libertad de información

La situación absolutamente excepcional que ha despertado la pandemia de la covid-19 ha puesto en el disparadero el asunto de la difusión de «bulos» en redes sociales en relación con informaciones tan sensibles como las sanitarias. La cuestión de las noticias falsas o *fake news*, y su difusión masiva a través del uso de *bots* en redes sociales ya había generado un importante debate, en particular en relación con su uso por partidos políticos de todo el mundo como propaganda de sus ideas. Sin embargo, ahora ha cobrado mucha más trascendencia en España. De hecho, el Centro de Investigaciones Sociológicas incluyó en una encuesta la siguiente pregunta: «¿Cree usted que en estos momentos habría que prohibir la difusión de bulos e informaciones engañosas y poco fundamentadas por las redes y los medios de comunicación social, remitiendo toda la información sobre la pandemia a fuentes oficiales, o cree que hay que mantener la libertad total para la difusión de noticias e informaciones?». No le falta razón a Grijelmo (16 de abril de 2020), que señala que se trata de una pregunta «mal redactada, mal formulada y claramente manipuladora», dado que no existe dicha libertad total para la difusión de noticias e informaciones.

Desde luego, la difusión de «noticias falsas» –mejor dicho, de «informaciones falsas», porque no siempre son noticias, y, en ocasiones, se restringen a un comentario en una red social que se vuelve viral– se encuentra extramuros del derecho fundamental a la libertad de información por el requisito de veracidad y de contraste de la información que se impone al contenido de dicha libertad. Aunque la difusión se lleva a cabo, en muchas ocasiones, a través de cuentas en redes sociales de individuos particulares, ajenos a la profesión periodística, ello no es óbice para considerar que el contenido de dicha difusión es propio de la libertad de información por la titularidad de quien la desarrolla, dado que nuestra jurisprudencia ha considerado que son titulares de la libertad de información todos los ciudadanos (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4.º).

En cualquier caso, no hay que olvidar que nuestro Código Penal ya castiga conductas específicas que suponen un límite legítimo a las libertades de expresión e información (límite que se identifica con el apartado 4 del art. 20 de la Constitución): los delitos de injurias y calumnias (por otra parte, los únicos delitos privados que subsisten en nuestro Código Penal).

Además, el que una conducta se encuentre extramuros de la libertad de información no significa que deba ser punible. De hecho, para ser compatible con la libertad de información, un delito que sancionara penalmente el «bulo» tendría que cumplir dos condiciones: estar justificado por la relevancia de bienes jurídicos que prevalecieran sobre la libertad de expresión en el caso concreto y ser especialmente restrictivo en los requisitos de lesividad y difusión. No debe considerarse tan a la ligera la posibilidad de punir las noticias falsas (en general). Las conductas sancionadas deben proteger un bien jurídico que se estime predominante en relación con la libertad de expresión. Ello debería restringir, en su caso, el tipo penal a la emisión de noticias falsas por una persona jurídica dedicada a la difusión de información (porque tienen mayor capacidad de controlar la dimensión de la difusión de información), con capacidad

y medios suficientes para una amplia difusión (lo que hace previsible la trayectoria de la difusión), con conocimiento de su falsedad y con voluntad de causar un grave daño que afecte a un gran número de personas (exigiéndose un elemento subjetivo específico), y exigiéndose que se haya producido, en consecuencia, un daño considerable a nivel sanitario o económico (configurándolo como un delito de lesión). Serían ejemplos de ello la difusión de bulos por grandes medios de información relativos al tratamiento aplicable a una enfermedad pandémica o a la obediencia a las normas impuestas por las autoridades sanitarias para evitar efectos perniciosos de una epidemia, siempre que tuvieran una alta capacidad de difusión, conocimiento de la falsedad de la información y con voluntad de causar un desastre sanitario (p. ej. colapsando los hospitales); o la difusión de informaciones falsas relativas a la disponibilidad de dinero en los bancos que produjese una oleada de pánico bancario (retirando los ciudadanos masivamente su dinero de los depósitos bancarios), y se realizase con la finalidad de causarlo.

No obstante, ni siquiera un tipo penal tan restrictivo justifica una restricción de la libertad de información a través de la aplicación del *ius puniendi* estatal. En cambio, en lugar de aplicar el Estado el poder punitivo a quienes difunden informaciones falsas en redes sociales, debería otorgar a sus ciudadanos la capacidad de discernir qué información es falsa y qué información no lo es, particularmente para cuestiones importantes. Esta sería una manera menos lesiva de actuar frente a los daños masivos que pueden producir determinadas informaciones falsas (y, probablemente, más eficaz para prevenirlo). Por tanto, el principio de intervención mínima excluiría la aplicación del derecho penal para la represión de la mera difusión de *fake news*.

4. Conclusiones

El Derecho no tiene la tarea de imponer o reforzar la moral (Ferrajoli, 2012, p. 109). En cambio, debe existir una separación axiológica entre ambos, que es particularmente importante en relación con la mayor expresión de poder punitivo estatal, el derecho penal. Ello lleva consigo que solo puedan ser legítimos los castigos de conductas externas y lesivas para bienes jurídicos dignos de protección penal. El principio de lesividad, derivado de dicha separación entre derecho y moral, opera como *prius* lógico del principio de proporcionalidad, que –a su vez– opera, como explica Vives Antón (2011, p. 821), como «un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones concretas de normas constitucionales». En este trabajo se ha visto que la falta de lesividad suficiente de muchas figuras hace incompatible su mantenimiento con el respeto a la libertad de expresión. En particular, ello determina que los delitos de propaganda del terrorismo, enaltecimiento del terrorismo y de delitos cometidos por motivos discriminatorios no estén justificados, y menos dada su redacción actual, como tampoco lo está la incorporación de un delito de exaltación del franquismo ni de delitos contra noticias falsas. Esta es la única opción admisible, y más teniendo en cuenta que este Estado afirma que no se configura, como ha señalado el Tribunal Supremo, como una «democracia militante» (v. gr. STC 235/2007 [NCJ043010]).

Por otra parte, en todas las figuras expuestas en este trabajo (y, en particular, en las que se ha expuesto que vulneran el derecho a la libertad de expresión) sería mejor invertir en la educación en democracia, respeto, dignidad, civismo y en uso de redes sociales.

Además, la punición de los delitos de enaltecimiento y propaganda del terrorismo, enaltecimiento, negación o trivialización de los delitos de genocidio, lesa humanidad y conflicto armado, y de los delitos de enaltecimiento o justificación públicos de delitos cometidos contra grupos o integrantes de los mismos por motivos discriminatorios, se ha considerado justificada al considerarse las conductas penadas como integrantes del discurso del odio. Sin embargo, como se ha indicado ya, tan artificiosa separación entre el discurso del odio y el discurso que es manifestación de la libertad de expresión no es útil y es muy peligrosa, porque el «odio» es un sentimiento, que puede ser juzgado por criterios morales, pero no a través de mecanismos jurídicos. En definitiva, en democracia «el pensamiento no delinque».

Referencias bibliográficas

- Arroyo Zapatero, L. (2013). La armonización internacional del Derecho penal. Hechos, actores y procesos en los caminos de la armonización. En J. L. de la Cuesta Arzamendi *et al.* (Dir.), *European Inklings*, 2, Armonización penal en Europa. IVAP.
- Cancio Meliá, M. (2010). *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Reus.
- Cancio Meliá, M. (2013). El Derecho penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea. En J. L. de la Cuesta Arzamendi *et al.* (Dir.), *European Inklings*, 2, Armonización penal en Europa, 304-325. IVAP.
- Cancio Meliá, M. (2016). El derecho penal anti-terrorista español tras la reforma del 2015. *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, 5, 35-58.
- Cancio Meliá, M. (15 de febrero de 2021). Crimen y palabra. *El País*. (Publicado en Diario del Derecho, Iustel, RI §1208037).
- Cancio Meliá, M. y Díaz López, J. A. (2019). *¿Discurso del odio y/o discurso terrorista?* Thomson Reuters Aranzadi.
- Caruso Fontán, M. V. (2007). Los límites a la libertad de expresión en la Constitución y en las normas penales. *Revista Penal*, 2.
- Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo Foro Penal*, 79.
- García Albero, R. (2016). Artículo 579. En G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*. Aranzadi.
- Giménez García, J., Arts. 571 a 580. En C. Conde-Pumpido Tourón, *Comentarios al Código Penal* (pp. 3.706-3.710). Bosch.
- González Cussac, J. L. (2016). *Derecho penal, parte especial* (Coord.). Tirant lo Blanch.
- Grijelmo, Á. (16 de abril de 2020). Una pregunta manipuladora y mal redactada. *El País*.
- Junquera, N. (19 de enero de 2017). La nieta de Carrero Blanco ve «un disparate» pedir cár-

- cel por unos tuits sobre su abuelo. *El País*. https://elpais.com/politica/2017/01/18/actualidad/1484771677_648133.html.
- López Guerra, L., Espín, E. y García Morillo, J. (2018). *Derecho constitucional, I*. (11.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Luzón Cuesta, J. M. (2018). *Compendio de Derecho penal. Parte especial*. Dykinson.
- Luzón Cuesta, J. M. (2018). *Compendio de Derecho penal. Parte general*. Dykinson.
- Marcos, J. (10 de febrero de 2020). El PSOE quiere que la apología y exaltación del franquismo sean delito. *El País*. https://elpais.com/politica/2020/02/10/actualidad/1581323216_800783.html.
- Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2019). *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Murphy, C. C. (2015). *EU counter-terrorism law. Pre-emption and the rule of law. Expanded edition*. Bloomsbury Publishing.
- Pena González, W. (2019a). El delito de enaltecimiento del terrorismo: «Derecho penal» del enemigo. *Revista CEFLegal*, 221.
- Pena González, W. (2019b). *El concepto de terrorismo*. Ratio Legis.
- Pena González, W. (2019c). La provocación al terrorismo en la UE y España: Anticipación, expansión y extralimitación. *Revista Unión Europea Aranzadi*, 11.
- Pérez Cepeda, A. I. (Dir.). (2018). *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal*. Tirant lo Blanch.
- Pinheiro, M. (24 de marzo de 2017). La Audiencia Nacional reprocha a la Guardia Civil sus métodos de investigación en Twitter. *Eldiario.es*. https://www.eldiario.es/politica/Audiencia-Nacional-Guardia-Civil-Twitter_0_625738197.html
- Rebollo Vargas, R. (2009). La portada de la revista «El Jueves» ante la justicia: el heredero de la corona como «vago voluptuoso y codicioso». En L. R. Ruiz Rodríguez y M.ª J. Ruiz Fernández (Dir.), *El arte a juicio* (pp. 193-204).
- Rodríguez Montañés, T. (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*. Tirant lo Blanch.
- Ruiz Landaburu, M. J. (2002). *Provocación y apología: delitos de terrorismo*. Colex.
- Sánchez Muñoz, Ó. (2018). La libertad de comunicación. En P. Bigliano Campos, J. M. Bilbao Ubillos, F. Rey Martínez, et al. (Coords.), *Lecciones de Derecho Constitucional*. (2.ª ed.) (libro electrónico).
- Silva Sánchez, J. M. (1999). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Cuadernos Civitas.
- Vicente Martínez, R. de (2018). *Discurso del odio*. Tirant lo Blanch.
- Vives Antón, T. S. (1995). La libertad de expresión e información: límites penales. En M. Ramírez Jiménez (Coord.), *El derecho a la información. Teoría y práctica*. Libros Pórtico.
- Vives Antón, T. S. (2011). *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*. Tirant lo Blanch.



La importancia del derecho preconcursal en el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal

César Gilo Gómez

Abogado

Doctor en Derecho. Universidad de Salamanca

cesargilo@usal.es | <https://orcid.org/0000-0002-5492-6322>

Extracto

La relevancia de las instituciones preconcursales en nuestro ordenamiento jurídico es una cuestión que se ha venido poniendo de manifiesto en los últimos años en las sucesivas reformas del texto normativo anteriormente vigente y que se ha trasladado a la actual normativa concursal. Todo ello responde al convencimiento de que la anticipación en la gestión de la futura insolvencia es la manera más acertada de superar la misma. Sin embargo, la labor de refundición ejercitada por el legislador ha ido más allá con el objetivo de armonizar en el texto legal una completa regulación de la institución preconcursal, reservando uno de los libros del nuevo texto refundido a esta materia. Junto a ello, la inmediata aprobación de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, y la pandemia ocasionada por la covid-19 dibujan un nuevo escenario en el que el deudor debe ser plenamente consciente de las herramientas que tiene a su disposición.

Palabras clave: derecho preconcursal; texto refundido de la Ley concursal; comunicación previa de inicio de negociaciones; insolvencia.

Fecha de entrada: 04-11-2020 / Fecha de aceptación: 16-12-2020

Cómo citar: Gilo Gómez, C. (2021). La importancia del derecho preconcursal en el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal. *Revista CEFLegal*, 244, 127-140.



The importance of pre-bankruptcy law in the Royal Legislative Decree 1/2020, of May 5, which approves the consolidated text of the insolvency law

César Gilo Gómez

Abstract

The relevance of pre-court institutions in our legal system is a matter that has been highlighted in recent years in the successive reforms of the previously existing legal text and that has been transferred to the current bankruptcy law. All this reflects the conviction that anticipation in the management of future insolvency is the most appropriate way to overcome it. However, the work of recasting carried out by the legislator has gone further with the aim of harmonizing in the legal text a complete regulation of the pre-curricular institution, reserving one of the books of the new consolidated text to this matter. At the same time, the immediate approval of Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 and the Pandemic caused by the covid-19 draw up a new scenario in which the debtor must be fully aware of the tools at his disposal.

Keywords: pre-bankruptcy law; consolidated text of the bankruptcy law; prior notice of commencement of negotiations; insolvency.

Citation: Gilo Gómez, C. (2021). La importancia del derecho preconcursal en el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal. *Revista CEFLegal*, 244, 127-140.



Sumario

1. Introducción
2. El capítulo I del título I del libro segundo del TRLC: la comunicación de la apertura de negociaciones
 - 2.1. Plazo para comunicar al juzgado la apertura de negociaciones con los acreedores
 - 2.2. Confidencialidad
 - 2.3. ¿Insolvencia actual o insolvencia inminente?
3. El capítulo II del título I del libro segundo del TRLC: los efectos de la comunicación
 - 3.1. Sobre los créditos a plazo
 - 3.2. La prohibición de inicio de ejecuciones
 - 3.3. Créditos de derecho público
 - 3.4. La consecuencia de la presentación de solicitudes de concurso después de la comunicación de la apertura de negociaciones
4. El capítulo III del título I del libro segundo del TRLC: la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introducción

El texto refundido de la Ley concursal –en adelante TRLC– ha trasladado la importancia que ha venido teniendo la comunicación judicial de inicio de negociaciones con los acreedores previas a instar el concurso, y contenida en el artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal –en adelante LC– al nuevo texto normativo vigente desde el 1 de septiembre de 2020¹.

Como la propia exposición de motivos del nuevo TRLC se encarga de destacar, el traslado de las instituciones preconcursales al nuevo TRLC ha conllevado la implantación de todo un capítulo –aunque más bien estamos hablando de todo un libro– relativo al derecho preconcursal², acreditativo de la importancia que el legislador concede a la fase previa a la apertura del procedimiento judicial³.

En este sentido, el esfuerzo del legislador por fomentar soluciones anticipadas a la crisis del deudor es evidente. Y es que desde su introducción en el año 2011 por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, el artículo 5 bis se ha erigido en el principal referente de la institución preconcursal en España, razón por la que se le ha querido dar un tratamiento más amplio y sistemático en cumplimiento de los objetivos de regularización, aclaración y armonización fijados por las Cortes Generales en su encargo al Poder Ejecutivo⁴.

¹ Vid. la reflexión que realiza Esteban Ramos (2020), quien destaca con acierto que resulta curioso que el preámbulo de la norma indique que la historia de la Ley concursal es la historia de sus reformas, y luego señale que está pendiente la incorporación de la Directiva 2019/1023, empezando el texto de la misma manera.

² Llama la atención la generalizada utilización del término «preconcurso» cuando ni la antigua LC ni el actual TRLC contemplan en su articulado mencionada locución. De hecho, el término «preconcurso» ha sido introducido normativamente por primera vez en el TRLC en alusión a las normas que regulan la situación del deudor que a pesar de su estado de insolvencia (actual o inminente), no se ha declarado su concurso, al encontrarse en negociaciones con sus acreedores, puesto que esta expresión no se contenía en apartado alguno de la normativa vigente hasta el pasado 1 de septiembre de 2020. Como se encarga de recordar el profesor Garcimartín Alférez (2020), el derecho preconcursal es derecho concursal, entendiéndose que más que «derecho pre-concursal» nos encontramos ante un «derecho pre- procedimiento concursal».

³ Parte de las reivindicaciones de la doctrina no han terminado teniendo reflejo en el TRLC, si bien se espera que la Directiva UE 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, traiga novedades en este aspecto. Vid. en este sentido Pulgar Ezquerro (6 de abril de 2020).

⁴ Vid. sobre este particular Zamora González de la Peña (2020), quien destaca la importante utilización del expediente de comunicación de negociaciones del artículo 5 bis de la LC por las empresas españolas para impedir ejecuciones, calificando esta institución, junto a la homologación de acuerdos de refinanciación, como «instituciones vivas».

En este sentido, son reveladoras las reflexiones efectuadas en la exposición de motivos del nuevo TRLC. Así, en la misma se reconoce que durante la gestación del anterior texto normativo ya se debatió la posibilidad de incluir en el articulado las instituciones propias del derecho preconcursal, descartándose finalmente, por confiar en instituciones que finalmente no han dado sus frutos. Por esta razón, se ha querido compilar toda la institución preconcursal en un libro –libro II–, evitando así dispersiones normativas en una materia en la que recordemos que la anterior regulación reservaba un único precepto⁵. Por ello, la confección de este libro ha supuesto un evidente esfuerzo, dada la mayor dificultad técnica que ocasiona, según se confiesa en el propio texto legal, las «reconocidas deficiencias, incluso terminológicas del régimen de estos expedientes o procedimientos»⁶.

De esta forma, el TRLC reserva su libro segundo a ese otro derecho de la insolvencia que constituye una opción previa y diferente a la propia regulación habitual⁷.

Este segundo libro se divide en cuatro títulos independientes, siendo el primero, procedente del artículo 5 bis, el circunscrito a la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores y que constituye el objeto del presente estudio⁸.

2. El capítulo I del título I del libro segundo del TRLC: la comunicación de la apertura de negociaciones

2.1. Plazo para comunicar al juzgado la apertura de negociaciones con los acreedores

En coherencia con el plazo de 2 meses para solicitar la declaración de concurso, el plazo para comunicar el inicio de negociaciones con los acreedores se ha seguido vinculando en el TRLC –artículo 584– con éste⁹.

⁵ Vid. en este sentido Fernández Álvarez (2020), quien explica el procedimiento seguido para la aprobación del TRLC.

⁶ Vid. apartado II de la exposición de motivos del TRLC.

⁷ Los institutos preconcursales son incluso considerados como excepciones al régimen general establecido en la normativa reguladora de las situaciones de insolvencia. Vid. en este sentido Hurtado Iglesias (2019).

⁸ La particular importancia de la comunicación del artículo 5 bis del LC se ha visto reflejado en el auxilio que de este han tomado importantes empresas en reestructuración. En relación con ello, vid. la crítica que efectúa Sánchez Méndez (2020), quien hace referencia a razones de índole político, social y económico que ayudaron a que el acuerdo de la mercantil Abengoa saliera adelante, dado que la homologación del acuerdo era la única manera de lograr la continuidad de la compañía, en un momento en el que estaba a punto de expirar el plazo de los tres meses para negociar un acuerdo de refinanciación, tras la solicitud del artículo 5 bis efectuada por la compañía.

⁹ Critica esta vinculación el magistrado Nieto Delgado por cuanto el artículo 584 del TRLC ha modificado la redacción del artículo 5 bis de la LC respecto al plazo de comunicación del inicio de negociaciones al

Sin embargo, debe destacarse que el nuevo precepto cambia la exposición que se hacía en la derogada LC respecto al blindaje frente a los acreedores por la distinción que efectúa en función del carácter del deudor en su condición de empresario o no empresario. Así, mientras que en el texto de 2003 ninguna distinción existía, el legislador del TRLC ha querido establecer en su artículo 588 el mismo plazo de prohibición para el inicio de ejecuciones por parte de los acreedores contra los bienes y derechos del patrimonio del deudor empresario –3 meses– pero rebajar este plazo a 2 meses para el inicio de las ejecuciones contra bienes de deudores que no tengan referida condición empresarial (reiterado en el artículo 591 TRLC en relación a la ejecución de garantías reales, en el artículo 593 TRLC respecto a la reanudación de ejecuciones, en el 594 en lo relativo al bloqueo al resto de legitimados diferentes al deudor para solicitar el concurso y consiguientemente en el artículo 595 TRLC en relación a la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso).

La razón de que se haya optado por esta rebaja en la protección de unos deudores en comparación con otros en función de su condición o no de empresario debemos buscarla en que se está previendo que con carácter general el número de acreedores y la importancia de las obligaciones a las que tiene que hacer frente el deudor empresario es muy superior a aquel que no lo es, tratando de agilizar el procedimiento en estos últimos casos al considerar suficiente una protección de 2 meses en atención a un presumible valor inferior de pasivo y número de acreedores en los supuestos de concursos no empresariales¹⁰.

Finalmente se mantiene en el TRLC –artículo 583.4– idéntica precisión que en la LC respecto a la imposibilidad del deudor de presentar nueva comunicación de inicio de negociaciones con sus acreedores en el plazo de un año desde que hubiera sido puesta de manifiesto la última. Si bien con ello parece buscarse evitar el abuso del instituto preconcursal a aquellos deudores que tratan de alargar su situación de insolvencia y evitar la declaración de concurso, encadenando solicitudes y hurtando consecuentemente a sus acreedores de la posibilidad de acudir al procedimiento judicial, entendemos que deben sopesarse los efectos prácticos que tiene referida medida legislativa, ya que debe valorarse si realmente existe ese abuso por parte de los deudores o por el contrario esta decisión constituye una medida desproporcionada con la que se evita que puedan acogerse a esta comunicación deudores que puedan necesitar iniciar una nueva negociación en un plazo no necesariamente superior a 1 año¹¹.

juzgado, sustituyendo el verbo «podrá» por «solo podrá», lo que provoca que se pase de un régimen en el que el deudor podía comunicar el inicio de las negociaciones con sus acreedores en cualquier momento, a un régimen (el actual) en que referida comunicación solo puede ser solicitada en el plazo establecido para instar el concurso, so pena de preclusión. *Vid.* Nieto Delgado (2020).

¹⁰ *Vid.* Palá Laguna (28 de septiembre de 2020) respecto a la forma de cómputo del plazo para solicitar el concurso al amparo de la Ley 3/2020 dependiendo de que nos encontremos ante un deudor empresario o una persona natural no empresaria.

¹¹ *Vid.* en este sentido Calbacho Losada (15 de junio de 2020), quien se muestra partidario de la supresión de esta limitación siempre que el estado de insolvencia de la nueva solicitud sea por causas distintas a la anterior.

2.2. Confidencialidad

La confidencialidad del artículo 5 bis de la LC fue otro de sus grandes atractivos. Y es que, a diferencia de la declaración de concurso, que debe publicarse en el BOE, la comunicación del inicio de negociaciones con los acreedores es un trámite que no precisa de publicidad alguna, ya que en ese momento ni tan siquiera es designado todavía el órgano de la administración concursal que se va a encargar de la tramitación del procedimiento.

Referida confidencialidad se mantiene en el actual texto normativo, si bien debe dejarse claro que, como ya ocurriera en la LC, el artículo 585 del TRLC prevé que el letrado de la Administración de Justicia deje constancia de la comunicación en el Registro Público Concursal¹². En ambos textos legales se contempla la posibilidad de que a esta comunicación de inicio de negociaciones no se le dé publicidad alguna, ni siquiera en el Registro Público Concursal, carácter reservado de la comunicación que debe ser interesado por el deudor en su solicitud y que el mismo puede solicitar en cualquier momento que deje de serlo¹³.

Llegados a este punto debe plantearse en qué circunstancias el deudor puede comunicar el carácter reservado de su comunicación¹⁴, si referido carácter reservado está sometido a una serie de presupuestos para su adopción, cuya concurrencia debe ser evaluada por el letrado de la Administración de Justicia, con posibilidad de recurrir su decisión ante el juez del concurso¹⁵.

¹² Si bien, el TRLC ha añadido una expresión apremiante en su artículo 585 respecto al momento en el que el letrado de la Administración de Justicia debe dictar decreto ordenando la publicación del edicto conteniendo el extracto de la resolución que el anterior texto normativo no contenía: *El mismo día de la recepción de la comunicación...*

¹³ Según indica Mairata Laviña (2014), el fundamento de la posibilidad de solicitar la confidencialidad de la comunicación del inicio de negociaciones se introdujo ante el temor de que el hecho de hacerse público el inicio de negociaciones con los acreedores afectara bursátilmente a las empresas que se acogieran al precurso.

¹⁴ Compartimos la reflexión de la profesora Pulgar Ezquerro (17 de marzo de 2014) respecto a la ausencia de ventajas que se derivan para el deudor del hecho de hacer públicas las negociaciones de un acuerdo de refinanciación, ya que si no hay ventaja y los efectos son los mismos, el deudor siempre optará por la confidencialidad.

¹⁵ Respecto a la aplicación práctica de la solicitud de la confidencialidad *vid.* Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada de 17 de marzo de 2014 (rec. núm. 386/2014). Mencionada resolución tiene por efectuada la comunicación de inicio de negociaciones, indicando en su fundamento de derecho sexto el hecho de que se ha solicitado expresamente el carácter reservado de la comunicación, declarándose referido carácter en la parte dispositiva sin mayor argumentación al respecto. Sin perjuicio de ello, es interesante esta resolución por cuanto en la misma sí que se interpreta el texto legal en relación con la actuación del letrado de la Administración de Justicia y del juez del concurso en cuanto a la comunicación de inicio de negociaciones, exponiéndose en la misma que es función del secretario judicial la constancia de la comunicación y su publicación, mientras que los efectos y la posterior declaración de necesidad debe venir determinada por resolución judicial.

En relación con ello debe indicarse que no se prevé en la ley trámite alguno para la resolución de esta solicitud¹⁶, de lo que se deriva que la misma será estimada mediante decisión del letrado de la Administración de Justicia, y en el supuesto de que esta sea objeto de oposición por parte de algún acreedor, se resolverá mediante auto del juez del concurso.

2.3. ¿Insolvencia actual o insolvencia inminente?

El TRLC precisa en su artículo 583.1 que el deudor persona natural o jurídica no declarado en concurso podrá poner en conocimiento del juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores. Para ello debe encontrarse en situación de *insolvencia actual o inminente*.

Referidos términos ya aparecen reflejados en el presupuesto objetivo para la declaración del concurso (art. 2 TRLC), como ya se hiciera en la extinta ley anterior (art. 2 LC). Sin embargo, el derecho preconcursal regulado en el artículo 5 bis de la LC del texto normativo derogado no exigía que el deudor se encontrara en situación de insolvencia actual o inminente¹⁷, y además ello contradice la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas¹⁸, la cual no prevé como presupuesto para el precurso la existencia de insolvencia, ni actual ni inminente, sino riesgo de insolvencia, estadio necesariamente previo a esta¹⁹.

Si bien es cierto que la actual Directiva UE 2019/1023 sí que es aplicable a supuestos de insolvencia actual, lo que justificaría que en el nuevo TRLC siguiese apareciendo la re-

¹⁶ Vid. García de Enterría (2020), quien indica que la valoración o decisión sobre el carácter público o reservado de la comunicación corresponde en exclusiva al deudor, que no necesita siquiera fundamentar su solicitud con ningún tipo de justificación o de motivación.

¹⁷ De hecho, en un primer momento, y cuando fue introducido normativamente por el apartado 3 del artículo 10.1 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, el artículo 5.3 preveía que el deudor en estado de insolvencia *actual* comunicara el inicio de las negociaciones. Sin embargo, referido apartado 3 fue derogado expresamente por la disposición derogatoria única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, texto normativo cuyo artículo único.1 introdujo el artículo 5 bis sin incorporar ya referencia alguna a la necesidad de que el deudor se encontrara en insolvencia *actual o inminente* para comunicar el inicio de negociaciones con sus acreedores y paralizar así la declaración de su concurso.

¹⁸ Vid. en relación con la aprobación de la directiva Gálvaez Sáez (8 de mayo de 2020), quien antes de la entrada en vigor del nuevo TRLC ya recogía la opinión de los expertos señalando la necesidad de que el TRLC entrara en vigor antes de la Directiva Europea 2019/1023, ya que una estructura completa y sólida de la normativa nacional facilitaría la posterior reforma para adecuarla al derecho europeo.

¹⁹ Vid. respecto a este particular Cárdenas Smith (2018), quien califica este presupuesto como un *estado anterior de contornos imprecisos*.

ferencia a la insolvencia ya padecida por el deudor²⁰, no se entiende por qué se mantiene esta referencia a los tipos de insolvencia, términos ya superados en el ámbito del derecho preconcursal desde el año 2011 y más aún desde el año 2019 con la directiva europea²¹.

3. El capítulo II del título I del libro segundo del TRLC: los efectos de la comunicación

3.1. Sobre los créditos a plazo

El artículo 586 del TRLC contiene expresamente una precisión heredada de la norma genérica contenida en el artículo 61.3 de la LC, relativa a la ilicitud de las cláusulas que establezcan la resolución de los contratos por la declaración de concurso de cualquiera de las partes, norma genérica contenida igualmente en el artículo 156 del TRLC.

Es por esta razón que en sede preconcursal se ha querido plasmar legalmente el hecho de que la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores no producirá por sí sola el vencimiento anticipado de los créditos aplazados, complementándose expresamente la regulación del derecho preconcursal con esta advertencia asumida en la práctica.

Llegados a este punto, debe valorarse si el hecho de que el legislador haya optado por circunscribir expresamente la prohibición al vencimiento anticipado de los créditos y no de los contratos puede suponer que son solo los créditos los que va a gozar de este escudo protector.

Examinada la cuestión entendemos que, a pesar de que la redacción del precepto pudiera dejar abierta la puerta al vencimiento anticipado de todas aquellas obligaciones que no sean crediticias, creemos que debe entenderse la cuestión determinada al ámbito de la institución preconcursal, momento en el que se pretende evitar que los acreedores reclamen anticipadamente sus créditos ante el anuncio de que la declaración judicial del concurso no se va a producir.

Sin embargo, ello no quiere decir que otros interesados en el procedimiento y cuyo crédito no se hubiera devengado queden facultados para resolver anticipadamente los contratos,

²⁰ Vid. en relación con ello Fernández Pérez (2020), donde se destaca como la directiva parte incluso de una situación previa a la insolvencia actual, la cual admite diferentes grados, habiéndose traducido al castellano, según la autora, de una forma no demasiado acertada, al denominarla como insolvencia inminente, ya que en la directiva se está pensando en un estadio previo a la referida insolvencia.

²¹ Quizás la explicación pueda encontrarse, como indica Fernández Seijo (2020) en que el legislador español no se ha atrevido a permitir el acceso a los instrumentos previos a la situación de insolvencia contemplados en la Directiva 2019/1023. Sin embargo, desde aquí entendemos que ello explicaría que se hubiesen mantenido inalterados los términos desde la LC hasta el TRLC en lo referente al derecho preconcursal, pero no que se hayan incorporado ahora, volviendo a la situación existente en el año 2009.

puesto que la protección de la que pretende revestir a la institución el legislador protege el vencimiento anticipado de créditos, al encontrarnos ante las reclamaciones previsiblemente más inmediatas contra el deudor, sin que ello quiera significar que se deje sin protección al deudor respecto al vencimiento anticipado de los contratos que pudiera tener suscritos, ya que para el blindaje de los mismos operaría la cláusula genérica contenida antes en el artículo 61.3 de la LC y ahora en el artículo 156 del TRLC²².

3.2. La prohibición de inicio de ejecuciones

El esquema de prohibiciones existentes en el actual TRLC ha sufrido modificaciones en relación con el anterior texto normativo, modificaciones cuya motivación no aparece claramente reflejada en la normativa actual.

Y es que el TRLC establece el cese automático del escudo protector del concursado en el plazo de tres meses desde que fuera comunicado el inicio de negociaciones con sus acreedores (dos meses en el caso de deudor no empresario). Este levantamiento instantáneo se contraponen al alzamiento de la suspensión con base en alguna de las causas establecidas en la normativa vigente hasta el 1 de septiembre de 2020 (5 bis.4 LC).

De igual forma, el plazo de tres meses para el levantamiento de las suspensiones ahora establecido tiene cierto paralelismo con el deber del deudor de solicitar el concurso, plazo que igualmente comienza a contar desde la comunicación al juzgado de la apertura de negociaciones con los acreedores, buscándose de esta forma que el fin de la suspensión vaya unido a la declaración de concurso. Sin embargo, al hacerse depender referido alzamiento de un periodo temporal (tres meses para el deudor empresario, dos para el deudor persona natural), en lugar de relacionarlo con la efectiva declaración de concurso del deudor, puede provocar problemas prácticos derivados del hecho de que la terminación de las suspensiones se produzca cuando formalmente el concurso no haya sido declarado, lo que ocasionará a buen seguro incidentes a la hora de determinar las masas del concurso, problemática que podría haberse evitado si se hubiera extremado la precaución al proceder a la redacción normativa del precepto²³.

²² Cuestión diferente nos encontrábamos en el ámbito de la contratación con las Administraciones públicas. *Vid.* en este sentido Fernández Torres (2009, p. 267), quien destacaba los problemas que suscitaba la Ley de contratos del sector público con la normativa concursal, al prever el entonces vigente artículo 206 de la Ley de contratos del sector público la resolución de los contratos con la Administración por razón del concurso, entrando en clara contradicción con el artículo 61.3 de la LC por aplicación del artículo 67.1 de la LC. Situación no obstante superada en el actual marco regulatorio de las relaciones contractuales con la Administración establecidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público.

²³ Se echa en falta igualmente la actualización del artículo 551.1 de la LEC en relación con la consulta que debe llevar a cabo el letrado de la Administración de Justicia con carácter previo al despacho de ejecución, texto legal que todavía sigue remitiendo a la extinta LC.

3.3. Créditos de derecho público

El artículo 592 del TRLC traslada de un texto normativo a otro la exclusión de la suspensión o paralización de ejecuciones a los créditos de derecho público, traslado criticable como parte de la doctrina²⁴ ya ha hecho ver, dadas las especiales implicaciones que el mantenimiento de este criticable privilegio suscita a la hora de reestructurar empresas donde el crédito público conforma un importante porcentaje del pasivo y cuya exclusión supone cercenar las posibilidades reales de continuación de la actividad económica del deudor concursado²⁵.

3.4. La consecuencia de la presentación de solicitudes de concurso después de la comunicación de la apertura de negociaciones

El artículo 594 del TRLC deja claro el bloqueo de aquellas solicitudes de concurso presentadas por terceros legitimados que no sean el deudor. Entendemos que ante la presentación de una solicitud de este tipo, sería suficiente con una resolución del letrado de la Administración de Justicia por la que simplemente se comunicara al solicitante la constancia en el juzgado de la comunicación de inicio de negociaciones por parte del deudor y la paralización para la presentación de solicitudes, estándose a la espera de que transcurra el plazo legal para que, si las negociaciones no fructifican, el interesado pueda acudir de nuevo al juzgado²⁶.

Finalmente, el texto deja clara la preferencia de la solicitud del deudor presentada en el mes hábil en detrimento de los terceros legitimados, preferencia que ya se puso de manifiesto en el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, ya que la extinta LC no lo contemplaba²⁷.

²⁴ *Vid.* por toda, Calbacho Losada (15 de junio de 2020), quien destaca que la Asociación Española de Banca y el Consejo General de Economistas consideran que debe eliminarse ese privilegio de los créditos públicos, que consideran injustificado y eventualmente contrario a la Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones.

²⁵ En igual sentido *vid.* Buil Aldana (2020).

²⁶ Parte de la doctrina, como la catedrática Fernández Pérez (2020), entiende que ni siquiera es necesario resolución alguna, bastando con dejar la comunicación en espera hasta que transcurra el plazo legalmente establecido.

²⁷ Respecto a las medidas adoptadas en la referida legislación de emergencia, *vid.* Espigares Huete (29 de julio de 2020), quien señala que el momento de adoptarlas no es técnicamente malo por la reciente aprobación del TRLC.

4. El capítulo III del título I del libro segundo del TRLC: la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso

El deber de solicitar el concurso por parte del deudor debe entenderse hasta el próximo 31 de diciembre de 2020 junto a las limitaciones establecidas en 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 Justicia²⁸.

Referido texto normativo convivirá hasta final de año con el TRLC, lo que supone que la exigencia del deber de solicitar el concurso estará condicionada por las limitaciones establecidas en la mencionada disposición legal respecto a la inexigibilidad de acudir al concurso hasta el próximo 31 de diciembre de 2020. Entre las cuestiones más relevantes de la referida ley, destaca la ampliación a seis meses del plazo del que dispone el deudor para solicitar el concurso en el supuesto de que antes de meritada fecha el deudor haya efectuado la comunicación del artículo 583 del TRLC²⁹.

Debe realizarse una reflexión respecto a la expresión contenida en el artículo 5.5 bis de la LC relativa a la excepción de solicitar el concurso para todo deudor que «no se encontrara en estado de insolvencia». Mencionada locución ha desaparecido del actual TRLC, por lo que podría entenderse que la superación del estado de insolvencia ya no constituye un límite a la necesidad de acudir a la institución del concurso de acreedores, lo que supondría una incoherencia en relación con el presupuesto objetivo del concurso que precisamente lo exige³⁰.

Entendemos que la expresión eliminada, aun siendo obvia, debería haberse mantenido en la regulación vigente, por cuanto no puede concluirse de otro modo en relación con la desaparición de la situación de insolvencia y la inexigibilidad en este supuesto del deber de solicitar el concurso por parte del deudor.

²⁸ Vid. Rodríguez Ruiz de Villa y Huerta Viesca (4 de mayo de 2020), quien precisa que para aplicar la legislación de emergencia como consecuencia de la crisis sanitaria al concurso de acreedores, no es necesario que la causa de insolvencia esté ligada a la pandemia, al no distinguir la ley referida situación en ninguno de sus aspectos.

²⁹ Ello modifica y deroga la inicial previsión del legislador plasmada en el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Nos remitimos respecto a este particular al estudio que efectuamos en este sentido en Gilo Gómez (15 de mayo de 2020).

³⁰ Destaca Piñel López (2020) la eliminación del último inciso del artículo 5 bis.2 de la LC, al considerarse innecesario e incluso incorrecto, al ponerlo en relación con la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso recogido en el artículo 595 del TRLC.

5. Conclusiones

La importancia del derecho preconcursal en los sistemas judiciales regulatorios de la insolvencia es fundamental. Prueba de ello es que el mismo se ha convertido en una institución diferenciada del resto de compartimentos del derecho concursal, el cual cuenta incluso con su propia regulación normativa.

Esta relevancia se ha puesto de manifiesto en el nuevo TRLC, que ha previsto todo un libro para la regulación de esta institución, en línea con los avances del resto de ordenamientos de nuestro entorno, que efectúan un esfuerzo ya no por satisfacer el derecho de los acreedores, sino por mantener la actividad del deudor concursado, objetivo para el que es fundamental la toma de decisiones en los momentos iniciales de detección de la situación de insolvencia.

El futuro de la institución en nuestro país vendrá determinado por los cambios que sobre la misma puedan operarse a raíz de la trasposición de la Directiva 2019/2013. En todo caso, lo que sí parece seguro es que se seguirá acudiendo frecuentemente a los sistemas de negociaciones previos a la declaración judicial de la situación de insolvencia, en aras de tratar de mantener una actividad económica profundamente resentida ya, como consecuencia de la crisis provocada por la pandemia que actualmente padecemos.

Referencias bibliográficas

- Buil Aldana, I. (2020). Algunas cuestiones relativas a la formación de clases de acreedores y socios en la directiva de reestructuración temprana y su transposición al derecho español. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 283-296.
- Calbacho Losada, F. (15 de junio de 2020). Propuestas de mejora de la normativa preconcursal. *Diario La Ley*, 9653.
- Cárdenas Smith, C. de (2018). La Propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana y su transposición al derecho español. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 29, 223-235.
- Espigares Huete, J. C. (29 de julio de 2020). La «afectación» de la crisis sanitaria a las situaciones concursales y paraconcursoales en virtud del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. *Diario La Ley*, 9684.
- Esteban Ramos, L. M. (2020). Segunda oportunidad: ahora más necesaria que nunca. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 297-310.
- Fernández Álvarez, J. (2020). La aprobación del Texto Refundido de la Ley Concursal. El procedimiento y sus fases. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 17-26.
- Fernández Pérez, N. (2020). La incidencia de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva sobre los artículos 5 bis y 235 de la Ley Concursal.

- Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, 71-95
- Fernández Seijo, J. M.^a. (2020). El acuerdo extrajudicial de pagos no tiene quien le escriba (Notas sobre el tratamiento del acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 91-116.
- Fernández Torres, I. (2009). Concurso y contratos con el sector público en el marco Real Decreto 3/2009 y de la nueva Ley de contratos con el sector público. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 11.
- Gálvaez Sáez, A. (8 de mayo de 2020). Tsunami concursal (Covid-19) y la reforma de la Ley 22/2003. *Diario La Ley*, 9628.
- García de Enterría J. (2020). Sociedades cotizadas, acuerdos de refinanciación y comunicación de inicio de negociaciones. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 221-234.
- Garcimartín Alférez, F. (2020). Algunas reflexiones sobre el Derecho preconcursal. *La Ley Mercantil*, 70.
- Gilo Gómez, C. (15 de mayo de 2020). La solicitud de concurso a consecuencia del COVID 19 (segunda edición). *Diario La Ley*, 9633.
- Hurtado Iglesias, S. (2019). La necesaria conexión entre la preconcursalidad y la tramitación del concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 31, 109-122.
- Mairata Laviña, J. (2014). Confidencialidad de la comunicación de negociaciones en el artículo 5 bis LC. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 22, 251-259.
- Nieto Delgado, C. (2020). Comunicación de negociaciones en el Texto Refundido de la Ley Concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 117-126.
- Palá Laguna, E. (28 de septiembre de 2020). Novedades en materia concursal y societaria 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. *Diario La Ley*, 9705.
- Piñel López, E. (2020). Elaboración y alcance del Texto refundido de la Ley Concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 27-36.
- Pulgar Ezquerro, J. (17 de marzo de 2014). Refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal (Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo). *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*.
- Pulgar Ezquerro, J. (6 de abril de 2020). Reestructuración empresarial y alarma Covid 2019: legislación preconcursal y concursal de emergencia. *Diario La Ley*, 9608.
- Rodríguez Ruiz de Villa, D. y Huerta Viesca, I. (4 de mayo de 2020). Coronavirus: reflexión y propuestas sobre el régimen de funcionamiento ordinario y concursal de las personas jurídicas privadas no cotizadas durante y después del Estado de Alarma (arts. 40 y 43 RDL 8/2020 también tras el RDL 11/2020). *Diario La Ley*, 9624.
- Sánchez Méndez, L. (2020). Lecciones aprendidas de las principales reestructuraciones llevadas a cabo en España durante los últimos años. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, 233-245.
- Zamora González de la Peña, Á. (2020). Sacrificio desproporcionado e impugnación de acuerdos homologados de refinanciación: jurisprudencia española y Directiva europea sobre reestructuración temprana. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32, 145-166.

***Rebus sic stantibus* versus Real Decreto-ley 15/2020**

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Extracto

En este caso, la cuestión jurídica que se trae a colación está, desgraciadamente, de mucha actualidad. La situación pandémica que se constituyó en causa de que fuese decretado el estado de alarma para gestionar adecuadamente la crisis sanitaria ha supuesto en las relaciones contractuales arrendaticias una situación novedosa, extraordinaria e imprevisible de los elementos que fueron tenidos en cuenta al firmar el contrato. Cuando el contrato de arrendamiento fue ultimado, las partes no pudieron prever la aparición de esta situación tan extraordinaria, que afectaba de lleno a los beneficios que racionalmente pretendió obtener la arrendataria. La promulgación del Real Decreto-ley 15/2020 no puede resultar impeditiva de acudir a la cláusula *rebus sic stantibus* como complementaria del ordenamiento jurídico, como una aplicación más del principio de equidad en la aplicación del régimen de derechos y obligaciones de las partes derivado del contrato, si se estima que la moratoria prevista en este decreto-ley no es compatible con la equidad que ha de ser restablecida.

Palabras clave: arrendamiento de industria; gran tenedor de viviendas; *rebus sic stantibus*.

Fecha de entrada: 13-04-2021 / Fecha de aceptación: 27-04-2021

Enunciado

AAA es una empresa que explota el negocio de los alojamientos turísticos y tiene arrendadas 26 viviendas en la CALLE000, fruto de 26 contratos de arrendamiento con su arrendador, el cual es un gran tenedor de viviendas. Todos estos inmuebles están destinados al alojamiento turístico, actividad que había sido suspendida por el Real decreto-ley (decreto de alarma) y que no se había podido reanudar hasta el 9 de mayo, aunque con muchas limitaciones dadas las restricciones de desplazamiento existentes tanto a nivel nacional como internacional. Ello le había provocado toda una serie de pérdidas en el negocio.

La suspensión de la actividad de alojamiento turístico había imposibilitado la explotación del negocio arrendado, incumpliendo el arrendador con su obligación de mantener el goce pacífico y útil al arrendatario en la explotación del negocio arrendado, frustrando así la causa de los contratos de arrendamiento suscritos por las partes. Ante este incumplimiento de la arrendadora, la arrendataria se había visto obligada a suspender la entrega de la renta pactada oponiendo la *exceptio non adimpleti contractus*. La arrendataria comunicó esta excepción a la arrendadora y dejó de abonar los meses de abril a junio, dado que sus ingresos habían sido prácticamente nulos, reduciéndose la facturación en más de un 82,7 %.

Se solicitó entonces a la arrendadora adaptar el contrato a las nuevas condiciones, pero solo se le ofreció una mera moratoria en el pago parcial de la renta, que no se podía asumir al ser la renta mensual de 40.877,55 euros. La última oferta de la arrendataria fue reducir en un 50 % el precio de la renta desde abril de 2020 hasta el 31 de marzo de 2021, fecha

de resolución del contrato y supresión de la repercusión de la cuota de IVA, propuesta que fue rechazada por la arrendadora sin ofrecer ninguna alternativa, olvidando la arrendataria que, aparte de la letra del contrato, hay una cláusula implícita en toda relación contractual que vela por la conmutatividad de las prestaciones.

Considera la arrendataria que la pandemia era un riesgo imprevisible en el contrato y que había hecho que entre abril y septiembre de 2020 se produjese una caída media de su facturación de un 86 %, circunstancia que es muy onerosa para el arrendatario. Por ello era procedente la reducción de la renta en un 50 %, porcentaje que era muy superior a la caída que se había producido, pero que era justo y equilibrado.

Frente a esta postura, la propietaria de las viviendas señalaba que, tras la pandemia, se había dictado el Real Decreto-ley 15/2020, que establecía que en este tipo de contratos el arrendatario podía solicitar del arrendador, en el plazo de un mes desde su entrada en vigor, la moratoria establecida en el artículo 3.2, moratoria que el arrendador tenía obligación de aceptar si no se llegaba a otro acuerdo. En dicha regulación se establecía una moratoria que se aplicaría de manera automática mientras durase el estado de alarma y sus prórrogas. Dicho decreto establecía también una serie de medidas a las que podían acceder los arrendatarios y, en todo caso, exigía que el arrendatario acreditase los requisitos que se indicaban mediante la documentación recogida en el artículo 4. Manifestaba que el arrendatario no había aplicado este real decreto-ley al no haberle solicitado la moratoria que establece, ni había cumplido tampoco con los requisitos que se fijaban en dicha normativa. Por tanto, la arrendataria no tenía derecho a una moratoria y menos a una rebaja en la renta como pretendía.

Negaba que se hubiese producido ningún incumplimiento por su parte, ya que en su conducta no había ningún tipo de culpa que impidiese disfrutar del objeto arrendado. La razón era una orden gubernamental como consecuencia de la pandemia, y los bienes seguían estando a disposición del arrendatario, como se acreditaba, porque los seguía explotando, y si era con menos ingresos que los previstos, era un riesgo que tenía que asumir el empresario sin que pudiese asociarlo en las pérdidas cuando no lo había asociado en las ganancias. Además, los remedios para esa situación no eran los alegados por el arrendatario, sino los que establecía el real decreto-ley referido y al que no había acudido el mismo.

Respecto a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* decía que no era de aplicación automática en todos los contratos de arrendamiento, teniendo que ir caso por caso, y teniendo en cuenta que en el arrendamiento que nos ocupa las consecuencias de la pandemia estaban ya previstas en una norma con rango de ley. Manifestaba que se tenían que tener en cuenta los pactos a los que llegaban las partes, la duración pactada, siendo la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos de larga duración, que son los más sensibles a que se produzca un evento que altere las circunstancias. En todo caso concluía indicando que el legislador había considerado la pandemia como una circunstancia excep-

cional, determinándose en la legislación que se habían dictado las consecuencias sobre los contratos de arrendamiento para evitar tener que acudir a un procedimiento judicial.

Examinemos las opciones de compatibilidad entre la cláusula *rebus sic stantibus* y lo ordenado en el Real Decreto-ley 15/2020.

Cuestiones planteadas:

- Naturaleza y configuración jurídica de la cláusula *rebus sic stantibus*.
- Compatibilidad entre esta cláusula y el Real Decreto-ley 15/2020.
- Planteamiento jurídico y argumentos en la jurisprudencia reciente.

Solución

De las alegaciones indicadas por las partes del contrato expuestas en los hechos del caso, lo que hay que resolver en este caso es si la existencia del RDL 15/2020 impide al arrendatario que no se acoge a las modificaciones del contrato que allí se prevén instar una modificación objetiva diferente a la allí recogida, en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* [estando así las cosas]. Si esto último es posible, habrá que ver si por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* se puede en este caso rebajar la renta y, en su caso, en qué importe. Si se desestima la opción de rebajar la renta, habrá que analizar si es posible la resolución contractual y sus consecuencias. No obstante, y para centrar el objeto del caso, debe examinarse en primer lugar el objeto y requisitos de la cláusula *rebus sic stantibus*, y su situación jurisprudencial.

Como indica la STS 807/2012, de 27 de diciembre (NCJ057662), la cláusula *rebus sic stantibus* tiene por objeto la revisión del acto o negocio jurídico que ha sufrido un hecho imprevisible posterior a su celebración del contrato, y se refiere a la abundante jurisprudencia relativa a la alteración extraordinaria de las circunstancias que provoque un desequilibrio exorbitante de las prestaciones de las partes, sentencia que cita las anteriores de 20 de noviembre de 2009, que a su vez se remite a la de 25 de enero de 2007, y que dicen:

Analizando la aplicabilidad al caso de la cláusula *rebus sic stantibus*, dice la sentencia de 23 de abril de 1991 que «la doctrina ha examinado la dificultad extraordinaria sobrevenida en el cumplimiento de la obligación al igual que lo ha hecho la jurisprudencia, al tratar de la posibilidad de construir, dentro de nuestro derecho vigente, la cláusula *rebus sic stantibus* como medio de establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones; con cita de las sentencias de 14 de

diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941 y 5 de junio de 1945, la de 17 de mayo de 1957 establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula:

- a) Que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida;
- b) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los tribunales;
- c) Que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente;
- d) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles; y
- e) en cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismos, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones». Tal doctrina se ha mantenido en posteriores resoluciones de esta Sala –Sentencias, entre otras, de 29 de mayo de 1996, 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 27 de mayo de 2002 y 21 de marzo de 2003.

Por su parte la STS (Pleno) 820/2012 de 17 de enero de 2013 señala que la cláusula o regla *rebus sic stantibus* trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato. Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, esta se ha mostrado siempre, sin embargo, muy cautelosa en su aplicación, dado el principio general, contenido en el artículo 1.091 del CC, de que los contratos deben ser cumplidos (p. ej. SSTS de 10 de diciembre de 1990, 6 de noviembre de 1992 y 15 de noviembre de 2000), y precisa que dicha cláusula es aplicable incluso en casos de crisis económica (a propósito de la crisis de 2008), pues

una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes,

elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (SSTS 27-6-84, 17-5-86, 21-2-90 y 1-3-07).

Y añade:

Por otra parte, en la actualidad es clara una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales (art. 1213 del CC) en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación). Así, en el último trabajo citado se propone para el art. 1.213 CC el siguiente texto, inspirado tanto en la idea de la causa negocial como en la de la asignación de riesgos:

«Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta 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 esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución.

La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa 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».

Por otro lado, la STS 333/2014, de 30 de junio (NCJ058627), señala que

resulta lógico, conforme al mismo principio, que 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. Esta relación entre el principio de buena fe y la cláusula *rebus sic stantibus* ya ha sido reconocida por esta Sala, caso, entre otras, de la Sentencia de 21 de mayo de 2009.

No obstante la más reciente STS 19/2019, de 15 de enero (NCJ063843) precisa que si bien en alguna de las sentencias anteriores se aplicó con gran amplitud la regla «rebus», con posterioridad el Tribunal Supremo ha descartado su aplicación cuando, en función de la asignación legal o contractual de los riesgos, fuera improcedente revisar o resolver el contrato, y así cita, en supuestos todos ellos relacionados con la crisis económico-financiera

de 2008, la Sentencia 742/2014, de 11 diciembre (NCJ059162), que declaró «que la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable», o bien la Sentencia 64/2015, de 24 febrero (NCJ059860) afirmó que «del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula *rebus sic stantibus* a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate», así como la Sentencia 237/2015, de 30 abril (NCJ059855), se apoya en la doctrina de la sala que, «aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla *rebus sic stantibus* en favor del comprador afectado por la crisis económica, previene no obstante contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas del comprador».

Por su parte, la STS 455/2019, de 18 de julio incide en el requisito de la imprevisibilidad, al señalar que

es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes (sentencia del pleno 820/2012, de 17 de enero de 2013). Es condición necesaria para la aplicación de la regla «rebus» la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo (recientemente sentencia 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato.

Señala la arrendadora que el sistema de fuentes es el que establece el artículo 1 del CC (ley, costumbre y principios generales del derecho), sirviendo la jurisprudencia para complementar el ordenamiento jurídico (art. 1.4 CC). Por ello, si una ley como es el RDL 15/2020 ha recogido la cláusula *rebus sic stantibus* de una manera concreta ante una situación excepcional, como es la pandemia del coronavirus, esa es la norma a tener en cuenta, sin que se puedan exigir al arrendador aceptar otras consecuencias no previstas en la ley con base en una doctrina de creación jurisprudencial.

La cláusula *rebus sic stantibus* no es solo una creación jurisprudencial, sino que es la plasmación de un principio general del derecho en materia de obligaciones y contratos, como se constata en el hecho de estar recogida la posibilidad de modificar el contrato ante un cambio sobrevenido e imprevisible de las circunstancias, y por ello, como principio general de las obligaciones también es fuente del derecho destacando que el artículo 1.4 del CC prevé que los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, «sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

Este carácter informador que se les atribuye a los principios generales del derecho hace que se tengan que tener en cuenta para interpretar la legislación, tanto la regulación del Código Civil en materia de contratos como el RDL 15/2020. Además, dicha normativa se tiene que interpretar también teniendo en cuenta los criterios de interpretación que recoge el artículo 3 del CC, y que se remite al sentido propio de sus palabras «en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

Tomando todos estos elementos en su conjunto y haciendo una interpretación finalista y conforme a los principios de buena fe y de equidad, que son la base de las relaciones contractuales, entiendo que el RDL 15/2020 no impide que una parte, en este caso el arrendatario, solicite otra consecuencia jurídica distinta de la mora en el pago de la renta que establece el citado texto normativo, si entiende que con esa consecuencia no se produce el equilibrio contractual ni se restablece la base del negocio.

En primer lugar, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha configurado la doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus* como la legislación que la regula no establecen una consecuencia única ante la alteración extraordinaria de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al firmar el contrato. Todas ellas prevén como consecuencia la resolución del contrato o su modificación acudiendo a términos de equidad, equidad que no es siempre la misma en todos los contratos, con independencia de que el hecho que permita la aplicación de la cláusula pueda ser el mismo, como sería en este caso la pandemia del coronavirus. El RDL 15/2020 regula una consecuencia que entiende que es idónea para evitar ciertas dificultades económicas de los contratantes, en especial del arrendatario, pero si se hace una interpretación sistemática con la regulación y jurisprudencia que permite aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*, hay que entender que no excluye que se pueda aplicar otra consecuencia conforme a los principios que inspiran la cláusula *rebus sic stantibus*, dado que es la única forma de garantizar los principios de buena fe, de equidad y de conmutabilidad de las prestaciones.

En segundo lugar, por la propia dicción y finalidad del RDL 15/2020 se constata que la intención del legislador no es eliminar la posibilidad de dar otra solución a la situación creada por la pandemia. Si se lee la exposición de motivos, que es un elemento esencial para interpretar la voluntad del legislador, hace referencia en su apartado II a «medidas para reducir los costes operativos de pymes y autónomos». De ahí se deduce que su finalidad no sea buscar el reequilibrio contractual, que es la finalidad de la «rebus», sino reducir los costes que tienen que asumir los empresarios. También es relevante que en este apartado de la exposición de motivos se hace referencia a la normativa que se podía aplicar, como es la LAU y el CC, y considera que no es suficiente para reducir el riesgo de incapacidad financiera de autónomos y pymes para hacer frente al cumplimiento total o parcial de sus obligaciones, entre ellas, el pago de la renta de locales. Por tanto, no excluye la aplicación de estas normas, sino que establece una solución más diciendo de manera expresa en dicha exposición de motivos que:

Ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual.

Como se observa de esa dicción, lo que hace el legislador es establecer una solución más «en línea con la cláusula *rebus sic stantibus*», sin que en ningún momento manifieste que esa es la única consecuencia que se puede atribuir a esta situación, sino que es una más inspirada en dicha cláusula.

En tercer lugar, porque hay otras normas que permiten aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* y conferir al arrendador una consecuencia diferente a la de moratoria en el plazo por un máximo de cuatro meses. En este sentido se puede citar la Ley 498 de la Compilación Navarra o el Decreto-Ley 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en locales de negocio arrendados, elaborada por la Generalitat de Catalunya. Esta última norma, también en su exposición de motivos, hace referencia a la excesiva onerosidad de algunas de las prestaciones, al carácter imprevisible e inevitable del riesgo de donde deriva y a la necesidad de restablecer el equilibrio contractual para aplicar «con fundamento en la cláusula *rebus sic stantibus*» unas consecuencias de rebaja de la renta ligada a determinadas circunstancias que se enumeran en el artículo segundo si no se llega a un acuerdo entre las partes.

Con base en todo lo manifestado, la interpretación más adecuada de dicho RDL 15/2020 es que las consecuencias que fija no son excluyentes de otras modificaciones, sino que es una alteración del contrato que se puede aplicar por mor de la cláusula *rebus sic stantibus*. No obstante, no impide que atendiendo a las circunstancias del caso, se puede solicitar otra consecuencia diferente, como realiza el arrendatario, en aplicación de la citada cláusula. La medida de establecer una moratoria en el contrato puede ser suficiente en determinados contratos para conseguir el equilibrio en las prestaciones, pero puede no serlo en otros, más cuando se trata del arrendamiento para realizar una actividad que se ve frecuentemente sometida a diferentes regulaciones que aumentan o disminuyen las restricciones para su ejercicio y que, seguramente, seguirá sufriendo restricciones hasta que se acabe con esta situación, lo que puede dificultar que la renta se pueda abonar en el periodo de moratorio fijado por dicha normativa.

Por todo ello, debemos considerar que la promulgación del RDL 15/2020 no impide acudir a la cláusula *rebus sic stantibus* como complemento del ordenamiento jurídico en aras de solicitar una medida que restablezca la equidad en el contrato si se considera que la moratoria que prevé dicha normativa no lo hace de una manera adecuada en el contrato en concreto de que se trate.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.4 y 3.
- Real Decreto-ley 15/2020 (medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo), art. 3
- SSTS de 20 de noviembre de 2009, 27 de diciembre de 2012, 17 de enero de 2013, 30 de junio de 2014 y 15 de enero de 2019.

La protección de la infancia como límite a las libertades de expresión y de información

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

La identificación de los afectados por la información es relevante para decidir si ha existido vulneración ilegítima de los derechos fundamentales de los menores, pues hemos declarado que la protección constitucional del artículo 20.1 d) de la Constitución puede no amparar la divulgación de la noticia sobre juicios o sentencias que haga posible la identificación de acusados o partícipes que podrían requerir especial tutela o ser menores, pero que su falta de concreción no permite que los menores sean identificados por el lector medio del periódico. Los menores ya estaban identificados, y de los datos publicados no se permite su identificación, por lo que partiendo de la protección superior que ha de darse al derecho a la intimidad de los menores, consecuencia de la previsión contenida en el artículo 20.4 de la Constitución (la protección de la juventud y la infancia como límite a las libertades de expresión y de información) e impuesta por diversos instrumentos internacionales ratificados por España, la ponderación entre los derechos en conflicto conforme a los criterios fijados, no existe vulneración del derecho a la intimidad de los menores, debiendo prevalecer la libertad de información.

Palabras clave: derecho a la intimidad; menores; libertad de expresión; libertad de información; derecho a la infancia.

Fecha de entrada: 11-04-2021 / Fecha de aceptación: 26-04-2021

Enunciado

Una revista de la localidad informa de un hecho muy grave cometido por dos menores de edad, consistente en la muerte de una persona mayor, mencionando datos sobre su personalidad y su vida, tales como que el absentismo escolar, el historial delictivo de ambos, el consumo de sustancias estupefacientes, así como que pertenecían a una familia desestructurada y marginal, revelando datos que permitían su identificación, si bien no estaban mencionados ni el nombre ni los apellidos de ninguno de los menores. Dichos datos fueron obtenidos tras la investigación llevada a cabo por el Ministerio Fiscal en el procedimiento llevado a cabo ante los juzgados de menores de la localidad, como consecuencia del escrito de acusación presentado. Se plantea la posibilidad de interponer un procedimiento de protección del derecho a la intimidad de los menores afectados.

Cuestiones planteadas:

1. Derecho a la intimidad de los menores: alcance y elementos.
2. Conclusión.

Solución

1. Derecho a la intimidad de los menores: alcance y elementos

La vulneración de los derechos fundamentales tiene en los menores de edad una especial importancia, lo que supone siempre un examen detenido cuando pueden ser objeto afectados, como ocurre con el derecho a la intimidad, que recogido en los artículos 18 y 20 de la Constitución española en relación con el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, deberá valorarse a la luz de los elementos del caso concreto, analizar si existe intromisión ilegítima o es irrelevante en términos de la ley por prevalecer el derecho también fundamental a la libertad de información.

Esta es la cuestión que se desarrolló en el caso que se propone, donde se expone, por un lado, la comunicación a través de una revista de datos, y aspectos personales y familiares, con carácter general, de dos menores como consecuencia de su implicación en un hecho delictivo de gravedad, aunque sin identificarlos personalmente con sus nombre y apellidos, tomando como base aspectos de una investigación llevada a cabo por la fiscalía y que fueron aportados al procedimiento del juzgado de menores.

Aparece, como sucede siempre en estos casos, el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y a la información y el derecho fundamental con el que colisiona, que en este caso es el derecho a la intimidad.

El artículo 18.1 de la CE, dice la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En consonancia con lo anterior, la especial protección que debe darse a datos relativos a menores ha tenido su acogida, primero, en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y la propia imagen, cuyo artículo 7.5 considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 de la LPDH, y, después, en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica de menor, según el cual se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

La confrontación circunstancial con el derecho fundamental a la intimidad, en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución, atribuye a su titular el poder de resguardar un ámbito reservado, no solo personal sino también familiar, frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así lo han reiterado, entre otras, las sentencias de esta sala 26/2014, de 31 de enero; 744/2014, de 3 de diciembre; 471/2016, de 12 de julio; 685/2017, de 19 de diciembre; 476/2018, de 20 de julio; 600/2019, 7 de noviembre, así como las SSTC 241/2012 y 18/2015, de 16 de febrero, entre otras. Como señala la STS 491/2019, de 24 de septiembre, tal derecho:

ha sido delimitado por parte de nuestro Tribunal Constitucional como garante de la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, que atribuye a su titular [...] el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida» (y, en consecuencia, «el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido»

(entre otras, SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5; 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2, y 25/2019, de 25 de febrero, FJ 4).

Esta especial protección legislativa, cuando se trata de menores, reforzada en el ámbito internacional y especialmente enfatizada por el artículo 39.4 de la CE, ha sido reconocida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la STC 158/2009, de 29 de junio, establece que en «la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras de proteger el interés superior del menor». También ha señalado que no existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores.

Para la solución de este conflicto, es necesario determinar si la información publicada tenía relevancia pública por versar sobre temas de interés general y si la afectación que haya podido sufrir la esfera personal de los menores resulta justificada por el ejercicio legítimo de dicha libertad de información, para lo que es preciso valorar el alcance de la identificación de los menores afectados y tener en cuenta la naturaleza de los datos relativos a dichos menores en la revista, así como el criterio de protección reforzada de los derechos de la personalidad de los menores de edad, que resulta tanto de la legislación interna como de instrumentos internacionales ratificados por España.

La identificación de los afectados por la información es relevante para decidir si ha existido vulneración ilegítima de los derechos fundamentales de los menores, pues como se ha declarado por la jurisprudencia, la protección constitucional del artículo 20.1 d) de la Constitución puede no amparar la divulgación de la noticia sobre juicios o sentencias que haga posible la identificación de acusados o partícipes que podrían requerir especial tutela o ser menores (SSTS 631/2004, de 28 junio, y 25/2021, de 25 de enero).

Los datos publicados afectan a la intimidad de los menores aludiendo al consumo de tóxicos, comportamientos conflictivos, ambientes familiares desestructurados, es decir, un conjunto de datos que podían ser fácilmente conocidos por su entorno más próximo, por cuanto que se trata de comportamientos y actitudes atribuibles a ellos o a sus familias, reconocibles en su ámbito más cercano, su vecindario y su escuela, por tener una clara manifestación externa. En el artículo no se publican datos que pudieran ser sorprendentes para el entorno próximo de los menores y afectar de este modo negativamente a su ámbito de intimidad.

También debe mencionarse que la noticia tiene relevancia pública, al tratarse de un hecho delictivo de mucha gravedad. Desde la perspectiva de la relevancia pública de la información u opinión divulgadas, la STS 1/2018, de 9 de enero afirma lo siguiente:

La jurisprudencia viene admitiendo el interés de la información, al menos relativo, cuando esta se ofrece en publicaciones o programas de mero entretenimiento, y

ejemplo de esta doctrina es la ya citada sentencia 667/2014, de 27 de noviembre, según la cual «también existe el género más frívolo de la información de espectáculo o entretenimiento», siendo un «hecho notorio» que dentro del ámbito de la información «siempre ha existido, como género perfectamente identificable, la llamada "crónica de sociedad"».

Tampoco la materia tratada presupone siempre una falta de relevancia pública, y así, la misma sentencia, citando una anterior de 21 de marzo de 2011, aclara que

ni siquiera la sexualidad puede considerarse una materia total y absolutamente reservada, pues la información veraz sobre determinados comportamientos sexuales de gobernantes, altos mandatarios o aspirantes a serlo sí puede resultar de interés general en cuanto sea reveladora de su auténtica personalidad o de contradicciones entre lo que predicán en público y su comportamiento privado.

Descendiendo al caso que se comenta parece evidente que, por un lado, los datos revelados no permiten sin más identificar a los menores afectados, sin perjuicio de que en el ámbito cercano, escolar o social de referencia se conocieran los datos de identificación y los demás publicados, pero eso no significa que se haya identificado indebidamente a los menores afectados, ni que se haya extralimitado la comunicación de elementos relacionados con el hecho y con las circunstancias de los menores que permitieran su conocimiento y se le hubiera dado a la noticia un tinte morboso.

La publicación de nombres y datos de identificación de menores implicados en hechos delictivos no está permitida, ni tampoco la difusión de sus imágenes, aunque si pueden ser publicados datos de los hechos de relevancia pública, ha de hacerse con el rigor que exige el anonimato de los menores afectados, sin que pueda ofrecerse información que permita su localización o datos que puedan servir para localizarles e identificarles.

Esa limitación de la divulgación de datos que permitan su determinación y localización no debe mermar el derecho a la libertad de expresión e información, máxime cuando lo divulgado tengan que ver con hechos investigados, y sometidos al juzgado de menores, incluso aunque la información haya sido extraída irregularmente de documentos integrados en el procedimiento, como puede ser el escrito de acusación del fiscal, siempre que se produzca con el respeto a los derechos de los menores afectados. Como se recoge en la Ley de protección jurídica del menor, el interés del menor debe prevalecer frente a cualquier otro interés legítimo, y por tanto frente a la libertad de información y expresión que establece la Constitución.

2. Conclusión

Es evidente que tras el análisis anterior, el conflicto que se produce siempre entre los derechos fundamentales del artículo 18 de la Constitución y el derecho a la libertad de expresi-

sión e información que establece el artículo 20 de la misma, considero que debe resolverse diciendo que la identificación de los afectados por la información no permite su identificación, al faltar concreción en los datos ofrecidos a cualquier persona que lea la noticia, el lector medio o común a que se refiere la STS de 5 de julio de 2011. El hecho de que ya hubieran sido identificados en la investigación llevada a cabo como presuntos autores de los hechos, pero nada más, no puede impedir que los medios de comunicación social, la prensa en este caso, informe sobre circunstancias concurrentes en los hechos, o sobre aspectos o hechos en los que estuvieran involucrados los menores, como los referidos en el artículo, lo que restringiría de manera excesiva la libertad de información, y para ello, partiendo de la protección superior que ha de darse al derecho a la intimidad de los menores, consecuencia de la previsión contenida en el artículo 20.4 de la Constitución (la protección de la juventud y la infancia como límite a las libertades de expresión y de información) e impuesta por diversos instrumentos internacionales ratificados por España, la ponderación entre los derechos en conflicto, conforme a los criterios fijados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ya que en otro caso restringiría de manera desproporcionada la libertad de información.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 10, 18, 20 y 39.4.
- Ley Orgánica 1/1982 (protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), art. 7.
- Ley Orgánica 1/1996 (protección jurídica del menor), art. 4.3.
- SSTS 631/2004, de 28 junio; de 5 de julio de 2011; 26/2014, de 31 de enero; 667/2014, de 27 de noviembre (NCJ059110); 744/2014, de 3 de diciembre; 471/2016, de 12 de julio (NCJ061654); 685/2017, de 19 de diciembre (NCJ0633031); 1/2018, de 9 de enero (NCJ063365); 476/2018, de 20 de julio (NCJ063388); 600/2019, de 7 de noviembre (NCJ064361), y 25/2021, de 22 de enero (NCJ039593).
- SSTC 196/2004, de 15 de noviembre (NSJ015917); 206/2007, de 24 de septiembre (NCJ042211); 70/2009, de 23 de marzo (NCJ048946); 158/2009, de 29 de junio (NCJ049939); 241/2012, de 17 de diciembre (NSJ045835); 18/2015, de 16 de febrero (NCJ059499), y 25/2019, de 25 de febrero (NCJ063890).

Trasparencia e información en la contratación de productos financieros

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Para la contratación de productos financieros, lo esencial es analizar el proceso deductivo del conocimiento transparente de lo que se contrataba por una persona de formación media, con la voluntad e inteligencias intactas, y con la confianza que podría generar la relación entre el cliente y el asesor.

La normativa europea, junto con la española, y la información más la transparencia, son los requisitos de defensa del consumidor para convencer al tribunal del abuso de mercado y del error cometido, desplazando la prueba hacia el objeto más que hacia el sujeto. Se amplía la consideración de consumidor, porque si no se acredita que no lo es, la actividad desplegada, o el fin de la operación, es lo importante.

Palabras clave: productos financieros; transparencia e información; protección del consumidor.

Fecha de entrada: 13-04-2021 / Fecha de aceptación: 27-04-2021

Enunciado

Don Luis Pérez Ávalos adquiere en el año 2006 un producto financiero «atípico» en el banco privado Cetelino, por un importe de 35.000 euros. Producto que podría derivar en una gran rentabilidad pero con un evidente riesgo. El asesor financiero de la entidad, conocido por Luis desde hacía ya varios años, le informó; a su vez, le entregó el test de conveniencia previo a la contratación. Conviene destacar que no era la primera vez que Luis contrataba productos semejantes por la intermediación del referido asesor, quien no solo informaba, como se ha dicho, si no que intervenía directamente en la formación de la voluntad determinante de la decisión de Luis. Se le proporcionó, por tanto, la información financiera, además de un folleto informativo que contenía las prevenciones sobre posibles pérdidas parciales o totales de lo invertido. También se le dio traslado del precontrato antes de la firma. Producido el descalabro de la inversión, Luis demanda a la entidad bancaria por falta de transparencia e información, por abuso del clausulado, pidiendo la nulidad contractual, reclamando cantidades y perjuicios. El juzgado de primera instancia anula el contrato por deficiencias de información que vician el consentimiento e incitan al error. La audiencia confirma la sentencia, deduciendo presuntivamente esa falta de adecuado conocimiento del riesgo de la documental y la testifical.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cuáles debe ser los criterios de presunción judicial para deducir la falta de conocimiento del riesgo del producto contratado y la valoración de la prueba?
2. ¿Por qué normativa se rige el control de la transparencia e información y cuáles son los criterios que establece la jurisprudencia para valorar el error?
3. ¿Luis puede ser considerado consumidor?

Solución

1. ¿Cuáles debe ser los criterios de presunción judicial para deducir la falta de conocimiento del riesgo del producto contratado y la valoración de la prueba?

Responder a esta pregunta es responder a la cuestión principal: ¿la presunción del tribunal sobre el vicio invalidante ha sido la correcta? Por tanto, tras la cuestión se esconde la verdadera intención de la interrogante: ilustrar sobre los criterios jurisprudenciales al respecto. Porque no se puede olvidar la profusión de sentencias sobre esta materia de consumidores, donde no es inane que la persona sea ignorante por la falta de práctica en la contratación, o por su formación, entendiendo esas carencias como esenciales para conferir o no a Luis su posición dominante por inferioridad respecto del banco. O aquellas otras que atienden al objeto contratado más que a la personalidad del actor. O aquellas otras que distinguen entre la información adecuada, su concurrencia, la transparencia, o bien la condición del consumidor ya conocedor de la naturaleza del producto contratado. A todo ello iremos haciendo referencia a largo del presente caso.

De momento, diremos que es recurrente aludir a la falta de consentimiento, al error derivado de la información incompleta o sesgada, como método deductivo para anular un contrato complejo de esta naturaleza. Se dice en el caso que el asesor era conocido por Luis, que ya había asesorado a este en otros asuntos o negocios de la misma naturaleza. Que hay un precontrato remitido antes de la firma, una información sobre el producto contratado, un test... Es decir, se trata de averiguar cómo se debe informar, cómo se debe entender la transparencia; esta es clave para rechazar las continuas invocaciones a la ignorancia, al error, como defectos invalidantes del negocio jurídico. El juzgado de primera instancia ha concluido que hubo tales vicios invalidantes, y la audiencia añade, reafirmando el pronunciamiento de la instancia, que la presunción sirve para conformar la voluntad del tribunal y rechazar la apelación.

Al parecer, se advierte en el caso que la información pudo ser correcta, y que el folleto informativo contenía todo lo que se tiene que saber en estos casos. No puede olvidarse asimismo que la relación entre el asesor y el cliente es fluida y que Luis no es un ignorante porque, en otras ocasiones, ha contratado productos similares.

Una vez expuesto lo anterior, procede recordar la doctrina sobre el error en la valoración de la prueba para que pueda fundarse la infracción del derecho fundamental (469.1.4.º de la LEC); porque con la primera pregunta se trata de desgranar el proceso deductivo del tribunal, y con las segundas, las bases de la estrategia del actor para convencer al tribunal del error cometido, del vicio en su consentimiento. Por consiguiente, para poder invocar la infracción del derecho fundamental (art. 24 CE), por infracción de las normas relativas a la valoración de una prueba, por ejemplo, privada (documentos relativos al producto con-

tratado), y llegar a la conclusión del error en dicha valoración, es necesario que este sea de gran magnitud.

Por consiguiente, revisar y casar una sentencia, en estas circunstancias, y con estos controles, va a ser difícil por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal. Lo que estamos diciendo es que el error de valoración no esencial impide su apreciación y no cambia el fallo de la sentencia de la audiencia. El error importante es el fáctico, el material, sobre el cual se ha sustentado el fallo; el error importante, a su vez, tiene que ser «patente o manifiesto», perfectamente deducible de las actuaciones judiciales, de los documentos, de las pruebas practicadas. Visto así, para concluir que la Audiencia se ha equivocado presuntamente, hay que analizar la naturaleza de su error con los criterios aludidos, para que la invocación del artículo 24 de la CE pueda prosperar.

¿Y cuál es entonces la clave para deducir o no el error esencial? Pues evidentemente la información recibida por Luis del asesor sobre el producto que iba a contratar. Obsérvese que aludimos a ello en el caso, como a la documental entregada (folleto), como al precontrato, etc. De todo, lo esencial es analizar el proceso deductivo del conocimiento transparente de lo que se contrataba por una persona de formación media, con la voluntad e inteligencias intactas, y con la confianza que podría generar la relación entre el cliente y el asesor. Pero todo, absolutamente todo ello, pasa por el filtro de las explicaciones recibidas por Luis para el conocimiento del riesgo que se asumía. O sea, el entendimiento perfecto que anula la ignorancia del riesgo.

El contrato, la testifical y la documental son los elementos por analizar. Conviene reproducir aquí lo esencial de la narración del caso:

El asesor financiero de la entidad, conocido por Luis desde hacía ya varios años –pues le había asesorado en la contratación de otros productos de la misma naturaleza– le informó; a su vez, se le entregó el test de conveniencia previo a la contratación. Por tanto, se trasladó aparentemente la información financiera, porque el folleto informativo contenía las prevenciones sobre posibles pérdidas parciales o totales de lo invertido. También se le dio traslado del precontrato antes de firma.

Parece que el folleto menciona el riesgo; la testifical del asesor advierte del riesgo, y el precontrato, del cual se dio traslado para su examen al cliente, no hace presumir precisamente la ignorancia. Por consiguiente, puede concluirse que la deducción falla por error esencial en la valoración de la prueba, pues es manifiesto, evidente y notorio, verificable de manera incontrovertible. La audiencia, y el juzgado de instancia, no han valorado la prueba desde una perspectiva lógica y deductiva, las pruebas aportadas y, en este caso, la excepcionalidad del control por medio de un recurso extraordinario por infracción procesal puede prosperar.

Al exponerse los elementos que la doctrina jurisprudencial ha elaborado, hemos visto que la presunción incorrecta permitió deducir un error esencial en el negocio jurídico. Luis, por su formación o conocimiento de lo contratado, no puede alegar ignorancia y reclamar nulidades y cantidades a devolver.

2. ¿Por qué normativa se rige el control de la transparencia e información y cuáles son los criterios que establece la jurisprudencia para valorar el error?

Con esta segunda cuestión, conectada a la anterior, se pretende plasmar los criterios para valorar el error del cliente (Luis) o la negligente actuación del banco, así como exponer la normativa en vigor aplicable a estos negocios jurídicos complejos. La cuestión anterior se ha pronunciado más por la infracción procesal en la valoración de la prueba en cuanto al error cometido por el tribunal, vista la documental aportada y la testifical, y desde la perspectiva del artículo 24 de la CE; ahora el fondo es la normativa de referencia o el error del cliente (que no del tribunal) al contratar ese producto complejo con riesgo.

El contrato del producto financiero completo tiene fecha –según dice el caso– del año 2006, con anterioridad, por tanto, a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre. Por esta norma se produjo la trasposición de la directiva comunitaria en el artículo 79 de la LMV –derogado–. Por aquella directiva, según indica:

La Directiva 93/22/CEE del Consejo (6) trataba de establecer las condiciones en que las empresas de servicios de inversión y los bancos autorizados podían prestar determinados servicios o establecer sucursales en otros Estados miembros sobre la base de la autorización y supervisión del país de origen. Pretendía armonizar así los requisitos de autorización inicial y funcionamiento de las empresas de servicios de inversión, así como las normas de conducta. Preveía también la armonización de algunas de las normas de funcionamiento de los mercados regulados.

En los últimos años ha aumentado el número de inversores que participan en los mercados financieros, donde encuentran una gama mucho más compleja de servicios e instrumentos. Esta evolución aconseja ampliar el marco jurídico de la Unión Europea, que debe recoger toda esa gama de actividades al servicio del inversor. A tal fin, conviene alcanzar el grado de armonización necesario para ofrecer a los inversores un alto nivel de protección y permitir que las empresas de servicios de inversión presten servicios en toda la Unión Europea, ya que se trata de un mercado interior, tomando como base la supervisión del país de origen. La Directiva 93/22/CEE fue, por lo tanto, sustituida por la Directiva 2004/39/CE.

Nada más ilustrativo que transcribir la directiva y su intención: la protección del consumidor frente al abuso de los productos financieros de gran complejidad. Se trata de proteger

a inversores, como Luis, en la contratación de productos de esta naturaleza, con un sistema de control por los Estados. Por ello, es lógico que nuestro inversor pretenda impugnar el producto financiero, aludiendo a la normativa de referencia.

El artículo 79 actual del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del mercado de valores (LMV), nos decía:

Las sociedades rectoras supervisarán las operaciones realizadas por los miembros del mercado con objeto de detectar infracciones de las normas del mercado o anomalías en las condiciones de negociación o de actuación que puedan suponer abuso de mercado. A tal efecto, las sociedades rectoras deberán:

- a) comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores toda infracción significativa de sus normas y toda anomalía en las condiciones de negociación o de actuación que pueda suponer abuso de mercado,
- b) facilitar de inmediato la información pertinente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la investigación y persecución del abuso de mercado cometido en el mercado, y
- c) prestar plena asistencia en la investigación y la persecución del abuso de mercado cometido en o mediante los sistemas del mercado.

Es decir, que la protección del consumidor se garantizaba por la comunicación a la CNMV de las infracciones cometidas por abuso de mercado, con trasmisión de la información para la investigación y facilitación de la misma. Nuestro inversor invocaría entonces este artículo para intentar probar el abuso de mercado, al margen de otras consideraciones a las que después aludiremos. Ahora bien, el contrato se ha dicho que es del año 2006, por consiguiente esta sería la normativa a tener en cuenta. Traspasada la realidad de un asunto idéntico a la actualidad, el artículo 79 de la LMV ha de considerarse derogado. Entonces, recurriría a otra norma en vigor: el Real Decreto-ley 21/2017, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia del mercado de valores.

En definitiva, aquella por el momento de la contratación del producto financiero, o esta que deroga el artículo 79 pero también contempla el control y la sanción del abuso del mercado, adaptando nuestra normativa a la comunitaria en esta materia, serían las normas esenciales invocadas por Luis en defensa de la nulidad del contrato, por los motivos que ahora sí se indican a continuación.

Pero, desde el punto de vista de la jurisprudencia, se dice que hay una asimetría informativa entre la entidad bancaria y el cliente, que ubica a Luis en una posición de inferioridad y obliga a una información y transparencia comprensibles, según las características del producto y su formación. Sin embargo, en sentido estricto, tampoco la falta de información

es determinante de la nulidad o del error cometido, sino la ausencia del deber de informar propio de productos de este tipo, porque así lo exige la normativa (STS 840/2013, de 20 de enero de 2014 [NCJ058317] y 559/2015, de 27 de octubre [NCJ060572]). Es jurisprudencia constante que

lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues podría darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Sin perjuicio de que en estos casos hayamos entendido que la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo (SSTS 560/2015, de 28 de octubre [NCJ060733] y 840/2013, de 20 de enero de 2014 [NCJ058317]).

De otro lado, si la ley exige información, también es necesaria la transparencia, y en lo que respecta a esta, Luis, además de alegar su condición de consumidor no informado, podría decir que no hubo transparencia en la contratación, que hubo opacidad. Vemos que su recurso al error como efecto invalidante del negocio jurídico se fundamentaría en los criterios anteriores. Expuesta la normativa básica, procede desgranar los elementos de la falta de transparencia, para, al final, deducir si tiene razón Luis y los defectos de información le dan la razón.

En lo que a la transparencia se refiere, tras la lectura del caso, solo se indica que fue informado, que se le entregó el precontrato y el folleto informativo. ¿Nos bastan para excluir de responsabilidad al banco?

La STS de 8 de septiembre de 2014 establece que

el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada.

Es decir, que el folleto informativo y la reglamentación, así como la información, en especial el precontrato, requieren de una formulación gramatical comprensible para el consumidor. Si no, no tendría sentido el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, que

debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Es decir, el consumidor puede y debe aludir a la claridad u oscuridad de la redacción del contrato, a la mayor o menor comprensión del riesgo que asumía al contratar el producto. Esto es la transparencia que mencionamos.

En definitiva, la contestación a la pregunta es que la normativa europea, junto con la española, y la información más la transparencia, son los requisitos de defensa del consumidor-Luis para convencer al tribunal del abuso de mercado y del error cometido. Vicio de consentimiento que pretende anular el contrato por abusivo. Con la connotación de que no es la desinformación cuando el contratante conoce por otros medios el contenido del producto, sino el incumplimiento de la obligación legal de informar, aunque se presume que la falta de información al cliente no profesional es causa que vicia el consentimiento.

3. ¿Luis puede ser considerado consumidor?

Evidentemente, si Luis no es consumidor se nos cae el castillo y no cabe invocar protección alguna de falta de transparencia o de información. Estos controles son predicables del inversor accidental no profesional.

Siguiendo la STS 2018/730, de 10 de enero de 2018, se reconoce la evolución del concepto de consumidor desde «una concepción restrictiva hasta una posición más reciente», que tiende a ampliar el concepto de consumidor, o por lo menos a contextualizarlo de una manera más abierta, no circunscrita a su condición o no de profesional. Ahora se atiende más que a la personalidad del contratante, al objeto del negocio en sí. La STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (NCJ060447) otorga un carácter objetivo al concepto de consumidor, «al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación».

El Tribunal Supremo, en sentencia de 5 abril de 2017, núm. 224/2017, rec. núm. 2783/2014 (NCJ062402), indica:

En fin, para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato –más allá de un criterio puramente cuantitativo– y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba.

Para contestar a la pregunta, entonces, la clave está en el objeto del contrato, pero no en «la personalidad del contratante; de tal forma que lo que hay que analizar es si esa relación contractual encubre una actividad profesional». La más moderna jurisprudencia comunitaria, y española, desplazan la prueba hacia el objeto más que hacia el sujeto. Se amplía así la consideración de consumidor, porque si no se acredita que no lo es, la actividad desplegada, o el fin de la operación, es lo importante. En el caso se nos dice que es el contratante de un producto financiero, dando a entender que es habitual en este tipo de negocios, con asesoramiento de un tercero. Parecería que sí es consumidor, porque no solo no despliega una actividad profesional, sino que, además, el producto, el objeto contratado, no encubre una actividad de mercado profesional. Ahora bien, llegados a este extremo, aun siendo consumidor, va a serle difícil convencer al tribunal que ignoraba el riesgo del producto, pues no solo se le dio traslado del precontrato, también contaba con asesoramiento, un folleto informativo y cierta experiencia.

La conclusión de consumidor tanto por su cualidad como por el objeto, al margen de su personalidad, no excluye la transparencia del contrato y la información del producto contratado.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- SSTS 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 840/2013, de 20 de enero de 2014; 44/2015, de 17 de febrero; 559/2015, de 27 de octubre; 303/2016, de 9 de mayo; y 411/2016, de 17 de junio.
- SSTSJCE 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril; y 594/2017, de 7 de noviembre.

Dominio público marítimo terrestre y posible enajenación de finca de dominio público

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF-*

Extracto

El supuesto práctico se plantea respecto a la legalidad de la enajenación de una finca de la Administración General del Estado, adscrita al ministerio competente en industria, llevada a cabo, en primer lugar, sin la preceptiva declaración de innecesariedad de la misma por el órgano competente y, en segundo lugar, encontrándose la misma ubicada parcialmente dentro de la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo terrestre. Igualmente, se plantea la legalidad de unas obras llevadas a cabo en la misma y las incidencias surgidas respecto de un contrato administrativo de servicios con una empresa del ramo para la limpieza y mantenimiento del edificio, tales como la omisión del plazo de garantía, la contraprestación de la Administración permitiendo a la empresa la explotación de un bien de dominio público o la modificación del contrato para unificar las prórrogas previstas en un solo plazo.

Palabras clave: dominio público marítimo terrestre; servidumbre de protección; enajenación de finca de dominio público; procedimiento; contrato administrativo de servicios.

Fecha de entrada: 08-04-2021 / Fecha de aceptación: 19-04-2021

Enunciado

El Ministerio de Hacienda llevó a cabo en el año 2017 los trámites necesarios para poder enajenar una finca, perteneciente al Estado español desde tiempo inmemorial y sita en una población costera y adscrita al Ministerio de Industria. La misma no estaba inscrita en el Inventario de Bienes y Derechos del Patrimonio del Estado.

Mediante Acuerdo del Ministerio de Hacienda de 1 de octubre del 2017 se acordó la desafectación y puesta a disposición de la finca para su venta y, con posterioridad, se puso en marcha el procedimiento para su enajenación.

El 11 de noviembre la Administración procedió a la inmatriculación de la finca en el Registro de la Propiedad, haciéndose constar en la inscripción que la parcela estaba libre de cargas y gravámenes.

El 12 de junio de 2019, previa formalización de los oportunos trámites preceptivos, se celebró subasta pública sobre el precio de tasación (300.000 euros). Hubo dos licitadores: D. HHH, que ofreció los 300.000 euros, y D. KKK, que ofreció 295.000. La finca fue vendida a D. HHH por el precio ofrecido, pero llegado el momento de formalización del contrato no se presentó, sin alegar causa justificativa alguna. Llegado el 20 noviembre de ese año se celebró segunda subasta, que había sido decidida y publicada por el órgano de contratación en su momento, estableciendo, entonces, el precio de la finca en 295.000 euros. Hubo varias ofertas, siendo la finca adjudicada por el Ministerio de Defensa a la sociedad inmobiliaria XY, SA por 295.000 euros.

Ante la celebración de esta segunda subasta ocurrida el 20 de noviembre de 2020, recurrieron:

- a) D. KKK, en tiempo y forma contra la decisión de celebrar la segunda subasta.
- b) Un vecino de la localidad más próxima al terreno en cuestión presenta el día 20 de enero de 2021 recurso contencioso-administrativo señalando la improcedencia de esta segunda subasta.
- c) La comunidad autónoma a la que pertenecía la zona en cuestión, presenta, en tiempo y forma, justo el último día de plazo que la ley le otorga, recurso de reposición para que la Administración General del Estado anule la venta acordada. La AGE le responde y notifica que entre Administraciones públicas no cabe recursos en vía administrativa, por lo que no admite aquel. El recurso se basó en la existencia de un vicio de invalidez en la adjudicación, cual era la enajenación sin que el inmueble estuviera inscrito en el Inventario de Bienes y Derechos del Estado.

El 12 de enero del 2020 se otorgó escritura pública de compraventa.

La inscripción en el Registro de la Propiedad se realizó el 15 de abril de 2020. Ante ello, se procedió al archivo definitivo del expediente de enajenación.

El día 21 de enero de 2021, el ministerio con competencia en materia de medio ambiente, que era el órgano competente en la materia marítimo-terrestre, dicta una resolución en la que se afirma que la finca se ubica parcialmente a 80 metros medidos tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar y que en el expediente de enajenación se ha omitido un trámite fundamental, en concreto, la declaración de innecesariedad.

Por estas circunstancias el ministerio inició, con fecha 18 de marzo de 2019 un expediente de nulidad del contrato de compraventa celebrado con la inmobiliaria XY, SA.

Recuperado el terreno, utilizando las vías oportunas, se contrata con una empresa del ramo, previa licitación al respecto a través de procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, por un precio de 120.000 euros (el valor estimado era de 129.000), la limpieza y mantenimiento de un edificio construido en el mismo para estancia de vigilantes y depósito de material necesario para aquella labor.

La duración prevista era de dos años, prorrogables, año a año, por tres años más.

En este contrato son de constatar las siguientes circunstancias:

- a) En el pliego de cláusulas administrativas particulares se omitió establecer el plazo de garantía.

- b) El pago del precio a la empresa contratista se estableció mediante la autorización a la misma, por parte del órgano de contratación, de la autorización para la explotación de un bar en un edificio con oficinas adscrito al ministerio.
- c) Después de la adjudicación y del inicio de la ejecución –en concreto, a los cinco meses– del contrato se acreditó que la empresa contratista no estaba al corriente en el pago de las obligaciones correspondientes a la seguridad social de los últimos cuatro meses, sin que la deuda estuviera fraccionada, suspendida o aplazada, planteándose el órgano de contratación cómo actuar en este caso.
- d) El órgano de contratación estaba tan satisfecho con la prestación de la empresa adjudicataria que decide, seis meses antes de finalizar el plazo inicial de duración, mediante la modificación del contrato, previo expediente al respecto, ampliar aquella, de una sola vez, a tres años más. La razón se debe a que la empresa debió adquirir nuevos productos, no existentes en el mercado, al celebrarse el contrato por lo que se había producido un desequilibrio económico-financiero en el mismo.
- e) En el anuncio publicado en el perfil del contratante que se realizó el día 20 de enero se estableció que el plazo para presentar las ofertas era el mínimo previsto en la Ley con carácter general para este caso y sin reducción de tiempo alguna, por lo que finalizaría a las 13 horas del día 4 de febrero y, por su parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares establece un plazo de 18 días. Esto provocó que una empresa licitadora fuera excluida por la mesa de contratación al presentar su oferta el día 7 de febrero. La misma recurrió su exclusión, contestando el órgano de contratación que, como se había especificado en el anuncio, se concedía el plazo mínimo para la presentación de ofertas establecido en la ley y que este era el fijado en el perfil del contratante. Por ello, se desestimó el recurso planteado.

Cuestiones planteadas:

1. Analice todos los aspectos formales y materiales referentes a los recursos interpuesto por D. KKK, por un vecino el día 20 de enero de 2020 y por la comunidad autónoma.
2. Procedencia de expediente de nulidad, analizando sus posibles causas, y de su tramitación: aspectos formales y sustantivos. En concreto, si existe causa para el referido expediente; si fuera así qué efectos produciría sobre todo lo realizado.
3. Posibilidad de que la Administración ejerza el derecho de retracto previsto en la disposición adicional tercera de la Ley de costas, por parte del ministerio competente.

4. Si lo anterior no fuera posible, ¿podría la Administración utilizar sus potestades administrativas para recuperar el inmueble vendido? Indique otras posibles alternativas de la Administración para recuperar la propiedad de la finca.
5. Analice las incidencias surgidas en el contrato administrativo celebrado.

Solución

1. Analice todos los aspectos formales y materiales referentes a los recursos interpuesto por D. KKK, por un vecino el día 20 de enero de 2020 y por la comunidad autónoma

Recurso de D. KKK

- a) Respecto a la legitimación la tiene, porque presentó oferta en la primera subasta (art.19.1 LJCA).
- b) En cuanto al plazo, el relato de hechos señala que se presentó en tiempo y forma.
- c) Respecto al objeto de la impugnación es la de decisión administrativa de celebrar la segunda subasta, lo cual es procedente.
- d) En cuanto al fondo de la cuestión, recordemos que este señor fue la segunda mejor oferta en la primera subasta.

Entiendo que su recurso debe ser estimado.

El artículo 137.2 de la Ley 33/2003, de patrimonio de las Administraciones públicas, señala que

en el caso de que la adjudicación resultase fallida por no poder formalizarse el contrato por causa imputable al adjudicatario, podrá realizarse la enajenación a favor del licitador que hubiese presentado la siguiente oferta más ventajosa o procederse a la enajenación directa del bien.

Es cierto que dicho precepto no impone la obligación de adjudicar al segundo mejor postor si la primera subasta queda desierta, pero adjudicar en una segunda subasta por el precio que ya había ofrecido D. KKK en la primera, salvo que la Administración lo justifique debidamente, es una actuación administrativa contraria a los principios de buena administración, confianza legítima, igualdad y no discriminación. En resumen, la Administración obró con desviación de poder prohibida por el artículo 48 de la Ley 39/2015 y definida en el artículo 70 de

la Ley 29/1998, LJCA. Porque nada justificó esta segunda subasta, cuyo único criterio era el precio, y lo que pretendía obtener la Administración ya se lo ofrecieron en la primera subasta. Luego, pérdida de tiempo, eludir injustificadamente al segundo postor, D. KKK, y beneficiar a la adjudicataria de la segunda subasta parece que es lo que pretendía la Administración.

Recurso contencioso-administrativo del vecino particular

A) ¿Está interpuesto el recurso en plazo?

En este recurso señala la improcedencia del procedimiento seguido y existencia de vicios de invalidez.

Recordamos que en fecha 20 de noviembre de ese año se celebró segunda subasta, que es lo que parece recurrir el vecino. Luego si computamos desde esa fecha, teniendo en cuenta que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo es de dos meses según el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, el recurso estará en plazo. Pero lo cierto es que la decisión de realizar una segunda subasta se debió producir con bastante anterioridad, porque esta exige nuevo expediente y la presentación de nuevas ofertas, y yo creo que ese acto administrativo es el que debería haberse recurrido y supone el inicio del cómputo para interponer recurso contra el mismo, no la actuación material en sí de la celebración de esta segunda subasta, que no supone nada más que llevar a cabo lo ya decidido con anterioridad, salvo que se hayan producido infracciones del ordenamiento jurídico en su celebración, en cuyo caso el plazo se iniciaría desde su celebración y, entonces, el recurso estaría en plazo.

Pero, en el caso que analizamos, el relato de hechos indica que la razón de su recurso, aparte de los vicios de invalidez que pudieran existir, radica en que no cree ajustada a derecho la celebración de esta segunda subasta sin que nada alegue sobre posibles infracciones del ordenamiento jurídico en su celebración.

Por todo ello, el recurso debe ser resuelto mediante su no admisión por auto de la Audiencia Nacional, órgano competente según el artículo 11 de la Ley 29/1998, LJCA, por haber caducado el plazo de interposición del recurso, a tenor del artículo 51.1 d) de la LJCA.

B) ¿Tenía legitimación para recurrir?

Respecto a la legitimación para recurrir es más que discutible porque, aunque es cierto que el artículo 109 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, recoge, en esta materia, la acción pública en los siguientes términos: «Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación», es lo cierto que la impugnación que realiza la basa en la improcedencia del procedimiento seguido para la enajenación y vicios

de invalidez en la adjudicación de la finca, teniendo todo ello su fundamentación jurídica en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas, por lo que no está solicitando a los órganos administrativos o a los tribunales la observancia de lo establecido en la Ley de costas y disposiciones que se dicten para su desarrollo y ejecución. Ahora bien, es indudable que, con el recurso, se están protegiendo directamente los bienes jurídicos protegidos por la Ley de costas por lo que, en mi opinión, el recurso debe admitirse.

Por otra parte, la legitimación como vecino de una localidad próxima a la referida finca no le otorga de por sí ningún derecho ni interés legítimo que le afecte directamente, al menos de los hechos no se deduce lo contrario.

C) ¿Era procedente la forma de adjudicación?

En cuanto a la improcedencia de la forma de adjudicación, recordamos que en el presente caso se celebró una primera subasta que quedó desierta y, con posterioridad, se celebró una segunda subasta por la que se procedió a la adjudicación de la finca. Es el artículo 137 de la LPAP el que se refiere a la forma de enajenación, señalando que

1. La enajenación de los inmuebles podrá realizarse mediante subasta, concurso o adjudicación directa.

2. La subasta podrá celebrarse al alza o a la baja, y, en su caso, con presentación de posturas en sobre cerrado; podrá acudirse igualmente a sistemas de subasta electrónica. La modalidad de la subasta se determinará atendiendo a las circunstancias de la enajenación, y la adjudicación se efectuará a favor de quien presente la oferta económica más ventajosa.

En el caso de que la adjudicación resultase fallida por no poder formalizarse el contrato por causa imputable al adjudicatario, podrá realizarse la enajenación a favor del licitador que hubiese presentado la siguiente oferta más ventajosa o procederse a la enajenación directa del bien.

Por lo tanto, nada impedía que, al quedar desierta la primera subasta, la Administración acudiera a una segunda subasta que, aunque no se recoge expresamente en el referido artículo, tampoco aparece prohibida.

Recurso de la comunidad autónoma

A) Legitimación

Nos planteamos el mismo razonamiento que para el vecino. Es cierto que el artículo 19.1 d) de la LJCA, que debe ser extensible a los recursos administrativos cuando la Adminis-

tración pueda interponerlos, señala que están legitimadas para recurrir «la Administración de las Comunidades Autónomas, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado». Resulta evidente que no nos encontramos en este caso, pero la cuestión, ya planteada con anterioridad, es que si está ejerciendo la acción pública del artículo 109 de la Ley de costas o no.

B) Plazo para recurrir

En cuanto al plazo para recurrir no hay problema, porque el relato de hechos señala que se presentó en tiempo y forma.

C) Inadmisión del recurso

En cuanto a la inadmisión de la Administración del recurso alegando que entre Administraciones no cabe recurso administrativo no es ajustado a derecho, porque hay que distinguir cuando una Administración pública actúa como interesada o en el ejercicio de potestades públicas, como así ha indicado el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias. En este sentido, el Tribunal Supremo, en Sentencia 6485/2006, de 20 de octubre, ante la interposición de un recurso de casación en interés de la ley a la interpretación que debe darse en derecho al artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción 29/1998, de 13 de julio, en un supuesto en el que se requiere a un ayuntamiento el reintegro de una subvención concedida por el Instituto Nacional de Empleo, sienta la doctrina a lo que aquí interesa.

La sentencia de la Audiencia Nacional recurrida en casación entiende que el precepto del artículo 44 de la Ley reguladora se refiere al supuesto de que ambas Administraciones actúen como poder, y no es aplicable al caso de que una de ellas realice la actividad, como podría haberlo hecho un particular, fuese este persona física o jurídica. Este es nuestro caso, la comunidad autónoma actúa como un particular más tratando de ejercer la acción pública, por tanto no actúa en ejercicio de poder.

De todas formas, distinguimos:

Cuando una Administración pública actúa ejerciendo potestades públicas.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia 5034/2016, de 14 de noviembre, resuelve sobre un supuesto en el que un ayuntamiento interpone un recurso de reposición frente a una resolución de la Consejería de Obras Públicas por entender que se ha extralimitado de sus competencias. En este supuesto el Tribunal Supremo sentencia que:

El Ayuntamiento no actúa como un particular, sino investido de poder ante otra Administración, viniendo a cuestionar precisamente que la Consejería de Obras

Públicas se había extralimitado en sus competencias invadiendo las propias en materia de urbanismo, de ahí que le fuera de plena aplicación el artículo 44 de la ley de la Jurisdicción.

Por tanto, en el presente caso procedía la interposición del requerimiento previo y no de un recurso administrativo.

Cuando una Administración pública actúa como un particular.

El Tribunal Supremo, en Sentencia 786/2017, de 28 de febrero, zanja el asunto en dos líneas:

Que AENA actúa en el procedimiento de expropiación en concepto de beneficiaria, no en calidad de Administración pública. No le es pues de aplicación el artículo 44 de la Ley jurisdiccional.

O en la Sentencia 4015/2015, de 29 de septiembre:

[...] el Ayuntamiento actuara investido de sus potestades administrativas, sino como el particular expropiado y con la finalidad de que se fijase el justiprecio en igualdad de condiciones. Buena prueba de ello, y se deja constancia en la sentencia, es que el ayuntamiento actuaba en dicho expediente sin estar investido de potestad administrativa alguna para poder adoptar decisión alguna sobre el objeto del mismo, la fijación del justiprecio, que es la característica y el fundamento del trámite previo a la vía contencioso-administrativa.

En ambos casos el Tribunal Supremo establece que procedía la interposición del correspondiente recurso administrativo.

Requerimiento principio / Recurso administrativo *pro actione*.

Es importante señalar que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones en que al requerimiento entre Administraciones previo al recurso contencioso-administrativo no se le aplica el error en la calificación del recurso.

El Tribunal Supremo señala que no es de aplicación el artículo 110.2 de la Ley 30/1992 (ahora art. 115.2 de la Ley 39/2015), por cuanto dicho artículo no está pensado para las Administraciones públicas, que disponen de personal técnico y jurídico sobradamente formado en estas cuestiones, no existiendo, pues, cuando se trata de las controversias entre Administraciones a que se refiere el artículo 44 de la Ley 29/1998, la razón justificativa de la previsión legal del ahora artículo 115.2 de la Ley 39/2015. Y es que, como señalan las sentencias indicadas, las cuales a su vez hacen referencia a las sentencias de la Sala de lo

Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2009, 30 de septiembre de 2009 y 7 de abril de 2011:

Los requerimientos contemplados en el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción no son recursos administrativos ni participan de la naturaleza de estos. Tales requerimientos responden a un mecanismo de acuerdo y entendimiento entre Administraciones públicas para evitar litigios, en el marco de los principios constitucionales de coordinación y colaboración que han de presidir las relaciones entre dichas Administraciones. A través de ellos se busca dar a la Administración requerida la posibilidad de reconsiderar sus decisiones y así procurar una solución que soslaye el conflicto; pero por su carácter de técnicas de acuerdo y entendimiento no son, insístmicos, ni por su naturaleza ni por su tramitación, cauces impugnatorios como los recursos administrativos.

Por todo lo expuesto, el recurso debió ser admitido.

D) Vicios existentes

En relación con los posibles vicios de invalidez seguidos en la adjudicación, descartada ya su existencia respecto al procedimiento seguido en este caso, nos podemos referir a la falta de inscripción del inmueble en el Inventario de Bienes y Derechos del Estado; el artículo 35.1 de la LPAP señala que no se podrán realizar actos de gestión o disposición de bienes y derechos si no se encuentran debidamente inscritos en el citado inventario que, a tenor del artículo 36.1, resulta obligatorio. Ahora bien, la ausencia de dicha inscripción resulta un defecto meramente formal y subsanable, por lo que no puede afectar de manera esencial al contrato celebrado. Este inventario, llevado por la Dirección General de Patrimonio del Estado, que no tiene la consideración de registro público, tiene por finalidad, entre otras, el control, la transparencia y la publicidad sobre el carácter de los bienes de la Administración, pero no es, de ninguna manera, constitutivo sobre la naturaleza jurídica de los bienes de la Administración. Por eso, la enajenación de un inmueble que no esté inscrito en el inventario es un defecto meramente formal que no afecta a la validez del contrato celebrado.

2. Procedencia de expediente de nulidad, analizando sus posibles causas, y de su tramitación: aspectos formales y sustantivos. En concreto, si existe causa para el referido expediente; si fuera así, qué efectos produciría sobre todo lo realizado

Varias cuestiones han de analizarse al respecto :

PRIMERA.– Las posibles causas de nulidad que pueden invocarse en el presente caso son:

A) La omisión de un trámite fundamental del procedimiento de enajenación de los terrenos, cual es la preceptiva declaración de innecesiedad prevista en la legislación de costas y directamente ligada con esta infracción procedimental, ya que aunque el artículo 138 de la LPAP señala que el acuerdo de incoación del procedimiento llevará implícita la declaración de alienabilidad de los bienes a que se refiera, es lo cierto que nos encontramos ante una legislación especial –Ley de costas– y una legislación general –LPAL–, debiendo prevalecer la legislación especial sobre la materia, que requería la declaración expresa de innecesiedad exigida por el artículo 17 de la Ley de costas. En el ámbito de la LPAP la competencia corresponde al Ministerio de Hacienda, mientras que, como se refleja en el relato de hechos, en este caso la competencia para esa declaración es del ministerio competente en materia de medio ambiente.

B) El hecho de que la finca se ubique, parcialmente, a 80 metros medidos tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar.

Según el artículo 23.1 de la Ley de costas, la servidumbre de protección recaerá sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar. Por tanto, la finca se encuentre invadiendo parcialmente la servidumbre de protección del dominio público.

Procede, por tanto, el análisis de todas estas cuestiones para poder determinar si en el presente caso el expediente de enajenación adolece de vicios determinantes de nulidad radical y, en su caso, cómo afecta esa nulidad al contrato de compraventa celebrado entre la Administración y la inmobiliaria.

A) Omisión de la declaración previa de innecesiedad

Según el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, LPAC, son nulos de pleno derecho los actos «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido».

La jurisprudencia ha evolucionado en esta materia, pasando de una interpretación en sentido estricto respecto a que para que existiera el vicio de nulidad era necesario que el órgano administrativo se hubiera apartado completamente del procedimiento legalmente establecido, acudiendo a otro completamente distinto u omitiendo tales actos y trámites, que aquel quedaba por completo desdibujado, a un criterio de considerar nulas aquellas resoluciones dictadas al final del procedimiento, en el que se ha prescindido de alguno o de algunos de los trámites esenciales, cuya omisión crea indefensión o perjudica gravemente al administrado o cuya observancia o cumplimiento habría variado significativamente el resultado final del procedimiento, es decir, el contenido del acto administrativo. Lo mismo ocurre cuando se ha actuado positivamente por la Administración mediante conductas administrativas indebidas en contra de las limitaciones y mermas legales impuestas al ejercicio

de sus potestades. Esta actuación administrativa puede perfectamente alterar por completo el resultado final del procedimiento en perjuicio del administrado.

Y cuando la indefensión se ha producido, especialmente porque la omisión provoca un resultado administrativo –acto– diferente al que se hubiera dictado de no haberse omitido el trámite, sí cabe hablar de nulidad radical del procedimiento.

Respecto a la declaración de innecesariedad hay que señalar que, en efecto, se trata de un trámite que está previsto en el artículo 17 de la Ley de costas y por tanto impuesto *ex lege* en toda la tramitación de enajenación de bienes patrimoniales del Estado que lindan con el demanio marítimo-terrestre. El citado precepto señala:

Los terrenos del patrimonio del Estado colindantes con el dominio público marítimo-terrestre o emplazados en su zona de influencia que resulten necesarios para la protección o utilización de dicho dominio serán afectados al uso propio del mismo, en la forma prevista en la legislación de patrimonio del Estado. No se podrá proceder a su enajenación sin previa declaración de innecesariedad a los mencionados efectos.

Este informe se ha omitido en el procedimiento de enajenación de la finca, teniendo el mismo el carácter de preceptivo, y el ministro con competencia en materia de medio ambiente es el órgano competente para su declaración.

Son dos las circunstancias que deberán darse para que sea necesaria la emisión del informe: por un lado, el carácter colindante del terreno con el demanio o que esté emplazado en su zona de influencia y, por otro lado, el que resulte necesario para la protección o utilización del mismo.

Resulta innegable, si tenemos en cuenta el relato de hechos, que el terreno vendido colindante con el dominio público marítimo-terrestre y que, por otra parte, invade la zona de servidumbre de protección de dominio público. Por tanto, si el terreno es colindante y es necesario para que sea efectiva la servidumbre de protección que se extiende a una zona de 100 metros, medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar, está claro que concurren las condiciones que hacen necesario y preceptivo este informe de innecesariedad para poder enajenar ese terreno. Además, es lógico pensar que el terreno se encuentra en la zona de influencia puesto que, según el artículo 30 de la Ley de costas, se extiende como mínimo a 500 metros desde el límite interior de la ribera del mar.

Parece que la omisión del informe, establecido por la ley en el procedimiento de enajenación, es suficiente para provocar la nulidad del mismo y, en concreto, el acto de adjudicación. Pero para poder corroborar esta calificación es preciso analizar si la emisión de este informe en tiempo y forma habría aportado al expediente elementos diferentes, de los que se habría derivado la conformación de una voluntad administrativa diferente. Si esto es

así, llegamos a la conclusión de que de haberse emitido el informe, la decisión administrativa habría sido diferente a la que finalmente fue, y esta alteración sustancial del proceso de conformación de la voluntad administrativa debe ser sancionada con la nulidad radical del procedimiento y del acto decisorio correspondiente.

B) Que la finca se encuentre, parcialmente, en la zona de servidumbre de protección

Esta zona abarca 100 metros, según el artículo 23 de la Ley de costas y, en nuestro caso, parte de ella se encontraba a 80 metros. Esto significa que estaba en la zona de servidumbre de protección y no era posible su venta. Señala el artículo 7 de la Ley de costas: «Conforme a lo dispuesto en el artículo 132.1 de la Constitución, los bienes de dominio público marítimo-terrestre definidos en esta Ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables».

Además, el artículo 9 de la Ley de costas y 12 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas, referido a la continuidad del dominio público marítimo-terrestre señala:

1. No podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, ni aun en el supuesto de terrenos ganados al mar o desecados en su ribera, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 49 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, y 104 de este reglamento.
2. Serán nulos de pleno derecho los actos administrativos que infrinjan lo dispuesto en el apartado anterior.

En cuantos a los aspectos formales de la declaración de nulidad es preciso tener en cuenta, según el artículo 106.1 de la Ley 39/2015, que se puede hacer en cualquier momento, de oficio o a solicitud de interesado, y exige, con carácter previo, el informe favorable del Consejo de Estado. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 111 a) de la LPAC, corresponde la competencia al Consejo de Ministros para la revisión de oficio de un acto dictado por un ministro.

Según el número 4 del citado precepto,

las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

SEGUNDA.– Una vez determinada la concurrencia de causas de nulidad apreciable de oficio mediante la tramitación del correspondiente expediente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 106.1 de la Ley 39/2015, LPAC, procede analizar el efecto concreto de las mismas sobre los distintos actos dictados en el seno del expediente de enajenación que se tramitó en su día.

En cuanto al contrato de compraventa, se trata de un contrato privado (art. 26.1) excluido de la Ley 9/2017, según el artículo 9.2 de la misma. Rige, en cuanto a su régimen jurídico, la doctrina de los actos separables, es decir, todo lo concerniente a su preparación y adjudicación se regula por normas de derecho administrativo, y lo concerniente a su cumplimiento, efectos y extinción se regula por el derecho privado. El órgano jurisdiccional competente para conocer de sus controversias será, para la fase interna, la jurisdicción contencioso-administrativa y, para la fase externa, la jurisdicción ordinaria (art. 27 LCSP).

Dicho lo anterior, nos planteamos a continuación sobre qué actos del procedimiento de enajenación del bien recae el vicio de nulidad analizado anteriormente. Parece evidente que la omisión del informe de innecesaridad legalmente previsto afecta a la fase de preparación del contrato, fase sujeta en todos sus términos a las normas del Ley 33/2003, LPAP, y, por supuesto, a la normativa sectorial especial. Se trata de un trámite imprescindible, como ya hemos visto, que debe evacuarse antes que adoptarse el acuerdo de enajenación.

Queda claro, por tanto, que no puede declararse la nulidad del contrato de compraventa, sino solamente del acuerdo formal de enajenación, del que lógicamente trae causa ese contrato. Sin embargo, el contenido material, los efectos y extinción del contrato se regirán por las normas de derecho privado, sin que sea posible proceder a su anulación en vía administrativa ni a su impugnación en vía contencioso-administrativa, y sin perjuicio de intentar cuestionar su validez ante el órgano judicial competente.

Solo el acuerdo formal de enajenación está viciado de nulidad y su revisión procede a través del procedimiento contemplado en el artículo 106.1 de la LPAC, para el que no hay límite de tiempo.

La impugnabilidad del contrato de compraventa es una cuestión autónoma e independiente de la revisión del acto administrativo. Ni en vía administrativa ni en vía contencioso-administrativa pueden discutirse cuestiones relativas a la propiedad de los bienes, salvo que se haga como cuestión prejudicial civil.

La competencia para la revisión de oficio del acto nulo corresponde al Consejo de Ministros, pues el acto administrativo ha sido dictado por un ministro, en virtud del artículo 111 de la LPAC. El procedimiento debe ponerse en marcha de oficio por el ministerio autor del acto nulo, ministro de Defensa, y, luego, remitirse al Consejo de Ministros para su resolución.

TERCERA.– Analizado los aspectos relativos a la posible nulidad radical del acuerdo de enajenación, procede referirnos a los efectos que la eventual declaración de nulidad pueda tener sobre el contrato de compraventa celebrado entre la Administración y la inmobiliaria, y sobre el derecho de propiedad sobre la citada parcela. Repetimos que la nulidad solo afecta al acuerdo de enajenación y no al propio contrato de compraventa, cuya validez solo puede abordarse desde las normas del derecho privado aplicables y cuya anulación solo puede acometerse en el ámbito de la jurisdicción civil.

Pues bien, es preciso entrar a analizar los efectos del contrato perfeccionado y la situación registral actual de la parcela.

La finca estaba libre de cargas y gravámenes, es decir, no constaba registralmente ninguna limitación del derecho de propiedad, y se produjo el 15 de abril de 2020 el cambio de titularidad dominical registral. Ahora bien, nos encontramos con que la capacidad de disposición del vendedor no era tal, ya que, como consecuencia de los vicios existentes, el bien no podía ser declarado como innecesario y, en consecuencia, no era susceptible de enajenación. Esta falta de poder de disponibilidad de una de las partes en la compraventa determina la nulidad del negocio jurídico transaccional. Quien ha vendido no tenía la capacidad para disponer del bien, no por falta de titularidad dominical del Estado en sí, sino por el carácter inalienable del bien, por ubicarse parcialmente en la zona de servidumbre de protección del dominio público, amén de la falta del informe preceptivo.

En definitiva, es la jurisdicción civil la que debe pronunciarse sobre la nulidad del negocio de compraventa. En este sentido, una vez que declare la nulidad administrativa del acuerdo de enajenación y no pudiendo discutirse en vía administrativa la validez de la compraventa, la Administración deberá iniciar una demanda reivindicatoria de la propiedad basada en la nulidad de la compraventa ante el juzgado de primera instancia, ejercitando al mismo tiempo una acción de rectificación del correspondiente asiento registral y solicitando la anotación preventiva de la demanda en el registro de la propiedad, a fin de evitar que la transmisión de la finca a un tercero por parte de la inmobiliaria compradora provoque la plena eficacia respecto del nuevo titular registral.

El órgano jurisdiccional deberá pronunciarse sobre la validez de la compraventa y en su caso restaurar en la titularidad de la parcela a la Administración, procediéndose a la oportuna rectificación en el registro de la propiedad. Por supuesto, la Administración deberá indemnizar de los daños y perjuicios, entre otros, el precio pagado más los intereses devengados a la inmobiliaria compradora.

3. Posibilidad de que la Administración ejerza el derecho de retracto prevista en la disposición adicional tercera de la Ley de costas, por parte del ministerio competente

Esta disposición adicional señala que

la Administración del Estado tendrá derecho de tanteo y retracto en las transmisiones onerosas *inter vivos* de los bienes mencionados en el apartado 1 (Se declaran de utilidad pública, a efectos de expropiación, los terrenos de propiedad particular a que se refiere la disposición transitoria segunda, así como los incluidos en la zona de servidumbre de protección que se estimen necesarios para la defensa y el uso del dominio público marítimo-terrestre), a cuyo efecto deberá ser notificada por escrito. El derecho de tanteo podrá ejercerse en el plazo de tres meses y el de retracto en el de un año, ambos a contar desde la correspondiente notificación que comprenderá las condiciones esenciales de la transmisión.

La respuesta sobre si se puede ejercitar el derecho de retracto o tanteo es negativa, en primer lugar, porque el supuesto se refiere a los terrenos de propiedad particular y, en este caso, el contrato fue nulo, por lo que no se transmitió propiedad alguna.

En segundo lugar, porque ambos derechos, atribuidos a la Administración como derechos limitativos de la facultad de disposición que lleva aparejada la titularidad dominical de los bienes, están previstos para ejercitarse en relación con la enajenación o realizada a título oneroso *inter vivos* por los terceros propietarios de los terrenos. La condición habilitante del ejercicio de ambos es la existencia de un negocio jurídico de transmisión onerosa *inter vivos* entre los terceros ajenos a la propia Administración estatal, ya se trate de particulares o de otras Administraciones públicas. Pero no tiene sentido que siendo el vendedor la propia Administración del Estado, se pretenda recuperar la propiedad enajenada mediante el posterior ejercicio del retracto. No puede argumentarse que la venta se ha realizado por el Ministerio de Defensa y el retracto se ejercitaría por el ministerio competente en materia de medio ambiente, pues como señala el artículo 3.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.

Por otra parte, el ejercicio del derecho establece el plazo de un año para ejercitar el derecho de retracto desde la notificación a la Administración, desde la propuesta de venta o de su perfección, habiendo transcurrido, en este caso, más de un año, pues la enajenación se llevó a cabo en el año 2019 y nos encontramos ya, ficticiamente, en el año 2021.

4. Si el derecho de retracto no fuera posible, ¿podría la Administración utilizar sus potestades administrativas para recuperar el inmueble vendido? Indique otras posibles alternativas de la Administración para recuperar la propiedad de la finca

Los artículos 14 y siguientes de la Ley de costas se refieren a las potestades de la Administración General del Estado sobre los bienes de dominio público marítimo-terrestre (investigación, recuperación en cualquier momento y deslinde). Esta regulación debe completarse con lo que previene la Ley 33/2003, LPAP.

Con respecto al uso de sus potestades administrativas para volver a adquirir el inmueble, debemos señalar que estas serían:

- La del artículo 55.1 de la LPAP, es decir, la potestad de recuperación posesoria en el sentido de que «las Administraciones públicas podrán recuperar por sí mismas la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos de su patrimonio. Pero, en el caso que analizamos no ha habido, "posesión indebidamente perdida", ya que el comprador adquirió la finca legalmente mediante un contrato de compraventa acordado con la Administración».
- La del artículo 58.1, o sea, la potestad de desahucio en el sentido de que «las Administraciones públicas podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decaigan o desaparezcan el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros». Pero, como fácilmente se puede deducir, tampoco estamos ante estas causas que legitimarían el uso de la potestad administrativa, porque no ha desaparecido o decaído el título que legitimó su ocupación, que era el contrato de compraventa, porque el juez de primera instancia no se ha manifestado sobre los efectos de la nulidad del contrato.

En relación con otras posibles alternativas, señalamos que si bien, como hemos indicado, no cabe el ejercicio de las potestades administrativas sobre sus bienes ni cabe el ejercicio del derecho de retracto, y no se quiere optar por abordar en vía jurisdiccional civil la discusión sobre el contrato de compraventa y la propiedad de la finca, y el juez no ha resuelto sobre los efectos de la nulidad de la venta, que es cuestión de su competencia, existe la posibilidad:

- Acuerdo amistoso mediante el cual la Administración vuelva a comprar la finca vendida (es la adquisición a título oneroso sin utilizar la potestad expropiatoria a que se refiere el artículo 15 b) de la Ley 33/2003, de PAP. En este sentido, habría que utilizar el procedimiento de adquisición directa aplicando al apartado 4.º del artículo 116 de la Ley 33/2003, LPAP, que señala:

La adquisición podrá realizarse mediante concurso público o mediante el procedimiento de licitación restringida regulado en el apartado 4 de la disposición adicional decimoquinta, salvo que se acuerde la adquisición directa por las peculiaridades de la necesidad a satisfacer, las condiciones del mercado inmobiliario, la urgencia de la adquisición resultante de acontecimientos imprevisibles, o la especial idoneidad del bien.

En el expediente deberá acreditarse el fundamento de esta forma de adjudicación. La competencia, según el artículo 116.1 de la LPAP, corresponde al ministro de Hacienda.

- Realizar una permuta; en este sentido el artículo 153, en referencia a su admisibilidad, señala que

Los bienes y derechos del Patrimonio del Estado podrán ser permutados cuando por razones debidamente justificadas en el expediente resulte conveniente para el interés público, y la diferencia de valor entre los bienes o derechos que se trate de permutar, según tasación, no sea superior al 50 por ciento de los que lo tengan mayor. Si la diferencia fuese mayor, el expediente se tramitará como enajenación con pago de parte del precio en especie.

Y el artículo 154, procedimiento para la permuta de bienes y derechos:

1. Serán de aplicación a la permuta las normas previstas para la enajenación de bienes y derechos, salvo lo dispuesto en cuanto a la necesidad de convocar concurso o subasta pública para la adjudicación.
 2. No obstante, el órgano competente para la permuta podrá instar la presentación de ofertas de inmuebles o derechos para permutar, mediante un acto de invitación al público al que se dará difusión a través del «Boletín Oficial del Estado» y de cualesquiera otros medios que se consideren adecuados.
 3. En el caso de presentación de ofertas a través del procedimiento previsto en el apartado anterior, la selección de la adjudicataria se realizará de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones previamente elaborado.
 4. La diferencia de valor entre los bienes a permutar podrá ser abonada en metálico o mediante la entrega de otros bienes o derechos de naturaleza distinta.
- Iniciar un expediente de expropiación forzosa en el marco de lo previsto en la Ley de expropiación forzosa de 1954 y su normativa de desarrollo, aprovechando que la disposición adicional tercera de la Ley de costas declara expresamente la utilidad pública de estos terrenos afectos de su expropiación. Todo ello se entiende considerando siempre que la finca se encuentra invadiendo la servidumbre de protección y que es necesaria para la protección del dominio público marítimo-terrestre.

5. Analice las incidencias surgidas en el contrato administrativo celebrado

Con respecto al ajuste a derecho de las obras si se encontraban en la zona de servidumbre de protección, el artículo 25.2 de la Ley de costas señala que

con carácter ordinario, solo se permitirán en esta zona las obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación, como los es-

tablecimientos de cultivo marino o las salinas marítimas, o aquellos que presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas. En todo caso, la ejecución de terraplenes, desmontes o tala de árboles deberán cumplir las condiciones que se determinen reglamentariamente para garantizar la protección del dominio público.

Se trata de un contrato administrativo de servicios del artículo 17 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), no sujeto a SARA, a tenor del artículo 22.1 a) de la LCSP. En principio, a tenor del artículo 29.4 la duración es ajustada a derecho, pues se permite, normalmente, hasta cinco años, incluidas las prórrogas.

A) En el pliego de cláusulas administrativas particulares se omitió establecer el plazo de garantía

El artículo 210.3 de la LCSP obliga a que los contratos fijen un plazo de garantía a contar desde la fecha de recepción o conformidad. Exceptúa de tal obligación a los contratos en los que, por su naturaleza o características, no resulte necesario; pero, en este caso, debe justificarse la exclusión en el expediente y debe consignarse expresamente en el pliego.

Sin embargo, no se establece un plazo de garantía supletorio en el caso de que el pliego no establezca ninguno y tampoco haya procedido a la exclusión expresa del mismo, como ocurre en este caso.

Sin entrar en las posibles responsabilidades por el incumplimiento del artículo 210.3 del LCSP, es preciso una solución al caso concreto, debiendo aplicar por analogía la regulación establecida en el contrato de obras que, en el artículo 243.3 de la LCSP, preceptúa que el pliego debe establecer un plazo de garantía y que este no puede ser inferior a un año.

Ahora bien, este es un caso, por el objeto del contrato, en que no parecía necesario la fijación del plazo de garantía alguna, pero debía de haberse excluido y motivado expresamente en el pliego del contrato.

B) El pago del precio a la empresa contratista se estableció mediante la autorización a la misma, por parte del órgano de contratación, de la autorización para la explotación de un bar en un edificio con oficinas adscrito al ministerio

El artículo 102.1 del TRLCSP dispone que

en los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que esta u otras leyes así lo prevean.

Y es cierto que esta modalidad está prevista en los contratos de suministro, en el de concesión de servicios públicos y en el contrato de concesión de obra pública. Para este tipo de contrato no hay cobertura legal, por lo que, en principio, el precio cierto deberá expresarse en euros sin que quepa el pago en especie.

Por otra parte, no cabe duda de que lo que en el fondo ha realizado el órgano de contratación, ofreciendo como contraprestación a la empresa contratista la autorización para la explotación de un bar en un edificio administrativo, es adjudicarle un contrato administrativo, que puede ser calificado, normalmente de servicios, sin seguir las reglas del procedimiento legalmente establecido en el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, que exige la incoación del oportuno expediente de contratación y la adjudicación a través de alguno de los medios que contempla la citada norma legal. En conclusión, la actuación administrativa es constitutiva de desviación de poder y esta adjudicación será nula de pleno derecho, acarreado la nulidad del contrato celebrado, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (arts. 47.1.e Ley 39/2015, LPAC, y 39 de la Ley 9/2017, LCSP).

C) Después de la adjudicación –en concreto a los cinco meses– e inicio del cumplimiento del contrato se acreditó que la empresa contratista no estaba al corriente en el pago de las obligaciones correspondientes a la Seguridad Social de los últimos dos meses, sin que las mismas estuvieran aplazadas o fraccionadas, planteándose el órgano de contratación cómo actuar en este caso

El artículo 71.1 c) considera causa de prohibición para ser contratista «no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes». Sin embargo, en la LCSP no está legalmente previsto cómo reaccionar ante la prohibición de contratar sobrevenida. La Administración no puede suspender pagos por el hecho de que el contratista no esté al corriente del pagó con la Seguridad Social. Y, si no paga, se le aplicará lo dispuesto en el artículo 198 del LCSP, y la normativa sobre morosidad.

Tampoco prevé la ley que la prohibición de contratar sobrevenida sea causa de resolución del contrato, ya que ni en el artículo general de extinción del mismo, ni en los artículos específicos de cada contrato se contempla como tal causa de resolución. La única solución es que se pudiera subsumir en alguna otra causa de resolución prevista en la ley.

Si la adjudicación se hubiere hecho existiendo ya el incumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social, el contrato sería nulo de pleno derecho, a tenor de lo previsto en el artículo 39 b) de la LCSP, y esta nulidad se puede declarar durante toda su vigencia, a través de la oportuna revisión de oficio.

Por tanto, cuando la causa de prohibición de contratar se produce una vez perfeccionado el contrato, no invalida la adjudicación de la formalización, ni tiene ningún efecto en el contrato, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares disponga expresamente otra cosa, sin perjuicio de las consecuencias que pudiera ocasionar esta circunstancia sobre futuros contratos a celebrar con la Administración.

D) Respecto a que el órgano de contratación estaba tan satisfecho con la prestación de la empresa adjudicataria que decide, seis meses antes de finalizar el plazo inicial de duración, mediante la modificación del contrato, previo expediente al respecto, ampliar aquella, de una sola vez, a tres años más, debemos señalar que no es ajustado a derecho

El artículo 29.4 de la Ley 9/2017, LCSP, señala que:

Los contratos de suministros y de servicios de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas que en aplicación del apartado segundo de este artículo acuerde el órgano de contratación, respetando las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias que sean aplicables al ente contratante.

Excepcionalmente, en los contratos de suministros y de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el periodo de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del suministro o servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su periodo de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del suministro o servicio será objeto de desarrollo reglamentario.

La potestad de la Administración de modificación de los contratos se prevé en los artículos 203 y siguientes de la Ley 9/2017, y obedece a razones de interés general. Pueden ser estas previstas en los pliegos (art. 204) y no previstas (art. 205).

En este caso, entendemos que no procede la modificación del contrato en los términos establecidos que se desea. En primer lugar, porque, aunque es cierto que la du-

ración del contrato de servicios, conforme al artículo 29.4 antes señalado, permite que la duración máxima del mismo sea hasta cinco años en términos normales, es lo cierto que lo previsto en el contrato celebrado era una duración de dos años y prorrogable por otros tres, pero siempre año a año y, de ninguna manera, que se pueda tener en cuenta la duración total de las posibles prórrogas para establecer el nuevo plazo de duración en tres años. Entre otras razones, porque esto afecta a los principios de publicidad, concurrencia y transparencia, prohibidos por el artículo 1 de la Ley 9/2017, *a sensu contrario*, lo que en el fondo supone que afecta al principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la CE.

En segundo lugar, porque era obligación de la empresa contratista tener en cuenta la eventualidad de que pudieran salir nuevos productos al mercado precisos para realizar su función con mayor celeridad o eficacia y, por tanto, esta posibilidad debería haber sido tenida en cuenta en el momento en que hizo su oferta en el procedimiento de licitación. Por otra parte, no se deduce del relato de hechos que el órgano de contratación ni el contrato le impusiera la obligación de adquirir esos productos, sino que fue decisión propia. No se acredita, por otra parte, la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato (no se acredita el ejercicio del *ius variandi*, *factum principis*, fuerza mayor o riesgo imprevisible, o bien, cuando así se haya previsto en el propio contrato o incluso – cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla– (SSTS de 28 de enero de 2015, 6 de noviembre de 2015 y 15 de junio de 2016, entre otras). Esto es típico del contrato de concesión de servicios, que se encuentra recogido en el artículo 290.4 de la Ley 9/2017, LCSP, donde se recoge el *factum principis* como una decisión de la Administración derivada de una decisión voluntaria, al margen de la relación contractual pero que, aunque no lo persigue, altera indirectamente las condiciones de ejecución del contrato, haciéndolo más gravoso para el contratista y, por tanto, produciéndose una alteración de su equilibrio económico.

En tercer lugar, porque aunque es cierto que el artículo 29.4 señalado, en el párrafo segundo, admite la posibilidad de que excepcionalmente pudiera tener una duración superior a los cinco años cuando lo exija el periodo de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato, se exige, también, que no sean susceptibles de ser utilizadas en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, extremo éste que no parece darse en el presente caso. Por otra parte, se exige también que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante de la prestación del servicio, circunstancias que no parecen concurrir en este caso.

Por todo ello, en conclusión, creemos que lo que hace la Administración mediante la modificación del contrato es una actuación en desviación de poder y constitutiva de un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015, ya que utiliza sus potestades para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico.

E) Respecto al recurso planteado, que sería el de alzada ante el órgano de contratación, porque no se trata de un contrato sujeto a SARA y la mesa de contratación no pone fin a la vía administrativa, debemos señalar que en el anuncio publicado en el perfil del contratante que se realizó el día 20 de enero se estableció que el plazo para presentar las ofertas finalizaría a las 13 horas del día 5 de febrero, y, por su parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares establece un plazo de 18 días del anuncio publicado, a las 13 horas. Esto provocó que una empresa licitadora fuera excluida por la mesa de contratación al presentar su oferta el día 7 de febrero

Como, según el relato de hechos, se estableció el plazo mínimo establecido en la ley, sin ningún tipo de reducción, para la presentación de ofertas debemos tener en cuenta que, según el artículo 156.3 de la LCSP, sería de 15 días naturales siguiente a la fecha de publicación del anuncio, por tanto, efectivamente, el plazo de vencimiento para la presentación de ofertas era el día 5 de febrero a las 13 horas que fijó el órgano de contratación. Pero es lo cierto que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se estableció que el plazo vencía a los 18 días. Por tanto, puesto que el cómputo de los días en el ámbito de la contratación administrativa, a tenor de la disposición adicional duodécima de la Ley 9/2017, se hace por días naturales, el plazo era superior al fijado en el anuncio publicado.

La oscuridad o contradicción de los documentos contractuales en ningún caso puede perjudicar a quien no la ha causado y, como ha ocurrido en este caso, mucho menos con la ejecución del procedimiento, pues ello sería contrario a los principios de confianza legítima, transparencia y concurrencia pública. Es cierto que, conforme al artículo 136 de la LCSP el órgano de contratación respecto al plazo mínimo fijado por la ley para este caso, que se trata de un procedimiento abierto, que era de 15 días naturales a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación del anuncio (art. 156.3), pero al establecerse, en el pliego, un plazo mayor y que, además, se encuentra dentro de los límites marcados por la ley.

Por todo ello, existiendo una contradicción entre esos dos documentos contractuales, se crea una oscuridad en la interpretación y, teniendo en cuenta el artículo 1288 del Código Civil, como legislación supletoria, que señala que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad». Por ello, la oscuridad, al ser de las bases de licitación creadas por el poder adjudicador, no puede perjudicar a quien no lo ha consignado y mucho menos con exclusión del procedimiento.

Es de tener en cuenta que los anuncios de contratación se hallan en plano de igualdad con el resto de las cláusulas del pliego, y en caso de contradicciones o divergencia entre el anuncio y el pliego la misma no puede perjudicar a quien no la ha ocasionado. Por tanto, no hay prevalencia del anuncio sobre el pliego, pues ambos constituyen documentos contractuales a tenor de la Directiva 2014/24/UE.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 1.288.
- Ley 22/1988 (Costas), arts. 7, 14, 17, 23, 25 y 30.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 11, 19.1, 44, 46, 49, 51, 70 y 109.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 15, 35, 36, 116, 137 y 138.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 47.1, 48, 106, 111 y 115.2.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 32 y 34.
- Ley 9/2017 (LCSP), art. 9.2, 17, 22, 27, 29, 39, 102, 136, 156, 198, 203, 204, 205, 210 y 243.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revista@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.



Más de **350 libros digitales** en las áreas de

- Calidad y medioambiente
- Ciencias de la salud
- Contabilidad
- Derecho laboral y seguridad social
- Derecho administrativo
- Derecho civil
- Derecho constitucional
- Derecho mercantil
- Derecho penal
- Derecho procesal
- Economía y finanzas
- Educación
- Historia
- Idiomas
- Informática
- Ingeniería
- Marketing
- Periodismo
- Psicología
- Recursos humanos
- Tributación

// Facilidades de pago

// Entrega inmediata

// También en papel

Tu currículum no dice que

DESPUÉS DEL TRABAJO SEGUÍAS TRABAJANDO EN TU FUTURO.

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE

udima.es



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geostrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA